



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SECONDA SEZIONE CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

ROSA MARIA DI VIRGILIO Presidente
MARIO BERTUZZI Consigliere
ALBERTO GIUSTI Consigliere
ANNAMARIA CASADONTE Consigliere
ROSSANA GIANNACCARI Consigliere-Rel.

Oggetto:

VENDITA
Ud.02/02/2022 PU

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso iscritto al n. 4761/2017 R.G. proposto da:

(omissis) , (omissis) , (omissis)
SAS, (omissis) SRL, (omissis)
SRL, elettivamente domiciliati in (omissis)
, presso lo studio dell'avvocato (omissis)
(omissis)) che li rappresenta e difende unitamente agli
avvocati (omissis) (omissis) e (omissis)
(omissis)

-ricorrente-

contro

(omissis) , (omissis) , elettivamente
domiciliate in (omissis) , presso lo studio
dell'avvocato (omissis) (omissis)) che le
rappresenta e difende unitamente agli avvocati (omissis)
(omissis)) e (omissis) (omissis))

-controricorrenti-

Firmato Da: DI VIRGILIO ROSA MARIA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: bd06823cd375866ba3596eee79df730
Firmato Da: GIANNACCARI ROSSANA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 145777050322756d66e20b4e39c9cfa93 - Firmato Da: D'URSO GIUSEPPINA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 25badc25eabc9a963f2b9261c8372446



avverso SENTENZA di CORTE D'APPELLO VENEZIA n. 2115/2016
depositata il 23/09/2016.

Udita la relazione svolta nella pubblica udienza del 02/02/2022 dal
Consigliere ROSSANA GIANNACCARI.

FATTI DI CAUSA

1. Con citazione del 5.6.2012, (omissis) e (omissis)
citarono in giudizio innanzi al Tribunale di Padova (omissis)
, (omissis), l' (omissis) sas, l' (omissis) s.r.l., già
(omissis) s.r.l. e l' (omissis) s.r.l. esponendo i
seguenti fatti:

- con sentenza dell'1.7.1996, il Tribunale di Padova aveva
dichiarato il fallimento della (omissis) sas di (omissis) ;
- la società fallita era proprietaria di un immobile denominato
(omissis) su cui gravava, per la quota del 50%, il diritto di
usufrutto in favore di (omissis), socia accomandante della
società (omissis) sas;
- l'immobile era stato pignorato da (omissis),
creditore della società fallita per la somma di £189.000.000 circa;
- il valore del bene era stato stimato, in sede esecutiva, in £
4.800.000.000;
- (omissis) e (omissis), soci della (omissis)
s.r.l., conclusero con (omissis), socia
accomandataria della società fallita e (omissis), socia
accomandante e titolare del diritto di usufrutto un contratto, con
scrittura privata del 28.4.1997, con cui si impegnarono a
presentare una proposta di concordato valida per un anno sino alla
concorrenza dell'importo di £ 1.350.000.000, acquisendo come
contropartita l'attivo fallimentare della (omissis) sas;
- l'accordo era condizionato, per un verso, al trasferimento in
capo ad (omissis) del diritto di usufrutto di cui era titolare
(omissis) sulla quota del 50% su (omissis) ed al rilascio di



una procura irrevocabile di vendita delle quote della società e dei

diritti dominicali sul compendio di (omissis) ;

- il compendio immobiliare venne trasferito ad un custode fiduciario sino all'omologa del concordato;

- l'accordo prevedeva inoltre in favore di (omissis) e (omissis) il diritto di opzione per l'acquisto del 100% delle quote dell' (omissis) s.r.l. entro due mesi dal decreto di verifica e non oltre sette mesi dall'erogazione del mutuo ipotecario;

- seguirono quindi l'atto di vendita del diritto di usufrutto in data 26.6.1997 alla (omissis) s.r.l., la cessione delle quote sociali in data 20.2.1998 e la vendita della quota di 1/2 della nuda proprietà e la quota di 1/2 della piena proprietà di (omissis) ad (omissis) s.r.l.

1.1. (omissis) e (omissis) dedussero che le operazioni contrattuali avevano lo scopo di garantire il debitore in caso di inadempimento e, per tale ragione, chiesero dichiararsi la nullità della scrittura privata del 28.4.1997 e degli atti successivi perché il primo atto era volto a realizzare un patto commissorio, vietato dall'art.2744 c.c., in considerazione dell'esistenza di un debito della società nei confronti di (omissis), della sproporzione tra le reciproche obbligazioni e dell'approfittamento dello stato di bisogno del creditore.

1.2. Si costituirono (omissis), (omissis), l'(omissis) e l'(omissis) s.r.l., nuova denominazione della (omissis) s.r.l., per resistere alla domanda; eccepirono la prescrizione dell'azione di ripetizione delle partecipazioni sociali di (omissis) sas e l'usucapione delle medesime.

1.3. Anche l'(omissis) s.r.l. si costituì ed eccepì la prescrizione dell'azione di ripetizione, l'usucapione decennale ex art.1159 c.c. dei diritti di cui al rogito del 15.3.2001 e l'esistenza di tutti i presupposti richiesti dall'art.2652, n.6 c.c. per la pubblicità sanante.



1.4. Il Tribunale di Padova rigettò la domanda.

1.5. Con sentenza del 23.9.2016, la Corte d'appello di Venezia accolse l'appello di (omissis) e (omissis) e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, dichiarò la nullità della scrittura privata del 28.4.1997 e delle scritture successive; dichiarò inammissibili le eccezioni degli appellati per non aver proposto appello incidentale e per non aver riproposto le difese svolte in primo grado ai sensi dell'art.346 c.p.c..

1.6. Il giudice d'appello qualificò come contratto di anticresi l'accordo di cui alla scrittura privata del 28.4.1997 in quanto la finalità dell'operazione era volta a garantire il credito che il (omissis) aveva nei confronti della società fallita, ragione per la quale si era proposto come finanziatore del concordato; ravvisò una sproporzione tra il valore del compendio immobiliare (circa 5 miliardi di lire) ed il valore del prezzo di acquisto (pari ad £ 1.3000.000 per la nuda proprietà e £ 900.000.000 per l'usufrutto).

1.7. Secondo la Corte distrettuali, gli attori, già dichiarati falliti, non erano nelle condizioni economiche di esercitare il diritto di opzione previsto in contratto sicchè la sproporzione tra le prestazioni poteva essere evitata solo attraverso la previsione di un conguaglio. La causa del contratto era quindi la garanzia e non lo scambio ed integrava un patto commissorio, in quanto il trasferimento del bene serviva a garantire in via provvisoria l'adempimento dell'obbligazione del mutuo o finanziamento.

2. Per la cassazione della sentenza d'appello hanno proposto ricorso (omissis) , (omissis) , l'(omissis) sas, l' (omissis) s.r.l. , già (omissis) s.r.l. e l' (omissis) s.r.l sulla base di dieci motivi.

2.1. Hanno resistito con controricorso (omissis) e (omissis) .

2.2. In prossimità dell'udienza, le parti hanno depositato memorie illustrative.



RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo di ricorso, si deduce la nullità della sentenza per violazione dell'art.132 c.p.c., dell'art.118 disp. att. c.p.c., dell'art.111 Cost., in relazione all'art.360, comma 1, n.4 c.p.c., per indecifrabilità della grafia dell'estensore che renderebbe necessario un gravoso lavoro di interpretazione del provvedimento, scritto a penna ed inintelligibile tale da comportare il rischio di errori interpretativi.

1.1. Il motivo è infondato.

1.2. Secondo la giurisprudenza costante di questa Corte, alla quale il collegio intende dare continuità, non è configurabile alcuna nullità della sentenza nel caso in cui il testo originale, anziché formato dal cancelliere, in caratteri chiari e facilmente leggibili, mediante copiatura dalla minuta redatta dal giudice, risulti pubblicato direttamente nell'originale minuta scritta di pugno dal giudice, ancorché con grafia non facilmente leggibile: l'inosservanza delle disposizioni concernenti la formazione, ad opera del cancelliere, del testo originale della sentenza e la redazione della minuta in caratteri chiari e facilmente leggibili danno infatti luogo a semplici irregolarità, a meno che il testo autografo del giudice non sia assolutamente inidoneo ad assolvere la sua funzione essenziale, consistente nell'esteriorizzazione del contenuto della decisione (Sez. 3, Sentenza n. 7269 del 11/05/2012, che ha disatteso il motivo, avendo il giudice di merito tratto conferma della comprensibilità della sentenza, pur di difficile decifrabilità, dalla circostanza che l'appellante ne aveva riportato diversi brani nell'atto di impugnazione).

1.3. Dai principi che precedono deriva che, nel caso in esame, pur essendo la grafia del giudicante di non immediata comprensione, è comunque possibile, con la dovuta attenzione, e con un minimo sforzo, comprendere il contenuto del testo della sentenza impugnata.



1.4. La giurisprudenza di legittimità ha, peraltro, precisato che, per originare una nullità a regime intermedio in quanto lesiva del diritto di difesa, l'indecifrabilità grafica della sentenza deve dare luogo ad una difficoltà di lettura non agevolmente superabile; evenienza che, per i motivi anzidetti, non si registra nel caso di specie (Cass. Sez. Un. n. 42363 del 28.12.2006 e Cass. Sez. 3, 7 ottobre 2015, n. 40281), sussistendo, al più una mera difficoltà di comprensione del testo, stilato dall'estensore con scrittura manuale (Cassazione civile sez. VI, 12/03/2018, n.5869; Cass. Sez. V, Sentenza n. 18663 del 23/09/2016).

2. Con il secondo motivo di ricorso, si deduce la violazione e falsa applicazione degli artt. 1960 e 1963 c.c., in relazione all'art. 360, comma 1, n.3 c.p.c. per avere la Corte d'appello inquadrato la scrittura privata del 28.4.1997 nello schema del contratto di anticresi nonostante il trasferimento delle quote della società non avesse la funzione di garanzia ma di scambio. Il ricorrente rileva, inoltre, che un termine breve per l'esercizio del diritto di opzione sarebbe incompatibile con la messa a disposizione del bene al creditore al fine di trarne i frutti.

3. Con il terzo motivo di ricorso, si deduce la violazione e falsa applicazione degli artt. 1963 e 2744 c.c., in relazione all'art. 360, comma 1, n.3 c.p.c., per avere la Corte d'appello ritenuto che l'operazione posta in essere tra le parti avesse funzione di garanzia provvisoria anziché di scambio, pur in presenza di una serie di indici ostativi alla configurabilità del patto commissorio elaborati dalla giurisprudenza di legittimità. La Corte distrettuale non avrebbe considerato che l'esborso effettuato dal (omissis), assuntore del concordato fallimentare, era finalizzato all'estinzione di debiti già esistenti e scaduti, costituenti il passivo fallimentare dell'(omissis) sas e non era destinato a creare una nuova situazione debitoria.



Lo scopo non sarebbe stato quello di garantire un'obbligazione nel caso in cui essa fosse rimasta insoluta ma di liberare il debitore dalle conseguenze negative connesse alla pregressa situazione debitoria della società, attraverso l'accollo dell'intera massa passiva. Si trattava quindi di una *datio in solutum* a fronte dell'estinzione integrale dei debiti e non di un mutuo con funzione di garanzia provvisoria. Ulteriore indice che escluderebbe il patto commissorio sarebbe costituito dalla mancata previsione di interessi per l'esercizio del diritto di opzione e dall'immediato trasferimento del possesso, dapprima in via mediata, per il tramite di un fiduciario e, quindi direttamente alla (omissis) s.r.l. Contrariamente a quanto ritenuto dalla Corte d'appello, non sarebbe stato impossibile per gli attori esercitare il diritto di opzione ottenendo un finanziamento, né sarebbe stata violata la *par condicio creditorum* attraverso l'assunzione del concordato.

4. Con il quarto motivo di ricorso, si deduce l'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio oggetto di discussione tra le parti poiché la Corte di merito, nel ritenere che l'operazione integrasse un finanziamento assistito da patto commissorio, avrebbe trascurato di considerare che l'esborso effettuato da (omissis)

s.r.l. era destinato all'assunzione del concordato fallimentare di (omissis) sas e rappresenterebbe la provvista per l'integrale estinzione dei debiti pregressi della società fallita.

5. Con il quinto motivo di ricorso, si deduce l'omesso esame di un fatto decisivo costituito dall'assenza di sproporzione tra il prezzo di vendita ed il valore del bene, rappresentato dal valore base d'asta, inevitabilmente destinato ad abbattersi per diserzione degli incanti; inoltre la Corte d'appello non avrebbe considerato il valore del diritto di usufrutto - per il quale vi era stato un esborso di £900.000.000 - e la circostanza che sul bene era stata iscritta ipoteca, in forza di mutuo fondiario. Alla luce di tali elementi,



pretermessi dalla Corte d'appello – ed anche dal CTU – avrebbe dovuto effettuarsi la stima del bene.

6. Con il sesto motivo di ricorso, si deduce la violazione degli artt. 1325 c.c. e 1418 c.c., in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3 c.p.c., per aver la Corte di merito erroneamente ritenuto che la scrittura del 28.4.1997 fosse priva di causa per l'asserita sproporzione delle prestazioni e per l'inesistente approfittamento dello stato di bisogno del debitore.

7. I motivi che per la loro connessione vanno trattati congiuntamente sono fondati.

7.1. Va, in primo luogo evidenziato che, contrariamente a quanto affermato dal controricorrente, i motivi di ricorso non attingono il merito della causa ma la corretta applicazione degli artt. 1963 e 2744 c.c., ovvero la sussunzione dei fatti accertati dal giudice di merito nello schema del patto commissorio, secondo gli indici elaborati dalla giurisprudenza di legittimità.

7.2. Il vizio denunciabile mediante l'art. 360, comma 1, n. 3 c.p.c. ricomprende tanto quello di violazione di legge, ossia l'erronea ricognizione, da parte del provvedimento impugnato, della fattispecie astratta recata da una previsione normativa quanto quello di falsa applicazione della legge, consistente nella sussunzione della fattispecie concreta in una qualificazione giuridica che non le si addice perché la fattispecie astratta in essa prevista, pur rettamente individuata e interpretata, non è idonea a regolarla (Cassazione civile sez. I, 14/01/2019, n. 640; Cassazione civile sez. III, 26/09/2005, n. 18782).

7.3. In relazione al vizio di nullità del contratto perché assistito da patto commissorio, è demandato al giudice di legittimità verificare se vi è stata una corretta individuazione, da parte del giudice di merito, degli indici rivelatori dell'esistenza dei fatti costitutivi del patto commissorio.



7.4. Il nucleo centrale dell'indagine è costituito dall'individuazione della causa della complessa operazione contrattuale sulla base dell'accertamento svolto dal giudice di merito, al fine di verificare se il versamento del denaro da parte del compratore costituisca pagamento del prezzo ovvero esecuzione di un mutuo, ed il trasferimento del bene serva solo per costituire una garanzia provvisoria capace di evolversi a seconda che il debitore adempia o meno l'obbligo di restituire le somme ricevute.

7.5. Qualora la predetta vendita sia caratterizzata dalla causa di garanzia propria del mutuo con patto commissorio, vietato dall'art.2744 c.c., costituisce un mezzo per eludere tale norma imperativa ed è sanzionata con la nullità.

7.6. Al fine di verificare la correttezza dell'interpretazione fornita dalla Corte distrettuale, vanno richiamati gli elementi costitutivi del patto commissorio ed il fondamento del suo divieto.

7.7. Secondo l'orientamento tradizionale, la nullità del patto commissorio deriva dall'esigenza di tutelare il debitore, quale contraente economicamente più debole, per impedire che possa subire pressioni dal creditore che lo inducano a garantire il proprio adempimento mediante la cessione di un bene di valore superiore al debito contratto.

7.8. Un altro indirizzo dottrinale ravvisa lo scopo del divieto nella salvaguardia della *par condicio creditorum*: gli altri creditori, infatti, dalla cessione di un dato bene che il debitore facesse a un solo dei suoi creditori, vedrebbero sottratto quel bene alla comune garanzia della generalità dei creditori.

7.9. Altro orientamento fonda invece il divieto sulla necessità di tutelare l'interesse sociale di impedire che il patto commissorio dilaghi nella pratica negoziale e divenga una garanzia sostitutiva dei modelli legali, pegno ed ipoteca, priva della necessaria corrispondenza tra la soggezione del patrimonio del debitore e



l'ammontare del debito, determinando inconvenienti socialmente dannosi, quali, ad esempio, il diffondersi dell'usura.

7.10.La giurisprudenza di questa Corte, a partire dalle sentenze delle Sezioni Unite n.1611 del 1989 e n.1907 del 1989, ha fondato il divieto di patto commissorio sulla duplice esigenza di protezione del debitore e di tutela dell'interesse dei creditori estranei al patto.

7.11.E' stato quindi abbandonato il criterio formalistico precedentemente seguito, fondato sull'interpretazione letterale dell'art.2744 c.c., preferendo ad esso il criterio basato invece sull'indagine funzionale dell'impianto negoziale posto in essere, in concreto, dalle parti, e finalizzato ad una più efficace tutela, tanto del debitore coinvolto in operazioni poste in essere in violazione del divieto del patto commissorio, che del principio generale della *par condicio creditorum*, in funzione di contrasto della creazione di strumenti di garanzia diversi da quelli previsti dalla legge. In tal modo, il divieto del patto commissorio è stato esteso a qualsiasi negozio, tipico o atipico, che sia in concreto impiegato per conseguire il fine dell'illecita coercizione del debitore a sottostare alla volontà del creditore, accettando preventivamente il trasferimento di proprietà di un suo bene come conseguenza della mancata estinzione del debito; esso può pertanto configurarsi anche ogni qual volta il debitore sia comunque costretto al trasferimento di un suo bene al creditore a tacitazione dell'obbligazione (Cass. Civ. Sez. III, sentenza n.8411 del 27.5.2003; Cass. Civ. Sez. II n.18655 del 16.9.2004; Cass. Civ. Sez. II, 12.1.2009, n.437).

7.12.Non è quindi possibile in astratto identificare una categoria di negozi soggetti a tale nullità, occorrendo invece riconoscere che qualsiasi negozio può integrare tale violazione nell'ipotesi in cui venga impiegato per conseguire il risultato concreto, vietato dall'ordinamento giuridico, di far ottenere al creditore la proprietà



del bene dell'altra parte nel caso in cui questa non adempia la propria obbligazione (Cass. Civ., Sez.II, 20.2.2013 n. 4262)

7.13. Nello svolgimento di detto accertamento, evidentemente affidato al giudice di merito, quest'ultimo "... non deve limitarsi ad un esame formale degli atti posti in essere dalle parti, ma deve considerarne la causa in concreto, e, in caso di operazione complessa, valutare gli atti medesimi alla luce di un loro potenziale collegamento funzionale, apprezzando ogni circostanza di fatto rilevante ed il risultato stesso che l'operazione negoziale era idonea a produrre e, in concreto, ha prodotto" (Cass. Civ., Sez. II, 10.3.2011, n.5740).

7.14. Deve essere pertanto esaminato l'assetto complessivo degli interessi delle parti, al fine di stabilire se il procedimento negoziale attraverso il quale venga compiuto il trasferimento di un bene dal debitore al creditore sia effettivamente collegato, piuttosto che alla funzione di scambio, ad uno scopo di garanzia (Cass. Civ., Sez. II, 20.7.1999, n.7740, Cass. Civ., Sez. III, 21.7.2004, n. 13580; Cass. Civ., Sez. II, 16.9.2004 , n.18655; Cass. Civ., Sez. II 8.2.2007 n.2725, e Cass. Civ. Sez. II, 20.6.2008 , n.16953). In definitiva, a prescindere dalla natura obbligatoria, o reale, del contratto, o dei contratti, che le parti pongono in essere, ovvero dal momento temporale in cui l'effetto traslativo sia destinato a verificarsi (cfr. ad es. Cass. Sez. 2, Sentenza n. 11924 del 23/10/1999, Rv. 530742, relativa ad una ipotesi in cui le parti avevano concluso un preliminare di compravendita non prevedente il passaggio immediato del possesso del bene promesso in vendita, proprio alla luce della funzione di garanzia, che la promessa di vendita assicurava, della restituzione, entro un certo termine, di una somma in precedenza o coevamente mutuata dal promissario acquirente; conf. Cass. Sez. 2, Sentenza n. 13598 del 12/10/2000, Rv. 540957, Cass. Sez. 2, Sentenza n. 4618 del 29/03/2001, Rv.



545299 e Cass. Sez. 3, Sentenza n. 7934 del 12/06/2001, Rv. 547425).

7.15. Nel tempo quindi è stata ampliata la portata dell'art. 2744 c.c., sanzionando con la nullità qualsiasi strumento pattizio in grado di raggiungere il risultato vietato dall'ordinamento, sia in modo diretto che in forme elusive.

7.16. L'ampliamento della latitudine del divieto non è stata esente da critiche da una parte della dottrina per l'intrinseca difficoltà di tratteggiarne i confini, unita alla constatazione del diffondersi di contratti, anche di derivazione comunitaria che prevedono, accanto alla causa di scambio, anche la causa di garanzia.

7.17. Si pensi, a titolo esemplificativo, al capo 1 bis del D. Lgs 385/93, recante attuazione della Direttiva n. 17/2014, che introduce il credito immobiliare ai consumatori, prevedendo che le parti possano convenire espressamente, al momento della conclusione del contratto che, in caso di inadempimento del consumatore la restituzione o il trasferimento del bene immobile soggetto a garanzia reale, o dei proventi della vendita del bene, comporti l'estinzione del debito, fermo restando il diritto del consumatore all'eccedenza.

7.18. Di derivazione comunitaria sono anche i Financial Collateral Arrangements, di cui al D. Lgs 170/2004 modificato dal D. Lgs 48/2011, costituente attuazione della direttiva 44/2009 CE, che all'art. 6 comma 2 riconosce validità ed efficacia ai contratti di garanzia finanziaria che prevedono il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia "indipendentemente dalla loro qualificazione" escludendo per essi il divieto di patto commissorio.

7.19. In tale ipotesi, si esclude la nullità dovuta all'aggiramento del divieto del patto commissorio in quanto si ritiene sussistente un patto marciano - in forza del quale, nell'eventualità di inadempimento del debitore, il creditore vende il bene, previa



stima, versando al debitore l'eccedenza del prezzo rispetto al credito - ritenendo che si tratti di clausola idonea a garantire il riequilibrio dell'assetto contrattuale. In tal modo, si evitano approfittamenti del creditore in danno del debitore, purché le parti abbiano previsto, al momento della sua stipulazione, che, nel caso ed all'epoca dell'inadempimento, sia compiuta una stima della cosa, entro tempi certi e modalità definite, che assicuri una valutazione imparziale, ancorata a parametri oggettivi ed automatici oppure affidata ad una persona indipendente ed esperta, la quale a tali parametri debba fare riferimento (Cassazione civile sez. III, 17/01/2020, n.844).

7.20.E' stato osservato, anche in chiave comparativista, che a livello europeo si assiste ad un ampliamento del patto marciano (tra tutte la Francia, che ha modificato nel 2006 il sistema della garanzie reali, con l'Ordonnance n.2006-346 in relazione a varie ipotesi tra cui il credito al consumo).

7.21.Del resto, le Sezioni Unite, con sentenza n.14650 del 5.7.2011 n.14650, chiamate a pronunciarsi sull'applicabilità in Italia della normativa inglese che ammette il trasferimento della proprietà di un bene in conseguenza di un patto commissorio, hanno escluso che la disposizione possa rientrare tra i principi fondanti l'ordine pubblico internazionale, che si "sostanzia nei principi fondamentali delle nazioni civili, tra cui il divieto di patto commissorio non rientra", come dimostra che "esso non è conosciuto né vietato in una sicuramente parte rilevante dell'Unione Europea".

7.22. La giurisprudenza ha enucleato, ai fini dell'esclusione del patto commissorio la preesistenza o la contestualità del debito, l'assenza dell'illecita coercizione del debitore al trasferimento del bene, la proporzione tra il valore del bene ed il prezzo, la circostanza che il venditore non rimanga nel godimento



dell'immobile e l'obbligo di ritrasferimento al medesimo prezzo originariamente pagato.

7.23. Tali elementi non devono necessariamente essere compresenti nell'ambito dell'operazione contrattuale ma devono essere esaminati dal giudice di merito al fine di valutare se la causa concreta del contratto – che può essere di scambio con profili di garanzia- sia meritevole di tutela.

7.24. La Corte di merito ha ritenuto che la complessa operazione posta in essere tra le parti con la scrittura del 28.4.1997 e con gli accordi successivi avesse come causa concreta non lo scambio ma il finanziamento e che la massa fallimentare, costituita essenzialmente dal complesso immobiliare denominato ^{“(omissis)”}, avesse la finalità di garantire provvisoriamente il credito dell'assuntore del fallimento, con conseguente perdita della proprietà in caso dell'adempimento del contratto di finanziamento.

7.25. La Corte di merito ha individuato una serie di indici rivelatori del patto commissorio costituiti:

- dalla presenza di una situazione debitoria tra le parti;
- dalla sproporzione tra il prezzo di vendita ed il valore del compendio immobiliare;
- dall'approfittamento della debolezza del debitore;
- dalla previsione del diritto di opzione per il riacquisto dell'immobile a condizioni impossibili da esercitare.

7.26. Tali elementi hanno indotto la Corte di merito a ritenere che il versamento del prezzo dell'operazione integrasse un contratto di mutuo o di finanziamento in cui il trasferimento del bene operava quale garanzia provvisoria secondo lo schema del contratto di anticresi.



7.27. Tale interpretazione implica una falsa applicazione degli artt. 1963 c.c. e dell'art.2744 c.c. in quanto trascura una serie di indici, individuati dalla giurisprudenza, per distinguere la causa della vendita da quella di garanzia.

7.28. In primo luogo, la complessa operazione posta in essere tra le parti era preordinata all'estinzione dei debiti della società fallita, mediante l'assunzione del concordato da parte del (omissis) .

7.29. Il trasferimento della massa attiva del fallimento, comprendente il compendio immobiliare denominato " (omissis) " costituiva il corrispettivo dell'accollo generale dei debiti da parte dell'assuntore del concordato, accompagnato dal diritto di opzione delle beneficiarie per il riacquisto dei beni entro due mesi dalla data del decreto di verifica e chiusura del concordato.

7.30. Tale operazione non rientrava nel contratto di anticresi.

7.31. Secondo la definizione codicistica, l'anticresi è il contratto col quale il debitore o un terzo si obbliga a consegnare un immobile al creditore a garanzia del credito, affinché il creditore ne percepisca i frutti imputandoli agli interessi, se dovuti, e quindi al capitale.

7.32. Nel caso di specie, indipendentemente dal perseguimento dallo scopo - di vendita o di garanzia- non risulta che la complessa operazione contrattuale avesse come scopo quello di mettere il creditore nella disponibilità dei beni per poterne trarre i frutti e con ciò estinguere prima il credito e poi il capitale.

7.33. In primo luogo, il giudice di merito non ha accertato che fossero previsti interessi a carico delle debentrici (omissis) e (omissis) , né a percentuale né a forfait, né che le parti avessero stabilito che i frutti derivanti dal godimento del bene concorrevano ad estinguere il debito.

7.34. L'art.1962 c.c. prevede, infatti, che l'anticresi duri finché il debitore sia stato interamente soddisfatto del suo debito e comunque per una durata non superiore a dieci anni mentre la



previsione del diritto di opzione per il riscatto **esclude in radice** l'inquadramento del contratto nello schema dell'anticresi.

7.35.L'accordo prevedeva infatti, in favore di (omissis) e (omissis), il diritto di opzione per l'acquisto del 100% delle quote dell' (omissis) s.r.l. entro due mesi dal decreto di verifica e non oltre sette mesi dall'erogazione del mutuo ipotecario.

7.36. La Corte d'appello, dopo aver ravvisato la sussistenza del patto commissorio con riferimento al contratto di anticresi, ha esteso l'applicabilità del generale divieto del patto commissorio previsto dall'art.2744 c.c. anche con riferimento al contratto di mutuo, ravvisando nell'operazione contrattuale il perseguimento dello scopo di garanzia e non di scambio.

7.37.Nel tratteggiare la distinzione tra funzione di scambio e funzione di garanzia, questa Corte, in più occasioni, ha chiarito che non è ravvisabile il patto commissorio nelle ipotesi in cui il trasferimento o la promessa di trasferimento siano finalizzati non già a garantire l'adempimento di un'altra obbligazione con riguardo all'eventualità, non ancora verificatasi, che essa rimanga inadempita ma di soddisfare un precedente credito rimasto insoluto, liberando il debitore dalle conseguenze connesse alla pregressa inadempienza (Cass. 21.1.2016 n.1075; Cass. Civ. 28.6.2006, n.14903; Cass. 6.10.2004, n.19950).

7.38.E' stato osservato come il divieto del patto commissorio postuli che il trasferimento della proprietà della cosa sia sospensivamente condizionato al verificarsi dell'evento futuro ed incerto del mancato pagamento del debito, sicché detto patto non è configurabile qualora il trasferimento avvenga, invece, allo scopo di soddisfare un precedente credito rimasto insoluto. In particolare, va pertanto escluso lo scopo di garanzia quando il prezzo della compravendita sia stato utilizzato per ripianare debiti scaduti verso l'amministratore della società acquirente e nei confronti di terzi (Cass. 21.1.2016 n.1075).



7.39. Più recentemente, il principio è stato ribadito da Cassazione civile sez. II, 03/06/2019, n.15112, secondo cui "gli articoli 1963 e 2744 del codice civile, i quali sanciscono il divieto del patto commissorio, postulano che il trasferimento - ovvero il procedimento indiretto della promessa di trasferimento al creditore, cui l'indicato divieto è estensibile per identità di ratio - della proprietà della cosa che ha formato oggetto di ipoteca, di pegno o di anticresi, sia condizionato sospensivamente al verificarsi dell'evento futuro e incerto del mancato pagamento del debito, sicché, qualora il trasferimento o la promessa di trasferimento vengano, invece, pattuiti puramente e semplicemente allo scopo non già di garantire l'adempimento di un'altra obbligazione con riguardo all'eventualità, non ancora verificatasi, che essa rimanga inadempita, ma di soddisfare un precedente credito rimasto insoluto e di liberare, quindi, il debitore dalle conseguenze connesse alla sua pregressa inadempienza, non sono configurabili le condizioni richieste dalle citate norme per l'operatività del divieto da esse previsto".

7.40. Nel caso di specie, l'operazione era volta ad estinguere i debiti della società fallita (omissis) s.a.s. da parte del (omissis), quale assuntore del concordato.

7.41. Detta operazione, con la quale veniva estinta la posizione debitoria della società fallita, aveva come contropartita per l'assuntore del concordato l'acquisizione del compendio immobiliare " (omissis) ", che costituiva una parte preponderante dell'attivo immobiliare, da effettuarsi attraverso la cessione delle quote sociali e dell'acquisto del diritto di usufrutto, finalizzato all'acquisizione della proprietà dell'intero bene.

7.42. La Corte d'appello ha erroneamente ravvisato lo scopo di garanzia e non lo scopo di scambio ritenendo che il versamento dell'importo non integrava un pagamento del corrispettivo ma un contratto di mutuo in cui il trasferimento del bene operava quale



garanzia provvisoria, suscettibile di evoluzione a seconda che i debitori avessero adempiuto o meno all'obbligo di restituire le somme ricevute.

7.43. Detta affermazione contrasta con la previsione del diritto di opzione in loro favore per il riacquisto dell'immobile.

7.44. Con motivazione apodittica, la Corte di merito ha affermato che i ricorrenti non sarebbero stati in grado di riacquistare il bene, senza accertare se il patto di opzione prevedesse la corresponsione di interessi che potessero configurare uno sviamento dalla causa di scambio, propria della compravendita, o la presenza di clausole che ne rendessero eccessivamente oneroso l'esercizio, impedendo per esempio l'accesso al finanziamento bancario o di terzi, tale da integrare la sussistenza di un altro indice rivelatore della sussistenza del patto commissorio.

7.45. Non solo non è stata accertata l'esistenza di un contratto di mutuo ma nemmeno l'illecita coercizione del debitore a sottostare alla volontà del creditore, accettando preventivamente il trasferimento di un suo bene come conseguenza della mancata estinzione del debito che viene a contrarre, avendo questa Corte escluso il patto commissorio quando la titolarità del bene passi all'acquirente con l'obbligo di ritrasferimento al venditore, se questi provveda all'esatto adempimento (Cass. 1075/2016).

7.46. L'esistenza del patto commissorio è stato ravvisato, nell'*incipit* della motivazione della sentenza della Corte d'appello, per la notevole sproporzione tra l'esborso effettuato dall'acquirente per l'assunzione del concordato ed il valore dell'attivo fallimentare rappresentato da (omissis) , come da CTU svolta in fase esecutiva.

7.47. Come dianzi precisato, la nullità del patto commissorio ha come scopo quello di tutelare il debitore, quale contraente economicamente più debole, per impedire che possa subire pressioni dal creditore che lo inducano a garantire il proprio



adempimento mediante la cessione di un bene di valore superiore al debito contratto.

7.48.Nel caso di specie, le argomentazioni della sentenza sono viziate dalla considerazione che il valore del bene è stato determinato nella somma algebrica del valore della nuda proprietà e del valore dell'usufrutto mentre è notorio che un immobile gravato di usufrutto è meno appetibile sul mercato.

7.49.Inoltre, nella valutazione della sproporzione del valore, la Corte d'appello non ha tenuto conto che si trattava di un bene fallimentare e che il prezzo base d'asta, soprattutto in presenza di un occupante a titolo di usufrutto, è di regola soggetto a ribassi.

7.50.Ulteriore fatto decisivo per il giudizio, allegato e trascritto in ricorso (pag.26 del ricorso), riguarda la circostanza della iscrizione di ipoteca in forza di mutuo ipotecario.

7.51.Inoltre, l'operazione non violava nemmeno la *par condicio creditorum* in quanto l'assuntore del concordato si surroga nella posizione dei creditori sociali e provvede al loro pagamento mentre il divieto del patto commissorio, anche nel contratto di mutuo, essendo istituito a presidio di un interesse generale, opera, con la conseguente sanzione della nullità, nella fase di costituzione e di attuazione del mutuo non trovando invece applicazione in relazione ad accordi intervenuti tra le parti dopo la scadenza dell'obbligo di restituire al mutuante le somme ricevute in prestito, fase in cui il debitore è libero di disporre dei propri beni, così come è libero, in generale, di cederli ai creditori a soddisfazione delle loro ragioni (Cassazione civile sez. trib., 25/02/2010, n.4600)

7.52.Ulteriore elemento che la giurisprudenza di questa Corte ha valorizzato quale elemento differenziale tra vendita e mutuo è costituito dalla permanenza del venditore nel possesso del bene mentre, nel caso di specie la stessa Corte di merito ha accertato che si realizzò l'effetto traslativo della proprietà e venne previsto un patto di retrovendita.



7.53. L'effettivo trasferimento del possesso del bene, sia pure in via mediata ad un soggetto terzo fiduciario, è anch'esso indice rilevante della causa di scambio e non di garanzia, avendo la giurisprudenza individuato nella permanenza del venditore nel possesso del bene un indice dello sviamento causale del negozio di compravendita (Cass. 9900/2001; Cass. 7740/1999).

7.54. In definitiva, la Corte distrettuale ha falsamente applicato l'art. 2744 c.c. senza valutare gli indici rivelatori dell'esistenza del patto commissorio.

7.55. La sentenza impugnata va, pertanto cassata, con rinvio alla Corte d'appello di Venezia in diversa composizione che si atterrà ai seguenti principi di diritto:

"L'anticresi è il contratto col quale il debitore o un terzo si obbliga a consegnare un immobile al creditore a garanzia del credito, affinché il creditore ne percepisca i frutti imputandoli agli interessi, se dovuti, e quindi al capitale sicchè non è configurabile tale figura contrattuale nell'ipotesi in cui non sia previsto che i frutti derivanti dal godimento del bene concorrano ad estinguere il debito".

"Il divieto del patto commissorio non è configurabile qualora il trasferimento avvenga allo scopo di soddisfare un precedente credito rimasto insoluto".

"Va esclusa la violazione del divieto del patto commissorio quando manchi l'illecita coercizione del debitore a sottostare alla volontà del creditore, accettando preventivamente il trasferimento di un suo bene come conseguenza della mancata estinzione del debito che viene a contrarre; il divieto di tale patto non è applicabile allorquando la titolarità del bene passi all'acquirente con l'obbligo di ritrasferimento al venditore se costui provvederà all'esatto adempimento".

Il giudice di rinvio regolerà le spese del giudizio di legittimità.

Vanno dichiarati assorbiti i restanti motivi di ricorso.



P.Q.M.

accoglie i motivi dal secondo al sesto, rigetta il primo, dichiara assorbiti i restanti, cassa la sentenza impugnata con rinvio alla Corte d'appello di Venezia in diversa composizione, anche per le spese del presente giudizio.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Seconda Sezione Civile della Corte di cassazione, in data 2 febbraio 2022.

Il Consigliere estensore

Rossana Giannaccari

Il Presidente

Rosa Maria Di Virgilio



Numero registro generale 4761/2017

Numero sezionale 249/2022

Numero di raccolta generale 19694/2022

Data pubblicazione 17/06/2022

