



CARLO BERTI

Professore associato di diritto privato – Università di Bologna

CESSIONE DEL CREDITO E MANDATO ALL'INCASSO: PROBLEMI DI QUALIFICAZIONE DELLA FATTISPECIE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La cessione del credito in generale. – 3. La cessione del credito con funzione di garanzia. – 4. Il mandato irrevocabile all'incasso anche nell'interesse del mandatario (in rem propriam). – 5. Le sorti del mandato irrevocabile all'incasso in caso di fallimento del mandante.

1. – Il nostro ordinamento contempla diversi istituti che consentono di realizzare la modificazione del rapporto obbligatorio, di modo tale che agli originari soggetti se ne sostituiscano o se ne aggiungano degli altri. Tale modificazione può derivare sia da una vicenda circolatoria *inter vivos*, sia da una successione *mortis causa* e può trovare attuazione tanto nell'ambito di una successione a titolo universale (come nel caso dell'eredità; della fusione tra società), tanto per effetto di una successione a titolo particolare.

Nell'ambito delle modificazioni nel lato attivo del rapporto obbligatorio, la cessione del credito si caratterizza per la sua estrema duttilità e capacità di offrire soddisfazione alle esigenze della moderna economia di speditezza dei traffici commerciali e di circolazione della ricchezza. Nel nostro ordinamento, il credito è soggetto ad un regime generale di libera circolazione e tale esigenza può essere soddisfatta non solo attraverso la cessione del credito, ma anche facendo ricorso ad altri istituti. Si pensi al contratto mediante il quale un soggetto conferisce ad un altro il compito di riscuotere un proprio credito vantato nei confronti di un terzo. Ci si trova a tutti gli effetti a cospetto di un contratto di mandato che, nel caso in cui l'incarico sia teso a soddisfare anche un interesse del mandatario alla esazione, allora dovrà essere ricondotto nell'alveo del contratto di mandato *in rem propriam*¹. Quando, poi, si volge lo sguardo al profilo applicativo del contratto di mandato *in rem propriam* allora ci si accorgerà che campo d'elezione dell'impiego dell'istituto è il settore bancario, nell'ambito del quale il contratto si declina nelle forme del mandato irrevocabile all'incasso che, a cagione delle caratteristiche sue proprie, si intreccia con il – invero diverso – istituto della cessione del credito.

Accade spesso che nella prassi i due diversi istituti si sovrappongono e conoscono fenomeni

¹ Si veda, in tal senso, Cassazione civile, sez. III, 03/08/2017, n. 19344 in *Giust. Civ. Mass. 2017* secondo la quale il conferimento di un mandato con rappresentanza a riscuotere un credito vantato dal mandante nei confronti di un terzo con facoltà per il mandatario di soddisfarsi sul ricavato è teso a soddisfare non solo l'interesse del mandante ma anche quello del mandatario al soddisfacimento del proprio credito verso il mandante.

JUS CIVILE



di contaminazione con altre figure affini che rendono difficile l'inquadramento sistematico e la sussunzione della fattispecie concreta entro uno specifico paradigma normativo. La possibilità di tracciare una linea di demarcazione diventa tanto più difficile quando le funzioni solutorie e di garanzia si intrecciano tra loro. Il che ha importanti ricadute pratiche soprattutto nell'ambito dei rapporti commerciali, atteso che, come meglio si vedrà, gli effetti giuridici della cessione del credito non sono in alcun modo sovrapponibili a quelli che si ricollegano al mandato all'incasso. Nel primo caso si assiste al trasferimento della titolarità del credito; nel secondo, invece, si conferisce un mero mandato a riscuotere al quale è collegato l'obbligo di ritrasferire il credito al mandante, in applicazione delle regole generali dell'agire per conto altrui.

Seppure entrambi siano utilizzabili per conseguire le medesime finalità, a scopo di adempimento e di garanzia, ciò non toglie che restino tra loro del tutto distinti e finanche incompatibili.

Si consideri, poi, che l'individuazione della linea di demarcazione tra cessione del credito e mandato all'incasso diviene quanto mai centrale nell'ipotesi in cui una delle parti del rapporto contrattuale sia assoggettata ad una procedura concorsuale: in tale evenienza l'inquadramento non è mero problema teorico, atteso che la esatta identificazione della figura negoziale porta con sé diverse conseguenze non solo al fine di stabilire se il pagamento eseguito dal debitore ceduto abbia efficacia solutoria ma anche per delimitare l'area delle operazioni opponibili alla massa e che sopravvivono al fallimento dell'imprenditore commerciale.

2. — La successione² nel credito a titolo particolare determina una modifica dal lato attivo del rapporto obbligatorio. Tale effetto si produce attraverso la conclusione di un contratto, disciplinato dagli artt. 1260 e ss. c.c., che si perfeziona in forza di un accordo tra cedente e cessionario³, rispetto al quale il debitore ceduto è terzo e non partecipa alla convenzione.

² Si vedano, tra gli altri, BIANCA, *Diritto civile*, IV, Milano, 1993; BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile*, III, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1989; BOSETTI, *La cessione dei crediti*, in BOSETTI (a cura di), *Le modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio*, in *Nuova giur. dir. civ. comm.*, Torino, 2010; BRECCIA, *Le obbligazioni*, in Tratt. Iudica, Zatti, Milano, 1991; CAPPUCCIO, *La cessione dei crediti*, in FAVA (a cura di), *Le obbligazioni*, II, Milano, 2008; CARINGELLA, *Manuale di diritto civile*, III, *Le obbligazioni in generale*, Roma, 2011; DOLMETTA, *Cessione dei crediti*, in *Digesto civ.*, II, Torino, 1988; FINAZZI, *La cessione del credito*, in ALESSI, MANNINO (a cura di), *La circolazione del credito*, I, in Tratt. Garofalo, Talamanca, Padova, 2008; GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, 2a ed., Padova, 2010; MANCINI, *La cessione dei crediti*, in Tratt. Rescigno, 9, I, 2a ed., Torino, 1999; MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ.*, IV, 1, Torino, 1982; NOBILI, *Le obbligazioni*, Milano, 2008; PANUCCIO, *Cessione dei crediti*, in ED, VI, Milano, 1960; ID, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Milano, 1955; PERLINGIERI, *Le cessioni dei crediti ordinari e "d'impresa"*, Napoli, 1993; ID, *Della cessione dei crediti*, in *Comm. Scialoja, Branca*, sub artt. 1260-1267, Bologna-Roma, 1982; PITTALIS, *La cessione del credito*, in FRANZONI (a cura di), *Le obbligazioni*, I, 1, Torino, 2004; VECCHI, *Le modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio*, in LIPARI, RESCIGNO (diretto da), *Diritto civile*, III, 1, Milano, 2009.

³ Si esprime in questi termini Cassazione civile, sez. III, 13/07/2011, n. 15364 in *Giust. civ. Mass.* 2011, 9, 1200, secondo la quale il contratto *de quo* ha natura consensuale, con la conseguenza che il suo perfezionamento è l'effetto del solo scambio di consenso tra cedente e cessionario. La tesi assolutamente prevalente in giurisprudenza ed in dottrina è quella che vede nella cessione un contratto che si perfeziona, in applicazione del principio consensualistico di cui all'art. 1376 c.c., con l'incontro di volontà tra cedente e cessionario. TORRENTE – SCHLESINGER, *Manuale di Diritto Privato*,

JUS CIVILE



Si tratta, dunque, di un contratto consensuale che non dà luogo a novazione e nell'ambito del quale la accettazione o la notifica della cessione al debitore ceduto (art. 1264 c.c.), del quale del resto non occorre il consenso (art. 1260 co. 1 c.c.), non assume rilevanza rispetto alla fase costitutiva della fattispecie, ma risponde all'esigenza di rendere opponibile la cessione al debitore ceduto: tali adempimenti, in altri termini, sono necessari al solo fine di escludere l'efficacia liberatoria del pagamento eventualmente effettuato in buona fede dal debitore ceduto al cedente anziché al cessionario, nonché, in caso di cessioni diacroniche del medesimo credito, per risolvere il conflitto tra più cessionari, trovando applicazione in tal caso il principio della priorità temporale riconosciuta al primo notificante.

La divisata figura negoziale, che non è altro se non atto di esercizio della disponibilità del credito⁴, è ispirata al principio della libera cedibilità⁵ dei crediti. Essa può avvenire tanto a titolo oneroso, quanto a titolo gratuito. Al regime di libera circolazione, fanno eccezione i crediti che hanno carattere strettamente personale (art. 1260 co. 1 c.c.)⁶, quelli dei quali le parti abbiano espressamente escluso la cessione (art. 1261 co. 2 c.c.) o ancora quei crediti il cui trasferimento sia espressamente vietato dalla legge (art. 1261 c.c.)⁷: in tale ultima ipotesi, si tratta di incedibilità relativa; ciò significa che la legge pone il divieto di acquisto solo in capo a determinati soggetti. Il divieto di cessione è previsto espressamente per gli operatori giudiziari (art. 1262 c.c.), a pena di nullità; ma ulteriori ipotesi di non cedibilità si argomentano anche dalle norme sul divieto di vendita agli amministratori pubblici o privati (art. 1471 c.c.). In tutte le ipotesi sopra individuate la cessione è, dunque, esclusa.

L'oggetto della cessione è un credito, ivi inclusi i crediti futuri, nel qual caso il trasferimento produrrà i suoi effetti nel momento dell'esistenza del credito. In ipotesi di cessione del credito futuro, il contratto spiega, dunque, mera efficacia obbligatoria⁸, producendosi l'effetto tipico

2015, Milano, 408 e ss.; CESARE, *Cessione del credito a scopo di garanzia in I Singoli Contratti, Applicazioni pratiche, clausole specifiche giurisprudenza di riferimento*, Tomo II, a cura di Cassano, Padova, 2010, 1491 e ss.

⁴ DOLMETTA, *Cessione dei crediti*, cit., p. 287.

⁵ Secondo Tribunale Roma sez. XIII, 07 gennaio 2016 n. 227, in *DeG – Dir. e giust.* 2016, 15, 50 il credito a titolo di risarcimento danno derivante da sinistro stradale è liberamente cedibile. In senso conforme Cassazione civile, sez. III, 03/10/2013, n. 22601 in *DeG – Dir. e giust.*, 2013, 48, 72. Cassazione civile, sez. III, 03/10/2013, n. 22601 in *Resp. Civ. e Prev.* 2014, 2, 539 ha, invece, affermato espressamente la libera cedibilità del credito da risarcimento del danno non patrimoniale. Sulla natura personale del credito per risarcimento dei danni cagionati ad un immobile, che non si trasmette automaticamente con la vendita del bene, in quanto non costituisce un accessorio del diritto di proprietà sull'immobile stesso si veda Cassazione civile, sez. VI, 12/11/2014, n. 24146 in *DeG – Dir. e giust.* 2014, 13 novembre. Secondo la Suprema Corte, tale credito risarcitorio compete esclusivamente a chi, essendo proprietario del bene all'epoca dell'evento dannoso, ha subito la relativa diminuzione patrimoniale: il credito potrà, dunque, essere trasferito solo mediante apposito atto di cessione ex art. 1260 c.c.

⁶ Sulla natura non strettamente personale del credito a titolo di trattamento di fine rapporto si veda Cassazione civile, sez. lav., 01/04/2003, n. 4930 in *Orient. giur. lav.* 2003, I, 343.

⁷ L'art. 447 c.c. esclude espressamente la cessione rispetto al credito alimentare. La giurisprudenza, in ossequio al sopra riferito principio di libera cedibilità dei crediti, ha sottolineato che l'art. 447 c.c. deve ritenersi norma di "*ius singulare*" e, come tale, inapplicabile alle obbligazioni alimentari sorte non "*ex lege*" ma in via convenzionale. In tal senso Cassazione civile, sez. II, 22/10/1997, n. 10362 in *Giust. civ. Mass.* 1997, 1979.

⁸ Cassazione civile, sez. III, 17/01/2012, n. 551 in *Giust. civ. Mass.* 2012, 1, 35 secondo la quale nel caso di ces-

JUS CIVILE



consistente nel trasferimento della titolarità solo in un successivo momento ed a condizione che il credito venga ad esistenza.

Inoltre, la cessione, che, come abbiamo visto, non ha effetto novativo, consente la permanenza degli accessori, dei privilegi e delle garanzie personali e reali (art. 1263 c.c.); d'altra parte, il debitore ceduto potrà opporre al cessionario tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre al cedente.

Di regola, il cedente è tenuto a garantire solo l'esistenza del credito al tempo della cessione (*nomen verum*), se questa è fatta a titolo oneroso (art. 1266 c.c.). In caso di cessione a titolo gratuito, invece, vi è tenuto nei limiti e nei casi in cui è prevista a carico del donante la garanzia per evizione (art. 1266 co. 2 c.c.). Il cedente, insomma, non risponde della solvenza del debitore ceduto, ma le parti possono convenire la garanzia contro il rischio di insolvenza del debitore. In tal caso, si parla di cessione *pro solvendo*.

Uno degli aspetti maggiormente controversi dell'istituto afferisce alla identificazione della sua causa: in altri termini, ci si chiede se il contratto abbia una causa tipica ovvero se il profilo causale debba essere apprezzato ed individuato in concreto⁹. Taluni Autori rinviengono nella cessione del credito un negozio causale, nel quale coesiste una causa generica, da identificare nella finalità di trasferire la titolarità del credito, ed una causa specifica, che è quella di volta in volta perseguita in relazione alla singola operazione negoziale¹⁰. Da un diverso punto di vista, si è sostenuto che il contratto di cessione può assumere questa o quella figura, a seconda del suo scopo, che potrà essere di vendita, in caso di cessione del credito dietro corrispettivo, di donazione, nel caso in cui la alienazione avvenga a titolo gratuito¹¹. Ulteriore prospettiva è quella che distingue tra causa ed oggetto della cessione: applicando tale punto di vista, il trasferimento del credito non costituisce la causa della cessione, ma il suo oggetto, laddove, invece, la causa della cessione – intesa come l'intento pratico che il negozio è diretto a realizzare – dovrebbe essere ravvisata nel titolo del trasferimento (vendita, donazione o anche garanzia, la quale rientra tra gli interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico ex art. 1322 c.c.)¹².

La descrizione del profilo causale della cessione pare, in verità, afferire per lo più alla di-

sione di un credito futuro, il trasferimento si verifica soltanto nel momento in cui il credito viene ad esistenza e, anteriormente, il contratto, pur essendo perfetto, esplica efficacia meramente obbligatoria.

⁹ Ritiene irrilevante la causa della cessione Cassazione civile, sez. II, 12/05/2016, n. 9768, in *Guida al dir.* 2016, 47, 71, precisando come nella disciplina della cessione la legge prescinde dallo scopo in vista del quale il negozio viene concluso, soffermandosi esclusivamente sugli effetti della cessione, tant'è che il cessionario che agisca nei confronti del debitore ceduto non è tenuto a dimostrare la causa della cessione, ma solo la sua esistenza. In senso conforme Cassazione civile, sez. III, 31/07/2012, n. 13691 in *Giust. civ. Mass.* 2012, 7-8, 1004. Secondo Cassazione civile, sez. III, 03/04/2009, n. 8145 in *Giust. civ. Mass.* 2009, 4, 582 il contratto di cessione del credito è un negozio a causa variabile, al quale si applica il principio della cosiddetta "presunzione di causa" che può anche non essere indicata nello stesso negozio.

¹⁰ CESARE, *Cessione del credito a scopo di garanzia*, cit. in *I singoli contratti*, Padova, 2010, 1491 e ss.

¹¹ BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Dott. Cesare Zuffi Editore, 1956, Bologna, 418 e ss.

¹² Cassazione civile, sez. I, 10/01/2001, n. 280 in *Riv. notariato* 2001, 1209 secondo cui il trasferimento non costituisce la causa, ma l'oggetto della cessione, laddove la causa va identificata nel titolo del trasferimento.



mensione della sua causa in concreto: in altri termini, il contratto di cessione pare essere più che un contratto tipico, una figura negoziale tipica, preordinata alla realizzazione di diverse funzioni (o scopi), che spaziano da quella solutoria, a quella di garanzia, donativa, di vendita.

In tale prospettiva, si può affermare che non esiste una giustificazione causale costante della cessione del credito¹³: il trasferimento si attua utilizzando gli schemi di circolazione dei diritti che le parti prescelgono per la realizzazione dei loro interessi, con la conseguenza che il trasferimento potrà avvenire verso corrispettivo, a titolo gratuito per spirito di liberalità o, ancora, per estinguere un rapporto obbligatorio. In tal caso, come sopra anticipato, si parla di cessione a scopo solutorio ed il cedente ottiene la propria liberazione solo una volta che il cessionario abbia riscosso il credito dal debitore ceduto, salvo che non risulti una diversa volontà delle parti (art. 1198 c.c.)¹⁴.

3. — Nel ventaglio della variabilità causale della cessione del credito¹⁵, specifica considerazione merita la cd. cessione del credito a scopo di garanzia (o *cessio in securitatem*). Si parla di cessione a scopo di garanzia allorché il cedente trasferisce uno o più crediti al cessionario al precipuo fine di garantire il credito vantato da quest'ultimo nei confronti del primo.

Essa è molto diffusa nella prassi ed in particolare nel settore bancario: contestualmente oppure successivamente alla concessione di un finanziamento, gli istituti di credito talora richiedono, a maggiore garanzia dell'adempimento dell'obbligazione assunta, che il beneficiario ceda propri crediti che vanta nei confronti di terzi.

La cessione del credito con funzione di garanzia¹⁶ non è un contratto tipico, ma la valutazione di meritevolezza va condotta sotto l'egida del superiore principio della autonomia contrattuale. Del resto, seppur non tipica, la cessione con funzione di garanzia è ciononostante figura negoziale non del tutto estranea al nostro ordinamento. Ne è un esempio la oramai abrogata ces-

¹³ PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, 8° Ed., Napoli, 2017, 345 e ss.

¹⁴ In caso di cessione di un credito in luogo dell'adempimento, non si ha immediata liberazione del debitore originario/cedente, la quale consegue solo alla realizzazione del credito ceduto. Si verifica, invece, un fenomeno di affiancamento al credito originario di quello ceduto, con la funzione di consentire al creditore di soddisfarsi mediante la realizzazione di quest'ultimo credito. Per effetto di questa situazione di compresenza, il credito originario entra in fase di quiescenza e rimane inesigibile per tutto il tempo in cui persiste la possibilità della fruttuosa escussione del debitore ceduto, in quanto solo quando il medesimo risulta insolvente il creditore può rivolgersi al debitore originario. In tal senso Cassazione civile, sez. III, 29/03/2005, n. 6558 in *DeG – Dir. e giust.* 2005, 18, 12.

¹⁵ VALENTINO, *La circolazione del credito*, in BRIGANTI, VALENTINO, *Le vicende delle obbligazioni. La circolazione del credito e del debito*, in Tratt. Perlingieri, III, 13, Napoli, 2007, 14; BAVETTA, *La cessione di credito a scopo di garanzia*, in *Dir. fall.*, 1995, I, 588 ss.; INZITARI, *Cessione dei crediti a scopo di garanzia a favore delle banche*, in *Fallimento*, 1997, 897 ss.; 902; INZITARI, *La cessione di credito a scopo di garanzia: inefficacia ed inopponibilità ai creditori dell'incasso del cessionario nel fallimento, nel concordato e nell'amministrazione controllata*, in *Banca borsa*, 1997, I, 153. DOLMETTA-PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1999, I, 76 ss.

¹⁶ Secondo CESARE, *Cessione del credito a scopo di garanzia in I Singoli Contratti*, cit., la cessione del credito con funzione di garanzia deve essere ricondotta nell'ambito delle garanzie atipiche.



sione a scopo di garanzia dei finanziamenti a favore dei produttori cinematografici di cui alla l. 29 dicembre 1949 n. 958, o, ancora, la cessione dei contributi previsti dalla legge sulle riparazioni di guerra prevista dall'art. 65 l. 27 dicembre 1953 n. 968.

In termini generali, l'ingresso della cessione del credito con funzione di garanzia nel nostro ordinamento potrebbe all'apparenza entrare in frizione con il divieto di patto commissorio sancito dall'art. 2744 c.c.¹⁷ La norma commina, infatti, la nullità del patto con il quale le parti convengono che, in mancanza del pagamento del credito entro il termine fissato, il bene sul quale sia stato costituito diritto di garanzia passi in proprietà del creditore. Tuttavia, non sono estranei al nostro sistema giuridico deroghe al divieto di patto commissorio, delle quali un esempio paradigmatico è rappresentato dal pegno di credito previsto dall'art. 2803 c.c.¹⁸. L'art. 2803 c.c. ammette, seppure entro precisi limiti e condizioni, che il creditore pignoratizio possa ritenere dal denaro ricevuto quanto basta per soddisfare le sue ragioni con l'obbligo di restituire l'eccedenza. Proprio argomentando dalla *ratio* sottesa all'istituto del pegno di crediti e sulla base dell'applicazione analogica dell'art. 2803 c.c. alla cessione del credito con funzione di garanzia, sono stati superati i dubbi sulla ammissibilità dell'istituto sotto il profilo della violazione del divieto di patto commissorio sancito dall'art. 2744 c.c.¹⁹. Sotto un diverso punto di vista, c'è un ulteriore argomento che milita nella direzione della compatibilità della cessione di credito con funzione di garanzia con i principi del nostro ordinamento, senza che, in altri termini, possa ritenersi violato il divieto di patto commissorio: dall'ambito del meccanismo commissorio resta in verità escluso il trasferimento di diritti di natura diversa da quella reale²⁰. Anche per tale ulteriore ragione il divieto non colpirebbe la cessione con funzione di garanzia, nella quale si assiste al trasferimento di un diritto sotto la condizione sospensiva dell'inadempimento. In altri termini, la cessione di credito con funzione di garanzia non ricade, quanto meno in linea di principio, nelle tassative ipotesi previste dall'art. 2744 c.c.²¹.

¹⁷ SCARABINO, *Alienazioni a scopo di garanzia*, in *Le garanzie personali e reali*, a cura di CASSANO e MASTROROSA, Torino, pag. 290, secondo la quale il dibattito sulla liceità della cessione a scopo di garanzia è attualmente acceso. L'Autore dà conto di un orientamento secondo il quale la illiceità della cessione deriverebbe dalla sua incompatibilità con lo scopo di garanzia perseguito, che non costituirebbe una valida giustificazione causale del trasferimento e, di un altro, secondo il quale la cessione non incorrerebbe nel divieto di patto commissorio anche in ragione della natura non reale dei diritti che tramite cessione di credito possono essere trasferiti.

¹⁸ La cessione di credito si differenzia dal pegno di credito in quanto nel secondo caso, a differenza del primo, non si ha mai il trasferimento della titolarità del credito in favore del creditore pignoratizio. Del resto, il pegno di crediti è un tipico diritto di prelazione, tant'è che il creditore pignoratizio deve osservare una serie di prescrizioni ex art. 2803 c.c. per riscuotere il credito alle quali non è tenuto, invece, il cessionario.

¹⁹ CESARE, *Cessione del credito a scopo di garanzia* in *I Singoli Contratti*, cit., 1514 e ss.

²⁰ Secondo Cassazione civile, sez. lav., 01/04/2003, n. 4930 in *Giust. civ. Mass.* 2003, 4, la cessione del credito in funzione di garanzia è legittima, non essendo estensibile in via analogica, oltre le alienazioni di diritti reali e la costituzione di ipoteca e di pegni anche di crediti, la disciplina di cui all'art. 2744 c.c., costituente norma di natura eccezionale.

²¹ Non mancano decisioni di segno contrario. Secondo Tribunale Roma 16 settembre 2008 in *Giust. civ.* 2009, 6, I, 142 ricorre l'ipotesi del patto commissorio – e non la diversa ipotesi del patto marciano – qualora, nel negozio di cessione dei crediti a scopo di garanzia, sia pattuito che il trasferimento dei crediti alla cessionaria è da ricondurre alla

JUS CIVILE



La peculiarità dell'istituto va individuata nel suo profilo causale: nella cessione è insito un patto – *rectius* una condizione – in forza del(la) quale le parti convengono che il cessionario non possa esigere il credito immediatamente, ma solamente in ipotesi di inadempimento del cedente. Qualora il cedente adempia, il credito offerto in garanzia dovrà essere retrocesso. La cessione del credito con scopo di garanzia partecipa indubbiamente della medesima natura giuridica della cessione del credito, tant'è che ad essa trovano applicazione, in quanto compatibili, le norme di cui agli artt. 1260 e ss c.c.: al pari di quanto accade nella cessione ordinaria, si assiste all'immediato trasferimento del diritto al cessionario. Il cessionario ne diventa a tutti gli effetti titolare, entrando il credito nel suo patrimonio e nella sua sfera giuridica; il credito vi rimarrà quanto meno sino al momento in cui non si sia estinta, per adempimento o altra causa, l'obbligazione garantita. Il cessionario, inoltre, ha legittimazione sia ad azionare il credito originario, sia quello che gli sia stato ceduto in garanzia, a condizione che persista il debito garantito. In caso contrario, perde la relativa legittimazione²². Al pari di quanto accade con l'ordinaria cessione del credito, anche la efficacia del contratto con scopo di garanzia nei confronti del debitore ceduto richiede la sua accettazione con atto di data certa oppure la notificazione di cui all'art. 1264 c.c.

Tuttavia, la funzione di garanzia fa sì che la fattispecie si arricchisca di un ulteriore elemento, che ne esprime anche il principale tratto identificativo. In entrambe le ipotesi, come si è visto, il cessionario diventa titolare a tutti gli effetti del credito, spiegando il contratto efficacia traslativa immediata. Tuttavia, in caso di cessione del credito con funzione di garanzia, la titolarità piena riguarda i soli rapporti con i terzi, i quali pagano bene nelle mani del cessionario, laddove ne siano stati notiziati nelle forme previste. Nel rapporto con il cedente il trasferimento è sottoposto, invece, alla condizione risolutiva dell'inadempimento della obbligazione garantita²³. La causa di garanzia non incide, insomma, sugli effetti costitutivi e sulla efficacia della cessione, ma, piuttosto, sugli effetti giuridici collegati al contratto, cioè sulla libera disponibilità del

funzione di garanzia dell'adempimento da parte di una società agli obblighi sulla stessa gravanti e che, tuttavia, la retrocessione degli stessi crediti in capo alla cedente sia condizionata, anche in caso di risoluzione del rapporto dal quale trae origine il debito garantito, al pagamento da parte della cessionaria di una somma di riacquisto corrispondente all'ammontare del corrispettivo del debito garantito, agli interessi di mora sulle rate non pagate, alle spese della cessionaria rimaste non pagate e a qualsiasi altro importo dovuto.

²² Cassazione civile, sez. III, 02/04/2001, n. 4796 in *Giust. civ. Mass.* 2001, 668.

²³ Di fianco alla opinione oggi maggioritaria che configura la cessione del credito con funzione di garanzia quale contratto sottoposto a condizione risolutiva, nel quale la verifica dell'evento futuro ed incerto dedotto in condizione produce effetti retroattivi, si è fatta strada la tesi, soprattutto in passato, secondo cui la cessione sarebbe da ricondurre nell'ambito dello schema del negozio indiretto, perché realizzerebbe uno scopo diverso rispetto a quello ordinariamente perseguibile con la cessione del credito. In tal senso, Corte appello Firenze, 20/12/1988 in *Dir. fall.* 1989, II,831. Secondo un'ulteriore prospettazione, la cessione del credito andrebbe ricondotta entro lo schema del negozio fiduciario. Ciò, in particolare modo, nel caso in cui le parti dovessero inserire nel contratto un patto che sancisca espressamente l'obbligo del cessionario di retrocedere il credito ceduto in garanzia al cedente in ipotesi di adempimento dell'obbligazione principale garantita. In tal senso, QUARTICELLI, *Cessione del credito e funzione di garanzia* in *Questioni di diritto privato*, a cura di Lobbuono, Milano, 2014, 141 e ss. Secondo taluni Autori, nel caso in cui le parti dovessero inserire uno specifico patto che imponga, al verificarsi della condizione risolutiva, l'obbligo di retrocedere il credito, ci si troverebbe a cospetto del diverso schema del negozio fiduciario *cum creditore*. In tal senso, LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, 349.

JUS CIVILE



credito trasferito²⁴. Infatti, la causa di garanzia, proprio perché condiziona la libera disponibilità del credito ceduto, impone al cessionario di non esigerne il pagamento se non nel caso di inadempimento del credito garantito, cioè di insolvenza del cedente; di non esigerne il pagamento prima che sia scaduto il credito garantito, oltre che, come si vedrà *infra*, di restituire al cedente l'eccedenza nell'ipotesi di trasferimento di un credito di entità superiore a quella del credito garantito. In ipotesi, invece, di scadenza del credito oggetto di cessione prima dell'obbligazione principale, le somme ottenute per effetto del pagamento del debitore ceduto dovranno essere compensate dal cessionario con l'obbligazione principale del cedente non ancora scaduta. Quanto detto spiega le ragioni per le quali il trasferimento della titolarità del credito è non definitivo e provvisorio. Il credito è destinato a permanere nella sfera giuridica del cessionario fintantoché persista l'obbligazione principale. L'efficacia traslativa propria della cessione viene meno tuttavia con l'adempimento (o, comunque, con l'estinzione) dell'obbligazione garantita e conseguentemente, a partire da tale momento, il cessionario non è più legittimato ad esigere dal debitore l'adempimento della prestazione, essendo il credito ceduto tornato "automaticamente" al cedente²⁵. Non a caso, si parla di cessione sottoposta alla condizione risolutiva dell'inadempimento del cedente²⁶, sicché, in applicazione dell'art. 1359 c.c., l'acquisto del diritto è destinato a venire meno con efficacia *ex tunc*: in caso di verifica dell'evento futuro ed incerto dell'adempimento dell'obbligazione da parte del cedente, si produce l'effetto risolutivo del trasferimento e trova attuazione la provvisorietà dell'acquisto del credito, alla quale si ricollega il ritrasferimento automatico del credito, nella stessa quantità, nella sfera giuridica del cedente²⁷. L'obbligo di restituzione, in altri termini, nasce nel momento in cui si verifica una situazione di indebito che non è più impedita dall'esplicarsi della funzione di garanzia. Specularmente, nella ipotesi di inadempimento del debito garantito, la causa di garanzia realizza definitivamente la sua funzione con la riscossione da parte del cessionario del credito ceduto ad integrale soddisfacimento del credito garantito.

Il profilo causale dell'istituto assume significativa incidenza ed esprime la *ratio* anche di sue ulteriori peculiari caratteristiche. Si allude, in particolare, alla automaticità dell'effetto risolutivo, salva la applicazione degli effetti degli artt. 1264 e 1265 c.c. Essa si ricollega alla causa di garanzia ed alla applicazione della disciplina sulla condizione risolutiva. In caso di adempimento della obbligazione garantita, viene meno lo scopo di garanzia, sicché l'effetto traslativo del credito diventa privo di causa in concreto. Nel momento in cui si estingue, per adempimento o per altra causa, l'obbligazione garantita, la causa di garanzia cessa di operare. Tale sopravvenienza travolge uno degli elementi costitutivi del contratto, ovvero la sua causa: in tale prospettiva, l'effetto immediato di retrocessione del credito appare naturale, senza che a tal fine occorra una specifica e separata pattuizione delle parti. Del resto, il venir meno della causa determinerebbe in ogni caso la

²⁴ Cassazione civile, sez. I, 10/01/2001, n. 280 in *Foro it.* 2002, I,1758.

²⁵ Cassazione civile, sez. I, 09/09/2004, n. 18176, *Giur. it.* 2005, 1144.

²⁶ CAPPUCIO, *La cessione del credito* in *Le obbligazioni* a cura di Fava, Milano, 2008, 1058 e ss.

²⁷ Corte appello Milano, 06/07/2004, in *Redazione Giuffrè* 2005 (s.m).



nullità dell'accordo, la quale, una volta accertata, ha effetti retroattivi. Insomma, l'effetto restitutorio troverebbe conferma anche in applicazione delle regole sulle invalidità negoziali.

La causa di garanzia vale a giustificare gli effetti restitutori, non solo nei termini anzidetti di integrale retrocessione del credito nella sfera giuridica del cedente, ma anche del rientro circoscritto alla sola eccedenza del credito ceduto rispetto al credito garantito. Infatti, in caso di inadempimento dell'obbligazione garantita, il cedente al quale sia stato ceduto un credito superiore rispetto a quello garantito ha il diritto di trattenere solamente il valore corrispondente all'ammontare del credito garantito oltre gli accessori: la funzione di garanzia si pone, infatti, come clausola limitativa e risolutoria della cessione stessa una volta che l'entità del riscosso soddisfi l'entità del debito²⁸.

Il cessionario dovrà, dunque, restituire al cedente, alla scadenza dell'obbligazione di questi, quanto in eccesso adempiuto dal debitore ceduto, a pena di un suo ingiustificato arricchimento. Tuttavia, tale obbligo di restituzione non sorge sin dal momento della conclusione del contratto di cessione con funzione di garanzia, ma solo nel successivo momento della riscossione. Il sorgere di detto obbligo restitutorio richiede, infatti, oltre alla esistenza effettiva di una eccedenza, riscontrabile soltanto dopo il pagamento da parte del debitore ceduto, anche l'esaurimento della funzione di garanzia inerente al negozio di cessione.

La ricostruzione della cessione del credito con funzione di garanzia quale contratto risolutivamente condizionato richiama, poi, nella sfera del cessionario, una serie di obblighi di comportamento che rinviengono nell'art. 1358 c.c. il principale riferimento normativo. Il cessionario, in altri termini, non solo sarà tenuto a comportarsi secondo buona fede in pendenza del verificarsi della condizione, ma dovrà assumere tutte le iniziative occorrenti per mantenere integre le ragioni creditore del cedente, promuovendo e coltivando, a mero titolo esemplificativo, le iniziative, giudiziali e stragiudiziali, per la migliore tutela del credito ceduto.

4. — Alla cessione del credito con funzione di garanzia viene spesso accostato l'istituto del mandato irrevocabile all'incasso²⁹, che non è altro se non un mandato *in rem propriam*, conferito, cioè, anche nell'interesse del mandatario o di un terzo³⁰.

²⁸ Cassazione civile, sez. I, 23/07/1997, n. 6882 in *Giust. civ. Mass.* 1997, 1255.

²⁹ Il mandato irrevocabile all'incasso nel quale faccia capolino un interesse specifico del mandatario deve essere tenuto distinto dal mandato all'incasso cd. "puro", che ricorre quando il mandatario, in forza della disciplina generale del contratto di mandato, è tenuto al rendiconto e a rimettere al mandante le somme riscosse per suo conto. Si tratta di fattispecie alla quale è del tutto estraneo un interesse del mandatario alla riscossione concorrente con quello del mandante. Quando nella struttura del mandato all'incasso "semplice" trovano ingresso una serie di pattuizioni e garanzie imposte dal mandatario e con funzione di sua autotutela, tra le quali va senz'altro annoverato il patto di compensazione, queste ultime rendono il mandato a riscuotere "rafforzato", "forte". BOTTA, *Cessione di ricevute bancarie e mandato irrevocabile all'incasso* in *Notariato*, 1 / 2008, p. 27.

³⁰ La distinzione tra mandato irrevocabile all'incasso e cessione del credito rappresenta un problema molto delicato. Nella prassi, infatti, le parti tendono a creare figure ambigue, a cavallo tra mandato all'incasso e cessione del credito, al fine di sfruttare i vantaggi collegati ad ambo gli istituti. Al di là, infatti, del *nomen iuris* prescelto, la ricostruzione della effettiva volontà delle parti impone innanzitutto che venga accertata l'intenzione abdicativa, nel qual caso

JUS CIVILE



Tale figura contrattuale ha il proprio riferimento normativo nell'art. 1723 c.c.: si tratta, a tutti gli effetti, di un mandato. L'incarico è dunque conferito anche nell'interesse del mandatario, ma non nel suo esclusivo interesse. Non è difatti ammissibile un incarico nell'esclusivo interesse del mandatario: in tale ipotesi, l'obbligo di agire verrebbe rimesso all'insindacabile giudizio del soggetto tenuto al compimento dell'attività gestoria³¹. In ragione della rilevanza di tale interesse, l'istituto soggiace ad una speciale disciplina vincolistica sotto il profilo delle ridotte possibilità per il mandante di sciogliersi dal contratto. Il mandato *in rem propriam* infatti non solo non si estingue per morte o incapacità del mandante, ma non può neppure essere revocato, salvo che sia diversamente stabilito oppure ricorra una giusta causa di revoca. In pratica, fuori dei casi espressamente previsti dal legislatore, viene sancita un'ipotesi di irrevocabilità assoluta³².

Come visto, il mandato irrevocabile all'incasso è una peculiare ipotesi di mandato *in rem propriam*. Il contratto si sostanzia in un accordo con il quale il mandante conferisce incarico al mandatario di riscuotere un credito vantato dal primo nei confronti di un terzo, al contempo conferendogli il potere di trattenere il credito riscosso sino a concorrenza del debito dello stesso mandante nei confronti del debitore. Pur non trattandosi di contratto a forma vincolata, occorre tuttavia che la preposizione, da parte del creditore, di altro soggetto incaricato di riscuotere, in sua vece, il credito venga preventivamente ed adeguatamente portata a conoscenza del debitore affinché possa spiegare effetti nei confronti di questi³³.

Al mandato irrevocabile all'incasso è dunque sotteso uno specifico e qualificato interesse del mandatario che è quello ad ottenere la soddisfazione della propria posizione creditoria³⁴. Si tratta di un interesse specifico, che colora la fattispecie di un contenuto ulteriore rispetto a quello che tipicamente si associa alla più generale figura del mandato. Non è pertanto sufficiente il mero interesse economico all'ottenimento del compenso per l'incarico gestorio, che si presume oneroso ai sensi dell'art. 1709 co. 1 c.c.³⁵, né quello limitato alla esecuzione, al compimento del

ci si troverà senz'altro a cospetto di cessione del credito. Per contro, è ritenuto indice di mandato all'incasso la circostanza che il pagamento non venga effettuato dal terzo debitore direttamente a favore della banca, ma venga accreditato sul conto corrente acceso dal mandante presso l'istituto di credito, così dando luogo ad un meccanismo compensativo del credito, o ancora la previsione dell'obbligo del rendiconto. In tal senso, QUATRARO, *Fallimento dell'accreditato e crediti della banca derivanti da apertura di credito garantita da ipoteca, pegno, mandato in rem propriam all'incasso di crediti o cessioni di credito*, in *Riv. it. leasing*, 1989, 66 ss. Sulla distinzione tra cessione del credito e mandato irrevocabile all'incasso si veda anche RAGUSA MAGGIORE, *Mandato irrevocabile e cessione dei crediti nel fallimento e nell'amministrazione controllata*, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 135 e ss.

³¹ Si veda Corte Appello Napoli, 11/06/1990 in *Giur. comm.* 1992, II, 966. Secondo la Corte, il mandato conferito nell'esclusivo interesse del mandatario non costituisce un mandato *in rem propriam* ma un contratto atipico. Si veda CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, p. 157.

³² DI ROSA *Attuazione e cessazione del mandato in Cooperazione, Distribuzione, Marketing*, a cura di Roppo, Trattato dei singoli contratti, Milano, 2014, 861 e ss.

³³ Si veda in tal senso Cassazione civile, sez. II, 13/11/2009, n. 24128 in *Giust. civ. Mass.* 2009, 11, 1594.

³⁴ SANTAGATA, *I limiti al potere di disposizione del mandante nel mandato irrevocabile all'incasso in Banca, borsa, tit. cred.*, 1967, I, p. 161 e ss., il quale evidenzia che l'irrevocabilità del mandato trae origine dall'interesse del mandatario che, a sua volta, scaturisce da un vincolo pattizio che giustifica il conferimento del mandato.

³⁵ Stante la presunzione di onerosità del contratto di mandato stabilita dal legislatore, laddove l'interesse del man-



mandato. L'interesse del mandatario al compimento dell'incarico gestorio deve avere autonoma e distinta rilevanza giuridica, ricollegandosi e derivando dall'esistenza di un pregresso rapporto obbligatorio tra le parti o comunque con esso costituito, in ragione del quale il debitore sia il mandante e creditore il mandatario³⁶. La centralità dell'interesse del mandatario nell'ambito del contratto, che finisce per conformare sensibilmente il contenuto del potere di compiere atti giuridici per conto altrui, rende anche ragione delle sue sorti: a differenza di un ordinario mandato, esso non sarà revocabile se non entro gli angusti limiti tracciati dall'art. 1723 c.c. Tale irrevocabilità si giustifica proprio in ragione dell'interesse qualificato di cui è portatore il mandatario, atteso che il mandato viene rilasciato proprio in considerazione della preesistente obbligazione del mandante nei confronti del mandatario³⁷.

Al pari della cessione del credito con funzione di garanzia, anche il mandato irrevocabile all'incasso è spesso impiegato nella prassi bancaria, assurgendo a strumento di garanzia³⁸ – seppure atipica – di adempimento dell'obbligazione garantita³⁹. Esso ingenera nel mandatario la ragionevole aspettativa di incassare il credito del mandante, il quale, una volta conferito l'incarico gestorio, non potrà più riscuotere il credito stesso; il creditore potrà però validamente cedere il proprio credito a terzi, anche dopo aver conferito un mandato irrevocabile all'incasso, sempre che, prima della cessione, il mandatario *in rem propriam* non abbia già incassato le relative somme. L'esazione del credito, infatti, comportando l'estinzione dell'obbligazione, ne renderebbe inammissibile la cessione⁴⁰.

datario potesse essere identificato nel solo interesse all'ottenimento del compenso a remunerazione dell'incarico svolto, si giungerebbe alla inaccettabile conclusione di dover ritenere sempre irrevocabile qualunque tipo di mandato. Conclusione che, a tacer d'altro, mal si concilia con la natura del contratto e con l'art. 1723 co. 1 c.c., che sancisce il diritto del mandatario di revocare il mandato. Del resto, il fondamento della libera revocabilità del mandato, in deroga al principio di vincolatività dei contratti di cui all'art. 1372 c.c., può senz'altro essere identificato nella strumentalità dell'incarico gestorio in vista della migliore tutela degli interessi del mandante. In termini, DE ROSA, *Il mandato Artt. 1710-1730 tomo II*, in *Il codice civile commentario*, diretto da BUSNELLI, Milano, 2017, 135 e ss.

³⁶ Occorre che l'interesse del mandatario sia assicurato da un rapporto sinallagmatico, tra mandante e mandatario, con contenuto bilaterale, che lo sottrae all'unilaterale disposizione del mandante stesso. In tal senso, Cassazione civile, sez. I, 28/10/2011, n. 22529 in *Giust. civ. Mass.* 2011, 11, 1545. Si veda anche Cassazione civile, sez. III, 04/12/2000, n. 15436 in *Giust. civ. Mass.* 2000, 2543 secondo cui l'interesse del mandatario non coincide con quello generico a conservare l'incarico o a proseguire l'attività gestoria al fine di conseguire il compenso, essendo, invece, necessario un interesse giuridico del mandatario all'esecuzione dell'incarico, vale a dire un rapporto obbligatorio tra mandante e mandatario generalmente preesistente al mandato o comunque con esso costituito in cui il debitore sia il mandante e creditore il mandatario.

³⁷ DI ROSA *Attuazione e cessazione del mandato in Cooperazione, Distribuzione, Marketing*, cit., 861 e ss. Secondo l'Autore non è essenziale, ai fini della configurabilità dell'istituto, la preesistente posizione obbligatoria del mandante nei confronti del mandatario, essendo sufficiente che il mandato costituisca lo strumento giuridico prescelto dalle parti per realizzare anche un interesse del mandatario.

³⁸ Cassazione civile, sez. I, 03/02/2010, n. 2517 in *Foro Pad.* 2010, 1, I, 1, secondo la quale è pacifico che la funzione di garanzia possa essere connaturata tanto alla cessione del credito quanto al mandato irrevocabile all'incasso.

³⁹ BORTONE, *Mandato irrevocabile all'incasso a scopo di garanzia in Garanzie reali e personali* a cura di CASANO, Torino, 2006, 457 e ss.

⁴⁰ Cassazione civile, sez. III, 12/12/2003, n. 19054 in *Riv. Notariato* 2004, 1232. Secondo la Suprema Corte, fino a quando il credito rimane nel patrimonio del debitore, nulla osta a che questi conferisca ad altri l'incarico di riscuotere, dal momento che l'altruità del diritto è il presupposto affinché si possa configurare una gestione di affari altrui.

JUS CIVILE



La facoltà del mandatario di trattenere quanto riscosso a decurtazione del debito del mandante trova la propria giustificazione in forza di un patto di compensazione⁴¹ che accede al mandato irrevocabile all'incasso, colorando l'operazione di un evidente carattere di garanzia. Tuttavia, la facoltà di compensazione⁴² non comporta affatto il trasferimento della titolarità del credito. In ciò va ravvisato il principale elemento di differenziazione tra cessione del credito con funzione di garanzia e mandato irrevocabile all'incasso⁴³. Il mandatario non diventa titolare del credito e l'attribuzione di un effetto traslativo del credito risulta del tutto estranea alla fattispecie qui indagata. Il mandatario ottiene il mero conferimento della legittimazione alla riscossione⁴⁴. Il pagamento infatti viene ricevuto a nome del mandante, seppure nell'interesse del mandatario, tant'è che in tal caso la funzione di garanzia si realizza – a differenza di quanto accade nella cessione del credito – in via di fatto⁴⁵. La disponibilità delle somme avviene, dunque, in vista di una finalità solutoria nel precipuo interesse del mandatario. La natura di incarico gestorio ha poi inevitabili riflessi sugli obblighi di comportamento che incombono sul mandatario nell'esecu-

⁴¹ BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, Milano, 2016, 497 e ss., il quale sottolinea che, in forza della clausola di compensazione, l'istituto di credito mandatario ha tutto l'interesse ad incassare le somme di competenza del cliente finanziato, con l'ulteriore conseguenza che l'esecuzione del mandato “*produce effetti estintivi sia sul rapporto tra essa stessa banca ed il proprio debitore, sia sul rapporto tra il cliente mandante ed il terzo*”.

Secondo Tribunale Catania, 07/01/1995 in *Giur. merito* 1995, 70 l'effetto estintivo della compensazione che si accompagna al mandato irrevocabile all'incasso non è un atto giuridico autonomo, ma è conseguente alla pattuizione del mandato *in rem propriam*.

⁴² Una volta riscosso il credito da parte del mandatario, non si verifica, invece, alcuna compensazione tra il credito originario del mandatario nei confronti del mandante ed obbligazione del medesimo di rimessa verso il mandante ai sensi dell'art. 1713 c.c., attesa l'insussistenza di una siffatta autonoma obbligazione del mandatario, il quale trattiene in pagamento diretto del proprio credito quanto ricevuto. In tal senso, Cassazione civile, sez. I, 03/05/2007, n. 10208 in *Giust. civ. Mass.* 2007, 5. Conf. Corte appello Milano, 25/06/2003 in *Banca borsa tit. cred.* 2005, II, 277.

⁴³ Sovente la qualificazione della fattispecie concreta quale cessione del credito o mandato all'incasso deriva dal contenuto del contratto ed è un apprezzamento di fatto. Si veda, Cassazione civile, sez. III, 06/07/2009, n. 15797 in *Giust. civ. Mass.* 2009, 7-8, 1042 con riguardo ad un mandato *in rem propriam* integrante, nel caso concreto, una cessione del credito con funzione solutoria.

⁴⁴ Sulla distinzione tra cessione del credito e mandato irrevocabile all'incasso si veda *ex multis* Cassazione civile, sez. I, 27/04/2011, n. 9387 in *Giust. civ. Mass.* 2011, 4, 660, la quale ricorda che, nel caso del mandato all'incasso, viene conferita alla banca la mera legittimazione alla riscossione del credito e che la funzione di garanzia che accompagna cessione del credito e mandato irrevocabile si atteggia diversamente, atteso che, nel secondo caso, tale funzione si realizza in forma empirica e di fatto, come conseguenza della disponibilità del credito verso il terzo e della prevista possibilità che, al momento dell'incasso, il mandatario trattenga le somme rimosse, soddisfacendo così il suo credito. Cassazione civile, sez. I, 03/02/2010, n. 2517, cit.; Cassazione civile, sez. III, 12/12/2003, n. 19054, cit., la quale ricorda che la cessione del credito ed il mandato irrevocabile all'incasso, pur potendo essere utilizzati per raggiungere le medesime finalità solutorie e di garanzia, sono tra di loro incompatibili. Cassazione civile, sez. I, 30/01/2003, n. 1391 in *Giust. civ. Mass.* 2003, 222, sull'effetto di garanzia empirica ed in via di fatto che si accompagna al conferimento di mandato irrevocabile all'incasso. Cassazione civile, sez. I, 05/04/2001, n. 5061 in *Giust. civ. Mass.* 2001, 713, che evidenzia come entrambe le figure si prestino ad assolvere ad una funzione solutoria o di garanzia impropria, la quale, tuttavia, è perseguibile, nelle due ipotesi, con modalità diverse. Mentre nella cessione del credito, la funzione di garanzia si pone come clausola limitativa e risolutoria della cessione stessa una volta che l'entità del riscosso soddisfi l'entità del debito, invece, nel mandato irrevocabile all'incasso, la garanzia si realizza in forma empirica e di fatto come conseguenza della disponibilità del credito verso il terzo in previsione della possibilità solutoria al momento dell'incasso. Si esprime negli stessi termini anche Cassazione civile, sez. I, 23/07/1997, n. 6882 cit.

⁴⁵ Cassazione civile sez. I 03 febbraio 2010 n. 2517, cit.

JUS CIVILE



zione del contratto: questi è tenuto a dare esecuzione al contratto secondo buona fede ed a dare prova della diligenza impiegata nell'esecuzione dell'incarico. Il che comporta che è tenuto anche a dare conto della condotta tenuta in caso di ritardo di pagamento del terzo⁴⁶.

Le irriducibili diversità tra cessione di credito con funzione di garanzia e mandato irrevocabile all'incasso comportano che, in linea di massima, sia possibile negare la compatibilità tra le due figure. La cessione, quantunque sottoposta a condizione risolutiva, presuppone pur sempre il trasferimento della titolarità del credito, che invece, per le esposte ragioni, è del tutto estranea alla dimensione del mandato, essendo in contrasto con la sua stessa natura giuridica che richiama l'agire per conto altrui, con l'obbligo di retrocedere gli effetti giuridici che si ricollegano agli atti compiuti. Il tipico effetto del mandato è quello di fare assumere al mandatario l'obbligo di compiere atti giuridici per conto del mandante, laddove la facoltà del mandatario di trattenere quanto riscosso è titolata dal patto di compensazione che al mandato medesimo si associa, essendo ad esso sotteso e collegato. In buona sostanza, la distinzione tra mandato irrevocabile all'incasso e cessione del credito deve essere dunque colta sul piano dei diversi effetti che si ricollegano a ciascuno di tali contratti, dal momento che le finalità, solutorie o di garanzia, per loro tramite perseguibili possono coincidere. Deve, altresì, essere colta sul piano della legittimazione attiva alla riscossione, dal momento che in ipotesi di cessione del credito, la titolarità esclusiva a pretendere, in conseguenza dell'effetto traslativo, è solo in capo al cessionario, laddove, per contro, il mandatario riscuote un credito nell'interesse altrui (ma anche proprio) pur senza esserne titolare.

Le considerazioni sul piano della legittimazione nell'ambito del mandato irrevocabile all'incasso inducono ad interrogarsi anche su quali siano le facoltà dispositive del credito riservate al mandante a partire dal momento in cui conferisce il potere di agire per suo conto e sino al momento in cui il mandatario non abbia ottenuto integrale soddisfazione del proprio credito per incasso e soddisfacimento dei pregressi crediti verso il mandante. Ebbene, sino a quel momento, quest'ultimo continuerà ad essere titolare sia della posizione debitoria nei confronti del mandatario, sia della posizione creditoria nei confronti del debitore⁴⁷. Si assiste, in altri termini, alla compresenza di una duplice legittimazione all'esercizio del diritto di credito, tanto del mandante quanto del mandatario, pur a fronte di un'unica titolarità, in capo al solo mandante, dello stesso.

5. — I problemi più rilevanti che si ricollegano al mandato irrevocabile all'incasso investono la fase esecutiva del rapporto in caso di fallimento del mandante.

Il legislatore della riforma ha, infatti, stabilito, rilevando l'*intuitus personae* rispetto alla sola

⁴⁶ Cassazione civile sez. I 10 luglio 2009 n. 1629 in *Giust. civ. Mass.* 2009, 7-8, 1083.

⁴⁷ Cassazione civile, sez. I, 05/07/2007, n. 15225 in *Guida al dir.* 2007, 39, 65, secondo la quale il mandante conserva la distinta titolarità delle posizioni di credito e di debito. Si è poi già detto che il mandante, fino al momento in cui il mandatario non abbia riscosso il credito, può addirittura cedere il medesimo credito ad un diverso soggetto. In tal senso, Cassazione civile sez. III 26/03/2003 n. 19054 cit.

JUS CIVILE



persona del mandatario⁴⁸, che il contratto si scioglie solo in caso di fallimento di quest'ultimo (art. 78 co. 2 L.F.)⁴⁹. Per converso, in caso di fallimento del mandante, troverà applicazione la regola generale di cui all'art. 72 L.F. in forza della quale il contratto rimane sospeso e il curatore è legittimato a sciogliersi dal contratto, salvo che non scelga di subentrarvi⁵⁰. Peraltro, nulla osta a che le precipue caratteristiche del contratto di mandato *in rem propriam* si riflettano anche nella dimensione fallimentare, così da rendere applicabile analogicamente il regime di irrevocabilità sancito dall'art. 1723 co. 2 c.c. alla sola ipotesi di fallimento del mandante, con conseguente sopravvivenza del contratto⁵¹. In verità, la principale criticità correlata alla vicenda fallimentare del mandante riguarda il tema degli atti solutori e della relativa efficacia o inefficacia nei confronti della massa. La sopravvivenza del contratto di mandato *in rem propriam* legittima il mandatario a riscuotere, anche dopo il fallimento del mandante, il credito di quest'ultimo. Tuttavia, la conservazione del potere di agire per conto altrui non consente al mandatario di azionare il sottostante patto di compensazione che, come abbiamo visto, è insito e sotteso al conferimento di procura irrevocabile all'incasso. Ciò vuol dire che il mandatario sarà tenuto a retrocedere, in capo al mandante, quanto abbia riscosso per suo conto, atteso che il sopraggiungere della vicenda fallimentare esclude l'operatività della compensazione di cui all'art. 56 L.F., la quale è subordinata alla circostanza che entrambi i fatti genetici delle obbligazioni di cui si chiede la compensazione siano anteriori rispetto all'apertura della procedura fallimentare. In caso di procura irrevocabile all'incasso con credito riscosso dal mandatario successivamente alla dichiarazione di fallimento, il debito restitutorio della banca sorge nei confronti della massa fallimentare al momento stesso della riscossione. Tanto basta per escludere che il mandatario possa trattenere quanto riscosso, opponendo in compensazione il proprio controcredito nei confronti del mandante⁵². Diversamente, in caso di espletamento dell'incarico in data antecedente al fal-

⁴⁸ COSTANZA, *Conto corrente, mandato e commissione* in *Fallimento e concordato fallimentare* a cura di IORIO, Torino, 2016, pag. 1962 e ss.

⁴⁹ Prima della riforma di cui al D. Lgs. 5/2006, nel testo precedente l'art. 78 L.F. prevedeva l'automatico scioglimento del contratto di mandato sia in caso di fallimento del mandante sia in caso di fallimento del mandatario.

⁵⁰ BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, cit., in particolare pag. 498. Sullo stato di quiescenza del rapporto in caso di fallimento del mandante si veda CENSONI, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti*, in *Dir. Fall.*, 2006, I, 1166; DIMUNDO, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in SCHIANO DI PEPE, *Il diritto fallimentare riformato*, Padova, 2007, 277.

⁵¹ In tal senso, Cassazione civile, sez. I, 16/06/2011, n. 13243 in *Dir. e Giust. online 2011*, 28 luglio. Secondo Cassazione civile, sez. III, 27/08/2014, n. 18316 in *Giust. Civ. Mass.* 2014, in caso di mandato *in rem propriam* che integri una cessione di credito con funzione solutoria il fallimento del creditore cedente preclude la possibilità di chiedere la revoca del mandato per giusta causa ai sensi dell'art. 1723 c.c.

⁵² Cassazione civile, sez. I, 25/09/2017, n. 22277 in *Giust. civ. Mass.* 2017 la quale, nell'ambito di una procedura di concordato preventivo in cui la compensazione è regolata come nel fallimento, ha ricordato che il meccanismo compensativo tra debiti e crediti vantati dal debitore nei confronti dei propri creditori postula l'antiorità delle obbligazioni rispetto alla procedura concorsuale, specificando, altresì, che l'obbligo del mandatario di restituire al mandante la somma riscossa non sorge al momento del conferimento del mandato, ma soltanto all'atto della riscossione del credito, con la conseguenza che, qualora quest'ultima abbia avuto luogo dopo la presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo, non sussistono i presupposti per la compensazione. Nello stesso senso, Cassazione civile, sez. I, 07/05/2009, n. 10548 in *Giust. civ. Mass.* 2009, 5, 737.



limento, la sua sopravvenienza non può travolgere l'effetto compensativo tra il credito vantato nei confronti del mandatario ed il debito restitutorio delle somme incassate, salvi gli effetti della revocatoria fallimentare⁵³.

Sotto un diverso punto di vista, il positivo perfezionamento del meccanismo compensativo relativamente alle operazioni di riscossione perfezionate dal mandatario in data antecedente alla apertura di una procedura concorsuale non esclude che l'effetto acquisitivo in vantaggio del mandatario si traduca nella lesione della *par condicio creditorum* con possibilità di assoggettare l'operazione a revocatoria fallimentare in quanto costituente mezzo anomalo di pagamento. L'attribuzione di un mandato *in rem propriam* all'incasso di crediti nei confronti di un terzo⁵⁴, ove accompagnato dal conferimento della facoltà di utilizzare le somme incassate per l'estinzione, totale o parziale, di un debito verso il mandatario, anche attraverso la compensazione delle rispettive ragioni creditorie, persegue, oltre ad uno scopo di garanzia, soprattutto una funzione solutoria⁵⁵, analoga a quella che si ricollega alla ordinaria cessione del credito con funzione solutoria, risolvendosi nella precostituzione di un sicuro mezzo di pagamento per il mandatario. Trattandosi di un mezzo soddisfacente diverso dal danaro ed estraneo alle comuni relazioni commerciali, ben potrebbe essere suscettibile di revocatoria fallimentare ai sensi dell'art. 67 co. 1 n. 2 L.F.⁵⁶, se compiuto nel periodo sospetto dell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento⁵⁷.

In ambito fallimentare, il mandato irrevocabile all'incasso subisce insomma trattamento simile a quello riservato alla cessione del credito con funzione solutoria⁵⁸, anch'essa ritenuta revocabile in quanto in grado di titolare mezzo anomalo di pagamento, ai sensi dell'art. 67 co. 1 n. 2 L.F., se la cessione è stata conclusa per estinguere un debito preesistente, scaduto

⁵³ Cassazione civile, sez. I, 19/11/1987, n. 8505 in *Giust. civ. Mass. 1987*, fasc. 11, la quale specifica che il fallimento del mandante non interferisce sul rapporto ormai esauritosi, salvo gli effetti della revocatoria fallimentare ove ne ricorrano i presupposti.

⁵⁴ Cassazione civile, sez. I, 01/07/2008, n. 17955 in *Guida al dir.* 2008, 44, 63, che afferma la natura solutoria del pagamento eseguito dal terzo in caso di operazioni di anticipazione su fatture effettuate dalla banca.

⁵⁵ Secondo Cassazione civile, sez. I, 19/01/2006, n. 1060 in *Giust. civ. Mass. 2006*, I, 79 l'inclusione da parte di una banca nel conto corrente del cliente di somme ad essa rimesse da terzi, per effetto di mandato all'incasso (sia esso o non "*in rem propriam*") conferitole dal cliente medesimo, configura a seconda dell'intento pratico perseguito dalle parti, o un atto ripristinatorio della disponibilità del correntista, ovvero un atto direttamente solutorio delle somme mutate dalla banca al cliente ed addebitate nel conto, con la conseguenza, in questa seconda ipotesi, che, sopravvenuto il fallimento del correntista, quelle rimesse, in quanto atti estintivi di debiti, sono assoggettabili a revocatoria, ai sensi dell'art. 67 comma 2 l. fall.

⁵⁶ Corte appello Bologna, 24/06/1978 in *Giur. comm.* 1980, II, 278 secondo la quale il mandato irrevocabile all'incasso resiste ad una procedura concorsuale a condizione che attribuisca mera legittimazione a riscuotere, restando esclusa dall'esecuzione del mandato ogni funzione solutoria o esecutiva dell'obbligazione del mandante.

⁵⁷ *Ex multis* Tribunale Milano, 14/03/2007 in *Fallimento 2007*, 11, 1376; Tribunale S.Maria Capua V., 06/03/2006 in *Banca borsa tit. cred.* 2009, 2, II, 266, relativa ad un mandato irrevocabile con attribuzione al mandatario della facoltà di utilizzare le somme incassate per l'estinzione, totale o parziale, di crediti che egli, a sua volta, vanta verso il mandante, benché, in ipotesi, non ancora sorti. Cassazione civile, sez. I, 10/11/2005, n. 21823 in *Giust. civ. Mass.* 2005, 11; Cassazione civile, sez. III, 25/07/1987, n. 6467 in *Giust. civ. Mass.* 1987, fasc. 7.

⁵⁸ Per la assoggettabilità a revocatoria fallimentare di una cessione di credito indirettamente realizzata attraverso il conferimento di mandato all'incasso si veda Corte appello Palermo, 08/03/1991 in *Giur. comm.* 1992, II, 471.

JUS CIVILE



ed esigibile, del fallito verso il cessionario⁵⁹. Si consideri, poi, che nel caso specifico del mandato irrevocabile all'incasso, oltre al mandato, sono autonomamente revocabili anche le singole rimesse effettuate sul conto del fallito prima del fallimento, ovvero i singoli pagamenti ricevuti⁶⁰.

⁵⁹ La cessione del credito con funzione solutoria può essere altresì revocata anche quale atto a titolo oneroso, ai sensi dell'art. 67 co. 2 L.F., qualora il Curatore provi la conoscenza dello stato di insolvenza, se è stata conclusa contestualmente al sorgere del debito del fallito o per un debito sorto successivamente, assumendo, in tale evenienza, una funzione di garanzia. Non è invece assoggettata a revocatoria la cessione stipulata a scopo di garanzia di un credito sorto contestualmente. In tal senso Cassazione civile, sez. I, 10/06/2011, n. 12736 in *Giust. civ. Mass.* 2011, 7-8, 993. *Contra* Cassazione civile, sez. I, 03/02/2010, n. 2517 cit., secondo la quale la cessione del credito con funzione di garanzia è revocabile ai sensi dell'art. 67 co. 2 L.F. quale atto a titolo oneroso.

⁶⁰ In tal senso Cassazione civile, sez. I, 27/04/2011, n. 9387, cit.; Cassazione civile, sez. I, 03/05/2007, n. 10208 cit. secondo la quale il pagamento che il creditore riceve da un terzo in forza di un mandato irrevocabile all'incasso con funzione di garanzia è un atto autonomamente revocabile indipendentemente dalla revoca del contratto di mandato.