

IL CONTRATTO DI *SALE AND LEASE BACK* TRA CAUSA IN CONCRETO E CAUTELA MARCIANA

di Francesco Scardino^[*]

La S.C. torna ad occuparsi del contratto di *sale and lease back* e del suo dibattuto rapporto con la norma di cui all'art. 2744 c.c., soffermandosi, in particolare, sulla necessità di valutare l'intera operazione negoziale alla luce della causa nella sua accezione c.d. concreta, nonché del rilievo della cautela marciانا. Quest'ultima, infatti, può assurgere - nella ricostruzione della S.C. - a strumento idoneo a scongiurare eventuali profili di illiceità di un contratto finanziario che sia effettivamente reputato vantaggioso dai contraenti.

Sommario: [Il caso](#) - [Il contratto di *sale and lease back* e il dibattuto rapporto con il divieto del patto commissorio](#) - [Il ricorso alla nozione di causa in concreto](#) - [Sale and lease back e rilevanza del patto marciانو](#) - [Rilievi conclusivi](#)

Il caso

Con la sentenza in commento, la S.C. accoglie il ricorso proposto da una società finanziaria volto alla cassazione di un decreto di rigetto di opposizione allo stato passivo. Opposizione che era stata proposta, a norma dell'art. 98 l.fall., sulla scorta della mancata ammissione al passivo dei crediti relativi ai canoni di un contratto di *sale and lease back* di una unità immobiliare, nonché di taluni crediti vantati in relazione ad un ulteriore contratto di *leasing* di beni mobili. Il Tribunale, ritenendo fondata l'eccezione della curatela circa la conclusione del contratto di *sale and lease back* in violazione del divieto di patto commissorio, ne aveva dichiarato la nullità per frode alla legge.

Diversamente, la Suprema Corte, con la decisione in epigrafe, declinando la causa nella sua accezione c.d. concreta e facendo leva sulla *ratio* sottesa all'istituto della cautela marciانا - inteso quale meccanismo idoneo a garantire l'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni - accoglie il ricorso promosso dalla società finanziaria e rinvia la causa al giudice di merito, non ravvisando alcun profilo di invalidità del contratto di *sale and lease back*.

Il contratto di *sale and lease back* e il dibattuto rapporto con il divieto del patto commissorio

Il *sale and lease back* (o più comunemente *lease back*) è un contratto diffusosi nel nostro ordinamento a partire dalla seconda metà degli anni '70^[1], ampiamente utilizzato nel mondo degli affari^[2], ma - come noto - non disciplinato a livello legislativo^[3]. Trattasi, in particolare, del contratto attraverso il quale un'impresa - o un lavoratore autonomo - trasferisce, dietro corrispettivo, un bene di sua proprietà a un imprenditore finanziario, il quale, divenutone proprietario, lo cede contestualmente in *leasing* all'alienante, per una durata temporale determinata e a fronte del periodico versamento di un canone^[4]. La peculiarità di tale operazione è rappresentata

dal riconoscimento, in capo all'utilizzatore, della facoltà di poter riacquistare il bene precedentemente alienato alla scadenza del contratto, previo pagamento del prezzo stabilito per il riscatto^[5].

Tale operazione è affine, ma strutturalmente speculare, a quella del *leasing* tradizionale. Se, infatti, quest'ultimo è impiegato al fine di assicurare all'utilizzatore la materiale disponibilità di un bene senza un'immediata immobilizzazione del capitale finanziario utile all'investimento, il *lease back* consente all'imprenditore di acquisire liquidità senza la necessità di dismettere un dato investimento in un bene strumentale, di cui, pur cedendone la titolarità, preserva la disponibilità materiale^[6].

Si ritiene che la funzione di c.d. autofinanziamento rappresenti elemento di differenziazione tra il *lease back* e il *leasing* ordinario^[7]. Infatti, in quest'ultimo caso, l'imprenditore si prefigge l'obiettivo di conseguire la disponibilità di beni strumentali al processo produttivo, laddove nel *lease back* persegue, almeno prevalentemente, uno scopo di finanziamento^[8], facendo sì che i beni dell'impresa divengano "economicamente produttivi"^[9]. Inoltre, il contratto di *lease back* si caratterizza per la coincidenza soggettiva tra il venditore del bene e l'utilizzatore, differenziandosi così dal *leasing* tradizionale, nel quale le figure del venditore e dell'utilizzatore sono diverse^[10].

La fattispecie contrattuale in esame, alla stregua di buona parte delle operazioni negoziali atipiche, si trova al centro di un dibattito riguardante la sua esatta qualificazione e la sua natura giuridica^[11]: ad una prima tesi, in forza della quale il contratto di *sale and lease back* costituirebbe un'operazione contrattuale complessa, data dalla combinazione di un contratto di vendita e di uno di *leasing*^[12], se ne contrappone un'altra che conclude per la qualificazione dello stesso come un'unica ed autonoma fattispecie contrattuale^[13], diretta alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela.

In effetti, per il mezzo di simile operazione, un soggetto - di regola un imprenditore - può far fronte alle peculiari esigenze del mercato, le quali possono imporre, in determinati casi, l'anticipata monetizzazione del valore di un bene strumentale all'esercizio dell'attività di impresa e del quale, pertanto, il medesimo imprenditore non può privarsi. Attraverso il contratto in esame si consente, in definitiva, al medesimo imprenditore di smobilizzare beni della sua attività, normalmente immobili o comunque di ingente valore economico e, dunque, non facilmente collocabili e commercializzabili sul mercato, a causa del loro collegamento funzionale con una particolare azienda e ciclo produttivo. La successiva facoltà di riscattare il bene al termine del rapporto, esercitando l'opzione di acquisto, consente poi all'alienante-utilizzatore di riacquistare il medesimo bene per un corrispettivo diminuito in funzione della perdita di valore determinata dall'obsolescenza tecnologica^[14].

La legittimità di tale fattispecie contrattuale è stata - ed è ad oggi - oggetto di discussione per la dubbia compatibilità con il divieto di patto commissorio. In particolare, lo spettro di tale violazione si paleserebbe nel momento in cui, a fronte del mancato pagamento dei canoni, l'utilizzatore dovesse rendersi inadempiente, perdendo la facoltà di esercitare il diritto di opzione volto al riacquisto del bene alla scadenza del contratto; contratto che, di contro, viene, di regola, risolto *ex art. 1453 c.c.* per inadempimento, di modo che il bene rimane definitivamente acquisito dalla società di *leasing*^[15].

Relativamente ai rapporti tra *lease back* e divieto di patto commissorio, la giurisprudenza di merito meno recente ha assunto posizioni non univoche: un orientamento più restrittivo individuava in tale operazione un mutuo assistito da una garanzia reale atipica^[16] e, conseguentemente, un procedimento negoziale posto in essere in frode alla legge, avente carattere elusivo del divieto sancito dall'art. 2744 c.c. e per tale ragione nullo^[17]. Si riteneva, dunque, che il prezzo dichiarato nel contratto quale corrispettivo per l'alienazione del bene fosse una vera e propria erogazione di un

finanziamento, che il trasferimento del bene in proprietà all'impresa di *leasing* rappresentasse la concessione di una garanzia reale atipica e, infine, che i canoni da dover versare quale corrispettivo del *leasing* altro non fossero se non il pagamento delle rate del mutuo^[18]. A tutto ciò si aggiungeva la facoltà, riconosciuta al fornitore, di far proprio il bene in caso di inadempimento. Alla medesima conclusione si perveniva, peraltro, equiparando la fattispecie contrattuale in esame alla vendita con patto di riscatto, adducendosi che, se per quest'ultima, siccome fattispecie contrattuale tipizzata, doveva reputarsi già eseguito dal legislatore il giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti, ciò non valesse per il *lease back* il quale, essendo di contro un contratto atipico, non avrebbe potuto beneficiare di simile presunzione di legittimità^[19].

Tale posizione veniva fortemente criticata dalla dottrina maggioritaria, la quale concludeva per la validità del *lease back*, affermando che, a differenza delle alienazioni a scopo di garanzia, nella fattispecie contrattuale in questione difettava il carattere dell'“automatismo” del trasferimento della proprietà del bene^[20]. Il summenzionato orientamento riteneva, difatti, che il riacquisto della proprietà non rappresentasse il diretto ed automatico corollario del pagamento di tutti i canoni ma, diversamente, conseguisse ad una nuova manifestazione di volontà attraverso la quale veniva esercitato il diritto di opzione^[21], escludendo dunque ogni collegamento funzionale tra il trasferimento della proprietà e la garanzia del credito^[22]. Si sosteneva inoltre che, nelle alienazioni a scopo di garanzia, la vendita si caratterizzasse per due aspetti peculiari: l'essere successiva al debito e l'essere sottoposta alla condizione del mancato adempimento^[23], aspetti entrambi assenti nel *lease back*, dove, mancando un preesistente credito da garantire, la vendita del bene non era in grado di svolgere, di per sé, alcuna funzione di garanzia^[24], non essendo tra l'altro sottoposta ad alcuna condizione.

Al sopra illustrato orientamento giurisprudenziale se ne contrapponeva un altro^[25], il quale, consapevole del fatto che anche il *lease back*, come qualsiasi altro contratto, potesse essere impiegato per scopi illeciti o fraudolenti, concludeva, nondimeno, per la sua legittimità tutte le volte in cui, a fronte di un'indagine delle ragioni sottese a tale operazione negoziale, poteva escludersi che il trasferimento della proprietà del bene, benché immediato, avesse la funzione primaria di costituire una garanzia reale a favore del concedente.

Sul punto, la S.C. è intervenuta per la prima volta nel 1995^[26], affermando, sulla scorta della giurisprudenza di merito favorevole alla legittimità del *sale and lease back*, che in tale contesto “la vendita non è posta in essere a scopo di garanzia, bensì di *leasing*, costituendo il necessario presupposto della locazione finanziaria medesima, la quale, altresì, si inserisce in una più ampia operazione economica avente la specifica funzione di procurare all'imprenditore, nel quadro di un determinato disegno economico di potenziamento dei fattori produttivi, una certa liquidità, attraverso l'alienazione di un suo bene strumentale, conservandone tuttavia l'uso e la facoltà di riacquistarne la proprietà al termine del rapporto”. In quest'ottica - alla quale si è sostanzialmente attenuta la giurisprudenza successiva - tale vendita ed il complesso rapporto atipico nel quale si iscrive non può essere, in definitiva, considerata contraria al divieto di patto commissorio, la cui *ratio* è, da un lato, quella di impedire al creditore l'esercizio di una coazione morale sul debitore spinto alla ricerca di un mutuo a fronte di ristrettezze finanziarie e, dall'altro, quella di precludere al predetto creditore la possibilità di fare proprio il bene attraverso un meccanismo che lo sottrarrebbe alla generale regola della *par condicio creditorum*.

In conclusione, secondo la Corte, lo schema negoziale socialmente tipico del *lease back* presenta propria autonomia strutturale e funzionale quale contratto d'impresa, nonché caratteri peculiari - di natura soggettiva ed oggettiva - che non consentono di ritenere che esso integri, per sua natura e nel suo fisiologico operare, una fattispecie negoziale fraudolenta sanzionabile ai sensi dell'art. 2744 c.c.

Il ricorso alla nozione di causa in concreto

Il giudice di legittimità, sin dalla prima pronuncia sul tema, consapevole di un possibile uso *contra ius* a cui il contratto in esame può prestarsi, ne ha sancito la nullità tutte le volte in cui la causa concreta sottesa all'intera operazione si sostanzia nel rafforzamento della posizione del creditore-fornitore, consentendogli, in caso di inadempimento della controparte, di acquisire il bene - comprensivo del suo eventuale maggior valore - ed abusando, per tale via, della debolezza del debitore.

L'esordio del concetto di causa concreta e l'allontanamento dalla tradizionale formula che individua la causa del contratto nella sua funzione economico sociale, è - come noto - relativamente recente^[27]. È, infatti, da meno di un decennio che lo stesso compare sempre più frequentemente nelle motivazioni di plurime sentenze di merito e di legittimità, testimoniando il grande "successo quantitativo" che esso ha conosciuto^[28]; tendenza che, ad avviso di parte degli interpreti, si pone, altresì, in linea con l'attuale regime costituzionale il quale si incentra sulla libertà economica dei privati, pur temperata dal ricorso al generale precetto di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost.^[29]. Alla luce dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale in materia, è dunque possibile distinguere un'operazione di *lease back* c.d. puro (o lecito), da una anomala o, come affermato da altri, da un uso anomalo della stessa^[30].

Risulta, dunque, affermata la regola operativa in forza della quale il contratto di *sale and lease back* è in sé lecito e legittimo, dovendosi, di contro, concludere per la sua nullità ogni qualvolta, a fronte dell'analisi della causa sottesa all'operazione, specificamente e individualmente considerata^[31], risulti che lo stesso sia stato "piegato" a perseguire un interesse configgente con il divieto di patto commissorio. In simile prospettiva, occorre "ricercare l'interesse concretamente perseguito dalle parti. Non basta, cioè, verificare se lo schema usato sia compatibile con uno dei modelli contrattuali, ma occorre ricercare il significato pratico dell'operazione con riguardo a tutte le finalità che - sia pur tacitamente - sono entrate nel contratto"^[32], concludendo per la nullità del negozio tutte le volte in cui traspare il chiaro intento delle parti di stipulare, dietro il paravento di un *leasing* successivo alla vendita, un mutuo assistito da una garanzia reale^[33]. In altre parole, l'operazione configgerà con il divieto di patto commissorio allorché risulti che il versamento del denaro non costituisca, a dispetto del *nomen iuris*, pagamento del prezzo del bene venduto, ma esecuzione del mutuo e che il trasferimento del bene non abbia altra funzione se non quella di garantire il finanziamento così operato^[34]. Su queste basi, la causa deve essere, in altri termini, individuata ricostruendo il compiuto ed effettivo contenuto del contratto, per esempio valorizzando l'essenzialità di elementi accidentali qualora idonei a consentire l'emersione di motivi altrimenti irrilevanti^[35]. Attraverso la stessa, si pone l'accento sulla signoria del volere delle parti contraenti, dovendo il giudice, non limitarsi a svolgere un mero e formale controllo di conformità rispetto allo schema tipico legale ma, spingendosi più in profondità, valutare la meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti alla luce dei principi ordinamentali^[36].

Occorre al riguardo dare atto dell'individuazione, da parte di dottrina e giurisprudenza, di alcuni indici sintomatici la cui presenza legittima l'interprete a dubitare della liceità dell'operazione negoziale sostanziantesi nel *sale and lease back*, quali a) la presenza di un rapporto di debito preesistente o contestuale alla vendita tra le parti, b) la sproporzione tra entità del debito e valore del bene alienato e, infine, c) la situazione di difficoltà economica del debitore nota alla controparte.

Si deve tuttavia osservare che, nonostante la corposa e apparentemente consolidata giurisprudenza, l'individuazione degli indici di cui alle lett. a) e b) risulta tutt'altro che pacifica^[37], tanto che non è mancato chi ha definito gli stessi come delle "mine vaganti"^[38].

Particolare preoccupazione desta il generico e indeterminato riferimento all'esistenza di una situazione debitoria intercorrente tra i soggetti del rapporto. È stato evidenziato^[39] che, diversamente da quanto risulta dalla casistica relativa alla vendita con patto di riscatto, il *lease back* non risulta essere normalmente impiegato in situazioni caratterizzate dalla pendenza di obbligazioni. Altri autori hanno sostenuto che, se tale situazione debitoria debba essere individuata in quella determinata da pregresse obbligazioni, diverse da quelle derivanti dall'operazione finanziaria del *sale and lease back*, sarebbe difficilmente spiegabile il motivo per il quale, a differenza di quanto avviene nella *datio in solutum*, la vendita non potrebbe essere elevata a strumento atto ad assicurare al debitore la provvista per l'estinzione dell'obbligazione assunta^[40].

Discutibile è anche il riferimento alla difficoltà finanziaria del debitore, situazione priva di oggettivi parametri d'accertamento che resta pertanto difficilmente verificabile^[41]. In tal caso si ritiene che la valutazione non possa essere compiuta *a posteriori*, in quanto ciò che rileva è la sussistenza dello stato di debolezza economica esistente al momento della conclusione del contratto^[42], non essendo sufficiente, in quest'ottica, dedurre il fallimento intercorso a una breve distanza temporale dal momento perfezionativo del contratto medesimo^[43].

Per completezza giova sottolineare che sono stati ritenuti elementi indizianti, ulteriori a quelli di cui *supra*, la mancanza di un interesse in capo all'imprenditore-venditore all'utilizzazione del bene dedotto in contratto; la previsione di un prezzo di vendita non corrispondente ai correnti valori di mercato^[44]; l'essere il bene di un genere diverso rispetto a quelli normalmente utilizzati nel ciclo produttivo^[45].

Posto quanto precede, si dovrà concludere con il qualificare come lecita l'intera operazione negoziale qualora, a fronte dell'analisi degli elementi e delle motivazioni sottostanti alla stessa, risultino presenti i c.d. requisiti caratterizzanti il normotipo lecito di *lease back*^[46], ossia, la qualità di imprenditore - individuale o in forma societaria - o di lavoratore autonomo dell'utilizzatore; la qualità di intermediario bancario o finanziario in capo all'acquirente^[47]; l'essere il bene alienato strumentale rispetto l'attività d'impresa^[48]; la durata considerevole del rapporto^[49]; l'omogeneità dei criteri di determinazione del prezzo di vendita, dei canoni e del prezzo di opzione^[50]; la conformità delle condizioni contrattuali rispetto a quelle generalmente contenute in un contratto di *leasing* finanziario^[51].

In mancanza di tali elementi, l'operazione rischia di denotare anomalie, risultando conseguentemente necessario procedere ad un'analisi in concreto circa la liceità della stessa.

Il *discrimen* tra il *lease back* lecito e quello illegittimo è, dunque, individuato valorizzando il concetto di "causa concreta". Assume così fondamentale rilevanza l'indagine del "primario intento delle parti", lo "scopo pratico del negozio [...], la sintesi degli interessi che questo è diretto a realizzare"^[52], il quale non potrà ovviamente ridursi ad una mera motivazione psicologica individuale, come tale irrilevante per il diritto, ma dovrà esteriorizzarsi in modo tale da connotare, a fronte di una valutazione obiettiva, la causa del contratto^[53]. L'indagine sullo scopo concretamente posto in essere dai contraenti rappresenta una questione di fatto, relativa all'interpretazione del contratto, e compete, pertanto, non al giudice di legittimità, bensì al giudice di merito^[54], il quale è, dunque, tenuto a procedere ad una valutazione caso per caso della concreta operazione sottoposta al suo vaglio, valutando attentamente non solo le singole clausole contrattuali, ma anche il contesto di fatto in cui l'operazione medesima si inserisce.

Il compito dei giudici si rileva tuttavia non facile e, di per sé, eccessivamente discrezionale. La principale preoccupazione della giurisprudenza - assodata la legittimità in astratto del *lease back* - è infatti oggi quella di tracciare precise linee guida per l'interprete, in modo da predeterminare i criteri alla stregua dei quali condurre la verifica di cui *supra*^[55].

In tale contesto interviene la sentenza in commento che, conformemente all'orientamento maggioritario, statuisce che il giudizio concernente la validità del *lease back* dipende dalla concreta valutazione delle circostanze del caso specifico e dalle clausole negoziali presenti nell'accordo, in quanto la corretta qualificazione della fattispecie si fonda principalmente su tali elementi di fatto, confermando così l'interesse della magistratura superiore per la figura della causa in concreto.

Sale and lease back e rilevanza del patto marciano

La sentenza in commento si rileva, altresì, apprezzabile nella misura in cui riconosce un effetto "salvifico" alla cautela marciana, reputando una clausola di tal specie idonea, da un lato, "a ristabilire l'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni del contratto di *lease back* [...]" e, dall'altro lato, "a scongiurare che l'attuazione coattiva del credito avvenga senza controllo alcuno dei valori patrimoniali in gioco".

In tale prospettiva, la S.C. pare richiamarsi a quell'orientamento che aveva affrontato il tema della liceità del *sale and lease back* in una maniera del tutto diversa rispetto alla dottrina tradizionale, ponendo in essere una rivisitazione dello stesso concetto di patto commissorio e del suo ambito applicativo^[56]. In particolare, simile indirizzo riteneva non condivisibile la piena assimilazione tra le alienazioni a scopo di garanzia e la fattispecie disciplinata dall'art. 2744 c.c.: ad essere vietata non sarebbe stata la prima, ma solo ed esclusivamente l'effetto commissorio, consistente nella incontrollata appropriazione del bene in funzione di soddisfazione della pretesa creditoria. In quest'ottica, per evitare la sopraffazione economica da parte del creditore garantito a danno del debitore, alcuni autori predicavano l'introduzione in via interpretativa del patto marciano, il quale - come noto e come si ribadirà a breve - attribuisce all'utilizzatore il diritto di ricevere il pagamento di una somma pari alla differenza tra il valore residuo del bene e il credito del concedente.

In simile prospettiva, si reputava cioè che dalla funzione di garanzia volta ad informare il negozio traslativo sarebbe derivato, quale effetto naturale, la nascita di un'obbligazione in capo all'acquirente avente ad oggetto la restituzione all'alienante - anche in assenza di esplicita convenzione - dell'eccedenza del valore della cosa trasferita rispetto al credito garantito^[57].

Tale teoria, se da una parte, è stata oggetto di aspre critiche per la forzatura che determinerebbe l'introduzione di una simile pattuizione al di là di un'esplicita previsione delle parti^[58], dall'altra, ha avuto il pregio di riportare al centro del dibattito sulla liceità del *lease back* il patto marciano quale strumento idoneo a sterilizzare qualsiasi forma di sopraffazione economica e, quindi, ogni tentativo di eludere il divieto del patto commissorio^[59].

L'idea di eliminare non la garanzia nella sua interezza, bensì solo il *surplus* insito e discendente dal patto, è stata peraltro ritenuta una soluzione equilibrata e coerente con l'impianto generale del codice, non apparendo, di contro, equo degradare in modo automatico il creditore che si fosse procurato una garanzia dominicale a semplice chirografario^[60].

Il patto marciano costituisce una *species* del più ampio *genus* delle alienazioni in funzione di garanzia, caratterizzato dal profilo della necessaria corrispondenza tra il valore del bene alienato e quello del credito garantito^[61]. Infatti, “mentre nel patto commissorio l’equivalenza tra il valore del bene e il valore del credito garantito è del tutto casuale, nel patto marciano essa è assunta a contenuto stesso del contratto, costituendo oggetto di un diritto del debitore”^[62].

Attraverso il patto marciano, il quale opererebbe come una sorta di “valvola di sicurezza”^[63] del *lease back*, si mira, dunque, ad impedire che “il concedente, in caso di inadempimento, si appropri di un valore superiore all’ammontare del suo credito, pattuendosi che, al termine del rapporto, si proceda alla stima del bene e il creditore sia tenuto al pagamento in favore del venditore dell’importo eccedente l’entità del credito”^[64], neutralizzando così il rischio di una possibile sproporzione tra debito e valore del bene^[65] e facendo, di conseguenza, venir meno le specifiche ragioni che costituiscono il fondamento del divieto del patto commissorio^[66]. La convenzione del patto marciano non solo è ritenuta ammissibile e valida^[67], ma altresì vantaggiosa per il debitore, dal momento che l’espropriazione e la conseguente vendita coattiva del bene realizzano, di regola, un valore di gran lunga inferiore a quello effettivo del bene^[68].

Alcuni autori concludono tuttavia diversamente, dubitando della validità di tale patto, sulla base dell’assunto che, pur in presenza di una clausola volta a garantire il rispetto del criterio di proporzionalità tra debito e credito, si è sempre in presenza di un negozio che persegue un fine differente rispetto a quello ordinario della vendita, violando, dunque, l’ordine pubblico economico, con il conseguente effetto di modificare - seppur indirettamente - il regime della responsabilità patrimoniale^[69].

Perché la clausola marciana possa conseguire l’effetto “legalizzante” del contratto di *lease back* occorre che essa “preveda, per il caso ed al momento dell’inadempimento, ossia quando si attuerà coattivamente la pretesa creditoria, un procedimento volto alla stima del bene, entro tempi certi e con modalità definite, che assicurino la presenza di una valutazione imparziale, in quanto ancorata a parametri oggettivi automatici, oppure affidata a persona indipendente ed esperta la quale a detti parametri farà riferimento al fine della corretta determinazione dell’*an* e del *quantum* della eventuale differenza da corrispondere all’utilizzatore”^[70].

È richiesto, dunque, che la stima del bene avvenga successivamente all’inadempimento, in quanto una stima preventiva non sarebbe in grado di prevenire una successiva e sopravvenuta sproporzione tra i valori^[71] e che la stessa sia posta in essere da parte di un soggetto terzo ed estraneo rispetto alle parti contraenti. In assenza di tali condizioni, il patto non sarà considerato valido, posto che la mera previsione di un’obbligazione in capo al creditore, avente ad oggetto la restituzione di un’eccedenza unilateralmente determinata, non pare in grado di assicurare la corrispondenza dell’importo restituito alla reale differenza sussistente tra il valore del bene e il credito preteso e non esclude, di conseguenza, il rischio che il creditore si approfitti della debolezza del debitore^[72].

Nel caso in cui la valutazione non verrà fatta rispettando i summenzionati criteri e presenti, dunque, elementi di divergenza rispetto al c.d. *arbitrium boni viri*^[73], potrà essere impugnata, qualora manifestamente iniqua o erronea, ai sensi dell’art. 1349 c.c., ossia non diversamente da quanto previsto dall’art. 1473 in tema di vendita.

La S.C. ritiene, dunque, che la presenza all’interno del contratto di una clausola marciana, espressamente pattuita dalle parti e risultante dal contratto - e non, dunque, inserita automaticamente come prospettato dall’orientamento dottrinale summenzionato - sia tale da eliminare il pericolo, per il venditore, di una perdita sproporzionata rispetto all’entità del suo debito, garantendo in tal modo la corrispondenza tra il dato e il ricevuto^[74].

Rilievi conclusivi

Con la sentenza in commento, la Suprema Corte sancisce, dunque, che il patto marciano può essere ritenuto uno strumento idoneo a scongiurare eventuali profili di illiceità del contratto di *sale and lease back*, permettendo il ricorso a simile contratto finanziario qualora sia ritenuto vantaggioso dalle parti contraenti. Viene, infatti, statuito il principio in forza del quale, anche laddove ci si trovi al cospetto di garanzie che presuppongono un trasferimento della proprietà, si dovrà concludere nel senso della liceità del negozio in tutti quei casi in cui le stesse risultino integrate entro schemi negoziali ritenuti idonei ad escludere in radice ogni possibile abuso, palesando in tal modo la “ragionevolezza commerciale” dell’intera operazione per entrambe le parti.

Posto quanto precede, non sembrano frapporsi particolari ostacoli nel sostenere che la pronuncia esaminata costituisca un ulteriore tassello volto a circoscrivere le maglie della illiceità della causa derivante dalla violazione del divieto del patto commissorio.

In questa ottica, giova osservare come siano molteplici le fattispecie presenti nel nostro ordinamento che costituiscono espressione della summenzionata tendenza, alle quali deve essere aggiunto, secondo quanto affermato dalla S.C., l’istituto della tutela marciana. È il caso dell’art. 1851 c.c., il quale prevede che ove sia stato costituito un pegno irregolare a garanzia di uno o più crediti “la banca deve restituire solo la somma o la parte delle merci o dei titoli che eccedono l’ammontare dei crediti garantiti”; dell’art. 1982 c.c. che, nel disciplinare l’istituto della cessione dei beni ai creditori, si preoccupa di garantire la corresponsione di un eventuale residuo in capo al debitore; dell’art. 2798 c.c. che ammette l’assegnazione al creditore della cosa costituita in pegno previa “stima da farsi con perizia o secondo il prezzo corrente, se la cosa ha un prezzo di mercato”; dell’art. 2803 c.c. che, nel disciplinare la riscossione del credito dato in pegno, prevede che, nell’ipotesi in cui il credito risulti essere scaduto, “il creditore può ritenere del denaro ricevuto quanto basta per il soddisfacimento delle sue ragioni e restituire il residuo al costituente o, se si tratta di cose diverse dal denaro, può farle vendere o chiederne l’assegnazione”.

In tal senso, si segnala, altresì, il D.Lgs. 21 maggio 2004, n. 170, recante *Attuazione della direttiva 2002/47/CE, in materia di contratti di garanzia finanziaria*, la cui *ratio* è quella di garantire efficienza, affidabilità e rapidità ad ogni sorta di attività finanziaria, avendo queste - nel contesto comunitario - un ruolo fondamentale rispetto alla sviluppo industriale e, di conseguenza, economico^[75].

Più specificatamente, l’art. 4 del citato decreto contempla tre modalità di realizzazione della garanzia finanziaria, prevedendo, dopo quella della “vendita” e quella dell’“utilizzo”, la possibilità per il creditore di “appropriarsi delle attività finanziarie oggetto di pegno diverse dal contante fino a concorrenza del valore dell’obbligazione garantita”. Il successivo art. 6 esclude espressamente l’applicabilità in tal caso del divieto di cui all’art. 2744 c.c., a patto che tale appropriazione sia stata precedentemente convenuta dalle parti nel contratto e che le stesse si siano preventivamente accordate circa i criteri di valutazione^[76].

Il rinnovato interesse per l’istituto della cautela marciana testimonia, dunque, l’attuale “crisi” che ad oggi sta vivendo il divieto di patto commissorio^[77], palesando l’inattualità di una norma che, ancorata a ragioni di ordine storico, non sempre risponde all’odierna dinamica dei rapporti di impresa^[78]. In modo particolare, la sentenza in questione, facendo altresì leva sul concetto di causa

in concreto - oggi assai in voga presso la giurisprudenza di legittimità - sembra aver dato voce a quanti criticavano la tendenza a rifiutare, a *priori* e indiscriminatamente, determinati strumenti atipici emersi in sede di esplicazione dell'autonomia negoziale in ragione del loro preteso carattere abusivo, non senza evidenziare come simile atteggiamento di chiusura fosse suscettibile di pregiudicare la posizione di quanti aspiravano a peculiari forme di finanziamento^[79], prima tra tutte quella rappresentata dal contratto di *sale and lease back*.

Note:

[*] Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

[1] A. Dolmetta, *Lease back e patto commissorio: un rapporto complesso*, in *Giur. comm.*, I, 2002, 307.

[2] Sulla meritevolezza degli interessi perseguiti nell'ambito dei contratti atipici e sul rapporto tra contratto e mercato si veda, da ultimo, l'analisi di L. Balestra, *Introduzione al diritto dei contratti*, Bologna, 2015, 47 ss.

[3] Per un'analisi delle ragioni sottese alla rapida diffusione dei contratti atipici, v. G. De Nova, *Il contratto alieno*, Torino, 2010, 44.

[4] M. Bessone, *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 2013, 901.

[5] G. Rispoli, *Lease back: chiaroscuri applicativi fra funzione di finanziamento e garanzia*, in *Giur. it.*, 2012, 576.

[6] P. Iamiceli, *Leasing*, in *Trattato dei contratti*, a cura di V. Roppo, *Cessione e uso di beni*, II, Milano, 2014, 1294.

[7] C. Costabile, *Il divieto di patto commissorio*, in *Immobili & proprietà*, 2014, 706.

[8] F. Arcari, *Indici di anomalia del lease back*, in *Contratti*, 2008, 37.

[9] R. De Meo, *Il contratto di lease back normale e anomalo*, in *Contratti*, 1996, 28.

[10] G. Tarantino, *Patto commissorio, alienazioni in garanzia ed autonomia privata: alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Contratti*, 2012, 1027.

[11] G. Cassano, *Il contratto di sale and lease back*, in *Giur. it.*, 2005, 927.

[12] In questo senso Cricenti, *I contratti in frode alla legge*, Milano, 1996, 115 ss.

[13] Così Fanan, *Lease back, I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Torino, 1996, 789 ss.

[14] F. De Francesco, *Sale and lease back e divieto del patto commissorio*, in *Contratti*, 2003, 1157.

[15] L. Claris Appiani, *Validità del contratto di sale and lease back alla luce del divieto del patto commissorio*, in *Giur. comm.*, II, 2005, 590.

[16] P. Bontempi, *Divieto di patto commissorio e lease back*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, 904.

- [17] Trib. Milano 19 giugno 1986, in *Foro pad.*, 1987, 408; Trib. Pavia 1° aprile 1998, in *Riv. it. leasing*, 1988, 203; Trib. Vicenza 12 luglio 1988, in *Fall.*, 1989, 728; Trib. Verona 15 dicembre 1988, in *Foro it.*, 1251; App. Brescia 29 giugno 1990, in *Riv. not.*, 1991, 181; App. Cagliari 3 marzo 1993, in *Giur. comm.*, 1994, 662.
- [18] E. Calice, *Sale and lease back: la Suprema Corte riafferma la tendenziale liceità*, in *Contratti*, 2014, 1018.
- [19] S. Clericò, *Il controverso rapporto tra sale and lease back e patto commissorio*, in *Riv. not.*, 2006, 1577.
- [20] L. Testini, *Lease back e divieto di patto commissorio*, in *Notariato*, 1995, 589.
- [21] P. Bontempi, *Divieto di patto commissorio*, cit., 908.
- [22] F. Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, 472.
- [23] D. Meffis, *Analisi in astratto e in concreto della validità del lease back*, in *Contratti*, 1994, 435.
- [24] E. Calice, *Sale and lease back*, cit., in *Contratti*, 2014, 1013.
- [25] Trib. Milano 13 giugno 1985, in *Riv. it. leasing*, 1986, 172; Trib. Milano 3 marzo 1988, *ivi*, 1988, 445; Trib. Torino 29 marzo 1988, *ivi*, 1989, 213; Trib. Pavia 16 giugno 1988, *ivi*, 1988, 438.
- [26] Cass. 16 ottobre 1995, n. 10805, in *Giur. comm.*, 1997, I, 656.
- [27] Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 299.
- [28] V. Roppo, *Causa concreta: una storia di successo?*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 957. In particolare, l'autore analizza svariate sentenze evidenziando le ipotesi in cui il concetto di "causa concreta" è stato opportunamente evocato dalla giurisprudenza e quelle in cui, di contro, vi è stato "un uso poco sorvegliato della categoria", dove, cioè, "la causa concreta è stata evocata in modi ridondanti".
- [29] Sul tema si veda l'analisi di L. Balestra, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., 128 ss.
- [30] S. Cinquemani, *Sale and lease back tra liceità e frode al divieto di patto commissorio*, in *Giur. it.*, 1996, 7.
- [31] M. Martino, *L'expressio causae: contributo allo studio dell'astrazione negoziale*, Torino, 2011, 169.
- [32] C. M. Bianca, *Il contratto*, Milano, 2002, 425.
- [33] C. Chessa, *Sale and lease back: qualificazione dell'operazione e interferenze con il divieto di patto commissorio*, in *Giur. comm.*, 1994, 673.
- [34] M. Martino, *Il divieto del patto commissorio: norma materiale e qualificazione del negozio*, in *Giur. comm.*, 2013, II, 667.
- [35] M. Martino, *La causa concreta nella giurisprudenza: recenti itinerari di un nuovo "idolum fori"*, in questa *Rivista*, 2013, 11, 1441.

- [36] A. Galati, *Brevi osservazioni in tema di causa concreta del contratto*, in *Giur. it.*, 2009, 1657.
- [37] P. Iamiceli, *Leasing*, cit., 1299.
- [38] A. Dolmetta, *Lease back*, in *Giur. comm.*, 2002, 310.
- [39] R. Clarizia, *I contratti*, Torino, 2002, 338.
- [40] F. Arcari, *Indici di anomalia*, in *Contratti*, 2008, 40.
- [41] V. Roppo, *Cessione e uso dei beni*, in *Trattato dei contratti*, II, Milano, 2014, 1300.
- [42] I. Riva, *Il contratto di sale and lease back*, in *Contr. e impr.*, 2001, 305.
- [43] F. Arcari, *Indici di anomalia*, in *Contratti*, 2008, 39.
- [44] Cass. 16 ottobre 1995, n. 10805, cit.
- [45] L. Testini, *Lease back e divieto del patto commissorio*, in *Notariato*, 1995, 588.
- [46] E. Bergamo, *Brevi note sul divieto di patto commissorio*, in *Giur. it.*, 2000, 8.
- [47] R. Clarizia, *I contratti per il finanziamento dell'impresa*, Torino, 2002, 186.
- [48] Cass. 6 agosto 2004, n. 15178, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, 7; Cass. 21 gennaio 2005, n. 1273, in *Giust. civ.*, 2006, 177.
- [49] Cass. 16 ottobre 1995, n. 10805, cit.
- [50] L. Strona, *In tema di sale and lease back*, in *Giur. it.*, 2007, 1954.
- [51] Cass. 16 ottobre 1995, n. 10805, cit.
- [52] Cass., SS.UU., 6 marzo 2015, n. 4628, in *Guida dir.*, 2015, 42, 13.
- [53] I. Riva, *Il contratto di sale and lease back e il divieto di patto commissorio*, in *Contr. e impr.*, 2001, 308.
- [54] F. De Francesco, *Sale and lease back*, cit., in *Contratti*, 2003, 1156.
- [55] I. Riva, *Il contratto di sale and lease back*, cit.
- [56] F. Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, 460.
- [57] Più specificatamente, alcuni autori ritengono che l'obbligo per il creditore di restituire al debitore un'eventuale eccedenza sia direttamente desumibile dalle regole dettate in tema di attuazione delle garanzie reali, applicabili anche in assenza di un esplicito richiamo nel testo negoziale (in tal senso P. Schlesinger, *Leasing: la risoluzione non investe i canoni già pagati*, in questa *Rivista*, 1986, 858). Altra dottrina, di contro, ravvisa la fonte di tale obbligo in tutte quelle regole, presenti all'interno dell'ordinamento, che mirano ad assicurare un oggettivo equilibrio delle prestazioni (V. Zeno Zancovich, *L'equivalenza nelle prestazioni nei contratti di leasing*, in *Riv. it.*

leasing, 1986, 247) o, infine, nelle norme che vietano l'indebitto arricchimento (E.Lucchini, *La risoluzione del leasing finanziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 507).

[58] In particolare A. Schermi, *Leasing finanziario, lease back e patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 1996, 1749, ritiene che "l'istituto del patto marciano ha avuto sporadiche (quasi nulle) applicazioni concrete, sicché dovrebbe escludersi che abbia una tipicità sociale, e, conseguentemente, una rilevanza giuridica".

[59] S. Clericò, *Il controverso rapporto*, in *Riv.not.*, 2006, 1580.

[60] A. Dolmetta, *Lease back*, *cit.*, in *Giur. comm.*, 2002, 313.

[61] G. Minniti, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm. e del dir. gen. obbl.*, 1997, 29.

[62] C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, 28.

[63] F. Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, 487.

[64] F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013, 662.

[65] F. Caringella, *Manuale di diritto civile*, Roma, 2011, 1461.

[66] C. Quartapelle, *Divieto del patto commissorio, trasferimento della proprietà e del credito in garanzia, sale and lease back, patto marciano*, in *Vita not.*, 1993, 261.

[67] In tal senso Cass. 9 maggio 2013, n. 10986, in *Vita not.*, 2013, 719; Trib. Monza 25 maggio 1988, in *Foro it.*, 1989, I, 1271.

[68] B. Salvatore, *Circolazione dei beni ed evoluzione del divieto di patto commissorio*, in *Notariato*, 2012, 717.

[69] C. Romeo, *I limiti applicativi del patto commissorio autonomo*, in *Contratti*, 2000, 555.

[70] Cass., Sez. I, 28 gennaio 2015, n. 1625, in *www.iusexplorer.it*.

[71] B. Salvatore, *Circolazione dei beni*, *cit.*

[72] G. Adilardi, *Brevi osservazioni in tema di divieto di patto commissorio, causa concreta e patto marciano*, in *Giust. civ.*, 2011, 1457.

[73] M. Ebner, voce *Patto marciano*, in *Enc. giur.*, XXII, Milano, 2012, 2.

[74] L. Ragazzini, *Vendita in garanzia con patto di riscatto*, in *Riv. notariato*, 1991, 133.

[75] R. Marino, *Recepimento della Direttiva 2002/47/Ce sui contratti di garanzia finanziaria. Le innovazioni nel diritto delle garanzie reali*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 1190.

[76] F. Bonfanti, *Commento alla normativa sui contratti di garanzia finanziaria prevista dal d. legis. n. 170 del 2004: spunti civilistici*, in *Studium iuris*, 2007, 509.

[\[77\]](#) E. Carbone, *Debitoris suffocatio e patto commissorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 1106.

[\[78\]](#) S. Barbara, *Circolazione dei beni ed evoluzione del divieto del patto commissorio*, in *Notariato*, 2012, 720.

[\[79\]](#) Sul punto, v. F. Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., 490.