



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI "MEDITERRANEA"
DI REGGIO CALABRIA

DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO ED ECONOMIA
CICLO XXXIV

Curriculum: Privatistico – Cattedra di Istituzioni di Diritto Privato
Settore Scientifico Disciplinare: IUS/01

COORDINATORE: Chiar.mo Prof. ATTILIO GORASSINI

TITOLO TESI

**Il patto marciano tra prassi applicativa, legislazione speciale ed
"esigenze" di tipizzazione**

Tesi di dottorato del dott.

FRANCESCANTONIO FEDELE

Relatore Chiar.mo Prof.

ROBERTO SICLARI

Anno accademico 2020/2021

*A Sergio,
mio primo ed instancabile sostenitore*

Il patto marciano tra prassi applicativa, legislazione speciale ed "esigenze" di tipizzazione

INDICE

Introduzione_____Pag. 4

CAPITOLO 1

Il divieto del patto commissorio e le relazioni con il patto marciano

1.1 Excursus storico del patto commissorio e del patto marciano_____	Pag. 7
1.1.2 La Lex Commissoria_____	Pag. 8
1.1.3. Il divieto del patto commissorio dall'età intermedia fino al codice del 1865_____	Pag. 17
1.1.4. La disciplina del codice del 1942_____	Pag. 24
1.2. La <i>ratio</i> e la funzione del patto commissorio secondo dottrina e giurisprudenza_____	Pag. 34
1.3. Uno sguardo al diritto comparato_____	Pag. 42
1.3.1. L'esperienza tedesca_____	Pag.44
1.3.2. L'ordinamento inglese_____	Pag.51
1.3.3. L'ordinamento francese_____	Pag.53
1.4. Cenni Conclusivi – il patto marciano_____	Pag. 60

CAPITOLO 2

Il modello di garanzia marciaria nei finanziamenti alle imprese:

l'art. 48-bis del t.u.b.

- 2.1. La struttura del patto disciplinato dall'art. 48-bis del
T.U.B. _____ Pag.71
- 2.2. Il regime di pubblicità previsto per l'accordo _____ Pag.77
- 2.3. Il procedimento di stima _____ Pag.80
- 2.4. La condizione sospensiva e l'inadempimento _____ Pag.83
- 2.5. Funzione di garanzia e funzione solutoria _____ Pag.88
- 2.6. Alcune riflessioni sulla retrodatazione del patto _____ Pag.92
- 2.7. L'art. 48-bis e la deroga alla par condicio creditorum _____ Pag.94
- 2.8. Considerazioni finali _____ Pag.97

CAPITOLO 3

L'attuazione del marciario immobiliare nelle discipline speciali:

*riflessioni critiche tra prospettive di riforma ed esigenze di
tipizzazione.*

3.1 Il recepimento della disciplina speciale del prestito vitalizio ipotecario nella prassi applicativa_____Pag.99

3.1.2. Riflessioni sul nuovo testo normativo_____Pag.102

3.2. La garanzia del Credito immobiliare ai consumatori_____Pag.115

3.2.1. L'impianto normativo_____Pag.122

3.2.2. L'analisi normativa della Dir. 2014/17/UE_____Pag.125

3.2.3. L'art 28 dir 2014/2017 UE: la tolleranza dell'inadempimento_____Pag.132

3.2.4. Il patto sull'oggetto della garanzia immobiliare_____Pag.139

3.2.5. Osservazioni alla bozza del decreto interministeriale_____Pag.144

Conclusioni_____Pag.153

Bibliografia_____Pag.157

INTRODUZIONE

Il presente studio si propone di svolgere un'indagine relativa al patto marciano, quale strumento di garanzia negoziale tale da consentire la risoluzione, in autotutela, delle eventuali patologie nascenti dai rapporti di credito sorti tra le parti nel mercato.

Per comprendere la struttura ed i risvolti che tale istituto ha assunto nel tempo, si è ritenuto necessario partire dalle sue origini, sin dai tempi del diritto romano classico, evidenziando come il Patto Marciano sia stato ideato quale correttivo del suo antecedente, la *Lex Commissoria* che, pur qualificandosi come primo efficace istituto di garanzia riscontrabile nell'esperienza giuridica del periodo classico, nel corso del tempo ha manifestato tutte le proprie problematiche, prima tra tutte la possibile sperequazione degli interessi delle parti a solo vantaggio del creditore.

Si procederà, quindi, con un approfondito esame della *Lex Commissoria* dall'epoca romana sino ai nostri giorni, passando quindi per le ere intermedie, al fine di verificare come nel corso della storia tale istituto sia stato disciplinato, sino al Codice del 1865, influenzato dall'esperienza del Code Napoleon, per poi giungere al nuovo Codice Civile del 1942 con l'espressa disciplina della nullità del Patto Commissorio, estrinsecata nell'art. 2744 c.c.

Non mancheranno riferimenti anche al diritto comparato, per verificare come i sistemi europei maggiormente sviluppati abbiano inteso interfacciarsi con istituti similari al Patto Commissorio e che tipo di soluzioni abbiano ritenuto di produrre, per far fronte all'esigenza di semplificazione dei traffici commerciali anche sotto il profilo giuridico.

È infatti evidente l'esigenza di individuare, ai nostri giorni, figure negoziali di garanzia che consentano la risoluzione dei rapporti di debito/credito tra gli operatori commerciali in modo maggiormente agevole rispetto alla tutela

giudiziale che i singoli ordinamenti sono in grado di fornire con le rispettive procedure espropriative, solitamente di difficile applicazione e con tempistiche estremamente dilatate.

Si passerà quindi ad evidenziare le peculiarità del Patto Marciano rispetto al Patto Commissorio, evidenziandone le caratteristiche positive, tali da consentire il superamento del divieto dell'antecedente romanistico, e di supplire agli inconvenienti ed alle sperequazioni provocate dall'applicazione della *Lex Commissoria*.

Conseguentemente, partendo dal presupposto che nella codificazione italiana non viene fornita alcuna disciplina generale del patto marciano, si indagherà sulle applicazioni di tale istituto non solo nell'ambito delle figure di garanzia specifiche previste dal Codice Civile, quali il pegno irregolare disciplinato all'art. 1851 c.c. ed il pegno di crediti di cui all'art. 2803 c.c., ma anche nelle successive leggi speciali che, specie in epoca contemporanea, sono state introdotte a favore di istituti bancari e/o altri enti finanziari, e/o imprese di investimento o di assicurazione, per consentire finanziamenti garantiti da beni immobili e/o finalizzati all'acquisto di beni immobili.

Si esamineranno, quindi, i contratti di garanzia finanziaria, introdotti con il d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170, che ricalcano, nella propria struttura, quella di un pegno avente ad oggetto denaro contante o strumenti finanziari.

Inoltre, si fornirà una panoramica del prestito vitalizio ipotecario introdotto con l'art. 11 *quaterdecies*, commi 12 – 12-*quater* della legge 2 dicembre 2005, n. 24, di fatto concepito come una particolare figura di mutuo.

Non potrà non essere esaminato, poi, l'impatto provocato sui mercati dall'introduzione, con il d.lgs. 21 aprile 2016, n. 72 – attuativo della dir. 2014/17/UE - nel Titolo VI del testo unico bancario, del Capo I *bis* intitolato «*Credito immobiliare ai consumatori* ».

Il nuovo art. 120-*quinquies* TUB viene descritto come un finanziamento bancario in favore del consumatore, garantito da un'ipoteca sul diritto di proprietà o su altro diritto reale avente ad oggetto beni immobili residenziali, ovvero allo scopo di acquisto o conservazione della proprietà su un terreno o su un immobile edificato o progettato.

Sempre in materia bancaria, si ricorderà che, con la legge 30 giugno 2016 n. 119, è stato inserito nel TUB l'art. 48-*bis* che regola il *"finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato"* all'inadempimento dell'imprenditore debitore.

Come accennato, partendo proprio dalle appena elencate novità legislative, rispetto al rigido schema del Codice, che esclude nettamente l'utilizzo del Patto Commissorio, verificheremo come il sistema giuridico – nel tentativo di allinearsi alle esigenze del mercato – stia tentando il superamento di tale divieto, introducendo nuovi schemi negoziali che prevedano l'utilizzo di correttivi sul modello del patto marciano, per garantire la facoltà di autotutela agli operatori del mercato e, contemporaneamente, assicurare una certa equità negli scambi commerciali.

Si evidenzieranno, le attuali lacune presenti nel nostro ordinamento nell'ambito degli schemi negoziali di garanzia, malgrado le innovazioni comunque introdotte nel sistema nel tentativo di adeguare maggiormente i negozi in autotutela alle esigenze della globalizzazione e del mercato.

Il presente studio si conclude con il commento alla Bozza del decreto attuativo, demandata al Ministero dell'economia e delle finanze, d'intesa con il Ministero di giustizia e sentita la Banca d'Italia, valutando la portata dell'emanazione delle disposizioni di attuazione, anche relativamente alla corretta applicazione della stessa disciplina.

CAPITOLO I

IL DIVIETO DEL PATTO COMMISSORIO E LE RELAZIONI CON IL PATTO MARCIANO

1.1. Excursus storico del patto commissorio e del patto marciano.

Il patto marciano è frutto dell'elaborazione storica di un istituto nato dall'esigenza dell' uomo, manifestatasi man mano che i rapporti e gli scambi commerciali sono divenuti maggiormente sviluppati ed articolati, di creare degli strumenti negoziali di garanzia creditoria che consentissero, nell'ambito dell'autonomia privata, da un lato di accedere con maggiore facilità al credito ed alla liquidità e, dall'altro lato, per il creditore, di ottenere garanzie convenzionali che consentissero un più agevole recupero delle somme concesse, senza dover necessariamente rivolgersi alla tutela giurisdizionale.

Ebbene, non è possibile comprendere la struttura e l'evoluzione che attualmente sta subendo lo schema del patto marciano se non si parte dal suo antecedente storico, ovvero il patto commissorio, sorto in epoca romana. Solo esaminando lo scopo e le funzioni di tale istituto, nonché la sua struttura interna, sarà possibile comprendere le ragioni della sua decadenza e le successive fattispecie negoziali che si sono imposte, nella storia, sviluppandosi quali correttivi dal modello iniziale.

1.1.2 La Lex Commissoria

Va innanzi tutto sottolineato che le organizzazioni sociali più arcaiche prevedevano, in caso di inadempimento di un'obbligazione pecuniaria, sanzioni di natura prettamente penale, di tipo coercitivo¹.

Pertanto, i primi strumenti individuati a tutela del credito e tali da riconoscere una responsabilità patrimoniale del debitore in caso di insolvenza, assumono una notevole rilevanza in quanto testimoniano l'evoluzione delle civiltà antiche verso sistemi molto più complessi e strutturati di organizzazione economica e, conseguentemente, sociale e politica.

Nell'ambito del diritto romano arcaico, possiamo individuare il patto commissorio come una delle più arcaiche soluzioni negoziali volte a tutelare il creditore dagli effetti patologici del rapporto obbligatorio, e qualificarlo quindi come una delle prime garanzie reali dell'obbligazione, nata anche grazie agli scambi economici intervenuti con altre civiltà dell'epoca².

Nelle fonti romane, la *lex commissoria* viene applicata essenzialmente a tre istituti: la compravendita, la fiducia *cum creditore* ed il *pignus*.

¹ Basti pensare, a titolo esemplificativo, alla *legis actio per manus iniunctionem*, nell'ambito del diritto romano, che consentiva al creditore di imprigionare per 60 giorni il debitore giudicato insolvente in virtù di sentenza, o addirittura, in caso di persistente inadempimento, di ucciderlo o venderlo come schiavo al di fuori del territorio di Roma (cfr. M.MARRONE, *Istituzioni di Diritto Romano*, III ed. Palermo 2006, 66 e ss).

² Si noti, al riguardo, che anche nella prassi di civiltà quali quella egizia e/o babilonese o, soprattutto, ellenica sussistevano forme di garanzia reale similari a quello che poi verrà tipizzato come patto commissorio nella civiltà romana (cfr. N. SHUPAK: *A new source for the study of the judiciary and law of ancient Egypt: "the tale of the eloquent peasant"* in JNES, 1992, 1, 8; R. Taubenschlag: *the law of Greco-roman Egypt in the light of the Papyry*, Warsaw, 1955, 410 s.). In particolare, nella società ellenica si sono rinvenute testimonianze di forme di garanzie reali che potevano prevedere o non prevedere anche lo spossessamento del debitore. Le garanzie elleniche in assenza di spossessamento prendevano il nome di *hypotheca*, termine che poi è stato assorbito dall'ordinamento romano (anche se inizialmente con significato differente rispetto a quello successivamente attribuitogli) tramite la prassi dei tribunali romani nelle province orientali.

Con riferimento alla compravendita, la *lex commissoria* veniva considerata come una clausola accessoria, rispetto alla quale il venditore, nel caso in cui il prezzo concordato non fosse versato dal compratore entro un determinato termine, poteva ritenere il contratto mai concluso e trattenere per sé il bene oggetto del negozio. Il patto commissorio veniva fatto quindi rientrare tra i "*pacta adiecta*", ovvero quelle clausole aggiuntive che completavano il contratto, consentendo ad una parte il recesso dal contratto al verificarsi, successivamente alla sua conclusione, di particolari condizioni.

Vista la specifica funzione appena descritta, si trattava di una clausola che tutelava esclusivamente il venditore, consentendogli, in caso di inadempimento del compratore, di esercitare la *lex* ed invalidare l'intera pattuizione, come se non fosse mai stata conclusa³.

In tal senso quindi la *lex commissoria* assume il significato di patto a tutela della responsabilità contrattuale che, disciplinando l'eventualità dell'inadempimento dell'obbligazione principale del pagamento del prezzo, ne determinava le conseguenze⁴.

La maggior parte delle fonti in tema di *lex commissoria* si riferiscono proprio alla sua applicazione nell'ambito della compravendita.

Ad ogni modo, sussistono testimonianze dell'utilizzo di tale pattuizione anche nell'ambito dell'istituto della *fiducia cum creditore*.

³ Secondo una prima versione interpretativa tale da seguire la dottrina sabiniana, la *lex commissoria* nell'ambito della compravendita aveva la funzione di condizione sospensiva, o meglio, di patto risolutivo sottoposto a condizione sospensiva (cfr.: M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, 1990, 552; A BURDESE, *Manuale di Diritto Privato Romano*, VI ed. Torino, 2000, 521). Secondo altra interpretazione, invece, tale fattispecie doveva qualificarsi come empio pura, subito produttiva di effetti, anche se soggetta agli effetti di una clausola accessoria di natura risolutiva in caso di inadempimento all'obbligo di pagamento del prezzo (cfr. V. ARANGIO RUIZ, *La compravendita nel diritto Romano*, Napoli 1990, 413).

⁴ In tal senso, A. BISCARDI, *La lex commissoria nel sistema delle garanzie reali*, in *Studi onore di Emilio Betti*, Milano, 1962, 576.

In base a quest'ultima figura, derivante dalla proprietà fiduciaria⁵, che rappresenta il più arcaico esempio nel diritto romano di negozio giuridico ad effetti reali, il fiduciante trasferisce al fiduciario la proprietà di una res Mancipi⁶, per ottenere un certo scopo che costituisce la *ratio* del trasferimento, descritto nel *pactum fiduciae* con natura obbligatoria, nel quale il fiduciario si obbliga, appunto, a ritrasferire il bene al fiduciante all'avverarsi dello scopo alla base della pattuizione.

Dal punto di vista strutturale, dunque, tale negozio era composto di due elementi essenziali: il trasferimento della proprietà di una res dal debitore al creditore a garanzia della consegna di una certa somma di denaro; il *pactum fiduciae*, con efficacia obbligatoria, in base al quale il creditore si obbligava a ritrasferire il bene al debitore una volta ottenuta la restituzione della somma prestata.

Se da un punto di vista tecnico, tale figura non poteva ritenersi rientrante nei diritti reali di garanzia, poiché non produceva un vero e proprio ius in re aliena da parte del creditore, che in effetti risultava il pieno proprietario del bene, dal punto di vista pratico, però, consentiva di conseguire un risultato del tutto simile a quelli ottenuti con altri diritti reali di garanzia⁷.

⁵ Più specificatamente, nel diritto romano arcaico il negozio fiduciario si era sviluppato in due varianti: la *fiducia cum amico*, impiegata per realizzare operazioni economiche quali il deposito, il comodato o simili, e la *fiducia cum creditore*, che verrà maggiormente presa in considerazione nel prosieguo, utilizzata quale garanzia di un rapporto di credito sottostante (cfr. N. BELLOCCI, *La struttura della fiducia, riflessioni intorno alla forma del negozio dall'epoca arcaica all'epoca classica del diritto romano*, Napoli 1983, 1).

⁶ Secondo il diritto romano le res Mancipi indica erano una classe di beni giuridici che, in epoca arcaica, erano considerati di maggior valore, quali i fondi e gli immobili ubicati sul territorio italiano, le servitù prediali, gli schiavi e gli animali più preziosi, individuati come quelli che potevano esser domati sul collo o sul dorso (come i cavalli, i buoi o gli asini), secondo l'elencazione che ne fa Gaio nelle sue Istituzioni di Diritto Romano. La proprietà di tali beni poteva essere trasferita esclusivamente con la Mancipatio, negozio solenne ed arcaico al cui esercizio erano legittimati esclusivamente i cives romani (solo successivamente concesso anche ai Latini).

⁷ M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano 1990, 552.p

Per tale ragione, proprio in quanto la proprietà della res veniva attribuita, anche se temporalmente, al creditore, esso è considerato la figura più arcaica di garanzia reale nel diritto romano.

Trattandosi di una figura arcaica, il materiale a disposizione è estremamente esiguo⁸. Ad ogni modo, buona parte della dottrina ha ritenuto che proprio rispetto alla fattispecie in esame avesse trovato applicazione, in origine, la *lex commissoria*, tanto che il successivo utilizzo di quest'ultima nell'ambito della compravendita fosse derivato proprio dal suo uso nel patto fiduciario.

In sostanza, la *lex commissoria* avrebbe svolto la funzione di clausola del *pactum fiduciae*, consentendo di fatto il pignoramento della res nell'ipotesi in cui il debitore non adempisse all'obbligo restitutorio della somma mutuatagli.

Secondo un simile schema, il creditore veniva liberato dall'obbligo restitutorio verso il debitore nell'ipotesi di inadempimento di quest'ultimo, nonché da qualsiasi tipo di responsabilità sul bene consegnatogli fiduciariamente.

Ad ogni modo, il creditore non era costretto, per ottenere il soddisfacimento del proprio credito, a trattenere la res consegnatagli in proprietà fiduciaria. La *lex commissoria* collegata al *pactum*, infatti, costituiva una mera condizione sospensiva posta a vantaggio del creditore, con la conseguenza che quest'ultimo poteva, alternativamente, a scelta, sfruttare il *pactum*, e, quindi, soddisfare le sue pretese sul bene consegnatogli, oppure esercitare l'*actio crediti* per ottenere non già la res, ma lo specifico adempimento dell'obbligazione alla base del negozio traslativo⁹.

Il creditore aveva, quindi, di fronte due alternative per soddisfarsi: da un lato trattenere la res già trasferitagli in proprietà fiduciaria, dall'altro esercitare l'*actio crediti* ritenendo nelle more il bene.

⁸ Cfr. A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino, 1949, 13. Secondo l'Autore, andrebbe ravvisato un riferimento alla *lex commissoria* nella fiducia cum creditore nella rubrica della Pauli Sententiae II, 13 (de lege commissoria).

⁹ Cfr. A. BURDESE, *lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, cit. 22.

Con questa applicazione, dunque, di fatto, la *lex commissoria* veniva ad assumere la funzione di negozio con carattere solutorio, a totale tacitazione delle pretese creditorie, alternativo rispetto alla tutela giurisdizionale.

Infatti, con l'attribuzione a titolo satisfattivo della res in proprietà al creditore, quest'ultimo non poteva più ricorrere all'azione giudiziaria ma otteneva pieno soddisfacimento delle proprie pretese assumendo la titolarità del bene.

Ovvio che tale sistema fosse favorevole esclusivamente per il creditore, in quanto, laddove la somma mutuata al debitore fosse stata inferiore al reale valore del bene fiduciariamente venduto, il creditore, trattenendone la proprietà, otteneva un innegabile vantaggio ai danni dell'altra parte¹⁰.

Un simile svantaggio per la posizione del debitore era – si ripete – frutto di una interpretazione ancora arcaica dei rapporti obbligatori, con effetto sanzionatorio e penalizzante per la parte non in grado di rispettare gli oneri a suo carico.

L'evoluzione storica e sociale della civiltà e lo sviluppo degli scambi e dei traffici commerciali, con il tempo, hanno fatto sorgere l'esigenza, nell'ambito della società romana, di figure giuridiche maggiormente fluide a tutela delle transazioni economiche, al fine di facilitare la circolazione del denaro nell'ottica dell'espansione del commercio, senza eccessive penalizzazioni a carico di coloro che erano in cerca di credito.

In tale ottica si inquadra l'introduzione della figura del *pactum vendendi* secondo cui il creditore fiduciario, in caso di inadempimento del debitore, poteva vendere la res consegnatagli in garanzia e trattenerne un ammontare corrispondente al proprio credito, restituendo al debitore il ricavato residuo¹¹.

¹⁰ Cfr. V. LOJACONO, Il patto commissorio nei contratti di garanzia, Torino, 1952, 4 s

¹¹ A. BURDESE, *lex commissoria* e *ius vendendi* nella fiducia e nel pignus, cit. 25; M. TALAMANCA, Istituzioni di diritto romano, cit. 477.

Tale pattuizione si rivelava ben più equa per entrambe le parti, in quanto il creditore poteva rientrare della somma prestata in caso di inadempimento, rivalendosi sulla *res*, ma di converso il debitore avrebbe potuto pretendere la restituzione del residuo del ricavato della vendita del bene, all'esito dei congruagli operati dalle parti.

Quindi, rispetto alla clausola della *lex commissoria*, non si verificava una traslazione della proprietà della *res* a prescindere dal suo reale valore, ma si operava una compensazione dei crediti, di modo che ove il ricavato della vendita fosse superiore alla somma mutuata, il debitore poteva ottenerne il residuo, ove invece dalla vendita veniva ricavato un importo inferiore al prestito inizialmente effettuato, il creditore conservava il diritto di rivalersi sul debitore per la parte residua (c.d. "*superfluum*").

Visti gli evidenti vantaggi introdotti dalla nuova figura, la *lex commissoria* venne lentamente abbandonata nell'ambito dei rapporti di garanzia e sostituita dal nuovo *pactum*.

Veniamo ora ad esaminare l'utilizzo della *lex commissoria* nell'ambito del *pignus*.

Quest'ultimo istituto ha avuto un'ampia diffusione nell'esperienza del diritto romano, andando lentamente a sostituire la figura della più arcaica fiducia *cum creditore*.

La differenza fondamentale esistente tra tali due istituti va individuata nel fatto che mentre nel negozio fiduciario si verifica l'immediato trasferimento della

proprietà della res, sia pure limitato al termine per l'adempimento concesso al debitore, nel *pignus*¹² ciò non si verifica necessariamente¹³.

In sostanza, nel *pignus* la proprietà dei beni rimane al debitore, che ne conserva anche la disponibilità, generalmente, salvo poi perderne il possesso in caso di inadempimento all'obbligo restitutorio, ove tali beni vengono presi in possesso dal creditore che, però, non ne acquisisce la proprietà ma li conserva per pretendere coattivamente dall'altra parte il corretto adempimento.

Nel I sec. a. C. con l'introduzione dell'*Actio Serviana* il creditore acquisisce la facoltà di rivendicare il possesso del bene dato in pegno verso qualsiasi detentore successivo. Ciò consente di configurare il *pignum* quale *ius in re aliena*, poiché il creditore ottiene lo *ius sequelae* sul bene in garanzia¹⁴.

In ogni caso, il creditore non ha alcuna facoltà di godere del bene nell'intervallo di tempo che precede la scadenza del termine per l'adempimento concesso al debitore.

¹² Il termine latino *pignum* origina da "pugno", che nelle fonti (cfr. alcuni passi del Digesto) indica la dazione materiale della res,. Cfr. B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*,. 434; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit. 81 s.

Le testimonianze più antiche di tale istituto risalgono al III sec. a.C. in cui vengono rinvenuti riferimenti al *pignum datum*, ovvero il pegno manuale, secondo cui il debitore in caso di inadempimento veniva spossessato del bene che veniva consegnato al creditore. Questa prima forma di pegno non poteva rientrare nello schema dei diritti reali di garanzia, in quanto il creditore non era titolare di uno *ius in re aliena*, ma era meramente possessore della res, esercitando in tal modo verso il debitore una mera costrizione indiretta all'adempimento. Successivamente si è sviluppato il *pignus conventum*, che prese successivamente il nome di *Hypotheca* ereditandolo dalla tradizione ellenica. A differenza del *pignum datum*, questa seconda figura si basava su un accordo tra debitore e creditore in base al quale il primo individuava dei beni mobili che, in caso di inadempimento, avrebbero dovuto essere consegnati al creditore che ne acquisiva il possesso.

¹³ Cfr. V. MANNINO, *Garanzie dell'obbligazione*, in *Dig. Disc. Prov. Sez. civ. VIII*, Torino, 1992, 614 s.

¹⁴ Si tratta, in ogni caso, sempre di una tutela possessoria in favore del creditore. Cfr. P. Frezza, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit. 81 s.

Per rendere, quindi, tale tipologia di garanzia maggiormente efficiente, in età classica è invalso l'uso nell'ambito del *pignum* della *lex commissoria*¹⁵.

Conseguentemente, il *pactum commissorio* è stato utilizzato come clausola accessoria che consentiva al creditore di appropriarsi dei beni dati in pegno in caso di inadempimento del debitore.

Secondo la maggior parte della dottrina, in tal modo la *lex commissoria* diveniva una condizione sospensiva¹⁶ che consentiva, in caso di inadempimento, la ritenzione della res da parte del creditore, in tal modo snaturando lo stesso significato dell'istituto del *pignum* e mutandolo nello scopo di consentire al creditore la soddisfazione del credito con l'appropriazione del bene.

La struttura dell'istituto veniva quindi mutata con l'utilizzo al suo interno della *lex commissoria*, in quanto veniva previsto anticipatamente l'effetto solutorio che, in caso di inadempimento del debitore, la traditio del bene dato in pegno veniva ad assumere per il creditore¹⁷.

Anche in questo caso, come nel precedente istituto esaminato della fiducia *cum creditore*, quest'ultimo aveva la facoltà di decidere alternativamente se soddisfarsi, in caso di inadempimento, mediante la ritenzione del bene dato in pegno, secondo lo schema della *lex commissoria*, ovvero se fare ricorso alla tutela giurisdizionale per far valere il proprio diritto di credito¹⁸.

¹⁵ In realtà sussistono pochissime testimonianze nei testi romani dell'introduzione della *lex commissoria* nell'ambito del pignus. La dimostrazione più significativa di tale utilizzo può ravvisarsi nello stesso divieto, disposto dalla costituzione di Costantino nel 326 d.C., del patto commissorio in relazione al pegno.

¹⁶ Cfr. A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, 111 e s.

¹⁷ Nel caso di *pignum datum* l'effetto appena descritto si otteneva sin dal momento della traditio del bene. Nel caso del *pignum conventum*, in cui la traditio avveniva solo dopo il verificarsi dell'inadempimento, il medesimo effetto si otteneva, invece, successivamente ad esso.

¹⁸ Cfr. P. Frezza, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit. 225. Secondo l'Autore la *lex commissoria* nell'ambito del *pignus* va considerata una convenzione che gli consente, in caso di inadempimento, di esercitare il diritto di appropriarsi del pegno. In ogni caso il creditore non perde il diritto di credito: al verificarsi della condizione egli può esercitare alternativamente il diritto di pegno o il diritto di credito.

Nell'evoluzione storica, anche rispetto al *pignum* è invalso l'uso di introdurre in via pattizia lo *ius vendendi* sulla res data in pegno in caso di inadempimento.

Per le medesime ragioni già evidenziate in tema di fiducia *cum creditore*, tale schema negoziale è divenuto nel tempo preminente, causando il disuso della *lex commissoria* applicata al *pignum*.

Lo *ius vendendi*, infatti, consentiva al venditore di vendere la res e di trovare soddisfazione al proprio credito ritenendo il corrispettivo della vendita nella misura corrispondente alla somma prestata, mentre il creditore poteva quantomeno recuperare, eventualmente, la somma residua una volta operati i dovuti conguagli.

Il creditore, per esercitare in modo regolare e valido lo *ius vendendi*, doveva compiere la *denuntiatio* verso il debitore, ovvero avvertirlo formalmente della sua intenzione di alienare il pegno una volta concretizzatosi l'inadempimento. In tal modo, veniva consentito al debitore di assistere alle operazioni di vendita, mentre il creditore era tutelato formalmente, avendo alienato il bene secondo le regole stabilite dall'ordinamento all'epoca in vigore¹⁹.

Nell'eventualità in cui il creditore non fosse riuscito ad alienare il bene ad un prezzo equo, egli poteva richiedere all'Autorità statale un provvedimento con cui gli veniva riconosciuto il possesso della *res iure dominii*. Secondo tale istituto, denominato *impetratio dominii*, si determinavano, in sostanza, i medesimi effetti della *lex commissoria*, con il trasferimento al creditore della proprietà del bene inizialmente dato in pegno.

Con il tempo, lo *ius vendendi*, da strumento alternativo alla *lex commissoria*, è divenuto un elemento tipico del *pignum*, grazie alla sua struttura che consentiva un contemperamento più equo degli interessi delle parti nella pattuizione negoziale.

¹⁹ A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, cit. 160.

1.1.3. Il divieto del patto commissorio dall'età intermedia fino al codice del 1865.

Alla luce di quanto già rappresentato nel paragrafo precedente, è emerso come l'elaborazione giuridica degli istituti delle garanzie reali abbia portato ad un perfezionamento dei singoli schemi negoziali da un lato creando soluzioni tali da consentire una tutela più agevole per il creditore, dall'altro lato cercando di temperare anche gli interessi del debitore, inizialmente colpito da provvedimenti di tipo essenzialmente sanzionatorio.

Per tale ragione, la *lex commissoria*, che nella sua struttura più pura comportava a carico del debitore esclusivamente forti penalità e nessuna attenzione per i suoi interessi (come si è visto, l'effetto traslativo della proprietà del bene oggetto della pattuizione avveniva a prescindere dal suo reale valore e senza previsione di alcun conguaglio), dapprima veniva soppiantata da altri schemi negoziali, tra cui, in particolare, il *pactum vendendi*, e, successivamente, giudicata addirittura nociva nell'ambito delle transazioni commerciali.

La *lex commissoria* cade definitivamente in disgrazia con la formalizzazione del suo divieto inserita nel codice di Costantino del 324 d.C., che stabilisce (traduzione): *“poiché tra i vari patti capziosi emerge principalmente l'asprezza del patto commissorio, piace sanzionare la nullità e abolirne ogni memoria in futuro. Pertanto, se qualcuno è oppresso da tale patto, respiri grazie a questa sanzione, che con i patti passati colpisce anche i presenti e li proibisce per il futuro, i creditori perduta la cosa, comandiamo che ricevano in restituzione ciò che dettero”*.

Il divieto di ricorrere alla *lex commissoria* viene confermato anche nel Codice di Giustiniano con riferimento al *pignum*.

Poiché, appunto, nel Codex Giustiniano viene vietato il ricorso al *pactum commissorio* nel *pignum*, la dottrina maggioritaria sostiene che un simile divieto andasse riferito a tutte le figure di garanzia reale introdotte nell'autonomia privata²⁰.

Ulteriore elemento di una certa rilevanza va ravvisato nel fatto che il divieto di patto commissorio inizialmente contenuto nella costituzione di Costantino avesse efficacia retroattiva, con la finalità di eliminare ogni ricordo di tale istituto.

Il creditore che aveva già ricevuto la res dal debitore, pertanto, era obbligato a restituirla, mentre il debitore era tenuto alla restituzione della somma ricevuta secondo le regole del rapporto creditizio.

La ratio di una simile “damnatio” della figura della *lex commissoria* deve individuarsi, oltre che nell'evoluzione commerciale che aveva portato, come si è visto, a fattispecie di tutela del creditore ben più pratiche, eque e al passo con le esigenze economiche, anche nella influenza che la costituzione di Costantino aveva subito dalla dottrina del cristianesimo.

La religione cristiana, infatti, e la dottrina ad essa collegata avevano provocato notevoli cambiamenti nell'ambito del diritto romano, al fine di adattarlo alla nuova morale, al fine di far coincidere l'etica pubblica con i principi religiosi, portando all'eliminazione di quegli istituti di diritto ritenuti maggiormente iniqui e tali da provocare sperequazioni sociali²¹.

Codificato il divieto di *lex commissoria*, la prassi negoziale romana, sulla medesima strada evolutiva che aveva portato alla creazione dello *ius vendendi* per rendere maggiormente proficui i rapporti reali di garanzia, ha iniziato ad individuare figure che fossero, nella struttura, simili al *pactum commissorio*

²⁰ Cfr. C.M.BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, 89.

²¹ In tale ottica, oltre al divieto della *lex commissoria*, iniqua per i possibili effetti a carico del debitore, si inquadra anche il divieto della pratica dell'usura, nonché la riprovazione pubblica per una simile figura.

quanto alla sua funzione, ma comunque in grado di superare le problematiche di iniquità che un simile istituto aveva portato a svantaggio del debitore.

All'esito di questo cammino, viene creato il negozio denominato patto Marciano, dal nome di colui che per primo ebbe ad ipotizzarlo, ovvero il giureconsulto Elio Marciano, il quale, nel III sec. d.C. ritenne lecito il trasferimento al creditore di un bene oggetto di *pignum o hypotheca* in caso di inadempimento del debitore, laddove, però, tale translatio venisse accompagnata da una stima del valore del bene da effettuarsi dopo la scadenza del termine per l'adempimento ad opera di un terzo estraneo al rapporto contrattuale, e prevedesse altresì l'obbligo, a carico del creditore, di restituire al debitore la somma in eccesso, una volta detratto l'importo mutuato²².

Grazie all'introduzione della clausola di stima in una struttura negoziale molto vicina a quella prevista dalla *lex commissoria*, se da un lato il creditore poteva avvantaggiarsi dell'effetto traslativo caratteristico del pactum commissorio, dall'altro lato il debitore veniva protetto dal rischio di un ingiustificato arricchimento del creditore che, con la stima del bene, avrebbe potuto ottenere esclusivamente un importo corrispondente al suo credito, restituendo l'eccesso alla controparte.

In tal modo, si ottiene il superamento delle problematiche di iniquità connesse all'originario pactum commissorio, senza però eliminare totalmente quegli elementi dell'istituto che ne consentivano un pratico utilizzo nell'ambito dell'autonomia negoziale con funzione di garanzia reale.

Se da un lato, quindi, inizia a diffondersi il patto marciano, dall'altro lato l'istituto della *lex commissoria* continua ad essere formalmente vietato dal Legislatore romano quale forma di garanzia reale, sino alla definitiva dissoluzione dell'impero romano d'occidente, anche se parte della dottrina nutre dubbi sull'effettiva scomparsa dell'istituto nella prassi commerciale, considerato

²² Cfr. M. EBNER, voce *Patto Marciano* in *Enc. Giur. Treccani*, XXV, Roma, 2007, 1.

che, con la crisi dell'impero, la garanzia concessa al creditore con l'appropriazione del bene risultava irrinunciabile elemento di certezza e di facile utilizzo pratico per il recupero di crediti oggetto di inadempimento²³.

Nel corso del medioevo si hanno comunque poche notizie di tale figura negoziale, anche se la *lex commissoria* sembrerebbe riaffiorare parzialmente in istituti di diritto germanico e longobardo²⁴.

Nell'alto medioevo, però, il rifiorire dello studio del Corpus Iuris Civilis Giustiniano portò alla riscoperta delle ragioni del divieto della *lex commissoria* nelle garanzie reali, tant'è che detto divieto risulta poi riconfermato in un decreto del papa Innocenzo III datato 1198.

L'evoluzione storica degli istituti relativi alle garanzie reali nel passaggio dall'epoca medievale all'epoca moderna, sulla scorta del divieto di patto commissorio, ha portato, negli ordinamenti europei, all'elaborazione del principio secondo cui, in caso di inadempimento del debitore, la soddisfazione del creditore dovesse necessariamente passare per una procedura giudiziale devoluta alla forza pubblica.

Dimostrazione di quanto appena affermato si rinviene nel diritto civile tedesco e, soprattutto, in quello francese. In tale ultimo ordinamento l'intervento dell'autorità giudiziaria nelle esecuzioni immobiliari ha reso del tutto inutile la formalizzazione di un divieto di patto commissorio in materia ipotecaria, consentendo peraltro l'introduzione, nel codice processuale civile, della nullità di eventuali accordi volti a creare garanzie reali negoziali in deroga alle procedure esecutive codificate dalla legge.

²³ Cfr. E. BESTA, *I diritti sulle cose nella storia del diritto romano*, Milano, 1964, 265 s.

²⁴ Si pensi alla figura della *datio in affiduciatum*, in base a cui il debitore cedeva al creditore la titolarità di un bene con condizione risolutiva dell'effettivo adempimento dell'obbligazione oggetto della garanzia, ovvero la *Altere Satzung*, secondo cui il debitore concedeva il possesso di un bene al creditore che poteva goderne i frutti, per poi acquisirne la definitiva proprietà in caso di inadempimento.

Alla stregua di tale orientamento, e traendo gli insegnamenti del divieto romanistico della *lex commissoria*, la maggior parte dei codici nazionali del XIX secolo prevedevano il divieto di patto commissorio e/o la codificazione di procedure esecutive giudiziali quali unici strumenti per ricorrere al soddisfacimento di crediti su garanzie reali previsti dall'ordinamento²⁵, escludendo quindi in tali ambiti il ricorso all'autonomia privata.

Tornando all'esperienza italiana, il codice del 1865 ha tratto notevoli spunti dal Code Napoleon, specie in relazione alle garanzie reali.

Nel Codice francese il divieto di patto commissorio era stato reiterato sia in relazione al pegno che rispetto all'anticresi²⁶

Con riferimento all'ipoteca, non veniva introdotto un divieto di patto commissorio, in quanto la soddisfazione del creditore veniva inderogabilmente affidata alle procedure esecutive giudiziali codificate, e sottratta all'autonomia privata, con la conseguenza che non si riteneva affatto necessario specificare il divieto di patto commissorio.

Né veniva inserito il divieto di tale patto ex intervallo, e cioè successivamente alla formazione della garanzia reale.

Conformemente al Code Napoleon, anche il nostro Codice del 1865 riporta il divieto di patto commissorio con riferimento al pegno (art. 1884 co. 2 c.c.) e all'anticresi (art. 1894 c.c.).

Allo stesso modo, nel Codice di Commercio del 1882, all'art. 459, veniva prevista la nullità di qualsiasi patto che autorizzi il creditore ad appropriarsi del bene ricevuto in pegno.

Il Codice 1865, però, non inserisce il divieto di patto commissorio in caso di ipoteca o di pactum ex intervallo.

²⁵ Cfr. E. DE BELVIS, *L'esecuzione privatizzata*, Napoli, 2018, 171. L'Autore inquadra i rapporti tra divieto di patto commissorio e inderogabilità delle norme sull'esecuzione forzata.

²⁶ Cfr. in proposito gli artt. 2078 e 2088 del Code Napoleon.

Si noti, però, che la mancanza di divieto di pactum commissorio in relazione all'ipoteca non aveva come contropartita – come nell'esperienza francese – una chiara codificazione delle procedure esecutive giudiziali come inderogabili nel codice di procedura civile. Una simile situazione provocava un evidente e rischioso vuoto normativo, consentendo all'autonomia negoziale di organizzare operazioni di trasferimento della titolarità di beni a scopo di garanzia indipendentemente dalla formalizzazione di garanzie reali tipiche²⁷.

Il Codice del 1865, peraltro, aveva recepito dal Diritto Romano, negli artt. 1511 - 1512 c.c., il patto commissorio tacito nell'ambito della compravendita, da interpretarsi come una condizione risolutiva tacita nell'ipotesi in cui la controparte fosse inadempiente all'obbligo di pagamento del prezzo. Lo stesso schema risolutivo tacito veniva, peraltro, inserito in via generale per tutti i contratti sinallagmatici nell'art. 1165 c.c..

Le lacune presenti nel Codice del 1865 quanto al divieto di patto commissorio, portarono a notevoli problematiche nella materia immobiliare, con la formazione di ampia giurisprudenza nell'ambito di patti commissori "ipotecari" aventi ad oggetto immobili, attuati con negozi giuridici come la vendita con patto di riscatto o la retrovendita, al fine di dissimulare il patto vietato.²⁸

Per coprire le problematiche sottese al vuoto normativo, la Giurisprudenza ebbe ad estendere il divieto anche a fattispecie di patto commissorio immobiliare, sulla base del principio secondo cui le ragioni del divieto, volte alla tutela del debitore, dovessero valere ed essere applicate anche nella materia dei mutui ipotecari, consentendo in tal modo l'estensione analogica del predetto divieto anche alle ipotesi non disciplinate legislativamente.

²⁷ Cfr. M. BUSSANI, *Patto commissorio, proprietà e mercato. Appunti per una ricerca*, in R. crit. D. priv. 1997, 113.

²⁸ Cfr. C.M. BIANCA, *Il divieto di patto commissorio*, cit. 73.

Malgrado un simile tentativo da parte della Giurisprudenza di merito di tutelare fattispecie non protette a protezione del debitore, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite con la pronuncia del 28.7.1923 ebbe a ribaltare l'indirizzo delle Corti, statuendo che, sulla base del divieto di interpretazione analogica previsto dall'art. 4 delle disp. Prel. c.c., il patto commissorio immobiliare dovesse ritenersi valido poiché non espressamente vietato, con conseguente obbligo di interpretazione restrittiva del divieto stesso, quale norma di carattere speciale, con ambito di applicazione, pertanto, limitato esclusivamente alle pattuizioni commissorie per cui esso era previsto, quindi per il solo pegno e l'anticresi.

Dopo un ventennio di dibattiti, con una nuova pronuncia, la Suprema Corte, il 16.4.1945 riaffermò, invece, l'illiceità del patto commissorio ipotecario ed immobiliare, riprendendo le medesime motivazioni in passato utilizzate dalle Corti di Merito per sostenere detto divieto.

In aggiunta a tale orientamento, il divieto traeva supporto anche dalla norma espressa nel nuovo art. 2744 del Codice Civile del 1942, entrato in vigore, che prevedeva il divieto del patto commissorio ipotecario, indice del divieto di detto patto come principio generale in materia di garanzie reali.

Con la pronuncia a Sezioni Unite n. 1037, la Corte di Legittimità, il 1.7.1947

Riproponeva, invece, la precedente interpretazione restrittiva, limitando il divieto di patto commissorio alle sole fattispecie di pegno ed anticresi.

In sostanza, dunque, la codificazione del 1865 aveva creato due significative problematiche, relative alla mancata formulazione del divieto di patto commissorio ipotecario, ovviamente connesso, poi, al patto commissorio immobiliare, e del divieto di patto commissorio concluso successivamente alla costituzione della garanzia tipica.

1.1.4. La disciplina del codice del 1942.

Le problematiche che avevano accompagnato la codificazione ottocentesca, che sono state ricordate nel paragrafo che precede, ebbero modo di riproporsi in tutta la loro forza nel corso dei lavori preparatori al codice civile del 1942, come si evince anche dalla relazione del Guardasigilli al testo del libro VI, in cui il divieto di patto commissorio veniva descritto come una *“questione molto controversa”*²⁹.

La soluzione legislativa³⁰ scelta, alla fine, fu quella di estendere il divieto anche al patto commissorio ipotecario e di sancire la nullità anche per il patto ex intervallo, ovvero, come si è già visto, quell'ipotesi in cui il negozio commissorio viene stipulato dalle parti in un momento successivo³¹ alla costituzione della garanzia reale tipica.

La norma di riferimento, inserita nel nuovo Codice Civile, che contiene le disposizioni appena descritte, è quella dell'art. 2744.

Detto articolo prevede essere *“nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore. Il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno”*.

Le ragioni dell'estensione del divieto anche all'ipotesi di ipoteca riposano essenzialmente nell'identità di ratio rispetto al patto commissorio pignoratizio:

²⁹ Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942, Libro VI, Roma, 1943, p. 260: *“una questione molto controversa risolve l'art. 2744, il quale sancisce anche per l'ipoteca il divieto del patto commissorio, che il codice del 1865 stabiliva solo con riguardo al pegno e all'anticresi. Le ragioni che giustificano tale divieto per il pegno sussistono del pari per l'ipoteca. Per altro, sotto l'impero del codice precedente, un'autorevole corrente dottrinale, in contrasto con la giurisprudenza della corte di cassazione, riteneva che in tema d'ipoteca il divieto fosse egualmente applicabile.*

³⁰ Per un'ampia disamina dei lavori preparatori al codice civile del 1942 cfr. M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., 86 s

³¹ Con riguardo alle osservazioni in sede di lavori preparatori del Prof. Leonardo Coviello cfr. ancora M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 89 s., in particolare per le critiche a tale argomentazione, in dottrina v. 00.

in entrambe le fattispecie il legislatore ha voluto tutelare il debitore dal possibile profittamento del creditore ai suoi danni.

D'altra parte, laddove consentito, il patto commissorio avrebbe costituito un pericolo evidente per il sistema del credito ipotecario, poiché l'effetto traslativo a favore del creditore garantito avrebbe frustrato le ragioni di tutela dei creditori ipotecari di grado successivo.

Il divieto di patto commissorio è poi espressamente disciplinato, in materia di anticresi, dall'art. 1963 c.c., secondo cui è vietato: *"...qualunque patto, anche posteriore alla conclusione del contratto, con cui si conviene che la proprietà dell'immobile passi al creditore nel caso di mancato pagamento del debito"* ³².

Con il contratto di anticresi, ex art. 1960 c.c., le parti danno vita ad una garanzia di natura personale³³, che tuttavia trova attuazione nella consegna di un bene immobile al creditore affinché quest'ultimo possa percepirne i frutti e imputarli agli interessi, se dovuti, o al capitale³⁴.

È evidente, in questo caso, come, a prescindere dalla natura della situazione giuridica soggettiva costituita mediante la conclusione di tale contratto, l'esecuzione del medesimo e, quindi, l'attuazione della funzione di garanzia, sia incentrata sul trasferimento al creditore del possesso di un bene del debitore.

³² Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942, Libro IV, Roma, 1943, p. 174: *"infine si è riprodotto per l'anticresi, come per ogni altra garanzia avente per oggetto una cosa, il divieto del patto commissorio (art. 1963). Qui, come per il pegno e per l'ipoteca (art. 2744), si è colpito il patto anche se intervenuto posteriormente alla conclusione del contratto. Buona parte della dottrina era per la validità del patto posteriore; ma non si è creduto di seguirla. Il debitore è sempre in uno stato di soggezione, prima e dopo. Le angustie anteriori al contratto deprimono la sua libertà di volere; ma dopo aver ottenuto il credito, egli deve alla sua estinzione, e, se gli è impossibile o difficile l'adempiere, vede profilarsi lo spettro della esecuzione forzata, che gli deprime ugualmente la libertà di determinazione"*.

³³ Il peculiare contenuto tipico del contratto di anticresi induce la dottrina ad attribuirvi una duplice funzione, in primo luogo di garanzia, ma in via subordinata anche satisfattiva del creditore, cfr. G. TUCCI, voce *Anticresi*, cit. 339 s

³⁴ F. MASTROPAOLO, *L'anticresi come contratto costitutivo di una garanzia*, cit., p. 707 s

In questo senso, l'assunzione da parte dell'anticresi di una forte nota di realtà sotto il profilo funzionale ha storicamente indirizzato la volontà dei codificatori ad assoggettare tale tipo contrattuale al divieto di patto commissorio³⁵.

Alla luce delle norme richiamate, relative al Codice del 1942, in tema di divieto di patto commissorio, anche nelle sue diverse estrinsecazioni giuridiche, è possibile affermare che l'intento del legislatore del 1942 fosse indubbiamente quello di introdurre un principio generale di tutela del debitore, maggiormente ampio e completo rispetto a quello precedentemente adottato nel codice del 1865 c.c., al fine di superare le lacune che quest'ultimo aveva provocato.

Ciononostante, fin dalla prima metà del '900, come emerge anche dall'analisi giurisprudenziale, molteplici sono stati i "patti commissori" utilizzati nella prassi negoziale, molti dei quali ben lontani dagli schemi tipizzati dal legislatore e vicini, invece, al modello dell'alienazione a scopo di garanzia³⁶.

A titolo meramente rappresentativo, una serie di pronunce giurisprudenziali non qualificavano come presupposti necessari per l'operatività del divieto ex art. 2744 c.c. la fissazione del termine per l'adempimento e l'esatta quantificazione dell'ammontare della somma mutuata.

Per quanto concerne il primo degli elementi indicati, è stata sostenuta più volte la nullità del patto aggiunto ad un mutuo che non preveda un termine per la restituzione della somma mutuata³⁷. Del pari, si è ritenuto che la mancata esatta individuazione sia dell'ammontare della somma mutuata sia di quella da

³⁵ M. FRAGALI, *Dell'anticresi*, cit., 194 s.

³⁶ N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., 50 s.

³⁷ Cfr. Cass. Civ., 11.3.1954 n. 696, in *Giust. Civ.*, 1954, 519 ss.; Cass. Civ., 3.6.1983 n. 3800, in *Foro it.*, 1984, I, 212, in *Giust. Civ.*, 1983, I, 2953 e in *Vita not.*, 1983, I, 600. In tal caso, la richiesta fatta al giudice per la fissazione di un termine ai sensi dell'art. 1817 c.c. e la successiva intimazione di pagamento valgono a mettere in mora il mutuatario per la restituzione, ma al mancato pagamento nel termine non farà seguito il trasferimento del bene, data la nullità del patto commissorio, così C. M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, op. cit., 97.

restituire, non incidessero sulla sussistenza del debito, che è l'unico elemento richiesto per la configurabilità del patto commissorio³⁸.

Ancora, l'operatività del divieto di cui all'art. 2744 c.c. è stata pacificamente ammessa dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritarie con riguardo al patto commissorio stipulato tra creditore e terzo proprietario del bene offerto in garanzia, ciò sul duplice rilievo secondo cui: da un lato, la legge non opera alcuna distinzione tra garanzia offerta dal creditore e garanzia offerta dal terzo; dall'altro, se il fine perseguito dalla norma è quello di scongiurare il pregiudizio sociale del prevalere di queste forme di garanzia e degli inconvenienti ad esse legati, non v'è motivo di distinguere tra le due ipotesi³⁹.

Discussa era – e continua ad essere – poi l'ammissibilità del c.d. patto commissorio obbligatorio ove, a differenza della fattispecie delineata dall'art. 2744 c.c., l'effetto reale non si produce automaticamente a seguito dell'inadempimento del debitore, ma viene mediato dal compimento di un ulteriore negozio (ovviamente quello traslativo) cui il debitore è obbligato per l'effetto dell'inadempimento medesimo. In sostanza, il patto commissorio obbligatorio costituisce una promessa di vendita del bene dato in garanzia subordinata all'inadempimento del debito garantito.

Secondo una parte della dottrina, rimasta minoritaria, il patto commissorio obbligatorio deve ritenersi lecito in quanto nella promessa di vendita manca quell'acquisto automatico della res “*senza alcuna altra formalità*” su cui si poggia invece l'art. 2744 c.c., e l'effetto traslativo opera *ex nunc* a seguito

³⁸ Cfr. Cass. Civ., 3.6.1983 n. 3800, in *Foro it.*, 1984, I, 212, in *Giust. Civ.*, 1983, I, 2953 e in *Vita not.*, 1983, I, 600; Cass. Civ., 5.8.1985 n. 4387, in *Giur. It., Mass.*, 1985, 833.

³⁹ Si veda G. M. PELLEGRINI, *In tema di alienazioni in garanzia e patto commissorio*, *Giur. It.*, 1991, I, 1208; G. AZZARITI, Nota a Cass. Civ., 3.06.1983 n. 3800, in *Giust. Civ.*, 1983, I, 2958; V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, in *Foro. It.*, 1989, I, 1428. In giurisprudenza cfr. Cass. Civ. 16.08.1990 n. 8325, in *Giur. It.*, I, 1208; Cass. Civ., 3.06.1983 n. 3800 in *Giust. Civ.*, 1983, I, 2958.

della conclusione del negozio traslativo cui è obbligato il debitore, ovvero a seguito della sentenza ex art. 2932 c.c.⁴⁰.

L'opinione maggioritaria⁴¹, invece, ritiene nullo anche tale patto sia perché l'esigenza di tutela del debitore e dei creditori concorrenti è la stessa, sia perché: "...il patto commissorio presenta, sia nel caso di un'efficacia reale che in quello di un'efficacia obbligatoria, l'identico contenuto, di attribuzione di un determinato bene a diretto soddisfacimento del creditore per l'eventualità che l'obbligazione non sia adempiuta"⁴². Del resto, come è stato correttamente osservato, nella promessa di vendita la mancanza di un automatico trasferimento di proprietà perde di rilievo a fronte della possibilità di un'esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c. che soddisfa integralmente l'interesse del creditore. Semmai l'unica differenza rispetto all'ipotesi del patto commissorio ad effetti reali risiede nel rischio che il debitore, con il patto commissorio obbligatorio, prima della scadenza dell'obbligazione alieni a terzi il bene oggetto della garanzia ⁴³.

⁴⁰ Così, G. STOLFI, *Promessa di vendita e patto commissorio*, in *Foro pad.*, 1957, I, 767.

⁴¹ Per la dottrina v. C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, op. cit., 177 ss. e 716; F. DALMAZZO, *Divieto del patto commissorio e promessa di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. Dir. comm.*, 1958, II, 180; M. FRAGALI, *Del mutuo*, in *Comm. Scialoja-Branca, sub. artt. 1813-1822*, II ed., 1966, 249; C. M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, op. cit., 98; U. CARNEVALI, *Patto commissorio*, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, 1982, 505; R. TRIOLA, *Il problema della liceità del c.d. patto commissorio obbligatorio*, in *Giur. Agr. it.*, 1989, II, 89. In giurisprudenza cfr. App. Venezia, 5.9.1916, in *Riv. Dir. comm.*, 1917, II, 706; App. Bari, 15.12.1955, in *Foro it.*, 1956, I, 1589; Cass. Civ., 24.6.1957 n. 2402, in *Giur. It.* 1958, I, 463, in *Riv. dir. comm.*, 1958, II, 180, con nota di F. DALMAZZO, *Divieto del patto commissorio e promessa di vendita a scopo di garanzia*, in *Giust. civ.*, 1957, I, 1960, con annotazione di R. GRANATA, in *Foro pad.*, 1957, I, 767, con nota di G. STOLFI, *Promessa di vendita e patto commissorio*, op. cit., p. 767; Trib. Firenze, 15.6.1966, in *Giur. It.*, 1967, I, 2, 508, in *Giur. tosc.*, 1967, 168, in *Riv. dir. comm.*, 1967, II, 157; Trib. Savona, 31.12.1980, in *Giur. mer.*, 1981, 599; Cass. Civ. 12.11.1982 n. 6005, in *Giur. it. Mass.*, 1982, 1438; Cass. Civ., 9.6.1986 n. 3815, in *Giur. it. Mass.*, 1986, 649. Tra i sostenitori della tesi dell'illiceità del patto commissorio obbligatorio non v'è, però, unanimità di vedute circa il tipo di invalidità che colpirebbe il trasferimento della proprietà attuato in sua esecuzione: secondo alcuni si tratterebbe di annullabilità per errore di diritto (ossia per erronea convinzione circa la doverosità giuridica del patto); secondo altri, invece, si tratterebbe di nullità per mancanza di causa (attesa la illiceità del patto che si vuole eseguire).

⁴² Cfr. C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, op. cit., 183 ss

⁴³ Così si esprime M. IACUANIELLO BRUGGI, voce *Patto Commissorio*, op. cit., 2

Come già evidenziato in precedenza, la disposizione contenuta nell'ultimo inciso dell'art. 2744 c.c. (e, parallelamente dell'art. 1963 c.c.) ha, invece, posto definitivamente fine alla tormentata questione sulla liceità del patto commissorio *ex intervallo*, che, secondo quanto già ricordato, aveva animato il dibattito degli interpreti nel vigore del codice previgente⁴⁴.

Se allora la pattuizione commissoria stipulata successivamente alla costituzione della garanzia reale era dai più ritenuta valida, oggi ne è indiscussa la nullità⁴⁵.

Deve, tuttavia, darsi atto all'interno della dottrina maggioritaria delle posizioni⁴⁶ di chi esclude la configurabilità del patto commissorio nell'ipotesi di vendita della res successiva alla costituzione della garanzia, stipulata prima o dopo la scadenza del debito, con la contemporanea estinzione della garanzia, e sempre che si tratti di vendita reale. Questi stessi autori, però, finiscono con l'ammettere la possibilità che dietro simili pattuizioni si celi un patto commissorio vietato, soprattutto se si considera che la progressiva dilatazione della norma oltre i confini che le sono propri ha indotto gli interpreti a considerare nulle anche le pattuizioni commissorie slegate dal rilascio di una garanzia reale tipica (c.d. patto commissorio autonomo). Al contrario, sembra più

⁴⁴ Sul punto, per il codice civile abrogato v. per tutti B. BRUGI, *Patto commissorio ex intervallo*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, II, 396 ss.; E. ENRIETTI, *Patto commissorio ex intervallo*, in *Riv. dir. priv.*, 1939, I, 21 ss.; nonché i riferimenti di V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, op. cit., p. 49 ss.; C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio* op. cit., 206.

⁴⁵ In questi termini, *inter alia*, C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio* op. cit., p. 206 s.; C. M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, p. 111 ss., che adducono differenti *rationes* ispiratrici della norma. Per la giurisprudenza v. Cass. Civ., 31.7.1954, in *Foro pad.*, 1955, I, 1034, secondo la quale il patto è nullo pure se convenuto in occasione della concessione di una proroga alla scadenza dell'obbligazione garantita; Cass. Civ., 30.4.1952 n. 1207, in *Foro it.*, 1953, I, 49; Cass. Civ., 18.2.1955 n. 486, in *Giur. it. Mass.*, 1955, 106; Cass. Civ., 21.7.1956 n. 2828, in *Giur. it. Mass.* 1956, 590, che affrontano il problema del carattere innovativo o meno della disposizione; in tema v. anche Cass. Civ., 2.4.1979 n. 1868, in *Giur. it. Mass.*, 1979, 495.

⁴⁶ V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, op. cit., 80 ss.; C. M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, op. cit., 112. Contra M. D'AMELIO, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale: disposizioni generali*, in *Comm. D'Amelio Finzi*, libro *Della tutela dei diritti*, Firenze, 1943, 453.

pacificamente esclusa la configurabilità del patto commissorio nell'ipotesi della consegna (o dell'obbligo di consegna) del bene in pagamento avvenuta dopo la scadenza del debito, giacché in tali ipotesi sembrerebbe più corretto parlare di *datio in solutum*⁴⁷.

Il problema della forma del patto ex art. 2744 c.c. non ha, invece, destato particolare attenzione da parte della dottrina, probabilmente perché, come è stato osservato, si tratterebbe di uno sforzo interpretativo eccessivo, quando non anche inutile, accertare quale forma deve rivestire un patto destinato alla declaratoria di nullità. Ciononostante, si è ritenuto che quantomeno il patto commissorio che accede alla garanzia ipotecaria debba rivestire forma scritta *ad substantiam* ex art. 1340 c.c.⁴⁸

Sebbene sia indubbio che con la codificazione del 1942 si siano compiuti significativi passi avanti nel tentativo di superare le incertezze interpretative in ordine alla struttura ed all'ambito di applicazione del divieto di cui all'art. 2744 c.c. ereditate dalle lacune ravvisate nel precedente codice, l'attuale formulazione della norma deve ritenersi ancora inadeguata a ricomprendere tutte quelle fattispecie che, stando alla logica dell'ordinamento e come dimostrato dalle istanze della prassi, sono suscettibili di ricadere nell'orbita del divieto.

Emblematica è in tal senso l'osservazione secondo cui non vi sarebbero ragioni per ritenere non configurabile il patto commissorio allorquando oggetto del trasferimento sia non già il diritto di proprietà (di cui parla espressamente la norma), ma un diritto reale minore come l'usufrutto, l'enfiteusi od il diritto di superficie che pure sono frequentemente oggetto della garanzia ipotecaria⁴⁹.

⁴⁷ Così sempre V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, op. cit., 80; C. M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, op. cit., 13; U. CARNEVALI, *Patto commissorio*, op. cit., 505. Per un interessante caso di specie, si veda anche Cass. Civ., 30.3.1968 n. 995, in *Giur. it. Mass.*, 1968, 346; ma anche Cass. Civ., 12.11.1982 n. 6005, in *Giur. it. Mass.*, 1982, 1438; Cass. Civ., 18.4.1984 n. 2544, in *Giur. it. Mass.*, 1984, 514.

⁴⁸ Il riferimento è a V. ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, op. cit., 56.

⁴⁹ In tal senso, V. ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, op. cit., 56 C. M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, op. cit., 97; E. ROPPO, *Note sopra al divieto del patto commissorio*, op. cit., 399. Sul punto

Così come già i primi commentatori del nuovo codice civile hanno sostenuto l'applicabilità del divieto anche al patto con cui si dispone che, per il caso di inadempimento, la proprietà del bene oggetto di privilegio speciale passi automaticamente in capo al creditore per effetto del mancato pagamento entro il termine pattuito.

Parimenti criticata è stata la scelta del legislatore del 1942 di non aver regolamentato gli effetti del divieto del patto commissorio sul negozio di garanzia, lasciando ancora una volta agli interpreti il compito di chiarire se la nullità prescritta dall'art. 2744 c.c. investa unicamente la clausola commissoria ovvero si propaghi fino ad imporre, la nullità dell'intero contratto di garanzia cui esso accede. È opinione diffusa che al riguardo debba farsi ricorso all'art. 1419 c.c., ma si dibatte se ad essere richiamata debba essere la disposizione di cui al primo od al secondo comma.

Nell'immediatezza dell'entrata in vigore del codice del 1942, una parte della dottrina, in forza del primo comma dell'art. 1419 c.c., ha sostenuto che la nullità del patto commissorio comportasse la caducazione dell'efficacia anche del negozio di garanzia ogni volta che si fosse accertato che i contraenti non lo avrebbero concluso senza la clausola commissoria, con la conseguenza che il creditore sarebbe ritornato tra la schiera dei chirografari⁵⁰.

v. L. TARANTINO, *Patto commissorio, alienazioni in garanzia ed autonomia privata: alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Contratti*, 2012, 1030.

⁵⁰ Così V. ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, op. cit., 56, che però non ritiene giustificato il richiamo all'art. 1419 c.c. in caso di patto non contestuale, perché esso non sarebbe connesso alla restituzione della garanzia, ma alla proroga del termine, travolgendolo nella nullità; Contra V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, op. cit., 40 ss. Con specifico riguardo all'anticresi si veda V. TEDESCHI, *L'Anticresi*, in *Tratt. Vassalli*, rist., Torino, 1954, 65; M. D'ORAZI FLAVONI, *Fideiussione. Mandato di credito. Anticresi*, in *Tratt. Grosso-Santoro Passarelli*, V, Milano, 1961, 71; M. FRAGALI, *Dell'anticresi*, in *Comm. Scialoja-Branca, sub. Artt. 1960-1991*, II ed., Bologna-Roma, 1974, 200 ss. In giurisprudenza cfr. Cass. Civ., 17.4.1980 n. 2546, in *Giur. it. Mass.*, 1980, 645, ove si legge che lo stabilire se i contraenti avrebbero o meno concluso il contratto senza la parte affetta da nullità costituisce valutazione di fatto rimessa al giudice di merito e insindacabile in sede di legittimità.

Tale tesi, tuttavia, è stata criticata da quella parte della dottrina⁵¹ secondo cui dall'applicazione del primo comma dell'art. 1419 c.c. deriverebbero conseguenze difformi dalla reale volontà delle parti tali per cui il creditore intenzionato ad ottenere un rafforzamento della garanzia si troverebbe retrocesso al rango di chirografario, mentre quello che pur essendo addivenuto alla stipulazione della clausola commissoria si sarebbe comunque accontentato della sola garanzia reale, continuerebbe a godere del diritto di prelazione. Secondo questa prospettiva l'unico legittimato a far valere la nullità del negozio di garanzia sarebbe pertanto il creditore e la domanda di nullità da parte del debitore andrebbe respinta perché contraria a buona fede o basata su *un'exceptio doli*; tale conclusione però non tiene conto del fatto che la disciplina generale in materia di invalidità legittima all'azione di nullità chiunque vi abbia interesse.

La tesi della nullità parziale è stata, altresì, criticata sul rilievo che, in forza del collegamento negoziale esistente tra il contratto di garanzia ed il sottostante contratto di finanziamento cui il primo accede, la nullità ex art. 2744 c.c. si dovrebbe estendere anche a quest'ultimo, laddove si dimostri che, senza il rafforzamento della garanzia tramite la clausola commissoria, il creditore non avrebbe concesso il finanziamento.

Per scongiurare, però, le conseguenze paradossali cui si giungerebbe seguendo questa prospettiva, altro indirizzo dottrinario⁵² ha optato per la salvaguardia del negozio di garanzia nonostante la nullità del patto commissorio negando qualsivoglia collegamento negoziale tra le due fattispecie.

Più di recente, altra parte della dottrina⁵³ ha prospettato il superamento del problema dell'estensione della nullità ex art. 2744 c.c. al negozio di garanzia

⁵¹ E. ROPPO, *Il divieto del patto commissorio*, in Tratt. Dir. Priv., diretto da P. RESCIGNO, XXIX vol., Torino, 1985, 446.

⁵² Così, BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, in Comm. cod. civ. Schlesinger, sub art. 2744, Milano, 1991.

⁵³ In tal senso N. CIPRIANI, *Nuovi scenari in tema di patto commissorio autonomo*, in Rass. dir. civ., 2002, 414. Bisogna considerare, in sostanza, che quando la nullità di un determinato patto connesso a una fattispecie contrattuale è sancita espressamente, ciò vuol dire che si è voluto

in forza del secondo comma dell'art. 1419 c.c. a mente del quale, come noto, la nullità di singole clausole non comporta la caducazione dell'intero contratto quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative; sicché la sanzione della nullità rimarrebbe circoscritta alla sola clausola commissoria che si considererebbe come non apposta ed il creditore resterebbe comunque sufficientemente tutelato dalla garanzia personale *ad rem*⁵⁴.

Al di là dell'esatta qualificazione della tipologia di invalidità, quel che pare certo è che secondo gli approdi della dottrina maggioritaria, la nullità del patto commissorio ex art. 2744 (ed ex art. 1963 quanto alla speculare previsione in materia di anticresi) non si propaga al sottostante contratto di finanziamento ed al contratto di garanzia.

Ad ogni modo, gli sforzi interpretativi in ordine all'individuazione della struttura e dell'ambito di operatività del patto commissorio sono, come taluno ha osservato, soltanto il primo indice di "*un certo malessere*" che si fa ancor più acuto allorquando si tenta di indagare la ratio dello stesso.

soltanto la nullità di quel determinato patto e non dell'intero negozio, così C. M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, op. cit., 34 ss.. Per un'attenta analisi delle diverse soluzioni prospettabili v., da ultimo, E. ROPPO, *Note sopra al divieto del patto commissorio*, op. cit., 408 ss.; ID., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. Rescigno*, 19, Torino, 1985, 445 ss.; per spunti interessanti F. REALMONTE, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, in *Foro it.*, 1989, I, 1446.

⁵⁴ E' stato pure osservato che ammesso che la nullità del patto commissorio non importa nullità né del mutuo, né del relativo negozio di garanzia, niente vieta, tuttavia, che il creditore pignoratizio, a norma dell'art. 2798 c.c., possa domandare al giudice che la cosa gli venga attribuita in pagamento fino alla concorrenza del debito, così come il creditore ipotecario può far ricorso alla procedura espropriativa ex art. 2808 c.c. e artt. 555 ss. c.p.c., e in particolare, potrà anche farsi aggiudicare l'immobile nella vendita con incanto ex art. 585, 2° co., c.p.c.. Il riferimento è a M. IACUANIELLO BRUGGI, voce *Patto Commissorio*, op. cit., 3.

1.2. La *ratio* e la funzione del patto commissorio secondo dottrina e giurisprudenza.

Alla luce del breve excursus storico oggetto dei precedenti paragrafi, è stato fornito un primo cenno in relazione alla ragioni per cui il patto commissorio, nella sua evoluzione, dal primo strumento di “supporto” alle garanzie reali, sia lentamente caduto in disuso, per essere sostituito da strumenti maggiormente equi, al passo con i tempi e con le esigenze che lo sviluppo commerciale aveva lentamente introdotto, sino alla definitiva proibizione del suo utilizzo storicamente introdotta.

Con il presente paragrafo, invece, si procederà ad una trattazione maggiormente tecnica del patto commissorio e degli istituti ad esso collegati.

A tal fine, si dovrà necessariamente far riferimento, ancora una volta, alla norma dettata nell’art.2744 c.c. per richiamare le numerose dispute dottrinali sorte in relazione alle diverse soluzioni interpretative ravvisate, tant’è che venne affermato che trattare del patto commissorio e della sua *ratio* “*somiglia più ad un’opera vana, non potendosi far altro che evocare gli insegnamenti ricevuti, soprattutto quelli dei maestri del diritto comune*”⁵⁵.

Se da un lato, quindi, è fondamentale comprendere le ragioni del divieto di utilizzo di detto istituto, dall’altro ciò consentirebbe di spiegare la ragione per cui istituti similari, quali il patto marciano e/o il pegno irregolare, siano stati invece ritenuti leciti.

Come si è già avuto modo di ricordare, il divieto di patto commissorio introdotto dalla Costituzione di Costantino era fondato sul tentativo di scongiurare atteggiamenti “usurai” da parte del creditore ed ai danni del debitore.

⁵⁵ Cfr. CHIRONI, *Ipoteca e patto commissorio*, in *Riv. Dir. comm.*, 1917, II, 706. L’autore è citato anche da E. CARBONE, *Debitoris suffocatio e patto commissorio*, in *Rim. Trim. dir. proc. civ.*, 4, 2012, 1087..

Tale tendenza è andata sviluppandosi nei secoli successivi, per poi tramutarsi nel tentativo di evitare la *debitoris suffocatio*⁵⁶, ovvero il rischio che il debitore, trovatosi “strozzato” ed incapace di sanare la propria esposizione, fosse costretto ad azioni disperate, quali il trasferimento della proprietà del proprio immobile al creditore, ovvero l'accettazione di accordi a condizioni inique o palesemente svantaggiose ai suoi danni, con una netta sproporzione tra quanto ricevuto e l'entità del credito finale.⁵⁷

Secondo parte della dottrina, però, la ratio appena individuata a giustificazione del divieto di patto commissorio non sarebbe pienamente convincente, considerato che sussiste già nel codice l'azione a tutela di situazioni inique, con consistente sproporzione tra il credito e il debito finale, ovvero l'azione di rescissione per lesione di cui all'art. 1448 c.c.⁵⁸

Pertanto, se l'intenzione dei Compilatori fosse stata solo quella di tutelare il debitore per le ragioni appena espresse, allora non si sarebbe fatto ricorso alla

⁵⁶ In questi termini è anche la Relazione al Re, n. 1127 illustrativa del codice civile del 1942. In dottrina v. V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, op. cit., 32 ss; L. LORDI, *Del pegno*, in *Comm. D'Amelio-Finzi*, libro *Della tutela dei diritti*, Firenze, 1943, 649; F. MARTORANO, *Cauzione e pegno irregolare*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, I, 115 ss.; D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. CicuMessineo*, II ed., rist., Milano, 1971, 1027. In giurisprudenza v. Cass. Civ., 5.4.1960 n. 776, in *Foro pad.*, 1961, I, 49; Cass. Civ., 19.7.1967 n. 1848, in *Giur. Mass.*, 1967, 707; Cass. Civ., 18.4.1984 n. 2544, in *Giur. it. Mass.*, 1984, 514.

⁵⁷ Cfr. P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1977, 611; A. LUMINOSO, *La vendita con patto di riscatto*, in *Commentario al codice civile* diretto da P. SCHLESINGHER, Milano, 1987, 242 ss; F. REALMONTE, *Stipulazioni commissorie*, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi, in *Foro it.*, 1989, I, p. 1440, nota a Cass. Civ. S. U., 3.04.1989 n. 1611; G. CRISCENTI, *I contratti in frode alla legge*, Milano, 1996, 52.

⁵⁸ Cfr. V. ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, op. cit., 51, secondo cui “se l'invalidità del patto commissorio fosse stata fondata sulla tutela degli interessi del debitore, essa sarebbe stata rilevabile solo da quest'ultimo e l'art. in esame (ndr art. 2744 c.c.) avrebbe sussunto la situazione non sotto la categoria della nullità, ma in quella dell'annullabilità; e, peraltro, se fosse esatta la ratio prospettata dalla relazione, l'art. in esame rappresenterebbe un doppiopione degli art. 1447 (rescissione del contratto concluso in istato di pericolo) o 1448 (azione generale di rescissione per lesione)”.

categoria della nullità per sanzionare l'invalidità del patto, che ha lo scopo di proteggere interessi generali, ma piuttosto a quella della annullabilità⁵⁹.

Se si vuole introdurre un ulteriore argomento a sostegno del divieto in commento, non va dimenticato che, sulla scorta del Code Napoleon, il precedente Codice del 1865 c.c. aveva già disciplinato l'inderogabilità delle procedure esecutive giudiziali, condannando ogni forma di autotutela del creditore e di disciplina negoziale delle situazioni debitorie tra le parti⁶⁰.

Neppure tale ulteriore motivo viene ritenuto sufficiente a giustificare il divieto in vigore, in quanto, secondo alcuni, il Codice Civile disciplina altri istituti che non prevedono una norma generale che vieti la preventiva espressa rinuncia alle forme di espropriazione giudiziale⁶¹.

A titolo esemplificativo, potrebbe essere citato l'art. 1977 c.c. sulla cessione dei beni ai creditori.

La dottrina maggioritaria sostiene, invece, che il patto commissorio sia stato vietato per tutelare la *par condicio creditorum* che, come già accennato, verrebbe danneggiata in caso di ammissibilità di un accordo in grado di consentire la costituzione di una garanzia atipica tale da prevedere il

⁵⁹ Secondo tale indirizzo dottrinale la sanzione della nullità stabilita dagli artt. 2744 e 1963 c.c. risulterebbe una soluzione eccessiva, se si considera che il patto commissorio viene prevista la annullabilità o la rescissione per lesione V. ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, op. cit., 53; C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, op. cit., 204 ss.; M. FRAGALI, *Del mutuo*, in *Comm. Scialoja-Branca*, sub. Artt. 1813-1822, II ed., Bologna-Roma, 1966, 252 s.; C. VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli, 1968, 51 ss. G. M. DANUSSO, *Patto commissorio e vendita a scopo di garanzia*, in *Vita Notarile* 1983, 966 ss.

⁶⁰ Per tutti v. E. BETTI, *Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, 689 ss.; U. MIELE, *Sul patto commissorio immobiliare*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, II, 69 ss.; M. FRAGALI, *Del mutuo*, op. cit., p. 254; a tale impostazione si avvicina, anche se con precisazioni e sfumature diverse, R. ZANNA, *Osservazioni in tema di patto commissorio*, in *Temi*, 1966, 3 ss.; v. da ultimo anche U. CARNEVALI, *Patto commissorio*, op. cit., 501. Per un inquadramento del patto commissorio nell'ambito della c.d. autotutela esecutiva v. anche G. BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984, 98 ss., 128 ss., 148 ss.

⁶¹ V. C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, op. cit., p. 187 ss.; F. MARTORANO, *Cauzione e pegno irregolare*, op. cit., 115 s.; C. VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, op. cit., 57 ss.).

trasferimento della proprietà di un bene del debitore esclusivamente ad un creditore, sottraendolo alla garanzia patrimoniale generica *ex art. 2740 c.c.*⁶². Pur volendo avallare una simile teoria, però, secondo alcuni, il rimedio della nullità risulterebbe comunque eccessivo, se si considera la possibilità, prevista dal Codice, di intraprendere l'azione revocatoria ordinaria contro il rischio di sottrazione di beni in pregiudizio dei creditori.⁶³

Altri interpreti hanno “fuso” le due posizioni, individuando la ratio del divieto sia sulla base di una ragione morale – la tutela del debitore da soluzioni per esso eccessivamente inique e sproporzionate – sia sulla base di un motivo più propriamente tecnico – evitare appunto la temuta violazione della *par condicio creditorum* appena illustrata -.

Il dubbio che simili posizioni hanno fornito è che in tal caso l'eventuale nullità del medesimo atto negoziale avrebbe fondamenti differenti, in alcuni casi morali e in altri di tipo tecnico ⁶⁴.

Secondo posizioni più recenti, invece, tali da assorbire gli spunti maggiormente convincenti delle teorie sinora esposte, si sarebbe giunti alla conclusione che grazie alla norma espressa nell'art. 2744 c.c. l'ordinamento

⁶² F. CARNELUTTI, *Note sul patto commissorio*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, II, p. 887 ss.; STOLFI, *Patto commissorio ed ipoteca*, in *Foro It.*, 1926, II, 282 ss; successivamente V. ANDRIOLI, *Tutela dei diritti, artt. 2740-2899, sub art. 2744*, in *Comm. Del Codice Civile* (a cura di SCIALOJA e BRANCA), Bologna, 1955, 52 ss.; U. MIELE, *Sul patto commissorio immobiliare*, op. cit., 65; F. TALASSANO, *Divieto del patto commissorio*, in *Giur. Compl., Cass., Civ.*, 1947, 367 ss; L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 213-220; G. STOLFI, *Promessa di vendita e patto commissorio*, in *Foro pad.*, 1957, I, 767; V. ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, op. cit., 53; T. MANCINI, *Vendita con patto di riscatto e nullità ex art. 2744 codice civile*, in *Foro it.*, 1966, I, 1120. In giurisprudenza v. Cass. Civ., 6.3.1978 n. 1104, in *Giust. Civ.*, 1978, I, 886; Cass. Civ., 18.2.1977 n. 736, in *Giur. it. Mass.*, 1977, 176.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1993, 1039.

⁶³ Cfr. C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, op. cit., 214 ss.; V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, op. cit., 28; F. MARTORANO, *Cauzione e pegno irregolare*, op. cit., 116; VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, op. cit., 55 ss..

⁶⁴ Cfr. Cass. Civ., S.U., 21.4.1989 n. 1907, in *Foro it.*, 1989, I, 1428 e in *Foro it.*, 1990, I, 205. S. PAGLIANTINI, *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della dir. 2014/17/UE*, in *Nuove legg. Civ. e comm.*, 2015, 190, che discute di ratio composita basata su due presupposti: l'insidia e la sproporzione.

mirerebbe ad arginare il danno sociale provocato dall'eventuale consenso all'utilizzo del patto commissorio quale "clausola di stile" che, sostituendosi al sistema delle garanzie legali tipiche, diverrebbe uno strumento generalizzato di abuso ai danni del debitore⁶⁵.

Ma una simile teoria non considera l'estensione progressiva della portata applicativa del divieto, né tiene conto del fatto che i negozi atipici di garanzia, nella prassi, sono maggiormente diffusi di quelli tipici, e vengono ammessi nella misura in cui si fondino su un interesse meritevole di tutela e lecito e che non contrasti con i principi generali di ordine pubblico⁶⁶.

Secondo altre posizioni⁶⁷, per indagare la *ratio* dell'art. 2744 c.c. occorrerebbe procedere *a contrario*, individuando dal sistema positivo gli elementi utili a ricostruire la fattispecie vietata. Ebbene, tali interpreti evidenziano come alcune figure similari al patto commissorio (come il pegno irregolare ex art. 1851 e la *datio in solutum* di cui all'art. 1197), siano comunque ammesse dal nostro Ordinamento.

Ne consegue che la *ratio* del divieto espresso nell'art. 2744 c.c. dovrebbe ravvisarsi nel tentativo di tutelare il debitore da due rischi specifici: il pericolo di soffrire una perdita economica iniqua rispetto alla reale entità del proprio debito

⁶⁵ C. M. BIANCA, Il divieto del patto commissorio, op. cit., 717, secondo cui "il divieto comminante la nullità radicale del patto commissorio non ha il suo fondamento nell'esigenza di tutela di un contraente più debole (o di altri interessi) contro le possibili inique condizioni di un contraente più forte ma, come crediamo, nell'esigenza generale di impedire la possibile diffusione di un patto tendenzialmente abusivo a convenzione di stile nei rapporti di garanzia reale".

⁶⁶ Cfr. C. M. BIANCA, Il divieto del patto commissorio, op. cit., 9 ss. e 26 ss.

⁶⁷ In questi termini, A. LUMINOSO, La vendita con riscatto, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1987, 242 ss.; A. C. PELOSI, Sale and lease back e frode alla legge, in *Riv. it. Leasing*, 1985, 447 ss., precisa che la *ratio* dell'art. 2744 c.c. risiede nel duplice aspetto dell'approfittamento del bisogno e del rischio di sproporzione dei valori. rischi individua anche F. REALMONTE, Le garanzie immobiliari, in *Jus*, 16 ss., ossia quello del perimento del bene e quello della sproporzione. L'autore osserva che vietata dalla legge, attraverso il divieto del patto in parola, sarebbe l'assunzione di ambedue i rischi in capo ad un medesimo soggetto, ovvero il debitore. Traspare da queste impostazioni l'intento di superare e di perfezionare la tesi di Bianca e di evitare le accuse di genericità rivolte alle formulazioni di altri autori, ma il tentativo non appare ancora del tutto riuscito.

e il pericolo che, nell'impellente esigenza di ottenere liquidità, egli venga indotto a impegnare una sua proprietà in favore del creditore, concedendogli il potere di soddisfarsi autonomamente, nella vana speranza di riuscire poi a pagare il proprio debito, evitando che il bene gli venga sottratto.

Non può essere ignorata, infine, un'ultima posizione dottrinale, secondo cui il divieto in commento sarebbe giustificato da un'esigenza di ordine pubblico economico, ovvero quella di parametrare la soggezione del patrimonio del debitore all'entità del debito, provocando un limite all'autonomia privata nei settori dei diritti di garanzia, nel caso in cui tale comparazione non portasse a una corrispondenza equa.

Pertanto, in sostanza, sarebbero stati vietati esclusivamente quei contratti atipici di garanzia rispetto ai quali non sarebbe possibile verificare la corrispondenza e proporzionalità tra il valore del bene concesso in garanzia e l'ammontare del credito⁶⁸.

A prescindere dall'escursus appena svolto relativo alle maggiori teorie affrontate in tema di divieto di patto commissorio, non va dimenticato che anche allo stato attuale sussistono notevoli difficoltà interpretative e diversi indirizzi dottrinali, tanto da far ritenere la materia tuttora in discussione.

Addirittura, secondo alcuni, indagare sull'effettivo significato normativo del divieto sarebbe inutile, in quanto l'art. 2744 c.c. non si baserebbe né su giustificazioni morali, né di natura tecnica e/o economica, ma sarebbe il mero frutto di una tradizione millenaria, che trarrebbe origine nel diritto romano⁶⁹,

⁶⁸ Cfr. U. CARNEVALI, voce *Patto commissorio*, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, 1982, 502; MORELLO, voce *Frode alla legge*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 1992, 514. Detta teoria avrebbe il pregio di giustificare sia l'estensione della portata applicativa dell'art. 2744 c.c. al di là del caso espressamente previsto sia la gravità della sanzione comminata dal legislatore per il caso della sua violazione (la nullità). Vedi L. MATTIANGELI, *Divieto del patto commissorio, ratio, fondamento ed analisi delle posizioni di dottrina e giurisprudenza*, in *Vita Notarile*, II, 2006, 1095.

⁶⁹ Cfr. M. IACUANIELLO BRUGGI, voce *Patto Commissorio*, op. cit., 6.

oramai acriticamente recepita dal legislatore, senza alcuna obiettiva valutazione sull'effettiva opportunità e/o utilità dell'istituto⁷⁰.

Tutte le teorie, in ogni caso, pur basate su presupposti e argomenti diversi, tra loro concordano nel ritenere gli artt. 2744 e 1963 c.c. norme tali da configurare il divieto di un'operazione di garanzia reale ritenuta comunque illecita, indipendentemente dallo strumento giuridico concretamente scelto dalle parti⁷¹.

Per tali ragioni, il divieto è stato esteso oltre il limite letterale della norma, anche al patto commissorio autonomo, al patto commissorio obbligatorio ed al patto commissorio immediatamente traslativo risolutivamente condizionato all'inadempimento del debitore, nonché alla vendita con patto di riscatto a scopo di garanzia.

⁷⁰ A. BUTERA, *Patto commissorio e mutuo semplice*, in *Foro it.*, 1943, I, 412. Di difficoltà ad individuare una *ratio* parlano anche G. DE NOVA, *Il lease back*, in *Riv. it. leasing*, 1988, 518; V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, op. cit., 1436, che avverte che il divieto "ha portata generale, ma ha fondamento tenue". Anche C. M. BIANCA, *Divieto del patto commissorio*, op. cit., 216 ha ipotizzato, ma per respingerla subito, una soluzione che riconosca un'incongruenza della legge e la spieghi nella tradizionale sanzione di nullità del patto commissorio; A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999, 216.

⁷¹ Cfr. A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, op. cit., 277 (ivi a nt. 512 ampie citazioni bibliografiche) e più di recente ID., *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2017, 14, E. CARBONE, *Debitoris suffocatio e patto commissorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2012, 1088, che ricorda che "nell'impero del nuovo codice, l'epifania della frode alla legge quale paradigma d'invalidità esalta la categoria della norma materiale, unica realmente frodabile, poiché solo l'equivalenza economica tra risultato negoziale e risultato vietato denuncia un atto elusivo di norma imperativa ex art. 1344, in fraudem legi, anziché un atto contrario a norma imperativa ex art. 1343, contra legem. Il divieto sancito dagli artt. 1963 e 2744 si qualifica come norma materiale, proibitiva di un risultato elusivo della libertà e del patrimonio del debitore tipicamente prodotti nella forma indicata da quei disposti, ma producibile anche tramite strutture negoziali differenti". In giurisprudenza, v. Cass., Civ., S. U., 3 aprile 1989, n. 1611; Cass. Civ. 3 febbraio 2012, n. 1675; Cass. Civ. 21 gennaio 2016, n. 1075, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, .908 ss. Contro la materialità dei divieti ex artt. 2744 e 1963 c.c. sono rimaste largamente minoritarie, tra queste cfr. D. RUBINO, *Il negozio giuridico indiretto*, Milano, 1937, 171; T. MANCINI, *Compravendita sottoposta a condizione sospensiva e patto commissorio*, in *Foro it.*, 1961, I, 1158 e ss.

Per l'impiego del concetto di norma materiale nella teoria del negozio fraudolento si veda anche L. CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943, 7 ss., 69 ss., 154 ss. e 232; T. ASCARELLI, *Il negozio indiretto e le società commerciali*, in *Studi per Vivante*, I, Roma, 1931, 51 ss.

Di converso, invece, come si vedrà più ampiamente nel prosieguo, è stata pacificamente riconosciuta validità al patto marciano, in quanto tale strumento sarebbe in grado di tutelare il debitore dal rischio di perdere il bene per un valore superiore al credito garantito.

A cavallo degli anni ottanta e novanta del secolo scorso, quando oramai le teorie interpretative relative al divieto di patto commissorio si limitavano alla mera confutazione delle opinioni differenti, gli studiosi hanno iniziato ad esaminarne i confini applicativi sotto il profilo normativo, dividendosi tra coloro che ritenevano il divieto eccezionale e coloro che, invece, ne fornivano un'interpretazione più generalista.

Più nello specifico, secondo i primi occorre basarsi innanzi tutto sul principio della libertà contrattuale, espressione dell'autonomia privata, con la conseguenza che il divieto del patto commissorio costituirebbe l'eccezione, sul presupposto della sussistenza, nel nostro ordinamento, di diversi istituti tipici di stampo appropriativo secondo una generica funzione di garanzia (si pensi alla vendita con patto di riscatto ed alla *datio in solutum*)⁷².

Secondo i sostenitori dell'altra tesi, invece, la scelta di estendere il divieto anche all'ipoteca, con una norma in grado di richiamare tutte le garanzie reali, e conservandolo per la garanzia personale *ad rem* costituita dall'anticresi, mostrerebbe la volontà del legislatore di introdurre una regola, non già un'eccezione, anche in considerazione del fatto che l'art. 2744 c.c. è inserito tra le disposizioni generali sulla responsabilità patrimoniale⁷³.

Oramai quest'ultima posizione risulta quella maggiormente condivisa dagli studi più attuali in materia⁷⁴: si esclude che il divieto del patto commissorio

⁷² Cfr. G. PUGLIESE, *Nullità del patto commissorio, e vendita con patto di riscatto*, in *Giur. Compl. Cass. civ.*, 1945, I, 161; ID, *Intorno alla validità della vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, 1070.

⁷³ Si v. S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1950, 317 e 318.; G. AMORTH, *Divieto del patto commissorio apposto a un mutuo ipotecario*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1949, 718; U. MIELE, *Sul patto commissorio immobiliare*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, II, 65 ss.

⁷⁴ Contrari alla natura eccezionale del divieto: C. M. BIANCA, *Patto commissorio*, in *Novissimo dig. It.*, XVI, Torino, 1965, 714; U. CARNEVALI, voce *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano,

risulti un'eccezione applicabile esclusivamente alla convenzione aggiuntiva al pegno, all'ipoteca ed all'anticresi, ma deve essere applicato e, quindi, riguardare tutti quei negozi che siano diretti al risultato vietato con la conseguenza che viene meno il divieto di applicazione analogica degli artt. 2744 e 1963 c.c. che ne ha storicamente condizionato e limitato l'applicazione – come accertato nei precedenti paragrafi.

1.3. Uno sguardo al diritto comparato.

Dopo la panoramica che precede, non c'è dubbio che una completa disamina degli istituti in commento non possa prescindere dal confronto con gli ordinamenti stranieri anche al fine di valutare se, ed in quale misura, il divieto del patto commissorio sia ravvisabile in altri sistemi di diritto.

Come si è avuto modo di evidenziare nei paragrafi che precedono, infatti, il suddetto divieto, se da un lato garantisce una tutela del contraente più debole dei negozi, dall'altro lato compromette la libertà degli operatori economici nella scelta delle modalità di accesso al credito, condizionandone la competitività in un mercato sempre più interconnesso, proiettato verso forme di garanzia che fanno della celerità e flessibilità i principali punti di forza.

Pertanto, credere che le scelte di politica legislativa adottate dal Legislatore italiano manifestino i propri effetti solo all'interno dei confini nazionali non corrisponde affatto alla realtà. Basti pensare, infatti, alle ingerenze comunitarie che abitualmente impongono agli Stati membri la regolamentazione di determinati settori in base a delle linee guida comuni, tali da uniformare i vari ordinamenti. Sul punto, prima di analizzare le legislazioni transnazionali in tema

1982, 502; E. ROPPO, *Note sul divieto del patto commissorio*, in *Riv. not.*, 1981, 434; F. REALMONTE, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, in *Foro it.*, 1989, I, + 1440; DE MARTINIS, *Estensione del divieto del patto commissorio a fattispecie procedurali*, in *Riv. not.*, 1998, 1022, nota a Cass. Civ. 4 novembre 1996 n. 9540; A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, op. cit., 15.

di patto commissorio, occorre segnalare come, nel corso del tempo, il tema delle garanzie in generale non sia stato oggetto di particolare comparazione da parte degli interpreti. Uno dei motivi di un simile disinteresse deve ravvisarsi nel principio di diritto privato comparato secondo cui la disciplina dei diritti reali immobiliari, e di conseguenza delle correlate forme di garanzia, debba essere ancorata alla *lex rei sitae*, cioè alla legge del luogo in cui l'immobile si trova.

In realtà nel corso degli anni non sono mancati tentativi di armonizzazione della materia.

Al riguardo, si ricorda la c.d. Commissione Segre, istituita dalla Comunità Europea nei primi anni sessanta al fine di tentare la creazione di una sorta di *euroipoteca* sul modello della *Grundschild* tedesca, la quale prevedeva una forma di garanzia svincolata dal credito a cui si accedeva, risultando, pertanto, idonea a circolare con grande facilità.⁷⁵

Agli sforzi profusi in tal senso non è però seguita l'emanazione di alcuna disciplina comune, al punto che successivamente la prospettiva transnazionale si è rivolta alla promozione da parte delle Istituzioni Europee di un mercato unico dei capitali, puntando ad uniformare normativamente il mercato del credito.

In questo ambito i risultati sono stati nettamente più concreti e pregnanti. Basti pensare che con l'emanazione della Direttiva Comunitaria 2002/47/CE, recepita dallo Stato italiano con D.Lgs. n. 170 del 2004, in tema di contratti di garanzia finanziaria, si è inaugurata una nuova stagione che vede nella creazione di forme di garanzia comuni e condivise tra gli Stati la chiave per ottenere un mercato forte e competitivo, aperto alle esigenze anche dei singoli consociati, così da poter contare su strumenti facilmente utilizzabili, di larga scala, e pertanto volti a tutelare le esigenze anche dei piccoli risparmiatori.

Proseguendo sulla via tracciata dalla citata Direttiva, negli anni immediatamente successivi, la Commissione Europea ha emanato altri due

⁷⁵ Cfr. FIORENTINI F., *Le garanzie immobiliari in Europa. Studio di Diritto Comparato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009.

importanti strumenti di indirizzo ed orientamento che hanno impattato sul settore del mercato del credito: il Libro Verde sul credito ipotecario ed il conseguente Libro Bianco sull'integrazione dei mercati europei del credito ipotecario.

I citati documenti, pur sprovvisti di un'efficacia cogente sugli ordinamenti degli Stati membri, evidenziano il profondo interesse che il tema dei mercati finanziari suscita a livello comunitario, animato dal costante bisogno di assicurare il più facile ricorso a finanziamenti sorretti da garanzie reali immobiliari sempre più distaccate dal rapporto creditizio, generando un progressivo allentamento del principio di accessorietà che tipicamente ha contraddistinto le classiche forme di garanzia reale.

Forniti i brevi cenni generali che precedono, passiamo a questo punto ad esaminare come sia stato tutelato il patto commissorio (ovvero istituti simili ad esso che si rinvencono nei singoli ordinamenti nazionali) nei principali sistemi europei.

1.3.1. L'esperienza tedesca.

Partiamo innanzi tutto con una indagine sull'istituto in commento nell'esperienza giuridica Tedesca.

Ebbene, in tale ordinamento, anche il *Bürgerliches Gesetzbuch* (di seguito anche soltanto: "BGB")⁷⁶ prevede, al Libro Terzo avente ad oggetto la disciplina dei diritti reali⁷⁷, il divieto del patto commissorio.

⁷⁶ Ovvero il Codice Civile Tedesco, entrato in vigore il 1 gennaio del 1900.

⁷⁷ Nello specifico, definiti nel BGB "*Sachenrecht*".

Detto divieto si rinviene in due distinti articoli, ovvero il §1229⁷⁸ in tema di pegno ed il § 1149⁷⁹ in tema di ipoteca.

Entrambi i citati articoli prevedono la nullità di eventuali accordi con cui il creditore, in caso di inadempimento del debitore, acquisti definitivamente la titolarità del bene consegnatogli in garanzia dal debitore stesso.

Già dalla collocazione delle norme in materia di divieto di patto commissorio nel BGB possono subito ravvisarsi, anche ad un primo, superficiale esame, le prime differenze rispetto alla disciplina italiana dell'istituto, se si considera, innanzi tutto, che il nostro art. 2744 c.c. si trova inserito nel Libro VI rubricato "della tutela dei diritti" e costituisce una norma di chiusura in tema di responsabilità patrimoniale.

Il BGB prevede anche l'esplicito divieto del patto commissorio autonomo, laddove, invece, secondo il nostro ordinamento esso può ravvisarsi solo mediante un'interpretazione estensiva dell'art. 2744 c.c.⁸⁰

Sempre secondo il Codice Tedesco, poi, affinché il patto commissorio possa essere dichiarato nullo, deve essere stato concluso prima della scadenza del debito e con riferimento al medesimo bene oggetto di pignoramento.

Chiarito quanto precede, va evidenziato che, esattamente come nell'esperienza italiana, anche la dottrina tedesca ha elaborato diverse teorie interpretative della ratio del divieto in esame.

⁷⁸ "Un patto stipulato prima che si verifichi il diritto di vendita, per cui al creditore pignoratizio, qualora non venga soddisfatto, o non lo sia a tempo debito, debba devolversi o essere trasferita la proprietà della cosa, è nullo".

⁷⁹ Recita detto articolo: "Il proprietario non può, fintanto che il credito non è in suo confronto scaduto, accordare al creditore il diritto di pretendere, per essere soddisfatto, il trasferimento della proprietà.

⁸⁰ Sul punto G. VALENTE, *Patto commissorio e pegno nel diritto tedesco*, 408, secondo cui: "...il § 1229 BGB introduce inoltre una eccezione rispetto al sistema civilistico tedesco nel quale la vendita non ha effetti reali, ma solo effetti obbligatori. Il BGB, com'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 proprietà".

Innanzitutto, l'indagine si è concentrata sul momento della scadenza del credito oggetto dell'accordo: se il patto viene concluso prima di tale scadenza, allora il Legislatore ha inteso evitare che il patto commissorio possa alterare la tipica funzione di garanzia del pegno, che solitamente è fornita per un importo superiore all'ammontare del credito. Pertanto, consentire che, in caso di inadempimento, il bene pignorato possa essere trasferito in proprietà al creditore, autorizzerebbe di fatto un illegittimo arricchimento di quest'ultimo⁸¹.

Se invece l'accordo è stato concluso dopo la scadenza del credito garantito, allora il patto commissorio non potrebbe trovare applicazione: infatti, se il credito fosse già scaduto, l'istituto in commento non potrebbe alterare la funzione di garanzia tipica del pegno. Senza contare che, trattandosi di una ipotesi diversa da quanto previsto dal § 1229, non potrebbe legittimarsi la sanzione della nullità. In tale ultimo caso, quindi, in base all'orientamento maggioritario, si verterebbe in ipotesi diversa, ovvero di prestazione in luogo dell'adempimento⁸²: l'eventuale trasferimento della titolarità del bene in capo al creditore, infatti, estinguendo il debito, verrebbe ad assumere una funzione di tipo solutorio. Permetterebbe, però, la problematica legata all'eventuale maggior valore del bene rispetto al credito oggetto di garanzia, con conseguente indebito arricchimento del creditore. Per superare tale problematica e conferire una maggiore tutela al debitore, alcuni autori ritengono che possa applicarsi in via analogica a tale casistica il § 1229 BGB⁸³.

Proprio per tale ragione, secondo alcuni interpreti, il § 1229 si fonderebbe appunto sulla necessità di evitare un iniquo abuso del creditore ai danni del debitore.

Alcuni autori italiani ricordano, comunque, come, secondo il § 1149 del BGB, il creditore ipotecario possa soddisfarsi solo tramite esecuzione forzata, con

81 H. BRUHNS, Gmb HR, 2006, 587, 590; BeckOK-Sosnitza, § 1229 BGB, Rn.3.

82 Per una simile fattispecie giuridica è prevista apposita disciplina ai §§ 364 e 1252 del BGB

83 J. DAMRAU in *Münchener Kommentar, zum BGB*, 5. Auflage 2009, BGB § 1229,, Rn. 6.

conseguente nullità di tutti quei patti volti a tutelare il proprio diritto in via stragiudiziale.

Perciò, il § 1229 BGB tutelerebbe il diritto di alienazione del creditore pignoratizio che, in caso di patto commissorio legittimo, non sarebbe esercitato, in quanto il creditore otterrebbe già la proprietà del bene una volta verificatosi l'inadempimento⁸⁴.

Analogamente, il § 1149 BGB vieta al proprietario, fino alla scadenza, di attribuire al creditore – a titolo di soddisfacimento del proprio credito - il diritto di pretendere il trasferimento della proprietà e/o il diritto di alienazione del fondo con modalità diverse dall'esecuzione forzata⁸⁵.

La ratio del divieto, ancora una volta, viene ravvisata nel tentativo di evitare che il debitore possa incorrere in situazioni inique, laddove, trovandosi nella necessità di reperire liquidità, accetti di ricevere somme a condizioni assai svantaggiose, nella speranza di riuscire, poi, a reperire la necessaria provvista entro il termine fissato⁸⁶.

D'altronde, se anche il BGB non avesse previsto il divieto del patto commissorio di cui al § 1149 BG, il carattere abusivo od usurario della pattuizione avrebbe potuto essere invalidato facendo ricorso al principio generale, espresso dal § 138, secondo cui sono nulli tutti i negozi in cui una parte ha abusato dello stato di bisogno, della leggerezza o dell'inesperienza dell'altra, facendo promettere o consegnare per sé o per un terzo una prestazione che supera il suo reale valore economico. La giurisprudenza tedesca, invece, al fine di consentire

84 Cfr M. BUSSANI, *Il modello italiano delle garanzie reali*, in *Contr. Impr.*, 1997.

85 Secondo la dottrina, detta norma andrebbe letta in combinato disposto con il 134 BGB che sancisce la nullità di qualunque negozio giuridico che urti con un divieto imposto dalla legge, salvo che la legge stessa non disponga diversamente.

86 Cfr. GAUL, *Lex commissoria und Sicherungsübereignung*, in *AcP* 168, 1968, 374, nonché il già citato G. VALENTE, *Patto commissorio e pegno nel diritto tedesco: verfallvereinbarung und pfandrecht*, op. cit., 410.

alle imprese l'accesso semplificato al finanziamento⁸⁷, ha ritenuto valido il negozio di trasferimento della proprietà a scopo di garanzia⁸⁸, ormai ammessa nell'ambito del sistema tedesco⁸⁹.

Tale istituto consiste in una alienazione di tipo fiduciario, accompagnata dal possesso del bene concesso in garanzia in capo al debitore, in cui la funzione di garanzia viene assunta dall'obbligo restitutorio⁹⁰. In pratica, un imprenditore, allo scopo di reperire liquidità, aliena fiduciariamente un bene strumentale al proprio ciclo produttivo all'ente finanziatore, il quale, pur conservandone la proprietà fino alla scadenza del termine fissato per la restituzione delle somme mutate, consente comunque che l'imprenditore ne conservi il possesso.

In tal modo, il bene oggetto della garanzia rimane nella materiale disponibilità del debitore, pur essendo fiduciariamente intestato al creditore, e l'imprenditore può quindi continuare ad usufruirne nel proprio ciclo produttivo⁹¹.

87 Cfr. N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, op. cit., 245 nt. 454. L'Autore ricorda anche il ricorso all'istituto della vendita con patto di riscatto (*Kauf auf Wiederkauf*) nell'ambito della costituzione di garanzie reali. Nel disciplinare, nel tempo, tale figura, si stabilì che il bene tornava di proprietà del debitore in caso di adempimento, mentre, al contrario, ove quest'ultimo si rivelava inadempiente, il creditore non avrebbe trattenuto la titolarità del bene, ma sarebbe stato costretto ad alienarlo, restituendo la differenza di valore al debitore. In tal modo si verificò il passaggio formale dal *Kauf auf Wiederkauf* alla *abstrakte Sicherungsübereignung*. Cfr. *amplius*, G. PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, op. cit., 30 ss.

88 Definita nel BGB *Sicherungsübereignung*. Sulla funzione dell'istituto cfr. BECKER EBERHARD, *Zur Anwendbarkeit des § 419 BGB auf die Sicherungsübereignung*, in AcP, 1985, 429 ss., 462. Per la ricostruzione storica dello sviluppo di tale istituto nel diritto tedesco cfr. G. PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, op. cit., 30.

89 Ancora, N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, op. cit., 245 nt. 455. Sul punto cfr. anche G. PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, op. cit., 35.

90 Cfr. N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, op. cit., 246.

⁹¹ Si tratta quindi di una figura giuridica assimilabile al nostro "*seale and lease back*".

Trattasi di un istituto che, negli anni, ha ottenuto un grande successo nelle imprese, grazie alla sua duttilità. Ed infatti, soprattutto nei momenti di crisi economica, come il periodo postbellico, l'impresa poteva disporre esclusivamente – anche a titolo di eventuale garanzia - dei beni produttivi. Ciò rendeva indispensabile il ricorso a una garanzia non possessoria, al fine di non creare lo stallo del ciclo economico. Proprio per l'enorme diffusione di un simile strumento negoziale, la giurisprudenza ratificò la scelta dei privati sancendo la validità della *Sicherungsübereignung*.

Tipico del diritto tedesco è anche il principio di conversione⁹², in base al quale la stessa situazione giuridica può portare al riconoscimento di un pieno diritto di proprietà – in caso di inadempimento del debitore - ovvero ad un diritto reale di garanzia - in caso di adempimento.

Nel primo caso, il creditore ha diritto ad alienare il bene, soddisfacendosi con quanto ricavato, previa restituzione dell'eccedenza in favore del debitore. Diversamente, inserendo nell'accordo l'apposita clausola⁹³, il creditore potrebbe divenire proprietario del bene, sempre in ipotesi di inadempimento.

In entrambi casi, detto trasferimento della proprietà a scopo di garanzia è consentito malgrado l'esistenza dell'espresso divieto del patto commissorio, in quanto, diversamente dall'esperienza italiana, la dottrina tedesca che consentiva interpretazioni estensive dei §§ 1229 e 1149 del BGB, oltre alle fattispecie tipiche del pegno e dell'ipoteca, è rimasta minoritaria senza mai trovare conforto nella giurisprudenza. I giudici tedeschi, infatti hanno sempre confermato l'inapplicabilità del divieto del patto commissorio al di fuori dalle fattispecie tipiche in cui esso è stato codicisticamente previsto.

Ad ogni modo, la clausola appena descritta, che ha una struttura del tutto assimilabile al nostro patto marciano, non ha trovato una notevole applicazione nella prassi commerciale tedesca. Ciò in quanto l'obiettivo principale degli enti

⁹² Denominato letteralmente *Umwaldungsprinzip*.

⁹³ denominata *Verfalklausel*.

finanziatori rimane quello di attribuire al bene un valore economico, non già quello di acquisirne la proprietà⁹⁴.

Sempre con riferimento alla medesima fattispecie, laddove le parti non avessero previsto la restituzione al debitore dell'eccedenza tra il valore dell'alienazione del bene e l'entità della somma mutuata, allora dottrina e giurisprudenza maggioritarie concordano nel sostenere che l'inapplicabilità del divieto di patto commissorio al di fuori delle fattispecie tipiche per cui è stato previsto non consente, comunque, di non assoggettare il caso alla disciplina generale dei rapporti obbligatori, tra cui in particolare il già citato § 138 BGB, che, come si è visto, prevede che i negozi conclusi profittando dello stato di bisogno di una parte, tali da provocare una sperequazione nel valore delle due prestazioni, debbano essere dichiarati nulli.⁹⁵

La medesima norma prevede poi un controllo sull'adeguatezza economica delle due prestazioni che, ove fosse ritenuta inesistente, consente al contraente debole di esercitare il diritto di liberare l'eccedenza – rispetto alla somma mutuata - dal vincolo della garanzia⁹⁶.

Per quanto sinora descritto, appare chiaro che in Germania il divieto di patto commissorio abbia seguito un percorso interpretativo contrario a quello italiano.

Secondo il nostro ordinamento, infatti, come si è visto, unitamente alla prevista illiceità delle alienazioni in garanzia, l'interpretazione funzionale dell'art. 2744 c.c. ha consentito l'applicazione analogica del divieto anche per istituti non propriamente disciplinati in tal senso, anche in danno degli operatori

94 M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio. Studio di diritto comparato*, Torino, 2000, 161 ss.

95 Cfr. N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, op. cit., 249 richiama in tal senso R. SERICK, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, III, *Die eillfache Sicherullgsübertragullg*, Heidelberg, 1970, 488 ss.

96 Cfr. N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, op. cit., 220, in particolare in nt. 474.

economici, in quanto si è preferito tutelare il debitore da inique sperequazioni, piuttosto che difendere il mercato a qualsiasi costo. Diversamente, nell'esperienza tedesca, malgrado la chiara previsione del divieto del patto commissorio in materia di garanzie reali, la giurisprudenza ha evitato di consentire interpretazioni analogiche oltre i netti confini delle norme ad esso dedicate, riconoscendo la liceità di negozi di alienazione in garanzia e/o di altri strumenti negoziali atipici, in grado di ottenere gli stessi effetti dei §§ 1229 e 1149, ma a condizione della tutela dell'equilibrio tra le prestazioni, al fine di evitare situazioni inique a danno del solo debitore.

1.3.2. L'ordinamento inglese.

Passando a questo punto ad esaminare i sistemi di *common law*, è possibile evidenziare notevoli differenze rispetto agli altri ordinamenti che discendono dal diritto romano.

Infatti, nel diritto anglosassone il divieto in esame viene disconosciuto, in quanto vengono utilizzati ai medesimi fini diversi istituti con funzioni di garanzia, quali ad esempio il *trust*, anche se non propriamente nati al medesimo scopo.

Guardando al sistema delle garanzie, quella che più interessa è indubbiamente la figura del *mortgage*, che prevede il trasferimento della proprietà con scopo di garanzia al creditore (mentre il debitore conserva il possesso del bene), con la previsione che essa verrà ritrasferita al debitore in seguito all'adempimento dell'obbligazione, anche tardivo⁹⁷.

⁹⁷ Il mortgage immobiliare del diritto inglese, istituto evolutosi nel tempo, nasce da una commistione fra regole at law e di equity. Infatti, at law, la proprietà legale di un immobile veniva trasferita al creditore garantito (*mortgagee*, appunto), mentre il debitore concedente (*mortgagor*) conservava un diritto di possesso (*estate qua possession*). In base alla equity, il debitore era considerato il titolare del diritto di proprietà sul bene, in quanto, in suo favore, veniva riconosciuto il cosiddetto *equity of redemption*, ovvero la facoltà di riscattare in ogni tempo il bene

Detto istituto, applicabile sia ai beni mobili che immobili, non richiede, come già specificato, la consegna della cosa per la sua costituzione e potrebbe essere assimilato all'ipoteca del nostro ordinamento⁹⁸.

Si tratta dell'istituto maggiormente diffuso, con funzioni di garanzia, nel diritto anglosassone, e la sua particolarità consiste proprio nel fatto che la proprietà effettiva del bene rimane in capo al debitore, che ne conserva il *legal estate*, ovverosia il potere di disporre di un bene in maniera transitoria o permanente.⁹⁹

Secondo lo schema in commento, al creditore - *mortgagee* spetta il diritto di riscattare il bene oggetto di garanzia all'inutile scadenza del termine per l'adempimento, nonché quello di richiedere il possesso del bene in qualunque momento, anche prima della scadenza del termine fissato per l'adempimento; al debitore spetta il diritto di riscattare il bene dal vincolo con l'adempimento, anche tardivo, dell'obbligazione.

Altro diritto riconosciuto al creditore nell'ambito del *mortgage* è la c.d. *consolidation*¹⁰⁰, ovvero la facoltà del titolare di due o più *mortgages* di rifiutare il riscatto di uno o più beni oggetto di garanzia, se gli altri non vengano liberati dal vincolo.

Se da un lato lo scopo di un simile istituto era quello di evitare che il debitore riuscisse a riscattare una garanzia, qualora la garanzia rimanente non

come conseguenza dell'adempimento, anche tardivo, del credito garantito. Alla luce di un simile schema negoziale, il creditore era sostanzialmente titolare di un mero 'diritto di credito'.

⁹⁸ Cfr. F. FIORENTINI, *Le garanzie immobiliari in Europa. Studio di diritto comparato*, Berna-Napoli, 2009, 167-231. Secondo l'Autore, "nel sistema del LPA 1925, in vigore dal 1° gennaio 1926, la 'proprietà' del bene concesso in garanzia (cioè il *fee simple*) rimane in capo al debitore concedente; a costui resta dunque il *legal estate*. La garanzia nasce mediante la costituzione, da parte del debitore titolare del *fee simple*, di un *term of years* a favore del creditore(9). In tal modo si modifica, evidentemente, la natura della garanzia, che cessa di essere - formalmente - una 'proprietà-garanzia' così come era prima del LPA 1925, per avvicinarsi maggiormente alla figura dell'ipoteca di diritto continentale".

⁹⁹ Cfr. DE FRANCHIS Fin., *Dizionario giuridico inglese-italiano*, Giuffrè, 1984

¹⁰⁰ Il *right to consolidate* è un diritto molto antico, in favore del creditore, sorto nell'ambito della giurisdizione di *equity*, ed interviene in caso di più garanzie costituite nel tempo sul medesimo bene, in favore del medesimo creditore

fosse sufficiente, da sola, a coprire il debito, dall'altro lato l'istituto nasconde un profilo di incongruenza, se si considera che la conservazione di una garanzia sufficiente, in realtà, non è considerato un requisito essenziale per l'operatività della *consolidation*, dal momento che il creditore ha la facoltà di utilizzare detto diritto anche nel caso in cui la garanzia residua risulti di per sé sufficiente a coprire il debito.

Dal punto di vista del debitore, invece, va evidenziato in suo favore, sempre nell'ambito dell'istituto in commento, il *right of redemption*, ovvero il diritto di riscatto del bene posto a garanzia del debito con l'adempimento dell'obbligazione.

Le regole attuali del diritto inglese prevedono, da un lato, il diritto 'legale' al riscatto del bene, stabilito al momento della creazione del *mortgage* ed esercitabile solo allo scadere del termine contrattuale previsto per l'adempimento, dall'altro lato, un diritto 'equitativo' al riscatto, che sorge dal momento in cui si concretizza l'inadempimento del debitore con la scadenza del termine legale¹⁰¹.

In nessun caso le parti potranno abolire o limitare pattiziamente il diritto di riscatto del bene oggetto di garanzia.

1.3.3. L'ordinamento francese.

Si ritiene a questo punto necessario, nella presente disamina degli istituti di garanzia presenti nei maggiori sistemi giuridici europei, effettuare brevi cenni sul sistema di tutela presente al riguardo nell'ordinamento francese.

¹⁰¹ solo e a partire da questo momento, secondo l'elaborazione giurisprudenziale risalente ad epoche antichissime, l'*equitable right of redemption* sarà esercitabile da parte del debitore. Cfr. R. MEGARRY & W. WADE, *The Law of Real Property*, 6th edn., London, 2000, 1173 e ss.; Cousins on the Law of Mortgages, cit., 345 e ss.

Ebbene, sulla scia del Code Napoleon (cui si è già fatto riferimento nei precedenti paragrafi), anche il *Code Civil* transalpino ripropone il divieto del patto commissorio agli artt. 2078 e 2088 rispettivamente in tema di pegno ed anticresi.

Ricordiamo che proprio sulle basi della normativa francese è stato costruito il nostro art. 2744 c.c..

Ad ulteriore conferma del divieto di patto commissorio, vi è una apposita previsione anche nel Code de Commerce, precisamente all'art. 93, in merito al pegno commerciale.

Non è previsto, invece, un analogo divieto in materia di ipoteca, giacché – come si era detto in precedenza – nell'esperienza Francese sussiste l'inderogabilità del procedimento esecutivo immobiliare.

Nello specifico, tale disposizione è prevista nell'art. 742 del *Code de procédure civil*.

Gli istituti francesi relativi alle garanzie reali (*Sûreté réelle traditionnelle*) presentano tutti caratteristiche univoche, che potremmo riassumere in: un estremo formalismo nelle modalità di costituzione; il carattere di accessorietà; il principio di specialità circa il credito garantito ed il bene oggetto della garanzia; la presenza di numerosi privilegi, speciali e generali, mobiliari e immobiliari che rendono difficoltosa, nella pratica, l'individuazione del grado di prelazione.

Proprio l'eccessivo formalismo ha reso il sistema francese poco attrattivo per gli operatori di mercato, facendo sorgere l'esigenza di individuare nuovi strumenti in grado di coniugare da un lato l'esigenza di tutela del debitore e, dall'altro, l'esigenza di flessibilità richiesta dal mercato del credito, con il tempo acuitasi in un'era di globalizzazione economica.

Ecco che quindi il Legislatore francese, proprio per risolvere simili problematiche, ha introdotto nell'ordinamento istituti e schemi tipici del diritto tedesco, come la vendita con riserva della proprietà¹⁰², che prevede il

¹⁰² Tale istituto è stato introdotto nell'ordinamento francese con la *Loy* n. 80-335 del 12 maggio 1980.

perfezionamento dell'effetto traslativo solo con il pagamento totale del prezzo. Come accade nel corrispondente negozio presente nella legislazione Italiana, nel caso in cui il compratore si rende inadempiente al pagamento del prezzo, il venditore è comunque obbligato a restituire quanto ricevuto a titolo di anticipazione sul prezzo stesso.

Nel settore bancario, invece, si è fatto ricorso a garanzie che si fondano sul trasferimento fiduciario della proprietà, come la cessione fiduciaria di titoli e beni incorporali¹⁰³.

Viene utilizzato nel diritto francese anche il pegno irregolare¹⁰⁴; nonché il contratto di *leasing* finanziario o "*créditbail*", mobiliare o immobiliare, grazie al quale il diritto di proprietà viene ad assumere funzione di garanzia.

Si ritiene necessario, poi, citare la *Loy Dailly* del 2 gennaio 1981¹⁰⁵ con cui sono state introdotte, in materia di crediti, alcune disposizioni allo scopo di rendere più semplice ed agevole la disciplina della cessione in garanzia e della costituzione della garanzia pignoratizia verso istituti che abbiano erogato credito

103 In tema di beni corporali, però, talvolta la giurisprudenza francese ha censurato operazioni in cui si riteneva di individuare violazioni del patto commissorio (cfr. Cass. civ., 3 maggio 1973, in *Rev. crit. di int. privé*, 1974, 100 ss.; Cass. civ., 8 luglio 1969, *ivi*, 1971, 75 ss.; Cass. com., 13 gennaio 1965, in *Banque*, 1965, 423 ss.). In dottrina si afferma l'importanza della *fiducie*, che non necessariamente comporta violazioni del divieto di patto commissorio (G. M A R - TY, RAYNAUD e P. JESTAZ, *Les sûretés. La publicité foncière*, cit., p. 338 ss.), e si sottolineano in particolare le ripetute prese di posizione della giurisprudenza nel senso dell'inapplicabilità per analogia del divieto posto dagli artt. 2078 e 2088 *code civil*! (cfr. C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, Paris, 1981, 274 ss.). Sul punto si vedano PARLEANI, *Le contrat de lease-back*, in *Rev. Trim. Dr. Com.*, vol. 26, IV, 1973, 699; WITZ, *La fiducie en droit privé français*, Parigi, 1981, 149; BEY, *Le crédit-bail envisagé comme une sûreté*, in *L'évolution de droit des sûretés della Rev. Jurispr. Com.*, 1982, 52.

104 Secondo tale istituto, l'acquisto della proprietà del denaro o dei beni fungibili oggetto della garanzia sono subordinati alle vicende del credito garantito

105 La *Loy Dailly* (che deve il nome al Senatore che la propose) semplifica notevolmente la disciplina della cessione, limitando al massimo i requisiti formali, che sono poi stati ancora ridotti in seguito alle modifiche apportate con la legge bancaria n. 84-86 del 24 gennaio 1984. Detta novella legislativa deve ritenersi il punto di partenza di un fenomeno in continua evoluzione che ha condotto sino alla consacrazione nel *Code civil* della *fiducie sûreté*.

ad un imprenditore commerciale in forma individuale o societaria¹⁰⁶. La c.d. *cession Dailly* rispetto alla cessione di diritto comune non prevede l'obbligo, per il cessionario, di portarla a conoscenza dei terzi, ovvero di notificarla al debitore ceduto, del quale non viene neppure richiesto il consenso.

Pertanto, in caso di conflitto tra più cessionari successivi di uno stesso credito, prevale sempre il primo, anche se il secondo abbia notificato la cessione al debitore ceduto.

Non sono state ravvisate criticità, da parte degli interpreti francesi, circa la compatibilità tra la *cession Dailly* ed il divieto del patto commissorio.

Sempre in tema di garanzie, in materia interbancaria la Francia prevede l'istituto della *pension*.

In base a tale figura un imprenditore può accedere al credito a fronte della cessione in garanzia della proprietà di valori o titoli in favore della banca finanziatrice.

Detta cessione diviene opponibile ai terzi nel momento in cui il titolo e/o il valore che sarà oggetto di garanzia viene versato su un conto corrente intestato all'istituto cessionario. In caso di inadempimento nel termine, l'istituto acquisisce la proprietà definitiva del bene in garanzia¹⁰⁷.

Sotto il profilo dottrinale e giurisprudenziale, a differenza delle teorie vigenti in Italia, gli autori d'oltralpe hanno concluso per l'anacronismo, oramai,

¹⁰⁶ In tale disciplina viene, quindi, consentito l'adempimento dell'obbligo restitutorio con la cessione di crediti del debitore verso terzi, in favore della banca finanziatrice. Pertanto, in caso di adempimento, alla scadenza il cessionario restituirà automaticamente i crediti ceduti, viceversa, in caso di inadempimento, la banca finanziatrice cessionaria potrà escutere la garanzia chiedendo il pagamento al debitore ceduto.

¹⁰⁷ Al riguardo, deve menzionarsi il *Décret* del 21 maggio 1997 n. 97-509 che agli artt. 3 e 4 disciplina il *gage de compte d'instruments financiers*. In pratica, il creditore viene autorizzato, decorsi otto giorni dalla messa in mora del debitore, a soddisfarsi sul denaro giacente sul conto corrente di appoggio degli strumenti finanziari, ovvero a scegliere che questi gli vengano assegnati in proprietà sino alla concorrenza della somma dovuta. La giurisprudenza e la dottrina francese sostengono che una simile pressa debba considerarsi lecita, in quanto il *gage* non porrebbe difficoltà particolari ai fini della individuazione del giusto prezzo.

del divieto di patto commissorio¹⁰⁸ mentre le Corti¹⁰⁹ ne hanno sempre fornito utilizzi ed interpretazioni di tipo riduttivo, limitandone l'applicazione esclusivamente ai capi tipizzati ex lege¹¹⁰.

In tal senso, il divieto non viene esteso al patto commissorio *ex intervallo*, in quanto, dopo la sottoscrizione del contratto, il debitore, che non rischia di subire un pregiudizio, potrebbe essere interessato a consentire il trasferimento della proprietà del bene in garanzia per evitare di incorrere nelle tempistiche dell'esecuzione giudiziale.

Allo stesso modo, sulla base del medesimo orientamento di pensiero, il patto apposto all'ipoteca e più in generale alle garanzie immobiliari diverse dall'anticresi viene oramai ritenuto lecito, così come altre figure, anche minori, che nel nostro ordinamento, invece, continuano a ricevere una diversa tutela¹¹¹.

Il discrimine tra la liceità o meno dei singoli patti deve individuarsi laddove il negozio di garanzia – esattamente come nella fattispecie del patto marciano – non provochi alcuna sproporzione nell'equilibrio sinallagmatico tra le due prestazioni, consentendo un bilanciamento tra la tutela del creditore e la difesa del debitore, con strumenti in grado di assicurare a quest'ultimo l'eventuale "surplus".¹¹²

108 Cfr. G. MARTY, P. RAYNAUD e P. JESTAZ, *Les suretés. La publicité foncière*, cit., 73 ss. Secondo tali Autori, il divieto del patto commissorio, basato su esigenze di tutela del debitore, oramai deve ritenersi desueto in quanto la tutela della *par condicio creditorum* è oggi svuotata di significato con la diffusione, sia a livello commerciale che legislativo, di strumenti basati direttamente sul trasferimento della proprietà a scopo di garanzia.

109 Cfr. M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, op. cit., 100 ss.

110 Cfr. N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, op. cit., 255.

111 Tra gli istituti ammessi nel diritto Francese, ricordiamo anche il mandato ad alienare il bene oppignorato conferito al creditore e condizionato all'inadempimento, ovvero, ancora, l'opzione di acquisto di beni condizionata all'inadempimento e per un prezzo pari all'ammontare del debito.

112 Cfr. N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, op. cit., 257.

Sulla scia dell'indirizzo giurisprudenziale e dottrinale appena illustrato, l'*Ordonance* del 23 marzo 2006 n. 346 ha prodotto una vera e propria riforma del sistema dei diritti di garanzia, modificando i titoli XVIII e XIX del Libro terzo del *Code Civil* ed introducendo il Libro IV, suddiviso in due Titoli relativi: il primo alla disciplina delle garanzie personali (*Des sûretés personnelles*); il secondo a quella delle garanzie reali (*Des sûretés réelles*).

La nuova normativa ha notevolmente semplificato gli istituti a tutela del credito per garantire una disciplina che consentisse una maggiore competitività del mercato, ma sempre assicurando una tutela delle posizioni debitorie.

Per rendere più efficiente ed attualizzato il sistema, il Legislatore Francese ha quindi acconsentito all'utilizzo della proprietà per finalità analoghe a quelle proprie dei diritti reali di garanzia.

A tal fine, l'istituto della vendita con riserva della proprietà, prima disciplinato nel *Code de commerce*, è stato inserito nella sezione del Libro IV del *Code civil* tra le garanzie reali mobiliari.

Inoltre, nel Titolo I del Libro III del Codice del consumo è stata prevista la disciplina del prestito vitalizio ipotecario¹¹³.

Allo stesso modo, è stato introdotto il pegno mobiliare non possessorio¹¹⁴. e definitivamente abrogato, al ricorrere di determinati presupposti, il divieto del patto commissorio.

¹¹³ Detto istituto è stato definito nel suddetto Codice come: “il contratto mediante il quale un istituto di credito o un istituto finanziario concede ad una persona fisica un mutuo sotto forma di un capitale o di versamenti periodici, garantiti da un'ipoteca costituita sull'immobile di proprietà del mutuatario e destinato all'esclusivo uso di abitazione di quest'ultimo, il cui rimborso -capitale ed interessi- non sarà esigibile che al decesso del mutuatario o, prima del decesso, al momento dell'alienazione o della costituzione di diritto reale limitato a favore di terzi sull'immobile oggetto di garanzia”.

¹¹⁴ E' stato introdotto il nuovo art. 2333 a mente del quale “il pegno è un accordo in base al quale il costituente attribuisce ad un creditore il diritto di farsi pagare con preferenza rispetto agli altri suoi creditori su un bene mobile o un insieme di beni mobili corporali, presenti o futuri. I crediti garantiti possono essere presenti o futuri; in quest'ultimo caso, essi devono essere determinabili”.

In base alla rinnovata normativa, il pegno viene qualificato come contratto consensuale che, per essere valido, ai sensi del nuovo art. 2336 c.c., prevede la mera predisposizione di *“uno scritto contenente l’indicazione del credito ovvero dei crediti garantiti, oltre che della specie, natura e quantità dei beni costituiti in pegno”*. Il trasferimento del possesso del bene, o la registrazione del pegno vengono ridotte a mere condizioni di opponibilità, rispettivamente della garanzia possessoria e di quella non possessoria.

Con la riforma è stata introdotta la possibilità – già presente negli altri ordinamenti - di includere anche i beni futuri a garanzia di crediti futuri, tra quelli suscettibili di dazione in pegno.

Inoltre, ai sensi del nuovo art. 2342 c.c. viene consentito al debitore e/o il terzo datore di pegno di alienare il bene concesso in pegno, che resta nella sua disponibilità, fermo l’obbligo di sostituirlo con un bene equivalente sul quale il creditore pignoratizio potrà esercitare i propri diritti.

Come si è già evidenziato, la norma che ai fini del presente studio appare maggiormente significativa è l’abrogazione del divieto di patto commissorio.

Secondo il nuovo art. 2348, primo comma c.c., infatti, *“può essere convenuto, al momento della costituzione del pegno o successivamente, che in caso di inadempimento dell’obbligazione garantita il creditore divenga proprietario del bene oppignorato”*.

Il nuovo art. 2459 del *Code civil* prevede la medesima disposizione in tema di ipoteca.

Secondo alcuni autori la nuova previsione dell’art. 2348 del *Code civil* avrebbe un’enorme importanza perché introdurrebbe, a livello europeo, all’erosione del divieto di patto commissorio¹¹⁵.

115 F. MURINO, *L’autotutela nell’escussione della garanzia finanziaria pignoratizia*, Milano, 2010, 35 ss.

Altri autori ridimensionano, invece, la portata della nuova disposizione,¹¹⁶ sul presupposto che il secondo comma dell'art. 2348 c.c. prevede, in ogni caso, che il valore del bene trasferito in proprietà debba essere determinato da un terzo al momento del trasferimento, a pena di nullità del negozio. In base al terzo comma, inoltre, il creditore ha l'obbligo di restituire al debitore od altri creditori l'eventuale eccedenza tra il valore del bene determinato dalla perizia e l'entità del credito garantito.

Così configurato, il negozio oggi ammesso nel diritto francese non è altro che il patto marciano individuato come autonoma figura giuridica dotata di propria dignità.

Non si è trattato, quindi, dell'abrogazione del divieto del patto commissorio, ma di una sua trasformazione verso il patto marciano, con l'introduzione delle garanzie e delle tutele previste da tale figura negoziale.

1.4. Cenni Conclusivi – il patto marciano.

La breve disamina che precede ha consentito di chiarire come la figura del patto Marciano risalga ai tempi del diritto romano classico, quale correttivo della *Lex Commissoria* che, per la sua struttura, portava ad una sperequazione degli interessi delle parti a solo vantaggio del creditore.

Come si è visto, infatti, già ai tempi della costituzione di Costantino detta stipulazione venne vietata, così come accadde nel diritto giustiniano.¹¹⁷

Ricordiamo quindi che il patto Marciano è pervenuto ai giorni nostri grazie al lavoro dei compilatori giustiniane, che hanno conservato e riportato un celebre passo del giurista romano: "*Potest ita fieri pignoris datio hypothecae, ut, si*

¹¹⁶ Cfr. G. BRIANDA, *Le prospettive del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria, lex mercatoria e tradizione*, op. cit., 821.

¹¹⁷ Cfr. G. MINNITI, *Garanzia e alienazione*, Torino 2007.

intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam: hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio. et ita divus Severus et Antoninus rescripserunt."¹¹⁸

Ebbene, dal suo schema iniziale sino ai nostri giorni, detto istituto non ha sostanzialmente variato la sua struttura di base.

Infatti, il patto in esame prevede una vendita condizionata all'adempimento del debitore in cui le parti stabiliscono che, in caso di inadempimento entro un dato termine, al creditore è concessa la facoltà di acquisizione del bene oggetto della garanzia, previa, però, valutazione del giusto prezzo, con stima ad opera di un terzo e con previsione della restituzione dell'eccedenza al debitore.

Nel corso del tempo, come si è visto, al patto marciano sono state attribuite diverse funzioni, alcune strettamente connesse al fenomeno del patto commissorio, col quale la clausola marciana condivide gran parte delle applicazioni, fungendo da correttivo, ed altre legate alla sua portata pratica. Procedendo per gradi, la prima tipica funzione che si riconosce al patto marciano è quella di garanzia, o meglio di strumento che si inserisce nella tematica delle alienazioni a scopo di garanzia¹¹⁹, per tutelare le ragioni creditizie di un soggetto nei confronti del proprietario del bene stesso o di un terzo, salvaguardando, al tempo stesso, i diritti del soggetto debole del rapporto obbligatorio. In altre parole, detto congegno implicherebbe un rafforzamento dell'aspettativa di realizzazione del credito, consentendo, però, un riequilibrio dello schema negoziale evitando conseguenze inique per il debitore.

¹¹⁸ Cfr. Marcianus, Libro singulare ad formulam hypothecariam, D. 20, 1, 16, 9.

¹¹⁹ DE MENECH, *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, 2015 i Contratti 8-9/2015, 826. Nella trattatistica la qualificazione dogmatica del patto marciano costituisce per lo più il corollario del risultato raggiunto nell'ambito delle riflessioni svolte in ordine alla configurazione funzionale del patto commissorio. La stipulazione marciana è un'alienazione in funzione di garanzia secondo l'opinione prevalente: cfr. ex multis C. M. Bianca, *Diritto civile. Le garanzie reali. La prescrizione*, Milano, 2012, 288; Minniti, op. cit., 29; U. Carnevali, *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 505; Lojacono, op. cit., 75 s.

In tale ottica si inserisce l'indirizzo dottrinale che individua nel patto marciano una funzione prettamente correttiva, quale clausola che disinnesci la nullità del disposto dell'art. 2744 c.c. e che legittima tutte quelle pattuizioni che più o meno espressamente violano il divieto *de quo*.

È forse questa la più classica delle qualificazioni, da sempre sostenuta in dottrina¹²⁰ e in alcuni casi fatta propria dal Legislatore, nella scelta di inserire il correttivo all'interno di legislazioni speciali.

Più originale risulta, invece, la qualificazione del congegno in commento quale strumento con funzione solutoria, precipuamente con scopo di autosoddisfacimento del credito¹²¹. In quest'ottica la figura si inserisce nell'ampio concetto dell'autotutela esecutiva, quale ulteriore modalità di soddisfazione del credito senza ricorso alla procedura esecutiva; quasi si trattasse di una sorta di autoassegnazione del bene oggetto di garanzia senza passare per il vaglio giudiziale. Il patto marciano andrebbe inteso, quindi, non come clausola accessoria ad un'operazione di finanziamento, ma come uno strumento autonomo per il creditore, suscettibile di operare in fase d'attuazione del

120 DE MENECH, *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, 2015 i Contratti 8-9/2015, 824. Così lo descrive App. Trento 18 febbraio 1975, in *Giur. mer.*, I, 424 ss.

121 DE MENECH, *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, 2015 i Contratti 8-9/2015, 826. Altri ritengono che il patto marciano non abbia esso stesso funzione di garanzia, ma rappresenti piuttosto uno tra i possibili criteri di regolamentazione del soddisfacimento coattivo del creditore: sicché il patto marciano (al pari del patto commissorio) presupporrebbe l'esistenza di una situazione di garanzia (tipica oppure atipica), senza confondersi con questa e rivestendo invece una funzione solutoria. La paternità di questa ricostruzione è di L. Raape, *Die Verfallklausel bei Pfand und Sicherungsubereignung*, Berlino, 1913, 24 ss. La tesi del giurista tedesco è stata ripresa da CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, Napoli, 2000, 62 ss.; e, soprattutto, da F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, 443 s., con nuove argomentazioni volte a scardinare la critica rivolta medio tempore da C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., 136 ss. alla teoria del Raape.

rapporto obbligatorio, precisamente a seguito dell'eventuale inadempimento del debitore¹²².

In tale contesto, dunque, il patto marciano avrebbe una funzione esclusivamente solutoria, si attiverebbe in caso di inadempimento dell'obbligazione e risulterebbe inopponibile ai terzi, quindi, salvaguardando l'operatività delle norme dettate dal Legislatore per tutelare il principio di *par condicio*. Detta ricostruzione pone il *focus* sulla fase patologica del rapporto obbligatorio, dove in concreto il patto marciano opera, a prescindere dalla *ratio* ad esso riconosciuta.

Da tutto quanto espresso nei precedenti paragrafi si desume che se la funzione di garanzia e quella di correttivo del patto commissorio si collocano tecnicamente sul piano della tutela *preventiva* dei diritti del creditore, quella solutoria attiene, invece, ad una fase fisiologicamente successiva del rapporto obbligatorio, in cui si realizzano effetti traslativi-solutori con attribuzione definitiva del bene e contestuale estinzione dell'obbligazione.

In questa declinazione il patto marciano produce i suoi effetti solo nella patologia del rapporto ed al pari di quanto previsto in tema di *datio in solutum*, attenendo propriamente alla fase dell'adempimento dell'obbligazione, supera tutte le censure tipicamente rivolte agli accordi che incidono sulla responsabilità patrimoniale del debitore.

Chiarito il senso e la struttura di tale istituto, va comunque evidenziato un elemento di particolare importanza nello studio della figura in commento, ovvero che, nonostante la storica complementarità tra patto commissorio e patto

¹²² Si fa riferimento a quella pattuizione con la quale si prevede che, in caso di inadempimento, un determinato bene del debitore, pur se non vincolato da alcuna garanzia, venga trasferito in pagamento al creditore, sempre nel rispetto della procedura di stima e corresponsione dell'eccedenza tipica del patto in commento. Tuttavia, lo strumento in esame non preclude l'esercizio delle azioni esecutive da parte di altri eventuali creditori concorrenti, in quanto in caso contrario risulterebbero violate le norme in materia di responsabilità patrimoniale del debitore.

marciano, quest'ultimo è rimasto sostanzialmente ignoto nel codice vigente, che non ne prevede una specifica disciplina e/o regolamentazione.

Tracce del patto marciano si rinvencono, infatti, solo in modo isolato nell'ambito di discipline speciali, al punto che per diverso tempo la stipulazione di convenzioni marciane è stata vista come un tabù da parte della dottrina e degli stessi operatori economici, nel timore di incorrere nella sanzione della nullità sancita dal patto commissorio.¹²³

A seguito di ciò gli esempi di clausole marciane autonome sono stati relegati nell'alveo dei negozi atipici che, prima di essere riconosciuti, devono superare il vaglio del giudizio di legittimità dell'operazione e del controllo di meritevolezza degli interessi perseguiti, al pari di tutte le convenzioni figlie dall'autonomia privata riconosciuta dal nostro ordinamento.

La mancata collocazione sistematica del patto marciano ha fatto sì che gli interpreti chiamati a valutarne la legittimità abbiano dovuto fare i conti da un lato con il divieto stabilito dall'art. 2744 c.c., dall'altro, con alcune fattispecie normative quali il pegno irregolare disciplinato all'art. 1851 c.c. il pegno di crediti di cui all'art. 2803 c.c.

Come abbiamo avuto modo di esaminare in precedenza, l'art 2744 c.c. in maniera *tranchante* qualifica come nulle tutte le stipulazioni che prevedono il passaggio della proprietà del bene concesso in garanzia in favore del creditore in caso di inadempimento del debitore, nullità apparentemente generica e quindi ascrivibile ad ogni tipo di convenzione anteriore o posteriore all'inadempimento, pura o edulcorata dal correttivo marciano.

¹²³ Non mancano ancor oggi voci che ritengono il marciano comunque inidoneo a superare il divieto dell'art. 2744 c.c. Cfr. CARBONE, *Patto commissorio e patto marciano*, in *Enc. giur. Treccani* online, per il quale il divieto del patto commissorio intende tutelare specialmente la «libertà morale del debitore», mentre il marciano incide unicamente sull'«aspetto patrimoniale del negozio», e DOLMETTA A., *La ricerca del "marciano utile"*, in *Riv. Dir. Civile*, 4/2017.

D'altro canto, invece, le disposizioni contenute negli artt. 1851 e 2803 del c.c. concretamente riconoscono un meccanismo marciano volto a perequare gli interessi in gioco all'interno del rapporto obbligatorio.¹²⁴

Al fine di individuare i margini di compatibilità tra gli istituti, non si può prescindere peraltro delle diverse teorie sulla ratio fondante del patto commissorio, che abbiamo individuato in precedenza. Detta direttrice ha guidato gli interpreti¹²⁵ che, nel tentativo di far uscire le pattuizioni marciane da quella zona grigia dove erano state relegate, hanno di volta in volta messo in risalto gli effetti che il patto in commento può generare sulle molteplici funzioni che si è soliti riconoscere al dettato dell'art 2744 c.c.

Pertanto, se da un lato il patto commissorio punta ad evitare una sproporzione tra credito e bene oggetto offerto in garanzia, dall'altro il patto marciano, superando le insidie del patto commissorio, tende a perseguire finalità di tipo equitativo che nel patto marciano sono legate al fatto che tale clausola penetra nella causa del negozio di concessione e garanzia, costituendo oggetto di un diritto del debitore, mentre nel patto commissorio¹²⁶ la vantaggiosità del

124 Art 1851 cc *“Se, a garanzia di uno o più crediti, sono vincolati depositi di danaro, merci o titoli che non siano stati individuati o per i quali sia stata conferita alla banca la facoltà di disporre(1), la banca deve restituire solo la somma o la parte delle merci o dei titoli che eccedono l'ammontare dei crediti garantiti(2). L'eccedenza è determinata in relazione al valore delle merci o dei titoli al tempo della scadenza dei crediti [1846, 1848](3).”* Contenuto disciplina: Diritto di garanzia che, a differenza del pegno ordinario, ha ad oggetto cose fungibili. In questa ipotesi, il creditore acquista la proprietà delle cose ed è tenuto a restituire il tantundem eiusdem generis et qualitatis, cioè altrettante cose dello stesso genere e qualità. Se il debitore è inadempiente, il creditore ha diritto di ritenzione sulle cose ricevute in pegno e dovrà restituire solo l'eventuale differenza tra il valore di queste e l'ammontare del credito. Art 2803 cc: *“Il creditore pignoratizio è tenuto a riscuotere, alla scadenza, il credito ricevuto in pegno e, se questo ha per oggetto danaro o altre cose fungibili, deve, a richiesta del debitore, effettuarne il deposito nel luogo stabilito d'accordo o altrimenti determinato dall'autorità giudiziaria. Se il credito garantito è scaduto, il creditore può ritenere del danaro ricevuto quanto basta per il soddisfacimento delle sue ragioni e restituire il residuo al costituente o, se si tratta di cose diverse dal danaro, può farle vendere o chiederne l'assegnazione secondo le norme degli articoli 2797 e 2798(1).”*

¹²⁵ Cfr. CARNEVALI U., voce *“Patto commissorio”*, in *Enc. del Diritto*, XXXII, 1982.

¹²⁶ Cfr. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, 204 ss., 210 ss.

negozio per il creditore è legata all'equivalenza tra il valore del bene e il valore del debito garantito, che è del tutto casuale¹²⁷.

È chiaro che in detti termini la compatibilità tra i due istituti è piena, con la conseguenza che la nullità sancita dall'art. 2744 c.c. verrebbe disattivata dalla clausola marciana che può ritenersi lecita.

Come si vedrà nel prosieguo del presente lavoro, però, e come già accennato, la mancanza di una norma di diritto positivo che disciplini in maniera puntuale il fenomeno del patto marciano ha inevitabilmente lasciato ai Giudici, nel corso degli ultimi anni, il compito di valutarne la meritevolezza ogni qualvolta lo stesso trovi posto all'interno di convenzioni autonomamente stipulate tra gli operatori economici.

Da un lato, infatti, abbiamo il divieto di patto commissorio, dall'altro non vi è una corretta regolamentazione del suo correttivo, da individuarsi nel patto marciano.

A ciò si aggiunga l'ulteriore problema costituito dal fatto che l'ordinamento italiano non dispone di un sistema di garanzie adeguato alle

¹²⁷ Per predicare *de jure condendo* la validità del patto marciano, tuttavia, è necessario chiarire la *ratio* sottesa al divieto del patto commissorio, nel senso che tale divieto risponde all'esigenza di scongiurare la sproporzione tra entità del credito garantito e valore del bene e la conseguente abusiva appropriazione del *surplus*. L'estraneità di questi aspetti al patto marciano ne sorregge pertanto, in questa prospettiva, la validità. Vedi a favore: V., in luogo di altri, CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, *passim* (in partic., pp. 296 ss.); BIANCA, *Diritto civile*, VII, Milano, 2012, 288, ove il rilievo che, "mentre nel patto commissorio la vantaggiosità del negozio per l'equivalenza tra valore del bene e valore del credito garantito è del tutto casuale, nel patto Marciano essa è assunta a contenuto stesso del contratto costituendo oggetto di un diritto del debitore", al quale viene in definitiva imposta "una perdita patrimoniale proporzionata al debito garantito". *Contra* MINNIT I, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, 29, al quale pare "evidente come non si possa sostenere la validità di una alienazione in garanzia, neanche là dove, come avviene nel patto marciano, sia garantita *ab origine* la corrispondenza dei valori del bene alienato e del credito garantito, atteso che tale corrispondenza non ci sembra possa incidere sul profilo causale dell'operazione, sì da supplire alla rilevata insufficienza della causa in garanzia a fondare e giustificare l'attribuzione del bene in proprietà".

esigenze del credito e all'altezza della contrattazione internazionale, mentre il sistema di recupero giudiziale dei crediti è caratterizzato da procedure di espropriazione forzata infinitamente lunghe, che spesso si concludono in modo insoddisfacente, con conseguenze pratiche gravissime, che si irradiano nel tessuto dell'intero sistema economico, tanto da far ritenere gli investimenti nel nostro paese particolarmente rischiosi, proprio per la frammentaria ed insufficiente tutela del credito che l'ordinamento è in grado di assicurare.

Per tale ragione sarebbe necessaria, come è avvenuto nell'ambito dell'ordinamento francese (di cui si sono appena richiamati gli aspetti più innovativi), l'introduzione di una disciplina maggiormente efficace e strutturata dei sistemi di autotutela, al fine di consentire agli operatori del mercato di aggirare le problematiche e le lungaggini provocate dalle esecuzioni giudiziali e utilizzare schemi negoziali moderni, fungibili ed equi per entrambi i contraenti.

Attualmente, infatti, sotto il profilo dell'autotutela, come si è visto, gli istituti risultano insufficienti e si ritrovano inseriti in modo frammentario e non organico nell'ambito del codice.

In assenza della regolamentazione generale del patto marciano, il suo schema, come detto, è stato ripreso in diversi istituti, che ne ripropongono le caratteristiche maggiormente identificative.

Tra le fattispecie di autotutela soddisfattoria che si ispirano alla struttura del patto marciano, presenti nel nostro codice, possiamo ricordare, innanzi tutto, la vendita coattiva stragiudiziale (prevista dal combinato disposto degli artt. 2796 e 2697 c.c.) o l'assegnazione stragiudiziale in pagamento (di cui all'art. 2798 c.c.) della cosa data in pegno. In tali schemi negoziali viene garantito il diritto del debitore a ricevere l'eventuale surplus tra il valore del bene e l'ammontare del credito. Trattasi di una garanzia tipicamente introdotta, come si è visto, dal patto marciano, a tutela dei diritti del contraente debole del rapporto contrattuale.

I medesimi risultati possono essere raggiunti con i negozi di alienazione dei beni su cui cadono alcuni *privilegi speciali* (v., ad es., gli artt. 2756 comma 3°, 2761 comma 4° c.c.)¹²⁸, ovvero nella disciplina del *pegno non possessorio*¹²⁹.

Ancora, un'altra forma di garanzia in autotutela, non giurisdizionale, che si richiama al patto marciano, può essere ravvisata nell'esecuzione speciale in materia di *pegno di crediti pecuniari*, mediante la ritenzione, da parte del creditore, sino alla concorrenza dell'importo garantito, di quanto riscosso, oppure tramite la vendita o l'assegnazione di beni differenti dal denaro (art. 2803 c.c.), o tramite l'assegnazione in favore del creditore dell'importo concesso in pegno (fino a concorrenza del credito garantito) o vendita dello stesso nelle forme stabilite nell'art. 2797 (art. 2804 c.c.).

Non possono dimenticarsi, infine, in tale breve elencazione, i contratti di garanzia finanziaria, introdotti con il d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170, che ricalcano, nella propria struttura, quella di un pegno avente ad oggetto denaro contante o strumenti finanziari. Si è già fatto cenno, poi, al *pegno irregolare*, che, in base all'art. 1851 c.c., consente al debitore di reclamare dal creditore la somma o la parte delle merci o dei titoli che eccedono l'ammontare dei crediti garantiti¹³⁰. Tale figura è quella rispetto alla quale è stato maggiormente ripreso lo schema tipico del patto marciano.

Anche con la cessione dei beni (mobili, immobili o crediti) ai creditori (*ex* art. 1977 ss. e 2649 c.c.), con cui è assicurato al debitore il diritto di ottenere la restituzione di eventuali somme che residuino dopo la vendita dei beni e la ripartizione delle stesse tra i creditori (art. 1982 c.c.)¹³¹, siamo sempre nell'ambito del dettato marciano.

¹²⁸ Su tale figura di esecuzione forzata in autotutela, v. G. BONGIORNO, *L'autotutela*, cit., 133 ss.

¹²⁹ Di cui all'art. 1 comma 7 lettera a) della l. 30 giugno 2016, n. 119.

¹³⁰ Sul pegno irregolare, visto in chiave di autodifesa esecutiva, v. G. BONGIORNO, *L'autotutela*, cit., 147 ss.

¹³¹ Sulla *cessio bonorum*, come tutela consensuale con funzione esecutiva, v. G. BONGIORNO, *L'autotutela*, cit., 107 ss.

Negli ultimi anni il legislatore ha introdotto altre ipotesi di figure negoziali di garanzia in autotutela che, peraltro, a differenza di quelle codicistiche, risultano molto specifiche e non passibili di interpretazione analogica, in quanto sono state previste a favore degli istituti bancari e/o altri enti finanziari, e/o imprese di investimento o di assicurazione rispetto a finanziamenti garantiti da beni immobili e/o finalizzati all'acquisto di beni immobili.

Le fattispecie di autotutela esecutiva introdotte più di recente sono, innanzi tutto, i già richiamati "*contratti di garanzia finanziaria*" introdotti con d.lgs. 21 maggio 2004 n. 170, tra cui è stato previsto il contratto di trasferimento della proprietà di attività finanziarie con funzione di garanzia (art. 1 lett. d)).

In relazione a tali contratti, l'art. 6 della norma appena citata stabilisce che per essi non trova applicazione l'art. 2744 del codice civile.

Con tale disposizione il Legislatore ha quindi espressamente derogato al divieto del patto commissorio, concedendo peraltro, contemporaneamente, al creditore, uno strumento di autosoddisfacimento delle sue ragioni, senza assicurare, allo stesso modo, al debitore il diritto di ricevere l'eventuale eccedenza rispetto all'entità del debito¹³². Si richiama, quindi, in tal caso il patto commissorio senza i correttivi previsti dalla fattispecie marciana.

Inoltre, con l'art. 11 *quaterdecies*, commi 12 – 12 quater della legge 2 dicembre 2005, n. 24, è stato introdotto il prestito vitalizio ipotecario, di fatto concepito come una particolare figura di mutuo.

Si ricorda poi l'introduzione, con il d.lgs. 21 aprile 2016, n. 72 – attuativo della dir. 2014/17/UE - nel Titolo VI del testo unico bancario il Capo I *bis* intitolato «*Credito immobiliare ai consumatori*»¹³³ descritto nel nuovo art. 120 *quinquies* TUB

¹³² Sui "*contratti di garanzia finanziaria*", P. Gallo, *Divieto di patto commissorio*, cit., p. 974; A. Chianale, *Qualche pensiero*, cit., p. 752.

¹³³ Sul "*credito immobiliare ai consumatori*", come disciplinato dal d.lgs. 2016/n. 72, v., A. CHIANALE, *Qualche pensiero*, cit., 753; C. BOTTA, *Gli incerti confini*, cit., 913 ss.; P. De Gioia Carabell ese - C. Chessa, *La direttiva 2014/17/UE in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, p. 1422 ss.

come un finanziamento bancario in favore del consumatore, garantito da un'ipoteca sul diritto di proprietà o su altro diritto reale avente ad oggetto beni immobili residenziali, ovvero allo scopo di acquisto o conservazione della proprietà su un terreno o su un immobile edificato o progettato.

Sempre in materia bancaria, con la legge 30 giugno 2016 n. 119 è stato inserito nel TUB l'art. 48-bis che regola il *"finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato"* all'inadempimento dell'imprenditore debitore.

Secondo tale norma, la banca finanziatrice, in caso di inadempimento del debitore, *"ha diritto di avvalersi degli effetti del patto – che non può avere ad oggetto immobili adibiti ad abitazione principale del proprietario, del coniuge o di suoi parenti e affini entro il terzo grado - purché al proprietario sia corrisposta l'eventuale differenza tra il valore di stima del bene e l'ammontare del debito inadempito e delle spese del trasferimento (comma 3°)."*

In tale ipotesi tipizzata, quindi, viene nuovamente seguito dal Legislatore lo schema del patto marciano.

Come accennato, nei successivi paragrafi si cercherà di fornire una panoramica maggiormente approfondita ed esaustiva dei nuovi schemi negoziali introdotti dal Legislatore sul modello del patto marciano, al fine di comprenderne le caratteristiche, e si tenterà di individuare le attuali lacune presenti nel nostro ordinamento nell'ambito degli schemi negoziali di garanzia, malgrado le innovazioni comunque introdotte nel sistema nel tentativo di adeguare maggiormente i negozi in autotutela alle esigenze della globalizzazione e del mercato.

CAPITOLO 2

IL MODELLO DI GARANZIA MARCIANA NEI FINANZIAMENTI ALLE IMPRESE: L'ART. 48-BIS. T.U.B.

2.1. La struttura del patto disciplinato dall'art. 48-bis del T.U.B.

L'articolo 48-bis del Testo Unico Bancario ha introdotto nel nostro ordinamento l'istituto del "finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile condizionato"¹³⁴.

La portata di questa norma può essere definita "rivoluzionaria", in quanto per un verso modifica radicalmente il sistema delle garanzie a tutela del credito e, per altro verso, regola l'istituto del patto marciano, adattando il medesimo alle esigenze della impresa.

Lo scopo principale dell'intervento normativo risiede nella volontà di agevolare l'erogazione di finanziamenti alle imprese mediante la previsione di forme più efficaci e snelle di attuazione dell'interesse creditorio¹³⁵.

¹³⁴ Cfr. A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48-bis, T.U.b. è davvero patto marciano?* in *Corr. Giur.* 2016, 12, 1477; D. MARI, *Il patto marciano: un'analisi critica del nuovo art. 48-bis t.u.b.*, in *Rivista del Notariato*, 2016, 6, 1111; S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei crediti privilegiati nella legge n. 119/2016: il cd patto marciano*, in *Dir. fall.*, 5, 2016, n. 1076; S. LOCONTE, *Le nuove garanzie sui finanziamenti all'impresa: decreto banche D.L. n. 59 /2016, convertito in L. 119/2016: pegno mobiliare non possessorio, patto marciano, nuove tutele del creditore in materia di procedure concorsuali, modifiche alla cessione dei crediti di impresa, deferred tal asset*, Rimini, 2016.

¹³⁵ S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella L. 119/2016: il cd patto marciano*, in www.ilcaso.it, sez. Crisi d'impresa e fallimento, 25 agosto 2016.

Vieppiù il legislatore non ha voluto precludere la possibilità di adottare lo strumento *de quo* anche nei contratti non concernenti il pegno o l'ipoteca, lasciando quindi la libertà alle parti di poter optare per il patto marciano cd. "autonomo".

Come avviene per il patto commissorio infatti, anche per l'istituto marciano è riscontrabile una variante in cui il debitore offre in garanzia un proprio bene non gravato da alcun vincolo preesistente, sia esso ipotecario o pignoratizio. In questo modo il patto marciano non riguarda il trasferimento di un bene già oggetto di una garanzia, divenendo quindi un contratto autonomo ed indipendente da qualsiasi altra forma di garanzia¹³⁶.

Preliminare all'analisi dell'articolo 48 bis è l'esame della struttura del patto disciplinata dalla norma.

L'articolo 48-bis prevede sostanzialmente che un istituto autorizzato ad erogare credito al pubblico (tipicamente gli istituti bancari) e un'impresa, possano stipulare un accordo per cui il primo concede un finanziamento alla seconda, garantito dal trasferimento della proprietà (o di un altro diritto immobiliare) di un bene, in favore dell'istituto creditore o di un terzo soggetto, da esso controllato o ad esso collegato¹³⁷, sospensivamente condizionato all'inadempimento dell'impresa debitrice relativamente alla restituzione dell'intero importo erogato a titolo di finanziamento dell'attività economica.

Partendo dall'ambito soggettivo, dalla lettura della norma emerge come possano richiedere un finanziamento ex articolo 48-bis solamente i soggetti che

¹³⁶ N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano nella L. 30 giugno 2016, N. 119*, 1012.

¹³⁷ L'ipotesi di cui all'articolo 48-bis non è unicamente qualificabile come ipotesi marciana "business to business -b2b". Ed invero il primo comma della norma in commento prospetta la possibilità che il soggetto proprietario del bene, la cui proprietà (o altro diritto immobiliare) viene trasferita al verificarsi della condizione sospensiva possa essere anche un soggetto terzo, diverso dall'imprenditore. Ad esempio, il titolare del diritto immobiliare sul bene potrebbe essere un parente dell'imprenditore. Ebbene, in tal caso si creerebbe la situazione in cui il titolare del diritto non deterebbe la qualifica di imprenditore. Conseguentemente, l'articolo 48-bis disciplina una ipotesi principale "b2b" ed una ipotesi ulteriore definibile come "business to consumer -b2c2".

detengono la qualifica di imprenditori. La norma non specifica tuttavia se il finanziamento possa essere richiesto anche dagli imprenditori “non commerciali”. La dottrina dominante propende per la soluzione positiva sul presupposto per cui la norma in esame non richiama espressamente l’art. 2195 c.c., riconducendo l’interprete alla definizione generale di imprenditore di cui all’articolo 2082 c.c.¹³⁸.

E’ stato altresì osservato come siano ricomprese nell’applicazione dell’articolo 48 -bis del T.U.B le micro-imprese¹³⁹.

Sono invece esclusi dall’applicazione della normativa gli enti, quali associazioni e fondazioni, senza scopo di lucro, o non profit o che non svolgono attività commerciale, non essendo considerabili come imprese (secondo quanto chiarito in sede fiscale dall’art. 73, co. 1, lettera c) del TUIR e dagli artt. 14-42 c.c.), non è data la possibilità di offrire un proprio bene immobile in garanzia ai sensi dell’art. 48-bis.

La norma al contrario si applica alle società cooperative e alle imprese sociali (ovvero quelle la cui attività economica è volta a produrre o scambiare beni e/o servizi di utilità sociale) in quanto tali enti sono soggetti all’iscrizione nel registro delle imprese, possono offrire in garanzia dei beni immobili per contrattare un finanziamento ai sensi dell’art. 48-bis del T.U.B.¹⁴⁰.

Quanto all’analisi dei creditori, l’articolo 48-bis prevede che il finanziamento in esame possa essere erogato solo dalle banche e dagli istituti di credito a cui è permesso erogare credito al pubblico così come individuati dall’art. 106 del Testo Unico Bancario; si tratta degli intermediari finanziari iscritti nell’albo presso la Banca d’Italia¹⁴¹.

¹³⁸ N. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella L. N. 119 2016 il c.d. patto marciano*, Il diritto fallimentare e delle società commerciali, n. 5/2016, 2.

¹³⁹ N. BERNARDI, *op. cit.*, 556.

¹⁴⁰ G. VISCONTI, *La nuova garanzia reale dei prestiti bancari: il patto marciano*, 587.

¹⁴¹ N. BERARDINI, *op. cit.*, 556.

Passando al profilo oggettivo della fattispecie in esame, l'articolo 48-bis prevede espressamente che il bene oggetto della garanzia sia un immobile su cui l'imprenditore possa vantare il diritto di proprietà o un altro diritto immobiliare (anche in capo ad un soggetto terzo).

Il bene può essere tanto un terreno quanto un fabbricato¹⁴². Unico limite previsto dal terzo comma della norma in commento è quello per cui non possono essere presi in considerazione immobili utilizzati come abitazione principale dal proprietario o dai suoi parenti ed affini entro il terzo grado.

In considerazione di siffatta previsione normativa la dottrina si è interrogata in ordine alle eventuali similitudini esistenti con l'articolo 67, comma 3, lettera c) della legge fallimentare, laddove si prevede l'esonero da revocatoria con riguardo agli immobili adibiti ad abitazione principale del compratore, dei suoi parenti ed affini.

La ratio dell'articolo 67 sembra individuabile nella volontà del legislatore di adottare una tutela effettiva nei confronti della situazione abitativa, impedendo quindi ogni azione volta a ledere il diritto all'abitazione, diritto chiaramente meritevole di tutela.

Nel caso dell'articolo 48-bis sebbene è evidente l'intento di tutelare il diritto di abitazione, la norma non esclude che esso venga assoggettato anche agli interessi del creditore.

Ed invero la norma in commento non vieta al creditore di far valere le proprie pretese su un immobile adibito ad abitazione principale dell'imprenditore debitore o dei suoi familiari, ma prescrive che in tale ipotesi l'istituto di credito possa ottenere il diritto immobiliare pattuito sul bene oggetto del contratto, solo attraverso il processo esecutivo e non a mezzo dell'automatismo del patto marciano¹⁴³.

¹⁴² L'immobile può essere strumentale all'attività di impresa ovvero anche abitativo.

¹⁴³ N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119*, 1020-1021.

Secondo parte della dottrina, la scelta del legislatore di concedere in garanzia i solo beni immobili non adibiti all'utilizzo residenziale del proprietario, dei suoi parenti e affini deve essere interpretata come volontà implicita di fare in modo che gli unici beni concessi in garanzia siano quelli rientranti nel patrimonio aziendale¹⁴⁴.

Una conferma alla tesi ora esposta sembra potersi individuare nella disciplina del pegno mobiliare non possessorio, laddove si prevede espressamente che i beni dati in garanzia sono esclusivamente quelli mobili (non registrati) destinati all'attività di impresa.

La dottrina ha osservato come entrambe le discipline suindicate siano state introdotte dal medesimo decreto (decreto legge 59/2016) e come siano volte a realizzare il medesimo obiettivo: aiutare le imprese ad ottenere la liquidità necessaria per mantenere la propria attività in modo rapido e semplice¹⁴⁵.

Del resto occorre ricordare come il disposto dell'articolo 48-bis e le fattispecie di patto marciano introdotte dalla predetta norma avevano l'obiettivo di modificare il panorama del finanziamento all'attività economica d'impresa, diversamente da quanto avviene per le altre previsioni marciane presenti nel nostro ordinamento¹⁴⁶.

Quanto finora detto, permette di meglio comprendere perché la disciplina di cui all'articolo 48-bis è molto più dettagliata rispetto alle ipotesi relative ai consumatori¹⁴⁷.

¹⁴⁴ In tal senso S PAGLIANTINI, *Commento all'articolo 48-bis T.U.b.*, in D'AMICO, PAGLIANTINI, PIRAINO, RUMI, *I Nuovi Marciani*, Giappichelli, 2017, 86.

¹⁴⁵ S. PAGLIANTINI, op. loc. cit.; nello stesso senso P. MARINI, *Procedure espropriative, patto marciano, pegno immobiliare non possessorio, Guida alla legge 119/2016*, 2016, 27.

¹⁴⁶ Il riferimento è all'ipotesi di prestito vitalizio ipotecario e la fattispecie di cui all'art. 120-*quinquiesdecies* del testo unico bancario.

¹⁴⁷ Nel disciplinare le ipotesi di patto marciano rivolte al credito ai consumatori, il proposito del legislatore non era tanto quello di modificare il sistema delle garanzie, ma al più quello di rendere più facile e rapido l'accesso al credito ai consumatori stessi, grazie alla costruzione di una garanzia più forte delle tradizionali su un bene. La nuova garanzia permette al creditore di

La dottrina si è interrogata in ordine alla natura del finanziamento oggetto dell'operazione. Secondo la tesi dominante, l'articolo 48-bis t.u.b., anche se descrive la fattispecie come un contratto di finanziamento, sembra non voler disciplinare una nuova tipologia di contratto fino ad ora inesistente, volendo piuttosto proporre una nuova figura di garanzia reale, utile alle imprese, e applicabile a tutti i contratti bancari, o di credito in genere¹⁴⁸. A sostegno della tesi ora esposta, è stato rilevato che l'articolo *de quo* nulla specifica in relazione alla forma rateale o meno che deve presentare il credito erogato. Più nello specifico, in base al 5 comma dell'articolo 48-bis l'inadempimento del debitore può considerarsi tale se la mancata restituzione si protrae "per oltre nove mesi, quando non è prevista la restituzione mediante pagamenti da effettuarsi in via rateale". La lettera della norma fa pensare che possano essere oggetto della disciplina in commento anche i contratti di finanziamento in conto corrente bancario, in cui l'erogazione del credito e la sua restituzione non avvengono ratealmente.

In questa ipotesi, vista la presenza del sistema di compensazione, tipica del rapporto di conto corrente bancario, si rende necessario stabilire quale sia il momento iniziale che si deve considerare per il calcolo dei nove mesi necessari perché vi sia l'inadempimento descritto dal 5° comma.

A tal proposito sembra possano distinguersi due casi differenti. Una prima ipotesi è quella in cui l'affidamento in c/c è stato concesso dall'istituto a termine. In questo caso, il momento dal quale deve essere calcolato l'eventuale inadempimento coincide con la data di chiusura del conto corrente, che viene fissata dalla parti alla stipula del contratto.

Diverso il caso nel quale il finanziamento sia stato costituito a tempo indeterminato (ai sensi del 3 comma dell'articolo 1845 c.c.). In tale ipotesi il

sentirsi più tutelato e conseguentemente lo stesso è disposto ad erogare finanziamenti più facilmente.

¹⁴⁸ C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese garantito da trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato*, Studium Iuris n. 12/2016, 1454.

termine di 9 mesi decorrerà dalla data di richiesta di recesso dal contratto di conto corrente fatta da una delle due parti.

La dottrina ancora ritiene che la forma di finanziamento disciplinata dall'articolo 48-bis non possa essere estesa ai casi in cui l'istituto bancario eroga il credito attraverso la forma dell'anticipo dei crediti vantati dall'impresa finanziata. In questi casi, infatti, la banca ottiene la restituzione della somma erogata attraverso l'adempimento di un soggetto terzo, ovvero il debitore dell'impresa finanziata, quindi senza che vi sia un adempimento (oppure un inadempimento) del debitore principale (ovvero l'imprenditore), secondo quanto previsto dagli artt. 1858 e ss. del T.U.B.¹⁴⁹.

2.2. Il regime di pubblicità previsto per l'accordo.

E' fondamentale soffermarsi poi sul regime di pubblicità che viene richiesto all'accordo tra creditore e debitore. Ciò in quanto la disciplina di cui all'articolo 48-bis incide sul principio della *par condicio creditorum*, che sta alla base del funzionamento del sistema del credito nel nostro Paese¹⁵⁰.

Nel nostro ordinamento, infatti, come noto, ciascun creditore ha diritto di far valere le proprie pretese creditorie sul patrimonio del debitore, nella stessa misura rispetto agli altri creditori. Tale regola, di carattere generale, non implica tuttavia una reale e concreta soddisfazione paritaria del credito, essendo possibile la presenza di varie cause che modificano la parità tra i creditori, tra cui le cause legittime di prelazione.

In altre parole, il principio di cui all'articolo 2741 c.c. non implica un effettivo trattamento egualitario delle pretese creditorie, ma sancisce piuttosto, che per il nostro ordinamento non esiste alcun criterio generale che detti un

¹⁴⁹C. CROCI, *op. cit.*, 1454 e seguenti.

¹⁵⁰S. LOCONTE, *op. cit.*, 107.

ordine di preferenza dei creditori già in partenza, lasciando aperta la possibilità che la parità assoluta tra i creditori subisca delle deroghe¹⁵¹.

Alla luce di queste precisazioni, ben si comprende come sia fondamentale che ogni accordo che modifichi il principio generale della *par condicio creditorum*, sia assoggettato ad un chiaro regime pubblicitario, che permetta ad ogni soggetto interessato di essere consapevole della ricorrenza di una deroga al principio ora indicato.

Entrando nel dettaglio dell'esame della disciplina della pubblicità, va rilevato che l'adempimento di tale obbligo è previsto sia quando l'accordo sorge in presenza di un nuovo contratto tra le parti, sia quando il patto viene apposto ad un contratto preesistente.

L'art. 48-*bis*, 1° co. T.U.B. quanto al regime pubblicitario rimanda a quanto disposto dall'art. 2839, 2° co., n. 4), 5) e 6) del codice civile in materia di iscrizione ipotecaria per il contenuto della nota di trascrizione del patto di trasferimento sospensivamente condizionato¹⁵².

Ne consegue che la nota dovrà individuare 3 elementi: l'importo della somma, gli interessi che il credito può produrre e il tempo dell'esigibilità.

Secondo parte della dottrina¹⁵³, il patto deve essere trascritto come una *compravendita condizionata*¹⁵⁴. Tale interpretazione sembrerebbe confermata dalla circostanza per cui un contratto sospensivamente condizionato si trascrive e non si iscrive nei registri immobiliari, come avviene invece per l'ipoteca. Da ciò per parte della dottrina deriva che la trascrizione del patto di trasferimento non ha funzione costitutiva, ma mera funzione dichiarativa: il patto si costituisce con la semplice sottoscrizione delle parti e la trascrizione ha l'esclusiva funzione di renderlo opponibile a terzi.

¹⁵¹ S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 566 e seguenti.

¹⁵² S. LOCONTE, *op. cit.*, 107.

¹⁵³ G. VISCONTI, *La nuova garanzia reale dei prestiti bancari, il patto marciano*, in *Immobili & proprietà*, 2017, 587.

¹⁵⁴ S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, 45.

Nel momento nel quale il patto produce i suoi effetti (momento eventuale che segue all'inadempimento del debitore) gravano poi sul creditore ulteriori oneri pubblicitari.

Ed invero nel caso nel quale si verifica la condizione sospensiva (debitore che non esegue la prestazione) il 9 comma dell'articolo 48 -bis , il creditore, anche unilateralmente, deve effettuare una dichiarazione da inserire nell'atto notarile che certifica l'avveramento della condizione sospensiva. La menzionata dichiarazione deve essere svolta secondo le modalità indicate dall'articolo 47 del D.P.R. 445 del 2000. Inoltre, nella dichiarazione in esame deve essere contenuto a cura del creditore l'estratto autentico dei libri contabili secondo quanto previsto dall'art. 2214 c.c.

Diversamente, nell'ipotesi di mancato avveramento della condizione sospensiva in seguito al corretto adempimento da parte del debitore, ai sensi del 13 comma dell'articolo 48-bis, il creditore, entro 30 giorni dall'estinzione della obbligazione, deve provvedere, mediante atto notarile a dare pubblicità nei registri immobiliari del mancato definitivo avveramento della condizione sospensiva¹⁵⁵.

La pubblicità del patto marciano, come sopra detto, riveste un ruolo di basilare importanza ai fini della sua opponibilità ai terzi ed in particolare agli altri creditori dell'imprenditore-debitore. Proprio per la rilevanza del tema, la dottrina si è interrogata in merito agli effetti prodotti dalla trascrizione dell'atto che sembra essere stata equiparata dal legislatore all'iscrizione ipotecaria.

La scelta del legislatore, secondo alcuni, suggerisce come la disciplina del regime di pubblicità previsto per l'accordo di cui all'art. 48-bis, debba essere ricavata dalla lettura combinata delle disposizioni in materia di iscrizione ipotecaria e di quelle in materia di trascrizione contenute nel codice civile¹⁵⁶.

¹⁵⁵ S. LOCONTE., *op. cit.*, 108.

¹⁵⁶ S. LOCONTE., *op. cit.*, 107-108.

A sostegno di tale tesi si osserva come il 9 comma dell'articolo 48-bis, quanto al tema dell'annotazione della condizione sospensiva, rimandi all'articolo 2668 c.c., norma che disciplina in termini generali la trascrizione¹⁵⁷.

2.3. Il procedimento di stima.

La giurisprudenza¹⁵⁸ e la dottrina¹⁵⁹, da tempo hanno cercato di delineare un modello di patto marciano, individuando, di volta in volta le principali caratteristiche dello strumento

Nel tracciare i tratti distintivi della pattuizione marciana, è stata unanimemente ritenuta essenziale la presenza di un procedimento di stima puntuale del bene oggetto della garanzia. Ciò al fine di non ricomprendere la pattuizione marciana nel campo dell'illiceità alla pari del patto commissorio¹⁶⁰.

Non vi è dubbio, inoltre, che il legislatore del decreto-banche abbia voluto fare ricorso all'esperienza già consolidata dalla giurisprudenza, per disciplinare la fattispecie di cui all'art. 48-bis T.U.B.; la norma, infatti, per disciplinare un istituto che possa essere definito come "marciano", ha recepito tutti i tratti qualificanti già da tempo elencati dalla Corte di Cassazione e dalla dottrina¹⁶¹.

In particolare, la sentenza della Corte di Cassazione del 28 gennaio 2015, n. 1625, in tema di perizia di stima del bene indica che la stessa deve essere svolta da un perito esperto ed indipendente attraverso un procedimento caratterizzato da «*tempi certi e modalità definite*». In tal modo si vuole garantire che la stima del bene avvenga secondo criteri oggettivi e tutelando gli interessi di entrambe le parti coinvolte¹⁶².

¹⁵⁷ S. LOCONTE, *op. loc. cit.*

¹⁵⁸ Cfr. Cass., sez. II civ., 9 maggio 2013, n. 10986.

¹⁵⁹ A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, 1417.

¹⁶⁰ Cfr. Cass., sez. I civ., 28 gennaio 2015, n. 1625.

¹⁶¹ N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano nella L. 30 giugno 2016*, N. 119, 997-998.

¹⁶² A. DOLMETTA, *La ricerca del «marciano utile»*, *Rivista di Diritto Civile* n. 4 2017, 823.

Dubbi sono sorti in ordine al profilo temporale della perizia di stima, vero indice dei necessari requisiti di imparzialità e oggettività.

E' stato osservato come un'eccessiva differenza temporale tra il trasferimento del bene e il momento a cui si riferisce la stima, possa comportare delle distorsioni o delle iniquità per una delle parti. Ed, invero, il trasferimento di un bene la cui valutazione non è ancora stata portata a termine al momento del realizzarsi della pretesa creditoria o, alternativamente, il trasferimento dello stesso sulla base di una stima effettuata prima della stipula del contratto, sembrano entrambe soluzioni non adeguate a realizzare la soddisfazione del creditore in modo immediato e senza lesioni dei diritti del debitore¹⁶³.

Entrambe le situazioni presentano infatti una serie di aspetti critici.

Nel primo caso, il creditore vedrebbe dilatarsi i tempi nei quali potrebbe essere soddisfatto. Vieppiù fino al termine delle operazioni peritali non avrebbe alcuna certezza in ordine alla circostanza per cui il valore del bene stimato possa soddisfare le sue pretese.

Considerare invece una stima effettuato prima della stipula del contratto potrebbe danneggiare la posizione del debitore che sarebbe costretto ad accettare di trasferire un immobile il cui valore è stato predeterminato.

In tale ipotesi, infatti, vi sarebbe la determinazione del prezzo futuro di un bene, che impedirebbe la corretta definizione di ciò che il debitore deve e di ciò che il creditore riceve in caso di attivazione del patto, proprio come avviene con il patto commissorio¹⁶⁴.

Conseguentemente, la dottrina, aderendo alla tesi della Suprema Corte di Cassazione suindicata ritiene che la stima del bene oggetto della garanzia marciaria debba avvenire nel momento dell'attuazione del diritto del creditore ad appropriarsi del bene¹⁶⁵.

¹⁶³ F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Giuffrè Editore, 1996, 462.

¹⁶⁴ F. ANELLI, *op. loc. cit.*

¹⁶⁵ M. NATALE, *Lease-back e strutture utili di patto marciario*, Rivista di Diritto Civile n. 6 2015, 1612.

Il legislatore del 2016 sembra aver aderito all'orientamento maggioritario: il 6° comma dell'articolo 48-bis prevede, infatti che decorsi sessanta giorni dalla notificazione della dichiarazione di volersi avvalere del patto stipulato, il creditore chiede al presidente del Tribunale del luogo nel quale si trova l'immobile la nomina di un perito per la stima, con relazione giurata, del diritto reale immobiliare oggetto del medesimo patto.

Una volta nominato dal Tribunale, il perito è incaricato di svolgere la stima del bene immobile, mediante una relazione giurata, da inviare al debitore entro sessanta giorni dalla sua nomina. Le tempistiche per la relazione di stima paiono ben definite ed almeno per l'ipotesi di cui all'articolo 48-bis può concludersi nel senso che il legislatore ha ben equilibrato le esigenze del creditore e quelle del debitore.

Inoltre, ai sensi del VI comma dell'articolo in commento, la stima deve essere effettuata secondo i criteri dettati dell'art. 1349 c.c. Conseguentemente, il soggetto terzo deve operare secondo «*equo apprezzamento*», indicando al perito stesso che la sua azione deve essere svolta secondo i criteri tecnici comunemente praticati in materia.

Sul punto, è stato osservato come il rimando alla norma codicistica fosse superfluo, considerato che il perito, per definizione, deve svolgere il proprio compito secondo una valutazione equa ed imparziale¹⁶⁶.

¹⁶⁶N. AMBROSINI, *op. cit.*, 15. Senza dubbio più interessante è il riferimento all'art. 568 c.p.c., recentemente modificato dal d.l. 83/2015 (convertito in Legge 132/2015), il quale prevede che il perito, in ogni tipo di procedura esecutiva immobiliare, debba procedere stimando il bene attraverso la determinazione del suo valore di mercato.

La norma, al fine di permettere una definizione più precisa delle modalità con cui deve procedere il professionista, chiarisce che il valore di mercato deve essere calcolato attraverso una precisa misurazione della superficie dell'immobile, specificandone la superficie commerciale, e attribuendo ad essa il valore per metro quadro e il valore complessivo, specificando inoltre, eventuali variazioni particolari considerate nella stima, come ad esempio possibili variazioni al ribasso dovute ai vizi dell'immobile. Per concludere il quadro della disciplina della stima del bene, ci si deve soffermare su una particolare ipotesi, ovvero la possibile contestazione della perizia, specialmente nel caso essa provenga dal debitore. Per fare chiarezza in merito, il legislatore ha espressamente previsto che la contestazione possa essere effettuata entro 10 giorni

2.4. La condizione sospensiva e l'inadempimento.

L'aspetto centrale dell'istituto marciano disciplinato dall'art. 48-*bis* T.U.B. è la condizione sospensiva che viene apposta al patto di trasferimento stipulato tra le parti.

Ed invero nel caso nel quale non si realizza la suindicata condizione il debitore non dovrà trasferire alcun diritto immobiliare al creditore, che verrà soddisfatto semplicemente con il corretto adempimento dell'obbligazione. In altre parole, gli "effetti marciani" del contratto emergono solamente con il realizzarsi della condizione sospensiva, ovvero con l'inadempimento del debitore-imprenditore¹⁶⁷.

Sul punto, il 5 comma della norma in commento definisce l'inadempimento affermando che il medesimo sussiste *"quando il mancato pagamento si protrae per oltre nove mesi dalla scadenza di almeno tre rate, anche non consecutive, nel caso di obbligo di rimborso a rate mensili; o per oltre nove mesi dalla scadenza anche di una sola rata, quando il debitore è tenuto al rimborso rateale secondo termini di scadenza superiori al periodo mensile; ovvero, per oltre nove mesi, quando non è prevista la restituzione mediante pagamenti da effettuarsi in via rateale, dalla scadenza del rimborso previsto nel contratto di finanziamento. Qualora alla data di scadenza della prima delle rate, anche non mensili, non pagate di cui al primo periodo il debitore abbia già rimborsato il finanziamento ricevuto in misura almeno pari all'85 per cento della*

dalla ricezione della comunicazione che il perito deve effettuare alle parti, in cui viene delineato il valore stimato dell'immobile. Inoltre, al 7° comma dell'art. 48-*bis*, viene chiarito che in caso di obiezioni da parte del debitore, queste, anche se dovessero rivelarsi fondate, non potranno inficiare la validità del patto e non influenzeranno il realizzarsi dei suoi effetti. Al massimo, le osservazioni del debitore, se saranno ritenute opportune dal perito, andranno ad influire sull'eventuale differenza di valore che dovrà essergli corrisposta.

¹⁶⁷ N. AMBROSINI, *op. cit.*, 8-9.

quota capitale, il periodo di inadempimento di cui al medesimo primo periodo è elevato da nove a dodici mesi”.

Quanto ai limiti temporali dettati dal comma in commento, i medesimi sono stati oggetto di ampia discussione in sede di conversione in legge del d.l. 59/2016.

Il testo originario invero, affinché vi fosse inadempimento, prevedeva il protrarsi del mancato pagamento da parte del debitore per un periodo di sei mesi, e non di nove, come prevede invece il testo entrato in vigore. Tuttavia diversi autori e Confindustria, nel commentare la bozza del testo originario hanno sollevato una serie di dubbi in ordine al bilanciamento degli interessi del creditore e del debitore, sottolineando come la prima formulazione del testo tenesse in considerazione esclusivamente gli obiettivi di celerità di recupero del credito da parte degli istituti bancari, senza tener conto delle esigenze delle imprese, come ad esempio la eventualità che l'imprenditore-debitore non sia in grado di far fronte all'obbligazione assunta solamente a causa di una fase di difficoltà momentanea¹⁶⁸.

Conseguentemente, per bilanciare al meglio gli interessi delle parti coinvolte, il legislatore, in fase di conversione del decreto, ha introdotto un ulteriore parametro; se, infatti, l'ammontare del debito già saldato dal debitore equivale all'85% della somma dovuta, vi sarà un innalzamento del suddetto parametro temporale, che passerà da nove a dodici mesi, qualsiasi sia la modalità pattuita dalle parti per la restituzione del finanziamento¹⁶⁹.

Secondo lo stesso 5° comma, non è però sufficiente definire la misura che determina l'inadempimento perché vi possa essere il trasferimento del diritto immobiliare in capo alla banca: il legislatore infatti, ha previsto che debbano

¹⁶⁸N. BERNARDI, *op. cit.*, 557.

¹⁶⁹S. LOCONTE, *op. cit.*, 112.

essere assolti specifici oneri (da parte del creditore) prima che il patto possa esplicare i propri effetti¹⁷⁰.

In primis il creditore ha l'obbligo di notificare al debitore la comunicazione di volersi avvalere degli effetti del patto disciplinato al comma 1°, attraverso l'ufficiale giudiziario competente del Tribunale dove è situato l'immobile oggetto del patto.

Secondariamente, l'istituto di credito ha l'onere di indicare nell'atto notificato, l'importo che intende riscuotere e la notificazione dell'atto anche all'eventuale terzo soggetto datore o titolare del diritto immobiliare che viene trasferito¹⁷¹.

In capo alla banca gravano poi due ulteriori oneri: da un lato, ai sensi del 6 comma dell'articolo 48-bis l'istituto deve richiedere al Presidente del Tribunale competente del luogo dove è situato l'immobile, la nomina di un perito che effettui la stima del bene entro 60 giorni dalla notificazione della dichiarazione al debitore e dall'altro, l'istituto di credito deve comunicare al debitore il valore della stima al medesimo. Solo a seguito del rispetto di tali oneri si può ritenere avverata la condizione sospensiva in esame.

Nel caso nel quale l'ammontare del valore stimato dell'immobile sia superiore alla somma garantita dal patto, la banca deve anche pagare la differenza al debitore.

Solamente al termine degli adempimenti ora descritti la condizione in oggetto potrà dirsi pienamente realizzata. La scelta del legislatore appare pienamente ragionevole, in modo particolare rispetto a quanto stabilito dal comma 8°, dato che il pagamento di tale differenza è sempre apparso come tratto distintivo dell'istituto marcano rispetto al patto commissorio¹⁷².

¹⁷⁰N. BERNARDI, *op. cit.*, 557.

¹⁷¹S. LOCONTE, *op. cit.*, 112-113.

¹⁷²N. BERNARDI, *op. cit.*, 557.

Da quanto sopra detto emerge come l'inadempimento del debitore non sia qualificabile e come la causa condizionante che attiva gli effetti del patto, essendo invece definibile come l'evento che attiva i poteri del creditore, che deve necessariamente operare secondo lo schema precedentemente descritto. Solo se il creditore esegue quanto sopra descritto si realizza la condizione sospensiva.

Conseguentemente, sembra potersi concludere nel senso che il processo attivato dalla banca potrebbe interrompersi prima di giungere al trasferimento dell'immobile a seguito di un accordo con il debitore avente ad oggetto una rinegoziazione del debito e/o delle modalità di pagamento.

Sembra quindi che il legislatore abbia voluto lasciare aperte delle possibilità che contribuiscono a rendere l'istituto più flessibile alle esigenze delle diverse situazioni in cui potrebbe trovare applicazione¹⁷³.

Al fine di completare l'analisi del profilo della condizione sospensiva, non possono non evidenziarsi alcune criticità che accompagnano l'introduzione dell'istituto de quo. Nonostante, come si è detto, il legislatore abbia cercato di bilanciare le esigenze del creditore e del debitore, la disciplina in esame contiene diverse lacune.

In primo luogo, non contempla la possibilità che il debitore contesti la sussistenza dello stesso. Nell'ipotesi nella quale il debitore decida di contestare il debito ovvero il finanziamento, non potrà che aprire un giudizio ordinario nel quale far valere le proprie opinioni e contestazioni.

Non è chiara tuttavia la relazione che dovrà intercorrere tra il giudizio in merito all'inadempimento del debitore e il trasferimento del bene o la sua stima. Sembrerebbe logica in tal caso una momentanea sospensione del procedimento marciano, sino a quando non giungerà a termine il giudizio ordinario sorto in seguito alle contestazioni del debitore. Solo in tal modo si garantirebbe al debitore il diritto di difendersi da eventuali sopraffazioni del creditore¹⁷⁴.

¹⁷³C. CROCI, *op. cit.*, 1458.

¹⁷⁴C. CROCI *op. cit.*, 1458.

In secondo luogo, con riguardo alle soglie che il legislatore ha deciso di adottare per qualificare l'inadempimento come grave "soglie", occorre osservare come collegare la gravità del protrarsi del mancato pagamento al numero di rate insolute, esclude la possibilità che le valutazioni in merito all'inadempimento possano essere effettuate attraverso la valutazione della percentuale di debito già saldata, rispetto al suo ammontare complessivo¹⁷⁵.

Questa scelta lascia spazio a non pochi dubbi, soprattutto in relazione alle distorsioni che si potrebbero verificare in determinate situazioni: il numero delle rate invero può variare notevolmente a seconda dell'accordo stipulato, così come l'importo di ciascuna rata e la durata complessiva del contratto¹⁷⁶.

A titolo meramente esemplificativo si pensi al caso nel quale una società stipuli un finanziamento ex art. 48 bis con una durata annuale ed il pagamento di rate mensili. Se la società non paga tre rate consecutive, si può attivare l'iter marciano e l'impresa subirebbe la sottrazione del bene a fronte del mancato pagamento del solo 25% del finanziamento totale (3 rate insolute su un totale di 12, pari quindi ad 1/4 del debito complessivo).

Si pensi ora al caso nel quale una impresa stipuli un contratto di durata quinquennale e pagamento con rate mensili. Anche in tale ipotesi, se l'impresa non paga tre rate, si attiverebbe l'iter marciano, ma la situazione sarebbe completamente differente ed, invero, l'impresa sarebbe insolvente per un ammontare pari solo al 5% del credito totale (3 rate insolute su un totale di 60)¹⁷⁷.

La seconda ipotesi ora indicata avrebbe delle conseguenze ben più gravose della prima per l'impresa, causando una differenza di trattamento notevole che rischierebbe, peraltro, di fornire alla banca il diritto di attivare la clausola marciana, anche quando l'inadempimento non è ancora divenuto così insostenibile da giustificare la perdita di un bene immobile per l'impresa¹⁷⁸.

¹⁷⁵G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, F. PIRAINO, T. RUMI, *op. cit.*, 10-11.

¹⁷⁶G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, F. PIRAINO, T. RUMI, *op. cit.*, 11-12.

¹⁷⁷G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, F. PIRAINO, T. RUMI, *op. loc. cit.*

¹⁷⁸G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, F. PIRAINO, T. RUMI, *op. loc. cit.*

Dubbi sorgono anche se si considera la prospettiva della banca creditrice, con riguardo al citato limite temporale di nove mesi per l'attivazione della clausola marciana. Tale parametro, infatti, rischia di far sì che il procedimento regolato dall'art. 48-bis si attivi in un momento in cui il livello dell'inadempimento è notevolmente elevato. Anche in questo caso può essere utile un esempio: si pensi all'ipotesi di restituzione del finanziamento attraverso ventiquattro rate mensili, di cui tre rate consecutive non vengono regolarmente pagate.

In base al disposto dell'articolo 48-bis la banca può attivare il procedimento in esame solo decorsi nove mesi dalla scadenza dell'ultima delle tre rate insolute, rischiando che in questo arco di tempo il debitore possa peggiorare ulteriormente la situazione, sottraendosi dal pagamento di ulteriori rate¹⁷⁹. E' pur vero che nel caso in cui la banca ritenesse troppo rischioso attendere il decorrere del termine di nove mesi, la stessa ben potrebbe decidere di rinunciare alla clausola marciana prima che sia trascorso il periodo, chiedendo la risoluzione del contratto, secondo le regole generali.

Peraltro in tale il debitore potrebbe essere costretto a risarcire il creditore per il danno causato dall'inadempimento.

E' tuttavia evidente come una simile soluzione risulti però efficace solo nel caso in cui il patrimonio del debitore sia sufficientemente capiente per soddisfare il credito¹⁸⁰.

2.5. Funzione di garanzia e funzione solutoria.

Ricostruiti i principali elementi e caratteristiche del finanziamento di cui all'art. 48bis, al fine di meglio comprendere il funzionamento dell'istituto, occorre

¹⁷⁹ G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, F. PIRAINO, T. RUMI, *op. cit.*, 14.

¹⁸⁰ G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, F. PIRAINO, T. RUMI, *op. cit.*, 15.

procedere con alcuni chiarimenti in merito alla natura del finanziamento introdotto dall'art. 48-*bis* del T.U.B.,

Anzitutto è importante indagare su quale sia la vera natura del trasferimento sospensivamente condizionato e sul patto che ne prevede l'introduzione nel contratto di finanziamento.

Secondo la dottrina, l'alienazione sottoposta alla condizione sospensiva non ha una funzione di garanzia e deve piuttosto essere qualificata come strumento con funzione solutoria del contratto¹⁸¹.

A riprova di ciò, è stato evidenziato come la funzione di garanzia sia ricoperta, nel caso del finanziamento di cui all'art. 48-*bis*, dalla presenza della clausola che assicura il trasferimento in caso di inadempimento, e non dal trasferimento in sé, che è successivo ed eventuale rispetto alla presenza del patto.

È la previsione dell'eventuale trasferimento ad essere identificabile, quindi, come garanzia vera e propria in quanto è un patto trascrivibile ed opponibile a terzi, che assicura la prelazione al creditore su un immobile identificato precedentemente, sottraendolo al concorso degli altri creditori, che non potranno più contare sul valore di quel bene nel momento in cui dovranno soddisfarsi sul patrimonio complessivo del debitore¹⁸².

L'alienazione prevista in caso di inadempimento del debitore, che deve essere attivata dal creditore sembra invece ricoprire una funzione solutoria per il contratto¹⁸³.

A questo proposito si può osservare come il legislatore abbia previsto, all'art. 48-*bis*, co. 1, che la clausola marciante possa essere apposta ad un contratto di finanziamento, indipendentemente dalla preesistenza di una qualsiasi forma di garanzia reale, come ad esempio un'ipoteca.

¹⁸¹N. CIPRIANI, *op.cit.*, 1014-1015.

¹⁸²N. CIPRIANI, *op.cit.*, 1015.

¹⁸³ N.CIPRIANI, *op. loc. cit.*

Inoltre, secondo il 4° comma, alle parti viene concessa la possibilità di stipulare il patto in presenza di una garanzia reale ipotecaria già esistente con una precisazione: *«qualora il finanziamento sia già garantito da ipoteca, il trasferimento sospensivamente condizionato all'inadempimento, una volta trascritto, prevale sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite successivamente all'iscrizione ipotecaria»*.

Tale disposizione fa prevalere la trascrizione del patto su qualsiasi altra iscrizione o trascrizione, ad eccezione dell'ipoteca precedentemente iscritta in favore del medesimo creditore. Ad una prima analisi, essa sembra essere rivolta esclusivamente alle parti che, alla data di entrata in vigore del decreto, intendono avvalersi di questo istituto pur avendo precedentemente costituito un vincolo ipotecario sul medesimo immobile. In questo modo, infatti, il legislatore avrebbe aggiunto tale precisazione al fine di chiarire che la duplicazione delle garanzie sul medesimo bene si può verificare nei casi di preesistenza del vincolo ipotecario. Questa tesi sembra essere però smentita dalla prassi che ha iniziato a svilupparsi immediatamente dopo l'introduzione del nuovo istituto: molte banche preferiscono infatti chiedere all'imprenditore finanziato, prima di procedere alla stipula del contratto sospensivamente condizionato, la costituzione di un'ipoteca sull'immobile, causando comunque una duplicazione tra le garanzie¹⁸⁴. Appare evidente che a seguito delle considerazioni svolte in merito alla natura solutoria o di garanzia del patto, ci si debba interrogare sulla previsione che il legislatore ha inteso inserire con riguardo alla presenza dell'aggiuntiva garanzia ipotecaria. La funzione di quest'ultima, infatti, sarà in grado di influenzare il senso stesso del patto e della sua funzione in un contratto di finanziamento.

In merito alla valutazione dei rapporti tra l'ipoteca e la clausola di sospensione, in dottrina possono riscontrare diverse posizioni.

¹⁸⁴ N. CIPRIANI, *op.cit.*, 1016.

Un primo orientamento ritiene che l'articolo 48-*bis*, co. 4, debba essere interpretato come una sorta di retrodatazione degli effetti del patto marciano alla data dell'ipoteca¹⁸⁵.

Tale tesi si fonda sulla accettazione della distinzione tra funzione di garanzia e funzione solutoria precedentemente riportata: l'art. 48-*bis* interessa solamente l'aspetto solutorio del contratto, mentre l'ipoteca assorbe la funzione di garanzia, senza che vi sia alcuna sovrapposizione tra i due istituti.

Se ciò è vero non sembra avere alcuna utilità la previsione della costituzione ipotecaria precedentemente alla stipula del contratto sospensivamente condizionato¹⁸⁶.

A conferma della tesi secondo cui l'ipoteca risulta essere superflua ai fini della tutela del credito in presenza di tale pattuizione, si può ricordare quanto stabilito dal comma 13-*bis* della norma in esame, che stabilisce l'equiparazione del patto del 48*bis* all'ipoteca, in caso di concorso tra più creditori. La norma opera in tutti quei casi in cui il marciano non ha svolto la propria funzione (per esempio quando il creditore decide di non attivare l'*iter* per ottenere il trasferimento dell'immobile). Inoltre, essa esclude ogni possibilità di sovrapposizione tra le diverse forme di garanzia: si deduce, quindi, che il legislatore abbia voluto chiarire che, nel caso in cui si giunga al concorso dei creditori, la prelazione sia realizzata dal trasferimento, che in questo caso opera sullo stesso piano di un'ipoteca. In questo modo risulterebbe del tutto superfluo prevedere la costituzione del vincolo ipotecario¹⁸⁷.

La disposizione in commento esclude ogni possibilità di sovrapposizione tra le diverse forme di garanzia. Da ciò sembra potersi concludere, che il legislatore abbia voluto chiarire che, nel caso in cui si giunga al concorso dei

¹⁸⁵ C. CROCI, *op. cit.*, 1456.

¹⁸⁶ N. CIPRIANI, *op.cit.*, 1016, nota n. 53.

¹⁸⁷ N. CIPRIANI, *op.cit.*, 1017-1018.

creditori, la prelazione sia realizzata dal trasferimento, che in questo caso opera sullo stesso piano di un'ipoteca.

In questo modo risulterebbe del tutto superfluo prevedere la costituzione del vincolo ipotecario¹⁸⁸.

Altri Autori affermano che una duplicazione delle garanzie possa essere funzionale agli interessi del creditore. Ed invero lo stesso potrebbe usufruire della garanzia ipotecaria nei casi in cui l'inadempimento non possa essere qualificato come tale ai sensi del 5 comma dell'articolo 48-bis¹⁸⁹.

In contrapposizione a tale orientamento si è osservato come la banca ha sempre la possibilità di ricorrere ai tradizionali strumenti di tutela del credito nel caso in cui il patto non dovesse esplicare i propri effetti, pur dovendo rispettare i tempi e i modi dettati dal tradizionale processo esecutivo, secondo quanto disposto dalle norme di procedura civile¹⁹⁰.

Alla luce di tutte queste considerazioni, non può che respingersi l'idea secondo cui una duplicazione delle garanzie possa essere funzionale ad una corretta applicazione dell'istituto, che deve essere valutato come uno strumento con funzione solutoria, alternativo ai tradizionali strumenti di tutela del credito.

2.6. Alcune riflessioni sulla retrodatazione del patto.

La dottrina si è altresì interrogata in ordine al rapporto esistente tra il finanziamento sospensivamente condizionato, in caso di retrodatazione degli effetti ad un'originaria ipoteca in capo al medesimo creditore, e le precedenti ipoteche costituite in capo a dei creditori diversi da quello che ha concesso il finanziamento a norma dell'art. 48-bis.

¹⁸⁸ N. CIPRIANI, *op.cit.*, 1017-1018.

¹⁸⁹ D. MARI, *Il patto marciano: un'analisi critica del nuovo art. 48-bis TUB*, *Rivista del notariato*, 2016., 1111.

¹⁹⁰ N. CIPRIANI, *op.cit.*, 1017, nota n. 55.

L'articolo 48 – bis nulla dice in proposito, ma, se vi sono vincoli antecedenti a quello della banca che stipula l'accordo condizionato, sembra debbano seguirsi i principi di cui all'articolo 2644 c.c., secondo cui gli atti trascritti o iscritti anteriormente prevalgono sugli atti successivi¹⁹¹

Conseguentemente, se un creditore dispone di una garanzia ipotecaria precedente alla trascrizione del patto *ex art. 48-bis*, gode di una tutela che prevale sull'alienazione sospensivamente condizionata.

Diversa e più complessa appare invece l'ipotesi nella quale vi siano dei creditori che acquistano delle garanzie reali in un momento successivo alla trascrizione del patto condizionato.

In questo caso, i creditori tutelati da un diritto reale successivo all'iscrizione del trasferimento condizionato, non potranno perdere il diritto di soddisfarsi sul valore dell'immobile oggetto del patto, visto il richiamo del 4° comma all'art. 2855 c.c., secondo cui la soddisfazione della banca può avvenire nei limiti della prelazione originaria.

In tal modo l'istituto di credito non potrà vantare alcuna pretesa sugli importi che eccedono l'ammontare della precedente iscrizione ipotecaria.

Quanto alle modalità con cui i soggetti terzi, tutelati da un diritto reale successivo sull'immobile, potranno essere soddisfatti, l'articolo 48-bis disciplina esclusivamente la peculiare ipotesi in cui vi sia già in corso una procedura esecutiva immobiliare¹⁹².

In particolare, il quarto comma della norma prevede che *«Fatti salvi gli effetti dell'aggiudicazione, anche provvisoria, e dell'assegnazione, la disposizione di cui al periodo precedente si applica anche quando l'immobile è stato sottoposto ad espropriazione forzata in forza di pignoramento trascritto prima della trascrizione del*

¹⁹¹ G. ORLANDO, "Alienazione attuativa della garanzia del finanziamento *ex art. 48 bis T.U.B. e ipoteca*" in E. GABRIELLI, S.PAGLIANTINI(a cura di), *op.cit.*, 1734-1735.

¹⁹²C. CROCI, *op. cit.*, 1457.

patto di cui al comma 1 ma successivamente all'iscrizione dell'ipoteca; in tal caso, si applica il comma 10».

In base alla norma ora indicata, la precedente ipoteca può venire trasformata in un accordo di trasferimento condizionato a norma dell'art. 48-*bis*, retrodatandone quindi gli effetti, anche successivamente all'avvio della procedura esecutiva immobiliare, a patto che la sottoscrizione del patto avvenga prima del decreto di vendita, di aggiudicazione o di assegnazione e che l'ipoteca risulti iscritta precedentemente all'avvio della procedura¹⁹³.

In tal modo, viene concessa alla banca, già creditrice privilegiata, di accelerare la procedura di recupero del credito, senza che vi sia alcun pregiudizio per gli altri creditori, potendo agire solamente entro i limiti della prelazione originaria.

In particolare, i gradi delle ipoteche, in questo modo, non subiscono variazioni e tutti i creditori potranno concorrere sul valore dell'immobile al netto dell'importo che viene assegnato alla banca, secondo le tradizionali regole della procedura esecutiva immobiliare.

2.6. L'art. 48-*bis* e la deroga alla *par condicio creditorum*.

Dopo aver analizzato quale sia il rapporto tra il patto di trasferimento sospensivamente condizionato e il vincolo ipotecario ed avere esaminato le conseguenze che questo istituto porta alla prelazione degli altri creditori, sembra opportuno soffermarci sulla deroga che il patto realizza rispetto al principio della *par condicio creditorum*.

Ed invero, la previsione di un patto che obbliga il debitore ad alienare un proprio bene in favore del creditore, determina necessariamente una

¹⁹³ C. CROCI, *op. loc. cit.*

modificazione del patrimonio dell'imprenditore-debitore, patrimonio che dovrebbe servire a tutelare anche gli altri creditori¹⁹⁴.

In altri termini, la prelazione del creditore garantito dal trasferimento sospensivamente condizionato, si realizza con la sottrazione dell'immobile al concorso dei creditori e conseguentemente questi ultimi possono far valere le proprie pretese esclusivamente sull'eventuale eccedenza tra il valore dell'immobile trasferito e la somma erogata per il finanziamento, essendo quest'ultima destinata a rientrare nel patrimonio del debitore. Peraltro, per fare fare ciò, i terzi dovrebbero munirsi di un titolo esecutivo da esibire nei confronti della banca del proprio debitore, che detiene l'eccedenza imputabile al valore dell'immobile trasferito¹⁹⁵.

Per agevolare la soddisfazione dei creditori concorrenti, nel corso del passaggio parlamentare per la conversione in legge del d.l. 59/2016, il legislatore ha introdotto nell'articolo 48-*bis* i commi 13 *bis* e 13 *ter*.

Il primo dei commi citati dispone che il patto venga equiparato all'ipoteca mentre il comma 13-*ter* prevede che «*la trascrizione del patto di cui al comma 1 produce gli effetti di cui all'articolo 2855 del codice civile*¹⁹⁶, avendo riguardo, in luogo del pignoramento, alla notificazione della dichiarazione di cui al comma 5».

Dalla lettera dei commi 13-*bis* e 13-*ter* sembra che il concorso sulla differenza di valore debba necessariamente avere luogo anche senza che si debba

¹⁹⁴ C. CROCI, *op. cit.*, 1462.

¹⁹⁵ C. CROCI, *op. cit.*, 146; G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, F. PIRAINO, T. RUMI, *p. cit.*, 71-72.

¹⁹⁶ Per comprendere la *ratio* del richiamo all'articolo 2855 c.c. occorre esaminare tale disposizione. La norma citata prevede che gli effetti dell'iscrizione della ipoteca sono estesi anche alle spese secondarie ed agli interessi del credito principale garantito. In altre parole, la norma è volta a dare applicazione al principio della accessorialità, che permette ai crediti, qualificati come accessori, di seguire le sorti del credito principale. Da ciò si desume che se, dal momento della trascrizione del patto, vi dovessero essere maggiori crediti per spese giudiziali ovvero per interessi prodotti dal capitale o ancora per altre spese accessorie, queste voci godrebbero dello stesso grado di prelazione del credito principale erogato dall'istituto di credito.

ricorrere ad una procedura esecutiva immobiliare o concorsuale, permettendo ai terzi creditori di soddisfarsi perlomeno in via residuale¹⁹⁷.

La dottrina è tuttavia dubbiosa in ordine al risultato a cui porta l'istituto nei confronti dei soggetti terzi; in modo particolare, si può pensare all'ipotesi in cui vi sia una pluralità di creditori che vanta delle pretese nei confronti dell'imprenditore, il quale ha però disposto dell'unico (o perlomeno del più capiente) bene in favore di un istituto di credito, stipulando un contratto di finanziamento a norma dell'art. 48-*bis* del T.U.B., facendo sì che gli altri creditori possano contare solamente sulla differenza (eventuale) tra il valore del bene e il credito erogato per vedere soddisfatta la propria prestazione¹⁹⁸.

In tale ipotesi, i creditori, per ripristinare la *par condicio creditorum* potrebbero utilizzare lo strumento della revocatoria (ordinaria o fallimentare)¹⁹⁹ ovvero potrebbero richiedere l'accertamento della nullità del patto, nel caso nel quale si reputi che sia stato superato il limite concesso all'autonomia privata delle parti, attraverso la stipulazione del patto commissorio ex articolo 2744 c.c.

Infine, i creditori potrebbero esperire un'azione di simulazione, laddove siano grado di dimostrare che il patto sottoscritto dall'impresa sia volto a aggirare il divieto di patto commissorio²⁰⁰.

Indubbiamente, tra gli strumenti ora indicati, quello che appare più funzionale a tutelare gli interessi dei creditori terzi è quello della revocatoria, poiché permette di ottenere un giudizio circa la reale intenzione di costituire un negozio che pregiudichi le loro legittime pretese.

¹⁹⁷ C. CROCI, *op. cit.*, 1462.

¹⁹⁸ G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, F. PIRAINO, T. RUMI, *op. cit.*, 73.

¹⁹⁹ In tal modo i creditori potrebbero ottenere l'annullamento della stipula del patto, nel caso in cui la medesima dovesse essere considerata un'operazione strumentale a recare pregiudizio alle legittime pretese creditorie (e purché ricorrano tutti gli ulteriori requisiti stabiliti dai due istituti).

²⁰⁰ C. CROCI, *op. cit.*, 1463.

In proposito, occorre tuttavia osservare come affinché possano sussistere i presupposti richiesti dall'art. 2901, co. 2, n. 2 c.c.²⁰¹, il patto deve essere contestuale al credito garantito.

Abbiamo, invece, visto come l'articolo 48-bis permetta alle parti di stipulare il patto in un momento successivo a quello in cui il credito è sorto (4° comma), cioè quando è già presente una garanzia ipotecaria che tutela il credito.

In una tale situazione, il patto *ex art. 48-bis*, dovrebbe essere considerato come atto a titolo gratuito e conseguentemente i creditori non potrebbero esercitare l'azione revocatoria per i creditori.

2.8 Considerazioni finali.

Nonostante il patto *ex articolo 48-bis* sia stato introdotto in tempi relativamente recenti, pare evidente il reale cambiamento che l'istituto può apportare al sistema delle garanzie reali nel nostro ordinamento.

In proposito, parte della dottrina²⁰² si interroga sulla possibile attrattività dello strumento dal punto di vista del soggetto creditore. Ed invero, nonostante la fattispecie di cui all'art. 48-bis T.U.B. possa effettivamente essere dotata del pregio di accelerare i tempi di recupero del credito, sembrano esserci ugualmente alcune ambiguità circa i costi o i rischi che la banca deve sostenere per poter appropriarsi del bene immobile.

Quanto agli eventuali oneri che il patto sospensivamente condizionato comporterebbe all'istituto creditore occorre osservare come le banche potrebbero non essere in grado di sostenere uno sforzo tale per poter gestire tutto il patrimonio immobiliare di cui diverrebbero titolari nel corso del tempo, a seguito della stipula di contratti di questo tipo con le imprese loro clienti.

²⁰¹ E, quindi, affinché l'operazione possa essere qualificata come atto a titolo oneroso.

²⁰² G. D'AMICO., *La resistibile ascesa del patto marciano*, in G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, F. PIRAINO, T. RUMI, *I nuovi marcioniani*, G. Giappichelli Editore, 2017", 26.

Inoltre, la previsione di una disciplina così dettagliata ed inderogabile potrebbe essere vista come un ostacolo al principale obiettivo dello strumento, ovvero quello di rendere più semplice e snella la procedura di recupero del credito erogato, incentivando così un maggiore flusso di finanziamenti nei confronti del mondo delle attività produttive²⁰³.

Alla luce di quanto ora affermato si comprende meglio il motivo per cui il legislatore ha previsto che l'istituto in esame possa sorgere solamente con la forma di contratto sospensivamente condizionato, escludendo la possibilità di stipularlo come contratto risolutivamente condizionato all'adempimento dell'imprenditore.

Se infatti, si fosse optato per questa seconda opzione, il trasferimento dell'immobile avrebbe avuto luogo alla stipula del contratto, a cui sarebbe stata apposta una clausola risolutiva, secondo cui il bene sarebbe tornato nella disponibilità del debitore solamente in caso di adempimento dell'obbligazione.

Il risultato sarebbe stato speculare a quello che deriva da un contratto sospensivamente condizionato, ma indubbiamente maggiore sarebbe stato l'onere per gli istituti di credito, che avrebbero dovuto sostenere i costi di mantenimento di numerosi immobili senza avere la certezza dei diritti su di essi acquisiti²⁰⁴.

²⁰³G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, F. PIRAINO, T. RUMI., *op. cit.*, 27-28.

²⁰⁴G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, F. PIRAINO, T. RUMI, *op. cit.*, 27.

CAPITOLO 3

L'ATTUAZIONE DEL MARCIANO IMMOBILIARE: RIFLESSIONI CRITICHE TRA PROSPETTIVE DI RIFORMA ED ESIGENZE DI TIPIZZAZIONE

3.1. Il recepimento della disciplina speciale del prestito vitalizio ipotecario nella prassi applicativa.

La riforma del credito bancario ha avuto l'intento di agevolare il creditore nel recupero delle somme a lui spettanti nel caso in cui il debitore non sia in grado di adempiere alle proprie obbligazioni.

Il legislatore, come visto nel capitolo precedente, ha operato su due canali distinti: da un lato, ha sviluppato e disciplinato il finanziamento alle imprese, prevedendo dei meccanismi che potessero agevolare l'erogazione di prestiti²⁰⁵ e, dall'altro lato, ha cercato di agevolare i consumatori, ampliando le ipotesi di finanziamenti agli stessi.

In tale contesto sono nate nuove forme di garanzia, che permettono di sottrarsi agli ordinari mezzi di esecuzione rendendo più agevole la realizzazione delle ragioni di credito da parte del creditore.

²⁰⁵ V. supra Capitolo 2.

Per quanto concerne la seconda categoria dei finanziamenti citati nel 2005 con il d.l. n 203 è stato per la prima volta introdotto l'istituto del prestito vitalizio la cui disciplina è stata poi riformata ed ampliata nel 2015²⁰⁶.

L'articolo 11 quaterdecies comma 12 del d.l 203 del 2005, convertito con la legge 248/2005 definiva il prestito vitalizio come quel contratto che *“ha per oggetto la concessione da parte di aziende ed istituti di credito nonché da parte di intermediari finanziari, di cui all'articolo 106 del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, di finanziamenti a medio e lungo termine con capitalizzazione annuale di interessi e spese, e rimborso integrale in unica soluzione alla scadenza, assistiti da ipoteca di primo grado su immobili residenziali, riservati a persone fisiche con età superiore ai 65 anni compiuti”*.

Con l'introduzione dell'istituto in esame il legislatore si poneva due obiettivi. In primis, voleva garantire l'accesso al credito per i consumatori di età superiore ai sessantacinque anni, ed invero, questa categoria di soggetti riscontrava (e riscontra) difficoltà ad ottenere i finanziamenti necessari a mantenere un tenore di vita non sempre sostenibile con il sostegno del solo reddito da pensione.

Secondariamente, si voleva garantire la smobilizzazione del patrimonio immobiliare detenuto dalla popolazione più anziana, incentivando contestualmente i consumi del sistema economico del nostro paese²⁰⁷.

La disciplina contenuta nel d.l 203/2005 si fondava su tre presupposti: il richiedente doveva aver superato i sessantacinque anni di età; il prestito era

²⁰⁶ fino a tale data, totalmente assente nel panorama giuridico ed economico italiano, a differenza della Gran Bretagna assai diffuso già alla fine degli anni novanta con il nome di *lifetime mortgage* o *equity release*.

²⁰⁷ S. CHERTI, *Prime note sulle modifiche alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, Il Corriere giuridico, n. 8-9/2015, 1099.

legato all'ipoteca iscritta sull'immobile, era prevista una capitalizzazione annuale delle spese e degli interessi²⁰⁸.

L'importo che poteva essere finanziato veniva stabilito considerando degli specifici presupposti. Innanzitutto, occorreva considerare il valore dell'abitazione residenziale, che veniva e viene determinato da un perito nominato dallo stesso soggetto finanziatore. E' facile comprendere come un maggiore valore dell'immobile comportava e comporta tuttora la possibilità di ottenere un finanziamento più cospicuo: la banca sarà infatti disposta ad erogare una somma di denaro tanto più elevata quanto sarà più elevato il valore del bene che può ottenere al termine dell'operazione.

Si considerava poi il tasso d'interesse applicato al contratto²⁰⁹.

Terzo elemento fondamentale per stabilire l'importo oggetto del finanziamento era ed è l'età del richiedente. Il prestito de quo si caratterizza infatti per la circostanza per cui l'importo che la banca sarà disposto a prestare, aumenterà con l'aumentare dell'età del beneficiario, in quanto si concretizza in un arco di tempo più ristretto la possibilità per la banca di ottenere il rimborso, visto che la scadenza del contratto sopraggiunge con la morte del debitore²¹⁰.

Per la popolazione più anziana, infatti, è sempre stato difficile ottenere l'erogazione di una somma di credito, necessaria peraltro a mantenere un adeguato stile di vita che il reddito fornito dalla pensione non sempre è in grado di sostenere, a causa della scarsa affidabilità nella restituzione del prestito richiesto.

Il prestito vitalizio invece può agevolare l'ottenimento del finanziamento ad una fascia di popolazione non più giovane, tentando di smobilizzare la ricchezza più diffusa tra questa categoria di consumatori.

²⁰⁸ T. RUMI., *La nuova disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, I contratti, n. 10/2015, 938 265; F.. CHESSA., op. cit., 306.

²⁰⁹ E' evidente come un tasso di interesse elevato comporta necessariamente l'onere di restituire un importo maggiore a carico del debitore.

²¹⁰ F. CHESSA, op. cit., 306.

Un altro aspetto interessante, riguarda il fatto che, il prestito permette di non dover restituire la somma mensilmente attraverso delle rate.

Ma in questo caso gli eredi del debitore potrebbero trovarsi nella situazione di dover restituire un'ingente somma di denaro alla sua morte, oppure a dover cedere l'immobile, non potendo sostenere tale onere, o verificarsi il caso che essendo gli eredi soggetti terzi rispetto ai contraenti, potrebbero non essere a conoscenza del contratto fino al momento dell'apertura della successione, con i possibili rischi che ne conseguono²¹¹.

Il Legislatore nel 2015,²¹² forte delle esperienze degli altri stati europei, tenendo conto di rilevanti problematiche, tra le quali: l'eccessivo abbassamento dei fabbricati residenziali, con conseguente riduzione della garanzia sul finanziamento erogato, nonché l'inversione dei tassi e conseguente innalzamento del debito in modo sproporzionato, rispetto al valore dell'immobile, ha tentato di rendere più completa ed organica la struttura del prestito vitalizio ipotecario scegliendo di precisare che in ogni caso l'importo «*del debito residuo non può superare il ricavato della vendita dell'immobile, al netto delle spese sostenute*» (comma 12-*quater*, aggiunto all'art. 11-*quaterdecies* del d.l. 203/2005, dalla legge di riforma 44/2015). In questo modo l'istituto fa proprio un concetto presente anche nell'ipotesi di patto marciano ai sensi dell'art. 120-*quinqüiesdecies* T.U.B.

3.1.2. Riflessioni sul nuovo testo normativo.

Questa riforma introdotta con la Legge 44/2015 aveva l'obiettivo di rendere più organico e completo l'intero comparto normativo dell'istituto in questione.

²¹¹F. CHESSA, *op. cit.*, 306-307.

²¹²S. CHERTI, *op. cit.*, 1100.

La nuova disciplina permette di delineare quelle che possono essere definite come caratteristiche “marciane” dell’istituto, inserendo questa tipologia di finanziamento come la prima in ordine di tempo tra i nuovi strumenti che il legislatore ha inteso disciplinare per facilitare il recupero del credito in caso di inadempimento del debitore (oppure, come nel caso del prestito vitalizio ipotecario, dei suoi eredi).²¹³

La fisionomia dell’istituto non risulta essere sostanzialmente modificata rispetto alla formulazione originaria presente nel d.l. 203/2005, poiché viene sempre previsto che un soggetto, al di sopra di una determinata soglia di età, possa chiedere un finanziamento ad uno degli istituti autorizzati ai sensi dell’art. 106 T.U.B., ipotecando un immobile residenziale di proprietà, lasciando agli eredi (entro un anno dalla morte del beneficiario) l’eventuale onere di restituzione della somma in un’unica soluzione, pena il trasferimento della titolarità dell’abitazione alla banca.²¹⁴

Quanto alle novità, preliminarmente, il nuovo comma 12 dell’art. 11-*quaterdecies*²¹⁵, prevede il verificarsi nei confronti del beneficiario, di ulteriori eventi oltre alla morte, in che fanno sì che la banca abbia diritto di pretendere il rimborso integrale della somma erogata, pena l’attivazione della clausola di trasferimento del bene (o la sua alienazione a soddisfazione del credito).

Gli eventi, oltre alla morte del beneficiario, che possano condurre a quanto appena esposto sono il trasferimento in tutto o in parte la proprietà dell’immobile dato in garanzia oppure il trasferimento in tutto o in parte degli altri diritti reali

²¹³ G. D’AMICO, S. PAGLIANTINI, F. PIRAINO, T. RUMI, *op. cit.*, 105 e seguenti.

²¹⁴ G. D’AMICO, S. PAGLIANTINI, F. PIRAINO, T. RUMI, *op. cit.*, 116-117.

²¹⁵ Cfr G.U. 21 aprile 2015, n. 92 “*Il prestito vitalizio ipotecario ha per oggetto la concessione da parte di banche nonché di intermediari finanziari, di cui all’articolo 106 del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, di finanziamenti a medio e lungo termine, con capitalizzazione annuale di interessi e di spese, riservati a persone fisiche con età superiore a sessanta anni compiuti, il cui rimborso integrale in un’unica soluzione può essere richiesto al momento della morte del soggetto finanziato ovvero qualora vengano trasferiti, in tutto o in parte, la proprietà o altri diritti reali o di godimento sull’immobile dato in garanzia o si compiano atti che ne riducano significativamente il valore, inclusa la costituzione di diritti reali di garanzia in favore di terzi che vadano a gravare sull’immobile*”.

o di godimento relativi all'immobile stesso (si pensi alla costituzione di un usufrutto in favore di terzi sull'alloggio dato in garanzia), nonché il compimento di atti che comportino una riduzione significativa del valore dell'immobile dato in garanzia (ed in tal senso la norma include espressamente la costituzione in favore di terzi di diritti reali di garanzia che vadano a gravare sul bene).

Secondariamente, il comma 12 bis dell'articolo sopra citato prevede la possibilità di stipulare forme gradualità di pagamento degli interessi e delle spese, prima del verificarsi della morte del soggetto finanziato. In questo modo, la banca, al termine del contratto, sarà creditrice solamente per la quota capitale del finanziamento (comma 12-*bis*).²¹⁶

Ancora, il comma 12-*ter* dell'articolo 11 *quaterdecise*, rinviando a quanto disposto dall'art. 15 e ss. del D.P.R. 601/1973 prevede delle agevolazioni fiscali per il beneficiario del finanziamento, prima non disciplinate.²¹⁷

Più nello specifico è espressamente prevista l'applicazione delle agevolazioni fiscali relative alle operazioni di credito a medio e lungo termine, cioè l'esenzione dalle imposte di bollo, registro, ipotecarie e catastali e dalle tasse sulle concessioni governative, grazie al versamento dell'imposta sostitutiva di cui al D.P.R. 601/1973.

Ancora, la nuova normativa ammette la possibilità per la banca di avanzare la propria pretesa in un momento precedente rispetto a l'evento morte del beneficiario.

In proposito, l'articolo 3 del decreto attuativo, decreto 226/2015, all'art. 3 individua le ipotesi in cui l'istituto di credito può anticipare la propria azione. Trattasi di una serie di fatti che riguardano il trasferimento della proprietà o di

²¹⁶ Cfr G.U. 21 aprile 2015, n. 92 È fatta salva la volontà del finanziato di concordare, al momento della stipulazione del contratto, modalità di rimborso graduale della quota di interessi e delle spese, prima del verificarsi degli eventi di cui al comma 12, sulla quale non si applica la capitalizzazione annuale degli interessi. In caso di inadempimento si applica l'articolo 40, comma 2, del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385.

²¹⁷ S. CHERTI, *op. cit.*, 1100.

altri diritti reali o di godimento sull'immobile dato in garanzia e il compimento di ogni atto che ne riduca significativamente il valore, inclusa la costituzione di diritti reali di garanzia a favore di terzi che vadano a gravare sull'immobile.²¹⁸. Nel caso in cui si dovesse verificare uno degli eventi appena riportati, senza che vi sia il rimborso entro dodici mesi da parte del debitore, l'istituto di credito sarebbe legittimato a procedere secondo la procedura prevista anche in caso di morte del beneficiario.

L'art 12-*quater* infatti prevede che l'immobile venga alienato al prezzo di mercato, stimato da un perito.

Inoltre, se la vendita non si perfeziona entro dodici mesi dal momento in cui il bene è stato messo in vendita, il debitore può alienare autonomamente il bene – previo accordo con il finanziatore- e versare la somma all'istituto finanziatore.²¹⁹

In merito alla seconda innovazione la disposizione di cui al comma 12-*bis*, chiarisce quale siano le conseguenze in caso di inadempimento nell'ipotesi di pattuizione che preveda la restituzione graduale di interessi e spese, richiamando il disposto dall'art. 40, co. 2 del T.U.B.

Il legislatore ha previsto che, nel caso in cui il debitore non dovesse rispettare l'impegno di restituzione graduale di interessi e spese, il creditore sarebbe legittimato a chiedere la risoluzione del contratto, ai sensi del citato art. 40, co. 2 del T.U.B.. In questo modo, inoltre, il richiamo del comma 12-*bis* permette di equiparare l'inadempimento nel prestito vitalizio ipotecario, a quello nei mutui fondiari disciplinati all'art. 38 e ss. del T.U.B., in quanto producono i medesimi effetti.²²⁰

²¹⁸ ACQUARO., *Prestito vitalizio ipotecario, con la nuova normativa più tutele e maggiore accessibilità*, il sole 24ore, marzo 2015.

²¹⁹S. CHERTI., *op. cit.*, 1104.

²²⁰T. RUMI , *op. cit.*, 941-9.42

Ancora, la presenza delle suindicate agevolazioni fiscali, implica che i contraenti si limiteranno a sostenere solo l'onere di una minore imposta sostitutiva, così come disposto dai richiamati artt. 15 e ss. del D.P.R. del 29 settembre 1973, n. 601, in tema di agevolazioni fiscali per l'erogazione di somme di credito.²²¹

La disciplina del prestito vitalizio sembra attribuire un nuovo aspetto all'istituto ipotecario e al potere di alienare beni altrui, riprendendo meccanismi tipici di altre situazioni giuridiche.

In particolare, la funzione di garanzia mediante la quale il creditore riesce a soddisfare il proprio credito, verrebbe adempiuta esclusivamente *dalla legittimazione ex lege ad alienare*, che come conseguenza dell'iscrizione ipotecaria, sarebbe opponibile anche nei confronti dei terzi.

La nuova versione conferirebbe, quindi, al potere di alienazione attribuito al finanziatore una specie di *diritto di sequela* a seguito del quale un'alienazione a terzi del bene, da parte del debitore titolare, non comporterebbe il venir meno della legittimazione del creditore a vendere il bene stesso, per soddisfarsi sul relativo ricavato, considerando in tal modo l'immobile libero da vincoli e pesi che possono averlo nel frattempo gravato.

Secondo tale concezione dottrinale²²² il fulcro della disciplina non risiederebbe tanto nell'istituto ipotecario quanto, invece, nel potere di rappresentanza attribuito al finanziatore che sarebbe irrevocabile ossia in *rem propriam*.

La peculiarità di tale potere è rinvenibile nel fatto che la vendita del bene è possibile anche dopo la morte del debitore, chiaramente con le finalità e nei casi previsti dalla legge²²³.

²²¹D. ACQUARO., *op. cit.*

²²² La centralità dell'ipoteca è invece enfatizzata da MANNELLA - PLATANIA, *op. cit.*, 118 ss.

²²³ Tutto ciò sembra rimarcare il modello del *power to sell*, tipico del common law, in cui tale facoltà compete al *mortgagee*. Nel il diritto inglese si veda il Law of Property Act, 1925, sects. 101-107.

Se il finanziatore ottiene dalla vendita del bene delle somme eccedenti l'importo a lui spettante, le dopo aver estinto il finanziamento, le stesse dovranno essere attribuite al soggetto finanziato o ai suoi aventi causa.

L'attribuzione delle somme eccedenti agli aventi causa, per un verso, afferma il potere del finanziato di disporre del bene oggetto del finanziamento e, per altro verso, ribadisce l'opponibilità erga omnes della legittimazione a disporre da parte del finanziatore e, quindi, la completa irrilevanza degli atti dispositivi rispetto al creditore.

Siamo, comunque, dinanzi ad un'interpretazione che tenta di dare senso all'ambiguità del testo normativo attribuendo una migliore funzionalità alla garanzia legata al prestito vitalizio ipotecario²²⁴. Rimangono, tuttavia, alcuni dubbi inerenti le modalità di distribuzione delle somme residue, rinvenibili dalla vendita del bene, agli aventi causa del titolare del bene ipotecato, la cui gestione è completamente affidata al finanziatore e, dunque sottratte, salvo l'instaurarsi di un contenzioso, a qualsiasi controllo giudiziale. In tale ottica le perplessità sono afferenti alla reale capacità del finanziatore di gestire l'intera procedura di recupero del credito tutelando anche gli interessi del debitore.

Secondo quest'ultima²²⁵ infatti, la norma non consente in maniera palese la persistenza in capo al creditore del potere di vendere anche nel caso in cui vi sia una risoluzione del finanziamento per vendita del bene da parte del debitore.

Tale orientamento prevede che l'alienazione a terzi da parte del debitore determini la decadenza dello stesso dal beneficio del termine oppure porterebbe alla risoluzione del contratto di finanziamento, comportando il diritto all'immediata restituzione delle somme e, quindi, nel caso di mancato rimborso

²²⁴ Nel senso del testo sembra anche IULIANI, *Il prestito vitalizio ipotecario nel nuovo "sistema" delle garanzie reali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 728 ss.

²²⁵ Cfr. MANNELLA-PLATANIA, op. cit., 140 ss.

delle somme dovute, la possibilità per il creditore di ricorrere ai meccanismi soddisfattivi²²⁶.

Secondo l'opinione più conservativa l'istituto dell'ipoteca conserverebbe la sua funzione classica costituendo, nel contempo, una valida alternativa²²⁷ rispetto all'esercizio diretto della legittimazione a disporre attribuito al creditore.

Alla base di questa concezione tradizionale, come visto in precedenza, vi è il richiamo alla disciplina del mandato in *rem propriam* che, tuttavia, non legittima l'operare del creditore soprattutto quando il bene non è più nel patrimonio del debitore.

Il vero strumento di garanzia sarebbe rappresentato in realtà dal potere di disporre che si concretizza nel fatto che lo strumento dell'ipoteca, a cui il creditore può ricorrere nel caso in cui gli sia preclusa la possibilità di rivalersi mediante i normali mezzi soddisfattivi del credito, viene affiancato dalla possibilità di alienazione del bene ipotecato.

Sul punto è stato osservato come, se nel disegno del legislatore ci fosse stato l'intento di rendere opponibile anche ai terzi aventi causa il potere di disporre del creditore, sarebbe stato possibile ampliare la portata dell'art. 2645 c.c.²²⁸ prevedendo, in tal caso la trascrizione del patto marciano, sostenuto dalla legittimazione a vendere attribuita al creditore nonostante la dichiarata natura obbligatoria del patto.

Ad ogni modo ed al fine di comprendere ampiamente le modifiche della riforma del 2015, è anche necessario ricondurre l'analisi ai temi riguardanti

²²⁶ In dottrina si tende a preferire una ricostruzione in termini di decadenza dal beneficio del termine, in quanto determinata da "circostanze estranee al rapporto obbligatorio e legate al sopravvenire di fatti esterni che incidono sulla situazione patrimoniale complessiva del debitore"; così IULIANI, op. cit., 729. La risoluzione invece si fonda sull'inadempimento di una obbligazione contrattuale idonea a giustificare lo scioglimento del rapporto.

²²⁷ PETRELLI, *Rassegna delle recenti novità normative di interesse notarile*, Primo semestre 2015, 63 ss., ritiene che il creditore sia facoltizzato ad adottare l'una o l'altra forma di tutela esecutiva.

²²⁸ Dopo quelle, note, dell'art. 2645 bis c.c. per la trascrizione del contratto preliminare, dell'art. 2645 ter c.c. per la trascrizione del vincolo di destinazione e dell'art. 2645 quater c.c. per la trascrizione dei vincoli verso la Pubblica Amministrazione.

l'ambito oggettivo e soggettivo dell'istituto su cui è intervenuto il legislatore con la L. 44/2015.

Per quanto concerne il profilo oggettivo, ovvero la natura giuridica del negozio, la disposizione di legge delinea un contratto aleatorio, oneroso e di durata. L'aleatorietà è dovuta al fatto che l'istituto sia indissolubilmente legato alla morte del richiedente, evento naturalmente impossibile da determinare nel "quando"; mentre, in riferimento all'onerosità, essa è identificabile nel necessario pagamento di un certo ammontare di interessi da parte degli eredi (o dello stesso beneficiario se dovesse decidere di rimborsarli anticipatamente ed in via graduale).²²⁹

Confrontando brevemente le discipline introdotte con l'art. 120 e l'art. 48 bis quinquiesdecies TUB. emerge che, in quest'ultima ipotesi, l'opponibilità del patto marciano è assicurata non dall'iscrizione ipotecaria ma dalla trascrizione della cessione in garanzia alla banca creditrice, in base, quindi, allo storico sistema della trascrizione e anche quando si è voluto attribuire all'ipoteca una funzione non di opponibilità del patto ma esclusivamente prenotativa e attributiva del grado in sede di riparto, si è espressamente affermato " *Qualora il finanziamento sia già garantito da ipoteca, il trasferimento sospensivamente condizionato all'inadempimento, una volta trascritto, prevale sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite successivamente all'iscrizione ipotecaria*".

Tale disposizione, quindi, fornisce un'interpretazione esplicita della relazione intercorrente tra ipoteca e patto.

L'art. 48 bis, come meglio specificato in precedenza, ribadisce il fatto che la garanzia marciana, a differenza delle altre garanzie reali, sottrae al concorso degli altri creditori il bene oggetto di garanzia.

In tale ipotesi il finanziatore, venditore del bene, avrebbe il compito sia di restituire le somme eccedenti, ricavate dalla vendita, sia di distribuire il

²²⁹D.RUSSO, *I nuovi strumenti contrattuali contro la crisi economica: il prestito vitalizio ipotecario*, Studium Iuris n. 3/2018, 301.

residuo a favore degli altri creditori partecipanti all'esecuzione anche titolari di garanzie reali.

Tutto ciò senza che sia richiesto alcun intervento da parte del giudice soprattutto nella fase dell'esecuzione.

Si discute se l'istituto di credito debba ricoprire esclusivamente il ruolo di custode delle somme eccedenti, provvedendo ad una gestione separata rispetto al proprio patrimonio, allo scopo di consentire il compimento degli atti di esecuzione da parte degli altri creditori, oppure se debba occuparsi del riparto delle somme tra gli aventi diritto.

Tuttavia, la seconda soluzione sembra essere confermata dal fatto che nella disposizione normativa si fa riferimento agli aventi causa come soggetti legittimati alla percezione delle somme ricavate in eccedenza dalla banca a seguito della vendita.

Una valida alternativa alle modalità di gestione e ripartizione delle somme eccedenti da parte del creditore potrebbe rinvenirsi nell'istituto del deposito prezzo previsto già dall'art. 1, comma 63 ss., legge 27 dicembre 2013, n. 14710, poi dall'art. 1, comma 33, legge 147/2013, come modificato dall'art. 1, comma 143, legge 124/2017²³⁰, consistente in un rapporto- trilatero - che implica una serie articolata di obbligazioni, di indole eterogenea, che trascorrono dalla scelta dell'investimento delle somme, alla loro separazione patrimoniale, sino alla individuazione dei presupposti per la consegna²³¹.

²³⁰ In proposito, cfr. *Il deposito del prezzo presso il notaio in prospettiva comparatistica tra escrow account e conti fiduciari*, in *Annuario del contratto*, 2014, Torino, 2015, 3 ss

²³¹ Guida preziosa in passato era il protocollo notarile dell'affidamento di somme: "... nel documento col quale viene conferito al notaio l'incarico debbono essere chiaramente indicati: i contenuti, le modalità e i tempi di adempimento dell'incarico; le somme o i valori affidati (denaro contante assegno bancario - che presenti tutti i requisiti previsti dalla normativa vigente ed informate le parti sulla natura e sulla efficacia di detto titolo - o trascrizion circolare all'ordine del notaio o di una delle parti, bonifico sul conto corrente bancario del notaio, consegna di titoli di credito ecc.); le modalità di impiego delle somme o valori nelle more dell'adempimento dell'incarico (libretti di risparmio, conto corrente bancario separato da quello dello studio o personale del notaio, dossier titoli, e comunque in modo tale da assicurare la separazione contabile dal patrimonio del notaio ecc.); la corresponsione di interessi nella misura percepita dal notaio a

In estrema sintesi si tratta del diritto riconosciuto alle parti di un contratto di compravendita immobiliare di chiedere al notaio che riceve l'atto di depositare il prezzo della vendita presso il Pubblico Ufficiale che, eseguita la pubblicità prevista dalla legge e accertata l'inesistenza di gravami, quali ipoteche e pignoramenti, svincolerà in favore del venditore le somme depositate presso di lui. Detto strumento può essere utilizzato anche per garantire accordi tra le parti diversi dalla sopravvenienza di gravami.

Infatti le parti, nell'utilizzare tale istituto, possono incaricare il notaio affinché utilizzi le somme oggetto di prezzo per liquidare eventuali terzi creditori che possono vantare diritti sul bene oggetto di compravendita, così da garantire all'acquirente un acquisto libero da rischi o possibili pregiudizievoli.

Sembra che tale congegno possa piegarsi ad un utilizzo anche nell'ambito della disciplina del prestito vitalizio ipotecario e, nello specifico, nel momento della fase conclusiva dello stesso. Si può ipotizzare che nel momento in cui il creditore proceda alla vendita del bene oggetto di garanzia, le parti si possano avvalere dello strumento del deposito prezzo, riconoscendo al notaio il compito di ricevere l'atto, corrispondere al creditore la parte corrispondente al debito residuo, e poi procedere alla ripartizione delle somme ricavate in eccedenza in favore del debitore o degli eventuali aventi causa.

L'utilizzo di tale congegno potrebbe contemperare da un lato l'esigenza di ovviare al farraginoso procedimento esecutivo, e dall'altro scongiurare i rischi insiti nella gestione autonoma da parte del creditore delle somme eccedenti

seconda delle modalità di impiego determinate dalle parti; la misura del compenso dovuto al notaio; - l'esatta individuazione dei soggetti ai quali devono essere versate le somme con la espressa previsione che la consegna di esse (sia nel caso di mancato adempimento, sia nel caso in cui l'incarico consista proprio nella consegna ad un determinato soggetto quando si sia o non si sia verificato un determinato evento, sia nel caso in cui adempiuto l'incarico residui un quid da consegnare ad un determinato soggetto) debba essere fatta alla presenza di tutte la parti; tale previsione potrà essere omessa nel caso in cui la consegna di una somma sia dovuta inequivocabilmente al verificarsi di un evento, oggettivamente controllabile. I Consigli Notarili dovranno vigilare sulla osservanza delle disposizioni di cui sopra".

ottenute dall'alienazione dell'immobile concesso in garanzia e le modalità di ripartizione delle stesse.

Le precauzioni che vengono previste dalla disciplina di cui all'art 48 bis del TUB e consistenti nella *trascrizione* del patto afferente il finanziamento alle imprese tale da renderlo opponibile ai terzi, nonché, dell'efficacia del patto stesso o meglio della condizione sospensiva di inadempimento che è subordinata all'effettivo riparto delle somme in capo all'imprenditore debitore trovano applicazione nel prestito vitalizio ipotecario dove la mera iscrizione ipotecaria garantirebbe l'opponibilità ai terzi in aderenza alla teoria *dell'opponibilità erga omnes* del diritto a vendere il bene da parte del creditore.

È opportuno, inoltre, tener conto del fatto che il legislatore preveda che dopo la morte del finanziato gli eredi del de cuius possano disporre del bene oggetto di garanzia solo *"in accordo con il finanziatore"*.

La previsione dell'accordo con l'istituto di credito necessario agli eredi per usufruire del bene, appare in contraddizione con la paventata opponibilità erga omnes della legittimazione a vendere da parte del creditore.

Una differenziazione di trattamento, infatti, tra il debitore e i suoi eredi non sarebbe coerente, soprattutto in virtù del fatto che il creditore potrebbe avvalersi della funzione satisfattiva della garanzia ipotecaria e, quindi, avrebbe la possibilità di far valere verso chiunque la vendita del bene da lui effettuata in funzione satisfattiva, dato che l'iscrizione dell'ipoteca renderebbe opponibile erga omnes il potere dispositivo del finanziatore.

Le peculiarità emerse fino ad ora in materia di prestito vitalizio ipotecario non consentono di ricostruire in maniera definitiva la disciplina di tale forma di finanziamento.

Nonostante ciò, la ricostruzione che riconosce la piena legittimazione del creditore ad agire in maniera satisfattiva, vendendo il bene oggetto della garanzia indipendentemente dagli atti di disposizione posti in essere dal finanziato,

sembra preferibile soprattutto sul piano dell'efficienza e della funzionalità dell'istituto²³².

In attesa di un più definito inquadramento della disciplina ciò di cui bisogna tener conto è il potere di disporre attribuito al finanziatore al momento dell'iscrizione dell'ipoteca inerente il prestito vitalizio ipotecario in quanto si tratta di una garanzia ipotecaria a cui sono attribuiti effetti speciali in merito all'opponibilità erga omnes del potere dispositivo che la legge attribuisce al finanziatore che, ad oggi, può essere eseguito esclusivamente mediante l'inserimento nel quadro D della nota di iscrizione ipotecaria, in assenza di un autonomo codice identificativo che potrebbe essere denominato, *"ipoteca a garanzia di prestito vitalizio ipotecario"*.

Eppur vero però che, la menzione della clausola mariana nel summenzionato quadro nella nota di iscrizione di ipoteca è del tutto inutile, perché il quadro D non rende opponibili ai terzi le relative menzioni, ma ha effetto di pubblicità –notizia.

L'opponibilità ai terzi del trasferimento condizionato all'inadempimento deriva autonomamente ex art. 2643 c.c.; invece manca l'opponibilità ai terzi del mandato al finanziatore per vendere il bene.

Occorre quindi prevedere l'autonoma trascrizione della clausola mariana chiarendo che il mandato a vendere non si estingue con l'alienazione del bene fatta dal debitore (o dal terzo datore) e che gli effetti della trascrizione della vendita fatta dal finanziatore prendono data dalla trascrizione della clausola mariana.

In questo modo la trascrizione del patto mariano opera come prenotazione degli effetti della trascrizione della vendita, secondo lo schema accolto dal codice civile. Così non occorre sancire l'opponibilità di un contratto

²³² La soluzione quindi preferibile secondo criteri di interpretazione logica e teleologica e, seppur con i limiti della trasfusione all'interpretazione dei documenti normativi di regole dettate per l'interpretazione del contratto, anche secondo criteri di interpretazione funzionale; cfr. R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, 65 ss.

(mandato) ai terzi titolari di diritti successivamente trascritti o iscritti sull'immobile, ma si risolve il problema prenotando gli effetti della trascrizione della vendita fatta dal finanziatore.

Ciò detto ed in assenza di una autonoma trascrizione della clausola, l'atto di alienazione posto in essere dal finanziato, titolare del bene, sarebbe a tutti gli effetti efficace ma non prevarrebbe rispetto alla vendita successivamente posta in essere dal creditore legittimato a disporre, qualora si verificassero i presupposti previsti dalla legge.

Tuttavia, affinché la vendita a terzi mantenga la sua efficacia è necessario che il debitore provveda, entro un anno dal verificarsi di uno degli eventi²³³ che attivano il diritto del creditore a chiedere la restituzione del finanziamento, al totale rimborso delle somme ricevute in prestito, in tal modo inibendo il potere del creditore a disporre del bene oggetto della garanzia. La problematica sul piano dell'operatività si pone nel momento in cui il finanziatore, decorso un anno dal verificarsi di uno degli eventi per i quali è riconosciuto al creditore il diritto di chiedere il rimborso del debito, abbia intenzione di procedere all'alienazione del bene e sia essenziale verificare la condizione del bene e l'inesistenza di gravami.

In tale situazione, se si aderisce alla tesi dell'opponibilità erga omnes della legittimazione a disporre da parte del creditore, le trascrizioni effettuate successivamente all'iscrizione di ipoteca saranno irrilevanti e non opponibili al terzo acquirente.

Di contro prevarrà l'atto dispositivo effettuato dal finanziatore ed il bene sarà venduto libero da tutto ciò che possa averlo gravato successivamente all'iscrizione dell'ipoteca a garanzia del prestito vitalizio ipotecario.

²³³ Art. 11-*quaterdecies*, comma 12, D.L. n. 203/2005 "il cui rimborso integrale in un'unica soluzione può essere richiesto al momento della morte del soggetto finanziato ovvero qualora vengano trasferiti, in tutto o in parte, la proprietà altri diritti reali o di godimento sull'immobile dato in garanzia o si compiano atti che ne riducano significativamente il valore, inclusa la costituzione di diritti reali di garanzia in favore di terzi che vadano a gravare sull'immobile."

Nonostante la legittimazione attribuita al creditore a vendere il bene oggetto del finanziamento anche se lo stesso bene non è più nella disponibilità del finanziato, permane in capo al creditore il diritto di ricorrere alla procedura esecutiva ordinaria avvalendosi della sua qualità di creditore ipotecario.

Da ultimo occorre ricordare che, a prescindere dal procedimento di esecuzione adottato, opera in ogni caso il meccanismo di esdebitazione previsto dalla legge ossia *il credito non potrà mai eccedere il valore di realizzo*, in quanto tale effetto è collegato al tipo negoziale e non al procedimento di realizzo del credito adottato dal finanziatore.

3.2. La garanzia del Credito immobiliare ai consumatori.

L'art. 120-*quinquiesdecies* TUB introdotto dal D.lgs. n. 72/2016, come sopra accennato, ha recepito nell'ordinamento italiano la direttiva 2014/17/UE, c.d. Mortgage credit Directive (o "Direttiva Mutui"), recante la disciplina dei contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali.

La normativa permette di far concedere al consumatore un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito quando l'erogazione stessa è garantita da un'ipoteca di primo grado (ex art. 38, comma 1, T.U.B.)²³⁴ sul diritto di proprietà, o altro diritto reale, relativo a beni immobili residenziali, oppure quando è finalizzata all'acquisto o alla conservazione del diritto di proprietà su un terreno o su un immobile edificato o progettato (prima casa o ulteriore)²³⁵,

²³⁴ Diversamente VISCONTI, *La disciplina del credito immobiliare ai consumatori introdotta nel T.U.B. dal D.Lgs. n. 72/2016*, cit., 490.

²³⁵ VISCONTI, op. cit., 490 osserva che dal tenore della disposizione emerge che la disciplina del prestito immobiliare ai consumatori può applicarsi anche ai contratti di credito per l'acquisto di immobili non corredati da ipoteca sull'immobile. Se anche ciò fosse vero, resta che ai contratti sprovvisti di ipoteca non potrebbe comunque essere applicato il patto marciano di cui all'art. 120-*quinquiesdecies*, comma 3, T.U.B., giacché tale disposizione, con previsione *pedissequa* all'art. 28, dir. 2014/17/UE, individua l'oggetto del patto nel bene immobile dato in garanzia.

ovviamente non destinato all'eventuale attività professionale svolta dal sovvenuto-acquirente²³⁶.

Non solo, la Direttiva include anche i finanziamenti per l'acquisto di immobili residenziali e crediti finalizzati a sostenere i consumi, purché garantiti da un'ipoteca su un immobile anch'esso residenziale.

L'intervento del legislatore europeo si è reso necessario a seguito della recessione economica del 2007 che ha provocato forte incremento degli inadempimenti ai contratti finanziari ed un conseguente esponenziale ricorso alle procedure di espropriazione forzata²³⁷, concentrando la sua attenzione sulle fasi contrattuali: i) avvicinamento al contratto, ii) l'esigua trattativa, la conclusione del

²³⁶ L'art. 120-sexies T.U.B. precisa altresì che non rientrano nella fattispecie del credito immobiliare ai consumatori: «a) contratti di credito in cui il finanziatore: 1) concede una tantum o periodicamente una somma di denaro o eroga credito sotto altre forme in cambio di una somma derivante dalla vendita futura di un bene immobile residenziale o di un diritto reale su un bene immobile residenziale; e; 2) non chiede il rimborso del credito fino al verificarsi di uno o più eventi specifici afferenti la vita del consumatore, salvo in caso di violazione, da parte del consumatore, dei propri obblighi contrattuali che consenta al finanziatore di domandare la risoluzione del contratto di credito; b) contratti di credito mediate i quali un datore di lavoro, al di fuori della sua attività principale, concede ai dipendenti crediti senza interessi o a un TAEG inferiore a quello prevalente sul mercato e non offerti al pubblico in genere; c) contratti di credito, individuati dalla legge, relativi a prestiti concessi a un pubblico ristretto, con finalità di interesse generale, che non prevedono il pagamento di interessi o prevedono tassi inferiori a quelli prevalenti sul mercato oppure ad altre condizioni più favorevoli per il consumatore rispetto a quelle prevalenti sul mercato e a tassi debitori non superiori a quelli prevalenti sul mercato; d) contratti di credito in cui il credito è concesso senza interessi o ulteriori oneri, a esclusione di quelli per il recupero dei costi direttamente connessi all'ipoteca; e) contratti di credito nella forma dell'apertura di credito, qualora il credito sia da rimborsare entro un mese; f) contratti di credito risultanti da un accordo raggiunto davanti a un giudice o altra autorità prevista dalla legge; g) contratti di credito relativi alla dilazione, senza spese, del pagamento di un debito esistente, se non comportano l'iscrizione di un'ipoteca; h) contratti di credito non garantiti finalizzati alla ristrutturazione di un bene immobile residenziale; i) contratti di credito in cui la durata non è determinata o in cui il credito deve essere rimborsato entro dodici mesi ed è destinato ad essere utilizzato come finanziamento temporaneo in vista di altre soluzioni per finanziarie l'acquisto della proprietà di un bene immobile».

²³⁷ Lo ricordano S. PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte i Giustizia, Corte costituzionale ed ABE: "il mondo di ieri" o un trompe l'oeil concettuale?*, in S. PAGLIANTINI, *Nuovi profili del diritto del contratti. Antologia di casi e questioni*, Torino, 2014; ID., *Statuto dell'informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/2014/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi ai beni immobili residenziali)*, in «Contratto e impresa Europa», 2014, fasc. 2, 523; F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciano*, in *I nuovi marciatori*, G. D'AMICO – S. PAGLIANTINI – F. PIRAINO – T. RUMI, Torino, 2017, 149.

contratto, iii) meditazione sulla convenienza dell'operazione (*ius poenitendi*); iv) sindacato di liceità o meno dei contenuti negoziali.

La normativa introdotta tratta tematiche varie, quali la pubblicità (art. 120-*octies* T.U.B.), gli obblighi precontrattuali (art. 120-*novies* T.U.B.), gli obblighi informativi relativi agli intermediari del credito (art. 120-*decies* T.U.B.), della verifica del merito creditizio (art. 120-*undecies* T.U.B.), dei servizi di consulenza (art. 120-*terdecies* T.U.B.), con l'obiettivo di incrementare la fiducia dei consumatori nel mercato del credito garantendo un elevato grado di protezione, arginare l'innalzamento dell'esposizione debitoria verso gli istituti di credito e favorire la creazione di un mercato interno armonizzato, più trasparente, efficiente e competitivo mediante l'introduzione di disposizioni uniformi sui contratti di credito, più flessibili ed eque²³⁸.

Ed, infatti, ciò che si intende favorire, è *“la personalizzazione del rapporto tra consumatore e creditore così da bilanciare la spersonalizzazione della fase informativa sempre più anonima a causa del ricorso a moduli prestampati uniformi”*²³⁹.

L'ambito di applicazione della Mortgage credit Directive, quindi, è circoscritto sotto il profilo soggettivo, perché destinata ai soli consumatori²⁴⁰, sul lato oggettivo, individuato nell'art. 3 in due fattispecie: la prima è data dai

²³⁸ L'obiettivo dichiarato dal 6° considerando è quello di “realizzare un mercato interno più trasparente, efficiente e competitivo, grazie a disposizioni uniformi, flessibili ed eque per i contratti di credito relativi a beni immobili, promuovendo sostenibilità nell'erogazione e assunzione dei prestiti e l'inclusione finanziaria, garantendo, dunque, ai consumatori un elevato livello di protezione”.

²³⁹ L'espressione è di F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciano*, in *I nuovi marciari*, op. cit., 151. L'Autore richiama R. ALESSI, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, 311 ss. e, in particolare, 29 ss., che appare critica rispetto alla piega assunta dagli obblighi informativi a seguito del ricorso ai formulari.

²⁴⁰ In base all'art 12 della Direttiva 2014/17 “La definizione di consumatore dovrebbe includere le persone fisiche che agiscono al di fuori della loro attività commerciale o professionale. Tuttavia, nel caso di contratti con duplice scopo, qualora il contratto sia concluso per fini che parzialmente rientrano nell'ambito delle attività commerciali o professionali della persona e parzialmente ne restino al di fuori e lo scopo commerciale o professionale sia talmente limitato da non risultare predominante nel contesto generale del contratto, la persona in questione dovrebbe altresì essere considerata un consumatore”.

contratti di credito garantiti da un'ipoteca o da un'altra garanzia analoga comunemente utilizzata in uno Stato membro sui beni immobili residenziali, oppure da un diritto connesso a beni immobili residenziali; la seconda, riguarda i contratti di credito finalizzati all'acquisto od alla conservazione di diritti di proprietà su un terreno o su una costruzione edificata o progettata.

Disposizione particolarmente rilevante è l'art. 28 della direttiva, rubricato *"morosità e pignoramenti"*, che con la c.d. tecnica dell'opt in, prevede l'obbligo per gli Stati membri: di non impedire alle parti di un contratto di credito di convenire espressamente che la restituzione od il trasferimento della garanzia reale o dei proventi della vendita della garanzia reale è sufficiente a rimborsare il credito; di predisporre procedure o misure intese a consentire di ottenere il miglior prezzo possibile per la vendita del bene immobile in garanzia; di assicurare, nelle ipotesi in cui a seguito di una procedura esecutiva rimane un debito residuo, che siano poste in essere misure intese a facilitarne il rimborso al consumatore.

L'art. 28 della summenzionata Direttiva ha trovato attuazione nell'art. 120-quinquiesdecies T.U.B., il quale esordisce ribadendo che l'inadempimento sufficientemente significativo da giustificare il rimedio ablativo della risoluzione è quello delineato dall'art. 40, comma 2, T.U.B. in materia di credito fondiario di cui agli artt. 38 ss. T.U.B., ossia un ritardo nel pagamento delle rate verificatosi almeno sette volte, benché non consecutive.

Dunque, nell'eventualità di inadempimento del consumatore, si aprono due strade rimesse alla scelta del creditore: il ricorso alla procedura esecutiva ordinaria; ovvero il ricorso alla procedura di autotutela privata che consegue all'attivazione della clausola marciata e che comporta l'estinzione del debito anche quando il valore dell'immobile o il ricavato della vendita risulti inferiore al debito residuo.

Resta inteso che il pagamento in ritardo di ciascuna rata si identifica proprio col pagamento effettuato tra il trentesimo e il centottantesimo giorno

dalla scadenza della rata, e non col mancato rispetto del termine contrattuale di adempimento.

Il superamento di tale soglia però, se da un lato, permette al creditore di invocare la risoluzione, non è idonea a rendere l'inadempimento rilevante anche ai fini del ricorso al patto marciano di cui all'art. 120-*quinqüesdecies*, comma 3, T.U.B.

L'attivazione della clausola marciana di cui al 3° comma dell'art. 120-*quinqüesdecies* è, però, ammessa solo in ipotesi di inadempimento qualificato, individuato nel mancato pagamento di 18 rate mensili (specularmente a quanto accade nel marciano "b2b" di cui all'art. 48-bis T.U.B. ove, come si vedrà, l'inadempimento è ritenuto grave in caso di mancato pagamento protratto per oltre sei mesi).

Il legislatore italiano ha avvallato tale tolleranza, esigendo che la gravità dell'inadempimento -valida ai fini del ricorso del patto marciano- vada calcolata non già sulla frequenza o sulla continuità del ritardo, come invece si è ritenuto sufficiente per la risoluzione del contratto, ma sul mancato pagamento di un ammontare di credito equivalente a diciotto rate mensili (art. 120-*quinqüesdecies*, comma 4, lett. c), T.U.B.)²⁴¹, non precisando nulla sulla estensione anche all'ordinaria procedura esecutiva, pur considerandola certa. La tolleranza si permea anche su un altro fronte, ossia permettendo al finanziatore di adottare procedure per gestire i rapporti con i consumatori in difficoltà nei pagamenti.

L'art.120-*quinqüesdecies*, comma 2, T.U.B., invece, si limita a riprodurre la previsione dell'art. 28, comma 2, dir. 2014/17/UE, giusto modificando la forma verbale, trasformata da ipotetica in prescrittiva: "Il finanziatore non può imporre al consumatore oneri, derivanti dall'inadempimento, superiori a quelli necessari a compensare i costi sostenuti a causa dell'inadempimento stesso".

²⁴¹ Sul significato pratico della formula «mancato pagamento di un ammontare equivalente a diciotto rate mensili» cfr. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., 10 ss., ancorché con specifico riferimento alla disciplina dell'art. 48-bis T.U.B.

Un elemento di novità dell'art 120-*quinqüiesdecies* è rappresentato dall'introduzione di un parametro di riduzione dell'ammontare degli interessi moratori diverso dalla manifesta eccessività di cui all'art. 1384 c.c. e identificato, nei costi sostenuti a causa dell'inadempimento. Eccessiva si rivela, la tesi che ravvisa nell'art. 120-*quinqüiesdecies*, comma 2, T.U.B. una limitazione del risarcimento del danno da inadempimento alla misura degli interessi moratori calcolati al tasso legale²⁴².

Di certo l'esigenza di tutela del consumatore non può andare oltre a tale punto e rendere sostanzialmente l'inadempimento economicamente più conveniente dell'adempimento.

Ed è proprio quello che accadrebbe se l'art. 120-*quinqüiesdecies*, comma 2, T.U.B. venisse inteso come una deroga all'art. 1224, comma 1, secondo periodo, c.c.²⁴³, autorizzando il calcolo degli interessi moratori al tasso legale nonostante il contratto preveda la corresponsione di interessi corrispettivi a un tasso più elevato.

Non sono tuttavia chiari i limiti e le modalità in base alle quali opera la suindicata deroga.

La soluzione preferibile è quella che assegna all'art. 120-*quinqüiesdecies*, comma 2, T.U.B. la funzione di contenere l'ammontare del risarcimento ma solo nei limiti più accettabili della misura degli interessi corrispettivi, per lo meno per tutta la durata del periodo di tolleranza dell'inadempimento ai fini della risoluzione ex art. 40, comma 2, T.U.B. In altri termini, l'art. 120-*quinqüiesdecies*, comma 2, T.U.B. estenderebbe la regola sulla gravità dell'inadempimento anche

²⁴² BERTOLINI, *La tutela del debitore inadempiente nella disciplina europea dei mutui ipotecari. Eterogenesi dei fini, errori prospettici ed aporie alla luce dell'analisi economica del diritto*, cit., 345-346; ID., sub art. 28 – *Morosità e pignoramenti*, cit., 490-491.

²⁴³ Sulla *ratio* della disposizione cfr. DALLA MASSARA, *Obbligazioni pecuniarie*, cit., 356: ma v. anche Cass. 22 giugno 1985, n. 3760, in *Giust. civ.*, 1986, I, 2529 ss.

al decorso degli interessi moratori mediante l'integrazione legale del regolamento contrattuale²⁴⁴.

Da ciò consegue che il mancato pagamento della rata nei termini, fa scattare gli interessi moratori che però sono calcolati al tasso previsto nel contratto per gli interessi corrispettivi, in ossequio alla regola dell'art. 1224, comma 1, secondo periodo, c.c.

Un elemento di criticità rilevato da alcuni²⁴⁵ è nella discrezione del finanziatore o banca che potrebbe vendere l'immobile ad un prezzo notevolmente inferiore a quello di mercato.

Il rischio che la banca venda ad un prezzo più basso del prezzo di mercato al solo fine di vedere soddisfatto il proprio credito, sembra essere mitigato dalla circostanza che il legislatore ha espressamente previsto l'obbligo per la banca di adoperarsi "con diligenza per conseguire dalla vendita il miglior prezzo di realizzo"²⁴⁶.

L'attuazione delle disposizioni di cui al terzo comma dell'art. 120-quinquiesdecies è espressamente demandata al decreto del Ministero dello Sviluppo Economico che vi ha provveduto con il D.M. del 29 settembre 2016 che prevede, per lo più, un rafforzamento degli obblighi informativi precontrattuali; nonché al Regolamento della Banca d'Italia allo stato ancora in fase di pubblica consultazione.

²⁴⁴ È lampante che la previsione dell'art. 120-quinquiesdecies, comma 4, lett. c), T.U.B. secondo cui: «non costituiscono inadempimento i ritardati pagamenti che consentono la risoluzione del contratto ai sensi dell'articolo 40, comma 2» si riferisca al ricorso al patto marciano, rendendo il ritardo *ex art. 40, comma 2, T.U.B.*, pur rilevante ai fini della risoluzione del contratto e dell'efficacia delle clausole sugli interessi moratori, inidoneo ad attivare il patto marciano.

²⁴⁵ Così G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, op. cit., 31.

²⁴⁶ Così, ancora, G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, op. cit., 31. L'Autore, in particolare, osserva che la controversia che dovesse sul punto sorgere con il consumatore sarebbe inevitabilmente rimessa ad una consulenza tecnica d'ufficio che laddove dovesse accertare che la vendita è avvenuta per un prezzo inferiore all'effettivo valore di mercato del bene condurrebbe alla condanna della banca creditrice alla restituzione della differenza al debitore.

3.2.1. L'impianto normativo

L'art 120-*quinqüesdecies*, comma 5, TUB rimette al decreto Ministeriale con il parere della Banca d'Italia, la formulazione di norme di dettaglio.

A tal proposito si evidenzia che, il patto marciano sia stato inserito nel contratto di credito immobiliare ai consumatori, non preclude al creditore la possibilità di adire l'autorità giudiziaria e l'esecuzione ordinaria, rinunciando a invocare il patto e a ricorrere al meccanismo di autosoddisfacimento. In questa ipotesi l'art. 120-*quinqüesdecies*, comma 6, T.U.B. prevede che, se a seguito dell'escussione della garanzia residui un debito a carico del consumatore, il relativo obbligo di pagamento decorre dopo sei mesi dalla conclusione della procedura esecutiva.

Il patto marciano delineato dalla normativa sul credito immobiliare ai consumatori ricalca il modello del patto marciano nei contratti di finanziamento alle imprese di cui all'art. 48-bis T.U.B., con tre significative differenze: in primis il patto in esame verte solo su un bene immobile oggetto di ipoteca; secondariamente viene concessa al creditore l'alternativa di acquistare la titolarità piena del bene oggetto di garanzia o di venderlo, trattenendo il prezzo sino alla concorrenza del credito residuo; infine è specificato l'effetto estintivo del debito connesso al ricorso al patto.

Ma l'alternativa tra acquisto della titolarità del bene e vendita con soddisfacimento sul prezzo ricavato ha sollevato la questione relativa ai criteri ai quali il creditore che opti per la seconda via dovrà attenersi, tenuto conto che la disciplina del credito immobiliare ai consumatori non contiene alcun parametro perentorio come quello del "prezzo di mercato", invece prescritto in tema di prestito vitalizio ipotecario.²⁴⁷

²⁴⁷ Cfr. G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., 29 ss.

In tale senso è condivisibile l'ipotesi in cui le due disposizioni attuino il medesimo criterio, poiché è difficile ritenere che il prezzo di mercato non costituisca la base del "miglior prezzo di realizzo", tanto più che, nel caso in cui il debitore contesti il prezzo realizzato dal creditore, è verosimile che il consulente del giudice adotti nella CTU, come parametro per la verifica dell'adeguatezza del prezzo, proprio il valore di mercato del bene²⁴⁸.

E, tuttavia, proprio l'alternativa tra l'acquisizione della titolarità e la legittimazione a vendere e a trattenere il prezzo sino al concorso dell'ammontare del credito residuo decreta la fortuna del patto marciano ex art. 120-quinquiesdecies T.U.B., anche rispetto alla fattispecie più rigida dell'art.48-bis T.U.B.²⁴⁹.

Dello schema del patto marciano, il patto ex art. 120-quinquiesdecies T.U.B. presenta:

a) la previsione della stima del valore del bene da parte di un soggetto terzo e alla data dell'inadempimento;

b) l'obbligo in capo al creditore di restituire la differenza tra il valore del bene o il ricavato della sua vendita e l'ammontare residuo del debito. A tutto ciò il patto marciano del credito immobiliare ai consumatori aggiunge un terzo relevantissimo elemento:

c) l'estinzione del debito inclusa tra gli effetti del patto marciano, anche laddove il valore bene o il prezzo della vendita risultino inferiori all'entità del credito residuo²⁵⁰.

Il patto marciano nasce proprio come la forma giuridica dell'alienazione in funzione di garanzia in presenza del divieto del patto commissorio.

²⁴⁸ G.D'AMICO op. cit., 31.

²⁴⁹ G. D'AMICO, *op. cit.*, 33 e tutto ciò nonostante il rischio «di dover vendere il bene a valori di mercato, e di vedere ricadere su di sé le conseguenze di una alienazione (magari più veloce, ma) a prezzi inferiori (con un ricavato insufficiente a coprire il credito residuo o, comunque, esponendosi alla contestazione del mutuatario, il quale dimostri che la vendita non è stata posta in essere "al miglior prezzo di realizzo")».

²⁵⁰ F.PIRAINO, *I Nuovi Marciani*, cit, 191.

Il codice civile non ha ritenuto di riconoscere la figura in termini generali²⁵¹ imboccando piuttosto la via della conferma del divieto del patto commissorio nella sua configurazione più ampia, in chiave sia generale (art. 2744 c.c.) sia particolare (art. 1963c.c.)²⁵²; delineando invece il meccanismo che soggiace al

²⁵¹ Sul patto marciano cfr. *ex professo* MINNITI, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, 29 ss.; CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, Napoli, 2000, *passim*; EBNER, *Patto marciano*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 2007, 1 ss.; DE MENECH, *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, cit., 823 ss. Il patto marciano rappresenta, inoltre, un aspetto imprescindibile di qualunque trattazione sul divieto di patto commissorio. Si pronunciano a favore della validità del patto marciano: ASCOLI, *Patto commissorio nel pegno*, in *Riv. dir. civ.*, 1931, 208; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, III, Firenze, 1907, 437; PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile*, V, 2, Torino, 1927, 463; LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, 1952, 71 ss.; BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., 202 ss.; ID., *Patto commissorio*, in *Novissimo dig. it.*, XII, Torino, 1965, 718; ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, in NICOLÒ-ANDRIOLI-GORLA, *Della responsabilità patrimoniale*, Art. 2740-2899, in SCIALOJABRANCA (a cura di), *Comm. cod. civ.*, Bologna-Roma, 1958, 54; FRAGALI, *Del mutuo*, cit., 256 ss.; VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli, 1968, 80; CARNEVALI, *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 505; LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, Artt. 1500-1509, in *Il Codice Civile. Comm.*, diretto da Schlesinger, Milano, 1987, 242 ss.; ID., *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 219 ss.; REALMONTE, *Le garanzie immobiliari*, in *Jus*, 1986, 16 ss.; ID., *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, in *Foro it.*, 1989, I, 1444; IACUANIELLO BRUGGI, *Patto commissorio*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990, 6 ss.; MORELLO, *Frode alla legge*, in *Digesto disc. priv.*, sez. civ., VIII, Torino, 1992, 514; ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, 429 ss.; ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*², in *Tratt. dir. priv.*, diretto da RESCIGNO, Torino, 1997, 561 ss.; BUSSANI, *Patto commissorio, proprietà e mercato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 120, 125; ID., *Il problema del patto commissorio. Studio di diritto comparato*, Torino, 2000, 203 ss.; SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999, 287 ss.; BUONOCORE, *La locazione finanziaria*, in *Tratt. dir. civ.*, già diretto da CICU-MESSINEO-MENGONI, continuato da SCHLESINGER, Milano, 2008, 291 ss.; MACARIO, *Il divieto del patto commissorio e la cessione dei crediti in garanzia*, in *Diritto civile*, diretto da LIPARI-RESCIGNO, coordinato da ZOPPINI, vol. IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, II, *L'attuazione dei diritti*, Milano, 2009, 212-213; CHIANALE, *L'ipoteca*², in *Tratt. dir. civ.*, diretto da SACCO, 6, *Diritti reali*, Torino, 2010, 35-37; CICERO, *Anticresi*, in *Il Codice Civile Comm.*, fondato da SCHLESINGER, diretto da BUSNELLI, Milano, 2010 95; GALLO, sub art. 2744 – *Divieto del patto commissorio*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da GABRIELLI, *Della tutela dei diritti*, a cura di BONILINI-CHIZZINI, artt. 2643-2783-ter, Torino, 2015, 972 ss.; *contra* BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*², in *Il Codice Civile Comm.*, fondato da SCHLESINGER, diretto da BUSNELLI, Milano, 2010, 315 ss.

²⁵² Sul punto cfr. MASTROPAOLO, *L'anticresi come contratto costitutivo di garanzia consistente in poteri su come immobili*, in *Rv. dir. civ.*, 2004, I, 707 ss., in part. 742 ss.; CICERO, *Anticresi*, cit., 87 ss.

patto marciano nell'ambito del contratto di anticipazione bancaria, all'interno della figura del pegno irregolare (art. 1851 c.c.)²⁵³ e l'ha riprodotto in un altro contesto, ossia nell'ambito del pegno di crediti con riguardo alla disciplina della riscossione (art. 2803 c.c.). La giurisprudenza ha valutato favorevolmente la validità del patto marciano²⁵⁴ come anche di recente confermato da alcune significative pronunzie della Suprema Corte²⁵⁵.

3.2.2. L'analisi normativa della Dir. 2014/17/UE

Come già evidenziato nei precedenti paragrafi, La dir. 2014/17/UE del 4 febbraio 2014 ha voluto introdurre la disciplina dei contratti di credito ai consumatori relativi a immobili residenziali sia al fine, di sostenere e rinforzare, la fiducia dei consumatori nel settore finanziario, sia, per contrastare il crescente indebitamento dei soggetti sovvenuti, che ha determinato l'accentuarsi delle difficoltà di rispettare i contratti di finanziamento, specie quelli relativi all'acquisto di immobili residenziali, ed il conseguente incremento delle esecuzioni immobiliari²⁵⁶.

²⁵³ ²⁵³ Sul pegno irregolare con specifico riguardo al problema delle alienazioni in garanzia cfr. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., 163 ss

²⁵⁴ Cass. 21 giugno 1946, 732, in *Giur. it.*, 1947, I, 424 ss.; Cass. 21 dicembre 1950, n. 2807, in *Foro it.*, 1951, I, 573 ss.; Cass. 27 novembre 1951, n. 2696, ivi, 1952, I, 1954; Cass. 30 marzo 1954, n. 988, ivi, 1954, in *Rep. Foro it.*, voce «vendita», n. 99; Cass. 21 luglio 1965, n. 2828, in *Foro it.*, 1956, I, 11 ss.; Cass. 16 ottobre 1995, n. 10805, in *Giur. it.*, 1997, I, 682 ss., e in *Contratti*, 1996, 28 ss.

²⁵⁵ Cass. 9 maggio 2013, n. 10986, in *Vita not.*, 2013, 719 ss.; Cass. 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Fall.*, 2015, 791 ss. con nota di SPADARO, *Sale and lease back, patto marciano e fallimento del debitore*; in *Giur. it.*, 2015, 2341 ss., con nota di VITI, *Lease back, patto commissorio e clausola marciana*; in *Corriere giur.*, 2016, 486 ss., con nota di SCARDINO, *Il contratto di sale and lease back tra causa in concreto e cautela marciana*; in *Dir. civ. cont.*, 2016, con nota di LUNETTA, *Divieto del patto commissorio, contratto di «sale and lease back» e autonomia privata*, su cui v. NATALE, *Lease-back e strutture utili di patto marciano*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1595 ss.

²⁵⁶ Per una valutazione d'assieme della dir. 2014/17/UE cfr. CALVO, *Le regole generali di condotta dei creditori, intermediari e rappresentanti nella direttiva 2014/17/UE*, in *Corriere giur.*, 2015, 823 ss.; RUMI, *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*, in

In sede di commento della Direttiva, si è anche ipotizzato però una eccessiva “protezione” del consumatore avrebbe potuto produrre l’effetto opposto di un’ulteriore stretta nell’erogazione del credito immobiliare, a causa della richiesta da parte dei finanziatori di remunerazioni più alte e di garanzie più cospicue²⁵⁷.

L’obiettivo della Direttiva si fonda principalmente sull’educazione dei consumatori²⁵⁸, sull’imposizione di regole di condotta ai finanziatori, agli intermediari del credito e ai loro rappresentanti, imperniate sull’onestà, sull’equità, sulla trasparenza e sulla professionalità ed estese sino alla prestazione di servizi di consulenza, che consistono in raccomandazioni specifiche al consumatore con riferimento a una o più operazioni di finanziamento (Art. 7)²⁵⁹, di informazioni di carattere generale sui contratti di

Contratti, 2015, 70 ss.; PELLECCIA, *La direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, 206 ss.; MAFFEIS, *Direttiva 2014/17/UE: rischi di cambio e di tasso e valore della componente aleatoria nei crediti immobiliari ai consumatori*, *ivi*, 190 ss.; DE GIOIA CARABELLESE-CHESSA, *La direttiva 2014/17/UE in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 1422 ss.; FERRETTI, *Contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali: prime osservazioni sulla direttiva 2014/17/UE*, in *Contr. impr./Europa*, 2014, 863 ss.; ROTT, *Die neue Immobiliarkredit-Richtlinie 2014/17/EU und ihre Auswirkung auf das deutsche Recht*, in *Zeitschrift für Bank und Kapitalmarktrecht*, 2015, 8 ss.; MAK, *What is Responsible Lending? The EU Consumer Mortgage Credit Directive in the UK and the Netherlands*, in *Journal of consumer policy*, 2015, 411 ss.; VANNEROM, *Towards a european single market for mortgage credit. From scratch to ...?*, in *European journal of consumer law/Revue europeenne de droit de la consommation*, 2015, 291 ss. Per l’analisi minuta, articolo per articolo, cfr. *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo*. Commentario alla direttiva 2014/17/UE, a cura di SIRENA, Milano, 2016, *passim*.

²⁵⁶ Per una valutazione d’insieme della dir. 2014/17/UE cfr. CALVO, *Le regole generali di condotta dei creditori, intermediari e rappresentanti nella direttiva 2014/17/UE*, in *Corriere giur.*, 2015, 823 ss.; RUMI, *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*, in *Contratti*, 2015, 70 ss.; PELLECCIA, *La direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, 206 ss.

²⁵⁷ BERTOLINI, *sub art. 28 – Morosità e pignoramenti*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo*, cit., 483-484.

²⁵⁸ Cfr. F. PATTI, *sub art. 6 – Educazione finanziaria dei consumatori*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo*, cit., 194 ss. ID., *L’educazione finanziaria e la direttiva 2014/17/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, in *Contr. impr.*, 2015, 1423 ss.

²⁵⁹ Cfr. MASTROPASQUA, *sub art. 7 – Norme di comportamento da rispettare quando si concedono crediti ai consumatori*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo*, cit., 211 ss.

credito (Art. 13) e su obblighi precontrattuali di informazione personalizzata del consumatore (Art. 14)²⁶⁰, nonché di informazione relative all'intermediario del credito o del rappresentante designato²⁶¹. La tecnica tradizionale di tutela del consumatore affidata all'imposizione di un obbligo di trasparenza e di informazione²⁶²viene qui abbinata all'obbligo del creditore, dell'intermediario o del suo rappresentante designato di fornire al consumatore spiegazioni adeguate tanto sul contratto di credito quanto sugli eventuali servizi accessori (art. 16, dir.2014/17/UE)²⁶³.

E così, l'obbligo di spiegare adeguatamente il contenuto del contratto di credito proposto al consumatore, così come prefigurato dalle informazioni precontrattuali imposte dal legislatore, assicura che gli elementi idonei a mettere il consumatore in condizione di assumere una scelta negoziale consapevole risultino in concreto pienamente compresi, anche alla luce delle capacità cognitive, del livello di istruzione e del bagaglio di esperienza della controparte consumatrice.

Ed infatti, l'obbligo di spiegazioni non può prescindere dall'illustrazione dettagliata dell'oggetto del contratto, delle ricadute economiche legate alla sottoscrizione del contratto, e delle principali caratteristiche del contratto (durata, piano di ammortamento etc.). L'obbligo di spiegazioni adeguate di cui all'art. 16 e così anche l'eventuale prestazione di servizi di consulenza previsto

²⁶⁰ Cfr. LAS CASAS, *Gli obblighi di informazione a carico dei potenziali creditori: informazioni generali e informazioni precontrattuali*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo*, cit., 283 ss. e i commenti di SOLINAS, *sub art. 13 e 14*, ivi, 309 ss.

²⁶¹ Cfr. BENANTI, *sub art. 15 – Obblighi di informazione relativi agli intermediari del credito e ai rappresentanti designati*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo*, cit., 336 ss.

²⁶² Ex multis GRISI, *Informazione (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, Annali IV, Milano, 2011, 595 ss.; ALESSI, *I doveri di informazione*, in CASTRONOVO-MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale dir. priv. eur.*, II, Milano, 2007, 440 ss.; RENDE, *Informazione e consenso nella costruzione del regolamento contrattuale*, Milano, 2012, *passim*.

²⁶³ Cfr. BENANTI, *sub art. 16 – Spiegazioni adeguate*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo*, cit., 350 ss. e di SOLINAS, *ivi*, 359 ss

dall'art. 22, dir. 2014/17/UE²⁶⁴, dati dal fatto che alcuni prodotti di finanziamenti, in quanto *credence goods*, non esibiscono caratteristiche tali da consentire al consumatore di conoscerne in via autonoma gli attributi qualificativi e l'impatto in termini di utilità neppure dopo uno o più atti di acquisto, ma soltanto dopo un lungo periodo di utilizzazione²⁶⁵.

L'art. 17, dir. 2014/17/UE) prevede il Taeg a cui è affidata una funzione informativa essenziale.

Grazie alle tecnica del prospetto informativo unico e della formula di calcolo del Taeg, il legislatore europeo è riuscito a garantire che su questi profili della disciplina del contratto di credito immobiliare ai consumatori l'armonizzazione sia massima per lo meno nei contenuti.

Esso rappresenta in forma sintetica e percentuale rispetto all'importo totale della somma finanziata, e per di più determinata su base annua: il costo complessivo del credito, inclusi i costi di valutazione dei beni (art. 4, n. 13, dir. 2014/17/UE) e gli eventuali costi di apertura e di tenuta di uno specifico conto; i costi legati all'utilizzazione di un mezzo di pagamento che consenta di effettuare operazioni e prelievi sul conto; nonché gli altri costi relativi alle operazioni di pagamento (art. 17, comma 2, dir. 2014/17/UE), ma esclusi i costi di registrazione del trasferimento dell'immobile e le eventuali penali esigibili in caso di inadempimento del consumatore (art. 4, n. 13, dir. 2014/17/UE).

In questo modo il consumatore può compiere una valutazione ed una scelta più consapevole.

²⁶⁴ Sul punto cfr. DOTTORE-RIO, sub art. 22 – Standard in materia di servizi di consulenza, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo*, cit., 401 ss.

²⁶⁵ La distinzione tra *search*, *experience* e *credence goods* è stata messa a punto e adeguatamente concettualizzata a partire dagli anni '70 del secolo scorso: cfr. NELSON, *Information and Consumer Behavior*, in *Journal of Political Economy* 78, 1970, 311 ss. Di recente cfr. DULLECKKERSCHBAMER- SUTTER, *The Economics of Credence Goods: An Experiment on the Role of Liability, Verifiability, Reputation, and Competition*, in *American Economic Review* 101, 2011, 530 ss.

Strettamente connesso al concetto della cooperazione del finanziatore alla piena comprensione dell'operazione economica da parte del cliente, è l'obbligo di valutazione del merito creditizio posto dalla legge come condizione imprescindibile per l'erogazione del credito²⁶⁶.

In tale senso la Corte di Giustizia ha collegato la verifica del merito creditizio all'obbligo di fornire chiarimenti e spiegazioni adeguate²⁶⁷, in ossequio all'idea, sempre più diffusa, della reciproca implicazione tra l'obbligo precontrattuale di informazione e l'obbligo di verifica.

L'art. 18, dir. 2014/17/UE impone che il preliminare accertamento della situazione economica e finanziaria del consumatore va condotta al fine di compiere una prognosi sulla capacità del sovvenuto di adempiere agli obblighi nascenti dal contratto di credito.

La valutazione del merito creditizio non si deve incentrare sulla verifica del maggiore valore del bene residenziale rispetto all'importo della somma finanziata né sulla stima del probabile apprezzamento di tale bene, salvo che la causa del contratto non consista nell'erogazione credito immobiliare ai consumatori l'armonizzazione sia massima, per lo meno nei contenuti²⁶⁸ di un credito per la costruzione o per la ristrutturazione del bene immobile residenziale (art. 18, 4 comma, dir 2014/17/UE).

La valutazione del merito creditizio, infatti consiste, in un sindacato ad ampio spettro dell'intera situazione economica e finanziaria del consumatore (art. 20, dir. 2014/17/UE), con una particolare attenzione riservata al reddito l'adempimento o meno dell'obbligo di valutazione del merito creditizio non può

²⁶⁶ Cfr. FUCCI, *La riforma del credito ai consumatori finalizzato all'acquisto degli immobili residenziali*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo*, cit., 378 ss., in part. 385 ss.

²⁶⁷ Corte Giust. 14 dicembre 2014, C-449/13.

²⁶⁸ Resta l'apparente incertezza sul fronte dei rimedi, su cui molto insiste ALESSI, *op. cit.*, 334. CFR: PAGLIANTINI, *Statuto dell'informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/2014/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, cit., 29-30.

essere apprezzato soltanto nella dimensione del singolo rapporto, ma va letto di un'ottica più ampia.

Sotto il primo profilo, deve essere adeguatamente evidenziato la problematica relativa al rimedio invocabile in caso di inadempimento o di inesatto adempimento del finanziatore alla verifica del merito creditizio e, al riguardo, l'art. 18, comma 4, dir. 2014/17/UE prevede, limitatamente, che a quest'ultimo siano precluse tanto la risoluzione quanto la modifica del contratto di credito quando tali pretese sono fondate sull'inesattezza delle risultanze della valutazione del merito creditizio del consumatore, a meno che questi abbia intenzionalmente omesso o falsificato le informazioni di cui all'art. 20, dir. 2014/17/UE. Si può facilmente evincere pertanto che il legislatore europeo ha collocato l'obbligo di valutazione del merito creditizio nel novero delle regole di condotta che gravano sul creditore e sull'intermediario²⁶⁹ e alle spese correnti.

²⁶⁹ In linea d'altro canto con l'opinione che sta prevalendo con riferimento all'obbligo di valutazione del merito creditizio nei contratti di credito ai consumatori sancito dall'art. 124-bis T.U.B., in attuazione degli artt. 8 e 9, dir. 2008/48/CE. In tal senso cfr. SCOGNAMIGLIO, *Ancora sulla responsabilità della banca per violazione di obblighi discendenti dal proprio*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, 655 ss., in part. 657; e MODICA, *Concessione «abusiva» di credito ai consumatori*, in *Contr. impr.*, 2012, 514 ss., peraltro entrambi a favore della qualificazione contrattuale della responsabilità della banca nei confronti del sovvenuto per concessione abusiva di credito, sulla scia di CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³ Milano, 2006, 124-127, il quale precisa, tuttavia, che la c.d. concessione abusiva di credito rappresenta «la qualificazione di una condotta della banca nei confronti di terzi, la cui posizione creditoria risulti aggravata da affidamenti della banca non più giustificati a causa di un indebitamento del cliente che sia eccessivo rispetto alla situazione patrimoniale di quest'ultimo». ss.).

NIGRO, *Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza. Dalla trasparenza alla "consulenza" nell'erogazione del credito*, in *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti*, Torino, 2011, 29 ss.; DE CHIARA, *sub art. 124 bis*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da CAPRIGLIONE, III, Padova, 2012, 873. Sono favorevoli, invece, a ricavare dall'art. 124-bis T.U.B. un obbligo di avviso o "messa in guardia" in ordine alla "non sostenibilità" del finanziamento PELLECCIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2012, 91 ss.; ID., *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore: spunti di riflessione per un nuovo modo di guardare alla "contrattazione con l'insolvente"*, cit., 1106 e nt. 64; R. NATOLI, *Il contratto "adeguato". La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Milano, 2012, 161 ss.

Certamente non trova facile soluzione l'ipotesi in cui, vi sia stata dell'erogazione del credito nonostante l'esito negativo della verifica del merito creditizio del consumatore e qui – in assenza di una scelta legislativa, come quella francese della perdita totale o parziale degli interessi (art. L. 311-48 *Code de la Consommation*)²⁷⁰– sembra preferibile perseguire la via dei rimedi contro l'inadempimento²⁷¹, piuttosto che quella dell'invalidazione del contratto di credito²⁷², magari tramite la controversa figura della nullità virtuale di protezione²⁷³.

E' palese pertanto che l'inadempimento o l'inesatto adempimento dell'obbligo di verifica del merito creditizio espone il creditore a conseguenze che esulano dal singolo rapporto contrattuale di credito col consumatore, investendo un profilo di responsabilità più generale, che scaturisce da un comportamento dannoso: un profilo di responsabilità identificato come "concessione abusiva di credito"²⁷⁴. In dottrina la concessione abusiva di credito è considerata come fonte

²⁷⁰ Su tale disposizione v. Corte giust., 27 marzo 2014, causa 565/12.

²⁷¹ In tal senso anche PELLECCIA, *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore: spunti di riflessione per un nuovo modo di guardare alla "contrattazione con l'insolvente"*, cit., 1112 ss.

²⁷² Contrario al ricorso alla nullità è PAGLIANTINI, *op.loc. cit.*

²⁷³ Sul punto cfr. D'AMICO, *Nullità virtuale – nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, 732 ss.; ID., *Diritto europeo dei contratti (del consumatore) e nullità virtuale (di protezione)*, in *Contratti*, 2012, 977 ss., contrario alla figura della nullità virtuale di protezione fondata su una doppia mossa analogica a partire dall'art. 1418 c.c. e invece favorevole a estendere analogicamente disposizioni che prevedono nullità testuali di protezione a fattispecie di violazione di norme imperative di protezione prive dell'indicazione della sanzione.

²⁷⁴ Sul punto cfr. i pionieristici studi di CLARIZIA, «*La responsabilité du banquier donneur de crédit*» (*La responsabilità del banchiere in una recente sentenza della Cassazione francese*), in *Banca borsa tit. cred.*, 1976, I, 361 ss. e di NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione «abusiva» di credito*, in PORTALE (a cura di), *Le operazioni bancarie*, I, Milano, 1978, 301 ss. e successivamente ID., *La responsabilità delle banche nell'erogazione del credito alle imprese in "crisi"*, in *Giur. comm.*, I, 305 ss.; nonché BORGIOI, *Responsabilità della banca per concessione «abusiva» di credito*, ivi, 1981, I, 287 ss.; GALGANO, *Civile e penale nella responsabilità del banchiere*, in *Contr. impr.*, 1987, 20 ss.; TERRANOVA-ANELLI, *La responsabilità risarcitoria delle banche per illeciti commessi nell'erogazione del credito*, in *Dir. banc.*, 1998, I, 137 ss.; INZITARI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, I, 265 ss.; FRANZONI, *La concessione abusiva di credito*, in *Resp. civ.*, 2010, 325 ss.; STANGHELLINI, *Il credito «irresponsabile» alle imprese e ai privati: profili generali e tecniche di tutela*, in *Società*, 2007, 400 ss.;

di responsabilità – peraltro per lo più aquiliana – nei confronti della massa dei creditori del sovraindebitato quando essa risulti connotata da dolo²⁷⁵, sebbene si stiano ingrossando le fila dei fautori del fondamento anche soltanto colposo di questa forma di responsabilità²⁷⁶.

3.2.3. L'art 28 dir 2014/2017 UE: la tolleranza dell'inadempimento.

Come poc'anzi accennato nel paragrafo relativo alla garanzia del Credito immobiliare ai consumatori nell'art. 28, dir. 2014/17/UE si prevede la regolamentazione dell'inadempimento rilevante del consumatore, la determinazione forfettaria del risarcimento del danno mediante apposite clausole sulla fissazione del tasso convenzionale degli interessi moratori, con la possibilità di prevedere un inasprimento della misura degli interessi in funzione deterrente; la possibilità di introdurre nel contratto di credito un patto che consenta di estinguere integralmente il debito residuo nei confronti del finanziatore mediante il trasferimento della titolarità del bene immobile dato in

MIOLA, *Profili del finanziamento dell'impresa in crisi tra finalità di risanamento e doveri gestori*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1079 ss. e, Cass. civ., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7030, in *Corr. giur.*, 2006, 643 ss., con nota di FAUCEGLIA, *Abusiva concessione di credito e legittimazione attiva del curatore: intervengono le Sezioni Unite*, in *Fall.*, 2006, 1125 ss., Cass. 23 luglio 2010, n. 17284 e Cass. 1° dicembre 2010, n. 13413, in *Giur. comm.*, 2011, II, 1157 ss.à

²⁷⁵ In tal senso NANNI, *Abuso del banca nella concessione di credito ad impresa insolvente*, in *Fall.*, 1996, 918; MORERA, *Il fido bancario. Profili giuridici*, Milano, 1998, 169. Prospettano la possibilità di un'imputazione anche per colpa grave NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione «abusiva» di credito*, cit., 337; ROPPO, *Crisi d'impresa e responsabilità civile della banca*, in *Fall.*, 1996, 872

²⁷⁶ Così DI MARZIO, *Concessione abusiva di credito*, cit., 189-190; PISCITELLO, *Concessione abusiva del credito e patrimonio dell'imprenditore*, cit., 666 ss.; AQUILINO, *Sostegno finanziario delle imprese in crisi e responsabilità della banca: brevi riflessioni alla luce della riforma della legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2008, I, 576 ss.; FORTUNATO, *La concessione abusiva di credito dopo la riforma delle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2009, suppl. al n. 1, 65 ss., in part. 68.

garanzia oppure tramite l'acquisizione delle somme ricavate dalla sua vendita, purché effettuata al miglior prezzo possibile²⁷⁷.

In merito all'inadempimento rilevante ai fini dell'escussione della garanzia e la contestuale prescrizione del legislatore europeo a ciascun stato membro di esercitare un ragionevole grado di tolleranza, al fine di incoraggiare il finanziamento ai consumatori, la norma determinata una vera e propria misura di inadempimento, come, ad es., un certo numero di rate insolute oppure un ritardo protratto per un determinato lasso di tempo o reiterato un certo numero di volte.

Tale garanzia mira a rendere meno rigido il regime dell'inadempimento del consumatore, conferendo margini di elasticità al contratto di credito tali da consentire al debitore di cancellare le conseguenze dell'inadempimento mediante la tardiva restituzione della rata insoluta, incrementata dagli interessi moratori.

Ma il meccanismo della tolleranza degli inadempimenti fa correre il rischio che una tale misura non si riveli in alcun modo adatta a soccorrere il debitore qualora questi versi in una condizione di strutturale difficoltà economica, poiché la tolleranza non impedisce il decorso degli interessi moratori e, allora, anche se il rapporto non viene messo in discussione nonostante l'inadempimento, l'ammontare della sorte capitale dovuta resta il medesimo, per di più incrementato dagli interessi moratori. L'aumento delle somme da restituire potrebbe concorrere al deterioramento della condizione economica del debitore piuttosto che attenuarla, come confermato recentemente anche dalla Suprema Corte.²⁷⁸

²⁷⁷ PIRAINO, *op cit*, 161.

²⁷⁸ Cassazione Civile, Sez. III, 17.01.2020, n. 844, con cui conferma che lo scopo del patto marciano è evitare che il creditore garantito possa ottenere un indebito vantaggio in danno del debitore. Quindi è necessario che le parti, in sede di convenzione, abbiano previsto criteri certi di stima del bene, pena la nullità della vendita cui il patto accede. Cfr. La Corte di Cassazione, sez. II civile, con sentenza del 11 luglio 2019, n.18680, in ossequio al recente orientamento interpretativo della giurisprudenza di legittimità, ha chiarito che la vendita con patto di riscatto o di retrovendita - quando fra debitore e creditore sussiste l'intento di costituire una garanzia- deve essere dichiarata

Il rischio evidente è di generare un clima di incertezza in ordine alla realizzazione del credito medesimo.

Non è possibile non considerare che un fondamento razionale sulla nozione di impossibilità temporanea c'è, ad esempio nel caso di impossibilità da dissesto economico del soggetto, provocata da una vicenda di portata generale (ad es. talune conseguenze dirette della crisi economica nazionale e mondiale, come la perdita del posto di lavoro, la riduzione del volume d'affari dell'attività, la perdita di valore degli immobili etc.)²⁷⁹ giustificando l'affrancamento dello

nulla. In Particolare, i giudici di legittimità hanno affermato che: *“ogni qual volta la vendita con patto di riscatto o di retrovendita, stipulata fra il debitore e il creditore, risponda all'intento delle parti di costituire una garanzia, con l'attribuzione irrevocabile del bene al creditore solo in caso di inadempienza del debitore, il contratto è nullo anche quando implichi un trasferimento effettivo della proprietà (con condizione risolutiva), atteso che, pur non integrando direttamente il patto commissorio, previsto e vietato dall'articolo 2744 del codice civile, configura un mezzo per eludere tale norma imperativa, e, quindi, esprime una causa illecita, che rende applicabile all'intero contratto la sanzione prevista dall'articolo 1344 del codice civile”*. Sempre in merito al medesimo tema, con sentenza della Corte di Cassazione, sez. civile II, 03 giugno 2019, n.15112, è stato altresì affermato come: *“la vendita con patto di riscatto o di retrovendita, anche quando sia previsto il trasferimento effettivo del bene, è nulla se stipulata per una causa di garanzia; (piuttosto che per una causa di scambio) nell'ambito della quale il versamento del danaro, da parte del compratore, non costituisca pagamento del prezzo ma esecuzione di un mutuo e il trasferimento del bene serva solo per costituire una posizione di garanzia provvisoria capace di evolversi a seconda che il debitore adempia o non l'obbligo di restituire le somme ricevute, atteso che la predetta vendita, in quanto caratterizzata dalla causa di garanzia propria del mutuo con patto commissorio, piuttosto che dalla causa di scambio propria della vendita, pur non integrando direttamente un patto commissorio vietato dall'articolo 2744 del codice civile, costituisce un mezzo per eludere tale norma imperativa ed esprime, perciò, una causa illecita che rende applicabile, all'intero contratto, la sanzione dell'articolo 1344 del codice civile.”* Da ultimo, sembra opportuno richiamare la sentenza della Corte di Cassazione, sez. I, del 26 febbraio 2018, n.4514, in tema di nullità della vendita con patto di riscatto avente causa di garanzia, con cui è stato chiarito come: *“la vendita con patto di riscatto o di retrovendita, pur non integrando direttamente un patto commissorio, può rappresentare un mezzo per sottrarsi all'applicazione del relativo divieto ogni qualvolta il versamento del prezzo da parte del compratore non si configuri come corrispettivo dovuto per l'acquisto della proprietà, ma come erogazione di un mutuo, rispetto al quale il trasferimento del bene risponda alla sola finalità di costituire una posizione di garanzia provvisoria, capace di evolversi in maniera diversa a seconda che il debitore adempia o meno l'obbligo di restituire le somme ricevute. (Nella specie la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza del giudice di merito, che aveva escluso l'esistenza di un patto commissorio, in presenza della vendita di un immobile in seno alla quale l'acquirente si era accollato il mutuo gravante sul venditore, impegnandosi a retrocedere il bene venduto nel caso in cui il detto debito fosse stato estinto).”*

²⁷⁹ D'altro canto già VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, III, Berlin, 1840, trad. it. di SCIALOJA, *Sistema del diritto romano attuale*, III, Torino, 1891, 220-221 osservava che sono da

squilibrio economico-finanziario legato a variabili macroeconomiche dall'area dell'impotenza del debitore irrilevante sul piano dell'obbligazione e il suo rilancio nella dimensione dell'impossibilità di prestare.

E' bene evidenziare alcune ipotesi, ovvero, l'erogazione di un "credito non sostenibile" a seguito di violazione dell'obbligo di astensione, in conseguenza dell'esito negativo della valutazione del merito creditizio.

Parte della Dottrina ritiene possibile concedere al debitore-consumatore corretto la dilatazione dei termini di pagamento delle rate, la riduzione o addirittura l'eliminazione degli interessi moratori e, nei casi più gravi di inadempimento da parte del creditore, la riduzione o l'eliminazione degli interessi compensativi²⁸⁰.

O alternativamente, è possibile prevedere la rinegoziazione dei termini del finanziamento alla luce della concreta situazione economica del debitore, trascurata dal finanziatore, in sede di verifica del merito creditizio, sicché a quest'ultimo non solo sarebbero precluse la risoluzione e la modificazione del regolamento contrattuale (art. 18, comma 4, dir. 2014/17/UE), ma gli sarebbe addirittura imposto di subire una modica del contenuto del contratto di segno peggiorativo, così da adeguarlo alle più limitate capacità economiche del debitore²⁸¹.

considerarsi come impossibili anche quei fatti, l'attuazione dei quali, secondo i rapporti ordinari fra mezzo e fine è da considerarsi come impossibile; a tali condizioni potrebbe darsi il nome di *ineseguibili*. La ragione di questa inattuabilità deve però consistere in rapporti generali, non in quelli particolari di una determinata persona, imperocché di una tale impossibilità subiettiva non si tien conto. Del resto, il limite tra questa ineseguibilità e la semplice difficoltà, che non libera affatto dall'obbligo dell'adempimento, non può certamente fissarsi con regole generali, ma deve solo determinarsi caso per caso secondo l'apprezzamento del giudice». L'*Unerschwingbarkeit* savigniana è stata ampiamente valorizzata in Italia da MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, cit., 1083-1084. Per una valutazione del contributo mengoniano a una più adeguata raffigurazione della responsabilità contrattuale cfr. CASTRONOVO, *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 1 ss.; DI MAJO, *Le obbligazioni nel pensiero di Luigi Mengoni*, ivi, 2011, 119 ss., in part. 129 ss.; MAZZAMUTO, *Luigi Mengoni e la tutela dei diritti*, ivi, 2011, 143 ss.

²⁸⁰ PELLECCIA, *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore: spunti di riflessione per un nuovo modo di guardare alla "contrattazione con l'insolvente"*, cit., 1112-1113.

²⁸¹ PELLECCIA, *op. loc. cit.*

Un'altra ipotesi è quella dell'esdebitazione, ma si tratta di una soluzione va perseguita nella concezione più ampia possibile.

Indicazioni in tal senso provengono dagli artt. 142-144 legge fall.²⁸² e dall'art. 14-terdecies, L. 27 gennaio 2012, n. 3, così come modificata dall'art. 18, D.L. 18 ottobre 2012, n. 178 e dal Codice della Crisi introdotto dalla legge 155 del 2017 e che entrerà in vigore nel luglio 2022.

La Legge 27 gennaio 2012, n. 3 deve essere letta come punto di forza per il debitore nella ristrutturazione dei suoi debiti, che si presenta come la più recente epifania²⁸³ del più ampio interesse del debitore alla liberazione dal vincolo obbligatorio²⁸⁴.

Degni di nota, sono i commi 2 e 3 dell'art. 28, dir. 2014/17/UE, i quali rispettivamente prevedono, il primo dei commi ora indicati che "Gli Stati membri possono imporre che, qualora al creditore sia consentito definire e imporre al consumatore oneri derivanti dall'inadempimento, tali oneri non siano superiori a quanto necessario per compensare il creditore dei costi sostenuti a causa dell'inadempimento".

Il terzo comma prevede poi che " Gli Stati membri possono consentire ai creditori di imporre oneri aggiuntivi al consumatore in caso di inadempimento". In tal caso, gli Stati membri fissano un limite massimo per tali oneri.

La dottrina maggioritaria considera tali prescrizioni fondate sull'esclusione o sulla limitazione della responsabilità del debitore²⁸⁵.

²⁸² PELLECCCHIA, *op. loc. cit.*

²⁸³ La tesi è sviluppata in PELLECCCHIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento*, cit., 209 ss.;

²⁸⁴ In termini generali, a favore della configurazione di un tale interesse cfr. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, rist. con nuova prefazione di Angelo Falzea, Milano, 2011, 31 ss. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. 1. Il comportamento del creditore*, in *Tratt. cod. civ.*, diretto da CICU-MESSINEO, Milano, 1974, 64-75.

²⁸⁵ In termini generali, a favore della configurazione di un tale interesse cfr. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, rist. con nuova prefazione di Angelo Falzea, Milano, 2011, 31 ss. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. 1. Il comportamento del creditore*, in *Tratt. cod. civ.*, diretto da CICU-MESSINEO, Milano, 1974, 64-75.

L'art. 28, comma 2, dir. 2014/17/UE autorizzerebbe gli Stati a introdurre una norma che esclude la responsabilità del consumatore, consentendo esclusivamente al professionista-creditore di recuperare i "costi sostenuti a causa dell'inadempimento", con la conseguenza che l'eventuale previsione nei contratti di credito immobiliare ai consumatori di clausole sulla determinazione pattizia del tasso degli interessi moratori sarebbe nulla per contrarietà a norma imperativa²⁸⁶.

L'art. 28, comma 3, dir. 2014/17/UE conterrebbe, invece, una previsione alternativa alla precedente, che consente agli Stati di introdurre una norma di limitazione della responsabilità del debitore piuttosto che di esclusione.

La previsione dell'art. 28, comma 3, dir. 2014/17/UE si rivelerebbe in linea con la previsione contrattuale di clausole di determinazione del tasso degli interessi moratori, le quali dovrebbero, tuttavia, rispettare il limite scelto dal legislatore nazionale.

Non è credibile infatti che il legislatore proponga agli Stati membri di escludere integralmente la responsabilità contrattuale del consumatore, salvo il rimborso dei costi amministrativi dell'inadempimento legati alla richiesta della prestazione e al recupero delle somme.

Ed invero l'art. 28 commi 2 e 3, dir. 2014/17/UE si riferisce alla predeterminazione negoziale degli interessi moratori in misura superiore rispetto a quella legale.

Ciò si comprende chiaramente dal contenuto nell'art. 28, comma 2, dir. 2014/17/UE all'ipotesi che «al creditore sia consentito definire e imporre al consumatore oneri derivanti dall'inadempimento».

²⁸⁶ BERTOLINI, op. cit., 490, il quale individua tali costi in quelli «amministrativi ed ogni ulteriore onere sostenuto in ragione dell'inadempimento». B. reputa, tuttavia, che un'esclusione totale di responsabilità come quella prospettata dall'art. 28, comma 2, dir. 2014/17/UE sarebbe «inaccettabile sul piano degli effetti prodotti, eccedendo lo scopo legittimo di protezione del consumatore avverso pratiche aggressive e punitive da parte di prestatori professionisti, ed incentivando piuttosto condotte di sistematico inadempimento, suscettibili di pregiudicare la stabilità stessa del sistema dei pagamenti».

E quindi in caso di inadempimento applicare disciplina generale delle obbligazioni pecuniarie (artt. 1223 e 1284 c.c.), anche se non andrebbe trascurato l'inasprimento della disciplina degli interessi moratori al tasso legale, attuata, anche se con modalità discutibili, al fine di dissuadere dall'inadempimento e di deflazionare il contenzioso con la novella dell'art. 1284 c.c., applicabile ai crediti litigiosi²⁸⁷.

Con tale visione assume significato più congruo anche la formula "oneri derivanti dall'inadempimento", la quale si riferisce alle conseguenze prestabilite in caso di inadempimento, che per prassi consolidata consistono nella corresponsione di una somma di danaro determinata ex ante a titolo di interessi moratori al tasso convenzionale oppure a titolo di clausola penale.

La logica esige, quindi che l'art. 28, comma 2, dir. 2014/17/UE vada letto in combinato disposto con la previsione sul ragionevole grado di tolleranza da parte del creditore contenuta nel comma 1 della medesima disposizione.

Quindi la tolleranza si evidenzia non solo nella fissazione di un lasso di tempo di irrilevanza dell'inadempimento ai fini dell'escussione della garanzia, ma anche nel contenimento delle conseguenze del ritardo, per lo meno per tutta la durata del termine legale di grazia, o anche soltanto per una sua frazione.

Anche il "risarcimento" dovrebbe essere controbilanciato alla controprestazione dovuta nella fase fisiologica del rapporto obbligatorio, come se si trattasse di un prolungamento del termine di adempimento della rata insoluta.

²⁸⁷ Sul punto sia consentito il rinvio a F. PIRAINO, *I ritardi di pagamento e la novella dell'art. 1284 c.c.*, in BENEDETTI-PAGLIANTINI (a cura di), *I ritardi nei pagamenti*, Milano, 2016, 119 ss.; nonché cfr. PARDOLESI-SASSANI, *Il decollo del tasso di interesse: processo e castigo*, in *Foro it.*, 2015, V, 62 ss.; ROMANO-FUSCHINO, *L'aumento del saggio di interesse moratorio e i suoi effetti sul tasso di litigiosità*, ivi, 70 ss.

Mentre una questione diversa è quella relativa alle conseguenze dell'erogazione di credito "non sostenibile", ossia di un finanziamento concesso sulla base di una valutazione del merito creditizio condotta in maniera scorretta.

In tal caso l'inadempimento del finanziatore agli obblighi di accertamento puntuale del merito creditizio e di astensione dall'erogazione del finanziamento in caso di esito negativo debba ripercuotersi nell'imposizione al creditore di una dilazione della scadenza dei pagamenti, nella riduzione o perfino nella perdita degli interessi moratori e/o, nei casi più gravi, anche nella "sanzione" della perdita totale o parziale degli interessi corrispettivi²⁸⁸ o giungere addirittura al rimedio della rinegoziazione delle condizioni del finanziamento alla luce dell'effettiva condizione economica del debitore-sovvenuto²⁸⁹.

3.2.4. Il patto sull'oggetto della garanzia immobiliare.

L'art. 28, dir. 2014/17/UE contiene anche altre disposizioni normative che gravano sulla responsabilità patrimoniale del consumatore collegata all'inadempimento del contratto di finanziamento.

Il legislatore europeo esige che ciascun Stato membro introduca norme che autorizzino i contraenti ad inserire il patto che collega appunto "la restituzione" o "il trasferimento" del bene immobile dato in garanzia oppure all'acquisizione dei proventi della vendita della garanzia il soddisfacimento del debito residuo ex art. 28, comma 4, dir. 2014/17/UE.

Nell'ipotesi in cui il patto preveda il trasferimento del bene o l'acquisto del prezzo di vendita producano l'effetto di estinguere l'intero debito anche se il valore del bene al momento dell'inadempimento o il prezzo di vendita risultino

²⁸⁸ PELLECCIA, *op. cit.*, 220.

²⁸⁹ PELLECCIA, *op.loc. cit.*, al limite ricorrendo anche a piani di ristrutturazione dei debiti in funzione preventiva del sovraindebitamento, il che presuppone la possibilità di farvi ricorso sin dalle prime avvisaglie di inadempimento.

inferiori all'ammontare residuo del debito²⁹⁰, l'art. 28, comma 5, prescrive agli Stati l'introduzione di "procedure o misure intese a consentire di ottenere il miglior prezzo possibile per la vendita del bene immobile in garanzia".

Sostanzialmente la disciplina europea introduce regole del tutto autonome, nel senso che l'introduzione della prima non vincola gli Stati a fare propria anche la seconda.

La prima regola permette di andare a vincolare il bene dato in garanzia al soddisfacimento delle ragioni del finanziatore attraverso tecniche diverse rispetto all'espropriazione forzata, alla vendita e all'attribuzione del ricavato sino al limite dell'ammontare del credito²⁹¹e più veloci, quali il trasferimento in proprietà e la legittimazione al creditore alla vendita con facoltà di trattenere il prezzo sino al concorso dell'ammontare del credito.

Dato più volte affermato, lo Stato italiano ammette una deroga al divieto di patto commissorio (artt. 2744, 1963 c.c.), per lo meno nella misura della clausola marciانا²⁹², prevede la valutazione del bene al momento

²⁹⁰ Si tratta con tutta evidenza soltanto di uno scenario all'interno dell'alternativa che contempla anche la possibilità che gli Stati membri non colleghino alcun effetto estintivo al trasferimento del bene o all'acquisizione del prezzo, sicché qualora il valore o il prezzo si rivelino inferiori al debito residuo, il professionista-creditore rimane legittimato a esperire l'ordinaria procedura esecutiva immobiliare. Se ne trae conferma dall'art. 28, comma 5, secondo periodo, dir. 2014/17/UE, il quale stabilisce che, qualora all'esito dell'esazione della garanzia residua una parte di debito insoluta, gli Stati membri assicurano che siano poste in essere misure intese a facilitare il rimborso al fine di proteggere i consumatori. Al riguardo D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciانا*, 16 e nt. 35 osserva che l'eventualità del valore o del prezzo di vendita del bene inferiori all'ammontare residuo del debito si rivela piuttosto improbabile

²⁹¹ Sulla via ordinaria di escussione della garanzia reale ipotecaria cfr. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, in *Tratt. dir. civ.*, già diretto da CICU-MESSINEO-MENGONI, continuato da SCHLESINGER, Milano, 2006, 441 ss.; BERTOLINI, *Sub art. 28 – Morosità e pignoramenti*, cit., 493, il quale ritiene, inoltre, che la mancata previsione della restituzione dell'eccedenza rispetto al credito residuo potrebbe incappare nella tagliola del giudizio di abusività di cui gli artt. 33 ss. cod. cons. (*ibidem*, 494), ma l'ipotesi è poco verosimile perché, se il legislatore autorizza l'inserimento nel contratto di finanziamento del patto marciانا, è imprescindibile la regola della restituzione dell'eccedenza, la quale costituisce uno dei puntelli del patto marciانا.

²⁹² BERTOLINI, *sub art. 28 – Morosità e pignoramenti*, cit., 493, il quale ritiene, inoltre, che la mancata previsione della restituzione dell'eccedenza rispetto al credito residuo potrebbe incappare nella tagliola del giudizio di abusività di cui gli artt. 33 ss. cod. cons. (*ibidem*, 494), ma

dell'inadempimento e la restituzione al debitore dell'eccedenza di valore rispetto al credito residuo.

Mentre la seconda regola limita la responsabilità patrimoniale al valore del bene dato in garanzia, andando a proteggere il debitore, quale soggetto più debole.

Però la limitazione si ripercuote sull'estinzione dell'obbligazione, collegandola all'acquisizione della proprietà dell'immobile dato in garanzia o all'attribuzione del prezzo della sua vendita anche qualora il valore del bene sia inferiore all'ammontare del credito residuo²⁹³.

Parte della dottrina sostiene che la previsione incida direttamente sulla struttura del vincolo obbligatorio, trasformando il tradizionale oggetto del contratto di finanziamento individuato nella prestazione semplice di dazione di una somma di danaro in un oggetto complesso che consiste in un'obbligazione alternativa di dare somma di danaro o di trasferimento del bene immobile o del prezzo della sua vendita²⁹⁴.

La tesi in cui si sostiene che nella disposizione in esame una limitazione non già della responsabilità patrimoniale, ma piuttosto del debito²⁹⁵ non può

l'ipotesi è poco verosimile perché, se il legislatore autorizza l'inserimento nel contratto di finanziamento del patto marciano, è imprescindibile la regola della restituzione dell'eccedenza, la quale costituisce uno dei puntelli del patto marciano.

²⁹³ Sebbene la formulazione dell'art. 28, comma 4, dir. 2014/17/UE non brilli per trasparenza, non è plausibile l'interpretazione (BERTOLINI, op. cit., 495), che ipotizza di ricavarne due norme in alternativa: una che prevede l'estinzione del credito con l'acquisizione del bene o del suo valore anche se questo sia maggiore dell'ammontare del credito residuo, sostanzialmente autorizzando il creditore a trattenere l'eccedenza; mentre l'altra, opposta, che collega all'acquisizione del bene immobile o del valore l'effetto estintivo dell'obbligazione anche se quest'ultimo risulti inferiore al credito residuo. La prima ipotesi non è autorizzata dal tenore dell'art. 28, comma 4, dir. 2014/17/UE, che col ricorso all'espressione «è sufficiente a rimborsare il credito» con tutta evidenza si riferisce all'ipotesi in cui il valore del bene immobile al momento dell'inadempimento risulti inferiore al credito residuo. Se così non fosse non si comprenderebbe il senso del comma successivo, il quale prevede che *«se il prezzo ottenuto per il bene immobile influisce sull'importo dovuto dal consumatore, gli Stati membri predispongono procedure o misure intese a consentire di ottenere il miglior prezzo possibile per la vendita del bene immobile in garanzia»*.

²⁹⁴ BERTOLINI, op. cit., 495-496.

²⁹⁵ BERTOLINI, op. loc. cit.

essere sostenuta poiché una diretta limitazione del debito dovrebbe, infatti, determinare una riduzione della prestazione pecuniaria dovuta dal debitore al valore del bene immobile dato in garanzia a una determinata data (ad es. dopo il periodo di tolleranza previsto dal legislatore), ma ciò incide sull'oggetto dell'obbligazione in maniera definitiva con la conseguenza che il debitore potrebbe liberarsi dal vincolo adempiendo tardivamente tramite il pagamento di una somma pari al valore del bene dato in garanzia, ma un tale esito non può neanche essere auspicato.

La normativa europea autorizza l'estinzione del debito mediante una procedura di esecuzione "privata" affidata all'acquisizione da parte del creditore della proprietà dell'immobile dato in garanzia o all'attribuzione a costui del prezzo della vendita sino alla concorrenza del credito residuo.

Risulta pertanto evidente rimane immutato il suo oggetto, il debito si estingue in conseguenza dell'applicazione di una regola di responsabilità patrimoniale che circoscrive l'esposizione del debitore al valore del bene dato in garanzia.

Come si tenterà di chiarire tale sistema è molto importante poiché consente alle regole di responsabilità patrimoniale di riflettersi sul vincolo sostanziale, decretandone l'estinzione e provocando l'effetto esdebitativo.

Con l'esdebitazione, il debitore è liberato dai debiti che residuano nei confronti dell'intera massa dei creditori, all'esito dello svolgimento della procedura concorsuale.

Mentre, l'efficacia liberatoria derivante dal patto marciano si iscrive in una vicenda del singolo rapporto obbligatorio e non di composizione collettiva delle passività del debitore.

Ed inoltre, l'esdebitazione e la contestuale dichiarazione di inesigibilità, si conclude con il decreto emesso dall'autorità giudiziaria, nei confronti del debitore, dei crediti concorsuali non soddisfatti integralmente.

Pertanto con il meccanismo dell'esdebitazione si libera il fallito dai vincoli connessi al mancato pagamento dei creditori, consentendogli di ripartire da zero, c.d. *fresh start*²⁹⁶.

L'esdebitazione di matrice concorsuale e l'effetto liberatorio che ne consegue sono quindi ottenuti tramite lo strumento dell'inesigibilità.

Ciò non si verifica per i nuovi marcziani, ove dalla perdita della proprietà del bene immobile dato in garanzia consegue l'estinzione integrale del debito, ancorché il credito non sia stato interamente soddisfatto.

Inoltre, l'acquisizione in favore del creditore del bene immobile in garanzia, o la sua vendita, comporterà l'estinzione dell'intero debito a carico dell'obbligato, determinando un effetto ben più rispetto all'inesigibilità.

Anche per quanto riguarda l'estinzione del debito nell'ambito del patto marcziano, il residuo decreterà la cancellazione dell'obbligazione non soddisfatta in seguito all'escussione del bene oggetto di garanzia, con la conseguenza che l'adempimento del debito estinto sarà ripetibile ai sensi dell'art. 2033 c.c.

Siamo, dunque, in presenza di un *quid* diverso dall'esdebitazione delle procedure concorsuali, che va sotto il nome di purgazione del debito.

L'estinzione parziale del debito provocherebbe però tre eccezioni di non poco rilievo, *in primis* l'inconcepibilità di una *datio in solutum* parziale; *in secundis* il contrasto con la finalità della nuova disciplina di ridurre le procedure esecutive; *terzis* la mancanza di un incentivo per il debitore a stipulare il patto in assenza di un effetto esdebitativo.

Dinanzi a tale eccezioni si può certamente replicare che è di fatto ammessa una *datio in solutum* parziale; ma ciò comporterebbe, come già

²⁹⁶ Cfr legge 3/2012,

rilevato dal un lato un possibile disincentivo del creditore alla stipula del patto marciano, e dall'altro la richiesta di una garanzia di valore più elevata.

Va precisato, infine che il patto marciano è una possibile fonte di un danno potenziale per i creditori non contraenti, poiché va a sottrarre dal patrimonio del debitore un bene su cui potrebbero soddisfare le loro pretese tutti i creditori nel rispetto delle ragioni di privilegio.

Dunque, se il legislatore speciale ha disposto, soltanto per i marcani contemplati dalle discipline del prestito vitalizio ipotecario e del credito immobiliare ai consumatori, che l'escussione del bene costituito in garanzia determini l'estinzione dell'intero debito, non è verosimile che possa dirsi altrettanto per l'art. 48-*bis* t.u.b.

3.2.5. Osservazioni alla bozza del decreto ministeriale.

Le modalità del nuovo meccanismo espropriativo non sono state dettate dal D.lgs 72/2016 ma, ai sensi del comma 5 dell'art. 120-*quiquiesdecies*, è stata demandata al Ministero dell'economia e delle finanze, d'intesa con il Ministero di giustizia, e sentita la Banca d'Italia, l'emanazione delle disposizioni di attuazione, relativamente alla corretta applicazione della clausola in argomento.

Con un primo decreto del Comitato interministeriale per il credito e il risparmio - Ministero dell'Economia e delle Finanze n. 380 del 29 settembre 2016 è stata data attuazione generica alle modifiche inserite nel Capo I Bis del Titolo VI del T.U.B. in materia di credito ai consumatori. All'articolo 5 comma 5 è stato solo specificato che, qualora un contratto di credito contenga la clausola ex articolo 120-*quiquiesdecies*, comma 3 del T.U.B. al consumatore debbono essere fornite le informazioni sul contenuto specifico della clausola, sulle caratteristiche dell'inadempimento e sui possibili effetti per il consumatore. In relazione alle specifiche disposizioni previste dall'art. 120-*quiquiesdecies* comma 3 del T.U.B.,

in materia di patto marciano, uno schema di decreto interministeriale attuativo è stato posto in pubblica consultazione, con termine per l'invio delle osservazioni entro il 5 febbraio 2018. Nella versione attualmente emanata dal MEF, sono state dettate le modalità di esposizione del contenuto specifico della clausola, delle caratteristiche dell'inadempimento, dei possibili effetti per il consumatore, specificando l'obbligo di indicazione della stessa nel quadro D della nota di iscrizione dell'ipoteca concessa a garanzia delle obbligazioni assunte con il contratto di credito.

Ed inoltre è stato imposto ai finanziatori di comunicare al consumatore le condizioni sia nel caso venga applicata la clausola, sia in alternativa qualora il contratto ne sia privo; il Prospetto Informativo Europeo Standardizzato (in breve P.I.E.S.) dovrà riportarne il contenuto integrale.

Viene poi specificato che l'attività di consulenza prevista dal comma 4, lettera b, dell'art. 120- quinquiesdecies del T.U.B. è svolta dal notaio che stipulerà il contratto di mutuo o da altro consulente professionalmente idoneo, purché dotati di indipendenza e scelti dal consumatore, soggetti ai quali la bozza del contratto ed il P.I.E.S. contenenti la clausola dovranno essere consegnati almeno 7 giorni lavorativi prima della data di stipulazione.

Il consulente è obbligato ad illustrare al consumatore gli effetti giuridici derivanti dalla clausola e deve fornire chiarimenti (art. 4 decreto interministeriale) in relazione a:

a) le caratteristiche dello schema negoziale contenuto nella clausola e gli specifici effetti che possono derivarne in caso di inadempimento del consumatore;

b) la nozione di inadempimento di cui all'art. 120-quinquiesdecies, comma 4, lettera c, del T.U.B., con specifico riguardo al contratto proposto al consumatore;

c) le modalità di attivazione della clausola;

d) gli effetti giuridici derivanti dal riconoscimento dell'inadempimento da parte del consumatore, con particolare riguardo agli effetti conseguenti alle dichiarazioni di rinuncia alle azioni relative all'esistenza, alla qualificazione e alla validità del contratto di finanziamento;

e) l'eventuale pattuizione che rimetta a un arbitro l'accertamento dell'inadempimento del consumatore e la determinazione sulle questioni relative all'esistenza, alla qualificazione e alla validità del contratto;

f) il contenuto dei patti relativi all'onere della prova, di cui all'art. 2698 del c.c., ove previsti nel contratto di credito;

g) il divieto di alienare l'immobile concesso in garanzia fino all'estinzione dell'intero credito, ove previsto nel contratto di credito;

h) le modalità di nomina del perito per la determinazione del valore dell'immobile a seguito di eventuale inadempimento;

i) le modalità di trasferimento al finanziatore dell'immobile oggetto di garanzia reale, ove previsto;

j) le modalità di vendita dell'immobile oggetto di garanzia reale, ove prevista;

k) le modalità di restituzione dell'eventuale eccedenza tra il valore stimato dal perito e l'ammontare dei proventi derivanti dalla vendita del bene immobile. L'avvenuto svolgimento dell'attività di assistenza è comprovato mediante apposita dichiarazione resa dal consulente in sede di stipula del contratto di credito.

In merito all'inadempimento del consumatore (art. 5 del decreto interministeriale), ai fini della verifica e dell'individuazione della somma complessiva non pagata (pari all'ammontare di 18 rate mensili), è stato invece chiarito che le rate si considerano non pagate una volta decorsa la scadenza prevista dal piano di ammortamento, che si computa anche il mancato pagamento di rate non consecutive e di rate parzialmente non pagate (limitatamente alla parte di rata non saldata), che non sono inclusi nella somma

complessiva non pagata dal consumatore i pagamenti eseguiti dopo la scadenza delle rate se intervenuti prima della notificazione della dichiarazione dell'istituto di credito di volersi avvalere degli effetti della clausola. Sono inoltre considerate tutte le somme scadute e non pagate per capitale, interessi, oneri ed altre spese comunque denominate, ad eccezione degli interessi di mora. Vengono individuate le diverse indicazioni per determinare la somma equivalente all'ammontare delle 18 rate mensili, sia nel caso l'importo della rata è stato costante o non costante dal momento della conclusione del contratto di credito.

Si evidenzia inoltre che il patto marciano non opera automaticamente, ed invero, se il finanziatore decide di avvalersi degli effetti della clausola, deve notificare al consumatore una dichiarazione con cui manifesta espressamente la volontà di avvalersene, indicando le rate non pagate, il relativo importo e la circostanza che la somma complessiva non pagata è di ammontare equivalente a 18 rate mensili.

Si specifica poi che, l'attivazione del patto marciano subisce un arresto se, i) il debitore, dopo la notifica della dichiarazione del finanziatore di volersi avvalere della clausola, effettui pagamenti parziali che comportino una riduzione del debito ad un ammontare inferiore a quello che realizza l'inadempimento, e il finanziatore li accetta e revoca la propria dichiarazione; ii) il consumatore, a seguito della notifica della dichiarazione del finanziatore di volersi avvalere della clausola, effettui il pagamento per un ammontare almeno pari alla metà dell'importo complessivo non pagato; iii) il contratto di finanziamento ipotecario stipulato prevede il potere di revoca del patto da parte del finanziatore e pertanto la possibilità per l'istituto di credito di poter desistere dall'applicazione della clausola laddove si verificano una serie di situazioni pregiudizievoli, dettagliate dal comma 4 dell'art. 6 del decreto interministeriale.

La rinuncia della clausola da parte del finanziatore può essere esercitata fino al trasferimento o alla vendita del bene ed è irrevocabile.

Ed in base all'art 7 del decreto ministeriale (all'accertamento dell'inadempimento) viene precisato che l'inadempimento qualificato che consente al soggetto finanziatore di invocare la nuova disciplina e la relativa clausola, può essere accertato: -da parte del debitore mediante riconoscimento per atto pubblico o scrittura privata autenticata; -qualora la dichiarazione di volersi avvalere del patto marciano sia contestata dal consumatore, mediante un'apposita decisione arbitrale, solo se pattuita nel contratto di mutuo, rimessa ad un arbitro unico ai sensi dell'articolo 808 ter c.p.c., nominato dal presidente del Tribunale dove risiede il debitore e con requisiti di imparzialità ed indipendenza rispetto alle parti; -mediante accertamento giudiziale.

Per quanto riguarda invece la stima del valore dell'immobile di cui all'art. 8 decreto interministeriale, deve essere eseguita da un perito indipendente e professionalmente idoneo, scelto di comune accordo tra le parti o, in assenza di accordo, nominato dal presidente del tribunale dove si trova l'immobile e deve essere redatta applicando standard affidabili per la valutazione dei beni immobili e deve contenere le specifiche risultanze dell'accesso all'immobile, e tutta la documentazione utile.

E' applicabile l'art. 1349, comma 1 del c.c. ai sensi del quale è demandata al giudice la valutazione dell'immobile qualora non ci sia stima del perito o tale stima sia considerata manifestamente iniqua o erronea.

Ai sensi dell'art. 9 del decreto, viene stabilito che, quando il valore dell'immobile stimato e trasferito al creditore (oppure il ricavato dalla sua vendita) è superiore al debito residuo, il finanziatore deve versare l'eccedenza al debitore, dedotti chiaramente gli oneri connessi con l'esecuzione del patto marciano e dedotte le somme necessarie alla liberazione dell'immobile dai vincoli a garanzia dei crediti con prelazione anteriore.

Ed ancora secondo il comma 2, il patto marciano può prevedere che l'eccedenza venga versata dal finanziatore a terzi che ne hanno diritto in forza di atti trascritti o iscritti ai quali è opponibile il trasferimento o la vendita del bene.

Mentre al comma 3, viene specificato chiaramente, che eventuali contestazione della stima eseguita del perito non pregiudica l'efficacia del trasferimento sospensivamente condizionato o della vendita del bene da parte del finanziatore; l'accoglimento della contestazione incide esclusivamente sulla eccedenza (eventuale) da versare al debitore (o al terzo datore di ipoteca).

In relazione allo strumento dell'esdebitazione secondo l'art. 10 del decreto, racchiude il capitale non rimborsato e gli interessi maturati non corrisposti, inclusi gli eventuali interessi di mora; inoltre tutti gli oneri, inclusi quelli fiscali, connessi con l'esecuzione della clausola marciana sono anticipati dal finanziatore e ne può essere richiesto il rimborso solamente nei limiti dell'eccedenza dovuta al debitore.

In definitiva, secondo il decreto l'esdebitazione è strettamente connesso alla clausola marciana; qualora il finanziatore decida di non avvalersi della clausola, di optare per l'ordinario procedimento esecutivo e la relativa escussione dell'ipoteca, in capo al debitore non si verifica alcun effetto liberatorio, rimanendo obbligato a pagare il debito residuale dopo la ripartizione della somma incassata in sede esecutiva.

La bozza di decreto regola due possibili esiti dell'inadempimento qualificato a fronte del quale il finanziatore si avvale del patto marciano, ossia il trasferimento del bene al creditore (art. 11) oppure la vendita del bene immobile a terzi (art. 12).

La clausola marciana può prevedere queste soluzioni, ma le parti possono escludere, al momento della stipula del mutuo, entrambe le soluzioni.

L'art. 11 del decreto circa il trasferimento sospensivamente condizionato, ribadisce la normativa prevista dall'art. 48 Bis del T.U.B. in tema di patto marciano nei finanziamenti alle imprese. L'alienazione condizionata può essere disposta, non solo a favore della banca finanziatrice, ma anche a società appartenenti al medesimo gruppo del finanziatore, che possa acquistare, detenere, gestire e trasferire diritti reali immobiliari.

Ed invero il trasferimento in garanzia deve essere trascritto ex art. 2643 del c.c. contro il debitore (o terzo datore della garanzia) a favore del finanziatore. Ciò implica che l'opponibilità a terzi dipende non dalle regole pubblicitarie relative all'ipoteca ma dalla trascrizione dell'alienazione in garanzia. Come già analizzato, l'avveramento della condizione sospensiva viene fatto constare dalla forma dell'atto pubblico o scrittura privata autenticata, annotato a margine della trascrizione dell'alienazione in garanzia ex art. 2668 comma 3 del c.c..

Viene appositamente specificato che, se il valore dell'immobile stimato è superiore al debito residuo, la condizione sospensiva è avverata al momento del versamento dell'eccedenza da parte del finanziatore, pertanto nell'atto notarile è attestata l'esecuzione del versamento.

Quando il debito è stato regolarmente e integralmente adempiuto dal debitore, entro 30 giorni dall'estinzione dell'obbligazione garantita, con atto pubblico o scrittura privata autenticata, il finanziatore provvede a dare pubblicità del mancato definitivo avveramento della condizione sospensiva nei registri immobiliari.

Proseguendo la disamina, l'art. 12 del decreto prevede che il finanziatore deve perseguire la vendita al miglior prezzo di realizzo e sulla base di un conferimento di un mandato irrevocabile alla banca finanziatrice in primo luogo, oppure ad un notaio, avvocato o dottore commercialista specializzato in procedure esecutive ordinarie o concorsuali;

Infine, il contratto può prevedere la riduzione del valore della stima di una percentuale non superiore al 15% per ogni 12 mesi di mancato perfezionamento della vendita dell'immobile.

Da una prima disamina dell'attuale versione emanata dal MEF si possono distinguere alcuni aspetti critici, tra i quali la portata del mandato "irrevocabile" a vendere l'immobile che viene attribuito al finanziatore, in particolare rispetto al problema della sua estinzione. Infatti, il vulnus si ha soprattutto nell'ipotesi di vendita ex art 12 del decreto, relativamente alle sorti del mandato irrevocabile

conferito dal finanziatore, nell'ipotesi in cui il debitore abbia venduto l'immobile prima che ci si avvalga della clausola marciانا.

Il mandato a vendere conferito dal creditore di regola si dovrebbe estinguere con l'alienazione fatta dal debitore o dal terzo datore di ipoteca. Ma tale estinzione non può operare (in quanto è contemplata l'ipotesi di vendita del bene curata dal finanziatore pur in presenza di titolari di diritti trascritti sull'immobile ai quali sia opponibile la vendita), pertanto continuando a sussistere il mandato a vendere in capo al finanziatore. L'indicazione della clausola marciانا nel quadro D della nota di iscrizione dell'ipoteca non è utile in questa sede poiché le indicazioni in tale quadro hanno valore di pubblicità notizia e non di pubblicità dichiarativa.

Anche sulla base di quanto previsto dall'art. 9 del decreto, ossia il potere per il finanziatore di vendere e pagare gli altri aventi diritto, porterebbe alla conclusione che il mandato a vendere possa essere esercitato anche nei confronti dei successivi proprietari del bene, presupponendo che il potere di vendere il bene prevalga sui terzi con formalità successiva all'iscrizione dell'ipoteca.

Tali problematiche non sono affatto di poco conto, al punto che sarebbe auspicabile un intervento correttivo ad opera del legislatore prevedendo una distinta forma di pubblicità del patto in commento, mediante un'autonoma trascrizione in luogo del mero inserimento nel quadro D della nota.

Altro aspetto desumibile dal testo della bozza è la rinvigorita posizione del notaio all'interno della dialettica contrattuale. Infatti, al di là della tipica funzione di garanzia e di tutela delle parti in sede di formulazione dell'accordo, il testo in commento riconosce un ruolo maggiormente attivo, sia nella parte di informativa del consumatore sia, soprattutto, nel momento di curare le sorti e le modalità del versamento dell'eccedenza ai sensi dell'art. 9 della bozza. A riguardo è ragionevole distinguere una "nuova" ipotesi di deposito prezzo presso il notaio, quale strumento che garantisce da un lato assoluta certezza e

tutela in favore dei creditori concorrenti, e dall'altro celerità nella soddisfazione delle rispettive pretese creditorie.

CONCLUSIONI

Il legislatore, come detto nei capitoli precedenti ha scelto di non disciplinare il patto marciano attraverso un unico testo organico ma ha preferito optare per una serie di disposizioni settoriali.

Difficile risulta dare una valutazione complessiva sull'istituto e sulla sua incisività nel panorama giuridico italiano.

Sicuramente, la norma su cui si possono concentrare maggiormente le speranze di successo e lo sviluppo del patto marciano è quella contenuta nell'art. 48-bis del T.U.B.

Ed invero grazie alla dettagliata disciplina contenuta nel testo normativo e ai soggetti a cui essa si rivolge la norma risulta essenziale per lo sviluppo di un moderno sistema economico, nel quale gli istituti finanziari, possano ottenere un rapido recupero delle somme erogate a loro favore.²⁹⁷

Uno dei limiti della norma può tuttavia rinvenirsi nella scarsa propensione che le banche potrebbero mostrare a stipulare un patto che, sebbene arrechi un indubbio vantaggio circa la riduzione dei tempi nel potersi soddisfare in via alternativa sul patrimonio del debitore, ma, comporta il rischio di dover gestire un patrimonio immobiliare eccessivamente oneroso da mantenere.²⁹⁸

Ulteriore elemento critico, forse il maggiore, sembra individuabile nella mancanza di un'esplicita disciplina circa le condizioni alle quali l'esecuzione del patto marciano consente l'effetto estintivo dell'obbligazione.

La dottrina si è divisa in merito alla questione cd. "esdebitativa", cioè in relazione alla possibilità che l'obbligazione si estingua comunque, malgrado il valore del bene attribuito al creditore in virtù del patto marciano si riveli inferiore al valore del credito garantito. Appare evidente, indipendentemente dalla tesi che si sceglie di abbracciare, che il vuoto normativo produca numerosi dubbi, rendendo meno attraente il nuovo strumento, sia per il debitore, sia per il

²⁹⁷N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano nella L. 30 giugno 2016, N. 119*, 1012.

²⁹⁸G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, F. PIRAINO, T. RUMI., *op. cit.*, 28-29.

creditore, in quanto entrambi potrebbero guardare con sospetto un istituto la cui applicazione abbia un esito alquanto incerto.²⁹⁹

I pregi del patto marciano individuati nel caso di finanziamento alle imprese ex articolo 48-bis T.u.b. si ritrovano anche nelle diverse fattispecie relative ai consumatori. Il riferimento è chiaramente al credito disciplinato al Capo I-bis del T.U.B. ed al prestito vitalizio ipotecario.

Anche con riguardo a queste ipotesi, la disciplina marciana consente di rendere più celere il processo di restituzione del finanziamento erogato, incentivando una maggiore diffusione del credito.

Più nello specifico, nell'ipotesi del prestito vitalizio ipotecario, questo scopo viene perseguito attraverso una "smobilizzazione" del patrimonio immobiliare detenuto dalla fascia più anziana della popolazione.³⁰⁰

Purtuttavia anche la disciplina del patto marciano rivolto ai consumatori presenta alcune criticità.

In primis pare particolarmente problematico delineare chiaramente tutti gli effetti conseguenti all'applicazione della clausola marciana, sia con riguardo ai contratti di finanziamento di cui all'art. 120*quinquiesdecies* del T.U.B., sia con riguardo al prestito vitalizio ipotecario, a causa dell'incompletezza e della disorganicità della previsione normativa in merito.

Inoltre, la scarsa chiarezza, soprattutto in materia di responsabilità patrimoniale del debitore (o dei suoi eredi) potrebbe tradursi in un disincentivo per il consumatore, che potrebbe preferire forme di finanziamento tradizionali ove possibile, alla ricerca di una maggiore sicurezza circa gli obblighi assunti rispetto al proprio patrimonio.³⁰¹

Nell'esaminare tutti gli interventi volti a disciplinare per la prima volta l'istituto marciano, un accenno deve porsi anche a quanto disposto dall'art. 1

²⁹⁹ AMBROSINI N., *op. cit.*, 17-18.

³⁰⁰ GABRIELLI E., PAGLIANTINI S. (a cura di), *op. cit.*, 1736 e seguenti.

³⁰¹ D'AMICO G., PAGLIANTINI S., PIRAINO F., RUMI T., *op. cit.*, 149 e seguenti.

della L. 119/2016, che ha proposto l'inedita figura del pegno mobiliare non possessorio. Con tale istituto il legislatore ha scelto di offrire una nuova variante al tradizionale istituto del pegno. Nonostante il principale scopo dello strumento non sia quello di costituire un'ulteriore sottotipo di marciano, esso risponde ancora una volta alle intenzioni di fornire una maggiore tutela ai diritti del creditore, partendo però da uno strumento di garanzia molto radicato nella cultura giuridica dell'ordinamento.³⁰²

È proprio dal pegno mobiliare non possessorio che ci si può forse aspettare per il futuro un riscontro più positivo e più ampio da parte del mercato. Ed invero l'istituto sembra unire la consolidata esperienza in materia di pegno tradizionale ad un innovativo approccio, in grado di rendere più attrattivo il pegno.

Sembra in altre parole che l'istituto *de quo* sia in grado di scardinare pienamente il paradigma della garanzia fino ad ora conosciuta, offrendo allo stesso tempo, sia al creditore che al debitore, tutte le sicurezze circa gli obblighi assunti con l'altra parte.

In conclusione, è condivisibile ed apprezzabile l'intenzione del legislatore di innovare radicalmente un sistema di tutela del credito che fino ad una decina di anni fa era eccessivamente rigido.

Nonostante le criticità sopra evidenziate, appare evidente come i recenti interventi normativi riescano a capovolgere il tradizionale paradigma della tutela del credito nel nostro ordinamento, secondo cui il passaggio del bene dal debitore al creditore è vietato, ad esclusione solamente di alcuni casi particolari. Il riconoscimento del marciano da parte del legislatore permette, infatti, di considerare pienamente lecito e "normale" il trasferimento della proprietà del bene al creditore, ad esclusione quindi dei soli casi in cui non vi sia un equo riconoscimento dell'eccedenza di valore del bene al debitore (nel rispetto del

³⁰² B. BARILLA' G., *op. cit.*, 5 e seguenti.

divieto del patto commissorio, a norma dell'art. 2744 c.c.).³⁰³ Ne consegue che il ruolo della proprietà immobiliare nel sistema giuridico viene ridimensionato, passando dall'essere un segno della solidità patrimoniale di un soggetto (professionista o consumatore che sia), come è stato fino ad oggi, all'essere una semplice risorsa economica, indice, come tanti altri, dell'affidabilità o meno del debitore.³⁰⁴

Tirando le fila del presente lavoro rimane comunque un'idea indubbiamente suggestiva e stimolante: introdurre nel Codice civile una figura di impianto generale di patto marciano, che «cumuli da un lato la tutela del creditore e dall'altro il controllo giurisdizionale», senza dimenticare, peraltro, la posizione dei co-creditori (chirografari) e di quella del debitore.

Una tale proposta potrebbe quasi suonare come conclusione ideale del percorso svolto, prevedendo una norma, dunque, «tipizzante il marciano come giusto meccanismo di autotutela contrattuale». Ad ogni modo, al di là delle scarse chances di una effettiva sua riuscita pratica, l'idea di un art. 2744-bis c.c. rappresenterebbe senza dubbio un notevole *upgrading* sistematico.

³⁰³ CAMARDI C., *Legislazione della crisi e diritto patrimoniale. Una nuova complessità, tra efficienza e coerenza sistemica*, Osservatorio del diritto civile e commerciale, fasc. 2, 2017, 289 e seguenti.

³⁰⁴ CAMARDI C., *op. loc. cit.*

BIBLIOGRAFIA

ACQUARO D., *Prestito vitalizio ipotecario, con la nuova normativa più tutele e maggiore accessibilità*, il sole 24ore, marzo 2015.

AMBROSINI N., *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella L. N. 119 2016 il c.d.*

patto marciano, *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, n. 5/2016.

AMORTH G., *Divieto del patto commissorio apposto a un mutuo ipotecario*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1949.

ANDRIOLI V., *Divieto del patto commissorio*, II, Zanichelli Editore, 1955.

ANDRIOLI V., *Tutela dei diritti*, artt. 2740-2899, sub art. 2744, in *Comm. Del Codice Civile* (a cura di SCIALOJA e BRANCA), Bologna, 1955, 52 ss.

ANELLI F., *L'alienazione in funzione di garanzia*, Giuffrè Editore, 1996 .

Bellocci, *La struttura della fiducia, riflessioni intorno alla forma del negozio dall'epoca arcaica all'epoca classica del diritto romano*, Jovene Editore 1983.

ANGELONE M., *Nuove forme di garanzia e "legalità costituzionale"*, in *Giustizia Civile* n. 4 – 2017.

Associazione Bancaria Italiana (A.B.I.), *Osservazioni e commenti allo schema di decreto interministeriale previsto dal comma 5 dell'articolo 120- quinquiesdecies del D.lgs. 1° settembre 1993*, n. 385, posto in consultazione pubblica, 2018.

ARANGIO RUIZ, *La compravendita nel diritto Romano*, Jovene Editore, 1990

ASCOLI, *Patto commissorio nel pegno*, in *Riv. dir. civ.*, 1931, 208

ASTONE M., *Inadempimento del consumatore e autotutela del finanziatore tra (divieto del) patto commissorio e patto marciano*, in *Riv. Europa e Diritto Privato*, fasc. 3, 9/2017

AZZAMUTO S., *Manuale del diritto privato*, Giappichelli Editore, 2017

BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, in *Comm. Schlesinger*, II ed., 2010.

BARILLA' G., *Alcune osservazioni a margine del recepimento legislativo del pegno non possessorio*, *Il Corriere giuridico* n. 1/2017 .

BERNARDI N., *Il nuovo patto marciano tra banche e imprese di cui all'art. 48-bis t.u.b.*, Studium Iuris n. 5/2017.

BERTOLINI, *La tutela del debitore inadempiente nella disciplina europea dei mutui ipotecari. Eterogenesi dei fini, errori prospettici ed aporie alla luce dell'analisi economica del diritto*, Riv Giur.

BESTA, *I diritti sulle cose nella storia del diritto romano*, Giuffrè Editore, 1964

BETTI E., *Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni*, in Riv. dir. comm., 1931.

BETTI E., Voce *Autotutela* in Enc. del diritto, IV, Milano, 1949.

BENANTI, sub art. 15 – *Obblighi di informazione relativi agli intermediari del credito e ai rappresentanti designati*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo*, cit., in Quaderni della Fondazione Italian di Notariato, 2015.

BIANCA C. M., *Diritto civile*, Vol. V, *La responsabilità*, Giuffrè Editore, 1994.

BIANCA C. M., *L'obbligazione*, in *Diritto Civile*, Vol. IV, Giuffrè Editore 2012.

BIANCA, *il divieto di patto commissorio*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013.

BIANCA C. M., *La responsabilità*, in *Diritto civile*, Vol. V, Giuffrè Editore, 2018.

BISCARDI, *la lex commissoria nel sistema delle garanzie reali*, in *Studi onore di Emilio Betti*, Giuffrè Editore, 1962.

BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè Editore 1972.

BONGIORNO G., *L'autotutela esecutiva*, Giuffrè Editore, 1984 .

BONSIGNORI A., *Esecuzione forzata in genere*, Digesto sez. Civile, Vol. VII, UTET giuridica, 1991.

BORGIOI, *Responsabilità della banca per concessione «abusiva» di credito*, ivi, 1981, I, 287 ss.

BOTTA C., *Gli incerti confini*, cit., 913 ss.

Bozza Decreto Interministeriale - patto Marciano – previsto dal comma V dell'art. 12-quinquiesdecies del D.lgs. n. 385/1993.

BRIANDA G., *Le prospettive del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria, lex mercatoria e tradizione*, in *Contratto e impresa*, 2016.

BULGARELLI A., *La fase patologica dei contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali, trasferimento dell'immobile ed esdebitazione* Note a margine del D. lgs. 72/2016 di attuazione della Direttiva 17/2014/EU, 2016, in www.dirittobancario.it.

BURDESE A., *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino, 1949.

BURDESE, *Manuale di Diritto Privato Romano*, VI ed UTET, 2000.

BUSSANI M., *Il modello italiano delle garanzie reali*, Contratto e impresa n. 1/1997.

BUSSANI M., *Il problema del patto commissorio*, Giappichelli Editore, 2000 .

BUSSANI M., *Patto commissorio, proprietà e mercato* (Appunti per una ricerca), in Riv. crit. dir. priv., 1997.

BUTERA A., *Patto commissorio e mutuo semplice*, in Foro it., 1943, I.

BUTERA A., *Il patto commissorio nel mutuo ipotecario*, in Giur. it., 1918.

CALVO, *Le regole generali di condotta dei creditori, intermediari e rappresentanti nella direttiva 2014/17/UE*, in Corriere giur., 2015.

CAMARDI C., *Legislazione della crisi e diritto patrimoniale. Una nuova complessità, tra efficienza e coerenza sistemica*, Osservatorio del diritto civile e commerciale, fasc. 2, 2017.

CAMPOLATTARO S., *Fenomenologia del patto marciano tra tipicità e atipicità*, in Riv. del Notariato, fasc. 3, 6/2017.

CARBONE, *Patto commissorio e patto marciano*, in Enc. giur. Treccani online.

CARNELUTTI F., *Note sul patto commissorio*, in Riv. dir. comm, 1916;

CARNELUTTI F., *Mutuo pignoratizio e vendita con clausola di riscatto*, in Riv. dir. proc. 1946.

CARNEVALI U., voce *Patto commissorio*, in Enc. dir., XXXII, Milano, 1982.

CERINI D., *Il prestito vitalizio ipotecario: legal transplant in cerca di definizione*, Diritto economia assicur. (dal 2012 Diritto e Fiscalità dell'assicurazione), fasc. 2, Milano, 2006

CHERTI S., *Prime note sulle modifiche alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, Il Corriere giuridico, n. 8-9/2015 ..

CHESSA C., *La direttiva 2014/17/UE in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016.

CHESSA F., *Il prestito vitalizio ipotecario*, *Immobili e proprietà*, n. 5/2006.

CHIANALE A., *Ipoteca*, *Digesto sez. Civile*, Vol. X, UTET giuridica, 1993.

CHIANALE A., *L'inutilità dell'ipoteca nel prestito vecchietti*, *Rivista del Notariato* n. 4/2016.

CHIANALE A., *Obbligazione*, *Digesto sez. Civile*, Vol. XII, UTET giuridica, 1995.

CHIANALE A., *Le garanzie dell'obbligazione*, Utet Giuridica, 2015.

CHIRONI G. P., *Ipoteca e patto commissorio*, in *Riv.dir. comm.*, 1917.

CICERO, *Anticresi*, in *Il Codice Civile Comm.*, fondato da SCHLESINGER, diretto da BUSNELLI, Milano, 2010 95

CIPRIANI N., *Appunti sul patto marciano nella L. 30 giugno 2016, N. 119*, *Le Nuove Leggi Civili Commentate* n. 5/2017.

CIPRIANI N., *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Edizioni Scientifiche italiane, 2000.

CIPRIANI N., *Il patto marciano tra discipline di settore e sistema*, in *Annali S.I.S.Di.C N.*, ESI, 2017.

CIPRIANI N., *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, ESI-Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

CIPRIANI N., *Nuovi scenari in tema di patto commissorio autonomo*, in *Rass. dir. civ.*, 2002

CLARIZIA, «*La responsabilité du banquier donneur de crédit*» (*La responsabilità del banchiere in una recente sentenza della Cassazione francese*), in *Banca borsa tit. cred.*, 1976, I, 361 ss.

CRISCENTI, *I contratti in frode alla legge*, Giuffrè, 1996.

CROCI C., *Il nuovo finanziamento alle imprese garantito da trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato*, *Studium Iuris* n. 12/2016 .

G. M. DANUSSO, *Patto commissorio e vendita a scopo di garanzia*, in *Vita Notarile* 1983.

DALLA MASSARA, *Obbligazioni pecuniarie*, cit., 356

DAMRAU J. in *Münchener Kommentar, zum BGB*, 5. Auflage 2009, BGB § 1229.

D'AMELIO M., *Della responsabilità patrimoniale*, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da M. D'Amelio- Finzi, IV, Firenze, 1948.

D'AMICO G., *Alienazioni a scopo di garanzia*, in *Contratti per l'impresa*, G. Gitti, M. Maugeri, M. Notari, (a cura di), Bologna, 2012.

D'AMICO G., PAGLIANTINI S., PIRAINO F., RUMI T., *I nuovi marciari*, G. Giappichelli Editore, 2017 .

D'AMICO G., *La resistibile ascesa del patto marciano*, 2017

D'ORAZI FLAVONI M., *Fideiussione. Mandato di credito. Anticresi*, in *Tratt. Grosso-Santoro Passarelli*, V, Milano, 1961, 71;

DE BELVIS, *L'esecuzione privatizzata*, Edizione Scientifiche Italiane 2018

DE CHIARA, *sub art. 124 bis*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da CAPRIGLIONE, III, Padova, 2012, 873

DECRETO LEGISLATIVO 21 APRILE 2016, n.72, recante attuazione della direttiva 2014/17/UE in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali nonché modifiche e integrazioni del titolo VI-bis del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 (di seguito "TUB"), sulla disciplina degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi e del decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141.

DE MARTINIS, *Estensione del divieto del patto commissorio a fattispecie procedurali*, in *Riv. not.*, 1998.

DE MENECH C., *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, I Contratti n. 8-9/2015.

DE GIOIA CARABELLESE-CHESSA, *La direttiva 2014/17/UE in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, in *Resp. civ. prev.*, 2016

DE FRANCHIS Fin ., *Dizionario giuridico inglese-italiano*, Giuffrè, 1984.

DI PAOLO M., *Patto commissorio*, *Digesto sez. Civile*, Vol. XIII, UTET giuridica, 1995

DI LAURO A. P. M., *L'obbligazione come rapporto complesso*, in Riv. Dir. Civile 4/2018.

DI MAJO, *Le obbligazioni nel pensiero di Luigi Mengoni*, ivi, 2011, 119 ss., in part. 129 ss.

DOLMETTA A. A., *La ricerca del «marciano utile»*, Rivista di Diritto Civile n. 4 2017.

DULLECKKERSCHBAMER- SUTTER, *The Economics of Credence Goods: An Experiment on the Role of Liability, Verifiability, Reputation, and Competition*, in *American Economic Review* 101, 2011, 530 ss.

EBNER, voce *Patto Marciano* in Enc. Giur. Treccani XXV, Roma, 2007.

FIORENTINI F., *Le garanzie immobiliari in Europa. Studio di Diritto Comparato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009.

FIORENTINI F., *Garanzie reali atipiche*, in Riv. dir. civ., 2000.

FORTINO M., voce *Sequestro conservativo e convenzionale*, in Enc. del Diritto, XLII, 1990.

FRAGALI M., *Del mutuo*, in Comm. del cod. civ., (a cura di) Scialoja e Branca, Libro IV, Bologna – Roma, 1966.

FRAGALI M., *Dell'anticresi*, cit., 194 s.

FRAGALI M., *Garanzia e diritti di garanzia*, in Enc. dir., XVIII, Milano, 1969.

FRAGALI M., voce *Garanzia (dir. priv.)*, in Enc. dir., XVIII, Milano, 1969.

FRANZONI, *La concessione abusiva di credito*, in Resp.civ., 2010, 325 ss.;

FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, UTET 2015

FUCCI, *La riforma del credito ai consumatori finalizzato all'acquisto degli immobili residenziali*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo*, cit., 378 ss., in quaderni Fondazione italiana del Notariato, 2015.

FORTUNATO, *La concessione abusiva di credito dopo la riforma delle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2009,

FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, Giuffrè, 2011.

GABRIELLI E., PAGLIANTINI S. (a cura di), *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali*, Giurisprudenza italiana n. 7/2017.

GAUL, *Lex commissoria und Sicherungsubereignung*, in AcP 168, 1968

GABRIELLI E., *Pegno*, Digesto sez. Civile, Vol. XIII, UTET giuridica, 1995

GALANTI E., *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale, Garanzia non possessoria e controllo della crisi d'impresa: la floating charge e administrative receiver*, n. 51, gennaio 2000.

GAMBINO F. *L'obbligazione nel conflitto tra principi generali*, in Riv. Dir. Civile 1/2012.

GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1993,

GIGLIOTTI F., *Il divieto del patto commissorio*, Giuffrè Editore, 2000

GIGLIOTTI G., *Il prestito vitalizio ipotecario un reverse mortgage all'italiana?*, Il corriere del Merito, n. 7/2011.

GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, III, Firenze, 1907, 437

GIORGIANNI M., *L'obbligazione*, Giuffrè Editore, 1968.

GUASTINI R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè 2004.

IACCARINO G., *I rimedi del patto marciano nel diritto positivo*, in Riv. Immobili & proprietà, 2/2017.

IACUANIELLO BRUGGI, *Patto Commissorio*, , in Enc. giur. Treccani, XXII, Roma 1990

INZITARI B., *Le responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in Banca, borsa, tit. cred., 2001, I.

In enciclopedia del diritto voci: Patto marciano, 2018.

IULIANI, *Il prestito vitalizio ipotecario nel nuovo "sistema" delle garanzie reali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 728 ss.

LAS CASAS, *Gli obblighi di informazione a carico dei potenziali creditori: informazioni generali e informazioni precontrattuali*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo*, cit., 283 ss

LENZI R., *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *Giurisprudenza Italiana*, (2017). 72.

LENZI R., *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – Il prestito vitalizio ipotecario*, in *Giurisprudenza Italiana* 7/2017.

LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Giuffré 1952.

LOCONTE S., *Le nuove garanzie sui finanziamenti all'impresa: decreto banche D.L. n. 59/2016, convertito in L. n. 119/2016: pegno mobiliare non possessorio, patto marciano, nuove tutele del creditore in materia di procedure concorsuali, modifiche alla cessione dei crediti d'impresa, deferred tax asset*, Maggioli, 2016.

LUMINOSO A., *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, *Rivista di diritto civile* n. 1/2017.

LUMINOSO A., *La vendita con riscatto*, in *Comm. Schlesinger*, Artt. 1500- 1509, Milano, 1987.

LUMINOSO A., *Patto marciano e sottotipi*, *Rivista di Diritto Civile* n. 6/2017 .

LUNETTA A., *Divieto del patto commissorio, contratto di «sale and lease back» e autonomia privata*, *Diritto civile contemporaneo*, n. 1/2016.

MAFFEIS, *Direttiva 2014/17/UE: rischi di cambio e di tasso e valore della componente aleatoria nei crediti immobiliari ai consumatori*, in *Banca borsa e tit. di credito*, 2016.

MANCINI T., *Vendita con patto di riscatto e nullità ex art. 2744 codice civile*, in *Foro it.*, 1966, I.

MACARIO, *Il divieto del patto commissorio e la cessione dei crediti in garanzia*, in *Diritto civile*, Treccani, 2013.

MANNELLA G.O., PLATANIA G.C., *Il prestito vitalizio ipotecario*, Quad. notariato, 2015.

MANNINO, *Garanzie dell'obbligazione*, in *Dig. Disc. Prov. Sez. civ. VIII*, Torino, 1992..

MARI D., *Il patto marciano: un'analisi critica del nuovo art. 48-bis TUB*, *Rivista del notariato*, 2016.

MARICONDA V., *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, in *Foro it.*, 1989

MARINI P., *Procedure espropriative, patto marciano, pegno mobiliare non possessorio: guida alla L. n. 119/2016*, Altalex editore, 2016.

.MARRONE M. *Istituzioni di Diritto Romano*, III ed. Palumbo 2006.

Martorano F., Cauzione e pegno irregolare, in Riv. dir. comm, 1960.

MASTROPAOLO, *L'anticresi come contratto di garanzia* consistente in poteri su cose immobili, in Riv. dir. civ., 2004.

MASTROPASQUA M., sub art. 7 – *Norme di comportamento da rispettare quando si concedono crediti ai consumatori*, in I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo, in quaderni della Fondazione Italiana di Notariato,.2015.

MAZZAMUTO, *Luigi Mengoni e la tutela dei diritti*, ivi, 2011, 143 ss.

MEGARRY & W. WADE, *The Law of Real Property*, 6th edn., London, 2000,

MIELE U., *Sul patto commissorio immobiliare*, in Riv. dir. comm., 1946, II,

MIOLA, *Profili del finanziamento dell'impresa in crisi tra finalità di risanamento e doveri gestori*, in Riv. dir. civ., 2014, 1079 ss. e,

MINNITI G., *Garanzia e alienazione*, Giappichelli Editore, 2007 .

MINNITI G., *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in Riv. dir. comm., n. 1/1997.

MONTEMITRO M. T., *Prestito vitalizio ipotecario: disciplina generale*, Rivista di diritto tributario, giugno 2016.

MORELLO, voce *Frode alla legge*, in Dig. Disc. Priv., Torino, 1992.

MORERA, *Il fido bancario. Profili giuridici*, Milano, 1998, 169.

MURINO F., *L'autotutela nell'escussione della garanzia finanziaria pignoratizia*, Giuffrè Editore, Milano 2010.

NANNI, *Abuso del banca nella concessione di credito ad impresa insolvente*, in Fall., 1996

NATALE M., *Lease-back e strutture utili di patto marciano*, Rivista di Diritto Civile n. 6 2015

NATOLI U. *L'attuazione del rapporto obbligatorio. 1. Il comportamento del creditore*, Giuffrè 1974.

NATOLI U., voce *Azione revocatoria ordinaria*, in Enc. del Diritto, IV, 1959.

NOVA, *Il lease back*, in *Riv. it. leasing*, 1988.

NIGRO, *Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza. Dalla trasparenza alla "consulenza" nell'erogazione del credito?*, in *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti*, Torino, 2011 In AAVV.

PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile*, V, 2, Torino, 1927, 463

PAGLIANTINI S., *Nuovi profili del diritto del contratti. Antologia di casi e questioni*, Giappichelli, 2014.

PAGLIANTINI S., *Responsabilità patrimoniale e proporzionalità: vademecum minimo per l'uso*", in *Riv. Europa e Diritto Privato*, fasc.3, 9/2018.

PARLEANI, *Le contrat de lease-back*, in *Rev. Trim. Dr. Com.*, vol. 26, IV, 1973, 699;

WITZ, *La fiducie en droit privé français*, Parigi, 1981,. 149; BEY, *Le crédit-bail envisagé comme une sûreté*, in *L'evolution de droit des sûretés della Rev. Jurispr. Com.*, 1982, 52.

PELLECCHIA, *La direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016.

PELLEGRINI, *In tema di alienazioni in garanzia e patto commissorio*, *Giur. It.*, 1991,

PETRELLI G., *Rassegna delle recenti novità normative di interesse notarile*, Primo semestre 2015 .

PELLECCHIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento*, Giappichelli, 2012

obblighi discendenti dal proprio, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997.

PELLECCHIA, *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore: spunti di riflessione per un nuovo modo di guardare alla "contrattazione con l'insolvente* in *Rivista Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2014.

PETTI G.B., *La fideiussione e le garanzie personali del credito*, CEDAM, 2006.

PIEPOLI G, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, Jovene, 1980.

PIRAINO F, *Il patto marciano alla luce della disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, in *Giurisprudenza italiana*, 2017.

PUGLIATTI S, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1950..

PUGLIESE G., *Nullità del patto commissorio, e vendita con patto di riscatto*, in *Giur. Compl. Cass. civ.*, 1945.

PRATIS C.M., *Della tutela dei diritti*, in *Comm. cod. civ.*, VI, 2, sub. Art. 2740-2783, Torino 1976.

RAVAZZONI, *Le ipoteche*, in *Tratt. dir. civ.*, già diretto da CICU-MESSINEO-MENGONI, continuato da SCHLESINGER, Milano, 2006, 441 ss.

RAYNAUD e P. JESTAZ, *Les suretés. La publicité foncière*, Sirey, 1987

REALMONTE F., *Il Pegno*, UTET giuridica, 1991.

REALMONTE, *Le garanzie immobiliari*, in *Jus*, 1986, 16 ss.

REALMONTE F., *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, in *Foro it.*, 1989, I.

RENDE, *Informazione e consenso nella costruzione del regolamento contrattuale*, Milano, 2012, passim

RESCIGNO P., *Manuale del diritto privato italiano*, Jovene, 1977.

RESCIGNO, Torino, 1997, 561 ss.;

ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*², in *Tratt. dir. priv.*, diretto da

ROPPO E., *Il divieto del patto commissorio*, in *Tratt. Dir. Priv.*, diretto da P. RESCIGNO, XXIX vol., Torino, 1985, 446.

ROMANO-FUSCHINO, *L'aumento del saggio di interesse moratorio e i suoi effetti sul tasso di litigiosità*, ivi, 70 ss.

ROPPO E., *Note sopra il divieto del patto commissorio*, *Rivista del notariato*, 1981.

ROSELLI F., *La salvaguardia delle ragioni del creditore. Bilanciamento di interessi*, in *Riv. Giustizia Civile* 2/2014.

ROTT, *Die neue Immobiliarkredit-Richtlinie 2014/17/EU und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht*, in *Zeitschrift für Bank und Kapitalmarktrecht*, 2015, 8 ss.; MAK, *What is Responsible Lending? The EU Consumer Mortgage Credit Directive in the UK and the Netherlands*, in *Journal of consumer policy*, 2015.

RUBINO D., *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, UTET giuridica, 1956.

RUBINO D., *La compravendita*, in *Tratt. CicuMessineo*, II ed., rist., Milano, 1971.

RUMI T., *La nuova disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, *I contratti*, n. 10/2015.

RUMI, *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*, in *I Contratti*, n.70/ 2015.

RUSSO D., *I nuovi strumenti contrattuali contro la crisi economica: il prestito vitalizio ipotecario*, *Studium Iuris* n. 3/2018.

SANTESSO E. (a cura di), *Lezioni di Economia Aziendale*, Giuffrè editore, 2010 .

SARACENO M., *Interferenze fra la garanzia ipotecaria e l'alienazione in garanzia nella disciplina dell'art 48 bis t.u.b., , Notaractime* 1-2016.

SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999, 287 ss.

SCIALOJA, *Sistema del diritto romano attuale*, III, Editrice Torinese, 1891.

SCOGNAMIGLIO C., Ancora sulla responsabilità della banca per violazione di obblighi discendenti dal proprio status, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1997

SCOTTI A., *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis T.U.B. è davvero il patto marciano?*, *Il Corriere giuridico*, 2016.

SCOZZAFAVA O.T., *Note in tema di garanzia*, *Contratto e impresa* n. 4-5/2008.

SERICK, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsiibertragung*, III, *Die eillfache Sicherullgsiibertragullg*, Heidelberg, 1970.

Shupak: *A new source for the study of the judiciary and law of ancient Egypt: "the tale of the eloquent peasant"* in *JNES*, 1992.

STANGHELLINI, *Il credito «irresponsabile» alle imprese e ai privati: profili generali e tecniche di tutela*, in *Società*, 2007, 400 ss.;

STOLFI G., *Promessa di vendita e patto commissorio*, in *Foro pad.*, 1957, I.

STOLFI G., *Patto commissorio ed ipoteca*, in *Foro It.*, 1926, II, p. 282.

TALAMANCA M. *Istituzioni di Diritto Romano*, Giuffrè 1990.

TALASSANO F., *Divieto del patto commissorio*, in *Giur. Compl., Cass., Civ.*, 1947.

TARANTINO L., *Patto commissorio, alienazioni in garanzia ed autonomia privata: alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Contratti*, 2012, 1030.

TEDESCHI V., *L'Anticresi*, in *Tratt. Vassalli*, rist., Torino, 1954, 65;

TERRANOVA. - ANELLI, *La responsabilità risarcitoria delle banche per illeciti commessi nell'erogazione del credito*, in *Dir. banc.*, 1998, I.

TUCCI G., *Garanzia*, *Digesto sez. Civile*, Vol. VIII, UTET giuridica, 1992.

TUCCI G., voce *Anticresi*, cit. 339 s

VALENTE G., *Patto commissorio e pegno nel diritto tedesco, Verfallvereinbarung und Pfandrecht*, in Juscivile, 2014, XII.

VANNERO M, *Towards a european single market for mortgage credit. From scratch to ...?*, in *European journal of consumer law/Revue europeenne de droit de la consommation*, 2015. Commentario alla direttiva 2014/17/UE, SIRENA, Milano, 2016.

VARRONE C., *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Jovene, 1968.

VENTURELLI A., *Fideiussione*, Digesto sez. Civile, X agg., UTET giuridica, 2016.

VINCRE S., *Le riforme dell'esecuzione forzata dell'estate 2015*, Rivista di Diritto Processuale n. 2/2016.

VISCONTI G., *La disciplina del credito immobiliare ai consumatori introdotta nel T.U.B. dal D. lgs. n. 72/2016*, Immobili & proprietà n. 8-9/2016.

VISCONTI G., *La nuova garanzia reale dei prestiti bancari: il patto marciano*, Immobili & proprietà n. 10/2017

VITI V., *Lease back, patto commissorio e clausola marciiana*, Giurisprudenza italiana n.

11/2015

VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, III, Berlin, 1840, trad.in Trccani

ZANNA R, *Osservazioni in tema di patto commissorio*, in *Temi*, 1966

Giurisprudenza

Cassazione Civile., 11.3.1954 n. 696, in *Giust. Civ.*, 1954.

Cassazione Civile. 21 giugno 1946, 732, in *Giur. it.*, 1947, I.424 ss..

Cassazione Civile 21 dicembre 1950, n. 2807, in *Foro it.*, 1951, I, 573 ss..

Cassazione Civile. 27 novembre 1951, n. 2696, *ivi*, 1952, I, 1954.

Cassazione Civile. 30 marzo 1954, n. 988, *ivi*, 1954, in *Rep. Foro it.*, voce «vendita», n. 99.

Cassazione Civile. 21 luglio 1965, n. 2828, in *Foro it.*, 1956, I.

Cassazione Civile., 26.01.1980, n. 642, in Arch. Civ.

Cassazione Civile., 3.06.1983 n. 3800, in *Giust. Civ.*, 1983, I, in *Foro. It.*, 1989.

Cassazione Civile., 5.8.1985 n. 4387, in *Giur. It., Mass.*, 1985.

Cassazione Civile., 12.12.1986, n. 7385, in *Foro it.*, I, 1987.

Cassazione Civile, S.U., 4.04.1989 n. 1611 in *Giur.it.*

Cassazione Civile. 16.08.1990 n. 8325, in *Giur. It.*, I.

Cassazione Civile 16 ottobre 1995, n. 10805, in *Giur. it.*, 1997, I, 682 ss., e in *Contratti*, 1996, 28 ss

Cassazione Civile., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7030, in *Corr. giur.*, 2006, 643.

Cassazione Civile. 23 luglio 2010, n. 17284 e Cass. 1^o dicembre 2010, n. 13413, in *Giur. comm.*, 2011.

Cassazione Civile, 10.03.2011, n. 5740, in *ww.deiure.it.*

Cassazione Civile, sez. II civ., 9 maggio 2013, n. 10986. in *bancadati dejure.*

Cassazione Civile 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Fall.*, 2015.

Cassazione Civile, 18 marzo 2015 n. 5440. 9.

Cassazione Civile, del 26 febbraio 2018

Cassazione Civile, 03 giugno 2019, n.15112

Cassazione Civile, 11 luglio 2019, n.18680

Cassazione Civile, 17.01.2020, n. 844.