

L'istituto della datio in solutum ed inerenza del diverso istituto del patto commissorio

Autore: Porfilio Mariarosaria

In: Diritto civile e commerciale

La datio in solutum (art. 1197 cc), come anche la cessio pro solvendo (art. 1198 cc), si pone quale negozio giuridico alternativo all'adempimento dell'obbligazione originaria, difatti è inserita nel codice civile nella sezione dedicata all'adempimento delle obbligazioni in generale.

Costituendo l'adempimento estinzione dell'obbligazione, ne deriva che anch'essa è un suo modo di estinzione.

Requisiti fondamentali della datio in solutum sono: il consenso del creditore e la realtà della diversa prestazione.

Il necessario consenso del creditore ad estinguere l'obbligazione originaria mediante prestazione di cosa diversa dalla precedentemente pattuita permette di distinguere la datio in solutum dalle obbligazioni alternative di cui agli artt. 1285 e ss. cc, ove la scelta è di prassi rimessa al debitore e comunque non si necessita di mutuo consenso tra debitore e creditore in quanto, se la facoltà di scelta non è attribuita al debitore, essa è rimessa al creditore od ad un terzo ai sensi dell'art. 1286 cc.

Tale carattere distingue la datio in solutum anche dalla cessione di un credito in luogo dell'adempimento, che, se è vero che anch'essa determini ugualmente l'estinzione dell'obbligazione originaria, se ne distingue perché tale istituto, per il combinato disposto degli artt. 1198 e 1260 cc, non prevede il necessario accordo tra creditore e debitore, potendo tale trasferimento avvenire anche senza il consenso del creditore.

La realtà, invece, accomuna tali due diversi modi di estinzione dell'obbligazione originaria, anche se diversi sono gli effetti sul debitore.

Infatti mentre la consegna della res alia nella datio in solutum determina di per sé ed immediatamente l'estinzione dell'obbligazione, potendo essere la res alia non solo un bene mobile, registrato o no, od immobile od un diritto, in questi ultimi casi operando a favore del creditore la garanzia posta dal cpv dell'art. 1197 cc, ma anche un bene materiale o immateriale, ovvero anche un'universalità di beni ovvero ancora un bene esistente o futuro, purchè, in quest'ultimo caso, il debitore ne garantisca la sua venuta ad esistenza, nella cessio pro solvendo il debitore può conseguire, in vece dell'originaria prestazione, solo ed esclusivamente un credito, sia esso già certo liquido ed esigibile sia di futura capitalizzazione, ed è regola

generale che si riterrà estinta l'obbligazione solo a sua avvenuta riscossione, garantendo, pertanto, il creditore cedente il creditore cessionario dell'esatto adempimento del debitore ceduto.

La circostanza poi che nella datio in solutum la diversa prestazione possa consistere nel trasferimento della proprietà o di altro diritto determina che, se trattasi di beni o diritti su beni mobili, la forma scritta, come per la cessio pro solvendo, è richiesta ad probationem, mentre, se trattasi di beni immobili o mobili registrati o diritti creati su di essi, la forma scritta è richiesta ad substantiam.

La datio in solutum può esser altresì sottoposta a condizione.

L'alternatività dell'inciso presente nel corpus della norma in esame (art. 1197 cc), per cui il valore della prestazione diversa può essere uguale o maggiore, ha indotto a dibattere se, quanto alla possibilità che il valore della diversa prestazione estintiva possa esser maggiore dell'originaria obbligazione, possa applicarsi, recte, inerire, anche alla datio in solutum il divieto del diverso istituto del patto commissorio, atteso che la norma in esame non stabilisce quando si debba pattuire la diversa prestazione estintiva e cioè se coevamente all'originario accordo obbligatorio o successivamente allo stesso e prima della sua estinzione mediante adempimento, posto che, scaduto il termine per eseguire la prestazione, pacificamente si ha inadempimento.

Nota è la circostanza che a lungo dottrina e giurisprudenza **[1]**, hanno ritenuto tale divieto, sanzionato con l'invalidità - vizio più grave, i.e. la nullità, quand'anche detta pattuizione fosse stata conclusa successivamente, operante solo in materia di pegno ed ipoteca, quanto alle garanzie patrimoniali, e di anticresi, quanto alle singole figure contrattuali, atteso che esso veniva posto come clausola accessoria e proprio con riferimento a tali istituti, rispettivamente agli artt. 2744 cc, quanto al pegno ed all'ipoteca, ed all' art. 1963 cc, quanto all'anticresi.

Successivamente sia la dottrina sia la giurisprudenza mutarono orientamento e sino a tutt'oggi si ritiene che il divieto del patto commissorio rappresenta una norma imperativa del sistema posta a garanzia dell'intero ordinamento per l'alto contenuto in termini di disvalore sociale che detto patto determina, optando per la sua autonomia.

Tale conclusione apre scenari alla casistica più varia e pertanto ben può indagarsi se l'istituto del patto commissorio, e relativo divieto, sanzionato con la nullità, sia ravvisabile anche con inerenza alla fattispecie della datio in solutum.

Chi scrive rimarca che, ad ultroneo avvallo della cd. tesi autonomistica del divieto del patto commissorio, si osservi come giammai esso sarebbe potuto esser considerato quale patto accessorio alle garanzie patrimoniali rappresentate dal pegno ed all'ipoteca: vi osta la sua collocazione sistematica, atteso che l'art. 2744 cc è inserito nel capo dedicato alle "disposizioni generali" (capo I) del titolo III (in rubrica: "della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione

della garanzia patrimoniale) del libro (IV) sulla tutela dei diritti e non nei capi dedicati ed ospitanti singolarmente il pegno (capo III) ovvero le ipoteche (capo IV).

Orientatasi dottrina e giurisprudenza per la natura autonoma del patto in questione, occorre precisare se tale divieto operasse solo nel caso in cui esso fosse stato stabilito subito quale condizione risolutiva dell'adempimento ovvero anche qualora esso si configurasse quale condizione sospensiva all'eventuale inadempimento.

Lo spartiacque è dato da due pronunce della Cassazione resi a SS. UU. nel 1989 per cui può affermarsi che, precedentemente a tale data era pacificamente ammessa la sua ravvisabilità nel caso di alienazioni di beni di proprietà del debitore sia a tutela di pur esistenti e vigenti garanzie patrimoniali (pegno ed ipoteche) sia a tutela, più in generale, del creditore che, pertanto, beneficiava della sproporzione tra il valore del credito concesso e del bene ricevuto in contropartita dal debitore, mentre era dibattuta la sua ravvisabilità nel caso di alienazioni soggette alla condizione sospensiva dell'inadempimento da parte del debitore, ma pur sempre in presenza di manifesta sproporzione tra il credito o la garanzia concessa ed il valore del bene ceduto, e, successivamente a tale data, deve sempre ravvisarsi la sussistenza del patto commissorio con declaratoria di nullità, stante il suo divieto sia in caso di alienazioni risolutivamente condizionate all'adempimento sia in caso di alienazioni sospensivamente condizionate all'adempimento purchè vi sia sproporzione tra il credito o la garanzia concessa ed il valore del bene ceduto, essendo quest'ultimo di gran lunga più di valore del primo.

Tornando all'istituto della datio in solutum, ci si è dunque posti l'interrogativo se il divieto di patto commissorio sia ravvisabile anche in tal caso e se esso sia, nello specifico, ravvisabile sia con inerenza alla datio risolutivamente condizionate all'adempimento sia alla datio sospensivamente condizionate all'inadempimento.

Va preliminarmente registrato un arresto giurisprudenziale da parte di una sezione della S.C. **[2]**, la quale, in una sentenza resa cinque anni orsono, esclude l'applicabilità di tale divieto alla datio in solutum, pur riconoscendo la portata generale del divieto sancito nell'art. 2744 cc, argomentando che esso è configurabile solo quando il debitore sia costretto al trasferimento di un bene a tacitazione dell'obbligazione, mentre la datio in solutum è il frutto di una scelta in cui il trasferimento del bene viene liberamente concordato tra debitore e creditore.

Tale pronuncia non appare condivisibile atteso che ben può una datio in solutum simulare o sottendere una diversa pattuizione contra legem, in questo caso, il patto commissorio, vietato dalla legge e pertanto nullo.

E' quindi affidato all'interprete il compito di verificare se il caso concreto, in base anche alle prove offerte dalle parti nel corso del giudizio, rappresenti una lecita datio in solutum ovvero un vietato patto commissorio.

Ciò posto, poiché la datio in solutum determina l'immediata estinzione dell'originaria obbligazione del debitore con la consegna di una cosa diversa al creditore, anche se la regola generale posta dall'ordinamento al medesimo art. 1197 cc configura la datio in solutum quale eccezione, a parere di chi scrive ben può il divieto del patto commissorio operare in caso di pattuizione sottoposta a condizione risolutiva in caso di adempimento, mentre si nutrono perplessità in caso di condizione sospensiva al verificarsi dell'inadempimento poiché vi osta la circostanza che la datio in solutum opera immediatamente e comunque senza attendere l'eventuale inadempimento del debitore, potendo, nel silenzio della norma, strutturalmente la datio esser pattuita contestualmente all'obbligazione originaria ovvero successivamente ma pur sempre prima dell'inadempimento e mai verificatosi questo.

Va da sé che, per l'inciso presente in tale norma, per cui la diversa prestazione può essere di valore anche maggiore dell'originaria obbligazione, l'interprete ravviserà la sussistenza del patto commissorio con maggiore rigore e cioè in una datio in solutum risolutivamente condizionata all'adempimento non quando vi sia una semplice sproporzione tra il valore del diverso bene trasferito e l'originaria obbligazione, come in tutti gli altri casi di declaratoria di divieto di patto commissorio, ma quando tale sproporzione sia manifestamente eccessiva.

Avv. Mariarosaria Porfilio

[1] per un'ampia rassegna si rinvia a F. Caringella, Studi di diritto civile, Vol. III, Giuffrè, 2007

[2] Corte di Cassazione, Sez.I, sent. n. 107023

<https://www.diritto.it/l-istituto-della-datio-in-solutum-ed-inerenza-del-diverso-istituto-del-patto-commissorio/>