

DIRITTO CIVILE

Prof. GIOVANNI FURGIUELE

Lezioni a cura della Dott.ssa Giulia Tesi

CAPITOLO 14

CONTRATTI MISTI, COMPLESSI, COLLEGATI E INDIRETTI

1. Il contratto e l'autonomia privata: possibile rilevanza di schemi contrattuali diversi.....pag. 447
2. Le diverse tipologie contrattuali.....pag. 453
3. Contratto indiretto, divieto patti commissori e patto marciano: Cassazione n. 1625 del 2015 e Cassazione n. 5440 del 2015.....pag. 457
4. Collegamento negoziale e contratto in frode alla legge: analisi della sentenza della Corte di Cassazione n. 5201 del 2015.....pag. 463

CAPITOLO 14

CONTRATTI MISTI, COMPLESSI, COLLEGATI E INDIRETTI

1. Il contratto e l'autonomia privata: possibile rilevanza di schemi contrattuali diversi.

In questo capitolo ci occuperemo delle questioni relative alla possibile sussistenza di vari schemi contrattuali con riguardo alle modalità, per mezzo delle quali, si è perfezionato il consenso contrattuale.

Per introdurre, in maniera più opportuna, l'argomento è necessario fare alcune considerazioni, in ordine alla valutazione, in sede giuridica, della cosiddetta autonomia privata.

Prima di soffermarsi sulla suddetta valutazione, però, è necessario fare alcune considerazioni preliminari. Due sono gli aspetti iniziali dai quali occorre partire: la realtà dello Stato e l'ordinamento dei privati. Si tratta di due aspetti che, come già detto in altre occasioni, non stanno sullo stesso piano. L'ordinamento dei privati, che consiste nell'attualità della condivisione di certi rapporti, è caratterizzato da un profilo di spontaneità. La realtà dello Stato, invece, consiste in una creazione che esclude qualsiasi spontaneità.

*Realtà Stato e
ordinamento dei
privati*

Quando si parla di Stato, si pone un problema di attualità e completezza della sua struttura. Attualmente, vi sono dei limiti e delle insufficienze che, chiaramente, aumentano le possibilità di attuazione dell'ordinamento dei privati che interviene per colmare i vuoti lasciati dall'ordinamento dello Stato.

La situazione appena descritta deve essere considerata anche nel momento in cui si riflette sul concetto di autonomia privata. Essa rappresenta, in una certa misura, uno spazio di libertà che viene

rilasciata ai soggetti privati. L'autonomia privata (o contrattuale), quindi, si inserisce nell'ambito dell'ordinamento dello Stato: è uno spazio di libertà riconosciuto ai privati nei confronti, appunto, dello Stato.

Questi passaggi ci permettono di arrivare, in modo graduale, al concetto di contratto. In questa sede, prenderemo in esame l'immagine del contratto che è propria dello Stato e che ci permetterà di individuare le diverse schematizzazioni e classificazioni oggetto di questa riflessione.

Per poter individuare un concetto di contratto, il primo riferimento è sicuramente al già citato articolo 1321 c.c. che, come sappiamo, configura il contratto come *«l'accordo fra due o più parti per costituire, regolare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale»*.

Il concetto di contratto

Come abbiamo detto in altra sede, esiste, nell'ambito del nostro ordinamento, una norma, l'articolo 1322 c.c., il quale parla della situazione tipica di autonomia privata nella materia contrattuale. Nello specifico, tale norma ammette, al primo comma, che le parti *«possono liberamente determinare il contenuto del contratto»*. Quindi, le parti hanno la possibilità di definire la sostanza della pattuizione, sulla base di una libera scelta. In questo senso, quindi, il contratto è una manifestazione di libertà dei privati. Nell'ambito di questa valutazione, sotto il profilo della libertà, si prevede che il contenuto del contratto sia quello che le parti hanno voluto.

L'autonomia privata

Al primo comma dell'articolo 1322 c.c. si aggiunge qualcos'altro. Si ammette una libertà di determinazione del contenuto del contratto *«nei limiti imposti dalla legge»*. Questa ulteriore specificazione, costituisce un riflesso della composizione del settore giuridico, con riguardo a norme che provengono dallo Stato (o da altri enti dotati di potere legislativo).

C'è un collegamento fra il concetto di pluralità degli ordinamenti giuridici e il contenuto del primo comma dell'articolo 1322 c.c.? Si ritiene che esista un collegamento fra i due aspetti, nel senso che, la possibilità di stipulare un contratto con un contenuto determinato dalla volontà dei soggetti, qualora si consideri esclusivamente il rapporto che lega le parti, non necessita di un riferimento a normative di carattere statale. In altri termini, quanto le parti hanno espresso come contenuto del contratto è di per se vincolante perché è la loro valutazione, è il loro ordinamento privato. Quando scatta, allora, il contenuto dell'articolo 1322/1 c.c.? Il contenuto dell'articolo in commento scatta nel momento in cui le parti si rivolgono allo Stato perché esamini la situazione contrattuale ed, eventualmente, ne faccia una valutazione in termini di illegittimità. In questo senso, quindi, l'articolo 1322/1 c.c. risulta incompleto, in quanto, come norma dello Stato, prende in considerazione esclusivamente il profilo di valutazione in sede statale.

Al secondo comma dell'articolo 1322 c.c. si aggiunge: «*Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico*». Tale norma caratterizza, in maniera ancora più significativa, il profilo della libertà contrattuale. Nell'ambito di questa logica – che caratterizza, certamente, il contesto del codice civile, ma si estende a tutto l'ordinamento giuridico – i diversi contratti specifici costituiscono un momento con cui si manifesta l'autonomia privata.

Nella norma in commento si aggiunge, anche, che i contratti tipici – disciplinati esplicitamente dall'ordinamento giuridico – non costituiscono l'unico modello di riferimento per le parti che possono anche stipulare cosiddetti contratti atipici, ossia schemi negoziali non

*Contratti tipici e
contratti atipici*

previsti, o regolati dall'ordinamento dello Stato. Il contratto atipico è, quindi, un momento di manifestazione del potere privato dei soggetti che, nell'esercizio della loro autonomia contrattuale, possono, anche, andare al di là degli schemi negoziali previsti. Naturalmente, tale profilo di caratterizzazione dell'articolo 1322 c.c. pone dei problemi: nel momento in cui si stipula un contratto atipico, per la disciplina contrattuale dei rapporti che discendono dalla stipulazione dell'atto bisognerà fare riferimento, in prima linea, all'accordo dei privati, successivamente, porsi nella logica del controllo delle scelte fatte in sede di libertà contrattuale, ma ciò acquista rilevanza nel momento in cui le parti si rivolgono allo Stato per avere una specifica valutazione.

Il giuoco dell'autonomia contrattuale, oltre a poter determinare la sussistenza dei cosiddetti contratti atipici, può dar luogo alla predisposizione di schemi contrattuali diversi e variegati.

Vi è, poi, l'articolo 1323 c.c. – *“Norme regolatrici dei contratti”* – il quale così stabilisce: *«Tutti i contratti, ancorché non appartengano ai tipi che hanno una disciplina particolare, sono sottoposti alle norme generali contenute in questo titolo»*. Con questa norma si vuole sottolineare la necessità che tutti i contratti, anche quelli atipici, siano sottoposti alle norme generali, previste dal Codice Civile, in materia di contratto. Si circoscrive, quindi, il margine di libertà riconosciuto ai privati.

Articolo 1323 c.c.

L'articolo 1324 c.c. – *“Norme applicabili agli atti unilaterali”* – sostiene: *«Salvo diverse disposizioni di legge, le norme che regolano i contratti si osservano, in quanto compatibili, per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale»*.

Articolo 1324 c.c.

Tutto quanto sopra detto, significa l'accettazione, da parte dello Stato, della realtà contrattuale.

Quali ulteriori passaggi devono essere effettuati per valutare, in maniera più dettagliata, la possibilità di stipulare contratti? A tal proposito, occorre aggiungere che esiste una serie di norme in materia di interpretazione. Quando si parla di realtà contrattuale e quando si parla di normativa giuridica, naturalmente, si vuole anche considerare l'attività interpretativa, ossia l'attribuzione di un significato a determinate norme. Sull'attività di interpretazione abbiamo, più volte, richiamato l'attenzione; essa caratterizza la materia giuridica in maniera profonda.

Attività di interpretazione

Pur essendo attività tendenzialmente libera, l'interpretazione viene, comunque, disciplinata dallo Stato. Il riferimento è, in particolare, all'articolo 12 delle preleggi e agli articoli 1362, e seguenti, c.c. che riguardano, nello specifico, l'attività di interpretazione del contratto. L'intento dello Stato è, quindi, quello di tentare di regolare l'attività di interpretazione, limitandola entro certi schemi prefissati.

Oltre all'interpretazione, c'è un altro articolo da considerare, ovvero l'articolo 1374 c.c. – *“Integrazione del contratto”* – il quale, nel capo dedicato agli effetti del contratto, stabilisce: *«Il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità»*. Abbiamo già avuto modo di parlare dell'integrazione del contratto e di riflettere sul contenuto di questo articolo, possiamo aggiungere che essa è regolata dallo Stato, ma proviene tendenzialmente dai privati.

Integrazione

A completamento del discorso che stiamo facendo, è necessario un ultimo passaggio, ossia la considerazione delle singole realtà contrattuali. Limitandosi al contenuto del Codice Civile, bisogna fare un riferimento ai singoli contratti in esso previsti e regolati. La

Le singole realtà contrattuali

normativa è quella di cui agli articoli 1470, e seguenti, c.c., i quali contengono una disciplina – non definitiva – in ordine alle diverse tipologie contrattuali (vendita, donazione, locazione, ecc.).

Da tutto quanto finora detto emerge, innanzitutto, il concetto di tipo di contratto. La valutazione tipologica del contratto consiste in una valutazione che risulta dal complesso della disciplina emanata in sede normativa a dettare i rapporti che scaturiscono dalle singole operazioni contrattuali. Il tipo contrattuale, quindi, non è tanto e solo relativo all'accordo specifico delle parti, ma consiste, soprattutto, nella valutazione effettuata sulla base delle norme che disciplinano le singole operazioni contrattuali. Per esempio, per capire in cosa consista il contratto di compravendita si deve considerare la descrizione degli effetti principali che scaturiscono da tale tipologia contrattuale, in virtù della disciplina prevista a livello statale.

*Valutazione
tipologica del
contratto*

La valutazione tipologica del contratto esalta il profilo della qualificazione, la quale consiste in un procedimento di carattere interpretativo, posto in essere nel momento in cui si debba valutare una specifica realtà contrattuale. In altri termini, la qualificazione si sostanzia in quell'operazione interpretativa che deve essere compiuta per stabilire in quale categoria – in quale schema negoziale – possa essere collocato uno specifico contenuto contrattuale.

Qualificazione

Chiarito in che cosa consiste il profilo della qualificazione del contratto, bisogna anche chiedersi da cosa nasce questa esigenza di valutazione delle diverse tipologie contrattuali. Probabilmente, tale esigenza nasce dalla necessità di esprimere un giudizio in ordine al comportamento contrattuale posto in essere nelle singole occasioni.

L'attività interpretativa in sede contrattuale si avvale anche di un altro concetto che abbiamo già avuto modo di esaminare. Il riferimento è al concetto di causa, rispetto al quale abbiamo già avuto

modo di esprimere vari dubbi e perplessità. Il medesimo discorso vale anche per l'ulteriore riferimento ai concetti di funzione giuridica e di ragionevolezza.

2. Le diverse tipologie contrattuali.

Fatte tutte le premesse di cui sopra, possiamo, a questo punto, entrare nel merito dell'argomento che stiamo affrontando in questo capitolo.

A tal proposito, in primo luogo, dobbiamo considerare le diverse categorie contrattuali, i diversi tipi contrattuali. Nell'ambito di questa valutazione collocheremo poi le varie tipologie di contratti (misti, complessi, collegati, indiretti) che danno il titolo a questo capitolo.

La prima classificazione che dobbiamo fare prende in considerazione il rapporto che scaturisce dal contratto. Il rapporto contrattuale, infatti, può essere di contenuto diverso e, per questo, nasce la necessità di valutare il contenuto del rapporto contrattuale medesimo. In questo senso, il contratto può essere *bilaterale* o *plurilaterale*. Ed ancora, *sinallagmatico* – ossia che dà luogo a diritti ed obblighi reciproci – o *con prestazioni a carico di una sola parte*. Dalla configurazione dell'immagine che determina il rapporto scaturisce una diversa considerazione delle ulteriori conseguenze che ne derivano in ordine, per esempio, all'adempimento o alla risoluzione.

La seconda classificazione si basa su una diversa ottica di valutazione e distingue fra *contratti onerosi* e *contratti gratuiti*. Questa distinzione, in parte, è analoga alla precedente perché, per forza di cose, anch'essa tende a valutare la possibilità di ottenere l'adempimento di una specifica prestazione nei confronti della parte

che agisce (se il contratto è oneroso), oppure nei confronti della controparte (se il contratto è gratuito). Questa ulteriore classificazione, nella sostanza, non esprime altro se non il modo di valutare il contratto sotto il profilo dei suoi riflessi economici.

La terza classificazione si fonda sul concetto di alea e sulla considerazione dei cosiddetti *contratti aleatori*. I contratti aleatori sono quei contratti per i quali la possibilità di valutare il rapporto contrattuale non solo è relativa al contenuto specifico fissato dalle parti, ma è anche sottoposta al verificarsi di determinati eventi che risultano indipendenti rispetto all'adempimento delle parti. A tal proposito, bisogna fare riferimento al contenuto di alcune norme codicistiche. Innanzitutto, l'articolo 1448 c.c., in materia di rescissione del contratto, al terzo comma stabilisce: «*Non possono essere rescissi per causa di lesione i contratti aleatori*». Il riferimento al concetto di alea del contratto lo si rinviene anche negli articoli 1467, 1469 e 1472 del codice civile.

La quarta immagine distingue fra *contratti del commerciante* e *contratti del consumatore*. Abbiamo già avuto modo, in altre occasioni, di richiamare la disciplina speciale prevista nell'ambito del codice del consumo, possiamo, però, esprimere alcune perplessità in merito al concetto di consumatore, in quanto si tratta di una categoria molto ampia al cui interno possono rientrare i soggetti più disparati, indipendentemente dalla loro effettiva necessità di tutela.

Dopo aver fatto queste classificazioni generali, procediamo nell'individuazione delle diverse tipologie contrattuali che rientrano nei concetti di contratti misti, complessi e collegati e indiretti.

Nell'ambito di queste ipotesi si colloca la situazione del negozio indiretto. Il negozio indiretto costituisce una modalità di svolgimento dell'autonomia privata, la quale non è detto che sia destinata a

Contratto indiretto

perseguire gli effetti specifici dello schema negoziale scelto, ma può, con il compimento di quello specifico schema negoziale, costituire il presupposto per il raggiungimento di una finalità diversa.

L'esempio tipico di contratto indiretto è la cosiddetta ipotesi della vendita *nummo uno* (sottoprezzo), nella quale si indica un prezzo, come corrispettivo di un'attività traslativa, prezzo che però è irrisorio rispetto al valore del bene venduto.

Nella sostanza, in questi casi si sceglie lo schema negoziale della compravendita quando, invece, visto il prezzo irrisorio pattuito, le caratteristiche dell'operazione contrattuale sono quelle della donazione.

Secondo una certa valutazione, la vendita *nummo uno* costituisce un'ipotesi di negozio indiretto perché, nella sostanza economica, quella veste formale del negozio, con riferimento alla vendita, non caratterizza pienamente la situazione di quanto si è realizzato fra le parti. Ciò che si è realizzato fra le parti, infatti, anche se assume la veste del contratto di compravendita, ha molto di più dello schema della donazione.

Quando siamo in presenza di un contratto indiretto, nascono dei dubbi in ordine all'eventualità che quella categoria contrattuale sia effettivamente lo schema più giusto per inquadrare la realtà dell'ipotesi fattuale.

Per quanto riguarda il negozio indiretto, esso va tenuto distinto dalla simulazione. Simulazione e contratto indiretto sono due ipotesi diverse. La simulazione mette in atto un'apparenza ed è un'attività in linea di fatto. Il negozio indiretto, invece, è una vera e propria situazione contrattuale, sono fenomeni voluti dai soggetti.

Infine, occorre considerare il collegamento fra negozio indiretto e contratto in frode alla legge. A tal proposito, l'articolo 1344 c.c. –

“Contratto in frode alla legge” – secondo cui: *«Si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa»*. L'ipotesi del contratto in frode alla legge potrebbe essere il modo per colpire il negozio indiretto, nelle ipotesi in cui la finalità del negozio ha come unico obbiettivo quello di eludere l'applicazione di una norma imperativa.

Il contratto misto si ha quando le parti stipulano, in contestualità, un accordo contrattuale che aderisce, in parte, ad uno schema legale ed, in parte, ad un ulteriore schema legale. È una combinazione di diversi riferimenti contrattuali. In questo caso, l'esercizio dell'autonomia contrattuale si sostanzia in una combinazione di diversi schemi contrattuali.

Contratto misto

Il contratto complesso si ha quando non si ha il riferimento semplicemente a due schemi contrattuali, ma ad una pluralità di determinazioni normative che caratterizzano l'attività dei soggetti.

*Contratto
complesso*

Infine, si possono avere i cosiddetti contratti collegati. Facciamo un esempio: un soggetto è proprietario di un terreno; vende tale terreno ad un altro soggetto, il quale, in contestualità, conferisce, a cui che gli ha venduto il bene, l'appalto per la realizzazione di un edificio. In questo caso abbiamo un contratto di compravendita e un contratto di appalto: il collegamento di queste due ipotesi è che la stipulazione del contratto di compravendita è la premessa su cui si innesta il contratto di appalto. Il collegamento, la visione unitaria dell'operazione consiste nel fatto che la caducazione di uno dei due rapporti fa venir meno anche l'altro.

Contratti collegati

3. Contratto indiretto, divieto dei patti commissori e patto marciano: Cassazione n. 1625 del 2015 e Cassazione n. 5440 del 2015.

Le prime due sentenze che analizzeremo riguardano ipotesi di negozi indiretti che entrano in contatto con il divieto dei patti commissori di cui all'articolo 2744 del codice civile.

La prima sentenza è quella della Cassazione, n. 1625, del 28 gennaio 2015. Nel caso di specie, abbiamo una società di *leasing* (Unicredit Leasing) che stipula con un'altra società (Morettoni S.p.A.) un cosiddetto contratto di *sale and lease back*.¹

Cass., n.
1625/2015

La Morettoni si trovava in una situazione finanziaria difficile (aveva una serie di debiti con enti tributari ed istituti di credito) e, per monetizzare, vende un proprio bene immobile alla società di *leasing* che concede, alla Morettoni, il detto bene in *leasing* perché questa possa continuare a goderne. La Morettoni, però, non riesce a superare la crisi finanziari e fallisce.

A questo punto, la società di *leasing* chiede al Tribunale di Perugia (che aveva dichiarato il fallimento) di essere ammessa allo stato passivo del fallimento per quanto attiene al pagamento dei canoni di *leasing* scaduti.

Il Tribunale respinge l'opposizione allo stato passivo perché ritiene che quel contratto di *sale and lease back* sia stato concluso in violazione del divieto dei patti commissori di cui all'articolo 2744 del codice civile.²

¹ Il contratto di *sale and lease back* è una variante del contratto di *leasing* e consiste in una pluralità di atti, fra loro collegati, idonei a soddisfare un'esigenza di finanziamento. In particolare, abbiamo un complesso di atti con cui, chi desidera ottenere un finanziamento, vende un bene (*sale*) al finanziatore, il quale, successivamente, concede al proprietario originario il medesimo bene in *leasing*, in modo tale che il soggetto possa ottenere il finanziamento, continuando, in forza del contratto di *leasing*, a godere del bene.

² L'articolo 2744 c.c. – “Divieto del patto commissorio” – così recita: «E' nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa

In particolare, il Tribunale ricavava la nullità del contratto sulla base di una serie di indici, dai quali presumeva che, in realtà, l'operazione era stata posta in essere in violazione del divieto del patto commissorio. Innanzitutto, si faceva riferimento alla situazione di insolvenza della Morettoni, situazione che risultava dai bilanci societari; poi, il valore dell'immobile venduto era superiore (per oltre il 30%) rispetto al prezzo pagato dalla società di *leasing*; ed, infine, si considera il fatto che il corrispettivo ottenuto dalla vendita del bene era stato utilizzato dalla Morettoni (non per fini industriali come richiesto dallo schema del contratto di *sale and lease back*) per estinguere una serie di debiti ed, in particolare, per estinguere il debito che essa aveva con la Banca di Roma, istituto di credito che faceva parte dello stesso gruppo societario della società di *leasing*.

La società di *leasing* propone ricorso per Cassazione contro il decreto di rigetto del Tribunale di Perugia. In particolare, per quanto riguarda il contratto di *sale and lease back*, essa, innanzitutto, sostiene che esso è un contratto d'impresa implicitamente riconosciuto nel nostro ordinamento. La ricorrente contesta, poi, il fatto che il Tribunale abbia desunto l'illiceità del contratto in questione sulla base di indici individuati utilizzando stime e consulenze tecniche del fallimento. Si aggiunge, anche, (e vedremo che questo sarà l'elemento determinante ai fini della decisione della Cassazione) che il contratto di *sale and lease back* in questione contiene il cosiddetto patto marciano³ che garantisce la legittimità dell'intera operazione

ipotecata o data in pegno passi al creditore. Il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno».

³ Il patto marciano è quella convenzione, in base alla quale il creditore, dopo l'inadempimento del debitore, acquista la proprietà del bene in garanzia con l'obbligo, però, di versare la differenza fra l'importo del proprio credito ed il valore effettivo del bene. In altri termini il patto marciano (o clausola marciana) è, per così dire, una correzione del patto commissorio tesa ad impedire che il creditore possa, in caso di inadempimento, appropriarsi di un valore superiore rispetto all'ammontare del suo credito.

contrattuale perché, in virtù di tale patto, il creditore, in caso di inadempimento, deve dedurre dalle somme dovute per i canoni di *leasing* non ancora pagati il valore percepito grazie alla riallocazione dell'immobile.

La Cassazione ritiene tale ricostruzione fondata.

Per quanto riguarda, in termini generali, il contratto di *sale and lease back*, la Corte di Cassazione ha, già da tempo, chiarito che lo schema negoziale è quello di un contratto d'impresa dotato di una propria autonomia strutturale e funzionale. E dotato di elementi peculiari che non integrano una fattispecie in contrasto con il divieto dei patti commissori di cui all'articolo 2744 del codice civile. Naturalmente, se ciò vale in linea generale, nulla vieta che la causa concreta del negozio possa essere piegata al raggiungimento del fine illecito vietato dall'articolo 2744 codice civile. La verifica della causa concreta del negozio, consistente nel verificare se lo schema negoziale del contratto di *sale and lease back* sia stato utilizzato, in concreto, per eludere il divieto dei patti commissori, spetta, secondo la Cassazione, al giudice di merito perché si tratta di valutare nel merito le clausole negoziali presenti nell'accordo; valutazione di merito che, come abbiamo già più volte detto, è estranea al giudice di legittimità.

Pertanto, per la suddetta ragione, la Cassazione ritiene di non poter accogliere quella parte dell'argomentazione della ricorrente, con la quale vengono contestati i ragionamenti di merito fatti dal Tribunale. Con tale argomentazione, infatti, la ricorrente si limita a richiedere una diversa lettura dei fatti di causa, non praticabile in sede di giudizio di legittimità.

L'elemento decisivo che fa sì che la Corte di Cassazione accolga il ricorso è, come già anticipato, la presenza, nel contratto, della cosiddetta clausola marciana.

Sulla clausola marciana, la Cassazione ha già avuto modo di dire che la presenza della stessa esclude l'illiceità del negozio. In virtù del patto marciano, infatti, al momento dell'inadempimento, si deve procedere alla stima del bene dato in garanzia ed il creditore è tenuto a pagare l'importo eventualmente eccedente rispetto al valore del suo credito.

Il patto marciano è, quindi, strumento idoneo ad escludere l'illiceità del contratto di *sale and lease back*. Con esso si attribuisce «ragionevolezza commerciale» all'operazione contrattuale; ragionevolezza che opera nei confronti di entrambe le parti. Pertanto, in virtù del patto marciano, al momento dell'inadempimento, si deve procedere alla stima del bene: se il valore dello stesso è equiparabile all'importo del credito non ci sarà nessun problema; se, viceversa, il valore del bene sarà superiore rispetto all'importo del credito inadempito si dovrà procedere alla quantificazione della differenza e il creditore dovrà pagare tale importo aggiuntivo al debitore.

In questo modo, si esclude il pericolo che il debitore possa subire una lesione dal trasferimento di un bene come garanzia del suo debito. Si esclude l'abuso che sta dietro al patto commissorio.

È, quindi, necessario, fin dal momento di conclusione del contratto di *sale and lease back*, che si prevedano meccanismi (oggettivi, procedimentalizzati) che permettano di verificare, in caso di inadempimento, la congruenza tra il valore del bene venduto e l'entità del credito. In concreto, perché la clausola marciana possa raggiungere l'effetto legalizzante del contratto di *sale and lease back* è necessario che venga predisposto un procedimento che garantisca che, al momento dell'inadempimento, si proceda alla stima del bene. Stima che dovrà essere effettuata in modo oggettivo, da parte di soggetti terzi, in modo tale da garantire una valutazione imparziale.

Per la Cassazione, quindi, visto che il decreto del Tribunale di Perugia impugnato considera come solo marginale la presenza della clausola marciana nel contratto di *sale and lease back*, senza verificare il contenuto della stessa e senza accertarne l'operatività, si riscontra nel suddetto decreto un vizio di motivazione che determina l'accoglimento del ricorso e la cassazione del provvedimento impugnato.

Sempre con riferimento al divieto dei patti commissori, si procederà, ora, all'analisi della sentenza della Corte di Cassazione, n. 5440, del 18 marzo del 2015.

Cass., n. 5440/2015

La vicenda inizia nel 1997, quando ICCRI⁴ accordava alla società per azioni Edilizia Borghese un finanziamento di sette miliardi di lire, a condizione che la Tirrenia Assicurazioni S.p.A – società controllante della Edilizia Borghese – conferisse, a garanzia del credito derivante dal finanziamento suddetto, all'istituto di credito un mandato per la vendita di titoli di Stato della Tirrenia.

L'intera operazione negoziale si concretizza con una scrittura privata con cui la Tirrenia conferiva all'istituto di credito mandato per la vendita di titoli di Stato, nella misura necessaria per il soddisfare il credito nei confronti dell'Edilizia Borghese. In particolare, nella scrittura si specificava che l'istituto poteva esercitare i diritti relativi al mandato, in caso di mancato pagamento del debito da parte dell'Edilizia Borghese.

La Tirrenia, nel frattempo, si viene a trovare in una situazione critica (viene anche posta in liquidazione) e, probabilmente, a

⁴ La ICCRI (Istituto di Credito delle Casse di Risparmio Italiane) fu fondato negli anni '20 ed al suo interno confluirono tutte le Casse di Risparmio italiane. Negli anni ottanta, con la privatizzazione dell'attività creditizia delle casse di risparmio, ICCRI diventa società per azioni e la sua proprietà si concentra nelle mani della Cassa di Risparmio di Torino. Nel 1999, le quote di maggioranza della ICCRI sono state cedute alla Banca Popolare di Lodi. L'Istituto, poi, con operazioni successive è divenuta Banca Eurosystemi.

interesse a recuperare il valore dei titoli oggetto del mandato. Per questa ragione, quindi, agisce presso il Tribunale di Roma, chiedendo la restituzione dei titoli di Stato illegittimamente alienato, o il risarcimento dei danni derivanti dalla perdita di tali titoli. L'istituto di credito si costituisce in giudizio, chiedendo il rigetto della domanda.

Il Tribunale accoglie la domanda della Tirrenia e condanna l'istituto alla pagamento delle somme corrispondenti al valore dei titoli venduti.

L'istituto propone appello e la Corte d'appello di Roma ribalta la sentenza di primo grado e ricostruisce l'ipotesi nella forma del cd. mandato irrevocabile che si ha quando, *ex* articolo 1723/2 c.c., il mandato è conferito, oltre che nell'interesse del mandante, anche nell'interesse del mandatario. Interesse che deve avere origine da un rapporto obbligatorio preesistente o contemporaneo alla stipula del mandato e che, nel caso di specie, è rappresentato dal finanziamento disposto in favore dell'Edilizia Borghese.

Contro tale decisione, la Tirrenia propone ricorso per Cassazione, sostenendo che l'operazione negoziale, intercorsa fra le parti, dovrebbe essere considerata nulla perché si ricadrebbe nell'ambito del divieto del patto commissorio stabilito dall'articolo 2744 del codice civile.

Pertanto, secondo la società ricorrente, quel mandato per la vendita di titoli di Stato, conferito all'istituto di credito come garanzia per il debito dell'Edilizia Borghese, doveva essere considerato nullo perché, nella sostanza, costituiva un patto commissorio vietato, in quanto l'istituto, in pratica, poteva, in caso di inadempimento della società debitrice, trattenere il ricavato della vendita dei titoli come ristoro del suo credito.

La Cassazione ritiene tale ricostruzione infondata e, quindi, conferma l'impostazione della Corte d'appello.

Nello specifico, per la Cassazione, non è possibile sostenere la nullità del contratto di mandato per violazione del divieto dei patti successori perché l'operazione negoziale era strutturata in modo tale che l'istituto di credito potesse, in caso di inadempimento, trattenere solo ciò che era necessario per il soddisfacimento del credito. Mentre, la parte di ricavo eccedente dovrà, secondo le regole del mandato, essere restituita al mandante.

Il riferimento è, anche in questo caso, al modello del patto marciano. Pertanto, non si ricade nell'ambito di un patto commissorio vietato, ma semmai l'operazione negoziale posta in essere fra le parti rientra nell'ambito del cosiddetto patto marciano lecito.

Per questa ragione (e per altre ragioni legate ad argomentazioni tecnico-processuali che non ci interessa in questa sede), la Cassazione rigetta il ricorso.

4. Collegamento negoziale e contratto in frode alla legge: analisi della sentenza della Corte di Cassazione n. 5201 del 2015.

L'ultima sentenza relativa alla materia del negozio indiretto ci permetterà di riflettere in ordine al rapporto fra contratto indiretto e contratto in frode alla legge.

Si tratta della sentenza della Corte di Cassazione, n. 5201, del 17 marzo 2015. La causa, in questo caso, viene promossa da un soggetto (Lorenzo Marazzi) che, in quanto affittuario coltivatore diretto di un fondo rustico, ritiene che i proprietari del fondo avevano, con una complessa operazione negoziale fatta di contratti indiretti fra loro collegati, aggirato il diritto di prelazione agraria che l'affittuario aveva

*Cass., n.
5201/2015*

sul fondo. A tal proposito, come abbiamo già avuto modo di dire quando ci siamo occupati della prelazione, l'articolo 8 della legge 590/65 (modificata da una successiva legge del 1971) prevede che, in caso di vendita del fondo rustico, l'affittuario coltivatore diretti ha diritto di prelazione, purché coltivi il fondo da almeno due anni.

Nello specifico, i proprietari del fondo rustico avevano ottenuto due mutui bancari a garanzia dei quali era stata istituita ipoteca sul fondo rustico in questione. Subito dopo, avevano sottoscritto un aumento di capitale sociale della società di cui erano titolari; aumento di capitale che era stato effettuato attraverso il conferimento nella società di alcuni fondi, tra cui anche il fondo rustico suddetto. Successivamente, avevano ceduto tutte le loro quote societarie ad un'altra società.

In virtù di ciò, l'affittuario coltivatore diretto agiva in giudizio perché riteneva che tutta la complessa operazione negoziale sopra descritta fosse stata posta in essere allo scopo di aggirare il suo diritto di prelazione.

Il Tribunale rigettava la domanda e tale decisione veniva confermata anche dalla Corte d'appello. Per i giudici di merito, nonostante i dubbi e le perplessità in ordine alla serie di contratti posti in essere dai proprietari del fondo, deve prevalere, comunque, il principio (sancito dalla Cassazione), secondo cui il diritto di prelazione dell'affittuario coltivatore diretto non sussiste nel caso di conferimento del fondo in una società di capitali perché, in tal caso, non si ha quel trasferimento a titolo oneroso richiesto dalla legge del 1965. Tale principio è applicabile, per il Tribunale e la Corte d'appello, anche alle società di persone. Per i giudici di merito, inoltre, tutti i contratti stipulati dai proprietari del fondo sono, comunque, tutti liberamente voluti e pienamente legittimi.

Contro tale decisione, il Marazzi ricorre per Cassazione. In particolare, in sede di ricorso per Cassazione, il Marazzi sostiene che i giudici di merito non hanno preso in adeguata considerazione il collegamento negoziale esistente fra i diversi contratti posti in essere; contratti tutti finalizzati all'elusione di una norma imperativa, ossia l'articolo 8 della legge 590/65 che prevede il diritto di prelazione agraria.

In secondo luogo, per il ricorrente, nel caso di specie, non è possibile richiamare quella giurisprudenza che esclude il diritto di prelazione in caso di conferimento del bene all'interno di una società. Ciò perché i proprietari del fondo avevano ceduto le loro quote societarie solo dopo un mese dall'aumento di capitale sociale, perciò, sia l'aumento di capitale che la cessione delle quote sono tutti tasselli di un procedimento indiretto che ha come unico obiettivo quello di ottenere il medesimo risultato della vendita del fondo, aggirando però l'operatività del diritto di prelazione agraria. Nella sostanza, per il ricorrente, l'intera operazione negoziale posta in essere dai proprietari del fondo rustico deve essere inquadrata come un insieme di contratti collegati in frode alla legge. Chiede, poi, che venga accertata l'esistenza del suo diritto di riscatto sul fondo che costituisce il rimedio, previsto dalla legge, per comporre il conflitto di interessi fra proprietario e titolare del diritto di prelazione.

L'argomentazione proposta dal ricorrente viene ritenuta fondata dalla Cassazione. Essa, in primo luogo, per inquadrare la questione ribadisce che esiste una netta differenza fra negozio indiretto e simulazione relativa.

Nella simulazione, infatti, le parti vogliono porre in essere un atto reale che, però, viene nascosto dal contratto simulato, diverso da quello realmente voluto e soltanto apparente. Nel negozio indiretto,

invece, le parti, per la realizzazione di una specifica finalità, pongono in essere una serie di atti tutti reali e voluti.

Detto questo, la Cassazione aggiunge che l'istituto del negozio indiretto non è di per se vietato. Il divieto, o meglio l'invalidità del negozio indiretto scatta quando, attraverso il negozio, le parti pongono in essere una serie di atti leciti, voluti e validi che, però, hanno come obiettivo il raggiungimento di un risultato finale in frode alla legge. Per quanto concerne il contratto in frode alla legge, la giurisprudenza ha già avuto modo di affermare che il giudice di merito è tenuto a verificare se il singolo contratto persegue una finalità vietata dalla legge. Ed, anche, a verificare se un contratto, astrattamente lecito, sia stato, in concreto, posto in essere per raggiungere un finalità illecita.

Pertanto, un'indagine obbiettiva sulla funzione del negozio deve necessariamente considerare gli interessi che le parti intendono realizzare con quel negozio. Se da tale indagine, risulta una funzione contraria a norme imperative, quel contratto non può essere tutelato dall'ordinamento. Nel caso di specie, quindi, i giudici di merito non hanno sbagliato nel ritenere che i diversi contratti erano tutti veri e non simulati. Essi, però, avevano comunque l'obbligo di verificare se, in questo caso, attraverso l'utilizzo di strumenti contrattuali leciti, non si volesse, in realtà, raggiungere un obiettivo illecito, ossia impedire all'affittuario del fondo rustico l'esercizio del diritto di prelazione previsto dalla legge del 1965.

Rispetto a ciò, le sentenze di merito sono apparse totalmente silenziose, si è omessa ogni indagine tesa a verificare se quel procedimento negoziale indiretto fosse destinato ad aggirare l'operatività del diritto di prelazione agraria.

In altre parole, nella sentenza impugnata (ed in quella precedente del Tribunale) i diversi contratti sono stati considerati in modo individuale quando, invece, la stessa cadenza temporale degli stessi presupponeva, quantomeno, un collegamento negoziale. La sentenza, quindi, deve essere cassata e rinviata ad un altro giudice che dovrà valutare se, effettivamente, tale complesso di contratti sia stato posto in essere per eludere l'operatività del diritto di prelazione agraria.