



GIUSEPPE VALENTE

Dottore di ricerca – Università di Messina

PATTO COMMISSORIO E PEGNO NEL DIRITTO TEDESCO: *VERFALLVEREINBARUNG UND PFANDRECHT*

SOMMARIO: 1. Il diritto del creditore pignoratizio. – 2. La struttura dell'accordo commissorio di cui al § 1229 BGB. – 3. Il fondamento giuridico della nullità del patto commissorio tipico. – 4. La qualificazione giuridica del patto commissorio atipico. – 5. Segue. La nullità del patto commissorio atipico tra contrarietà al buon costume ed usura. – 6. La possibile garanzia di un credito scaduto. – 7. Il rapporto tra la nullità del patto commissorio tipico e la nullità della costituzione del pegno. – 8. L'applicabilità analogica del divieto del patto commissorio alle alienazioni a scopo di garanzia. – 9. Segue. L'analisi di alcuni casi particolari. Conclusioni.

1. – Nell'ambito del BGB tedesco il patto commissorio viene regolamentato nel libro terzo, relativo ai diritti reali (*Sachenrecht*), cosicché ricorre una diversa collocazione sistematica rispetto al c.c. italiano, che invece disciplina i diritti reali di garanzia nel libro sulla tutela dei diritti¹, quindi separatamente dai diritti reali di godimento. Inoltre, mentre nel c.c. italiano il patto commissorio riceve una disciplina nell'ambito di un'unica disposizione², con riguardo sia al pegno che all'ipoteca, nel BGB tedesco vi sono due diverse norme³, ciascuna dedicata alle dette garanzie reali.

Preliminarmente, è opportuno precisare il contenuto della situazione giuridica di cui è titolare il creditore pignoratizio, solo genericamente indicata al § 1229 BGB⁴. Esso consiste nel diritto alla vendita del bene oggetto del pegno per soddisfarsi sulla somma così ricavata entro il limite dell'ammontare del credito garantito, per come risulta testualmente dal § 1228 BGB, comma primo⁵, in tal modo realizzando la liquidazione (*Verwertung*) dell'oggetto del pegno in favore del medesimo creditore.

Con riguardo al caso in cui il credito garantito in via reale non abbia ad oggetto denaro, il §

¹ Come è noto, i diritti reali di godimento vengono disciplinati nel libro III del c.c., mentre i diritti reali di garanzia nel libro VI.

² Sul divieto del patto commissorio v. art. 2744 c.c.

³ Precisamente il § 1149 BGB, relativo al patto commissorio riguardo all'ipoteca, e il § 1229 BGB, relativo al patto commissorio riguardo al pegno.

⁴ In particolare, la situazione giuridica derivante in capo al creditore dalla costituzione di un pegno in suo favore, viene indicata dal legislatore tedesco nel § 1229 BGB tramite l'espressione «*Verkaufsberechtigung*» (legittimazione – o autorizzazione – alla vendita), così da distinguerla dalle situazioni giuridiche che altresì potrebbero derivare in capo al medesimo creditore ma dal patto commissorio. Trattasi di situazioni giuridiche riventi da fattispecie diverse, aventi diversi contenuti, e con l'ulteriore differenza per cui la prima risulta lecita, mentre le seconde illecite.

⁵ Il § 1228 BGB, rubricato „*Befriedigung durch Pfandverkauf*“ (Soddisfazione attraverso la vendita del pegno), stabilisce, al co. 1, che: „*Die Befriedigung des Pfandgläubigers aus dem Pfande erfolgt durch Verkauf*“.

JUS CIVILE



1228 BGB, comma secondo⁶, statuisce in via ulteriore la necessità di trasformare il credito *de quo* in un credito pecuniario (*Geldforderung*), così da rendere ammissibile la vendita del bene oggetto del pegno, in quanto si ha la contezza dell'entità della somma da soddisfare appunto mediante la detta vendita.

Il diritto del creditore pignoratorio alla vendita, come viene ancora specificato dal § 1228 BGB, comma secondo⁷, sorge nel momento in cui si sia verificata la scadenza dell'obbligazione garantita, ossia allorché quest'ultima sia divenuta esigibile, ed ovviamente con l'implicito postulato per cui essa non sia stata adempiuta⁸. Per il caso più particolare, inoltre, in cui si verifichi una mera scadenza parziale, la stessa norma di cui al § 1228 BGB, comma secondo⁹, prevede che la situazione giuridica *de qua* sorga in capo al creditore pignoratorio anche solo quando il credito garantito non risulti completamente scaduto (*im vollen Umfang fällig*).

In tale contesto, rileva poi il § 1233 BGB, rubricato «*Ausführung des Verkaufs*» (Forme della vendita), dove si indica, al primo comma¹⁰, che la vendita della cosa oggetto del pegno potrebbe realizzarsi tramite le disposizioni di cui ai §§ 1234 e ss. BGB (fino al § 1240 BGB), statuenti una forma di vendita (non forzata) da effettuarsi al pubblico incanto (*Öffentliche Versteigerung*)¹¹; mentre, al secondo comma¹², si indica come il creditore pignoratorio potrebbe anche procedere secondo le disposizioni sulla vendita forzata di cose mobili, quando abbia però ottenuto, in tal caso, un titolo esecutivo contro il proprietario, ossia contro il debitore datore del pegno. In questa seconda ipotesi¹³, avuto riguardo al § 777 ZPO¹⁴, il debitore potrebbe tuttavia

⁶ Tale norma prende infatti in considerazione il caso in cui il creditore pignoratorio risulti titolare di un credito non pecuniario, nella parte in cui specifica, al co. 2, che: „*Besteht der geschuldete Gegenstand nicht in Geld, so ist der Verkauf erst zulässig, wenn die Forderung in eine Geldforderung übergegangen ist*“.

⁷ Si fa riferimento al § 1228 BGB, co. 2, nella parte in cui afferma che: „*Der Pfandgläubiger ist zum Verkauf berechtigt, sobald die Forderung ganz ... fällig ist*“.

⁸ Al riguardo, si è affermato che: „*Die Berechtigung zum Pfandverkauf erfodert die Fälligkeit der Forderung*“. Così, H. PRÜTTING, *Sachenrecht*, 34. Auflage, München, 2010, Rn. 804, 343.

⁹ Cfr. il § 1228 BGB, co. 2., laddove specifica che: „*Der Pfandgläubiger ist zum Verkauf berechtigt, sobald die Forderung ganz oder zum Teil fällig ist*“.

¹⁰ Il § 1233, co. 1, BGB, infatti stabilisce che: „*Der Verkauf des Pfandes ist nach den Vorschriften der §§ 1234 bis 1240 zu bewirken*“.

¹¹ Sul punto, cfr. il § 1235 BGB, rubricato „*Öffentliche Versteigerung*“, il quale stabilisce che: „*(1) Der Verkauf des Pfandes ist im Wege öffentlicher Versteigerung zu bewirken. (2) Hat das Pfand einen Börsen- oder Marktpreis, so findet die Vorschrift des § 1221 Anwendung*“.

¹² Il § 1233, co.2, BGB, prevede: „*Hat der Pfandgläubiger für sein Recht zum Verkauf einen vollstreckbaren Titel gegen den Eigentümer erlangt, so kann er den Verkauf auch nach den für den Verkauf einer gepfändeten Sache geltenden Vorschriften bewirken lassen*“.

¹³ Così, H. PRÜTTING, *Sachenrecht*, cit., 344.

¹⁴ Il § 777 ZPO, rubricato „*Erinnerung bei genügender Sicherung des Gläubigers*“ stabilisce che: „*Hat der Gläubiger eine bewegliche Sache des Schuldners im Besitz, in Ansehung deren ihm ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht für seine Forderung zusteht, so kann der Schuldner der Zwangsvollstreckung in sein übriges Vermögen nach § 766 widersprechen, soweit die Forderung durch den Wert der Sache gedeckt ist. Steht dem Gläubiger ein solches Recht in Ansehung der Sache auch für eine andere Forderung zu, so ist der*



rinviare (*verweisen*) il creditore pignoratizio a procedere prima di tutto in base alle suddette norme relative alla vendita non forzata del bene oggetto del pegno.

Ulteriormente, per quanto concerne la diversa ipotesi del pegno avente ad oggetto un credito (*Pfandrecht an Forderungen*), sussistente in capo al datore del pegno verso un terzo, la dottrina tedesca¹⁵, nel chiarire come il divieto del patto commissorio di cui al § 1229 BGB sia applicabile anche a questa fattispecie, ha precisato che in essa il contenuto della situazione giuridica del creditore pignoratizio consista nel diritto di questi alla riscossione del credito oggetto di pegno verso il terzo creditore, per trattenere da questa somma solo la quantità sufficiente a soddisfare il suo credito garantito, e quindi versando il residuo eventuale al debitore datore del pegno. Ciò, avuto riguardo al § 1277 BGB, rubricato «*Befriedigung durch Zwangsvollstreckung*» (Soddisfamento mediante esecuzione forzata), con la limitazione del § 1282 BGB, relativo alla «*Leistung nach Fälligkeit*» (Prestazione dopo la scadenza)¹⁶.

2. In ordine al pegno viene in rilievo il § 1229 BGB, rubricato «*Verbot der Verfallvereinbarung*» (Divieto del patto commissorio)¹⁷, il quale prevede testualmente la nullità di un accordo con cui si stabilisca che, al creditore pignoratizio (*Pfandgläubiger*), per il caso in cui questi non venga soddisfatto o non puntualmente soddisfatto, spetti la proprietà sul bene (*Sache*) oggetto del pegno o che questa gli debba essere trasferita, sempre che siffatto accordo venga stipulato prima che il creditore sia legittimato alla vendita del bene¹⁸.

Widerspruch nur zulässig, wenn auch diese Forderung durch den Wert der Sache gedeckt ist”.

¹⁵ Cfr. J. VON STAUDINGER, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 3. Sachenrecht § § 1204-1296; SchiffsRG (Pfandrecht) – Neubearbeitung von H.H. Nöll, D. Wiegand, W. Wiegand, Berlin, 2009, 149.

¹⁶ Il § 1277 BGB, rubricato „*Befriedigung durch Zwangsvollstreckung*“, statuisce che: „*Der Pfandgläubiger kann seine Befriedigung aus dem Recht nur auf Grund eines vollstreckbaren Titels nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften suchen, sofern nicht ein anderes bestimmt ist. Die Vorschriften des § 1229 und des § 1245 Abs. 2 bleiben unberührt*“. Inoltre, il § 1282 BGB, rubricato „*Leistung nach Fälligkeit*“, stabilisce che: „(1) *Sind die Voraussetzungen des § 1228 Abs. 2 eingetreten, so ist der Pfandgläubiger zur Einziehung der Forderung berechtigt und kann der Schuldner nur an ihn leisten. Die Einziehung einer Geldforderung steht dem Pfandgläubiger nur insoweit zu, als sie zu seiner Befriedigung erforderlich ist. Soweit er zur Einziehung berechtigt ist, kann er auch verlangen, dass ihm die Geldforderung an Zahlungs statt abgetreten wird. (2) Zu anderen Verfügungen über die Forderung ist der Pfandgläubiger nicht berechtigt; das Recht, die Befriedigung aus der Forderung nach § 1277 zu suchen, bleibt unberührt*“.

¹⁷ In realtà, la traduzione esatta dalla lingua tedesca della rubrica del §1229 BGB sarebbe «Divieto di accordo decadenziale», laddove per decadenza si intende quella dalla proprietà sul bene oggetto di pegno, in cui incorrerebbe il debitore se fosse lecito il patto commissorio: la detta proprietà si trasferirebbe automaticamente – od in virtù dell’adempimento del debitore dell’obbligo di trasferirla – in capo al creditore pignoratizio alla scadenza del credito garantito.

¹⁸ Il § 1229, rubricato „*Verbot der Verfallvereinbarung*“ è difatti così formulato: „*Eine vor dem Eintritt der Verkaufsberechtigung getroffene Vereinbarung, nach welcher dem Pfandgläubiger, falls er nicht oder nicht rechtzeitig befriedigt wird, das Eigentum an der Sache zufallen oder übertragen werden soll, ist nichtig*“.



In relazione al § 1229 BGB si pongono varie questioni, tra cui principalmente quella di stabilire in cosa si concretizzi la fattispecie negoziale vietata quale patto commissorio.

Al riguardo, si può prima di tutto osservare, già da una interpretazione meramente letterale della norma in esame, come trattasi di un patto rivolto ad originare due situazioni giuridiche, tra loro alternative, in capo al creditore pignoratizio: quella consistente nel diritto di acquistare automaticamente la proprietà in ordine al bene oggetto del pegno, oppure quella consistente nel diritto di pretendere che il debitore gli trasferisca la proprietà del bene stesso. Entrambe sorgono al tempo della scadenza dell'obbligazione garantita e verificatosi l'inadempimento di quest'ultima.

Trattasi tuttavia di situazioni giuridiche fundamentalmente equivalenti. Sul punto, la dottrina tedesca ha meglio specificato¹⁹, utilizzando il canone interpretativo teleologico, come un «accordo di decadenza» ex § 1229 BGB si perfezioni sul piano del fatto, non solo assumendo la forma di un «accordo di cessione della proprietà condizionato in via dilatoria», quando con esso si stabilisca in favore del creditore garantito l'acquisizione della proprietà del bene mobile oggetto del pegno quale conseguenza automatica del non soddisfacimento del credito alla scadenza; ma anche assumendo la diversa forma di un patto da cui sorga in capo al creditore unicamente una «obbligazione alla cessione della proprietà» di cui trattasi, sottoposta ad uguale condizione dilatoria²⁰, ossia sempre quella per cui, alla scadenza, il credito sia rimasto insoddisfatto. Non vi sarebbe appunto alcuna differenza fondamentale tra le due ipotesi, laddove si osservi che in entrambe si perseguirebbe una medesima finalità.

D'altronde, è possibile criticamente evidenziare come, nella lettera del § 1229 BGB, l'inciso „... das Eigentum an der Sache zufallen oder übertragen werden soll ...“ (“... spetti la proprietà della cosa o essa gli debba essere trasferita ...”) contenga la congiunzione «oder» che, nella interpretazione letterale in lingua tedesca della norma in esame – anche trasposta in lingua italiana – non assume valore disgiuntivo, nel senso che essa indica due diverse prospettive per specificare un medesimo concetto.

In tale argomentare, è possibile anche arguire che, in conseguenza di uno dei due descritti modi di atteggiarsi del patto commissorio – quello cioè di un negozio che trasferisce la proprietà dell'oggetto del pegno in via automatica – il § 1229 BGB introduce inoltre una eccezione rispetto al sistema civilistico tedesco nel quale la vendita non ha effetti reali, ma solo obbligatori.

Il BGB, come è noto, non accoglie il cosiddetto principio del consenso traslativo (o principio consensualistico), stabilendo, per esempio, al § 433 BGB, relativo alle «*Vertragstypische Pflichten beim Kaufvertrag*» (Obbligazioni contrattuali tipiche nel contratto di vendita), che il contratto di vendita comporti, quali effetti giuridici in capo al venditore, l'obbligo di consegnare la cosa al compratore, così come a procurargliene la proprietà²¹.

¹⁹ V. RG JW 1935, 2886.

²⁰ Così, J. VON STAUDINGER, *Kommentar*, cit., 147.

²¹ Il § 433, rubricato „*Vertragstypische Pflichten beim Kaufvertrag*“ (Obbligazioni contrattuali tipiche nel contratto di vendita), è infatti così formulato: „(1) *Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache ver-*

JUS CIVILE



Affinché si configuri l'accordo vietato *ex* § 1229 BGB, va altresì evidenziato, come deve ricorrere l'inadempimento del datore del pegno, che dovesse eventualmente seguire alla scadenza dell'obbligazione garantita, quindi specularmente la non soddisfazione del creditore pignoratizio²², da qualificarsi pertanto quale elemento accidentale della struttura del patto commissorio.

Sul punto, la dottrina²³ ha mostrato più approfonditamente come tale condizionamento dell'obbligazione (*Verpflichtung*) di trasferimento della proprietà o dell'automatico trasferimento di proprietà, sia appunto un vincolo previo quanto essenziale per l'applicabilità del § 1229 BGB, con la conseguenza che si potrà discorrere di «decadenza della proprietà»²⁴ della cosa data in pegno, solo quando la perdita di questa proprietà da parte del debitore datore di pegno sia avvenuta in modo frontistante e simultaneo rispetto alla non soddisfazione (od alla non puntuale soddisfazione) del creditore pignoratizio. Se questa condizione dovesse al contrario mancare, allora il § 1229 BGB non giungerebbe ad applicarsi, ed ovviamente perché l'obbligazione garantita verrebbe adempiuta fisiologicamente²⁵.

Ancora, il § 1229 BGB prevede la circostanza che l'accordo commissorio debba essere posto in essere necessariamente prima della scadenza del debito garantito (o prima che il creditore sia autorizzato alla vendita *ex* § 1228 BGB)²⁶, quando anche si trattasse semplicemente di una scadenza parziale²⁷.

Deve essere chiarito, infine, anche come il patto in esame possa dirsi sussistente solo quando creditore e debitore abbiano convenuto che, in caso di mancato pagamento, passi in proprietà del creditore la cosa data in pegno, non un'altra. Donde, la connessione dell'accordo commissorio al negozio di costituzione del pegno mediante un legame di accessorietà.

pflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. (2) Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen“.

²² Così, J. VON STAUDINGER, *Kommentar*, cit., Rn. 6, S. 147.

²³ Ancora, J. VON STAUDINGER, *Kommentar*, cit., 147.

²⁴ Dovrebbe risultare chiaro, a tal punto ed in quando la dottrina tedesca discorra di «decadenza della proprietà», perché il BGB rubrici il § 1229, dedicato al divieto del patto commissorio, «*Verbot der Verfallvereinbarung*», ossia – letteralmente tradotto dal tedesco – «Divieto di accordo decadenziale».

²⁵ Cfr. J. VON STAUDINGER, *Kommentar*, cit., 147, per l'interessante ed ulteriore spunto svolto al riguardo, secondo cui sussista una relazione tra siffatta limitazione riscontrata nel § 1229 BGB e la finalità che con la medesima l'ordinamento tedesco vorrebbe realizzare, consistente quest'ultima nell'opportunità per cui il debitore, verificatasi la scadenza del credito garantito ed il suo inadempimento, non necessiterà più della protezione approntatagli dal sistema tramite la nullità *ex* § 1229 BGB.

²⁶ Oppure si è detto anche, con un'altra espressione, prima della “*legittimazione alla vendita del pegno*” *ex* § 1228 BGB. Così, J. VON STAUDINGER, *Kommentar*, cit., 148.

²⁷ V. J. DAMRAU in *Münchener Kommentar zum BGB*, 5. Auflage 2009, BGB § 1229, Rn. 3.



3. – Per l'analisi della *ratio* specifica della nullità in esame, la dottrina tedesca ha ragionato considerando due diversi intervalli di tempo, posta la diversità di problematiche sottese a ciascuno: quello anteriore e quello posteriore alla scadenza del credito garantito²⁸ mediante la costituzione di pegno.

I. In ordine al momento precedente rispetto alla detta scadenza²⁹, risulta possibile cogliere la ragion d'essere del divieto di cui al § 1229 BGB, anzitutto nell'idea per cui l'ordinamento giuridico tedesco voglia evitare che il patto commissorio vada ad alterare, o privare di effettività, la funzione (o causa) di garanzia dell'adempimento del credito svolta dal pegno.

Al riguardo, la dottrina³⁰ ha evidenziato come si debba necessariamente tenere in conto che il valore dell'oggetto del pegno è frequentemente maggiore rispetto all'ammontare del credito garantito. Per conseguenza, quando, ad esempio, il credito garantito dal pegno risultasse pari a 1.000 euro e la cosa oggetto del medesimo pegno avesse un valore pari a 1.500 euro, il creditore pignoratorio, attraverso il patto commissorio – alla scadenza e verificatosi l'inadempimento – acquisterebbe la proprietà di un bene avente un valore superiore al credito. In tal modo, la detta acquisizione di proprietà da parte del creditore pignoratorio, integra un arricchimento non legittimo (*nicht zu recht*) in suo favore, cioè una speculazione iniqua.

In altri termini, la stipula di un accordo commissorio avrebbe contemporaneamente una causa di garanzia (ulteriore, peraltro, a quella già stabilita con il pegno) ma soprattutto di potenziale arricchimento del creditore pignoratorio, che assorbirebbe l'unica funzione di garanzia del pegno, in tal modo alterandola. Resta chiaro, tra l'altro, come la fattispecie della costituzione di pegno abbia una causa di garanzia in quanto ricorre necessariamente un distinto rapporto obbligatorio che ne costituisce il logico quanto imprescindibile antecedente.

In tale prospettiva, la dottrina tedesca³¹ ha quindi affermato come il divieto *ex* § 1229 BGB sia posto a tutela del diritto alla vendita dell'oggetto del pegno di cui è titolare il creditore pignoratorio. Ove infatti, il patto commissorio, al contrario, fosse valido, andrebbe a privare di contenuto il diritto *de quo*: se nel momento della scadenza del credito garantito, e verificatosi l'inadempimento del datore del pegno, al creditore pignoratorio venisse effettivamente trasferita, in base ad un patto commissorio legittimo, la proprietà del bene oggetto del pegno, allora risul-

²⁸ Si precisa che, alla detta scadenza, ovviamente debba seguire l'inadempimento del debitore.

²⁹ È stato rilevato come il detto accordo, che preveda cioè l'obbligazione di trasferire la proprietà del bene oggetto del pegno, sia bensì nullo in base al § 1229 BGB, ma fino al momento della scadenza dell'obbligazione garantita. Così, H. PRÜTTING, *Sachenrecht*, cit., 344, per cui: „... die sog. *lex commissoria* ... ist. vor dem Eintritt der Verkaufsberechtigung nichtig (§ 1229); nacher kann sie nach § 138 BGB ... nichtig sein.“. Sul punto, cfr. anche J. DAMRAU in *Münchener Kommentar*, cit., Rn. 6, in cui si afferma che: „... nach der Pfandreife, wenn der Sicherungsfall also eingetreten ist, kann ein Vertrag über die Übernahme des Pfandes durch den Gläubiger geschlossen werden ...“.

³⁰ Cfr. H. PRÜTTING, *Sachenrecht*, cit., 344.

³¹ Ancora, J. VON STAUDINGER, *Kommentar*, cit., 148.



terebbe senza effettività giuridica il contemporaneo sorgere, in suo favore, del diritto di vendere il medesimo bene in base alla costituzione di pegno.

Infatti, il creditore pignoratizio, avendo acquisito la proprietà del bene del pegno quale effetto del patto commissorio, non andrebbe certamente ad esercitare il diverso diritto, che anche sorgerebbe in suo favore però quale effetto della costituzione di pegno, di vendere quel medesimo bene secondo le forme pubbliche stabilite dal § 1233 BGB. Anzi, nel caso di acquisto automatico della proprietà, la situazione giuridica del creditore che deriva dal pegno, consisterebbe nel diritto di vendere un bene divenuto di sua stessa proprietà.

Si avrebbe così, ad avviso della dottrina tedesca, la trasformazione contrattuale della costituzione di pegno in un cosiddetto «pegno di scadenza» (*Verfallpfand*).

Oltre a ciò, si è poi specificato³² che il § 1229 BGB, vietando l'accordo prima della scadenza del credito, assolve ad una più generale funzione di protezione del debitore datore del pegno, nella misura in cui quest'ultimo, oltretutto non subire il danno patrimoniale correlativo all'ingiusto arricchimento del creditore pignoratizio, non venga costretto alla rinuncia di diritti di proprietà in un periodo di tempo nel quale si suppone che egli possa ancora soddisfare il credito, quindi risulti essere ancora potenzialmente adempiente (o capace di adempiere).

Sotto tale profilo, si prospetta anche la costruzione³³ relativa alla relazione tra questa protezione del debitore e le prescrizioni della vendita del bene oggetto di pegno (cfr. §§ 1233 ss. BGB), per cui si considera come il diritto tedesco, anche per mezzo di altre disposizioni normative, abbia inteso preservare al datore del pegno i vantaggi di un eventuale approfittamento – all'inverso potenzialmente realizzabile dal creditore pignoratizio (cfr. §§ 1228 e 1232 BGB) – e quindi, ad un tempo, assicurare che il pegno mantenga il carattere della garanzia.

La descritta alterazione, o svuotamento di effettività, della causa di garanzia del pegno, la si potrebbe osservare anche considerando il caso del pegno del credito, in quanto, postulando al riguardo sempre un parallelo patto commissorio valido, si correrebbe il rischio per cui il creditore pignoratizio acquisti – tramite il patto commissorio – la proprietà di una somma di denaro, quella posta ad oggetto del pegno, di ammontare superiore rispetto a quella che acquisterebbe – per effetto del relativo diritto che sorgerebbe in suo favore dalla costituzione di pegno – in sede di riscossione del credito vantato dal datore del pegno verso un terzo.

4. – Ragionando ora con riferimento al periodo posteriore alla scadenza del credito garantito dal pegno, anzitutto si osserva che un eventuale accordo, stipulato (in tale lasso di tempo) tra il creditore pignoratizio ed il suo debitore in stato di ritardo nell'adempimento, nonché relativo al trasferimento automatico della proprietà dell'oggetto del pegno o dell'obbligo di trasferirla, già

³² Cfr. J. DAMRAU in *Münchener Kommentar*, cit., Rn. 1.

³³ Così, J. VON STAUDINGER, *Kommentar*, cit., 147.



non potrebbe essere più sussunto nell'ambito del patto commissorio tipico previsto dal § 1229 BGB, e così disciplinato da questa norma, in quanto sarebbe privo di un elemento fondamentale ivi stabilito per il completamento della relativa fattispecie descritta: la scadenza del credito garantito, giacché ormai verificatasi. Dunque, occorre parlare al riguardo di un patto commissorio atipico.

Occorre, allora, verificare se, alla specie ora descritta, possa applicarsi comunque il § 1229 BGB per analogia. La dottrina tedesca ha rilevato come – nel detto periodo di tempo – non sussista più il problema di garantire l'adempimento di un credito, posto che quest'ultimo risulterebbe scaduto (senza che sia stato soddisfatto) e quindi esigibile. Anzi, più in generale, solitamente non si concepisce la garanzia di un debito scaduto e rimasto inadempito.

Pertanto, l'accordo in esame, di trasferimento automatico della proprietà della cosa del pegno o dell'obbligo di trasferirla, risulterebbe privo della capacità di alterare la causa di garanzia del pegno, giusto in quanto quest'ultima risulterebbe del tutto assente. Al limite, in tale periodo di tempo, potrebbe porsi solo il diverso problema di attuare o utilizzare la relativa garanzia già prestata (appunto per questa eventuale fase), consistente nel far valere eventualmente il diritto sorto in capo al creditore pignoratorio alla vendita della cosa del pegno³⁴.

Per conseguenza, mancherebbe la *ratio* del divieto stabilito al § 1229 BGB, cosicché non potrebbe giungersi ad una declaratoria di nullità dell'accordo in esame, seppure in qualche modo simile al patto commissorio tipico, per il tramite di una applicazione analogica del § 1229 BGB³⁵.

Da un punto di vista generale, si rileva che questo accordo non potrebbe nemmeno definirsi quale patto commissorio autonomo, poiché con esso si stabilisce comunque un trasferimento della proprietà dell'oggetto del pegno, quando è già insorto il diritto alla vendita dell'oggetto medesimo.

È interessante, piuttosto, la sua qualificazione giuridica, sostenuta nella dottrina tedesca³⁶, come «*Leistung an Erfüllungsstatt*» (Prestazione in luogo dell'adempimento) di cui ai §§ 364 e 1252 BGB: il primo riguardante la «*Annahme an Erfüllungs statt*» (Accettazione in luogo dell'adempimento), il secondo la «*Erlöschen mit der Forderung*»³⁷ (Estinzione con il credito).

³⁴ Infatti, si sarebbe prodotto in capo al creditore il diritto della vendita dell'oggetto del pegno, e quindi perfezionata la fattispecie produttiva di tale situazione giuridica

³⁵ Cfr., per tale costruzione dottrinale, H. BRUHNS *GmbHR* 2006, 587, 590, in cui si afferma: „... nach Pfandreife, auch bei nur teilweiser Fälligkeit (§ 1228 Abs. 2 S 1), sind Verfallklauseln bis zur Grenze des § 138 zulässig und werden in der Praxis auch regelmäßig vereinbart ...“; ed anche in BeckOK-Sosnitza, § 1229 BGB, Rn.3) in cui: „... Gemäß § 1282 Abs 1 S 3 hat der Gläubiger nach Pfandreife sogar Anspruch auf Abtretung verpfändeter Geldforderungen an Zahlung Statt ...“.

³⁶ V. J. DAMRAU in *Münchener Kommentar*, cit., Rn. 6.

³⁷ Il § 364 BGB, rubricato „*Annahme an Erfüllungs statt*“, che stabilisce: „(1) Das Schuldverhältnis erlischt, wenn der Gläubiger eine andere als die geschuldete Leistung an Erfüllungs statt annimmt. (2) Übernimmt der Schuldner zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers diesem gegenüber eine neue Verbindlichkeit, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, dass er die Verbindlichkeit an Erfüllungs statt übernimmt.“. Inoltre, il



Ciò in quanto, in tal caso (o periodo temporale) il trasferimento di proprietà, anche quale effetto obbligatorio, verrebbe posto in essere solo per determinare l'estinzione del credito garantito, cosicché tramite un siffatto accordo le parti realizzano una causa solutoria.

Nondimeno, rimane pur sempre il problema di un possibile squilibrio tra le due prestazioni, perché è sempre possibile che il bene trasferito in proprietà al creditore, in luogo dell'adempimento, abbia un valore superiore all'ammontare del credito garantito e che si vuole in tal modo estinguere.

Ne potrebbe, quindi, derivare sempre un ingiusto arricchimento del creditore ai danni del debitore, che andrebbe ad alterare la detta causa solutoria. Ed allora, vi è sempre l'esigenza di protezione giuridica del debitore.

5. – Nel periodo di tempo successivo alla scadenza del credito garantito dal pegno ed al suo inadempimento, si pone allora il problema di stabilire se un patto commissorio atipico, posto che la sua nullità non potrebbe essere comminata ai sensi del § 1229 BGB, neanche in via analogica, dovesse risultare annullabile per motivi diversi. In tale prospettiva, si è rilevato³⁸ come potrebbe esservi un suo contrasto con il § 138 BGB³⁹, da valutarsi tenuto conto anche del § 242 BGB⁴⁰, ma soprattutto considerando separatamente i due commi di cui si compone: nel primo, si stabilisce la nullità del «*Sittenwidriges Rechtsgeschäft*» (Negozio giuridico contrario al buon costume)⁴¹, mentre, nel secondo, si stabiliscono alcuni indici perché possa dirsi sussistente il negozio di «*Wucher*» (Usura).

In ordine alla fattispecie dell'usura, si è affermato⁴², in primo luogo, che questa costituisca una ipotesi speciale di contrarietà ai «buoni costumi», e che perciò stesso sia stata disciplinata separatamente nell'ambito del secondo comma del § 138 BGB. Essa viene testualmente descritta, in tale norma, come consistente in un negozio giuridico tramite il quale una persona (usuraio)

§ 1252 BGB, rubricato „*Erlöschen mit der Forderung*“, in cui: „*Das Pfandrecht erlischt mit der Forderung, für die es besteht.*“.

³⁸ V., tra gli altri, J. VON STAUDINGER, *Kommentar*, cit., 148 e J. DAMRAU, *Münchener Kommentar*, cit., BGB § 1229, Rn. 6.

³⁹ IL § 138 BGB, rubricato „*Sittenwidriges Rechtsgeschäft; Wucher*“, statuisce: „(1) *Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig. (2) Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen.*“.

⁴⁰ Il § 242 BGB, rubricato „*Leistung nach Treu und Glauben*“, stabilisce infatti che: „*Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.*“.

⁴¹ Si precisa come l'espressione italiana «buon costume» si traduce con quella tedesca «*Gute Sitten*», dove il sostantivo tedesco *Sitte* potrebbe essere tradotto anche come *usanza*.

⁴² Cfr. H.J. MUSIELAK, *Examenskurs BGB*, 2. Auflage, München, 2010, Rn. 14, 11.



si lascia promettere da un'altra, od eventualmente lascia promettere ad un terzo, dei vantaggi patrimoniali da quantificare sulla prestazione reciproca (o mutua) dell'altro contraente (usurato), i quali siano però, rispetto a quest'ultima prestazione, in un rapporto di palese sproporzione. Quest'ultima, viene realizzata in quanto l'un contraente (usuraio) profitta dello stato di costrizione, dell'inesperienza, della mancanza di discernimento o della rilevante debolezza della volontà, in cui verrebbe a trovarsi quell'altro contraente (usurato) che concedesse contrattualmente i detti vantaggi patrimoniali, divenendo così vittima del primo.

La situazione di necessità dell'usurato, si è osservato ancora⁴³, è ravvisabile in qualsiasi situazione di difficoltà rilevante (*erheblich*) in cui egli venisse a trovarsi, purché sia tale da fargli sembrare come un male minore la stipulazione del negozio di usura.

La dottrina tedesca⁴⁴ ha poi precisato come l'usura debba sempre innestarsi nell'ambito di un negozio di scambio, nel quale prestazione e controprestazione siano frontistanti quindi reciproche, escludendosi perciò i negozi gratuiti⁴⁵, le fideiussioni⁴⁶ ed i negozi di diritto di famiglia⁴⁷.

Deve esservi inoltre, fra prestazione e controprestazione, un rapporto di squilibrio definito vistoso (*auffällig*), da provare in base alle circostanze speciali del singolo caso concreto, al valore oggettivo delle due prestazioni, alle condizioni attuali del mercato ed al rischio connesso al negozio stesso. Così, ad esempio, nella giurisprudenza e nella dottrina tedesche, è stato sostenuto che possa utilizzarsi, quale indizio per riconoscere una tale relazione squilibrata tra prestazioni, la dimostrazione che il valore oggettivo della prestazione superi il 100 % del valore della controprestazione⁴⁸.

È importante precisare come, al fine di applicare il secondo comma del § 138 BGB, e cioè di ritenere concretizzata la fattispecie del negozio di usura, sarà necessario che sussistano tutte le condizioni fin qui descritte: anche se ne mancasse una tra esse, si fuoriuscirebbe dal campo di applicazione della norma *de qua*⁴⁹.

In tale ultima situazione, tuttavia, quando si configurasse un negozio giuridico in cui esista comunque uno sbilanciamento tra le prestazioni sinallagmatiche, sarebbe possibile considerarlo

⁴³ Cfr. V. LARENZ/WOLF, § 41 Rn. 60.

⁴⁴ Ancora H.J. MUSIELAK, *Examenskurs BGB*, cit., 11.

⁴⁵ Cfr. BAMBERGER/ROTH/WENDTLAND, in § 138 Rn. 43 m.N.

⁴⁶ Cfr. Hk-BGB/DÖRNER, § 138 Rn. 15.

⁴⁷ V. BGH NJW 1992, 3164, 3165.

⁴⁸ V. BGB NJW 1994, 1344, 1347; 2000, 1254, 1255; 2000, 2352, 2353; und auch HEINRICH (Fn. 36), 386; LARENZ/WOLF, § 41 Rn. 58; MünchKomm/ARMBRÜSTER, § 138 Rn. 114. In Fällen eines Mietwuchers wird ein auffälliges Missverhältnis bereits bejaht, wenn das übliche Entgelt um mehr als 50 Prozent überschritten wird (vgl. BGH NJW 1997, 1845, 1846).

⁴⁹ Cfr. H.J. MUSIELAK, *Examenskurs BGB*, cit., 12.



nullo direttamente ai sensi del primo comma del § 138 BGB, in quanto al riguardo si potrà ritenere concretizzato il diverso caso del «*wucherähnlichen Geschäft*» (Negozio simile all'usura).

Al fine dell'effettivo perfezionamento di questa ultima fattispecie, sarà necessario tuttavia che ricorra un ulteriore elemento, non espressamente previsto dalla lettera del medesimo § 138 BGB, primo comma, ma enucleato in via interpretativa dalla giurisprudenza: l'«animo riprovevole» (*verwerflich*), il quale spingerebbe il contraente usurario, che riceve una controprestazione straordinaria e squilibrata, a costringere sostanzialmente l'altra parte ad accettarne l'adempimento.

La giurisprudenza tedesca ha affermato che il delineato «animo riprovevole», quindi un elemento soggettivo quanto intenzionale, possa bensì desumersi da una oggettiva relazione altamente squilibrata fra prestazione e controprestazione, anche se solo in via ipotetica⁵⁰, ma avendo riguardo al principio più concreto di esperienza per cui una controprestazione straordinaria (o squilibrata) non verrebbe mai concessa senza che vi fosse una situazione di emergenza o altre circostanze che spingano il contraente svantaggiato a concederla⁵¹, così costringendolo. L'eventuale circostanza soggettiva, per cui quest'ultimo fosse a conoscenza della relazione squilibrata tra le prestazioni corrispettive, non modificherebbe siffatta valutazione interpretativa.⁵²

Ricapitolando: la sussistenza di una relazione di sproporzione vistosa tra prestazione e controprestazione – considerata *ex se* – non è sufficiente a perfezionare né la fattispecie di cui al primo comma, né quella di cui al secondo comma, del § 138 BGB, dovendosi aggiungere a questa relazione (o turbamento grave dell'equivalenza sinallagmatica) altri elementi costitutivi⁵³.

Ora, se tali elementi saranno consistenti nelle circostanze descritte nel secondo comma, tutte presenti, allora si avrebbe un «negozio di usura» (nullo ai sensi del § 138, co. 2, BGB); se invece dovesse mancare anche una sola delle richiamate circostanze, ma sussisterebbe, accanto a quelle presenti, l'elemento ulteriore dell'animo riprovevole dell'usurario, allora si avrebbe un «negozio simile all'usura» (nullo ai sensi del § 138, co. 1, BGB)⁵⁴.

6. – Definite le principali questioni discusse in relazione alle due fasi, precedente o successiva alla scadenza del debito, si potrebbe tuttavia osservare come possa concepirsi ed enuclearsi un ulteriore spazio di tempo, sempre successivo alla scadenza del credito garantito, ma nel quale si abbia – in primo luogo – un mero ritardo nell'inadempimento, e quindi ancora la possibilità di adem-

⁵⁰ V. BGH NJW 2000, 2352, 2353; 2002, 55, 57; 2007, 2841, 2842, Tz. 16; abl. Erman/Palm, § 138 Rn. 18.

⁵¹ V. BGH NJW 2004, 2671, 2673; 2007, 2841, 2842, Tz. 18.

⁵² V. BGH NJW 2007, 2841, 2842, Tz. 18.

⁵³ Cfr. H.J. MUSIELAK, *Examenskurs BGB*, cit., 13.

⁵⁴ In questi termini, in definitiva, risulterà possibile descrivere la relazione tra i due commi di cui si compone il § 138 BGB.



piere per il debitore; come anche – in secondo luogo – il contemporaneo non esercizio, da parte del creditore, del diritto alla vendita della cosa del pegno, già prodottosi formalmente in suo favore.

In questo contesto, l'eventuale accordo di trasferimento della proprietà della cosa del pegno, potrebbe anche vedersi come avente una causa di garanzia del credito scaduto, e non ancora effettivamente solutoria del medesimo credito.

Ciò si potrebbe verificare, più esattamente, se le parti trasferissero la proprietà della cosa del pegno subordinandola all'effettivo adempimento, che si avrebbe anche ove il creditore pignorativo venisse soddisfatto tramite il ricavato dell'esercizio effettivo del diritto alla vendita della cosa *de qua*, o subordinandola all'inadempimento assoluto.

Al riguardo, potrebbe parlarsi di patto commissorio atipico, in quanto non rientrerebbe nei cosiddetti patti commissori autonomi essendo relativo all'oggetto del pegno, né nel patto commissorio tipico, in quanto non sarebbe evidentemente coincidente con quello descritto al § 1229 BGB.

Oltre ad avere una propria causa di garanzia, un patto commissorio siffatto potrebbe incidere, determinandone l'alterazione, sulla causa di garanzia del pegno, la quale – a sua volta – non sarebbe venuta meno per il solo fatto che il credito sia scaduto, laddove potrebbe invece dirsi che verrebbe meno – in via effettiva e definitiva – allorché il creditore (dopo la detta scadenza) decida di avvalersi di questa garanzia esercitando il suo diritto alla vendita in modo concreto, senza così lasciare quest'ultimo alla stregua un diritto meramente virtuale.

Al contrario, nel caso in cui le parti trasferissero la proprietà dell'oggetto del pegno senza subordinarla alle condizioni sopra descritte, allora in questo accordo si avrebbe solo una causa solutoria del credito rimasto insoluto dopo la sua scadenza, sì da qualificare l'accordo stesso come prestazione in luogo dell'adempimento.

Ora, potrebbe sembrare strano discorrere della garanzia di un credito inadempito, concessa o richiesta cioè nella fase patologica di un rapporto obbligatorio, perché si garantisce solitamente l'adempimento di un credito. Nondimeno, nel caso in cui l'inadempimento non sia assoluto, allora potrebbe concepirsi la garanzia di un ritardo nell'adempimento.

Probabilmente, vi sarebbe ragione per sostenere anche, più radicalmente, come un ritardo nell'adempimento non costituisca tecnicamente neanche un inadempimento, perché i termini per l'adempimento servono solo per stabilire l'esigibilità del credito, quindi solitamente l'inadempimento relativo, tranne in caso di temine essenziale.

Da qui, la non coincidenza tra esigibilità, quindi scadenza del credito, ed il suo inadempimento reale o assoluto. In altri termini, l'inadempimento o è assoluto o non è inadempimento effettivo, in quanto se non c'è l'inadempimento effettivo, è sempre possibile l'adempimento e conseguentemente la sua garanzia.

La riflessione critica fin qui condotta, avrebbe poi dei riflessi pratici sul diritto positivo, perché consente di criticare l'impostazione adottata dalla dottrina tedesca che, come analizzato ed esposto nei paragrafi precedenti, ritiene non annullabile – nel periodo successivo alla scadenza



del credito garantito da un pegno – un accordo che trasferisce la proprietà di quello stesso bene mobile, oggetto del pegno scaduto. Non sarebbe, infatti, applicabile a tale patto il § 1229 BGB per analogia, appunto perché dopo la scadenza non è più concepibile la scadenza di un credito, quindi *a fortiori* la garanzia di un credito scaduto, di talché mancherebbe la causa di garanzia nell'ambito del medesimo patto.

La dottrina, come anche si è già esposto, ha quindi qualificato questo patto quale prestazione in luogo dell'adempimento, perché avente una causa solutoria; così che, nel caso di alterazione di essa e di trasformazione in una causa di arricchimento in favore del creditore, si può annullare il patto applicando il §138 BGB, previsto in materia di usura.

In senso contrario, si ritiene che, in conseguenza dell'osservazione critica qui delineata, sarebbe concepibile una causa di garanzia anche dopo la scadenza del credito garantito da pegno, e quindi sarebbe possibile applicare per analogia il § 1229 BGB al patto commissorio atipico, senza necessità di ricorrere alle descritte qualificazioni dottrinarie.

7. – La nullità descritta al § 1129 BGB risulta anzitutto riconducibile, ad avviso della dottrina⁵⁵, in quella preveduta dal § 134 BGB, statuente la nullità di un negozio giuridico quando questo viola la legge e se dalla legge non risulti diversamente⁵⁶, divenendo così comparabile, avuto riguardo al diritto italiano, ad una nullità testuale di cui all'art. 1418, comma terzo, c.c.⁵⁷..

Una questione molto discussa in Germania, si è posta tuttavia al fine di stabilire se la nullità del patto commissorio tipico si possa estendere o meno all'intera «*Pfandbestellung*» (Costituzione del pegno), od all'intero «*Pfandvertrag*» (Contratto di pegno)⁵⁸, avuto riguardo al § 139 BGB⁵⁹, rubricato «*Teilnichtigkeit*» (Nullità parziale). Quest'ultima norma, genericamente dispone la nullità dell'intero negozio giuridico, per effetto della nullità di una sua parte, ma solamente nel caso in cui possa ritenersi che l'intero negozio non sarebbe stato posto in essere senza la parte nulla.

Ora, con riferimento al periodo di tempo anteriore rispetto alla scadenza dell'obbligazione garantita dal contratto di pegno ed al suo inadempimento, laddove fosse stipulato un patto commissorio tipico, potrebbe aversi la cosiddetta «doppia nullità» (*Doppelnichtigkeit*) del medesimo patto: l'una comminabile in base al § 1129 BGB, mentre l'altra in base al § 138 BGB.

⁵⁵ Così J. VON STAUDINGER, *Kommentar*, cit., 148.

⁵⁶ Il § 134 BGB; rubricato „*Gesetzliches Verbot*“, stabilisce infatti che: „*Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt*“.

⁵⁷ L'art. 1418, co. 3, cod. civ., infatti statuisce come il contratto possa essere altresì nullo in altri casi espressamente previsti dalla legge. Cfr: artt. 162, 458, 771, 778-781, 785, 786, 788, 794, 1338, 1341, 1349, 1350 c.c.. Ancora cfr.: artt. 1354, 1355, 1471, n.2, 1472, 1894, 1895, 1904, 1963, 1972 c.c.

⁵⁸ Si precisa come, al riguardo, la dottrina tedesca utilizzi in via equivalente le due espressioni «*Pfandbestellung*» e «*Pfandvertrag*».

⁵⁹ Il § 139 BGB stabilisce che: „*Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde*“.



È ben possibile, in altri termini, che si abbia il caso di un accordo commissorio, quindi in contrasto con il § 1129 BGB, che sarebbe contemporaneamente anche usurario (o comunque sproporzionato in ordine alle prestazioni sinallagmatiche)⁶⁰, e così contrastante anche con il richiamato § 138 BGB.

Ad avviso della dottrina tedesca⁶¹, la soluzione della questione in esame è, di conseguenza, possibile ottenerla nel modo seguente.

Si potrebbe affermare, verosimilmente, che l'intero contratto di pegno non sarebbe stato posto in essere dal debitore datore del pegno medesimo, senza una relativa clausola commissoria nulla, solamente nel caso in cui quest'ultima risultasse, a sua volta, stipulata a scopo chiaramente di usura (od in modo comunque contrastante al buon costume, così da aversi un negozio simile all'usura): sarebbe stata troppo sconveniente per il debitore datore di pegno, in quanto gli avrebbe recato un danno troppo evidente quanto sproporzionato. Sarebbe, cioè, stato troppo evidente lo squilibrio tra il valore del bene oggetto di pegno, trasferito in proprietà al creditore pignoratizio con un patto commissorio certamente usurario, rispetto al valore del credito garantito.

Pertanto, si avrebbe un patto commissorio nullo ai sensi del § 138 BGB, ancorché lo sarebbe già e simultaneamente *ex* § 1129 BGB, e si determinerebbe, per conseguenza, la nullità dell'intera costituzione di pegno ai sensi del citato criterio di cui al § 139 BGB⁶².

Nel caso opposto, invece, in cui il patto commissorio fosse stato nullo solo *ex* § 1129 BGB, non si sarebbe potuta avere la nullità dell'intera costituzione del pegno ai sensi del § 139 BGB, in quanto sarebbe stato ragionevole ritenere e presumere che la *Pfandbestellung* sarebbe stata comunque stipulata dal debitore datore del pegno, anche senza la parte commissoria nulla.

8. – In dottrina come in giurisprudenza, si è posto l'importante problema relativo alla possibilità di estendere in via analogica il campo di applicabilità della disposizione *ex* § 1229 BGB anche oltre la fattispecie testuale ivi prevista, al fine di comprendere i limiti della sua *vis expansiva*.

In tale prospettiva, si è fatto già riferimento, al caso di un'applicazione analogica con riguardo ad un patto commissorio atipico, stipulato dopo la scadenza del credito garantito da un pegno, ed avente ad oggetto lo stesso bene oggetto di questo pegno.

Trattasi ora, invece, di stabilire la validità giuridica di taluni schemi negoziali, tipici o socialmente tipici, mediante i quali nella pratica viene aggirato il divieto stabilito dal § 1229 BGB,

⁶⁰ Al contrario, nel tempo successivo alla scadenza *de qua*, posto che non potrebbe più configurarsi il patto commissorio tipico e che, quindi, risulterebbe inapplicabile il § 1229 BGB, potrebbe aversi la sola nullità comminabile ai sensi del § 138 BGB.

⁶¹ Ancora J. VON STAUDINGER, *Kommentar*, cit., 148.

⁶² La dottrina, inoltre, ha sostenuto che, per un caso dubbio, non debba presumersi la nullità dell'intera *Pfandbestellung*, ma solo la nullità parziale dell'accordo commissorio usurario, posto che si ritiene preferibile pur sempre limitare le conseguenze della nullità al minimo necessario. Al riguardo, cfr. J. VON STAUDINGER, *Kommentar*, cit., 148.



perché dissimulanti un patto avente una causa concreta analoga alla causa tipica di un patto commissorio.

In Germania è risultata molto controversa⁶³ la questione relativa alla possibilità di ricorrere al descritto procedimento analogico con riguardo al caso della «*Sicherungsübereignung*» (Cessione in proprietà della garanzia), cioè a quella forma negoziale che la dottrina italiana notoriamente qualifica quale patto commissorio autonomo. Questo consiste in un accordo che prevede il trasferimento della proprietà di un bene del debitore al creditore in garanzia dell'adempimento del credito, ma avente ad oggetto beni non costituenti anche l'oggetto di un pegno, già precedentemente costituito o costituito contestualmente, quale garanzia dell'adempimento del medesimo credito. Cosicché, risulta assente il nesso di accessorietà tra tale alienazione (o garanzia reale atipica) e la garanzia reale tipica del pegno.

Al riguardo, si è sostenuto⁶⁴ anzitutto in termini generali, come il caso relativo ad una possibile nullità della *Sicherungsübereignung*, avuto riguardo al § 1229 BGB, in realtà si inserisca nell'ambito di una problematica più ampia: quella di stabilire se e fino a che punto – od in quale misura – le prescrizioni normative relative al «*Pfandrecht*» (Diritto di pegno) possano trovare applicazione laddove si verificano casi di trasferimento in garanzia della proprietà di un bene mobile non costituente oggetto di pegno. Trattasi di considerare, in sintesi, la fondamentale quanto più complessiva relazione intercorrente tra il *Pfandrecht* e la *Sicherungsübereignung*.

L'opinione tradizionale, nella letteratura giuridica e nella giurisprudenza tedesche, rifiutava questa possibilità, mentre invece oggi sta avanzando sempre di più l'idea contraria che la ritiene possibile.

In passato, infatti, il *Bundesgerichtshof* aveva considerato che il fondamento della nullità del patto commissorio di cui al § 1229 BGB, fosse ravvisabile unicamente nella finalità di evitare con essa la trasformazione del pegno in un «*Verfallpfand*» (Pegno di decadenza), cioè in un pegno che verrebbe meno (o che scadrebbe) nello stesso momento della scadenza del credito garantito dal pegno medesimo e verificatosi il suo inadempimento.

Il diritto di vendere il bene per soddisfarsi sul ricavato nei limiti dell'ammontare del credito garantito, ossia la situazione giuridica che dovrebbe sorgere in capo al creditore pignoratizio quale effetto della costituzione di pegno, verrebbe a sommarsi – restandone però assorbita in essa – all'acquisizione automatica della proprietà, od al diritto di acquisire la proprietà della cosa del pegno, che si produrrebbe in capo al medesimo creditore pignoratizio quale effetto però del patto commissorio tipico. Dunque, acquisendone la proprietà, il creditore pignoratizio non avrebbe più bisogno di venderla per soddisfarsi sul ricavato⁶⁵.

⁶³ V. J. VON STAUDINGER, *Kommentar*, cit., 149.

⁶⁴ Ancora J. VON STAUDINGER, *Kommentar*, cit., 149.

⁶⁵ In tal senso si avrebbe una «decadenza del pegno», secondo questa riflessione giurisprudenziale.



Da parte del BGH, quindi, veniva proposta la soluzione secondo cui non si riteneva applicabile il divieto del patto commissorio alla *Sicherungsübereignung*, constatando come, in questa ultima fattispecie, mancasse la *ratio* del divieto in esame, attesa l'impossibilità che essa implicasse la «decadenza del pegno» (*Verfallpfand*); posto che, nella *Sicherungsübereignung*, si trasferirebbe in garanzia la proprietà di una cosa non costituente anche oggetto di pegno⁶⁶. Più sinteticamente: mancando il pegno, o comunque un legame tra la cessione in proprietà della garanzia con il pegno, neanche potrebbe prospettarsi il problema di una sua decadenza. In tal modo, il campo di applicazione del § 1229 BGB veniva limitato al solo ambito del *Pfandrecht*.

Secondo una impostazione contraria si è espressa invece la dottrina tedesca⁶⁷, per cui il fondamento della nullità del patto commissorio tipico, consiste più esattamente nell'evitare che un patto siffatto possa incidere sulla causa di garanzia svolta dalla costituzione del pegno, alterandola, ed oltretutto nell'evitare che la causa di garanzia, che avrebbe anche il patto commissorio stesso, si traduca in una causa di indebito arricchimento del creditore pignoratorio, ai danni del debitore.

Consequentemente si è sostenuto che il divieto *ex* § 1229 BGB potrebbe applicarsi in via analogica al caso della *Sicherungsübereignung*, posto che in essa si rinviene la medesima ragione giustificativa della nullità ivi stabilita, nella misura in cui si osservi come potrebbe trasferirsi in garanzia un bene il cui valore superi quello del credito garantito.

Più in generale, la stessa dottrina⁶⁸ ha affermato che tale applicazione analogica della nullità *ex* § 1229 BGB, potrebbe realizzarsi con riguardo ad ogni altro caso di specie comparabile, sotto il profilo causale, al patto commissorio tipico.

Nonostante, dunque, il legislatore abbia previsto esplicitamente il divieto della *lex commissoria* solo con riguardo al caso del pegno mobiliare (nonché a quello del negozio ipotecario⁶⁹, invero, ma che non si è anche esaminato in questo lavoro), il § 1229 BGB contiene un principio giuridico di carattere generale, che oltrepasserebbe l'ambito ristretto del *Pfandrecht* per trovare applicazione alle varie forme di garanzie reali atipiche.

Di seguito saranno riportati solo alcuni casi esaminati ed apparsi comunque interessanti nella direzione di enucleare, al riguardo, canoni ermeneutici di carattere generale.

⁶⁶ V. PLANCK/STRECKER in *Münchener Kommentar*, cit., Rn. 11.

⁶⁷ Così H.F. GAUL in J. VON STAUDINGER, *Kommentar*, cit., 149.

⁶⁸ Ancora H.F. GAUL in J. VON STAUDINGER, *Kommentar*, cit., 149.

⁶⁹ In ordine al patto commissorio relativo all'ipoteca, infatti, vige in Germania, il § 1149 BGB rubricato „*Unzulässige Befriedigungsabreden*„, che prevede: „*Der Eigentümer kann, solange nicht die Forderung ihm gegenüber fällig geworden ist, dem Gläubiger nicht das Recht einräumen, zum Zwecke der Befriedigung die Übertragung des Eigentums an dem Grundstück zu verlangen oder die Veräußerung des Grundstücks auf andere Weise als im Wege der Zwangsvollstreckung zu bewirken*“.



9. – Nella dottrina tedesca, in materia, è stato ad esempio esaminato il caso del «*Flaschenpfand*» (Pegno di bottiglie), che si configura concretamente quando un soggetto abbia acquistato, verso un prezzo, una certa quantità di bottiglie (ad esempio di birra) da un fornitore, ma assumendosi l'obbligo di restituirle vuote (ossia realizzando ciò che in Italia si chiamerebbe «vuoto a rendere») e trasferendo in proprietà allo stesso fornitore una somma di denaro, cosiddetta «deposito», con l'ulteriore previsione che questi sia obbligato, a sua volta, alla restituzione del *tantumdem eiusdem generis et qualitatis* in favore del compratore, nel caso si verificasse la resa delle bottiglie vuote.

Al contrario, nel caso si avesse l'inadempimento di questo credito non pecuniario, perché il compratore delle bottiglie non dovesse restituirle vuote alla scadenza, questi non potrebbe più riscattare la proprietà delle somme di denaro date in garanzia al fornitore, pur se ne aveva il diritto.

La prevalente dottrina tedesca⁷⁰ ha infatti sostenuto la configurabilità, al riguardo, di una «*Befristete Rückkaufverpflichtung*» (Obbligazione di riscatto a termine).

Nella specie, si verifica quindi un prestito di bottiglie vuote, ancorché se ne sia venduto il contenuto, quindi il sorgere di un credito non pecuniario. Di conseguenza, il deposito di somme di denaro, trasferito in proprietà dal debitore al creditore, sarà da intendersi quale oggetto di una vera e propria garanzia reale atipica rispetto all'obbligo di restituzione delle bottiglie vuote in favore del fornitore/creditore. Si rinviene, dunque – nel complesso della fattispecie – una causa di garanzia, oltre ovviamente alla causa di scambio unitamente a quella di credito.

Ora, si ritiene criticamente che, fino a quando non sia scaduto il credito in esame e se non si sia verificato il suo inadempimento, sussista un problema di potenziale snaturamento (o alterazione) della garanzia prestata, atteso che il valore del denaro trasferito in proprietà, potrebbe essere maggiore rispetto al valore delle bottiglie vuote, così che il fornitore potrebbe realizzare un lucro ingiusto.

In tal modo, si avrebbe il trasferimento della proprietà di un bene, quale garanzia reale di un credito, come lo si avrebbe nel caso del patto commissorio tipico, ma il bene trasferito in proprietà, a differenza del patto *de quo*, non sarebbe nel contempo oggetto della costituzione di un pegno. Quindi, il creditore garantito in via reale, non avrebbe, nel caso di scadenza del credito e del relativo inadempimento, semplicemente il diritto di vendere il bene per soddisfarsi sul ricavato, come nel caso di un pegno regolare, avendone già acquisito la proprietà, come nel caso di un patto commissorio tipico⁷¹.

Queste considerazioni – si è osservato⁷² – renderebbero possibile applicare in via analogica anche al caso del *Flaschenpfand* il divieto di cui al § 1229 BGB, in quanto esso consisterebbe in uno schema negoziale attraverso cui i privati andrebbero ad eludere il divieto ivi stabilito. In

⁷⁰ V. J. DAMRAU in *Münchener Kommentar*, cit., Rn. 7.

⁷¹ Cfr. BGH LM § 339 Nr. 10 = MDR 1964, 45; OLG Celle BB 1967, 778.

⁷² Vgl. L. RAAPE (Fn. 8) S. 66 ff.; OERTMANN LZ 1918, 483; RGRK/KREGEL RdNr. 2; einschränkend Staudinger/WIEGAND § 1204 RdNr. 59.



conseguenza della nullità, il proprietario del denaro, ossia il fornitore/creditore, dovrebbe poi pagare al debitore, compratore di bottiglie, l'eventuale differenza tra la somma anticipatagli quale garanzia (deposito) e l'ammontare del danno da lui subito per la perdita delle bottiglie, quindi compensare il suo credito *pro concurrenti quantitate* con il credito del debitore alla restituzione del *tantundem*⁷³.

Un altro caso esaminato dalla dottrina tedesca⁷⁴ ha riguardato una locazione in cui si è garantito il pagamento delle rate del canone, da parte dell'inquilino, attraverso il trasferimento in proprietà di un «*Inventars des Pächters*» (Inventario del locatario) in capo al locatore, prevedendo inoltre che, al termine del contratto, il locatore potrebbe diventare il proprietario dell'inventario⁷⁵, se il locatario decidesse di non riscattarlo, così determinando in via speculare l'inadempimento dell'obbligo di pagare le rate.

Si verifica qui un credito pecuniario rateizzato in capo al locatario, garantito dall'alienazione dell'inventario in favore del creditore (locatore), cosicché il divieto stabilito dal § 1229 BGB sarebbe applicabile analogicamente anche al caso di specie.

La soluzione appare condivisibile, in quanto esattamente in linea con la logica da seguirsi in materia, osservando come, anche in tale caso, ravvisandosi una causa di garanzia accanto a quella di locazione, sussista il problema di una possibile alterazione della medesima causa di garanzia svolta dall'inventario del locatario, così che si realizzerebbe un indebito arricchimento per il creditore, ove il valore dell'*Inventars des Pächters* potrebbe essere superiore all'ammontare complessivo del credito garantito.

In conclusione, sotto il profilo del diritto comparato italo/tedesco, il problema giuridico centrale e comune che in siffatte ipotesi in definitiva emerge, si rinviene nel fatto che l'autonomia privata adotta uno schema negoziale astrattamente lecito, quanto agli aspetti causali/finalistici, ma per realizzare risultati concreti illeciti, sotto gli aspetti prima indicati. Donde, la probabile, ma quasi continua, discrasia tra la causa astratta e la causa concreta, quindi tra la forma giuridica statuente un tipo contrattuale ed il contratto effettivamente stipulato.

⁷³ Parte della dottrina tedesca (cfr. BGH LM § 339 Nr. 10 = MDR 1964, 45; OLG Celle BB 1967, 778.) ha, nondimeno, sostenuto l'inapplicabilità del § 1229 BGB al caso del *Flaschenpfand*, perché non esisterebbe il pericolo di una eventuale perdita della cosa trasferita in proprietà, specificando inoltre che un accordo commissorio sarebbe valido anche quando il valore del denaro dato come pegno superi il valore della cosa prestata, ossia delle bottiglie.

⁷⁴ J. DAMRAU in *Münchener Kommentar*, cit., Rn. 8.

⁷⁵ RG SeuffA 65 (1910), Nr. 244; OLG Hamburg HansGZ 1911, Beibl. 10.