

12/03/2018

## Non retrocede l'immobile trasferito per garantire un credito

di Angelo Busani ed Elisabetta Smaniotto

È nullo il trasferimento immobiliare effettuato dal debitore a favore del creditore con l'impegno del creditore di retrocedere l'immobile al debitore nel caso in cui questi paghi il suo debito: si tratta, infatti, di uno schema che, seppur non identico al patto commissorio, che è espressamente vietato dalla legge, produce, in sostanza, lo stesso effetto. Lo ha deciso la Cassazione con l'[ordinanza 4514](#) del 26 febbraio 2018.

In base all'[articolo 2744](#) del Codice civile, il patto commissorio è il contratto con il quale il debitore e il creditore si accordano affinché un bene di proprietà del debitore passi in proprietà al creditore qualora il debitore si renda inadempiente rispetto alla propria obbligazione. Si tratta di un patto che la legge espressamente colpisce con la nullità in quanto:

- a) altera la cosiddetta *par condicio creditorum*, vale a dire realizza una via preferenziale per il creditore-acquirente rispetto alla massa degli altri creditori, perché sottrae il bene oggetto del patto commissorio a un'esecuzione che metterebbe sullo stesso piano tutti i creditori i quali non siano dotati di uno specifico diritto di prelazione nella vendita coattiva del bene esecutato;
- b) origina una preferenza di natura pattizia, quando è soltanto dalla legge (si pensi ai pegni, alle ipoteche e ai privilegi) che può derivare la prelazione di un creditore rispetto a un altro creditore;
- c) legittima l'usura, in quanto, se il bene oggetto di trasferimento ha un valore superiore al debito "garantito", consente al creditore di incamerarne il plusvalore, in caso di inadempimento del debitore.

Ebbene, ci si chiede, stante la nullità del patto commissorio (che è un trasferimento sospensivamente condizionato all'inadempimento del venditore-debitore), quale sia la sorte di pattuizioni non coincidenti con esso, ma che raggiungono il medesimo risultato sostanziale. Si pensi, ad esempio, all'utilizzo, con finalità di garanzia, del contratto di vendita con patto di riscatto (dove, in sostanza, il prezzo pagato sia un mutuo che l'"acquirente" concede al "venditore"): e cioè un trasferimento di proprietà immediato, che viene messo nel nulla qualora il venditore-debitore paghi il suo debito al creditore-acquirente e, con ciò, riscatti la proprietà del bene oggetto appunto di vendita con patto di riscatto.

Secondo la Cassazione, gli schemi che raggiungono il medesimo risultato sostanziale del patto commissorio, anche se non coincidono formalmente con esso, devono essere colpiti da nullità. Infatti, la vendita con patto di riscatto o di retrovendita, stipulata fra il debitore e il creditore, la quale risponda all'intento delle parti di costituire una garanzia, con l'attribuzione irrevocabile del bene al creditore solo in caso di inadempienza del debitore, «è nulla anche quando implichi un trasferimento effettivo della proprietà (con condizione risolutiva), atteso che, pur non

integrando direttamente il patto commissorio, previsto e vietato dall'articolo 2744 del Codice civile, configura mezzo per eludere tale norma imperativa, e, quindi, esprime una causa illecita».

Infatti, la compravendita, in quanto caratterizzata dalla causa di garanzia propria del mutuo con patto commissorio, piuttosto che dalla causa di scambio propria della vendita, pur non violando direttamente il divieto del patto commissorio, froda lo stesso principio che il divieto del patto commissorio intende tutelare e, quindi, la sanzione non può essere che quella prevista dalla legge per il patto commissorio.

P.I. 00777910159 - Copyright Il Sole 24 Ore - All Rights Reserved