

### *Alienazione a scopo di garanzia*

Trib. Milano, sez. VI, sentenza 26 settembre 2017 (est. Viola Nobili)

#### **Alienazione a scopo di garanzia – Nullità – Sussiste**

*La fattispecie dell'alienazione a scopo di garanzia con condizione risolutiva ricorre quando la vendita del bene è accompagnata dall'impegno a ritrasferirlo al venditore/debitore nel caso in cui questi adempia correttamente la propria obbligazione (patto di riscatto o ri-trasferimento). Tale clausola è illegittima in quanto elude la disciplina imperativa di cui all'art. 2744 c.c. indipendentemente dalla previsione di una condizione sospensiva ovvero risolutiva; ciò che rileva è il collegamento funzionale tra il trasferimento della proprietà del bene consegnato in garanzia e il mancato adempimento di un obbligo derivante da preesistente (o contestuale) rapporto debitorio, ossia, in altri termini, il fine di garanzia cui la clausola tende (Cass. n. 3800 del 3/6/1983; Cass. S.U. n. 1987 del 21/4/1989; Cass. n. 10805 del 16/10/1995; Cass. n. 2725 del 8/2/2007 e, da ultimo, Cass. n. 8954 del 17/4/2014). Tuttavia, quanto alla invalidità, in tema di patto commissorio, la sanzione della nullità prevista dalla norma di cui all'art. 2744 c.c. riguarda il solo patto commissorio stipulato "a latere" dell'obbligazione restitutoria (con conseguente inefficacia del trasferimento del bene oggetto della stipulazione, ex art. 2744 cit.), e non anche detta obbligazione restitutoria, che resta del tutto valida indipendentemente dalle sorti del patto accessorio vietato.*

*(Massima a cura di Giuseppe Buffone – Riproduzione riservata)*

Concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione

... ZZZ otteneva decreto ingiuntivo n. .../2014 presso il Tribunale di Milano nei confronti di ... XXX per il pagamento di € 351.342,67 a titolo di esatto adempimento delle obbligazioni da questi assunte nella scrittura privata transattiva sottoscritta in data 2.3.1999.

Si opponeva ... XXX, precisando che la scrittura privata in esame, come evincibile dal suo tenore letterale (v. doc. 3), era attinente ad un accordo precedente, risalente al 1991; in particolare, all'epoca, XXX -socio e amministratore della società \*\*\* S.r.l. che affrontava un momento finanziario di difficoltà-, al fine di effettuare un finanziamento soci, chiese e ricevette a titolo di mutuo da .. ZZZ la somma di £ 1.250.000.000. A garanzia di tale prestito, l'opponente cedette il 25% delle quote della s.r.l. al sig. ... ZZZ, fratello dell'opposto e suo fiduciario; la funzione di garanzia della cessione delle quote risultava confermata dalla scrittura privata transattiva del 2.3.1999, a norma della quale, in caso di corretto adempimento da parte di XXX, le quote sarebbero state restituite a quest'ultimo a sua semplice richiesta (doc. 3). Ancora,

precisava che l'opposto partecipava indirettamente -per il tramite del fratello fiduciario- alla vita della società, traendo da ciò significativi vantaggi quali, ad esempio, l'utilizzo di spazi pubblicitari per la sua attività; infine, rilevava la sussistenza di un duplice rapporto fiduciario intercorrente tra i fratelli .. e ... ZZZ: il primo afferente la gestione delle quote affidate, con obbligo di rendiconto e successivo ritrasferimento al fiduciante (fiducia "cum amico"); il secondo connesso, invece, alla cessione delle quote a titolo di garanzia del creditore fiduciante, con impegno del fiduciario a restituirle al debitore del fiduciante in caso di corretto adempimento (fiducia "cum creditore").

Sulla base di siffatta ricostruzione, l'opponente contestava la legittimità dell'intera operazione negoziale -incluso il mutuo- che sarebbe viziata da nullità ex art. 1344 c.c. per elusione della norma imperativa che vieta il patto commissorio (art. 2744 c.c.) in quanto alla cessione delle quote in garanzia era annesso un patto di retrovendita condizionato sospensivamente all'adempimento del debitore; pertanto, la cessione non avrebbe avuto lo scopo traslativo della proprietà quanto piuttosto essa mirava al rafforzamento della posizione del creditore; ciò in elusione dell'art. 2744 c.c., non rilevando né la parziale esecuzione dell'accordo a titolo di convalida (art. 1423 c.c.) né la diversa identità dei soggetti che stipulano i negozi collegati, posto che la cessione è avvenuta a soggetto avente stretto legame di parentela nonché vincolo fiduciario con il creditore, da considerarsi quindi un'unica parte contrattuale plurisoggettiva.

Derivando dalla nullità della cessione la nullità del contratto di mutuo -giusto il collegamento negoziale tra i due atti- l'opponente chiedeva la revoca del decreto ingiuntivo opposto e, in via riconvenzionale, la restituzione -solidalmente dai due fratelli ovvero, in subordine, individualmente in relazione a quanto singolarmente, indebitamente ricevuto- di quanto corrisposto in esecuzione del contratto medesimo e segnatamente: € 102.468,53 (£ 198.406.750) quali somme pagate a .. YYY; € 645.571,12 (£ 1.250.000.000), pari al valore delle quote cedute ad ZZZ alla data della cessione, come quantificate nella stessa scrittura privata; formulava quindi istanza ex artt. 106, 269 c.p.c. per la chiamata in causa di quest'ultimo.

Lo scrivente giudice autorizzava la chiamata in causa.

Si costituiva .. YYY, eccependo preliminarmente la nullità dell'atto di citazione per inesistenza della delega in quanto la firma ivi apposta risultava differente da quella apposta dall'opponente nei documenti prodotti in giudizio; rilevava, poi, l'effetto novativo della scrittura privata (punto 2) nonché il carattere personale dell'impegno di pagamento assunto da XXX e la consegna, a titolo di garanzia, di 5 assegni, ciascuno dell'importo di £ 180.000.000 (punto 3), negando quindi l'applicabilità alla fattispecie in oggetto della disciplina ex art. 2744 c.c.

Si opponeva, ancora, all'accoglimento della domanda riconvenzionale di controparte rilevando che, pur nell'ipotesi di accertamento della nullità dell'operazione negoziale, ciò avrebbe implicato -oltre alla restituzione all'opponente delle quote cedute in garanzia- la restituzione da parte di XXX all'opposto .. YYY dell'importo di £ 1.250.000.000.

Si costituiva altresì ... ZZZ, eccependo la propria carenza di legittimazione passiva in quanto mero depositario e intestatario fiduciario delle quote, evidenziando la propria cessazione dalla carica da amministratore già nel 1995 (ovvero 4 anni prima della dichiarazione di

fallimento della società) e in ogni caso che anche durante l'incarico non rivestì alcun ruolo attivo nella gestione della società.

Nella prima memoria ex art. 183 c. 6 c.p.c., la difesa dell'opponente affermava che l'autentica della sottoscrizione apposta dal cliente sul mandato alle liti costituisce atto pubblico e quindi essa può essere contestata soltanto con querela di falso, non proposta dall'opponente; ancora, rilevava la mancata specifica contestazione, da parte dell'opposto, della ricostruzione offerta in atto di citazione in merito al carattere illecito, ex artt. 2744 e 1344 c.c., della vicenda negoziale, con ciò ammettendone implicitamente la correttezza ex artt. 115 c.p.c.

Replicava l'opposto affermando di aver contestato specificamente quanto allegato da controparte, precisando altresì che la norma dell'art. 115 c.p.c. riguarda la mancata contestazione di fatti e non già di qualificazioni giuridiche, rimesse in ogni caso alla valutazione del giudice; chiedeva l'ammissione di prova testimoniale.

Ritenuta la causa documentale, veniva fissata udienza di precisazione delle conclusioni.

Nella memoria di replica alla comparsa conclusionale, l'opposto precisava come non fosse previsto che in caso di mancato adempimento da parte di XXX le quote dovessero essere trasferite al fiduciante .. YYY, derivandone l'inapplicabilità del divieto ex art. 2744 c.c.; ribadiva, inoltre, che la società -le cui quote erano state cedute- era già stata dichiarata fallita in data anteriore (3.2.1999) alla data della sottoscrizione della scrittura privata (2.3.1999).

Tutto ciò premesso si osserva quanto segue.

L'opponente eccepisce la nullità dell'intera operazione negoziale formata dal mutuo e dalla cessione in garanzia delle quote della s.r.l. -di cui il mutuatario era socio e unico amministratore delegato- in quanto detta cessione risulterebbe in violazione del divieto di patto commissorio ex art. 2744 c.c..

Occorre al riguardo distinguere tra cessione delle quote della s.r.l. ed estensione della eventuale nullità della cessione medesima al mutuo garantito (e quindi alla successiva transazione, ex art. 1972 c.c.).

Quanto al primo profilo, si deve anzitutto rilevare che risulta pacifico tra le parti e confermato dalla scrittura privata del 2.3.1999 (doc. 3 opponente), che .. XXX, negli anni 1990/1991, riceveva un prestito personale da .. YYY di Lire 1.250.000.000 e *“al fine di garantire la restituzione della somma di £ 1.250.000.000 a .. YYY, .. XXX ha ceduto al Signor ... ZZZ, fiduciario di .. YYY, il 25% delle quote della Srl \*\*\* pari a nominali £ 1.250.000.000”*; nel 1999, le parti riducevano transattivamente la somma dovuta a £ 900.000.000 e pattuivano, in merito alle quote cedute, che *“una volta avvenuto il corretto adempimento della presente scrittura privata: a semplice richiesta di .. XXX gli sarà restituito, a sue spese, il 25% delle quote della Srl \*\*\*”* (punto 10.1).

Tale pattuizione è inquadrabile nella fattispecie delle alienazioni a scopo di garanzia con condizione risolutiva, nelle quali la vendita del bene è accompagnata dall'impegno a ritrasferirlo al venditore/debitore nel caso in cui questi adempia correttamente la propria obbligazione (patto di riscatto o ri-trasferimento).

La giurisprudenza di legittimità ha da tempo chiarito che tale clausola è illegittima in quanto elude la disciplina imperativa di cui all'art. 2744 c.c.

indipendentemente dalla previsione di una condizione sospensiva ovvero risolutiva; ciò che rileva è il collegamento funzionale tra il trasferimento della proprietà del bene consegnato in garanzia e il mancato adempimento di un obbligo derivante da preesistente (o contestuale) rapporto debitorio, ossia, in altri termini, il fine di garanzia cui la clausola tende (Cass. n. 3800 del 3/6/1983; Cass. S.U. n. 1987 del 21/4/1989; Cass. n. 10805 del 16/10/1995; Cass. n. 2725 del 8/2/2007 e, da ultimo, Cass. n. 8954 del 17/4/2014).

Nel caso di specie, sussiste il collegamento funzionale della cessione delle quote a garanzia dell'adempimento del debito contratto contestualmente (*"al fine di garantire la restituzione della somma di £ 1.250.000.000 .."*) nonché la subordinazione della restituzione al corretto adempimento (*"una volta avvenuto il corretto adempimento della presente scrittura privata: a semplice richiesta di .. XXX gli sarà restituito..."*).

A nulla rileva obiettare che le quote sono state cedute a soggetto diverso dal creditore giusta la sussistenza del chiaro collegamento funzionale e considerato che il cessionario delle quote è legato al creditore da stretto vincolo di parentela, trattandosi di suo prossimo congiunto, nonché da rapporto fiduciario, anch'esso documentato dalla scrittura privata.

Pertanto, giusto il principio sopra ricordato, la clausola con cui si pattuisce la cessione delle quote a garanzia della restituzione del prestito con patto di retrocessione in caso di corretto adempimento del debito integra senz'altro una pattuizione nulla per illiceità della causa per elusione del divieto di patto commissorio ex artt. 1344 e 2744 c.c.

La nullità della garanzia non provoca una automatica nullità del prestito e della transazione effettuata sul prestito stesso.

Infatti il principio generale del nostro ordinamento è il principio di conservazione degli atti giuridici, ai sensi dell'art. 1419 c.c., *"La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità"* (*utile per inutile non vitiatur*).

Il principio di conservazione del contratto è la regola, mentre l'estensione della nullità all'intero negozio costituisce l'eccezione (Cass. 16017/2008; Cass. 1189/2003; Cass. 10536/2002; Cass. 6036/1995; Cass. 1306/1995; Cass. 2499/1983) e la prova che le parti non avrebbero concluso il contratto senza quella parte affetta da nullità, con conseguente estensione della invalidità all'intero contratto, deve essere fornita dall'interessato (Cass. 6756/2003; Cass. 10536/2002; Cass. 6036/1995; Cass. 2340/1995; Cass. 5675/1987; Cass. 2499/1983)

Nel caso di specie, l'invalidità della garanzia non fa venir meno il senso del prestito che il prestito ha avuto per il mutuatario; infatti, XXX ha dedotto che nel 1990/1, il mutuo era una vera necessità in quanto serviva per dare nuova liquidità -con un finanziamento socio- alla propria azienda. Pertanto, l'interesse a ricevere denaro in prestito (e quindi il correlato obbligo di restituirlo) sussisteva a prescindere dalla garanzia.

Al contrario, la nullità della garanzia agevola il mutuatario XXX, restringendo gli ambiti della sua responsabilità.

Proprio in merito alle conseguenze della dichiarata nullità del patto commissorio, la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che *"In tema di patto commissorio, la sanzione della nullità prevista dalla norma di cui all'art. 2744 c.c. riguarda il solo patto commissorio stipulato "a latere" dell'obbligazione restitutoria (con conseguente inefficacia del*

*trasferimento del bene oggetto della stipulazione, ex art. 2744 cit.), e non anche detta obbligazione restitutoria, che resta del tutto valida indipendentemente dalle sorti del patto accessorio vietato” Cass. civ. Sez. III, 25-05-2000, n. 6864 in Foro It., 2000, I; ugualmente “L’art 1419, primo comma, cod civ, oltre a porre la regola della non estensibilità all’intero contratto della nullità che ne inficia una parte o singole clausole (utile per inutile non vitiatur), stabilisce in via del tutto eccezionale, che la nullità di una parte o di una singola clausola del contratto si estende a questo nella sua interezza ove risulti che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità, il che si verifica quando la nullità della parte o della singola clausola si riferisce ad un elemento essenziale del negozio oppure si trovi con le altre pattuizioni in tale rapporto d’inscindibilità da non potersi considerare l’una senza le altre. Lo stabilire se i contraenti avrebbero o no concluso il contratto senza la parte affetta da nullità costituisce una valutazione di fatto che è rimessa al giudice del merito ed è insindacabile in Sede di legittimità, se correttamente motivata. (applicazione in tema di rapporto tra contratto di mutuo e patto commissorio, vietato dall’art 2744 cod civ). ( Conf 1042/75, mass n 374451, sulla prima parte; ( Conf 91/75, mass n 373251, sulla prima parte; ( Conf 1230/77, mass n 384915, sulla seconda parte)” (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 2546 del 17/04/1980 (Rv. 406275 - 01). Sarebbe stato possibile per il mutuante (.. ZZZ nel caso di specie) -ossia il contraente nel cui interesse è stata pattuita la clausola nulla- chiedere e dimostrare che non avrebbe concesso il finanziamento in mancanza di quella garanzia, ma non lo ha fatto; anzi ha insistito nel difendere la permanente validità del mutuo e del correlato obbligo restitutorio. Dunque, dev’essere dichiarata la nullità ex artt. 1344 e 2744 c.c. della cessione delle quote della s.r.l. in quanto posta in essere in elusione del divieto di patto commissorio, ferma restando la validità del contratto di mutuo e, di conseguenza, dell’accordo transattivo. In ogni caso, occorre chiarire che la richiesta nullità del contratto di mutuo non potrebbe certo implicare la sola restituzione –come prospettato invece dall’opponente- delle quote cedute in garanzia e delle somme versate in adempimento del contratto di cui si chiede la nullità (€ 102.468,53), ma determinerebbe in capo all’opponente stesso l’obbligo di restituzione della somma erogata in suo favore dal mutuante (art. 1418 c.c.); in particolare, poi, ove si configurasse la nullità della transazione su mutuo, il debito da restituire non sarebbe più quello ridotto indicato nella transazione, bensì la più alta somma originariamente mutuata, pari ad € 645.571,12.*

La nullità della sola cessione delle quote implica l’obbligo di restituzione delle stesse a favore del debitore cedente .. XXX; sennonché, è emerso che la società *de qua* è stata dichiarata fallita con sentenza del Tribunale di Monza in data 3.2.1999 (ovvero in data anteriore all’accordo transattivo, sottoscritto il 2.3.1999). Ciò determina l’impossibilità della restituzione delle quote all’opponente; di conseguenza, XXX chiede il pagamento dell’equivalente monetario alla data della cessione indebita (€ 645.571,12, ovvero £ 1.250.000.000).

Al riguardo, la disciplina di riferimento è quella del pagamento dell’indebitato (artt. 2033-2040 c.c.) e segnatamente -vertendosi nell’ipotesi di restituzione di cosa determinata- la norma applicabile è l’art. 2037 c.c., il quale statuisce che “*Chi ha ricevuto indebitamente una*

*cosa determinata è tenuto a restituirla. Se la cosa è perita, anche per caso fortuito, chi l'ha ricevuta in mala fede è tenuto a corrisponderne il valore [...] Chi ha ricevuto la cosa in buona fede non risponde del perimento o deterioramento di essa, ancorché dipenda da fatto proprio, se non nei limiti del suo arricchimento”.*

Il fallimento e la consequenziale liquidazione delle quote in favore della massa dei creditori concorsuali deve essere sussunta nella fattispecie di perimento della cosa, in relazione alla quale l'*accipiens* di mala fede è tenuto a restituire il valore della cosa venuta meno mentre l'*accipiens* di buona fede risponde esclusivamente nei limiti del proprio arricchimento. Nel caso di specie, il cessionario delle quote societarie deve essere considerato *accipiens* di buona fede in quanto il principio generale -secondo cui la buona fede si presume (art. 1147 c. 3 c.c.)- è applicabile anche alla materia della ripetizione dell'indebitto (v., *ex multis*, Cass., Sez. 3, Sentenza n. [26166](#) del 12/12/2014 (Rv. 633694 – 01); Cass., Sez. L, Sentenza n. [9689](#) del 17/09/1991 (Rv. 473897 – 01).

Inoltre, l'opponente non ha né allegato né dimostrato la mala fede del cessionario, limitandosi a domandare la restituzione per equivalente monetario con riferimento al valore assunto dal bene al tempo della cessione.

Ancora, quanto all'arricchimento del cessionario, l'opponente si è limitato ad allegare -peraltro solo nell'ambito della ricostruzione del fatto, senza farvi cenno in sede di proposizione della domanda di ripetizione- il conseguimento di generici vantaggi, diretti ed indiretti, connessi alla partecipazione sociale, che “*di per sé fa sorgere tutta una serie di diritti, sia di natura amministrativa che patrimoniale, che ben i signori ZZZ hanno potuto esercitare*” (p. 7 memoria n. 1), senza tuttavia individuarli puntualmente né indicare e quantificare gli effetti vantaggiosi in concreto conseguiti dal relativo esercizio; ancora, ha affermato la sussistenza di ulteriori vantaggi, quale l'utilizzo di spazi pubblicitari per fini personali, senza fornire alcuna prova a sostegno dell'assunto, puntualmente contestato da controparte né alcuna quantificazione dell'asserito arricchimento.

Ne deriva che, non avendo l'opponente dimostrato -e, quanto all'elemento soggettivo, neppure allegato- né la mala fede dell'*accipiens*, né l'arricchimento di quest'ultimo, ai sensi dell'art. 2037 c.c., la domanda riconvenzionale di ripetizione risulta infondata e non può essere accolta.

In conclusione, la accertata nullità della cessione delle quote a titolo di garanzia per violazione degli artt. 1344 e 2744 c.c. non si estende all'intera operazione negoziale; il mutuo resta valido. Non può poi procedersi ad alcuna restituzione per mancanza di prova degli elementi costitutivi previsti dall'art. 2037 comma 3 c.c.. Ne segue -anche alla luce del rigetto della domanda riconvenzionale dell'opponente- la conferma del decreto ingiuntivo opposto, Tribunale di Milano n. 28806/2014.

Per quanto concerne la posizione di ... YYY, questi era stato convenuto per rendergli opponibile la nullità del contratto e per la restituzione del valore delle quote. Avendo accertato il rigetto della domanda riconvenzionale restitutoria dell'opponente risulta assorbita l'eccezione di difetto di legittimazione passiva.

Giusto l'accoglimento parziale della domanda di nullità, ma considerato il rigetto di tutte le altre domanda dell'opponente, e vista quindi la soccombenza sostanziale dell'opponente, compensa per 1/3 le spese legali che liquida per il resto a favore di .. e ... YYY.

Ai fini della quantificazione delle spese legali a favore di .. e ... YYY e a carico dell'opponente .. XXX opera l'art. 4 comma 2 del DM 55/2014, ossia l'aumento del 20% per la presenza di due parti difese dal medesimo legale. Individuato lo scaglione del valore del decreto ingiuntivo, scelto il parametro medio, deve procedersi prima all'aumento del 20% e poi alla decurtazione del 33% per la compensazione; pertanto, le spese da rifondere ammontano ad € 17.195,15 per compensi professionali, oltre 15 % per rimborso spese generali, c.p.a. e i.v.a..

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza ed eccezione disattesa o assorbita, così dispone:

- 1) Dichiarare la nullità della cessione in garanzia del 25% delle quote della società \*\*\* S.r.l.;
- 2) Rigetta per il resto l'opposizione di .. XXX e per l'effetto conferma il decreto ingiuntivo n. 28806/2014 emesso del Tribunale di Milano, che diviene definitivamente esecutivo;
- 3) Condanna .. XXX a rimborsare a .. YYY e ... ZZZ le spese di lite, che si liquidano in € 17.195,15 per compensi professionali, oltre 15 % per rimborso spese generali, c.p.a. e i.v.a.

Milano, 26 settembre 2017

Il Giudice  
dott.ssa Viola Nobili