



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI “MEDITERRANEA”
DI REGGIO CALABRIA
DOTTORATO DI RICERCA IN
“DIRITTO ED ECONOMIA” – DIPARTIMENTO DI
GIURISPRUDENZA, ECONOMIA E SCIENZE UMANE
CICLO XXXV – SSD IUS/01
COORDINATORE: Chiar.mo Prof. A. Gorassini

IL PATTO MARCIANO: TRA TIPICITA' ED ATIPICITA'

Tesi di dottorato della dott.ssa

Sarah Previti

Relatore

Chiar.mo Prof. Giovanni D'amico

Anno accademico 2021/2022

INDICE

INTRODUZIONE	5
---------------------	----------

PRIMO CAPITOLO

Il delicato equilibrio tra divieto di patto commissorio ed il patto marciano

1. L'autonomia privata ed il divieto di patto commissorio: origini storiche dell'istituto	7
2. Gli incerti confini applicativi del divieto di patto commissorio	17
2.1. La <i>ratio</i> del divieto	18
2.2. Il rapporto tra il patto commissorio e le alienazioni a scopo di garanzia	30
2.2.1. La funzione del patto commissorio: il passaggio dalla funzione di garanzia a quella rimediale	39
2.2.2. Effetti della violazione dell'art. 2744 c.c.	51
3. Il patto marciano: una possibile soluzione?	57

SECONDO CAPITOLO

I “nuovi marciari”

1. L’ascesa dei cc.dd. “nuovi marciari”	69
2. La garanzia finanziaria	73
3. Il prestito vitalizio ipotecario	82
4. Il credito immobiliare ai consumatori	93
5. Il pegno non possessorio	100
6. Il marciano nei contratti di finanziamento alle imprese	106
7. Il marciano “al rovescio” nella risoluzione del <i>leasing</i> finanziario	118
8. Una visione di insieme: tratti comuni e differenziali tra i c.d. marciari tipici	123
8.1. (<i>segue</i>) Il rapporto con il divieto codicistico	128

TERZO CAPITOLO

Quali spazi per un marciano di diritto comune?

1. Patto marciano: dai sottotipi al tipo generale del patto marciano	134
2. Struttura e funzione del patto marciano	139
3. Il marciano di diritto comune	145
4. L’effetto esdebitatorio	162

CONCLUSIONI	171
-------------	-----

BIBLIOGRAFIA 176

GIURISPRUDENZA 193

INTRODUZIONE

Si definisce patto marciano l'accordo con cui creditore e debitore pattuiscono che, in caso di inadempimento, il primo acquisti la proprietà del bene del secondo con il conseguente obbligo del creditore di versare al debitore la differenza tra l'importo del proprio credito e il valore del bene oggetto di garanzia, stimato, al momento dell'inadempimento, da un soggetto terzo ed imparziale.

Si tratta di un istituto rimasto per lungo tempo ignoto alla legge positiva che, ciononostante, gode di una millenaria tradizione dogmatica. Lo sviluppo del patto marciano ha seguito, infatti, le vicende che hanno interessato la nascita e l'evoluzione del divieto del patto commissorio con cui presenta evidenti punti di affinità. La sua prima apparizione, secondo la tesi tradizionale, risale all'opera del giureconsulto dell'età dei Severi, Elio Marciano, che, per primo, ne avrebbe delineato le linee essenziali, ammettendo la facoltà del creditore insoddisfatto di appropriarsi della cosa ricevuta in garanzia, purché stimata al giusto prezzo («rem iusto pretio tunc aestimandam»: D.20.1.16.9). L'obbligo di giusta stima, infatti, traducendosi in una forma di controllo sulla proporzione tra valore del bene e prezzo della compravendita, avrebbe scongiurato l'attrazione del patto entro gli schemi illeciti del patto commissorio.

Da quel momento e, fino ai più recenti interventi legislativi, nessuna norma di legge ha fatto più menzione al patto marciano.

Solo negli ultimi anni, sulla scorta dell'influenza eurounitaria, si è assistito ad una riscoperta dello stesso a livello normativo, avvenuta tramite i recenti provvedimenti legislativi che, intervenendo in determinati ambiti settoriali, hanno tipizzato alcuni regolamenti marciari. Basti pensare ai meccanismi operativi sottesi alla procedura di escussione del pegno non possessorio *ex art.1, comma III, del D.L. 59/2016*, al contratto di credito immobiliare ai consumatori (*art. 120 quinquiesdecies T.U.B.*), alle alienazioni a scopo di garanzia nei contratti di finanziamento alle imprese *ex art. 48 bis del T.U.B.*, al prestito vitalizio ipotecario così come modificato dalla *L. 44/2015*, alla tanto attesa regolamentazione della risoluzione nel leasing finanziario, di cui ai commi 136-140 della legge 124/2017, nonché alla, ormai risalente, disciplina dei contratti di garanzia finanziaria che, per prima, all'*art. 6 del D.L. 170/2004*, sembra aver introdotto un'espressa deroga (sebbene più formale che sostanziale) al divieto di patto commissorio.

Alla positivizzazione dei c.d. sottotipi marciari non è, tuttavia, seguita la tipizzazione legislativa del modello generale di patto marciano.

Obiettivo del presente lavoro sarà, dunque, quello di ripercorrere, con approccio critico, il percorso di ascesa del patto marciano, analizzando le ragioni che si pongono a fondamento dell'attuale rivalorizzazione dell'istituto nonché la sua compatibilità con i principi che regolano la fase di soddisfacimento del credito onde disegnare i possibili presupposti e gli spazi di operatività del c.d. "marciano di diritto comune".

CAPITOLO I

L'autonomia privata tra *lex commissoria* e ammissibilità della pattuizione marciiana

Sommario: 1. *L'autonomia privata ed il divieto di patto commissorio: origini storiche dell'istituto.* – 2. *Gli incerti confini applicativi del divieto di patto commissorio.* – 2.1. *La ratio del divieto.* – 2.2. (Segue) *Il rapporto tra il patto commissorio e le alienazioni con scopo di garanzia.* – 2.3. *La funzione del patto commissorio: il passaggio dalla funzione di garanzia a quella rimediale.* – 2.4. *Effetti della violazione dell'art. 2744 c.c.* – 3. *Il patto marciiano: una possibile soluzione?*

1. L'autonomia privata ed il divieto di patto commissorio: origini storiche dell'istituto

Il codice civile del 1942, recependo una tradizione millenaria¹, consacra, ai sensi dell'art. 2744 c.c., la nullità del c.d. patto commissorio, ossia del patto con cui creditore e debitore convengono, per il caso di inadempimento, che la proprietà della cosa data in pegno o in ipoteca, passi in capo al creditore. Analoga previsione è prevista con riguardo al patto commissorio anticretico nell'attuale art. 1963 c.c. che commina con la nullità "...qualunque patto, anche

¹ L'espressione è di A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciiano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Rivista di diritto civile*, I, 2017, p. 11.

posteriore alla conclusione del contratto, con cui si conviene che la proprietà dell'immobile passi al creditore nel caso di mancato pagamento del debito”.

Entrambe le disposizioni costituiscono un limite all'esercizio dell'autonomia privata il cui ambito di operatività è condizionato dalla *ratio* di tutela che in esse voglia rinvenirsi. E, infatti, come si vedrà nel prosieguo della trattazione, sebbene il divieto del patto commissorio costituisca un divieto di antica tradizione, non sono tutt'oggi chiare le ragioni poste a suo fondamento e, conseguentemente, i margini entro cui è ammissibile per gli operatori economici stipulare delle convenzioni in deroga.

A tal fine, il primo dato da cui sembra opportuno prendere le mosse è l'origine storica dell'istituto che disvela come il patto commissorio tradizionalmente rientri nel novero delle soluzioni negoziali sviluppate con la finalità di tutelare il creditore da esiti patologici del rapporto obbligatorio.

Nel diritto romano di età classica, la c.d. *lex Commissoria*², secondo la definizione data da Ulpiano, consisteva nella “...clausola apposta al contratto di compravendita che determina, in caso di mancato pagamento del prezzo entro

² La fonte di diritto romano di riferimento in materia di patto commissorio è quella tramandataci da Pomponio nel titolo III del XVIII libro del Digesto. Più precisamente, la formulazione contenuta nel D. 18,3,2, era la seguente “*Cum venditor fundi in lege caverit, si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit, ita accipitur inemptus esse fundus, si venditor inemptum eum esse velit, quai id ventioria causa caveretur; nam si aliter acciperetur, eusta villa in protestateemptari futurum, ut non dando pecuniam inemptum faceret dundum, qui eius periculo fuisset*”. Per un'approfondita evoluzione storica della *Lex commissoria* si v. E. MARELLI, *Appunti in tema di vendita con lex commissoria*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 2017, 10, pp. 6 e ss.; O. SACCHI, *Lex commissoria e divieto del patto commissorio. Autonomia negoziale o tutela del contraente più debole?*, in *Ius Antiquum*, 19, 2007, consultabile su <http://www.dirittoestoria.it/iusantiquum/articles/Sacchi-Ius-Antiquum-19-2007.html>; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., pp. 35 e ss.

il termine prestabilito, la restituzione della cosa venduta”, la cui liceità era pacificamente ammessa.

Più specificamente, nella disciplina della compravendita, essa rilevava come *pactum adiectum*³ con cui il venditore poteva ritenere “non venduto” (*inemptus sit*) il bene qualora il compratore non avesse versato il prezzo entro un determinato termine stabilito. Se, in un primo tempo, essa si configurava come clausola accidentale tipica (*lex venditionis*) in funzione sospensiva, nel senso che l’inizio dell’efficacia del contratto veniva fatta dipendere dall’avvenuto pagamento del prezzo⁴, a partire dal II secolo d.C., lo schema condizionale venne usato anche in funzione risolutiva di un effetto traslativo già prodotto sebbene in modo precario⁵.

³ Tra i patti accessori *all’empio* – *venditio* a tutela del venditore si annoverano: *i) in diem addictio*, mediante il quale si attribuiva al *venditor* la possibilità di recedere, entro un termine stabilito, in caso di migliore offerta, *ii) il pactum de retroemendo*, con cui il venditore si riservava la facoltà di riacquistare, alle medesime condizioni ed entro un termine prestabilito, la proprietà del bene dal compratore. Viceversa, a tutela del compratore, vi erano: *i) pactum displicentiae* che attribuiva all’acquirente la facoltà di recesso qualora fosse rimasto scontento della merce ricevuta e *ii) pactum de retrovendendo*, in virtù del quale il compratore si riservava la facoltà, alle stesse condizioni ed entro un preciso arco temporale prestabilito, di eseguire una nuova vendita in senso inverso senza, tuttavia, risolvere quella originaria. Cfr. C. SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*, 10^{ma} edizione, Catania, 2002, p. 303.

⁴ Cfr. PAOLO, in D. 41.4.2.3: “*Sabinus, si sic empta sit, ut, nisi pecunia intra diem certum soluta esset, inempta res fieret, non usucapturum nisi persoluta pecunia [...]* Sabino osserva che, nella compravendita con *lex commissoria*, il compratore non ha il possesso *ad usucapionem* fino all’avvenuto pagamento del prezzo”. Nel passo in esame, collocato in un titolo del Digesto in materia di possesso del compratore, Paolo riporta la teoria di Sabino secondo cui in caso di vendita corredata dalla *lex commissoria* non decorrono, a favore dell’acquirente, i termini dell’usucapione. Da ciò si evince come Sabino qualificasse la vendita *de qua* alla stregua di *emptio* sottoposta a condizione sospensiva.

⁵ Il primo a configurare le clausole (accidentali) di recesso come condizioni sospensive o risolutive, studiando la funzione (sospensiva o risolutiva) di tali meccanismi all’interno della disciplina della compravendita fu il giurista Giuliano secondo quanto riferisce Ulpiano in D.18.2.2 pr. (*Ulp. 28 ad Sab.*): *Quotiens fundus in diem addicitur, utrum pura emptio est, sed sub condicione resolvitur, an vero condicionalis sit magis emptio, quaestionis est. et mihi videtur verius interesse, quid actum sit: nam si quidem hoc actum est, ut meliore allata*

Oltre alla compravendita, la *lex commissoria* poteva essere apposta non solo a tutti i negozi a prestazioni corrispettive (come, ad esempio, la promessa di matrimonio, il fitto, la permuta, la transazione o il mutuo) ma, soprattutto, dato l'ampio utilizzo che se ne fece nei traffici commerciali, alla *fiducia cum creditore* ed al *pignus*.

Invero, nella *fiducia cum creditore* il patto era formulato in modo da far coincidere la struttura del primo con il contenuto della *lex commissoria*. Infatti, tramite tale schema negoziale, debitore-fiduciante e creditore-fiduciario si accordavano nel senso che, una volta trasferita la proprietà dal primo in favore del secondo, l'obbligo restitutorio a carico di quest'ultimo venisse meno in caso di inadempimento del credito garantito⁶. In tale congegno negoziale, dunque, la

*condicione discedatur, erit pura emptio, quae sub condicione resolvitur: sin autem hoc actum est, ut perficiatur emptio, nisi melior condicio offeratur, erit emptio condicionalis. Ubi igitur secundum quod distinximus pura ventitio est, Iulianus scribit hunc, cui res in diem addicta est, et usucapere posse et fructus et accessiones lucrari et periculum ad eum pertinere, si res interierit. V. sul punto TALAMANCA, Istituzioni di diritto romano (Milano 1990) 252; 592. FRANCIOSI, Istituzioni di diritto romano 2 370: «Altra *lex venditionis* fu la *lex commissoria* (diversa dal patto commissorio nel pegno), in base alla quale la vendita si risolveva se non veniva pagato il prezzo nel termine stabilito». MANFREDINI, Istituzioni di diritto romano 3 (Torino 2003) 361: «Tra le numerose convenzioni che si potevano accompagnare ad una vendita (*de pactum de non praestanda evictione* si è detto, così del patto di consegna della merce in un luogo determinato), ricordiamo anzitutto la *lex commissoria* (patto commissorio, da non confondersi con l'omonimo patto in materia di pegno), in forza del quale la cosa doveva considerarsi come non venduta se il compratore non avesse pagato il prezzo entro un certo termine. Tale patto funzionava come una condizione risolutiva che dava diritto al venditore di ottenere indietro la cosa; gli era nondimeno consentito, se lo preferiva, chiedere il pagamento del prezzo, come se il contratto non si fosse risolto».*

⁶ Come riportato Gaio, il fiduciante alienava all'acquirente fiduciario una cosa per uno scopo determinato sicchè, una volta conseguito lo scopo, il fiduciario era tenuto a ritrasferire la cosa fiduciata al fiduciante o a risarcirlo dei danni relativi: Gai. 2.60: *Sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum sint; et siquidem cum amico contracta sit fiducia, sane omni modo competit usus recepto; si vero cum creditore, soluta quidam pecunia omni modo competit, nondum vero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor, neque precario rogaverit, ut eam rem possedere liceret; quo casu lucrativa usus capio competit.*

lex commissoria rappresentava l'effetto naturale del *pactum fiduciae*⁷. Nel *pignus*, invece, l'apposizione della *lex commissoria* rilevava in funzione satisfattiva reale con conseguente trasferimento della proprietà del bene in capo al creditore per l'ipotesi di inadempimento⁸.

Ben presto, lo sviluppo dei traffici commerciali nonché il rischio che il debitore potesse patire la perdita della *res* anche quando il suo valore fosse di gran lunga superiore a quello del debito rimasto inadempito, spinse il legislatore romano ad introdurre il c.d. *pactum vendendi*⁹, clausola che obbligava il creditore alla restituzione dell'eccedenza di valore (*il superflum*) tra il ricavato della vendita del bene dato in garanzia e l'ammontare del debito¹⁰.

Conseguentemente, il patto commissorio si ridusse ad essere una mera opzione negoziale alternativa, per di più operante solo se espressamente pattuita¹¹.

Ciononostante, la convenzione commissoria continuò ad essere utilizzata nei contratti costitutivi di garanzie reali fino al divieto assoluto sancito, per la prima volta, con la Costituzione di Costantino del 324 d.C. che si riferiva alla

⁷ Cfr. A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino, 1949, pp. 10 e ss.

⁸ In altri termini, essa era intesa quale limitazione all'arbitrio del creditore rispetto all'esperibilità cumulativa dello *ius retinendi* e dell'*actio crediti*.

⁹ La prima menzione del *pactum vendendi*, è testimoniata in D. 47.10.15.32 (Ulp. 77 ad ed.) e si fa risalire al giurista Servio: "*Item si quis pignus proscrisperit venditurus, tamquam a me acceperit, infamandi mei causa, Servius ait iniurarum agi posse*".

¹⁰ Solo l'esatto rispetto delle condizioni previste dal *pactum vendendi* consentiva il legittimo trasferimento della proprietà del bene oggetto del *pignus* ed ove la vendita fosse avvenuta a non iure il sistema romanistico approntava una serie di rimedi a tutela del debitore: *le rei vindicatio* e l'*exceptio doli*.

¹¹ Cfr., sul punto, N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, cit., p. 41.

lex commissoria come pattuizione capziosa caratterizzata dall'asperità connotante la posizione del debitore del rapporto di garanzia¹².

Sebbene non fosse precluso al creditore esercitare un'*actio in causam*, la disposizione richiamata sanciva la nullità dell'intero negozio cui accedeva la clausola commissoria. Più precisamente, a chiusura della formula, la costituzione disciplinava gli effetti della nullità del patto commissorio, prevedendo che il debitore fosse obbligato alla restituzione della *res* al debitore e quest'ultimo, a sua volta, dovesse provvedere alla ripetizione della somma mutuata gli in attuazione del rapporto di credito¹³. In altri termini - ed è bene precisarlo anche per evidenziarne la differenza rispetto agli effetti che derivano dalla nullità in tempi moderni - in epoca romana la violazione del divieto determinava il travolgimento dell'intera operazione economica-giuridica realizzata dalle parti. Ciò del resto era conforme ai nuovi orientamenti etico-religiosi che ripudiavano i fenomeni usurari che potevano celarsi dietro le pattuizioni commissorie, ritenute *contra bonos mores*.

¹² Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto Civile, Le garanzie reali – la prescrizione*, Vol. VII, Milano, 2012, pp. 276 e ss. La Costituzione di Costantino è recepita da Giustiniano nella Compilazione, si v. Codex. Iust. 8.34.3. *Quoniam inter alios captiones praecipue commissoriae legis crescit speritas, placet infirmari eam et in posterum omnem in memoria aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hae sanctione respiret, quae cum praeteris praesentia quoque depellit et futura prohibet. Creditores enim ream ammissam iubemus recipere quod dederunt.*

La Costituzione di Costantino è conservata, anche, anche nel *Codex Theodosianus*, Cfr. C. TH. 3,2,1.

¹³ La formulazione dell'editto è stata tradotta nel seguente modo: “poiché tra i vari patti capziosi emerge principalmente l'asprezza del patto commissorio, piace sanzionarne 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, comandano che ricevano in restituzione ciò che dettero”.

L'ambito applicativo del divieto appariva pur sempre ridotto. Infatti, l'editto costantiniano del 324 d.C. non colpiva con la sanzione della nullità i patti costitutivi di pegno sorti posteriormente al contratto in cambio del pagamento, la vendita del bene oppignorato al creditore, e tutte le altre figure di vendita in garanzia che presentavano il correttivo marciano. Quest'ultimo – come si avrà modo di approfondire nel corso della successiva trattazione – costituiva, secondo quanto affermato in un testo del Digesto¹⁴ risalente al tempo dell'età dei Severi, una soluzione negoziale che consentiva di mitigare il rigorismo della proibizione commissoria ivi prevista bilanciando le contrapposte esigenze di rapida realizzazione delle ragioni creditorie e tutela del debitore¹⁵.

L'obiettivo era, in sostanza, non già quello di ostacolare il trattenimento in proprietà del bene *sub specie* di pagamento quanto quello di evitare un ingiustificato arricchimento in favore del creditore e ai danni del debitore; tanto che, a maggior riprova, continuavano ad essere considerati leciti istituti come l'*impetratio domini* e l'*interdictum Salvianum* caratterizzati dalla

¹⁴ D. 20, 1, 16, 9 (Marc. l.s. *ad form. hyp.*): “Potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve, ut, si intra certus tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem, iusto pretio tunc aestimandum; hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio”.

¹⁵ Si osserva che sulla nascita della concezione marciana non vi è unanimità di vedute. Parte della dottrina rintraccia la sua origine in un'epoca decisamente anteriore al II-III Secolo d. C. (Si v. G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto romano moderno*, III, Cammelli, Firenze, 1903, p. 951). Di contro, la tesi più accreditata ritiene che il patto marciano sia sorto solo alcuni secoli dopo la Costituzione di Costantino quale risultato di un'interpolazione dei compilatori giustinianeî i quali avrebbero inserito l'inciso “*iusto pretio tunc aestimandum*” (Cfr. N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 43 e nota n. 65; A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, cit., p. 19; A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino, 1949, p. 120).

determinatezza del valore del bene attribuito al creditore in caso di inadempimento¹⁶.

Anche in seguito al declino dell'impero romano, e così per l'età medievale¹⁷, fino ad arrivare alle codificazioni ottocentesche in Francia, in Germania, ed in altri paesi, il divieto fu confermato nella sua laconicità¹⁸.

Quanto all'ordinamento italiano, con il codice civile del 1865 fu sostanzialmente recepita la struttura del codice napoleonico, sancendo la nullità del patto commissorio in materia di pegno ed anticresi rispettivamente agli artt. 1884 e 1894. Nella disciplina del pegno si consentiva così al creditore di trattenere il bene oppignorato in pagamento sino alla concorrenza del debito e

¹⁶ Sulla stretta connessione tra proibizione della vendita con patto di riscatto e provvedimenti volti a sanzionare l'usura v. M. BUSSANI, *Patto di riscatto e patto commissorio. La porta stretta dei codificatori*, 2003, pp. 354 e 359.

¹⁷ Dopo un periodo in cui ritornò a diffondersi il ricorso alla fiducia ed al patto commissorio, in epoca medievale il divieto di patto commissorio fu riprodotto nel diritto canonico da un decretale di Innocenzo III del 1198. Si v. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., pp. 44 e ss.

¹⁸ In Francia, il Code Napoléon vietò espressamente il patto commissorio con due specifiche disposizioni. Precisamente, gli artt. 2078 e 2088 precludevano la possibilità di inserire la clausola in parola rispettivamente nel pegno e nell'anticresi, mentre nulla disponeva riguardo al patto commissorio ipotecario. Suddetto divieto si fondava sulla inderogabilità del procedimento esecutivo: poiché, in virtù di tale principio, alle parti era precluso pattuire un procedimento esecutivo che non fosse quello disciplinato dalla legge, non vi era ragione di prevedere una disposizione che vietasse il patto commissorio su un bene oggetto di ipoteca. Cfr. C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 713. Oggi, gli artt. 2078 e 2088 del *Code Napoleon*, (oggi artt. 2348 e 2458), sono stati abrogati in seguito alla riforma del sistema delle garanzie reali del 2006 che ha abolito il divieto di patto commissorio. In Germania, durante i lavori preparatori al BGB, l'attenzione fu rivolta soprattutto al patto commissorio immobiliare e, quindi, ai beni ipotecati. Punto di partenza fu l'assunto che l'ipoteca non potesse assumere un contenuto diverso da quello legale sicché la libertà contrattuale non poteva prevalere. Si arrivò, pertanto, alla formulazione dell'art. 1149 che sancisce l'inderogabilità convenzionale della procedura legale di espropriazione forzata prima della scadenza del credito, e dell'art. 1129 che dispone espressamente il divieto del patto commissorio nei beni oggetto di pegno. Cfr. M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 79. Il divieto del patto commissorio è altresì previsto in Spagna, in Austria e nel codice civile svizzero.

previa stima del suo valore solo nel rispetto delle formalità e delle procedure ivi stabilite¹⁹.

Nel codice del 1865, si introdusse altresì il c.d. patto commissorio tacito, che riprendeva il concetto di tradizione romanistica di *lex commissoria*, intesa come clausola applicabile a qualsiasi contratto sinallagmatico in virtù della quale, in caso inadempimento di una parte, l'altra avrebbe potuto non solo non adempiere alla propria ma domandare la restituzione di quanto già dato.

Nulla era disposto, invece, in merito all'ipoteca sicché nell'esperienza italiana, come in quella francese, l'estensione del divieto del patto commissorio anche in tale ambito fu oggetto di un vivace dibattito tra dottrina e giurisprudenza. Sebbene quest'ultima²⁰ fosse, inizialmente, orientata in termini favorevoli all'applicazione del divieto anche al c.d. patto commissorio

¹⁹ L'art. 1884 c.c. prevedeva, infatti, che: "Il creditore non può disporre del pegno pel non effettuato pagamento; ha però il diritto di far ordinare giudizialmente che il pegno rimanga presso di lui in pagamento e fino alla concorrenza del debito secondo la stima da farsi per mezzo di periti, oppure che sia venduto all'incanto. È nullo qualunque patto che autorizzi il creditore ad appropriarsi del pegno od a disporne senza le formalità sopra stabilite". Disposizione analoga era contenuta nel codice di commercio del 1882 all'art. 459 con riguardo al pegno commerciale. Per i beni immobili oggetto di anticresi ai sensi dell'art. 1894 operava un divieto assoluto secondo cui "il creditore non diventa proprietario dell'immobile per la sola mancanza del pagamento nel termine convenuto: qualunque patto contrario è nullo. In mancanza di pagamento può domandare, coi mezzi legali, la espropriazione del suo debitore".

²⁰ In senso favorevole al divieto di patto commissorio ipotecario si v., *ex multis*, Cass. Firenze, 02.07.1917, in *Giur. it.* 1918, I, 1, c. 500 e ss. Questo orientamento subì una battuta d'arresto con una successiva decisione della Suprema Corte diretta in una direzione diametralmente opposta dando origine, da qui in poi, ad un orientamento costante, cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 28.07.1923, in *Riv. dir. comm.*, 1924, II 233, con nota critica di E. ALBERTARIO, *Sulla nullità del patto commissorio aggiunta al mutuo ipotecario*. Per un'approfondita ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale sul punto si v. N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., pp. 46 e ss. e ivi riferimenti sub note nn. 79-80. In dottrina la posizione dominante era contraria all'estensione del divieto al patto commissorio ipotecario, cfr. G. STOLFI, *Patto commissorio e ipoteca*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, II, pp. 46 e ss.; G.P. CHIRONI, *Ipoteca e patto commissorio*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, II, p. 706.

ipotecario ravvisandovi le medesime *rationes* giustificatrici, successivamente prevalse l'indirizzo contrario²¹ sull'assunto della natura eccezionale delle suddette disposizioni e, dunque, dell'impossibilità di estensione in via analogica a fattispecie atipiche. Minori dubbi ermeneutici erano sorti, invece, in merito alla validità del patto commissorio *ex intervallo*, ossia di quel patto stipulato successivamente al negozio di garanzia, rispetto al quale i giudici di legittimità²² manifestavano un atteggiamento di favore in termini di liceità.

Nonostante tali approdi giurisprudenziali, con il codice civile del 1942 il legislatore italiano segna un decisivo cambio di rotta: per un verso, ritiene illecito che le parti prevedano come conseguenza dell'inadempimento dell'obbligazione, il trasferimento della proprietà del bene, sia esso dato in pegno sia in ipoteca; per altro verso, l'art. 2744 c.c. considera al secondo comma nullo il patto commissorio *ex intervallo*.

Pur dovendosi riconoscere alla citata scelta legislativo il merito di aver fornito agli interpreti maggiori punti di riferimento in sede di attuazione della norma, molteplici fattori hanno condotto l'interprete a porsi dubbi in merito alla portata applicativa del divieto.

²¹ Il *revirement* giurisprudenziale favorevole alla liceità patto commissorio ipotecario è stato inaugurato con una decisione a Sezioni Unite della Suprema Corte, cfr. Cass. Civ., 1.07.1947, n. 1037 in *Giur. it.*, 1947, I, 1, cc. 461 e ss. Non va, tuttavia, sottaciuto che tale pronuncia è stata preceduta da un'atra storica decisione a Sezioni Unite in cui la Suprema Corte aveva decretato la illiceità del patto commissorio ipotecario, si v. Cass. Civ., Sez. Un., 16.04.1945. in *Giur. Cass. Civ.*, 1945, I, pp. 156 e ss.

²² Cfr., *ex multis*, Cass. Torino, 10.03.1919, in *Riv. dir. comm.*, 1919, II, pp. 396 e ss. In senso contrario in dottrina si v. B. BRUGI, *Patto commissorio ex intervallo*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, II, pp. 396 e ss.; G. MIRABELLI, *Del diritto dei terzi secondo il codice civile italiano*, I, Torino, 1889, pp. 600 e ss.

Ed, infatti, sebbene l'art. 2744 c.c. sia costruito in modo da riferirsi al solo patto commissorio accessorio ad una garanzia reale, non può considerarsi irrilevante l'inserimento della norma nel capo I del titolo III del libro VI dedicato alle disposizioni generali in materia di responsabilità patrimoniale, cause di prelazione e conservazione della garanzia patrimoniale. A ciò si aggiunga il fatto che il legislatore abbia completamente ommesso qualsiasi riferimento in merito all'ammissibilità o meno del patto commissorio autonomo, del patto commissorio obbligatorio e del patto marciano.

A fronte di tali circostanze, l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza si è, dunque, rivolta a conciliare la portata applicativa circoscritta della formula normativa con l'intento di attribuirvi il ruolo di principio generale per ciò stesso tendente ad un'applicazione generalizzata.

2. Gli incerti confini applicativi del divieto di patto commissorio

Come visto, l'art. 2744 c.c. appare "il risultato tratteggio di una determinata evoluzione storica avvenuta con successive stratificazioni" da cui sono nati continui esercizi interpretativi volti ad estendere la portata del divieto ben oltre il dato testuale²³. Nelle pagine che seguono si cercherà di dare atto dei diversi indirizzi formatisi sul punto.

²³ C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., pp. 85 ss. L'autore è richiamato da M. IACUANIELLO BRUGGI, voce *Patto Commissorio*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, p. 1.

2.1. La *ratio* del divieto

In via preliminare, è opportuno interrogarsi sulla *ratio* del divieto al fine di comprendere e tentare di risolvere le difficoltà dogmatiche incontrate nella ricostruzione della struttura e del suo ambito di applicazione. Come, infatti, sarà possibile apprezzare nel prosieguo della trattazione, è proprio l'individuazione della *ratio* a rivelarsi il punto nodale delle problematiche che ruotano intorno al patto commissorio. In base ad essa è possibile diversamente spiegare la natura materiale o meno della norma (nel senso cioè di ascrivere alla stessa la finalità di vietare un dato risultato economico a prescindere dalla forma giuridica concretamente adottata dai contraenti), la sua attitudine ad essere applicata anche a figure negoziali diverse nonché la liceità di istituti affini quali il pegno irregolare ed il patto marciano.

Punto di partenza è l'attuale formulazione normativa che costruisce il patto commissorio come una convenzione accessoria ad una garanzia reale nominata (o al contratto di anticresi secondo l'analoga previsione di cui all'art. 1963 c.c.), avente ad oggetto l'alienazione del diritto di proprietà del bene su cui insiste la garanzia, sospensivamente condizionata al mancato pagamento del debito²⁴. Nell'attuale configurazione legislativa, dunque, sembra che per aversi

²⁴ Ed, in effetti, i giudici di legittimità, sin dalle prime applicazioni, osservavano come “il patto commissorio ha come indefettibile presupposto l'esistenza di un'obbligazione il cui inadempimento determinerà il passaggio in proprietà del creditore della cosa datagli in garanzia. Pertanto, qualora si accerti che al momento della vendita, che si assume dissimulare un patto commissorio, la preesistente obbligazione sia stata realmente estinta, tale accertamento, facendo venir meno il presupposto del patto commissorio, lo rende logicamente e giuridicamente inconcepibile, non potendosi più verificare l'inadempimento del credito ormai estinto”; così si pronuncia Cass. Civ., 8.01.1972 n. 40, in *Giust. civ.*, Mass., 1972, p. 16.

patto commissorio occorra: l'esistenza di un'obbligazione principale da adempiere entro un certo termine; l'esistenza di un rapporto accessorio di garanzia, ossia che il debitore (o un terzo) abbia garantito il rapporto principale mediante la costituzione di pegno, ipoteca o anticresi (*ex art. 1963 c.c.*) su un bene determinato; infine, che al negozio di garanzia venga aggiunta contestualmente (patto commissorio *in continendi*) o successivamente (patto commissorio *ex intervallo*) una specifica pattuizione (quella commissoria) in forza della quale si prevede il trasferimento della proprietà del bene oggetto della garanzia del credito, per l'ipotesi di inadempimento dell'obbligazione principale entro il termine pattuito.

In presenza di questi presupposti, il rimedio che l'ordinamento predispone è quello della nullità.

Orbene, se, nella ricerca della *ratio* del divieto, si limitasse l'attenzione alla sola formulazione letterale dell'art. 2744 c.c., potrebbe ritenersi – come pure è stato fatto in dottrina – che essa risieda nell'esigenza di salvaguardia delle garanzie tipiche²⁵. E da questa lettura potrebbe derivare una interpretazione restrittiva che condurrebbe a ritenere pienamente lecita ogni forma di pattuizione diversa che, pur replicando lo schema del patto commissorio, non si affianchi alla costituzione di una garanzia sul bene negoziato²⁶.

Si vedano anche Cass. Civ., 29.4.1980 n. 2854, in *Giur. it.*, Mass., 1980, p. 717; Cass. Civ., 11.8.1982 n. 4539, in *Arch. civ.*, 1983, p. 283; Cass. Civ., 12.11.1982 n. 6005, in *Giur. it.*, Mass., 1982, p. 1438, che ha negato l'operatività del divieto del patto commissorio nel caso di trasferimento della proprietà della cosa pattuito a posteriori per soddisfare un precedente credito rimasto insoluto.

²⁵ F. GIGLIOTTI, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 184 e ss.; ID., *Patto commissorio autonomo*, cit., pp. 181 ss.

²⁶ Il riferimento è, come si vedrà nel prosieguo, al patto commissorio autonomo.

Può subito obiettarsi tuttavia che questo modo di argomentare non tenga adeguatamente conto, per un verso, della capacità del divieto *de quo* di sopravvivere nel corso di millenni, e, per altro, della diffusione nella prassi dei contratti atipici di garanzia²⁷.

Per questi motivi, la dottrina ha tentato di rinvenire un fondamento giustificativo diverso. Tre le prospettive assunte: quella non patrimonialista, quella patrimonialista e quella ordinamentale.

Nella prospettiva non patrimonialista, il patto commissorio è vietato a prescindere dalla sproporzione in quanto idoneo a minare la libertà morale del debitore. La posizione di quest'ultimo, infatti, risulterebbe caratterizzata da una condizione di debolezza data dal bisogno di accedere al finanziamento che verrebbe sfruttata dal creditore al fine di imporre una pattuizione sostanzialmente iniqua²⁸. L'art. 2744 c.c. porrebbe così una presunzione *iuris et de iure* di *debitoris suffocatio* tale per cui ogni patto commissorio è di per sé nullo indipendentemente dal rapporto di valore tra il debito garantito ed il bene

²⁷ I rilievi critici sono mossi in particolare da C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., pp. 9 e ss. e pp. 26 e ss.

²⁸ Questo è l'indirizzo seguito dalla storica pronuncia a Sezioni Unite del 3.04.1989, n. 1611, in cui la Suprema Corte, al fine di giustificare l'interpretazione estensiva del 2744 c.c., prende atto che secondo l'orientamento consolidato in dottrina e giurisprudenza “*il divieto del patto commissorio è diretto ad impedire al creditore l'esercizio di una coazione morale sul debitore, spesso spinto alla ricerca di un mutuo da ristrettezze finanziarie, con facoltà di far proprio il bene oggetto di pegno, ipoteca o dato in anticresi, attraverso un meccanismo che gli permetta di sottrarsi alla regola della par condicio creditorum*”. In dottrina si v. D. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di Diritto civile e commerciale*. Diretto da Cicu – Messineo, XII, Milano, 1971, p. 1027; V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato di diritto privato*, (a cura di) Rescigno, 19, Utet, 1985, p. 437; G. PUGLIESE, *Intorno alla validità della vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, p. 1070; F. MARTORANO, *Cauzione e pegno irregolare*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, I, p. 94; A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., p. 216; L. LORDI, *Del pegno*, in *Commentario al Codice civile*, diretto da M. D'Amelio, - E. Finzi, IV, Firenze, 1943, pp. 649 e ss.

dato in garanzia poiché posto a presidio della libera formazione della volontà negoziale del debitore.

Nella diversa prospettiva patrimonialista, invece, l'esigenza di tutela del debitore dal rischio di approfittamento emerge solo allorquando il creditore, sfruttando la sua posizione di forza, si faccia consegnare in garanzia un bene di valore superiore rispetto al credito garantito, di cui diventerà proprietario in caso di inadempimento. Il rischio che vuole scongiurarsi sarebbe dunque quello di realizzare un eccesso di garanzia patrimoniale tale da determinare un arricchimento ingiustificato del creditore. Da qui, l'accostamento tra il divieto di patto commissorio, da un lato, ed il divieto di usura cui rimanda – come abbiamo visto nel precedente paragrafo – l'origine storica dell'istituto²⁹.

Tanto l'una quanto l'altra prospettiva sono state oggetto di critica in dottrina. Per un verso, si osserva come la circostanza che il debitore sia poco avveduto, debole e in situazione di necessità risulti solo presumibile, ma non sempre effettiva, potendo, al contrario, trattarsi di un soggetto economicamente forte ed adeguatamente informato³⁰. Per altro verso, l'art. 2744 c.c. non fa alcuna menzione al requisito della sproporzione, né allo squilibrio contrattuale, lasciando intendere che il divieto operi in ogni caso, astraendo dal contenuto

²⁹ In questo ultimo senso, si vedano, in particolare: P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1977, p. 611; A. LUMINOSO, *La vendita con patto di riscatto*, in *Commentario al codice civile* diretto da P. SCHLESINGHER, Milano, 1987, pp. 242 e 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, che vi ricollega il principio per cui nel nostro ordinamento non sarebbe lecito assumere, a fronte del bisogno di denaro, sia il rischio per il perimento del bene ceduto in garanzia sia quello per l'eventuale sproporzione tra il valore del bene medesimo e l'ammontare del debito; G. CRISCENTI, *I contratti in frode alla legge*, Milano, 1996, p. 52.

³⁰ G. RISPOLI, *I Nebulosi confini del divieto di patto commissorio*, cit., p. 699.

della singola regolamentazione. L'arricchimento ingiustificato può essere considerato un elemento sintomatico del patto commissorio ma non un suo elemento costitutivo.

La principale critica mossa ad entrambe le ricostruzioni in parola è tuttavia quella che attiene all'inadeguatezza del rimedio rispetto alla natura individuale dell'interesse che si presume essere tutelato. È stato osservato, infatti, che l'esigenza di proteggere il contraente in posizione di debolezza è normalmente presidiata nell'ordinamento da un rimedio diverso da quello della nullità (l'annullamento o la rescissione) sicché l'indagine circa il fondamento del divieto dovrebbe muovere verso la tutela di interessi generali e non individuali³¹.

Sono, dunque, emerse teorie che giustificano il divieto in ottica ordinamentale.

Tra queste, particolare seguito hanno avuto quelle posizioni che fondano il divieto del patto commissorio nell'esigenza di tutela della *par condicio*

³¹ Sull'inadeguatezza della sanzione della nullità rispetto alla tutela dell'interesse individuale del debitore Cfr. C.M. BIANCA, *Il divieto di patto commissorio*, Milano, 1957, p. 202; C. VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli, 1968, p. 51; A. MORACE PINELLI, *Trasferimento a scopo di garanzia da parte del terzo e divieto del patto commissorio*, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 63 ss.; G. RISPOLI, *I Nebulosi confini del divieto di patto commissorio*, cit., p. 700; U. CARNEVALI, voce *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, pp. 500 e ss.

*creditorum*³², da un lato, e nel divieto di autotutela esecutiva, dall'altro³³. Secondo la prima opinione, il principio in base al quale tutti i creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore sarebbe irrimediabilmente sacrificato se si ammettesse la possibilità del creditore di convenire pattiziamente con il debitore un meccanismo traslativo correlato all'inadempimento. Secondo la seconda opinione citata, invece, il divieto del patto commissorio sarebbe il riflesso del monopolio statale nelle procedure esecutive. In altre parole, l'ordinamento ripudierebbe non tanto il risultato possibile, quanto il modo di perseguirlo, mostrandosi ostile ad ogni assoggettamento convenzionale del debitore all'autotutela esecutiva del creditore che potrebbe pregiudicare le garanzie processualmente predisposte dalla procedura esecutiva³⁴.

³² In tal senso v. S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, p. 298; E. BERGAMO, *Brevi note sul divieto del patto commissorio*, in *Giur. it.*, 2000, p. 1602; F. CARNELUTTI, *Note sul patto commissorio*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, II, p. 890; L. BARBIERA, *Garanzie del credito ed autonomia privata*, cit., pp. 261 e ss.; F. TALASSANO, *Divieto di patto commissorio*, in *Giur. compl. Cass. Civ.*, 1947, III, p. 368.

³² Si v. R. GENGHINI, *Patto commissorio e procura a vendere*, in *Contr. e impr.*, 1995.

³³ In tal senso 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, p. 699, in particolare l'Autore evidenzia che "La legge, in altri termini, riprova e combatte non tanto il risultato possibile, quanto il modo di perseguirlo; d'autorità, cioè, dell'interessato con sopraffazione di un altro pur consenziente: giacché tale sopraffazione è sempre possibile colà dove non giunge il controllo statale. Ma se tale è la ratio *iuris* del divieto del patto commissorio, par lecito ravvisare in esso, anziché la deroga a un contrario principio di libertà, l'espressione di un orientamento ostile a ogni assoggettamento convenzionale all'autorità esecutiva del creditore" (corsivo aggiunto); Nella stessa direzione, cfr. G. BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984, pp. 97 ss. per il quale il divieto di patto commissorio è espressione della mancanza di una libertà assoluta dell'autonomia privata in materia di autotutela esecutiva; CARNEVALI, voce *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1982, p. 501; F. MURINO, *L'autotutela nell'escussione della garanzia finanziaria pignoratizia*, Milano, 2011, p. 59.

³⁴ Si dovrebbe valorizzare la collocazione sistematica del divieto del patto commissorio, contenuto nel libro sesto rubricato "Della tutela dei diritti", che dimostrerebbe come esso

Entrambe le tesi non sono andate esenti da critiche. Avverso la prima, si è osservato che la sanzione della nullità appare un rimedio eccessivo posto che contro il rischio del compimento di atti in pregiudizio dei creditori il sistema codicistico appresta ordinariamente il rimedio dell'inefficacia relativa conseguente all'esercizio dell'azione revocatoria ordinaria. D'altra parte, si rileva come lo stesso principio della *par condicio creditorum* oggi sia messo in crisi dal moltiplicarsi di forme di "specializzazione della responsabilità patrimoniale" che renderebbero ancora più inadeguata la tutela offerta dall'art. 2744 c.c.³⁵. Ed ancora, la lesione del ceto creditorio è solo potenziale in quanto non si può asserire aprioristicamente che il patrimonio del debitore, privato del bene trasferito in funzione di garanzia, diviene sempre e comunque insufficiente a soddisfare le altre pretese creditorie.

rientri tra quegli istituti ivi previsti che, seppur diversi per struttura e funzione, hanno la medesima ratio di definire gli ambiti di intervento pubblico nella gestione del conflitto privato di matrice civilistica.

³⁵ R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale e delle cause di prelazione*, in R. Nicolò, *Raccolta di scritti*, Milano, 1993, p. 515. V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 512, propone la seguente classificazione sulle forme di limitazione della responsabilità: a) le limitazioni per la qualità dei beni (ad esempio, l'usufrutto legale dei genitori ex art. 326 cod. civ.; le impignorabilità assolute o relative ex artt. 514 ss. cod. proc. civ.); b) le limitazioni per la qualità dei creditori (ad esempio, il patrimonio dell'erede in caso di accettazione con beneficio di inventario); c) le limitazioni per la relazione tra beni e crediti (ad esempio, il fondo patrimoniale ex art. 170 cod. civ.; i beni personali dei coniugi per i debiti dei coniugi stessi ex art. 190 cod. civ.). Sulla stessa linea, E. MIGLIACCIO, *Parità di trattamento e concorso dei creditori*, Napoli, 2012, p. 85, secondo cui "in ragione della importanza, quantitativa e qualitativa delle deroghe, si afferma che si è ormai stravolto il rapporto regola/eccezione"; A. MORACE PINNELLI, *Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche*, cit., p. 17, secondo cui "l'universalità-concorsualità della responsabilità patrimoniale si stia progressivamente sostituendo un diverso sistema, caratterizzato dalla «specializzazione della responsabilità patrimoniale»".

Rispetto alla tesi che riscontra la *ratio* nel divieto di autotutela esecutiva, invece, è stato osservato come in realtà, il nostro ordinamento conosce e positivizza delle forme di autotutela esecutiva convenzionale³⁶, tra cui il pegno irregolare, la compensazione volontaria, la concessione dei beni ai creditori di cui all'art. 1977 e, più di recente, la procedura di escussione del c.d. pegno non possessorio di cui all'art. 1, comma 7, del D.l. n. 59/2016 nonché della garanzia finanziaria ex art. 5 D.Lgs. 170/2004. Anche il patto marciano, sebbene non ancora tipizzato in via generale, risponde a questa logica. E del resto, appare irragionevole invocare una presunta inderogabilità delle procedure esecutive soprattutto se si considera che le esigenze dei traffici commerciali rivelano la necessità di adottare delle forme che realizzino un più rapida ed efficiente escussione del credito³⁷.

³⁶ Al contrario, si osserva che in altri ordinamenti europei il principio di inderogabilità della esecuzione forzata giudiziale è espressamente sancito. Così, ad esempio, in Germania il §1147 del BGB prescrive che la realizzazione delle pretese creditorie sul fondo e sugli altri beni gravati dall'ipoteca avviene in via di esecuzione forzata. Analogamente, in Francia, l'art. 742 c.p.c. prevede che qualunque convenzione che stabilisca che, in caso di inadempimento, il creditore avrà la facoltà di vendere gli immobili del suo debitore senza seguire le formalità prescritte per l'esecuzione immobiliare, è nulla e si ha per non scritta.

³⁷ In questo senso si orientano i più recenti interventi legislativi anche al di fuori di un tale ambito. Si richiamano, a titolo esemplificativo, l'art. 2929 bis c.c. e, ancora, le recenti riforme del processo esecutivo. Nell'ambito più specifico della garanzia bancaria, merita menzione la proposta di direttiva presentata dalla Commissione "*Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on credit servicers, credit purchasers and the recovery of collateral*"), la quale contiene un ambizioso pacchetto di misure volte a ridurre più rapidamente i crediti deteriorati (NPLs) nel settore bancario. Nello specifico, la proposta vuole introdurre un meccanismo di esecuzione stragiudiziale accelerata dei prestiti coperti da garanzia reale (*Accelerated Extrajudicial Collateral Enforcement, AECE*). Si vuole dare la possibilità alla banca, in caso di inadempienza da parte del debitore, di realizzare rapidamente la garanzia senza adire le vie legali con un meccanismo che, per certi versi, è costruito sulla falsariga dei nuovi modelli marciari. Per un'analisi della disciplina e dei relativi tratti si rinvia a C. ANGELELLI, "*Note di confronto tra la nuova "escussione extragiudiziale delle garanzie" di cui alla proposta di direttiva del 13 marzo 2018 ed il nuovo art. 48 bis T.U.B"*", in www.dirittobancario.it.

Non è mancato chi poi ha tentato di spiegare la nullità di cui all'art. 2744 c.c. alla luce dei principi di tipicità e del *numerus clausus* dei diritti reali: il patto commissorio realizzerebbe un'alienazione in funzione di garanzia che darebbe luogo ad una forma di proprietà precaria pregiudicando in parte il potere di godere ed in parte il potere di disporre “*in modo pieno ed esclusivo*” del bene.

Di contro, tuttavia, si è prontamente obiettato, come vedremo in modo più specifico in seguito, che l'effetto traslativo si muove sul piano della titolarità della situazione giuridica soggettiva, non alterandone il relativo contenuto³⁸.

La più recente dottrina, in chiave problematica, ha invece invertito i termini del ragionamento, partendo dai confini delle figure tipizzate dal codice che appaiono in una prospettiva economica assimilabili per poi ricavarne, in via astratta e generale, la *ratio* del divieto³⁹. Si osserva, quindi, che nel nostro ordinamento vi sono una serie di norme, come l'art. 1851 c.c. sul pegno irregolare e l'art. 1197 c.c. sulla *datio in solutum*, affini al patto commissorio, ma al contrario di questo lecite, idonee a descriverne i limiti esterni. Sicché, la *ratio* dell'art. 2744 c.c. andrebbe individuata nella volontà di proteggere il debitore da due specifiche insidie: da un lato, il pericolo di subire una perdita

³⁸ D. GIGLIO, *Il divieto del patto commissorio ed il problema delle alienazioni in funzione della garanzia, alla luce delle novità introdotte dal D.L. 3 Maggio 2016 n. 59*, in *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, 2016, XIV, p. 201.

³⁹ In questi termini, A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1987, pp. 242 e ss.; A.C. PELOSI, *Sale and lease back e frode alla legge*, in *Riv. it. Leasing*, 1985, pp. 447 e 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. Due rischi individua anche F. REALMONTE, *Le garanzie immobiliari*, in *Jus*, pp. 16 e 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.

economica sproporzionata all'entità del debito, dall'altro, il rischio che il debitore, pressato dalla necessità di avere liquidità, sia indotto a vincolare un proprio bene al potere di autosoddisfacimento del creditore sperando di evitarne la perdita definitiva attraverso l'anticipato pagamento del debito.

Sebbene ciascuna delle teorie richiamate pervenga a conclusioni diverse, tutte appaiono concordi nel considerare gli artt. 2744 e 1963 c.c. norme materiali, proibitive di un determinato risultato economico, tipizzato nel loro contenuto, ma ritenuto illecito quale che sia lo strumento giuridico concretamente adoperato dalle parti per raggiungerlo. Questa lettura consente di estendere al massimo l'ambito applicativo dell'art. 2744 c.c. fino a ricomprendere tanto i c.d. patti commissori obbligatori⁴⁰ – ove, a differenza

⁴⁰ 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 della conclusione del negozio traslativo cui è obbligato il debitore, ovvero a seguito della sentenza *ex art.* 2932 c.c. Così, G. STOLFI, *Promessa di vendita e patto commissorio*, in *Foro pad.*, 1957, I, p. 767. L'opinione maggioritaria, invece, ritiene nullo anche tale patto sia perché medesima è l'esigenza di tutela del debitore e dei creditori concorrenti 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". 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 nella possibilità che il debitore con il patto commissorio obbligatorio, prima della scadenza dell'obbligazione, potrebbe alienare a terzi il bene oggetto della garanzia. In questo senso in dottrina v. C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., pp. 177 ss. e 716; F. DALMAZZO, *Divieto del patto commissorio e promessa di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. Dir. comm.*, 1958, II, p. 180; M. FRAGALI, *Del mutuo*, in *Comm. Scialoja-Branca, sub. artt. 1813-1822*, II ed., 1966, p. 249; C.M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, cit., p. 98; U. CARNEVALI, *Patto commissorio*, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 505; R. TRIOLA, *Il problema della liceità del c.d. patto commissorio obbligatorio*, in *Giur. agr. it.*, 1989, II, p. 89. In giurisprudenza cfr. App. Venezia, 5.9.1916, in *Riv. dir. comm.*, 1917, II, p. 706; App. Bari, 15.12.1955, in *Foro it.*, 1956, I, p. 1589; Cass. Civ., 24.6.1957, n. 2402, in *Giur. it.*, 1958,

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 - quanto, soprattutto, i c.d. patti commissori autonomi, ossia tutte quelle convenzioni che realizzano il medesimo scopo, pur se non accedenti ad un diritto reale di garanzia⁴¹.

In questi termini, del resto, si è espressa anche la giurisprudenza a partire dagli anni '80 allorquando si è posta la questione dell'ambito applicativo del divieto con riferimento alle c.d. alienazioni a scopo di garanzia⁴².

I, p. 463; in *Riv. dir. comm.*, 1958, II, p. 180, con nota di F. DALMAZZO, *Divieto del patto commissorio e promessa di vendita a scopo di garanzia*, in *Giust. civ.*, 1957, I, p. 1960, con annotazione di R. GRANATA; in *Foro pad.*, 1957, I, p. 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, p. 508; in *Giur. tosc.*, 1967, p. 168, in *Riv. dir. comm.*, 1967, II, p. 157; Trib. Savona, 31.12.1980, in *Giur. mer.*, 1981, p. 599; Cass. Civ. 12.11.1982 n. 6005, in *Giur. it. Mass.*, 1982, p. 1438; Cass. Civ., 9.6.1986 n. 3815, in *Giur. it. Mass.*, 1986, p. 649. Tra i sostenitori della tesi dell'illiceità del patto commissorio obbligatorio non v'è, però, unanimità di venute 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).

⁴¹ L'attribuzione patrimoniale anzidetta può, in concreto, realizzarsi attraverso l'impiego di strumenti che vanno dalla tradizionale figura della vendita con patto di riscatto, alla vendita sottoposta alla condizione sospensiva dell'inadempimento, alla figura del sale and lease back, e ad altre ancora. In argomento cfr. F. ANELLI, *Le alienazioni*, cit.; F. CARINGELLA, *Il divieto di patto commissorio "autonomo": nuovi confini e nodi ancora al pettine*, in *Corr. giur.*, 1995, I, p. 60; F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo*, cit.; ID., *Il divieto del patto commissorio*, cit., pp. 173 e ss.; S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, p. 298; G. PUGLIESE, *Intorno alla validità*, cit., p. 1064.

⁴² Il riferimento è alla sentenza 3 giugno 1983, n. 3800 delle Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione e alla sentenza successiva 3 aprile 1989 n. 1611. Si precisa che in questo arco temporale si registra una pronuncia, isolata, in cui la Suprema Corte ha escluso un'applicazione estensiva dell'art. 2744 c.c. alla vendita con patto di riscatto in funzione di garanzia ritenendo, in particolare, che la clausola di riscatto sebbene funzionalmente collegata allo scopo di garanzia non incida sull'effetto reale del contratto di vendita, si v. Cass. Civ.,

Tramite queste, l'alienante debitore e l'acquirente creditore convengono che il trasferimento della proprietà del bene oggetto del contratto si produca definitivamente solo nel caso in cui il debitore risulti inadempiente rispetto ad un pregresso rapporto obbligatorio.

Evidenti i punti di contatto con il "patto commissorio autonomo" in quanto, sebbene il bene non risulti vincolato da alcuna garanzia né reale né personale, lo scopo tipico della vendita viene utilizzato per perseguire lo scopo di garantire una data obbligazione, alla pari del patto commissorio accessorio descritto dall'art. 2744 c.c.⁴³.

Per questa ragione, appare utile soffermare l'attenzione su tali convenzioni e sul rapporto esistente tra esse ed il divieto consacrato nella norma codicistica.

12.12.1986, n. 7385, in *Foro it.*, I, 1987, p. 799. Per le successive pronunce conformi al *revirement* giurisprudenziale Cfr., *ex multis*, Cass. Civ., 4.3.1996, n. 1657, in *I Contratti*, 1996, p. 442; Cass. Civ., II sez., 23.10.1999, n. 11924, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, p. 597; Cass. Civ., 23.11.2001, n. 14911, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 471; Cass. Civ., 15.03.2005, n. 5635, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, p. 2005; Cass. Civ., 8.02.2007, n. 2725, in *Mass. Giust. civ.*, 2007; Cass. Civ., 14.09.2012, n. 15449, in *Resp. civ. prev.*, 2012, p. 2063; Cass. Civ., 3.02.2012, n. 1675, in *I Contratti*, 2012, 12, p. 1023.

⁴³ In argomento, si v. S. PUGLIATTI, *Scritti giuridici, III, 1947-1957, Diritto civile. Metodo-teoria-pratica. Saggi*, Milano, 2010, p. 516.; F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, il quale occupandosi più precisamente della cessione dei crediti a scopo di garanzia rileva come per l'orientamento dominante è ormai implicitamente o esplicitamente "ammessa l'autonoma rilevanza e meritevolezza della causa di garanzia"; Sul punto, G. D'AMICO, *Alienazioni a scopo di garanzia*, in *I contratti per l'impresa*, (a cura di) G. Gitti, M. Maugeri e M. Notari, Bologna, 2012, p. 588.

2.2. (Segue) Il rapporto tra il patto commissorio e le alienazioni con scopo di garanzia

Un'attenta analisi circa il rapporto tra le alienazioni con scopo di garanzia ed il patto commissorio impone di tenere distinto il piano del negozio traslativo dal piano di operatività del divieto⁴⁴.

Sotto il primo punto di vista, non può non considerarsi come il trasferimento delle situazioni soggettive reali a scopo di garanzia possa considerarsi nel nostro ordinamento un nodo ancora da sciogliere dal momento che ne è controversa la stessa ammissibilità⁴⁵.

⁴⁴ Si veda da ultimo, *ex pluris*, Cass. Civ., sez. III, 17.01.2020, n. 844, in banca dati *www.pluris.cedam.utetgiuridica.it*. Sul punto, S. PREVITI, *Autonomia privata e conseguenze dell'inadempimento nel contratto di sale and lease back*, *I contratti* 1/22, p. 25 ss.

⁴⁵ Così non è, invece, se si guarda agli ordinamenti stranieri, ove la figura della alienazione a scopo di garanzia è talvolta espressamente regolata dalla legge. Si pensi all'ordinamento francese, considerato dalla dottrina come "centro propulsore di quell'ampio programma di riforme che, a partire, dal XIX secolo, ha investito i paesi dell'Europa continentale". A tal proposito MEZZANOTTE, *Liberté contractuelle e droits réels (A proposito di un recente dialogo tra formanti nell'ordinamento francese)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, II, pp. 857 e ss. Con la riforma del 2006 — introdotta con *l'Ordonnance n. 346 du 23 mars 2006 (59)* — sono state eliminate le previsioni che sancivano la nullità del patto commissorio accedente il pegno e l'anticresi (artt. 2078 e 2088 *code civil*) e introdotte disposizioni che, preservando la stessa finalità prima perseguita con la previsione del divieto, ricalcano lo schema del patto marciano. Ai sensi dell'art. 2348 *code civil* può essere convenuto, al momento della costituzione *du gage* o successivamente, che in caso di inadempimento la proprietà del bene passi in capo al creditore. Si precisa, tuttavia, che il valore del bene è determinato, alla data del trasferimento, ad opera di un esperto nominato di comune accordo o dal giudice e secondo determinati criteri. Se il valore così determinato supera l'ammontare del credito garantito, la differenza deve essere pagata al debitore o da questi attribuita ad altri eventuali creditori. Analoghe disposizioni sono poi previste in tema di *nantissement de meubles incorporels* (artt. 2355 ss. *code civil*) e di *hypothèque* (artt. 2459 ss. *code civil*).

L'orientamento tradizionale⁴⁶ sfavorevole all'ammissibilità dell'alienazioni *de quibus* oppone due ostacoli di carattere dogmatico: 1) l'inidoneità della funzione di garanzia a giustificare causalmente il trasferimento della proprietà 2) il principio di tipicità e *numerus clausus* dei diritti reali.

In merito al primo profilo, si denuncia l'esistenza all'interno del sistema di negozi costitutivi di diritti reali di garanzia creati appositamente per soddisfare la funzione di rafforzamento del credito. Al di fuori delle ipotesi espressamente tipizzate, la causa di garanzia non sarebbe idonea a giustificare il trasferimento di un bene perché ciò si tradurrebbe nell'adozione di un mezzo eccessivo rispetto al fine⁴⁷.

In merito al secondo profilo, invece, si contesta la creazione in capo al creditore/acquirente di una proprietà temporanea, precaria, funzionalmente collegata all'adempimento o inadempimento del debitore e, pertanto, fortemente limitativa dei poteri di godimento e facoltà tipicamente riconosciuti

⁴⁶ Per la tradizionale e più risalente tesi nel nostro ordinamento le uniche cause legittime di trasferimento possono essere: la *causa solvendi*, la *causa donandi*, o *credendi*. Sull'inammissibilità delle alienazioni a scopo di garanzia, cfr., per tutti, S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, pp. 298 e ss.; ID., *Diritto civile. Metodo Teoria Pratica. Saggi*, Milano, 1951, pp. 334 e ss.

⁴⁷ Sull'eccedenza del mezzo rispetto allo scopo, nel senso che il risultato giuridico ottenuto mediante la conclusione del contratto eccede il reale intento delle parti, si v. F. FERRARA, *Della simulazione dei negozi giuridici*, Roma, 1992, pp. 57 e ss.; F. SANTORO – PASSERELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, p. 182; N. NITTI, voce *Negozi fiduciario*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XI, 1965, p. 204; V.M. TRIMARCHI, *Negozi fiduciario*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1987, p. 37, il quale, più precisamente, con riferimento all'alienazione fiduciaria adotta la seguente locuzione paradigmatica “nella fiducia si ha un negozio più forte per raggiungere uno scopo più debole”.

ai sensi dell'art. 832 c.c.⁴⁸. Il proprietario, infatti, è obbligato alla restituzione in caso di adempimento con la conseguenza che la proprietà di cui esso dispone sarebbe parificabile ad una proprietà fiduciaria, ossia una fiducia *cum creditore*, non ammessa nel nostro ordinamento.

Questa opinione, tuttavia, è stata confutata dai più recenti indirizzi.

Sotto il primo profilo, la dottrina⁴⁹ denuncia l'assenza di qualsivoglia fondamento nel diritto positivo circa l'inidoneità della funzione di garanzia a giustificare causalmente la fattispecie traslativa. Depone in questo senso l'esistenza di una serie di figure negoziali tipiche con indubbio profilo causale di garanzia che non si sostanziano in un negozio fiduciario e la cui ammissibilità non è mai stata messa in discussione (artt. 1851, 2803, 2800 c.c.). Sostenere il contrario, d'altronde, significherebbe introdurre un ingiustificato limite all'autonomia negoziale, ulteriore e diverso rispetto a quello, consacrato ai sensi dell'art. 1322 c.c., della meritevolezza degli interessi perseguiti.

⁴⁸ Si v. S. PUGLIATTI, *Scritti giuridici, III, 1947-1957, Diritto civile. Metodo-teoria-pratica. Saggi*, Milano, 2010, p. 516. In particolare, l'Autore muove dall'assunto che l'alienazione con funzione di garanzia si può configurare o come negozio *traslativo* o come negozio *costitutivo di garanzia*. Nel primo caso "l'innesto della funzione di garanzia influisce sugli effetti del trasferimento, e trasforma la proprietà in proprietà *fiduciaria*", nel secondo "l'investitura nella proprietà prodotta dal negozio traslativo, trasforma la garanzia (reale) pura in una garanzia più intensa" venendosi, così, a creare "alternativamente o contemporaneamente: una *proprietà attenuata* o una *garanzia rafforzata*, figure di diritti reali entrambe ignote al nostro ordinamento positivo". L'inammissibilità delle alienazioni a scopo di garanzia discenderebbe, pertanto, dalla circostanza che la stessa darebbe "luogo a due nuove figure di diritti reali, non riconosciute dall'ordinamento positivo, le quali sono poste tra loro in relazione tale per cui si influenzano a vicenda, snaturandosi correlativamente".

⁴⁹ F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, il quale occupandosi più precisamente della cessione dei crediti a scopo di garanzia rileva come per l'orientamento dominante è ormai implicitamente o esplicitamente "*ammessa l'autonoma rilevanza e meritevolezza della causa di garanzia*"; Sul punto, G. D'AMICO, *Alienazioni a scopo di garanzia*, in *I contratti per l'impresa*, (a cura di) G. Gitti, M. Maugeri e M. Notari, Bologna, 2012, p. 588.

Vi è chi⁵⁰, inoltre, pur negando l'idoneità della causa di garanzia a costituire sostrato giustificativo dell'attribuzione di un diritto di proprietà pieno e definitivo, reputa la stessa "causa sufficiente" per il trasferimento di una proprietà strumentale e precaria. Più precisamente, la strumentalità si dedurrebbe dalla stretta inerenza alle vicende del rapporto obbligatorio, la precarietà dalla sua attitudine a venir meno al tempo di estinzione dell'obbligazione garantita. In questa prospettiva, tuttavia, il rischio è quello di legittimare la creazione *ex negotio* di una situazione proprietaria funzionale all'attuazione del diritto di credito, non rispondente ai caratteri tipici descritti a norma dell'art. 832 c.c. Il *punctum dolens* tornerebbe, dunque, ad essere non già l'adeguatezza causale del negozio bensì la sua compatibilità con il principio di tipicità dei diritti reali.

Di contro, tuttavia, si è prontamente obiettato che l'effetto traslativo si muove sul piano della titolarità della situazione giuridica soggettiva, non alterandone il relativo contenuto⁵¹. Non si tratta, dunque, di un nuovo diritto reale bensì di una nuova declinazione del diritto di proprietà.

Del resto, gli effetti dell'attribuzione con causa di garanzia non comportano una conformazione dei diritti delle parti sulla *res* tale da modificare

⁵⁰ U. STEFINI, *La cessione del credito con causa di garanzia*, Padova, 2007, p. 51, nt. 148, ritiene che l'obbligo del creditore di restituzione del supero dipenda dall'avveramento della condizione parzialmente risolutiva implicitamente apposta in ogni alienazione con causa di garanzia. Secondo l'a. il fondamento giustificativo del trasferimento permea gli effetti del contratto ed il diritto trasferito, sicché la proprietà sul bene risulta sottoposta ad una doppia condizione risolutiva: "l'intero trasferimento è condizionato risolutivamente all'adempimento".

⁵¹ D. GIGLIO, *Il divieto del patto commissorio ed il problema delle alienazioni in funzione della garanzia, alla luce delle novità introdotte dal D.L. 3 Maggio 2016 n. 59*, in *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, 2016, XIV, p. 201.

il contenuto tipico del diritto reale in misura maggiore di quanto solitamente avviene in schemi negoziali nominati, quali l'alienazione sottoposta a condizione, la vendita con riserva di proprietà o con patto di riscatto.

Se, dunque, per un verso, il principio di tipicità dei diritti reali non costituisce ostacolo alla configurabilità di tali forme di alienazione, per altro verso, non può sottacersi il bisogno di assicurare forme di pubblicità idonee a rendere conoscibile all'interno del mercato la funzione di garanzia.⁵² Sotto questo punto di vista, ammettere la conclusione di un negozio traslativo con scopo di garanzia potrebbe comportare un freno all'efficiente circolazione dei beni all'interno del mercato posto che il sistema pubblicitario immobiliare è, nel nostro ordinamento, improntato ad una regola di tipicità⁵³.

E, tuttavia, può prontamente obiettarsi come, in caso di trasferimento immobiliare, la ricchezza della causa potrebbe essere debitamente pubblicizzata nel quadro D della nota di trascrizione, ove possono risultare, oltre ad eventuali condizioni e patti di natura reale, altre informazioni utili per i terzi⁵⁴.

⁵² Per un'approfondita disamina circa i rapporti tra diritti reali e sistema pubblicitario si veda U. MORELLO, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, in *Trattato dei diritti reali*, Giuffrè, Milano, 2008, vol. I, p. 75.

⁵³ Si ricorda che oggetto della pubblicità non è l'atto ma l'effetto. Così F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *Comm. del Codice Civile*, diretto da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1998, vol. I, p. 100, dove si sottolinea che non si deve confondere tra documento da esibire unitamente alla nota di trascrizione ed effetto prodotto dall'atto documentato. La trascrizione dell'atto è solo strumentale al fine di poter opporre ai terzi la vicenda circolatoria che all'atto si ricollega.

⁵⁴ Del resto, si tratta di una soluzione che è stata già prospettata dalla dottrina, prima dell'introduzione dell'art. 2645 *ter*, con riferimento al problema dell'opponibilità del *trust*.

Accogliendo quest'ultima posizione, dunque, deve sostenersi l'ammissibilità, quantomeno sul piano strutturale, di un negozio traslativo supportato da una causa di garanzia.

Ed allora, se quanto detto è vero, il rimedio della nullità opera non in virtù di un difetto strutturale bensì in ragione dell'assetto di interessi sotteso all'alienazione in garanzia che deve essere tale da essere sussunto nel giudizio di disvalore consacrato dall'art. 2744 c.c.

Del resto, in questi termini si è espressa la giurisprudenza allorquando si è interrogata sull'ammissibilità delle alienazioni con funzioni di garanzia.

In una prima fase, la giurisprudenza riteneva tali tipologie di accordi nulli solo se sottoposti alla condizione sospensiva di inadempimento e non anche invece se sottoposti alla condizione risolutiva di adempimento. Ai fini dell'operatività del combinato disposto dell'art. 1418 e 2744 c.c., infatti, si riteneva rilevante l'applicazione di un criterio di carattere temporale sicché solo la postergazione dell'effetto traslativo al momento dell'inadempimento determinava un'alterazione della causa tipica della compravendita (scambio di cosa contro prezzo) inidonea a fondare il trasferimento. Tale prospettiva mirava, infatti, ad evitare al debitore pressioni nella fase dell'adempimento, ogniquale si replicasse di fatto lo stesso assetto di interessi proprio del patto commissorio descritto dalla norma codicistica⁵⁵.

⁵⁵ Di tutt'altro avviso era la dottrina che già nel corso degli anni cinquanta negava che l'intento pratico del rafforzamento del credito potesse essere perseguito attraverso lo schema negoziale della vendita. Così, C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., pp. 117 e ss.

Questa ricostruzione è stata, dapprima, contestata in dottrina e, successivamente, confutata nelle sentenze dei giudici di legittimità.

Il punto di partenza del superamento dell'orientamento interpretativo originario si rintraccia nella nota pronuncia della Corte di Cassazione, n. 3800 del 3 giugno 1983, seguita poi da altre due pronunce di poco successive: l'una a Sezioni Unite del 3 aprile 1989, n. 1611, e a breve distanza l'altra del 29 aprile, n. 1907⁵⁶.

Si è evidenziato come il momento del trasferimento del bene non sia in grado di incidere sull'assetto di interessi sotteso all'operazione negoziale, dovendosi, al contrario, valorizzare la reale intenzione perseguita dalle parti.

Individuata la *ratio* del divieto di cui all'art. 2744 c.c. nella necessità di proteggere il debitore da illecite coercizioni del creditore e di assicurare, al contempo, la garanzia della *par condicio creditorum*, i giudici di legittimità hanno concluso nel senso dell'estensione del rimedio della nullità ogniqualvolta le parti si accordino per perseguire un tale risultato vietato, pur tramite l'uso di schemi contrattuali diversi da quelli indicati⁵⁷.

⁵⁶ Il riferimento è precisamente Cass. Civ., 3.10.1983, n. 3800, in *Foro it.*, 1984, I, c. 212, con nota di F. MACARIO; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, p. 97 con nota di V. ROPPO, *Patto di riscatto. Patto commissorio*; in *Giust. civ.*, 1983, I, pp. 2953 e ss., con nota di G. AZZARITI, *Principi innovativi sul patto commissorio*. In senso conforme le due sentenze gemelle; Cass. Civ., Sez. Un., 3.04.1989, n. 1611, in *Corr. giur.*, con nota di V. MARICONDA, *Le Sezioni Unite dichiarano la nullità delle alienazioni in garanzia*, 1989, 5, pp. 522 e ss. e Cass. Civ., Sez. Un., 21.04.1989, n. 1907, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 1821, con nota di M. COSTANZA, *Sulle alienazioni in garanzia e il divieto del patto commissorio*.

⁵⁷ Molti Autori, così come gran parte della giurisprudenza, definiscono gli artt. 2744 e 1963 c.c. delle norme *cc.dd. materiali* giacché vietano alle parti di raggiungere un determinato risultato economico a prescindere dallo schema negoziale adottato. Sul punto si v. G. PUGLIESE, *Nullità del patto commissorio e vendita con patto di riscatto*, in *Giur. compl. Cass. Civ.*, 1945, 1, p. 160; M. FRAGALI, *Del mutuo*, in *Comm. del cod. civ.*, (a cura di) Scialoja e Branca, Libro IV, Bologna – Roma, 1966, p. 234; A. LUMINOSO, *Patto commissorio patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1, p. 14.

A prescindere dal momento del trasferimento del diritto e della struttura negoziale prescelta, l'intento di rafforzamento del credito non costituirebbe motivo, bensì causa del trasferimento; causa ritenuta inconciliabile con quella della vendita.

Nell'opinione della Suprema Corte, è la colorazione causale ad essere di per sé sufficiente a rivelare un intento elusivo del divieto sancito dall'art. 2744 c.c. cosicché l'alienazione di un diritto in garanzia dovrebbe sempre ritenersi nulla, non rilevando il momento immediato o differito della produzione dell'effetto traslativo. In ambedue i casi – si legge nella motivazione delle sezioni unite – “si realizza [...] un onere per il debitore, identico a quello che la legge vuol evitare, allorché detta il divieto del patto commissorio, con la conseguenza che le due situazioni impongono allo stesso modo l'intervento della tutela legislativa in favore del debitore privato della libertà di contrattare” sicché opera il rimedio della nullità in virtù del combinato disposto degli artt. 1344 c.c. e 2744 c.c.

Un'applicazione pedissequa del principio avrebbe dunque dovuto condurre la giurisprudenza ad escludere la validità di ogni forma di trasferimento legata all'inadempimento, così determinando una *reductio ad unitatem* tra alienazioni in funzione di garanzia e patto commissorio vietato⁵⁸.

⁵⁸ V. Cass. 17 aprile 2014, n. 8957, in www.leggiditalia.it, afferma che “il divieto del patto commissorio si estende a qualsiasi negozio che venga impiegato per perseguire il risultato concreto, vietato dall'ordinamento dell'illecita coercizione del debitore a sottostare alla volontà del creditore, accettando preventivamente il trasferimento di proprietà di un suo bene come conseguenza della mancata estinzione del debito. Ciò che assume rilievo, pertanto, è il profilo funzionale dell'operazione”; pressoché identico è il periodare di Cass. 20 febbraio 2013, n. 4262, in *Giur. it.*, 2013, 10, p. 2023, con nota di G. RISPOLI; Cass. 12 gennaio 2009, n. 437, in *Giur. it.*, 2009, 8-9, pp. 803 e ss. con nota di M. GALATI, di Cass. 2 febbraio 2006,

E tuttavia così non è stato, come dimostra il tenore delle ultime sentenze in cui gli stessi giudici di legittimità, sebbene non si siano sottratti dal ribadire la rilevanza del profilo funzionale ai fini dell'accertamento della violazione del divieto del patto commissorio, hanno dichiarato nulle solo quelle alienazioni di garanzia connotate da un'effettiva sproporzione tra il valore della cosa e l'ammontare del credito. L'evoluzione del contesto valoriale testimonia che il bene della libertà dispositiva del debitore è sì meritevole di tutela ma non in termini assoluti bensì solo ove la sua incisione derivi da un'operazione negoziale quantitativamente sproporzionata. Pertanto, l'operatività del divieto del patto commissorio entra in gioco solo se ed in quanto l'alienazione di garanzia sia costruita dalle parti in modo tale da esporre il debitore ad un indebito sacrificio in ragione della differenza tra il valore del bene e l'importo del credito residuo garantito.

Si badi che la considerazione secondo cui il divieto di patto commissorio sanziona un determinato assetto di interessi indipendentemente dallo schema negoziale adottato prescinde dalla funzione che voglia attribuirsi a questa convenzione. Infatti, ammessa in astratto la stipula delle alienazioni in funzioni di garanzia, sia che si voglia attribuire al patto commissorio una funzione di

n. 2285, in *www.leggiditalia.it*; e di Cass. 19 maggio 2004, n. 9466, in *www.leggiditalia.it*. V. poi Cass. 23 novembre 2001, n. 14911, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 471, con nota di F. BELLAFIORE, secondo cui “il divieto del patto commissorio ha lo scopo di evitare la coazione derivante dall'alternativa tra l'adempire un'obbligazione [...] e il subire altrimenti la perdita di un bene”. In senso simile, v. infine Cass. 5 marzo 2010, n. 5426, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, 3, p. 329, secondo cui ogni alienazione con causa di garanzia deve ritenersi elusiva del divieto sancito dall'art. 2744 c.c. in quanto “la coartazione del debitore, preventivamente assoggettatosi alla discrezione del creditore, per l'ipotesi dell'inadempimento del debito, deve ritenersi *in re ipsa*, non disponendo il medesimo [...] di alcuna possibilità di evitare la perdita di proprietà del bene costituito in sostanziale garanzia”.

garanzia, sia che voglia attribuirsi ad esso altra funzione, si deve convenire con l'idea che il patto commissorio non sia nullo in ragione della struttura bensì in ragione del concreto assetto di interessi che le parti pongono in essere – considerazione questa che tornerà utile nella parte dell'indagine dedicata alla costruzione del marciano di diritto comune.

2.2.1. La funzione del patto commissorio: il passaggio dalla funzione di garanzia a quella rimediale

I dubbi inerenti agli esatti confini del divieto di patto commissorio si moltiplicano nel momento in cui si estende l'indagine dal piano della individuazione delle *rationes* al piano funzionale.

Come anticipato si contendono in dottrina opposte visioni, l'una che ravvisa nel patto commissorio gli estremi di un'alienazione in funzione di garanzia, le altre che individuano la sua funzione in profili diversi, specificamente in quella solutoria ovvero di autotutela esecutiva.

Preliminarmente, allora, si reputa opportuno chiarire cosa si intenda per funzione di garanzia, funzione solutoria e per autotutela esecutiva, precisando sin d'ora che si tratta di concetti non unanimemente interpretati dalla dottrina⁵⁹.

Quanto alla prima, occorre considerare che, nel rapporto obbligatorio, il concetto di garanzia viene in rilievo in almeno due accezioni: nel suo significato

⁵⁹ Per la ricostruzione completa dell'evoluzione dottrinale in materia dei tratti distintivi della funzione di garanzia e funzione solutoria si rinvia a N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., pp. 98 e ss.

generico, essa rileva nell'ambito della responsabilità patrimoniale, tanto come assoggettamento del patrimonio del debitore alle procedure di espropriazione forzata quanto come soggezione a una perdita economica per la soddisfazione di un soggetto in base a determinati eventi; in un significato più specifico, essa riguarda i mezzi diretti a fornire al creditore una tutela più intensa rispetto a quella che la legge gli accorda sulla base del vincolo obbligatorio inadempito. In quest'ultima accezione, per l'orientamento prevalente la funzione di garanzia connoterebbe gli istituti negoziali o legali che *“risultano idonei a rafforzare l'aspettativa di realizzazione del credito, «aggiungendo» elementi ulteriori rispetto a quelli che l'ordinamento ricollega ex lege alla presenza di un rapporto obbligatorio”*⁶⁰. Se nella garanzia generica è dato rinvenire due topologie di vincoli giuridici cui corrispondono altrettanti rapporti (un rapporto giuridico primario a cui si affianca in rapporto secondario volto a stabilire la sanzione della regola posta a salvaguardia del primo), nella garanzia specifica emerge un terzo rapporto che è quello chiamato ad assolvere la funzione di ulteriore rafforzamento del rapporto di partenza.

La funzione solutoria, invece, si riscontra in quegli strumenti, anche diversi dall'adempimento, che realizzano, senz'altro, la pretesa finale del creditore⁶¹.

⁶⁰ V. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 106. Nello stesso senso cfr. A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, cit., p. 19; A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999, pp. 35 e ss.; F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., pp. 440 e ss. e p. 89.

⁶¹ In questa direzione cfr. A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, cit., p. 19; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, p. 109 e *ivi* riferimenti bibliografici. In particolare, l'Autore definisce la funzione solutoria come *“la soddisfazione dell'interesse finale sottostante il lato attivo del rapporto obbligatorio,*

Quanto al concetto di autotutela esecutiva, secondo la prevalente opinione essa consiste nell'applicazione stragiudiziale dei rimedi che attuano il contenuto del diritto nell'esatta estensione e consistenza che esso presentava al momento della sua costituzione⁶². Sebbene essa incida sull'area di soddisfacimento del diritto, essa resta estranea a quella dell'adempimento in senso tecnico. Quest'ultimo, infatti, è una via per giungere al risultato di soddisfacimento dell'interesse creditorio che si attua mediante la realizzazione di un fatto che è riconducibile alla sfera giuridica del debitore. Diversamente, nel contesto dell'autotutela esecutiva, il soddisfacimento dell'interesse del creditore si esplica mediante l'esercizio da parte del creditore di un potere nei confronti del debitore inadempiente. Questo potere può avere fonte legale o convenzionale⁶³.

Rilevanti gli effetti che derivano dall'una e dall'altra funzione sul piano dell'esistenza dell'obbligazione: infatti, mentre lo strumento di garanzia, al pari dello strumento di autotutela, non estingue l'obbligazione e, dunque, la responsabilità patrimoniale generica *ex art. 2740 c.c.* (il creditore garantito insoddisfatto può aggredire gli altri beni del debitore), al contrario, l'atto

indipendentemente dalla compresenza nel fatto solutorio di un atto di adempimento dell'obbligo" riportando le parole di L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971, p. 178.

⁶² C.M. BIANCA, *Autotutela*, in *Enc. Dir.*, aggi. Iv, 2000, pp. 136 s. Per un inquadramento del patto commissorio nell'ambito della c.d. autotutela esecutiva v. anche G. BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984, pp. 98 ss., pp. 128 e ss., pp. 148 e ss.

⁶³ E. DE BELVIS, *L'esecuzione privatizzata*, ESI, Napoli, 2018, pp. 288 e ss.

solutorio elide l'obbligazione e con essa l'operare della responsabilità patrimoniale⁶⁴.

Premesse queste brevi notazioni, può ora affrontarsi la questione relativa alla funzione cui assurge il patto commissorio.

Una prima opinione attribuisce alla convenzione commissoria una funzione di garanzia di talché la questione circa l'ammissibilità della prima si sovrappone con la questione – analizzata nel paragrafo precedente – relativa all'ammissibilità delle alienazioni in funzione di garanzia. Si osserva, infatti, che nello schema legislativo il patto commissorio configura una alienazione sospensivamente condizionata all'inadempimento del debitore ove il trasferimento della proprietà costituisce garanzia del credito⁶⁵. L'*iter* logico seguito dall'orientamento in parola parte dalla considerazione secondo cui l'alienazione programmata con il patto commissorio attribuisce *medio tempore*, cioè già prima del verificarsi dell'inadempimento, una posizione di preferenza al creditore beneficiario in quanto essa si produce già in forza dell'accordo concluso. Avveratasi la condizione dell'inadempimento dell'obbligazione garantita, il trasferimento della proprietà si risolve nel potere di auto-

⁶⁴ Da qui l'importanza non meramente teorica, ma anche pratica di comprendere quando un negozio abbia funzione solutoria o, al contrario, di garanzia.

⁶⁵ Si v. C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., pp. 136 e ss.; G. TUCCI, *Garanzia. Diritto comparato e straniero*, in *Enc. dir.*, XIV, Roma, 1989, p. 1; D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, XIX, Milano, 1956, pp. 4 e ss.; M. FRAGALI, *Garanzia e diritti di garanzia*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 453. In senso opposto cfr. F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Napoli, 1997, p. 124 e *ivi* nota n. 126 il quale pur non escludendo che il patto commissorio autonomo possa avere una funzione generica di garanzia ritiene che essa non possa mai rivestire il fondamento causale della convenzione, più precisamente afferma che il patto commissorio autonomo avrebbe sempre “una funzione diversa dalla (semplice) garanzia, ponendosi come alternativa alle conseguenze dell'inadempimento”.

soddisfacimento del creditore, indipendentemente o meno dall'esistenza di altra garanzia tipica. Ed è proprio un tale effetto che si ritiene non essere tollerato dall'ordinamento in quanto incompatibile con lo statuto delle garanzie reali⁶⁶. Si arriva dunque a sostenere che ciò che il divieto sanzionerebbe sono proprio le alienazioni in garanzia *tout court*, ossia vieterebbe che il diritto reale di garanzia possa, per volontà delle parti, espandersi in proprietà⁶⁷.

Questa opinione è confutata da quegli indirizzi dottrinali che, invece, attribuiscono al patto commissorio una funzione diversa, taluni di carattere solutorio, in considerazione dell'effetto estintivo dell'obbligazione garantita⁶⁸,

⁶⁶ La tutela offerta dal meccanismo commissorio “*si presenta con un grado di intensità che è addirittura equivalente a quello della tutela offerta dagli istituti di garanzia per eccellenza, cioè il pegno e l'ipoteca*”, C.M. BIANCA, *Il divieto di patto commissorio*, cit., p. 115.

⁶⁷ Si v. C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., pp. 136 e ss.; G. TUCCI, *Garanzia. Diritto comparato e straniero*, in *Enc. dir.*, XIV, Roma, 1989, p. 1; D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, XIX, Milano, 1956, pp. 4 e ss.; M. FRAGALI, *Garanzia e diritti di garanzia*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 453. In senso opposto, cfr. F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Napoli, 1997, p. 124 e *ivi* nota n. 126 il quale pur non escludendo che il patto commissorio autonomo possa avere una funzione generica di garanzia ritiene che essa non possa mai rivestire il fondamento causale della convenzione, più precisamente afferma che il patto commissorio autonomo avrebbe sempre “*una funzione diversa dalla (semplice) garanzia, ponendosi come alternativa alle conseguenze dell'inadempimento*”.

⁶⁸ Sul punto si precisa che il patto commissorio può accedere sia ad un'alienazione a scopo di garanzia (svolgendo funzione esclusivamente solutoria) che ad una garanzia reale tipica (pegno o ipoteca, realizzando una funzione sia solutoria che traslativa). In entrambi i casi, dunque, il patto produrrebbe un effetto satisfattivo, cfr. F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., pp. 429 e ss. e p. 98, sempre sulla natura solutoria della stipulazione commissoria; G. BUONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984, pp. 141 e ss. Parte della dottrina ha ritenuto di non poter concettualmente separare la causa di garanzia da quella solutoria essendo quest'ultima così strettamente legata alla prima da esserne assorbita. In altri termini, le garanzie reali sarebbero strutturate in modo da realizzare il soddisfacimento del creditore implicando, pertanto, inevitabilmente un effetto satisfattivo con conseguente rapporto di continenza tra meccanismi di garanzia e solutori. In tale direzione v. A. SASSI, *Garanzia del credito*, cit., p. 81, in senso opposto, cfr. N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., pp. 116 e ss. il quale rileva la necessità di scindere funzionalmente, strutturalmente e concettualmente gli strumenti di garanzia da quelli solutori.

talaltri di autotutela esecutiva, individuando in esso uno strumento di realizzazione del credito rapido ed efficace⁶⁹.

Invero, un'attenta analisi del meccanismo di funzionamento del patto commissorio, sia esso autonomo, sia esso accessorio, conduce l'interprete a riscontrare in esso una complessità funzionale che prescinde dal piano della garanzia in senso tecnico.

Come anticipato, può parlarsi di garanzia in senso tecnico solo in presenza di strumenti che risultano idonei a rafforzare l'aspettativa di realizzazione del credito, aggiungendo elementi ulteriori rispetto a quelli che l'ordinamento collega alla presenza di un rapporto obbligatorio, aventi carattere sussidiario. In queste rientrano tanto gli strumenti che destinano determinati beni alla soddisfazione di un credito, attribuendo al creditore la titolarità di una situazione soggettiva di natura reale attraverso la quale disporre anche di un diritto di prelazione sugli altri creditori, quanto strumenti che estendono la responsabilità patrimoniale e la garanzia generica per l'adempimento di una determinata obbligazione anche ad altri soggetti, come avviene nelle garanzie personali.

Il patto commissorio non è ascrivibile né sul piano della struttura né sul piano degli effetti a nessuno dei due modelli. Non è sovrapponibile al modello della garanzia personale posto che il rafforzamento della posizione del creditore

⁶⁹ A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 6, p. 104, in particolare l'Autore ritiene di dovere precisare che l'affermazione secondo la quale la prestazione in luogo dell'adempimento ed il patto commissorio condividerebbero la funzione solutoria, contenuta in un precedente contributo, (v. Id. *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di tutela*, cit., p. 20) debba essere intesa nel senso di voler disconoscere una funzione di garanzia al patto commissorio a favore di quella *latu sensu* solutoria.

passa attraverso un meccanismo traslativo e non, invece, per il tramite dell'affiancamento del patrimonio di un terzo soggetto. E tuttavia, pur riscontrandosi un meccanismo traslativo, non può comunque assimilarsi il patto commissorio alle garanzie reali né dal punto di vista strutturale in quanto, anche nel caso di patto commissorio accessorio, la tutela rafforzata del diritto di credito si giustifica in ragione della posizione soggettiva reale né dal punto di vista funzionale, poiché l'esecuzione del meccanismo traslativo attivata dall'inadempimento comporta una possibilità aggiuntiva per lo stipulante che coincide con il diritto dell'acquirente alla proprietà del bene. In altri termini, la tutela del creditore ruota esclusivamente intorno all'esistenza in suo capo della titolarità del bene.

Esclusa la sussumibilità del patto commissorio nelle forme delle garanzie nominate, potrebbe allora sostenersi la correttezza di quelle posizioni che individuano la *ratio* del divieto proprio nel bisogno di preservare il principio di tipicità dei diritti reali di garanzia.

Questa conclusione, però, non sembra condivisibile perché tralascia di considerare il momento in cui opera il patto commissorio. Come evidenziato da autorevole dottrina⁷⁰, l'attribuzione commissoria non intende sostituire o

⁷⁰ Il riferimento è a D. RUSSO, *Oltre il patto marciano*, Napoli, 2017, pp. 183 e ss., cit., spec. 118 e ss. L'A. rileva che la funzione del patto commissorio ha un carattere complesso, perché sintetizza «una funzione sostitutiva dell'obbligo risarcitorio legale con una attribuzione patrimoniale di fonte negoziale e carattere forfettariamente compensativo». Quindi, «si sostanzia in una *species* del *genus* patto penale» e presenta, come «tratti specializzanti, l'incidenza su di un rapporto di garanzia e l'efficacia reale» (*ibidem*, 122). Precisamente si tratta di un «patto penale... con funzione "autoesecutiva" istantanea» (*ibidem*, 130). Dunque, non si afferma la funzione solutoria e, però, si nega che l'alienazione commissoria abbia una funzione di garanzia, in quanto si tratta di un negozio che «si innesta» nella funzione di garanzia ed è però «autonomo» rispetto a questa. Il patto commissorio, allora, avrebbe una

integrare l'obbligazione principale al pari di una garanzia in quanto non si esprime nella fase fisiologica del rapporto bensì sul presupposto dell'inadempimento. In altri termini, il patto commissorio svolge la propria funzione solo successivamente all'esaurimento della funzione di garanzia che, seppur esistente, si realizza su un piano essenzialmente obbligatorio. L'assetto di interessi avuto di mira dalle parti dell'obbligazione concerne, infatti, la destinazione con effetti reali di un bene del debitore in una fase antecedente la scadenza del termine di adempimento al soddisfacimento del credito ove si verifichi l'inadempimento⁷¹.

In questo senso, sembra meritevole di accoglimento quella opinione che, pur evidenziando la stretta interdipendenza esistente tra la funzione di garanzia e la funzione di successivo soddisfacimento del credito, tiene ben distinti i due piani.⁷² Se per un verso, è innegabile che affinché la garanzia realizzi il suo scopo ultimo, che è quello della soddisfazione dell'interesse del creditore, abbia bisogno di uno strumento solutorio, quest'ultimo si colloca su un piano diverso che è quello dell'effettivo soddisfacimento secondario del credito. La garanzia, infatti, svolge ed esaurisce la sua funzione nel momento in cui offre al creditore strumenti supplementari ed ulteriori rispetto a quelli ordinari che assicurano il

funzione quiescente destinata ad attivarsi solo nel momento in cui dovesse verificarsi l'inadempimento (*ibidem*, 119).

⁷¹ In questo senso, riecheggia la *distinzione* tra *Schuld* e *Haftung*, *cfr.* per la cui ricostruzione si rinvia a A. DI MAJO, *Debito e patrimonio nell'obbligazione*, in G. Grisi (a cura di), *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto*, Jovene, Napoli, 2014, pp. 23-24; sull'incidenza del dibattito circa i rapporti tra *Schuld* e *Haftung*, per un verso sulla costruzione del rapporto obbligatorio e, per altro verso, sulla configurazione della responsabilità patrimoniale, *cfr.* anche G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata*, *cit.*, spec. pp. 58 e ss.

⁷² Si veda ancora una volta D. RUSSO, *Oltre il patto marciano*, *cit.*

soddisfacimento del credito nel senso che questo, proprio in virtù delle garanzie, ha maggiori chances di soddisfacimento.

E ciò, del resto, è testimoniato da una duplice circostanza. Anzitutto, vi sono alcuni schemi solutori utilizzabili indipendentemente dalla esistenza di situazioni aventi funzione di garanzia. Secondariamente, non può non rilevarsi come il meccanismo solutorio, sul piano fattuale, sia momento meramente eventuale della fattispecie del credito assistito da garanzia.

L'assonanza tra lo schema commissorio e la garanzia è, dunque, solo di tipo descrittivo e si poggia su una generica funzione di rafforzamento del credito che astrattamente può essere assolta da entrambi gli istituti. Sebbene il patto commissorio si innesti sulla garanzia, infatti, esso è naturalmente orientato a svolgere la sua funzione dopo quest'ultima, ossia nel momento in cui, verificatosi l'inadempimento, occorre assicurare il soddisfacimento del creditore.

La funzione del patto commissorio deve allora essere rintracciata valorizzando altri profili.

Taluni, come anticipato, sottolineando la funzione satisfattiva dell'interesse del creditore, ravvisano nel patto commissorio una funzione solutoria in senso stretto. In questa prospettiva, il meccanismo traslativo che si attua tra debitore e creditore consentirebbe a quest'ultimo di soddisfare l'interesse sotteso al rapporto obbligatorio, determinando la sua estinzione⁷³.

⁷³ CIPRIANI N, cit., il quale evidenzia che il patto commissorio è sempre una clausola che accede ad un autonomo e distinto negozio di garanzia. Quest'ultimo può essere tanto un negozio costitutivo di pegno, o dell'anticresi, ma può anche essere un'alienazione a scopo di garanzia o un negozio con struttura complessa piegato alla medesima finalità. In entrambi i

Tale ricostruzione, però, non sembra tener adeguatamente conto del fatto che per il tramite del patto commissorio le parti non vogliono evitare l'inadempimento ma regolarne le conseguenze sul presupposto della sua avvenuta verifica. E ciò, come rilevato da autorevole dottrina, già esclude la plausibilità delle tesi che riconducono il fenomeno in questione alla vendita condizionata al prezzo pari al debito, all'obbligazione alternativa o *facultate solutionis*, nonché quelle tesi che lo riconducono sul piano della *datio in solutum*. Sebbene l'accordo *de quo* venga stipulato in un momento precedente all'inadempimento, infatti, esso si proietta sul piano della responsabilità e della sua attuazione e mira a soddisfare interessi diversi rispetto a quelli che verrebbero realizzati per il tramite dell'adempimento.

In altri termini, è destinato a rimanere in una situazione per così dire di quiescenza fintantoché non si verifichi una situazione patologica che impedisce la soddisfazione dell'interesse creditorio. Verificatasi questa situazione, infatti, il creditore ha interesse a conseguire il vantaggio economico funzionale a compensare la situazione di mancato adempimento dell'obbligazione. L'appropriazione del bene da parte del creditore trova, dunque, il suo fondamento nell'intento di consentire al primo di soddisfare in autotutela il credito inadempito laddove non vi sia una spontanea iniziativa del debitore. In particolare, come ben evidenziato da una parte della dottrina⁷⁴, questo risultato è conseguito tramite un congegno negoziale la cui operatività si articola in due

casi, il patto commissorio legittimerebbe una alienazione solutoria in quanto consentirebbe al creditore di acquistare una titolarità piena ed attuale sul bene.

⁷⁴ E. DE BELVIS, *L'esecuzione privatizzata*, ESI, Napoli, 2018, pp. 288 e ss.

fasi: la prima, di carattere cautelare, in quanto consente di imprimere al bene un vincolo reale di destinazione al soddisfacimento del credito che fonda in capo al creditore beneficiario un diritto all'acquisto eventuale; la seconda, che ha come presupposto minimo l'inadempimento, che mira al soddisfacimento autonomo e diretto del credito. E ciò avviene indipendentemente dalla costituzione di un vincolo di garanzia, tipica o atipica, proprio perché l'intento delle parti non è solo quello del rafforzamento del credito ma della realizzazione coattiva del rapporto obbligatorio.

Quanto detto dovrebbe, dunque, bastare a ricondurre il patto commissorio nell'ultima delle categorie richiamate, ossia quella dell'autotutela⁷⁵. Infatti, tramite il meccanismo commissorio, senza che occorra alcuna attività del debitore né l'intervento dell'organo giudiziale, l'attività del creditore si dimostra necessaria e sufficiente da sola a realizzare l'assetto di interessi divisato con il debitore al momento della stipulazione il quale è a sua volta idoneo a realizzare coattivamente il credito.

In verità, ascrivere al patto commissorio la natura di strumento di autotutela potrebbe prestarsi all'obiezione di far riemergere quell'opinione che individua la *ratio* dell'istituto nel monopolio dello stato nelle procedure esecutive.

Tuttavia, come evidenziato da parte della dottrina, questa conclusione non sembra essere pienamente condivisibile poiché, come già anticipato, non si

⁷⁵ A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, cit., pp. 10 e ss., spec. pp. 22 ss., *ivi* indicazioni di dottrina.

porrebbe in linea con l'attuale tendenza legislativa ad introdurre nuovi strumenti di autotutela⁷⁶. E del resto, sono dati casi in cui il creditore ipotecario, pignoratizio, anticretico o chirografario può legittimamente realizzare il diritto sotteso alla garanzia reale specifica o alla garanzia patrimoniale generica senza la mediazione di organi dello stato e il ricorso alle procedure di esecuzione coattiva procedimentalizzate dalla legge.

La conseguenza che se ne trae è dunque che, nonostante il disposto dell'art. 2744 c.c., figure negoziali da cui discendono modalità di escussione del credito che costituiscono in capo al creditore diritti di vendere, di appropriarsi o di ritenere e, finanche di utilizzare il bene oggetto dell'accordo con il debitore, non hanno automaticamente causa illecita. Ed allora la ragione del disvalore del patto commissorio deve essere individuata non nella sua natura di strumento di autotutela in quanto tale bensì, piuttosto, nelle particolari modalità attraverso cui il potere di soddisfacimento della pretesa creditoria è esercitato. E questo perché il patto commissorio consegna uno strumento di ristoro convenzionale autosatisfattivo, sul bene già in garanzia, che non lascia il tempo di effettuare controlli o nuovi contemperamenti degli interessi e di reagire prima che l'effetto si produca. Il che può apparire incongruo ancor più laddove il bene oggetto di appropriazione sia infungibile.

Ciò che è ripudiato dall'ordinamento è la stipula di un patto che attribuisca al creditore un potere traslativo automatico ed immediato al

⁷⁶ A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, cit., il quale evidenzia come, accanto alle figure già previste nel codice civile ve ne sono altre, introdotte più di recente dal legislatore, cui sarà dedicato il secondo capitolo del suddetto lavoro.

verificarsi del fatto dell'inadempimento. E questo perché siffatto incontrollato potere, caratterizzato dalla realtà e dalla retroattività, si scontra con due esigenze fondamentali: da un lato, quella di garantire il rispetto della proporzionalità e, dall'altro, quella di consentire la risoluzione dei conflitti di interesse, normalmente emergenti nel corso delle procedure esecutive, che coinvolgono tanto la posizione del debitore quanto quella degli altri creditori.

Quanto detto ha almeno due risvolti che saranno utili nella delimitazione dell'ambito applicativo del divieto di cui all'art. 2744 c.c. e che saranno più approfonditamente analizzati nel prosieguo. Da un lato, si conferma la circostanza secondo cui l'esistenza del patto commissorio prescinde dalla conclusione di un negozio di garanzia in senso tecnico, essendo, al contrario sufficiente il collegamento funzionale tra l'inadempimento dell'obbligazione e lo strumento satisfattivo. Dall'altro, non sembra che il bisogno di tutela che giustifica l'attivazione del rimedio della nullità nel patto commissorio sia presente nella contigua fattispecie marciana posto che, come vedremo, in quest'ultimo caso il congegno di autosoddisfacimento del credito è strutturato in modo tale da consentire un adeguato controllo esterno sulla sua operatività.

2.2.2. Effetti della violazione dell'art. 2744 c.c.

Secondo il disposto dell'art. 2744 c.c. la convenzione stipulata in violazione del divieto del patto commissorio è nulla.

Lo studio del rimedio connesso alla violazione del divieto del patto commissorio conduce l'interprete a ragionare su due diversi profili. Il primo è specificamente rivolto a verificare in virtù di quale norma possa estendersi la conseguenza della nullità rispetto al patto commissorio autonomo. Il secondo attiene, invece, alle conseguenze della nullità del patto commissorio sul contratto da cui deriva l'obbligazione garantita.

Partendo dalla prima questione problematica, occorre chiedersi se l'intento perseguito dalle parti realizzi una violazione diretta dell'art. 2744 c.c. per contrarietà della causa a norma imperativa, *ex art.* 1343 c.c., oppure una violazione mediata *ex art.* 1344 c.c.

La tematica si ricollega all'esatta individuazione di causa del contratto: se si ritiene corretta l'impostazione tradizionale secondo cui le parti adottano in tal caso uno schema negoziale astrattamente lecito per conseguire un risultato vietato dall'ordinamento, il negozio di volta in volta concluso rappresenta il mezzo che le parti utilizzano per eludere l'applicazione di una norma imperativa, quale appunto l'art. 2744 c.c., con conseguente applicazione dell'art. 1344 c.c.

Diversamente, aderendo all'orientamento più moderno secondo cui la causa va valutata in concreto, si potrebbe ritenere corretta la prospettazione di quanti intravedono nel patto commissorio una violazione diretta dell'art. 2744 c.c. con conseguente applicazione dell'art. 1343 c.c.

La Suprema Corte, con la decisione del 1983⁷⁷, ha ragionevolmente ribadito che ove le parti abbiano posto in essere un'alienazione commissoria mediante l'adozione di contratti atipici l'operazione negoziale è nulla per illiceità della causa. Diversamente, ove le stesse abbiano utilizzato contratti tipici, formalmente leciti, quale negozio- mezzo per raggiungere il risultato vietato dall'art. 2744 c.c., la giustificazione della nullità andrebbe ricondotta allo schema del negozio in frode alla legge ex art. 1344 c.c. (c.d. illiceità indiretta).

Tuttavia, la dottrina⁷⁸ ha contestato questo modo di ragionare. La nullità del negozio in frode alla legge, infatti, presuppone la stipulazione di un negozio formalmente lecito, ma funzionalmente preordinato a conseguire un risultato vietato dalla legge. Nel caso delle alienazioni commissorie autonome, invece, l'insussistenza di una causa di scambio, ovvero di una funzione solutoria,

⁷⁷ A tal riguardo v. G. AMATO, *Ancora sul patto commissorio e sulla vendita a scopo di garanzia*, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 1899; G. AZZARITI, *Principi innovativi sul patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 2953; C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio: un passo indietro della Cassazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, p. 117; M. DANUSSO, *Patto commissorio e vendita a scopo di garanzia*, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 1648; M. ROSNATI, *Alienazioni in garanzia e patto commissorio*, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 1698; E. ROPPO, *Patto di riscatto. Patto commissorio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, p. 97; F. RELAMONTE, *Le garanzie immobiliari*, in *Jus*, 1986, p. 16.

⁷⁸ Contro la ricostruzione della nullità del patto commissorio autonomo in termini di negozio in frode alla legge, cfr. V. MARICONDA, *Le Sezioni Unite dichiarano la nullità delle alienazioni in garanzia*, nota a Cass. Civ., Sez. Un., 3.04.1989, n. 1611, in *Corr. giur.*, 1989, 5, pp. 522 e ss.; D. GIGLIO, *Il divieto del patto commissorio ed il problema delle alienazioni in funzione della garanzia, alla luce delle novità introdotte dal D.l. 3 maggio 2016 n. 59*, in *Rivista del Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, 2016, XIV, pp. 202 e ss.; G.M. PELLEGRINI, *In tema di alienazioni in garanzia e patto commissorio*, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, p. 1208; A. MORACE PINELLI, *Trasferimento a scopo di garanzia da parte del terzo e divieto di patto commissorio*, in *Foro it.*, 1993, I, p. 69; C.M. BIANCA, *Il divieto di patto commissorio*, Giuffrè, 1957, p. 310.

renderebbe suddetti negozi nulli in quanto tali per contrasto diretto con la norma imperativa contenuta nell'art. 2744 c.c.

Il secondo profilo da analizzare attiene, invece, alle conseguenze della violazione del divieto del patto commissorio sul negozio di garanzia stante l'assenza di una disciplina specifica sul punto.

In dottrina si fronteggiano il campo diverse soluzioni che ragionano in merito all'applicabilità del primo o del secondo comma dell'art. 1419 c.c..

Secondo la posizione dominante⁷⁹, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza⁸⁰, la nullità del patto commissorio accessorio troverebbe il suo referente normativo nell'art. 1419 c.c., I comma. Ne consegue l'estensione di un regime di una nullità parziale che colpisce la sola convenzione, salvo che, alla luce di un'indagine volontaristica, risulti che le parti non avrebbero concluso il contratto principale in assenza della stipulazione commissoria.

⁷⁹ In tale direzione, si v. ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, in *Commentario del codice civile, Libro quarto delle obbligazioni, Artt. 2740 – 2744, sub art. 2744*, (a cura di) Scialoja e Branca Bologna Roma, 1945, p. 53; V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, 1952, pp. 40 e ss.; M. D'AMELIO, *Della responsabilità patrimoniale*, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da M. D'Amelio - Finzi, IV, Firenze, 1948, p. 454.

⁸⁰ Sul Punto si v., *ex multis*, Cass. Civ., 25.05.2000, n. 6864, in *Foro it.*, 2000, I, pp. 3156 e ss. in cui la Suprema Corte ha statuito che “*In tema di patto commissorio, la sanzione della nullità prevista dalla norma di cui all'art. 2744 riguarda il solo patto commissorio stipulato a latere dell'obbligazione restitutoria (con conseguente inefficacia del trasferimento del bene oggetto della stipulazione, ex art. 2744 c.c.) e non anche dell'obbligazione restitutoria, che resta del tutto valida indipendentemente dalle sorti del patto accessorio vietato*”. In senso parzialmente difforme, cfr. Cass. Civ., 10.11.2014, n. 23950, in *CED Cassazione*, in cui i giudici di legittimità hanno precisato che il principio di conservazione del contratto deve essere temperato con quello dell'autonomia contrattuale, pertanto occorre indagare sull'interesse concretamente perseguito dalle parti mediante l'operazione negoziale dalle stesse possa in essere. Solo qualora risulti che i contraenti avrebbero *in ogni caso* stipulato il contratto di garanzia, ovvero anche in assenza dell'alienazione commissoria, la nullità rimarrebbe circoscritta alla sola pattuizione contraria al divieto dell'art. 2744.

Tale tesi, tuttavia, è soggetta alle critiche di quella parte della dottrina che evidenzia le conseguenze paradossali che deriverebbero dall'applicazione del primo comma dell'art. 1419 c.c.⁸¹.

Sotto un primo punto di vista, si potrebbe verificare una discrasia con la reale volontà delle parti poichè, se per un verso, il creditore interessato ad ottenere un rafforzamento della garanzia per via della clausola commissoria si troverebbe retrocesso al rango di chirografario, quello che, non avendo reputato essenziale rafforzare ulteriormente la propria posizione creditizia, continuerebbe a godere del diritto di prelazione in virtù della garanzia reale. Punto di partenza di questa prospettazione è quello secondo cui l'unico legittimato a far valere la nullità del negozio di garanzia sarebbe il creditore e non invece il debitore la cui pretesa andrebbe respinta perché contraria a buona fede.

Sotto altro punto di vista, si contesta come la tesi della nullità parziale ignori il collegamento negoziale esistente tra il contratto di garanzia ed il sottostante contratto di finanziamento cui il primo accede sicché sarebbe maggiormente corretto estendere la nullità *ex art. 2744 c.c.* anche a quest'ultimo, laddove si dimostri che senza il rafforzamento della garanzia, attuato per il tramite della clausola commissoria, il creditore non avrebbe concesso il finanziamento. In questo senso, se parte della dottrina iscrive il patto commissorio nel fenomeno del c.d. collegamento negoziale bilaterale,

⁸¹ Cfr. D'AMELIO, *Tutela dei diritti*, nel *Commentario al Codice Civile*, Firenze, 1943, sub. Art. 2744, p. 454. Per una recente messa a punto della questione v. CIPRIANI, *Patto commissorio autonomo: come salvare la validità del finanziamento e della garanzia*, in *giustiziacivile.com*, 3/2014.

altra opinione ricorre alla figura del collegamento unilaterale ritenendo che le vicende del negozio avente funzione strumentale si ripercuotono necessariamente sul contratto collegato, senza che sia possibile l'operazione inversa, considerato che il contratto di finanziamento è strumentale alla convenzione commissoria che gli accede.

Tuttavia, questa conclusione non può applicarsi in tutte le ipotesi in cui la convenzione commissoria rappresenta l'elemento essenziale del regolamento contrattuale, in assenza della quale le parti non avrebbero stipulato il contratto di finanziamento. Ed invero, nell'ipotesi anzidetta, più negozi interdipendenti sono posti sullo stesso piano al fine di conseguire un unico risultato pratico.

Altra parte della dottrina, invece, prospetta il superamento del problema dell'estensione della nullità *ex art. 2744 c.c.* al negozio di garanzia richiamando il disposto normativo dell'art. 1419 c.c. nella parte in cui esclude l'operatività del rimedio della nullità di singole clausole allorquando le clausole nulle siano sostituite di diritto da norme imperative. In tal senso, la pattuizione commissoria nulla verrebbe automaticamente sostituita dal presunto (e, come visto, non da tutti condiviso) principio generale che vieta l'autotutela esecutiva ed impone il ricorso all'autorità giudiziaria⁸².

⁸² Cfr. F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, pp. 427 e ss., secondo l'Autore il patto nullo va sostituito *ex art. 1419 c.c.* non, già, con il divieto di autotutela esecutiva, ma con la norma imperativa, avente contenuto negativo, contenuta nell'art. 2744 c.c.

3. Il patto marciano: una possibile soluzione?

Aver chiarito la funzione e la *ratio* sottesa all'introduzione del divieto del patto commissorio consente a questo punto di spostare l'attenzione sulla contigua questione inerente alla validità o meno del patto marciano. Quest'ultimo, in particolare, è l'accordo attraverso cui le parti pattuiscono che, in caso di inadempimento, il creditore acquisti la proprietà di un bene offerto in garanzia dal debitore, previa giusta stima, con l'obbligo di restituire l'eccedenza di valore rispetto all'importo del credito.

Sono evidenti i profili di analogia dal punto di vista strutturale con la pattuizione commissoria: anche il patto marciano come il patto commissorio, infatti, integra un meccanismo traslativo la cui operatività è subordinata all'inadempimento del creditore. E del resto, non è un caso che la sua origine sia temporalmente collocata intorno al III secolo d.C. parallelamente alla Costituzione di Costantino del 324 d.C. quale soluzione negoziale che consentisse di mitigare il rigorismo della proibizione commissoria ivi prevista bilanciando le contrapposte esigenze di rapida realizzazione delle ragioni creditorie e tutela del debitore. Questo bilanciamento viene realizzato, diversamente dalla convenzione commissoria, tramite la predisposizione *ex ante* di un meccanismo di stima imparziale del valore del bene cui segue l'obbligo di restituzione dell'eventuale eccedenza di valore rispetto al credito rimasto inadempito.

Anche dal punto di vista funzionale, le analogie con il patto commissorio sono rilevanti dal momento che anche in relazione a quest'ultimo il dibattito dottrinario si è diviso, sulla scorta delle medesime argomentazioni richiamate nel precedente paragrafo, tra chi ne ha sostenuto la funzione di garanzia e chi invece ha tentato di ricostruire una funzione diversa, talvolta solutoria, talaltra di autotutela.

Ciononostante, mentre il divieto del patto commissorio è sopravvissuto nel corso dei millenni, il patto marciano è rimasto del tutto ignoto al codice civile vigente. Solo negli ultimi anni il legislatore, pur senza introdurre mai una disposizione di carattere generale, ha, sulla scorta dell'influenza eurounitaria, introdotto una serie di figure negoziali che sembrano *prima facie* ascrivibili a tale figura.

Rinviando ai successivi capitoli per l'analisi della disciplina, in questa sede vogliono indagarsi le ragioni per cui, malgrado la storica complementarietà tra questo e la proibizione di stipulazione commissorie, il primo sia stato tradizionalmente considerato valido e persino un correttivo idoneo a rendere lecite i trasferimenti commissori.

Punto di partenza di questa indagine è la considerazione secondo cui il patto marciano costituisce ancora oggi, in assenza di un intervento legislativo *ad hoc*, un negozio atipico che, pertanto, soggiace agli ordinari limiti cui è sottoposta qualsiasi forma di manifestazione dell'autonomia privata: il controllo

sulla meritevolezza degli interessi perseguiti e l'indagine in ordine alla liceità dell'operazione economica⁸³.

Quanto al primo profilo, non può revocarsi in dubbio che la clausola marciana realizzi un patto meritevole di tutela; e ciò vale sia che voglia accogliersi una lettura "minimalista" della meritevolezza, sia che se ne voglia accogliere una lettura più articolata che innesta nel giudizio di cui all'art. 1322 c.c. i parametri della buona fede e della solidarietà costituzionale, giungendo, per questa via, a conferire decisivo rilievo all'equilibrio delle prestazioni contrattuali. Per un verso, infatti, esso costituisce uno strumento negoziale dotato di complessiva razionalità idoneo a soddisfare tanto gli interessi concretamente perseguiti dalle parti quanto l'interesse collettivo. Tramite il meccanismo negoziale in esame, il creditore ottiene una più rapida soddisfazione della propria pretesa rispetto alle lungaggini del processo esecutivo; il debitore evita l'immobilizzazione del bene e la conseguente perdita di redditività ed al tempo stesso di sopportare le spese della procedura esecutiva; gli istituti di credito vedono aumentate le prospettive di recupero del finanziamento e, dunque, la loro propensione a concedere liquidità ad imprese e consumatori; si offre, da ultimo, uno strumento alternativo al processo esecutivo, idoneo ad alleggerire il carico di lavoro degli uffici giudiziari, determinando, in una prospettiva di lungo periodo, un miglioramento della funzionalità e delle tempistiche dell'esecuzione ordinaria.

⁸³ Per un'approfondita disamina cfr. C. DE MENECH, *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, in *I contratti*, 2015, 8-9, pp. 826 e ss.; G. FAPPIANO, *Il patto marciano tra tipicità e autonomia contrattuale*, cit., pp. 95 e ss.

Per altro verso, esso realizza uno scambio adeguato posto che l'equilibrio dello scambio non rappresenta un semplice connotato del negozio marciano ma il suo stesso contenuto. E del resto, anche il legislatore sembra propendere verso un'implicita valutazione di meritevolezza da parte del legislatore nei confronti del marciano di diritto comune nel momento in cui è intervenuto andando a regolare talune ipotesi tipiche⁸⁴.

Più intricata si prospetta la questione relativa alla liceità del patto marciano che oggi deve confrontarsi tanto con la proibizione del patto commissorio, quanto con la disciplina dei marciali speciali. Rinviando ai successivi capitoli per l'analisi relativa al rapporto tra il marciano di diritto comune e i marciali speciali, in questa sede ci si soffermerà solo su primo profilo.

Il patto marciano, infatti, nella sua tradizionale configurazione, configura un meccanismo traslativo subordinato all'inadempimento, alla pari del patto commissorio.

Ed allora, prendendo le mosse dalla generica formulazione dell'art. 2744 c.c., potrebbe astrattamente sostenersi che il divieto possa attagliarsi anche alla convenzione marcialiana. E del resto, la norma *de qua* non fa alcuna distinzione tra l'ipotesi in cui le parti abbiano programmato un'alienazione al creditore dell'oggetto in garanzia prevedendo un meccanismo di riequilibrio ed il diverso

⁸⁴ Cfr., C. DE MENECH, *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, cit., p. 826 e *ivi* riferimenti a C.M. Bianca, *Il divieto di patto commissorio*, cit., p. 221; V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, 1952, p. 72.

caso in cui esse abbiano convenuto un trasferimento automatico ed indipendente.

Si comprende, allora, l'utilità dell'*excursus* precedentemente condotto in relazione alle controverse ragioni giustificatrici dell'art. 2744 c.c. quale questione inevitabilmente pregiudiziale rispetto alla liceità del patto marciano.

Ed invero, la ratio (*o rationes*) del divieto di patto commissorio si riflette inesorabilmente sulle sorti del patto marciano⁸⁵.

Le minoritarie posizioni contrarie⁸⁶ alla liceità della clausola marciana, infatti, si giustificano poiché ancorano il fondamento della proibizione di patto commissorio al principio di inderogabilità delle procedure esecutive nonché alla necessità di tutela della *par condicio creditorum* ovvero ancora alla tutela della libertà morale del debitore. In quest'ottica, neppure il correttivo della

⁸⁵ In tal senso, Cfr. C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 204, il quale significativamente afferma che “*Il problema del patto marciano si pone innanzitutto come problema della ratio del divieto di patto commissorio*”. Nella stessa direzione, cfr. G.F. MINNITI, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 30. L'autore nel ricostruire i rapporti tra patto marciano e patto commissorio prende atto che “[...] *l'univocità dell'orientamento di dottrina e giurisprudenza, concordi nel ritenere lecito il primo, non può non suscitare qualche perplessità, a fronte dello stato di profonda incertezza e continua controversia in cui le stesse versano, si può dire da sempre, in ordine all'individuazione della ratio, e conseguentemente dell'estensione del secondo*”; N. CIPRIANI; *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 129.; A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, cit., p. 18, il quale proprio dall'analisi comparativa tra le due figure individua nella sproporzione dello scambio uno degli elementi giustificativi del divieto di patto commissorio e, conseguentemente, ne trae la liceità del patto marciano.

⁸⁶ Tra gli autori contrari alla liceità del patto marciano, si v. diffusamente G.F. MINNITI, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 29; A. SCHERMI, *Leasing finanziario, lease back e patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 1996, p. 1749, il quale sostiene che “*l'istituto del patto marciano ha avuto sporadiche (quasi nulle) applicazioni concrete, sicché dovrebbe escludersi che abbia tipicità sociale, e conseguentemente una rilevanza giuridica*”; L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali, Artt. 2740- 2744*, in *Il Codice Civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1991, pp. 206 e ss.

proporzionalità dello scambio, insito nella convenzione marciana, consentirebbe di sfuggire alla *vis attractiva* proibitiva dell'art. 2744 c.c.. Ed infatti, se in ogni trasferimento della proprietà a scopo di garanzia si ritiene insita una presunzione assoluta di volontà dimidiata del debitore, è evidente che essa non potrebbe essere eliminata neanche per il tramite della clausola marciana che ricalca la medesima struttura. Anche la *par condicio creditorum* potrebbe risultare lesa, poiché se la convenzione marciana evita la lesione dell'interesse patrimoniale del debitore mediante la previsione di un meccanismo in grado di riequilibrare i valori in gioco, non esclude invece che il bene sia sottratto alla garanzia generica ex art. 2740 c.c. Ancora, se si ritiene che per il tramite del divieto ex art. 2744 c.c. si sia inteso sancire l'ineludibilità della tutela giudiziale esecutiva, la sanzione della nullità dovrebbe colpire anche la clausola marciana che pure realizza una forma di autotutela convenzionale esecutiva.

Ritenere, invece, che la nullità di cui all'art. 2744 c.c. tenda ad evitare il trasferimento di un bene di valore sproporzionato all'ammontare del credito garantito consente di pervenire all'affermazione della liceità della regolamentazione marciana proprio in quanto tale rischio sarebbe scongiurato dalla rimessione ad una fonte esterna del compito di fissare l'equilibrio contrattuale.

Alla stessa conclusione in punto di liceità si perviene qualora si consideri condivisibile la ricostruzione della composita *ratio* indicata a chiusura del precedente paragrafo fondata sulla duplice esigenza della garanzia della

proporzionalità dello scambio e del controllo degli interessi in sede di autosoddisfacimento del credito.

Infatti, se per un verso, l'obbligo di giusta stima e di restituzione dell'eccedenza assicura la proporzionalità dello scambio, per altro verso, la predeterminazione di un meccanismo procedimentalizzato che vede il coinvolgimento di un soggetto esterno assicura la ragionevole composizione degli eterogenei interessi coinvolti nella fase di autosoddisfacimento del credito e la salvaguardia sugli stessi. In altri termini, tramite il patto marciano, il debitore ed il creditore, prestando il consenso all'effetto traslativo, ottengono entrambi un risultato favorevole a ciascuno: il creditore predispone un meccanismo di escussione del credito dalle conseguenze certe fin dal sorgere del vincolo obbligatorio e, se del caso, soddisfa le sue ragioni avvalendosi degli effetti di questo; il debitore, a sua volta, consegue la liberazione dal vincolo cui è assoggettato che si produce sulla base del valore effettivo del bene dalla cui proprietà si spoglia a favore del creditore. La circostanza secondo cui il credito deve essere soddisfatto secondo il valore di stima del bene oggetto di stipulazione con il debitore consente di salvaguardare altresì l'interesse dei suoi altri creditori.

Anche la giurisprudenza dell'ultimo ventennio si è orientata in questi termini, dal momento che, come già visto, si è limitata a dichiarate nulle soltanto le alienazioni in garanzia connotate da un'effettiva sproporzione tra l'ammontare del debito ed il valore del bene dato in garanzia, mentre non è mai

stata dichiarata la nullità di un trasferimento in garanzia risultato economicamente equilibrato.

E' quindi proprio nell'affermazione del principio di proporzionalità – il cui rispetto viene garantito dall'imparzialità della stima - che risiede la chiave di volta di questo nuovo filone interpretativo che abbandona l'interpretazione funzionale per riaffermare le visioni più classiche della *ratio* del patto commissorio⁸⁷: l'art. 2744 c.c. è espressione del “principio generale che impone l'equilibrio, sul piano economico ma anche normativo” di qualsivoglia rapporto negoziale, tipico o atipico che sia, nel quale “una delle parti versi in situazione di debolezza”⁸⁸. Al contempo, però, sebbene non si neghi alla disposizione rilievo paradigmatico di principio, anche di ordine pubblico economico, se ne esclude l'attinenza all'ordine pubblico internazionale come pure la natura di norma di applicazione necessaria⁸⁹.

⁸⁷ Del resto, è, nella sostanza, quello che succede da tempo in Germania e da alcuni anni anche in Francia.

⁸⁸ Le espressioni sono di N. CIPRIANI, *Patto commissorio*, cit., p. 156, che prosegue rilevando che “non sembra di poter dubitare del fatto che anche il soggetto che deve ricorrere al credito si trova, normalmente, in una situazione di ontologica debolezza rispetto a chi concede il credito medesimo. Pertanto, nei contratti di finanziamento, sembra implicito il pericolo di uno squilibrio della forza contrattuale delle parti. Tale squilibrio può evidentemente tradursi in un regolamento eccessivamente gravoso per la parte più debole, sì che a questo rischio l'ordinamento reagisce con un insieme di disposizioni che trovano la loro giustificazione nel principio di solidarietà costituzionale: tra queste, vengono in particolare rilievo le norme in materia di usura e quelle che pongono il divieto di patto commissorio». L'autore è richiamato da P. LAGNI, *L'effetto legittimante della proporzionalità nel contratto di sale and lease back tra meccanismi convenzionali e “giusto rimedio”*, cit., p. 1263, che mostra di condividerne il pensiero.

⁸⁹ Cass., Sez. Un., 5 luglio 2011, n. 14650, in *CED Cassazione*, 2011.

Questo principio è stato ribadito con riferimento a plurime figure negoziali⁹⁰ sebbene il contributo più significativo sia stato offerto, da ultimo, in una pronuncia del 2015 che si sofferma più dettagliatamente sul rapporto tra *sale and lease back* e clausola marciana⁹¹.

Questa decisione rappresenta ancora oggi un punto di riferimento per gli operatori del diritto non solo perché ha sdoganato la liceità del patto marciano ma soprattutto perché ne ha disegnato un vero e proprio statuto giuridico, sebbene sempre di matrice giurisprudenziale.

La Suprema Corte definisce il patto marciano apposto nella locazione finanziaria di ritorno qualificandolo in termini di “*clausola contrattuale con la quale si mira ad impedire che il concedente, in caso di inadempimento, si*

⁹⁰ Si pensi, a titolo esemplificativo, alla cessione del credito con scopo di garanzia o, ancora, alla vendita con patto di riscatto. Per una puntuale ricostruzione della cessione del credito con scopo di garanzia si rinvia al paragrafo due del secondo capitolo. Per un’analisi approfondita della vendita con patto di riscatto e dei rapporti con il divieto di patto commissorio ed alienazioni a scopo di garanzia, cfr. O.T. SCOZZAFAVA, *Note in tema di alienazione a scopo di garanzia*, in *Contratto e impresa*, 2006, I, pp. 19 e ss. Per un’analisi approfondita del rapporto tra vendita con patto di riscatto e alienazioni a scopo di garanzia cfr., per tutti, A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, in *Il comm. Schlesinger, Artt. 1550-1509*, Giuffrè, 1987, specialmente pp. 234 e ss. L’Autore distingue tre diverse tipologie di alienazioni a scopo di garanzia realizzabili attraverso lo schema della vendita con patto di riscatto; 1) vendita immediatamente traslativa con clausola di riscatto svincolata da un preesistente rapporto obbligatorio tra le parti (in tal caso si può parlare di scopo di garanzia solo in senso economico); 2) alienazione immediatamente traslativa con patto di riscatto che interviene tra gli stessi soggetti di un preesistente rapporto obbligatorio di mutuo con lo specifico intento di estinguere il debito *ex mutuo* (in tale ipotesi il debito di prezzo del compratore si estingue, per compensazione volontaria, con il debito di mutuo del venditore); 3) alienazione immediatamente traslativa con patto di riscatto che accede ad un principale rapporto di mutuo senza, tuttavia, estinguerlo (in questa fattispecie la volontà delle parti è quella di porre in essere un esplicito riconoscimento del mutuo preesistente e dell’impegno del debitore- alienante di dover restituire le somme mantenendo in vita entrambi i rapporti).

⁹¹ Si fa riferimento alla sentenza della Cass. Civ., Sez. I, 28.01.2015, n. 1625, in *Corr. Giur.*, 2016, 4, pp. 486 e ss., con nota di F. SCARDINO, *Il contratto di sale and lease back e cautela marciana*. Da ultimo, Cass. Civ., 21.12.2021, n. 38693.

*appropri di un valore superiore all'ammontare del suo credito, pattuendosi che al termine del rapporto, si proceda alla stima del bene e il creditore sia tenuto al pagamento in favore del venditore dell'importo eccedente l'entità del credito (iure empori possideat rem iusto pretio tunc aestimandum)". Sul presupposto secondo cui il nostro ordinamento conosce, già, delle forme di autotutela esecutiva del creditore⁹², sempre nei limiti del *quantum debeatur*, ne viene riconosciuta la liceità individuandone "l'effetto salvifico" per un verso nella "idoneità della clausola a ristabilire l'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni del contratto" e per altro verso nella "sua capacità di scongiurare che l'attuazione coattiva del credito avvenga senza alcun controllo dei valori patrimoniali in gioco". Nello specifico, affinché la clausola marciiana possa spiegare il suo "effetto legalizzante" è necessario il concorso cumulativo di una serie di indefettibili requisiti: i) la redazione della stima del bene ad opera di un soggetto terzo ed imparziale ed attraverso un procedimento che si svolga con tempi certi e modalità definite; ii) la valutazione peritale deve essere eseguita in un momento successivo alla conclusione del contratto ossia al tempo dell'inadempimento, ed, infine, iii) la proporzionalità dello scambio con l'obbligo di restituzione dell'eventuale eccedenza, il tutto al fine di garantire che vi sia un'esatta congruenza tra valore del bene trasferito in garanzia ed entità del credito e che la perdita del debitore avvenga ad un "giusto prezzo".*

⁹² A tal proposito la Suprema Corte invoca quelle fattispecie che tradizionalmente vengono considerate ipotesi codicistiche di marciiani e precisamente: l'art. 1851c.c. in materia pegno irregolare, la cessione dei beni ai creditori di cui art. 1982 c.c., l'art. 2798 c.c. in tema di escussione del pegno, il pegno di crediti ex art. 2803 c.c. (riscossione) e art. 2804 c.c. (assegnazione o vendita).

Corredato da siffatti elementi il patto marciano realizza il consolidamento dell'effetto traslativo prodottosi inizialmente con l'inadempimento. Più precisamente, il trasferimento si cristallizza nell'immediato ove vi sia una corrispondenza tra valore del bene alienato ed ammontare del debito, in caso contrario, solo nel successivo momento della corresponsione del *surplus*⁹³.

Sulla scorta di quanto sino ad ora esposto sembra, dunque, possibile affermare che è alla redazione della clausola marciana ed alle modalità di determinazione dell'eccedenza di valore che occorrerà avere riguardo al fine di

⁹³ In seguito a tale sentenza, la liceità della convenzione marciana nel contratto di *sale and lease back*, quale espressione di proporzionalità dello scambio, è stata ribadita, a più riprese, anche dalla più recente giurisprudenza di legittimità. Spesso si è sottolineata l'essenzialità della clausola quale elemento la cui mancanza costituisce indice sintomatico dell'anomalia dell'operazione negoziale. In tale ultimo senso, la Suprema Corte in una pronuncia del 2019, rievocando gli indici rivelatori del c.d. *sale and lease back anomalo*, ha fatto espressa menzione, tra gli altri, anche dell' "[...]c4) assenza del c.d. patto marciano, cioè di apposita clausola con cui le parti abbiano preventivamente convenuto (Cass. 28/01/2015, n. 1625) che al termine del rapporto - effettuata la stima del bene con tempi certi e modalità definite, tali da assicurare una valutazione imparziale ancorata a parametri oggettivi ed autonomi ad opera di un terzo - il creditore debba, per acquisire il bene, pagare l'importo eccedente l'entità del suo credito, sì da ristabilire l'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni e da evitare che il debitore subisca una lesione dal trasferimento del bene, Cass. Civ., sez. III, 7.03.2019, n. 6589, in banca dati www.pluris cedam.utetgiuridica.it. In senso conforme si v. Cass. Civ., Sez. I, ord., 28-05-2018, n. 13305, in banca dati www.pluris cedam.utetgiuridica.it, in cui la Suprema Corte, nell'accertamento degli indizi sintomatici di un'anomalia nello schema causale socialmente tipico del contratto di *sale and lease back*, annovera anche "la sproporzione tra il prezzo ed il valore del bene alienato (risultante dall'espletata c.t.u.) e soprattutto [al]la mancanza di una specifica pattuizione (una sorta di "patto marciano" idoneo a scongiurare la nullità del contratto di *sale and lease back* per illiceità della causa) che preveda un apposito meccanismo o procedimento di stima del bene, entro tempi certi e con modalità predefinite, tale da assicurare una valutazione imparziale ed oggettiva, e così garantire che l'eventuale perdita della proprietà sarebbe avvenuta al giusto prezzo, con obbligo del creditore di restituire l'eventuale surplus, onde ripristinare l'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni". Da ultimo, ancora, si richiama la sentenza Cass. Civ. III sez., 28022, 14.10.2021, ove il Supremo Collegio si sofferma sulle conseguenze derivanti dall'inadempimento del contratto.

assicurare effetto salvifico a qualsiasi atto di autonomia privata che realizzi l'alienazione di un bene in funzione di garanzia di un determinato credito, indipendentemente dalla forma rivestita. Del resto, anche nel Progetto di codificazione europea il patto marciano sembra assurgere a strumento idoneo ad armonizzare gli ordinamenti nei quali il divieto del patto commissorio non è previsto, con quelli che, viceversa, ancora lo contemplano. Il *Draft of a Common Frame of Reference* ribadisce l'invalidità della stipulazione commissoria ad eccezione tuttavia delle ipotesi in cui la garanzia abbia ad oggetto beni fungibili a quotazione corrente o sia stato pattuito un metodo di stima, con l'obbligo per il creditore, di restituire l'eccedenza (*DCFR*, IX, 7:105).

E, tuttavia, le stesse considerazioni che hanno condotto a ritenere che il patto commissorio possa prescindere dalla conclusione di un negozio di garanzia in senso tecnico, essendo, al contrario sufficiente il collegamento funzionale tra l'inadempimento dell'obbligazione e lo strumento satisfattivo, devono portare a ritenere che anche il patto marciano possa, almeno astrattamente, sussistere autonomamente come meccanismo di soddisfacimento del credito che si fonda sull'inesatta esecuzione della prestazione.

CAPITOLO II

I “nuovi marciiani”

Sommario: 1. *L’ascesa dei cc.dd. “nuovi marciiani”*. – 2. *La garanzia finanziaria*. – 3. *Il prestito vitalizio ipotecario*. – 4. *Il marciiano nei contratti (b2c) di credito immobiliare ai consumatori*. – 5. *Il pegno non possessorio*. – 6. *Il marciiano nei contratti di finanziamento alle imprese*. – 7. *Il marciiano “al rovescio” nella risoluzione del leasing finanziario*. – 8. *Una visione di insieme: tratti comuni e differenziali tra i c.d. marciiani tipici*. – 8.1. (Segue) *Il rapporto con il divieto codicistico*.

1. L’ascesa dei cc.dd. “nuovi marciiani”

Il dibattito circa l’attuale portata del divieto del patto commissorio e la corrispondente ammissibilità della pattuizione marciiana oggi si arricchisce a fronte di una serie di novità normative che disciplinano meccanismi di tutela del credito alternativi rispetto alle tradizionali forme già a disposizione dell’autonomia privata. Si tratta – ed è bene evidenziarlo sin da subito – di una serie di strumenti che sono rivolti a soggetti qualificati che svolgono istituzionalmente l’attività di erogazione del credito⁹⁴.

Per ricordare solo le ipotesi di maggiore rilievo basti pensare a: l’art. 6, d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170, emanato in attuazione della dir. 2002/ 47/CE, in materia di contratti di garanzia finanziaria; l’art. 11-*quaterdecies*, l. 2 dicembre

⁹⁴ Questa precisazione ci sarà utile al fine di ricostruire la *ratio* dei nuovi interventi normativi.

2005, n. 248, come modificato dalla l. 2 aprile 2015, n. 44, sul prestito vitalizio ipotecario; l'art. 1, comma 2, d.lgs. 21 aprile 2016, n. 72 che, in attuazione della dir. 2014/17/UE, ha introdotto nel TUB (d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385) al titolo VI il capo I-bis in tema di credito immobiliare ai consumatori e segnatamente il comma 3 dell'art. 120-*quinquiesdecies*; l'art. 2, comma 1, d.l. 3 maggio 2016, n. 59, convertito nella l. 30 giugno 2016, n. 119, che ha aggiunto al TUB l'art. 48-bis sul finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato; l'art. 1 della stessa l. 30 giugno 2016, n. 119 in materia di pegno mobiliare non possessorio; alla tanto attesa regolamentazione della risoluzione nel *leasing* finanziario, di cui ai commi 136-140 della legge 124/2017.

Alla base dei citati interventi legislativi si collocano due diverse esigenze. In primo luogo, la sempre più avvertita necessità di uniformare il mercato europeo atteso che *“l’assenza di un quadro giuridico uniforme influisce negativamente sulla conclusione delle operazioni e, indirettamente, sul livello complessivo di efficienza dei mercati”*⁹⁵. Non a caso, infatti, la nuova disciplina nazionale è il risultato del recepimento di direttive europee quale strumento di riavvicinamento delle disposizioni legislative degli Stati membri. In secondo luogo, il bisogno di promuovere una politica generale di sviluppo del circuito interno del credito⁹⁶, duramente colpito dalla crisi economica ed eccessivamente

⁹⁵ F. ANNUNZIATA, *Verso una disciplina comune delle garanzie finanziarie. Dalla Convenzione dell’Aia alla Collateral Directive (direttiva 2002/47/CE)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, pp. 180 e ss.

⁹⁶ Per un’analisi gius-economica del sistema del mercato del credito italiano e delle sue inefficienze si vedano gli studi di E. BRODI, *La tutela del credito in Italia: spunti per una lettura gius-economica delle cause di prelazione (parte prima)*, in *Vita not.*, 2016, III, pp. 1397

penalizzato dalla rigidità dei classici modelli codicistici vigenti sia sotto il versante dell'accesso al finanziamento sia in riferimento alla realizzazione della garanzia, condizionata nei tempi e nei modi dal procedimento esecutivo⁹⁷.

L'obiettivo che vuole perseguirsi è, dunque, quello di aumentare la competitività dell'ordinamento italiano e, al contempo, soddisfare i bisogni di liquidità di cui sono portatori gli operatori economici. A questo duplice obiettivo si ritiene se ne possa affiancare un terzo che, sebbene non immediatamente rilevabile, è desumibile dalla scelta del legislatore di indirizzare queste normative settoriali ai soli soggetti qualificati: la volontà di favorire il recupero del credito da parte di quegli enti che, tramite la loro attività allocativa del credito, partecipano al perseguimento della funzione pubblica, supplendo, di fatto, al ruolo dello Stato. Infatti, come si cercherà di spiegare nel prosieguo della trattazione, le difficoltà nel recupero delle somme erogate potrebbero, portate alle estreme conseguenze, condurre ad un collasso del sistema creditizio e, conseguentemente, determinare una paralisi nell'accesso a forme di erogazione che, in un periodo di crisi dello stato sociale, si rivelano essenziali per il soddisfacimento dei bisogni primari del cittadino.

Per questi motivi, le disposizioni settoriali citate incidono sul frangente della realizzazione coattiva del credito ascrivendo al creditore il potere di

e ss.; ID., *La tutela del credito in Italia: spunti per una lettura gius-economica delle cause di prelazione (parte seconda)*, in *Vita not.*, 2017, I, pp. 471 ss.; ID., *Il sistema delle garanzie in Italia: una lettura economica delle disposizioni in materia di privilegio, pegno e ipoteca*, in *Questioni di economia e finanza, Banca d'Italia*, 2016.

⁹⁷ Sottolinea il problema quale presupposto delle valutazioni inerenti ai c.d. "nuovi marciani" A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, VI, pp. 10 e ss.

soddisfarsi, in caso di inadempimento, attraverso il trasferimento della proprietà di un bene del debitore o di un terzo ovvero attraverso il ricavato della vendita dello stesso nei limiti del valore del proprio credito. Nota caratterizzante tutte le figure citate è, per un verso, l'obbligo di procedere ad una valutazione imparziale del valore del bene al momento dell'inadempimento del credito e, per altro, l'obbligo di restituire al debitore (ovvero al terzo proprietario) l'eccedenza di valore rispetto all'ammontare del credito rimasto insoddisfatto.

Lo studio di questi nuovi istituti conduce dunque l'interprete a sviluppare il ragionamento sul crinale dei labili rapporti tra il divieto di patto commissorio e l'ammissibilità del patto marciano. Infatti, se, da un lato, con le norme citate il legislatore replica, di fatto, i tratti tipici della cautela marciana, così mostrando di considerarla utile modello per la creazione di procedure alternative a quelle di esecuzione forzata, dall'altro, non può del tutto essere ignorata la scelta di non modificare in alcun modo l'ambito di applicazione dell'art. 2744 c.c.⁹⁸.

Di fronte ad una norma di divieto avente portata generale ed una serie di norme derogatorie aventi, invece, portata settoriale è ragionevole domandarsi quale sia la linea di confine tra ciò che è lecito e ciò che, invece, non lo è. E per rispondere a tale interrogativo è bene soffermarsi su un duplice ordine di aspetti: in prima battuta, occorre verificare la portata di tali norme, se eccezionali in quanto derogatorie della norma generale di cui all'art. 2744 o se replicanti un modello di per sè lecito in quanto alternativo a quello del patto commissorio; in seconda battuta, accertare se ed in che modo debba essere operata una

⁹⁸ Come invece avvenuto in altri ordinamenti.

comparazione tra le nuove figure tipiche ed il generale modello di marciano elaborato nelle più recenti pronunce giurisprudenziali.

Punto di partenza di questa analisi è la ricognizione dei tratti connotanti gli istituti introdotti dal legislatore cui sarà dedicato il presente capitolo.

2. La garanzia finanziaria

Da un punto di vista cronologico, la prima disciplina che viene in rilievo è quella relativa ai contratti di garanzia finanziaria contenuta nel D.lgs. 21 maggio 2004, n. 170 che ha recepito in Italia la Dir. n. 2002/47/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 6 giugno 2002⁹⁹.

Alla base dell'introduzione di questa normativa vi è la necessità di ridurre, all'interno del mercato europeo, il c.d. «rischio sistemico», ossia il pericolo che l'insolvenza di un operatore finanziario possa comportare conseguenze pregiudizievoli per l'intero mercato o, comunque, per gli altri

⁹⁹ La letteratura sulla garanzia finanziaria è molto vasta. Si v., fra i tanti, G. SARDO, *La disciplina del contratto di garanzia finanziaria: appunti sul D.Lgs. 21 maggio 2004, n. 17*, in *I Contratti*, 2005, 6, pp. 617 e ss.; F. MACARIO, *I contratti di garanzia finanziaria nella direttiva 2002/47/CE*, in *I contratti*, 2003, 1, pp. 78 e ss.; G. LA SORDA, *La nuova disciplina in materia di contratti di garanzia finanziaria*, in *Magistra Banca e Finanza*, consultabile presso il sito <https://www.tidona.com/la-nuova-disciplina-in-materia-di-contratti-di-garanzia-finanziaria/>; G. TARZIA, *Le garanzie atipiche (e l'attuazione della direttiva europea sui contratti di garanzia finanziaria)*, in *Il Fallimento*, 2005, 5, pp. 485 e ss.; G. D'AMICO, *Le alienazioni in funzione di garanzia*, cit., pp. 595 e ss.; A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, cit., pp. 22-23; F. ANNUNZIATA, *Verso una disciplina comune delle garanzie finanziarie. Dalla convenzione dell'Aja alla Collateral Directive (direttiva 2002/47/CE)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, pp. 180 e ss.; G. BRIANDA, *Le prospettive del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria, lex mercatoria e tradizione in Contratti e impresa*, 2016, 3, pp. 797 e ss.; F. GIGLIOTTI, *Sull'ammissibilità della cessione in securitatem (tra preclusioni tradizionali, nuove suggestioni normative e prospettive de iure condendo)*, in *Ordines*, 2015, 1, pp. 13 e ss.

operatori che con esso sono entrati in contatto; rischio destinato ad incrementarsi qualora l'operazione negoziale conclusa, definibile in termini di alienazione in funzione di garanzia, venga riqualificata all'interno del singolo Stato come costitutiva di una garanzia reale tipica, con tutte le conseguenze negative in termini di invalidità o inefficacia (c.d. *recharacterisation risk*).

Per scongiurare questa eventualità, si è dato ingresso negli ordinamenti nazionali alla figura del trasferimento di proprietà in funzione di garanzia nell'ambito delle contrattazioni finanziarie¹⁰⁰. Più precisamente, l'art. 1 del Decreto definisce il contratto di garanzia finanziaria come "Il contratto di pegno o il contratto di cessione del credito o il trasferimento della proprietà di attività finanziarie con funzione di garanzia, ivi compreso il contratto di pronti contro termine, e qualsiasi altro contratto di garanzia reale avente ad oggetto attività finanziarie e volto a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie".

Con la disciplina in commento *prima facie* si tipizza e legittima tanto la cessione di crediti in funzione di garanzia, quanto qualsivoglia trasferimento della proprietà di attività finanziarie con funzione di garanzia, ricompresi, con il contratto di pegno e con qualsiasi altro contratto di garanzia reale avente ad oggetto attività finanziarie. Del resto, nella stessa nozione di attività finanziaria

¹⁰⁰ In particolare, essa trae la sua origine nell'ISDA *Credit Support Annex (Transfer English Law)* che regola il trasferimento della proprietà delle *collateralized securities* o del *cash*, prevedendo un'obbligazione di dare connessa all'acquisto della proprietà da parte del titolare del credito al momento della valutazione delle operazioni, su base netta dei titoli o del denaro aventi valore sufficiente ad assicurare la copertura della corrispondente esposizione creditoria. Viene osservato da G. FERRARINI - P. GIUDICI, in *Le garanzie su strumenti finanziari nel diritto comunitario: orientamenti e prospettive*, in *Il fall.*, 2002, p. 1002, che la direttiva è caratterizzata da un approccio funzionale calato nelle categorie tipiche del diritto inglese, che ha assunto un ruolo preminente all'interno del mercato finanziario europeo.

vanno ricondotti non solo i crediti ma anche il contante e gli strumenti finanziari e, con riferimento alle operazioni connesse con le funzioni delle banche centrali europee e dei sistemi di cui all'art. 1 comma 1, lett. R) del d.lgs. 210 del 2001, le altre attività accettata a garanzia di tali operazioni.

Essa quindi sembra essere in grado di abbracciare, a prescindere dallo schema utilizzato in concreto dalle parti, qualsiasi accordo che abbia ad oggetto attività finanziarie e sia diretto a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie purché sussistano i requisiti soggettivi richiesti dall'art. 1 lett. D) del Decreto¹⁰¹.

Ciò costituisce una novità non tanto in relazione all'ipotesi della cessione del credito in funzione di garanzia quanto rispetto al trasferimento della proprietà altrimenti realizzato. Infatti, già prima dell'emanazione di tale disciplina non si dubitava dell'ammissibilità della prima figura. La giurisprudenza e la dottrina, infatti, si sono da sempre mostrati favorevoli ad un'applicazione analogica dell'art. 2803 c.c. in tema di pegno di crediti ove si

¹⁰¹ Per identificare un contratto ai sensi del D.Lgs. 170 del 2004 è necessario che le parti contraenti rientrino in una delle seguenti categorie: a) autorità pubbliche, inclusi gli organismi del settore pubblico degli Stati membri incaricati della gestione del debito pubblico o che intervengano in tale gestione o che siano autorizzati a detenere conti dei clienti, con l'inclusione delle imprese assistite da garanzia pubblica; b) banche centrali, la Banca Centrale Europea, la Banca dei regolamenti internazionali, le banche multilaterali di sviluppo, il Fondo Monetario Internazionale e la banca europea degli investimenti; c) enti finanziari sottoposti a vigilanza prudenziale inclusi imprese di investimento. Enti finanziari, imprese di assicurazione, organismi di investimento collettivo in valori mobiliari, società di gestione; d) controparti centrali, agenti di regolamento o stanze di compensazione; e) persone diverse dalle persone fisiche, incluse imprese e assicurazioni prive di personalità giuridica, purché la controparte sia un ente definito alle lettere a) e d). Dal punto di vista soggettivo sembra potersi eliminare quale contraente solamente l'imprenditore individuale, in modo da limitare il concetto di impresa agli imprenditori commerciali che svolgono la propria attività in forma collettiva.

facoltizza il creditore a trattenere la somma ricevuta in pagamento del credito oggetto di garanzia in soddisfacimento del credito garantito, salvo l'obbligo di restituzione dell'eccedenza. Sul terreno delle garanzie finanziarie si riscontra un'espressa scelta legislativa in tal senso poiché si ammette l'incameramento del valore del credito in funzione satisfattiva.

Se, dunque, la disciplina in commento per quanto attiene al riconoscimento dell'ammissibilità della cessione di crediti in garanzia sembra costituire recepimento del diritto vivente, per altro verso, si connota per profili di innovatività per quanto attiene alle alienazioni in garanzia tout court. Si ammette, infatti, seppure in uno specifico ambito, che anche il trasferimento della proprietà possa adempiere ad una funzione di garanzia.

Profili di particolare originalità si colgono anche rispetto alle procedure di realizzo della garanzia in linea con l'obiettivo consacrato nel 17° considerando della Direttiva di prevedere "procedure di esecuzione rapide e non formalistiche per salvaguardare la stabilità finanziaria e limitare gli effetti di contagio in caso di inadempimento di una delle parti del contratto di garanzia finanziaria".

Invero, queste ultime sembrano differenziarsi a seconda che la garanzia sia costituita per il tramite di un contratto di pegno ovvero per il tramite del trasferimento della proprietà.

Solo nel primo caso, infatti, il legislatore si sofferma nel dettare una normativa specifica che apre ai creditori pignorati una corsia preferenziale in sede di escussione. L'art. 4 del decreto, infatti, disciplina tre modalità alternative

di escussione della garanzia pignorizia azionabili «al verificarsi di un evento determinante l'escussione della garanzia».¹⁰² Ai nostri fini, rileva, da un lato, l'attribuzione al creditore garantito della facoltà di vendere le attività finanziarie oggetto della garanzia, trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del proprio credito, fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria, dall'altro, la prescritta facoltà delle parti di prevedere nel contratto di garanzia finanziaria il potere del creditore di "appropriarsi" delle attività finanziarie oggetto del pegno, diverse dal contante, anche qui fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita, purché vengano esplicitati i criteri di valutazione.

È evidente la deroga agli artt. 2797 e 2798 c.c. ai sensi dei quali, rispettivamente, la vendita della cosa data in pegno deve avvenire all'incanto e previa intimazione (contro la quale, peraltro, il debitore può spiegare opposizione) e l'assegnazione in pagamento della cosa oggetto di pegno va comunque domandata al giudice. Nella disciplina speciale, invece, tanto la

¹⁰² Art. 4. Escussione del pegno: Al verificarsi di un evento determinante l'escussione della garanzia, il creditore pignorizio ha facoltà, anche in caso di apertura di una procedura di risanamento o di liquidazione, di procedere osservando le formalità previste nel contratto:

a) alla vendita delle attività finanziarie oggetto del pegno, trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del proprio credito, fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita;

b) all'appropriazione delle attività finanziarie oggetto del pegno, diverse dal contante, fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita, a condizione che tale facoltà sia prevista nel contratto di garanzia finanziaria e che lo stesso ne preveda i criteri di valutazione;

c) all'utilizzo del contante oggetto della garanzia per estinguere l'obbligazione finanziaria garantita.

2. Nei casi previsti dal comma 1 il creditore pignorizio informa immediatamente per iscritto il datore della garanzia stessa o, se del caso, gli organi della procedura di risanamento o di liquidazione in merito alle modalità di escussione adottate e all'importo ricavato e restituisce contestualmente l'eccedenza.

vendita, quanto l'appropriazione prescindono dalla presentazione della domanda giudiziale e, tuttavia, non può non notarsi come ciò sia consentito nel rispetto dei due limiti tipici della convenzione marciara: quello del valore dell'obbligazione garantita e quello dell'obbligo di restituzione dell'eccedenza.

La norma dell'art. 4 quindi assume le vesti di una regola parzialmente permissiva, affermativa cioè della validità e dell'efficacia del solo patto che programma il diritto di appropriazione nei limiti della funzione satisfattiva.

Nel caso del trasferimento di proprietà, con funzione di garanzia, compresi i contratti di pronti contro termine, invece, l'art. 6 si limita ad escludere l'applicazione della sanzione della nullità di cui all'art. 2744 c.c.. Potrebbe allora pensarsi che in questa eventualità, il creditore possa appropriarsi definitivamente del bene, in caso di inadempimento, così consacrando in questo ambito il definitivo superamento del divieto del patto commissorio¹⁰³.

¹⁰³ Non è mancato in dottrina chi ha desunto dalla norma un definitivo superamento del divieto del patto commissorio nel settore delle garanzie mobiliari in generale. Si vedano in tal senso le considerazioni di CANDIAN, voce *Garanzie Finanziarie (diritto comunitario)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2008, 2, p. 607 e p. 610 la quale è convinta che «la direttiva esprima anche un modello generale di sistema delle garanzie reali mobiliari che può essere considerato un punto di riferimento altrettanto generale» perché costituente un contro-sistema che sradica dall'ordinamento il divieto di cui all'art. 2744 c.c.; è d'accordo con quest'ultima tesi MACARIO, *Modificazioni del patrimonio del debitore, poteri di controllo del creditore e autotutela*, in *Scritti in onore di Cesare Massimo Bianca*, Milano, 2006, IV, pp. 204-205, che avverte però della necessità di valorizzare il sistema delle clausole generali, in primis buona fede e correttezza, per bilanciare gli effetti dell'atipizzazione delle forme di garanzia mobiliare; CARRIERE, *La nuova normativa sui contratti di garanzia finanziaria. Analisi critica*, in *Banca Bor. tit. cred.*, 2005, 1, pp. 184-186; si esprime in termini di «rivoluzione silenziosa» GABRIELLI, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – Una garanzia reale*, cit. senza possesso, in *Giur. it.*, 2017, cit., p. 508; parla di disapplicazione del divieto di cui all'art. 2744 c.c. ma solo nel campo delle garanzie finanziarie ANNUNZIATA, *Cronache legislative e documentazione*, cit., pp. 213-214.

Tuttavia, se si considera la norma in chiave sistematica, questa conclusione non può che essere rimeditata. Infatti, da una parte, rileva la disciplina dettata in materia di escussione del pegno avente ad oggetto strumenti finanziari ove è espressamente previsto l'obbligo di restituzione dell'eccedenza eventualmente maturata, qualunque sia la modalità di escussione utilizzata; disciplina che, per affinità sul piano funzionale, non può che essere estesa anche alla vicenda traslativa. D'altra parte, rileva l'applicazione del criterio di ragionevolezza commerciale in base al quale, ai sensi dell'art. 8, devono essere decise le condizioni di realizzo delle attività finanziarie ed i relativi criteri di valutazione¹⁰⁴. Infatti, il criterio *de quo*, sebbene non avente una chiara evidenza applicativa, opera sul piano della determinazione del *quantum* dovuto dal debitore; *quantum* che si ritiene non possa in alcun caso eccedere l'ammontare del credito dovuto con conseguente implicita insorgenza dell'obbligo di restituzione dell'eccedenza¹⁰⁵. E del resto, una diversa conclusione apparirebbe

¹⁰⁴ L'art. 8 a postula una presunzione di ragionevolezza commerciale qualora i criteri convenzionalmente stabiliti dalle parti siano conformi "agli schemi contrattuali individuati dalla Banca d'Italia, d'intesa con la Consob, in relazione alle clausole di garanzia elaborate nell'ambito della prassi internazionale". Si ritiene che tale presunzione sia assoluta qualora vi sia un'apposita clausola contrattuale sulle modalità di realizzo rispettosa dei criteri delineati della Banca d'Italia. Di contro, in caso di lacuna negoziale, la presunzione diviene *iuris tantum* e, grava, dunque, sul datore di garanzia il gravoso onere di dimostrare che, nonostante la conformità ai parametri adottati dalla Banca d'Italia, il trasferimento delle attività finanziarie, nella fattispecie concreta, non corrisponde al canone della ragionevolezza commerciale. Evidenzia la peculiarità del criterio G. SARDO, *La disciplina del contratto di garanzia finanziaria: appunti sul D.Lgs. 21 maggio 2004, n. 17*, cit., p. 623 secondo cui sarebbe stato più opportuno invocare la diligenza professionale di cui all'art. 1176, II comma, c.c. oppure rinviare alle norme codicistiche che prevedono valutazioni analoghe, sempre improntate a canoni equitativi, ma con criteri più precisi.

¹⁰⁵ Sull'esistenza dell'obbligo di restituire l'eccedenza in caso di trasferimenti di attività finanziarie in funzione di garanzia *ex art. 6 del decreto*, in dottrina si v. G. SARDO, *La disciplina del contratto di garanzia finanziaria: appunti sul D.Lgs. 21 maggio 2004, n. 17*, cit., p. 621; G. IACCARINO, *Il rimedio del patto marciano nel diritto positivo*, in

non percorribile perché, qualora il creditore non fosse obbligato a restituire l'eccedenza di valore anche in caso di trasferimento del bene, verrebbe pregiudicato l'obiettivo – consacrato nel considerando n. 10 della direttiva – di realizzare un equo bilanciamento tra speditezza dei traffici commerciali e sicurezza delle parti di un rapporto obbligatorio senza incorrere in abusi¹⁰⁶.

Ciò che emerge da una lettura sistematica delle norme è allora la volontà del legislatore non già di abrogare, sia pure nell'ambito delle garanzie finanziarie, il divieto del patto commissorio, quanto piuttosto quella di dare ingresso nell'ordinamento ad un meccanismo marciano¹⁰⁷. L'esclusione dell'applicazione dell'art. 2744 c.c. trova ragione, pertanto, come pacificamente riconosciuto dalla giurisprudenza teorica e pratica, nel riscontro di meccanismi che garantiscono la proporzionalità tra il valore del diritto incamerato e l'ammontare del credito in tal modo soddisfatti. Ed, infatti, come visto, l'appropriazione delle attività finanziarie oggetto di garanzia è subordinata alla sussistenza delle due condizioni che caratterizzano ordinariamente questo meccanismo, ossia l'obbligo di giusta stima del bene al momento

Immobili&proprietà, 2017, 2, pp. 103-104; G. LA SORDA, *La nuova disciplina in materia di contratti di garanzia finanziaria*, cit.; A. CHIANALE, *Qualche pensiero sulle recenti vicende del patto marciano*, in *Rivista del notariato*, 2016, 4, p. 752; G. D'AMICO, *Le alienazioni in funzione di garanzia*, cit., pp. 596-597. Un cenno, in senso contrario, sembra provenire da A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, cit., p. 23.

¹⁰⁶ Si vedano le considerazioni di F. MURINO, *L'autotutela nell'escussione della garanzia finanziaria pignoratizia*, Milano, 2010, p. 50 e p. 62 il quale evidenzia come l'uguaglianza sostanziale tra le due fattispecie si coglie sul piano causale essendo in entrambe presente la funzione di creare l'immediata liquidabilità del *collateral* in favore del beneficiario.

¹⁰⁷ La previsione di cui all'art. 6 allora si giustificerebbe più per esigenze di chiarezza atteso che, altrimenti, frettolose e superficiali riqualificazioni in termini commissori di negozi in realtà consentiti dalla normativa comunitaria avrebbero rappresentato ostacolo alla riduzione del rischio sistemico e, soprattutto, all'accesso delle imprese nel mercato del credito.

dell'inadempimento e l'obbligo di restituzione dell'eccedenza di valore¹⁰⁸.
Sembra così confermata in particolare l'idea della sufficienza del principio di proporzionalità a vincere il divieto del patto commissorio.

Sul punto però è bene fare due notazioni. Anzitutto, l'ambito di applicazione della disciplina è settoriale quindi, nonostante costituisca un importante tassello nella creazione di forme di autosoddisfacimento del credito, non sembra se ne possa automaticamente ricavare una regola generale. Secondariamente l'assimilazione tra il meccanismo marciano ed il meccanismo descritto dalla norma non è piena: infatti, rispetto al primo modello, nella disciplina delle garanzie finanziarie non è dato rinvenire l'attribuzione del potere di stima ad un terzo se non in modo del tutto eventuale, essendo lo stesso *collateral taker* ad autosoddisfarsi sulla garanzia, comunicando successivamente al debitore le modalità di escussione e l'importo ricavato con restituzione dell'eccedenza. Ciò determina, dunque, il rischio di pregiudicare l'imparzialità della stima sebbene sia lo stesso legislatore a tentare di porvi rimedio conferendo al debitore un potere di opposizione in sede giudiziaria da attivare *ex post* entro un termine di tre mesi dalla comunicazione di avvio della procedura di autotutela.

¹⁰⁸ E del resto, non può trascurarsi come l'introduzione di tale disciplina sia stata frutto di una precisa scelta del il legislatore delegato italiano il quale ha consapevolmente deciso di non avvalersi del meccanismo di *out put*, pur previsto nella Direttiva.

3. Il prestito vitalizio ipotecario

Nell'ambito delle recenti introduzioni legislative aventi particolare valore sistematico per la riconcettualizzazione del divieto del patto commissorio rileva quella riferita al c.d. prestito vitalizio ipotecario¹⁰⁹.

Si tratta di un istituto, mutuato dalle esperienze di *common law* e francese¹¹⁰, per la prima volta “tipizzato” dal legislatore italiano con il d.l. n. 203/05 e successivamente disciplinato nel dettaglio con la l. 44/2015.

¹⁰⁹ Sul prestito vitalizio ipotecario, senza alcuna pretesa di esaustività, stante la vasta produzione scientifica sul tema, cfr. G.O. MANELLA - G.C. PLATANIA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, nei *Quaderni del Notariato*, Milano, 2015; C. CACCAVALE, *Contratto e Successioni, Il prestito vitalizio ipotecario*, in *Trattato del contratto a cura di Roppo*, VI, Milano, 2006, pp. 525 e ss.; T. RUMI, *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni “marciane” e garanzia del credito immobiliare*, in *I nuovi marciatori*, a cura di D'Amico, Pagliantini, Piraimo, Rumi, Torino, 2017, pp. 105 e ss.; R. LENZI, *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *Giurisprudenza italiana*, 2017, Luglio, pp. 1736 e ss.; D. RUSSO, *I nuovi strumenti contrattuali contro la crisi economica: il prestito vitalizio ipotecario*, in *Studium iuris*, 2018, 3, pp. 297 e ss.; M. ROBLES, *Problema e sistema nel prestito vitalizio ipotecario*, in *Rivista di diritto civile*, 2018, 6, pp. 1590 e ss.; A. CHIANALE, *L'inutilità dell'ipoteca nel prestito vecchietti*, in *Notariato*, 2016, 4, p. 358 e ss.; L. FOLLIERI, *Il patto marciano tra diritto «comune» e «speciale»*, cit., pp. 1862 e ss.; M.T. MONTEMITRO, *Prestito vitalizio ipotecario: disciplina generale*, in *Rivista di diritto Tributario*, 2016, giugno, supplemento online sul sito <http://www.rivistadirittotributario.it/wp-content/uploads/2016/06/Montemitro-pdf.pdf>; A. LUMINOSO, *Patto marciano, patto commissorio e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, cit. pp. 23 e ss.

¹¹⁰ I primi Paesi anglosassoni a prevederne l'utilizzo furono gli Stati Uniti, l'Inghilterra e il Canada; in seguito fu disciplinato anche in Francia ed in Spagna. In particolare in Inghilterra si fa riferimento al *lifetime mortgage*, ossia un finanziamento garantito da ipoteca su un immobile di proprietà del mutuatario che consente di convertire parte del valore dell'immobile in contanti per soddisfare esigenze personali/di consumo, senza rinunciare alla propria abitazione. Negli USA vi sono gli *home equity conversion mortgage* ed i *jumbo reverse mortgage*. Nel 2006 è stato introdotto in Francia il *prêt viager hypothécaire* ed in Spagna l'*hipoteca inversa*. Con riguardo alle varie tipologie di prestito vitalizio ipotecario in ambito internazionale ed europeo cfr. BUZZONETTI-PACELLA, *Il prestito vitalizio*, Milano, 2010. Per un'analisi di diritto comparato cfr. G. GIGLIOTTI, *Il prestito vitalizio ipotecario: un reverse mortgage all'italiana?*, in *Corr. merito.*, 2011, pp. 667 e ss.; G.O. MANELLA-G.C. PLATANIA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, cit., pp. 43 e ss.

Il primo intervento normativo, infatti, si era solo limitato a fornire una definizione di questa particolare tipologia di credito immobiliare inteso come forma di finanziamento a medio e lungo termine, con capitalizzazione annua di interessi e spese, garantito da ipoteca di primo grado su immobili residenziali, concedibile, dal lato attivo, da istituti bancari ovvero da intermediari finanziari iscritti all'albo di cui all'art. 106 T.U.B. e riservato, dal lato passivo, a persone fisiche con età superiore a 65 anni¹¹¹. La legge, senza fornire una disciplina *ad hoc*, si limitava a prevedere l'obbligo di rimborso integrale della somma in un'unica soluzione alla scadenza, identificabile con la morte del finanziato, attribuendo agli eredi il potere di scegliere tra l'estinzione del debito (al fine di conservare la proprietà del bene) e la vendita dell'immobile ipotecato (al fine di consentire al creditore di soddisfarsi sul ricavato). Si faceva altresì salva la possibilità della banca finanziatrice di concedere un nuovo mutuo ai successori al fine di destinare i fondi all'estinzione del precedente prestito.

L'assenza di una disciplina specifica a corredo di questa definizione, tuttavia, la rendeva poco appetibile nel mercato tanto che, nel 2015, si è reso necessario un successivo intervento legislativo per far fronte alla sempre più crescente esigenza, per un verso, di smobilizzare parte della cospicua ricchezza impegnata in immobili e, per altro, di agevolare l'accesso al credito alle classi più anziane.

¹¹¹ In questo modo, si garantiscono i mutuatari circa la provenienza da soggetti affidabili, in quanto autorizzati ed al contempo sottoposti ai penetranti controlli ed alla vigilanza della Banca d'Italia.

La fisionomia dell'istituto non risulta essere sostanzialmente variata rispetto alla formulazione contenuta nel d.l. 203/2005. Si tratta, infatti, sempre di una forma di prestito riservata ai soggetti che abbiano superato una determinata soglia di età (ora diminuita da sessantacinque a sessant'anni), garantita da ipoteca su un immobile residenziale di proprietà il cui rimborso integrale in un'unica soluzione può essere richiesto, secondo il disposto del comma 12 dell'art. 11 *quaterdecies*, al momento della morte del soggetto finanziato (evento fisiologico) ovvero qualora vengano trasferiti, in tutto o in parte, la proprietà o altri diritti reali o di godimento sull'immobile o vengano compiuti atti che ne riducano significativamente il valore (ipotesi patologiche)¹¹².

Per come configurata da legislatore, questa operazione presenta il prezioso vantaggio, per il finanziato, di non dover lasciare l'immobile e di non dover ripagare alcunché sino alla sua morte poiché, pur ipotecando l'immobile, egli non ne perde la proprietà, potendo lo stesso recuperare in qualsiasi momento il bene dato in garanzia, rimborsando anticipatamente il finanziamento erogato, e, per gli eredi, di poter mantenere il bene nel patrimonio familiare provvedendo alla restituzione della somma dovuta.

Da ciò deriva, appunto, il suo carattere "*reversed*", ossia inverso, rispetto agli ordinari mutui, non essendo prevista alcuna forma di rimborso durante la vita del finanziato. Ne consegue che, nel prestito vitalizio, a differenza che nel

¹¹²Si può definire quindi come una tipica operazione di credito, esercitata dalle banche e dagli altri intermediari finanziari autorizzati, di durata e a titolo oneroso.

mutuo, non vi è coincidenza tra il soggetto finanziato e la parte obbligata a restituire il *tandundem*.

Da tali caratteri taluni deducono la natura aleatoria di tale contratto “in quanto la struttura legislativa dello stesso è tale da non permettere alle parti, ed in particolare al finanziatore, di conoscere al momento della stipula quale sarà l’entità dei vantaggi e, rispettivamente, dei sacrifici che riceveranno dal contratto”¹¹³. Altri, invece, sostengono che “gli elementi di incertezza non sono tali da far ritenere aleatorio il contratto in esame”¹¹⁴.

Prescindendo da un’approfondita analisi della disciplina in punto di legittimazione attiva e passiva nonché della durata e delle modalità di erogazione del credito, ai nostri fini sembra che le più importanti novità si possano apprezzare sul piano delle modalità di estinzione del finanziamento e delle procedure di vendita/valutazione dell’immobile a garanzia del rimborso del prestito.

Vengono, in particolare, introdotte due possibili modalità di rimborso, da concordare al momento della stipula del contratto di finanziamento: in un’unica

¹¹³ Così MANELLA e PLATANIA, *op. cit.*, p. 87. Anche RUMI, *La nuova disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *I Contratti*, X, 2015, p. 940, sottolinea che il prestito vitalizio ipotecario comporta dei costi fissi iniziali, quale la perizia dell’immobile, le spese notarili, di istruttoria, di assicurazione obbligatoria sulla casa, che vengono dedotti dall’importo del finanziamento e dei costi variabili perché connessi alla durata del finanziamento. La stessa entità del debito alla scadenza non è predeterminabile al momento della conclusione del contratto, dipendendo da fattori di incertezza come la durata della vita del finanziato, l’evoluzione dei tassi di interessi nel tempo, le dinamiche del mercato immobiliare che nel medio/lungo periodo possono risentire delle variazioni dei prezzi degli immobili, tutti fattori che potrebbero determinare il rischio di *cross-over* del finanziato, o meglio dei suoi eredi, costretti a rimborsare un prestito di gran lunga più elevato del valore dell’immobile concesso in garanzia.

¹¹⁴ FARACE, *Prestito vitalizio ipotecario*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Aggiornamenti, Roma, 2006, p. 3.

soluzione, al momento della morte del soggetto finanziato o nelle ipotesi patologiche indicate dal già citato comma 12, ovvero per il tramite di un graduale rimborso della quota di interessi e spese, sui quali non si applica la regola della capitalizzazione annuale.

La nuova disciplina impatta sia sul piano delle regole sull'esecuzione forzata, sia sul piano del sistema delle garanzie.

Sotto il primo versante, di particolare rilevanza ai fini della nostra indagine è l'istituzione della nuova procedura descritta dal comma 12 quater dell'art. 11 *quaterdecies*, che si sostanzia, nei fatti, in uno strumento di autotutela esecutiva unilaterale, alternativo alle ordinarie procedure esecutive immobiliari in danno del debitore insolvente¹¹⁵.

Più precisamente, la legge prevede che, trascorso infruttuosamente il termine di dodici mesi dal verificarsi di uno degli eventi indicati dal comma 12, senza l'avvenuta restituzione del *quantum* dovuto, il finanziatore possa procedere in via diretta alla vendita dell'immobile ipotecato "ad un valore pari a quello di mercato" determinato da un perito indipendente incaricato dal finanziatore¹¹⁶. Il legislatore ha, tuttavia, preso atto della difficoltà a vendere tali beni secondo il valore di mercato sicché è altresì stabilito che, trascorsi ulteriori

¹¹⁵ In questo senso T. RUMI, *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni "marciiane" e garanzia del credito immobiliare*, in *I nuovi marciiani*, pp. 132 ss., che evidenzia come il prestito vitalizio ipotecario costituisca una forma di autotutela controllata. Vale la pena precisare però che questa peculiare procedura di vendita non è obbligatoria ma costituisce solo una facoltà concessa al creditore alternativa alla procedura esecutiva ordinaria.

¹¹⁶ In realtà, in via alternativa, il comma 12 *quater* prevede anche che "l'erede possa provvedere alla vendita dell'immobile, in accordo con il finanziatore, purché la compravendita si perfezioni entro dodici mesi": anche questa ipotesi è volta a disincentivare il ricorso alle ordinarie procedure esecutive per la soddisfazione del credito.

dodici mesi senza che sia stata perfezionata la vendita del bene, dal valore dello stesso venga decurtato il 15% per ogni dodici mesi successivi fino al perfezionamento del negozio. Le somme così ricavate sono usate dal finanziatore per soddisfare il proprio credito, con la precisazione che quanto ottenuto in eccedenza rispetto alla somma dovuta a titolo di rimborso deve essere necessariamente riconosciuto “al soggetto finanziato o ai suoi aventi causa”. Si prevede altresì che “l’ammontare del debito residuo non può superare il ricavato della vendita dell’immobile, al netto delle spese sostenute”, cosicché né il soggetto finanziato né gli eredi possano essere chiamati a pagare una somma superiore al valore commerciale dell’immobile.

La descrizione dei tratti essenziali di tale modalità di rimborso rivela la sussistenza dei tratti tipici della convenzione marciata. La previsione secondo cui, in caso di inadempimento, la stima del bene immobile vada sottoposta alla valutazione di un perito esterno, unitamente all’obbligo del finanziatore, una volta soddisfatto il proprio credito, di restituire l’eventuale eccedenza agli eredi, infatti, depone nel senso di far ritenere che il legislatore si sia servito di tale modello per scongiurare il rischio di imbattersi nel divieto di cui all’art. 2744 c.c.. In tal caso, però, il marciato è sotteso al mandato a vendere l’immobile ipotecato *post mortem exequendum*, dandosi vita ad una scissione tra titolarità e legittimazione simile a quanto accade in caso di *cessio bonorum* di cui all’art. 1977 c.c. e ss.

Si ravvisano, però, almeno due peculiarità rispetto alla ordinaria figura di patto marciano¹¹⁷. Anzitutto, non può parlarsi tecnicamente di “patto”, giacché il potere di disposizione non è rimesso ad un’opzione negoziale, ma trova la sua fonte direttamente nella legge. Inoltre, se pur di marciano vuole parlarsi, deve parlarsi di un marciano obbligatorio non essendo prevista una vicenda traslativa a favore del creditore, bensì solo una legittimazione *ex lege* a disporre del bene¹¹⁸.

Se tali tratti specifici non valgono a collocare la disciplina al di fuori di quell’attuale *trend* legislativo volto all’introduzione di nuovi meccanismi di autotutela modellati sulla falsariga del marciano, non può sottacersi, sotto altro punto di vista, che la tutela offerta al debitore in questo caso appare affievolita.

Anzitutto, come visto, la scelta del perito è rimessa ad una iniziativa esclusiva del creditore finanziatore e non è espressamente previsto alcuno strumento di contestazione o composizione di eventuali conflitti. Inoltre, a differenza degli altri sottotipi marciani, non sono predisposti neppure degli ulteriori e “speciali” strumenti di controllo giurisdizionale *ex post* della procedura liquidatoria, come invece avviene nella garanzia finanziaria, sotto forma di azione di irragionevolezza commerciale e di domanda risarcitoria per

¹¹⁷ Come evidenziato in dottrina, il distinguo è importante perché la questione della compatibilità del mandato ad alienare con il divieto di stipulazione commissorie è stata oggetto, soprattutto in passato, di rilevanti dibattiti. Si vedano le considerazioni di T. RUMI, *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni “marciane” e garanzia del credito immobiliare*, cit.

¹¹⁸ Taluni ascrivono questo meccanismo di funzionamento ad una forma di mandato *in rem propriam*. In termini critici, si veda la posizione di T. RUMI, *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni “marciane” e garanzia del credito immobiliare*, in *I nuovi marciani* che rileva l’assenza di un contratto di mandato.

le vendite eseguite secondo valutazioni difformi ai prezzi di mercato, come previste nel pegno non possessorio¹¹⁹. Per di più, la rilevanza dell'obbligo di restituzione dell'eccedenza di valore – che costituisce, come visto, il principale elemento su cui si fonda l'efficacia salvifica del marcano dato che consente di riequilibrare l'assetto dei valori patrimoniali in gioco – è di fatto in questa sede ridimensionata dalla previsione della facoltà riconosciuta in capo al finanziatore di “abbassare” progressivamente il prezzo dell'immobile. La progressiva e automatica decurtazione di valore del bene per effetto della sua mancata vendita genera il rischio di un graduale azzeramento del peso economico dell'obbligo restitutorio.

A fare da contraltare a questo scenario, invero, vi è l'esplicita previsione dell'effetto esdebitativo della vendita stragiudiziale che elimina ogni dubbio sull'efficacia solutoria della stessa¹²⁰. Il summenzionato comma 12 *quater*, come visto, sancisce, infatti, chiaramente che *“l'importo del debito residuo non può superare il ricavato della vendita dell'immobile, al netto delle spese sostenute”*. Ciò vuol dire che, una volta venduto il bene oggetto di garanzia, il debitore è automaticamente liberato dal debito. Si viene, così, a determinare un trasferimento del debito a carico degli eredi, ma nei soli limiti del valore della

¹¹⁹ Nel silenzio della legge, stante la ben nota controversa natura giuridica della relazione di stima, onde evitare vuoti di tutela, si potrebbe considerare applicabile in via analogica la disciplina dell'art. 1349 c.c., ovvero, più ragionevolmente, laddove si optasse per una configurazione in termini di perizia negoziale, attesa la nomina unilaterale, i classici rimedi contrattuali esperibili in caso di vizi del consenso. Qualora, poi, il debitore rivesta la qualifica di consumatore potrebbero trovare spazio, ricorrendone i presupposti, i rimedi “speciali” previsti dal Codice del Consumo (D.Lgs. 206/2005).

¹²⁰ Si precisa che l'effetto esdebitativo è una novità della seconda versione del prestito vitalizio ipotecario.

res ipotecata. Il rischio di *cross over*¹²¹ ossia che, in pendenza del rapporto, l'ammontare complessivo del debito venga a superare il valore dell'immobile, è posto interamente a carico del creditore.

È bene precisare – in quanto ciò si rivelerà utile nella costruzione dei tratti tipici del marciano di diritto comune – che l'espressa previsione dell'effetto esdebitatorio introduce una deroga al principio generale della responsabilità patrimoniale che si giustifica solo in ragione della funzione assistenziale svolta dal tale nuovo strumento. In altri termini, per le ragioni che si avrà modo di esporre nel prosieguo, il meccanismo marciano di per sé non giustifica la disapplicazione della regola di universalità sancita ai sensi dell'art. 2740 c.c. sicché la concentrazione della garanzia patrimoniale in via esclusiva sul bene ipotecato risponde ad una precisa scelta legislativa che sottende la volontà – evidentemente settoriale - di offrire al finanziato la possibilità di accedere ad un finanziamento che gli permetta di ottenere credito con la sicurezza che il rischio proprio e soprattutto dei suoi eredi sia limitato alla perdita del bene dato in garanzia.

¹²¹ Si parla, a proposito, della c.d. clausola *no negative equity guarantee* per tale intendendosi quella pattuizione in base alla quale l'eventuale differenza, in negativo, tra valore del bene e ammontare del credito viene sopportata dal creditore. Cfr. M.T. MONTEMITRO, *Prestito vitalizio ipotecario: disciplina generale*, cit., p. 5; A. CHIANALE, *L'inutilità dell'ipoteca nel "prestito vecchietti"*, cit., p. 358; G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, in *I nuovi marcioniani*, cit., p. 16, il quale prontamente sottolinea come l'obbligo di restituzione dell'eccedenza si spiega alla luce del fatto che in tale fattispecie non si conosce preventivamente l'ammontare del debito essendo il rimborso dovuto, in unica soluzione, solo alla morte del soggetto e, dunque, dipendendo da una serie di variabili imprevedibili come la durata della vita del debitore ovvero l'evoluzione dei tassi di interesse in pendenza del rapporto.

Sotto il versante dell'impatto sul sistema delle garanzie, invece, la previsione delle particolari forme di realizzo del credito così come sopra descritte porta a dubitare della compatibilità della disciplina con la figura dell'ipoteca.

Parte della dottrina evidenzia come la garanzia reale tipica in questo caso sembri non adempiere la sua naturale funzione posto che si propone quale mero strumento di opponibilità del potere di vendita attribuito al creditore per il caso dell'inadempimento¹²². Si obietta, tuttavia, che se tale fosse stato l'intento del legislatore, quest'ultimo ben avrebbe potuto costruire il diritto di vendita attribuito al finanziatore quale garanzia atipica, quale diritto cioè sganciato dall'ipoteca, prevedendo una sua trascrivibilità ai fini dell'opponibilità, così come del resto ha fatto con l'art. 48 *bis*. E così si ritiene che al più la *voluntas legis* sia stata quella di superare il principio di esclusività dell'esecuzione forzata in sede di realizzo dell'ipoteca, introducendo una forma nuova di realizzazione del credito più rapida ed efficace demandata al nuovo strumento della vendita.

Al di là di quale sia la ricostruzione maggiormente plausibile, quella della riconcettualizzazione dell'ipoteca e della sua realizzazione o quella dell'affermazione di una novella garanzia reale, va sottolineato il valore

¹²² CHIANALE, *L'inutilità dell'ipoteca nel "prestito vecchietti"*, cit., 2016, p. 358. L'analisi dell'A. si appunta inoltre, in chiave critica, sull'ipoteca di primo grado su immobili residenziali che garantisce il prestito vitalizio, e osserva come essa non svolga in realtà l'usuale funzione di garanzia, bensì consente di rendere opponibile ai terzi il mandato a vendere l'immobile, attribuito *ex lege* al finanziatore, con conseguente configurazione di una pattuizione marciante. In proposito, v. *infra*, par. Sul prestito vitalizio ipotecario alla luce delle nuove pattuizioni marciante (su cui v. *infra*, par. 3), cfr. RUMI, *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni "marciante" a garanzia del credito immobiliare*, cit., p. 105.

sistematico della previsione, sul tema del patto commissorio. Infatti, si assiste ad un ampliamento degli spazi dell'autonomia privata sul piano del soddisfacimento del credito che, correlativamente, porta a ridurre la portata del divieto dell'art. 2744 c.c. Ciò tuttavia avviene sempre nel rispetto della regola della proporzionalità sottesa al meccanismo marciano reputata idonea a contemperare nel modo più efficiente l'interesse del creditore ad una veloce soddisfazione del credito e quello del debitore e degli altri creditori a che il bene oggetto di garanzia sia svalutato e svenduto. Si badi, però, che nel caso del prestito vitalizio ipotecario, questa opera di bilanciamento conduce il legislatore a non accontentarsi solo dell'introduzione della giusta stima, accompagnata dall'obbligo di restituzione dell'eccedenza di valore; la valorizzazione dell'interesse del debitore a non perdere il bene se non nel caso di particolare gravità dell'inadempimento conduce, infatti, a subordinare il potere di vendita al protrarsi dell'inadempimento per oltre dodici mesi.

Questa considerazione – come si avrà modo di spiegare nell'ultimo capitolo – assume rilievo nel senso di rendere più plausibili soluzioni che siano in grado di scongiurare l'applicazione dell'art. 2744 c.c., integrando e correggendo l'atto di autonomia mediante l'inserimento non solo della regola di proporzionalità ma anche tramite l'inserimento di altre condizioni che rendano il patto massimamente rispettoso degli interessi in gioco e dei principi di riferimento.

4. Il credito immobiliare ai consumatori

Altro istituto di nuovo conio disciplinante la tutela soddisfacente del creditore nell'ambito dei rapporti di finanziamento garantiti da ipoteca è quello introdotto dal d.lgs. n. 72/16 in attuazione della direttiva 2014/17/UE ovvero la *Mortgage credit directive*¹²³, inerente ai contratti di credito ai consumatori relativi ad immobili residenziali¹²⁴. La normativa in esame presenta un ambito applicativo rigorosamente circoscritto non solo sotto il profilo oggettivo (deve trattarsi di un "contratto di credito" ex art. 120 *quinquies*, comma 1 lettera e TUB) ma anche sotto il profilo soggettivo (i contratti in questione devono essere stipulati tra un finanziatore e un consumatore secondo la definizione offerta dal TUB).

¹²³ Tale intervento legislativo europolitano, nel tentativo di realizzare l'efficienza dei traffici commerciali mediante la predisposizione di una regolamentazione uniforme, è animato dal duplice obiettivo di agevolare i finanziamenti a favore dei consumatori e di neutralizzare il fenomeno di accesso abusivo al credito prescrivendo a carico del soggetto erogatore l'obbligo di valutazione del c.d. merito creditizio, ovvero un sindacato sulla complessiva situazione patrimoniale del richiedente. L'articolo 1 della direttiva puntualizza il suo ambito di applicazione facendolo coincidere principalmente con due fattispecie: la prima concerne i 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 ai beni immobili residenziali; la seconda fattispecie attiene ai contratti di credito destinati all'acquisto o alla conservazione di diritti di proprietà su un terreno o su una costruzione edificata o progettata.

¹²⁴ Per esso si intende quel negozio in forza del quale il finanziatore concede al consumatore un credito sotto forma di prestito, dilazione di pagamento, ovvero qualsiasi agevolazione finanziaria, al fine di acquistare un immobile (edificato o progettato), oppure per qualsiasi altra ragione di consumo purché, in tale ultimo caso, il finanziamento sia assistito da un'ipoteca sul diritto di proprietà, o altro diritto reale, su un immobile residenziale del debitore.

In questo settore, si avverte particolarmente l'importanza che i meccanismi di erogazione del credito assumono per il perseguimento di finalità di utilità sociale. Infatti, essa mira ad arginare il considerevole livello di indebitamento, in gran parte concentrato su crediti concernenti beni immobili residenziali, al fine di prevenire per il futuro fenomeni di sovrindebitamento delle famiglie.

Risponde a tali obiettivi il ricco quadro di regole che comprende gli obblighi di educazione finanziaria, la correttezza, trasparenza, equità, professionalità nella prestazione dei servizi finanziari, corretta pubblicità, informazione adeguata in *incertam personam*, consulenza ed assistenza.

Ai nostri fini, assume rilievo la disciplina contenuta nell'art. 120 *quinquiesdecies* T.U.B. che regola espressamente le conseguenze dell'inadempimento in attuazione dell'art. 28 della direttiva¹²⁵.

Quest'ultima è una norma di *opt in* che sancisce la liceità del pagamento solutorio quale forma di estinzione alternativa dell'obbligazione e che impone agli Stati membri di modificare, qualora risulti necessario, i propri ordinamenti per consentire l'introduzione di clausole che sanciscano il trasferimento del bene oggetto di ipoteca in caso di inadempimento ovvero la limitazione della

¹²⁵ L'art. 28 della citata direttiva – avente ad oggetto l'ipotesi di morosità del consumatore nel pagamento delle rate del mutuo – ai commi quarto e quinto impone agli stati membri di non impedire che le parti del contratto possano convenire meccanismi di rimborso del credito fondati sulla restituzione o sul trasferimento della garanzia reale o sulla liquidazione della medesima.

responsabilità debitoria al valore conseguito attraverso la liquidazione della garanzia¹²⁶.

In attuazione di ciò, l'art. 120 *quinquiesdecies* prescrive che, fermo il disposto dell'art. 2744 c.c., la banca può pattuire con il consumatore-mutuatario una clausola espressa al momento della conclusione del contratto di credito che preveda, in caso di inadempimento del consumatore, modalità alternative di realizzazione della garanzia ipotecaria gravata sull'immobile del consumatore.

Si badi che il legislatore elabora due gradi speciali di importanza dell'inadempimento (che si aggiungono all'inadempimento di grado semplice rilevante ai soli fini dell'applicazione degli interessi moratori). Il primo rilevante al solo fine della richiesta di risoluzione e che presuppone il ritardato pagamento delle rate per almeno sette volte, anche non consecutive. Il secondo rilevante ai fini dell'operatività del patto di attribuzione consistente nel mancato pagamento di un ammontare equivalente a diciotto rate mensili. Si tratta di un inadempimento qualificato introdotto quale forma di tutela per il consumatore.

Invero, sono previste tre diverse modalità auto-satisfattive che, di fatto, incorporano gli elementi tipici del marcano¹²⁷: i) restituzione dell'immobile residenziale gravato da ipoteca, ii) trasferimento del medesimo in capo al soggetto finanziatore, o, infine, iii) alienazione del bene e trattenimento del

¹²⁶ 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*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2016, p. 346.

¹²⁷ Il quinto comma dell'art. 120 *quinquiesdecies* TUB rimette a un decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, adottato di concerto con il Ministro della giustizia e sentita la Banca d'Italia, la predisposizione di norme di dettaglio. Si tratta, tuttavia, di norma rimasta priva di attuazione sebbene sia stato presentato uno schema di decreto sottoposto a consultazione pubblica con scadenza il 5 febbraio 2018.

corrispettivo fino a concorrenza del debito residuo.¹²⁸ In caso di acquisizione da parte della banca ovvero di trasferimento a terzi dell'immobile concesso in ipoteca, si prescrive, da un lato, l'obbligo di previa stima del valore del bene da parte di un terzo indipendente e, dall'altro, il diritto del consumatore di ricevere l'eventuale eccedenza tra il valore del bene ed il debito inadempito.

Prima facie, la disciplina contenuta all'art. 120 *quinquiesdecies* parrebbe profilare un diverso funzionamento della tutela marciana a seconda che per l'inadempimento del consumatore sia previsto l'acquisto (o la restituzione) della proprietà del bene da parte della banca o che sia, invece, contemplata la facoltà della banca di procedere alla vendita dell'immobile a terzi: nel primo caso, il valore dell'immobile è determinato mediante stima successiva alla scadenza del debito all'uopo redatta da un perito indipendente scelto dalle parti di comune accordo ovvero, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo, nominato dal Presidente del Tribunale territorialmente competente con le modalità di cui all'art. 696, comma 3, c.p.c.; nel secondo caso, invece, potrebbe in teoria ritenersi rimessa alla capacità della banca di vendere il bene al miglior

¹²⁸ Ai sensi dell'art. 12, comma 2, della «Bozza di Decreto attuativo dell'art. 120 *quinquiesdecies*, commi 3 e 4, TUB» le possibili modalità di vendita del bene, disciplinate dal contratto di credito, «possono includere: a) il conferimento di un mandato irrevocabile al finanziatore; b) la possibilità per il consumatore di curare la vendita o, comunque, di reperire un acquirente entro un termine pattuito, in luogo del finanziatore; c) il conferimento di un mandato irrevocabile a un notaio, anche non diverso da quello che roga il contratto di credito, a un avvocato o a un dottore commercialista che abbiano partecipato a specifiche attività formative in tema di procedure esecutive ordinarie o concorsuali, ovvero alla Rete Aste Notarili del Consiglio Nazionale del Notariato; il mandatario procede alla vendita tramite procedure competitive anche avvalendosi di soggetti specializzati, assicurando, con adeguate forme di pubblicità, l'informazione e la partecipazione degli interessati. Il contratto di credito prevede le modalità di sostituzione del professionista incaricato per l'ipotesi in cui lo stesso non possa o non voglia eseguire l'incarico ovvero non possa proseguirlo, anche demandandone l'individuazione al Presidente dell'Ordine o Collegio Professionale competente per territorio».

prezzo. In quest'ultimo caso, non si imporrebbe una stima successiva all'inadempimento, ma la determinazione del miglior prezzo sarebbe assicurata soltanto dalla tendenziale convergenza di interessi della banca, del consumatore e di ulteriori creditori di quest'ultimo.

Si è tuttavia condivisibilmente osservato che affidarsi alla mera convergenza di interessi non costituisca una garanzia sufficiente per il consumatore e suoi ulteriori creditori, in quanto l'interesse della banca si arresterebbe al conseguimento di un prezzo almeno pari al debito residuo, mentre quello del consumatore e di suoi eventuali altri creditori riguarderebbe il conseguimento dell'eventuale eccedenza del prezzo rispetto al debito¹²⁹.

Deve ritenersi allora che anche in questo ultimo caso sia necessario predisporre una stima successiva all'inadempimento per determinare il prezzo al quale eseguire la vendita a terzi, come peraltro suggerito dallo stesso tenore letterale dell'art. 120-quinquiesdecies, comma 4, lettera d), TUB, che, come anticipato, impone la stima da parte di un perito indipendente «agli effetti del comma 3».

Tutte e tre le modalità di autosoddisfacimento del credito legalmente previste sembrano allora profilare gli estremi di un'alienazione marciانا: 1) *di fonte convenzionale* e facoltativa essendo rimessa ad una libera iniziativa negoziale dei contraenti i quali “*possono*” inserire la relativa clausola 2) avente i caratteri della *accessorietà* in quanto il bene è gravato da ipoteca 3) assistita

¹²⁹ M. TATARANO, *Recenti riforme*, cit., pp. 28 ss. In senso analogo F. PIRAINO, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali. Il patto marciانا alla luce della disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, in *Giur. it.*, 2017, 1749, p. 1750.

dalle cautele della giusta stima da effettuarsi per il momento successivo all'inadempimento e dell'obbligo di restituzione dell'eccedenza.

Rispetto a tali basilari presupposti – normalmente reputati sufficienti dalla Corte di Cassazione per giustificare l'effetto salvifico della clausola marciana – però, sussiste nella fattispecie delineata dall'art. 120 quinquiesdecies un meccanismo più articolato e conformato alla qualità soggettiva delle parti del contratto di credito immobiliare¹³⁰.

Non solo, infatti, come visto, si assiste ad una riconcettualizzazione graduata del concetto stesso di inadempimento, ma per di più, una volta che questo si verifichi, non pare che il meccanismo di autotutela in parola debba necessariamente rappresentare una conseguenza automatica ed inevitabile poichè il finanziatore potrebbe non ritenere utile avvalersi di tale rimedio¹³¹.

Non sembrano esservi ostacoli nel riconoscere al finanziatore la possibilità, nel quadro dei “bisogni ragionevoli del consumatore” e tenendo conto “delle concrete circostanze”, di attivare il patto *de quo* solo dopo aver adottato una serie di misure conciliatorie volte ad agevolare l'adempimento del debitore, quali la concessione di una dilazione di pagamento o un abbattimento

¹³⁰ In questo senso, sempre M. ASTONE, *Inadempimento del consumatore e autotutela del finanziatore tra (divieto del) patto commissorio e patto marciano*, cit., pp. 759 e ss.

¹³¹ M. TATARANO, *Recenti riforme in tema di garanzie del credito bancario*, in *Studi e mat.*, 2017, 1-2. La soluzione sarebbe confermata dall'art. 6, comma 1, della «Bozza di Decreto attuativo dell'art. 120 quinquiesdecies, commi 3 e 4, TUB» ai sensi del quale «Se, al verificarsi dell'inadempimento di cui all'art. 120-quinquiesdecies, comma 4, lett. c), TUB, il finanziatore intende avvalersi degli effetti della Clausola, notifica al consumatore una dichiarazione con la quale manifesta espressamente la volontà di avvalersi di tale facoltà. La dichiarazione contiene anche l'indicazione delle rate non pagate, del loro importo e della circostanza che la somma complessiva non pagata è di ammontare equivalente a 18 rate mensili secondo quanto previsto dall'articolo 5».

degli interessi passivi, oppure ancora l'avvio di una transazione con il consumatore per procedere ad una rinegoziazione del credito, rideterminando le modalità di pagamento; e ciò nel rispetto del generale dovere di tolleranza dell'inadempimento imposto dalla normativa in questione¹³².

Del resto, il diniego nell'attivazione automatica ed indiscriminata della clausola è coerente con la volontà di tutela del consumatore e si accompagna ad altre regole volte a garantire il superamento dell'asimmetria informativa tipica dei contratti di consumo. Sotto quest'ultimo profilo, il legislatore espressamente prevede che l'inserimento della clausola pattizia non possa essere condizione di conclusione del contratto nonché il diritto del consumatore ad essere assistito, a titolo gratuito, da un consulente al fine di valutarne la convenienza.

Nella stessa logica, d'altronde, si giustifica il peculiare effetto esdebitativo connesso alla realizzazione stragiudiziale della garanzia previsto ai sensi del terzo comma dell'art. 120 *quinquiesdecies* secondo cui l'acquisizione diretta del bene o dei proventi della vendita dello stesso “comporta l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore (...) anche se il valore del bene immobile (...) trasferito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è inferiore al debito residuo”. L'esdebitazione non è, invece, destinata ad operare «nei casi, diversi da quelli di cui al comma 3, in cui il finanziatore fa ricorso all'espropriazione immobiliare» (comma 6)¹³³.

¹³² Lo rileva analiticamente M. ASTONE, *Inadempimento del consumatore e autotutela del finanziatore tra (divieto del) patto commissorio e patto marciano*, in *Europa e diritto privato*, 2017, 3, pp. 759 e ss.

¹³³ Secondo E. BRODI, *Il sistema delle garanzie*, cit., p. 15 ed *ivi* nota 36 si tratterebbe «di un modello ibrido: che a scelta delle parti può trasformarsi in “*recourse*”», e quindi consentire alla banca di avviare il procedimento esecutivo ordinario pretendendo l'eventuale pagamento

Rispetto alla corrispondente normativa in materia di prestito vitalizio ipotecario, l'effetto estintivo dell'intero debito conseguente all'escussione della garanzia è affermato con maggiore nettezza; ed infatti, qui, l'utilizzo dell'espressione "estinzione", con riferimento al rapporto obbligatorio, elimina ogni dubbio sull'efficacia liberatoria del meccanismo ivi descritto. In tal modo, dunque, si realizza una concentrazione della "*garanzia patrimoniale in via esclusiva sul bene ipotecato, con evidente disapplicazione della regola di universalità della responsabilità patrimoniale*"¹³⁴ per effetto di una clausola, sì, pattizia ma tipizzata *ex lege* nel pieno rispetto dell'art. 2740, II comma, c.c..

5. Il pegno non possessorio

Nel quadro dell'ammodernamento del sistema delle garanzie reali, il legislatore ha introdotto con il d.l. 2 maggio 2016 n. 59, convertito con legge 30 giugno 2016 n. 119, il pegno mobiliare non possessorio.

Esso viene qualificato come un sotto-tipo di pegno sia per la denominazione utilizzata, sia per il rinvio per gli aspetti non disciplinati alla normativa codicistica¹³⁵. Nondimeno si tratta di una peculiare forma di pegno riservata agli imprenditori iscritti al registro delle imprese il cui oggetto è limitato a predeterminate categorie di *res*: beni mobili strumentali all'esercizio

del residuo o «*“non-recourse”*», che, a fronte della speciale autotutela concessa alla banca, consente al cliente di estinguere il debito trasferendo la proprietà del *collateral*, e cioè del bene oggetto di garanzia».

¹³⁴ G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Cedam, Padova, 2017, p. 294.

¹³⁵ Cfr. ASSONIME, *Misure per l'efficienza e l'accelerazione delle procedure di recupero del credito, circolare n. 26 del 5 dicembre 2016*, p. 19.

dell'impresa (con esplicita esclusione di quelli registrati) ovvero crediti, presenti o futuri, purché connessi al medesimo esercizio. Si prescrive espressamente la facoltà di utilizzare i prodotti oggetto di garanzia per il proprio ciclo produttivo, anche trasformandoli, se ciò ricade nella loro destinazione economica, con l'effetto in tal caso della surrogazione reale dell'oggetto del pegno, con ciò ammettendosi l'inserimento della clausola di rotatività¹³⁶. Il carattere di rotatività opera "ove non sia diversamente disposto nel contratto sicché è possibile inserire un'apposita clausola che trasformi il pegno da "fluttuante" a "fisso".

Quanto alle modalità di costituzione della garanzia, elemento necessario e caratterizzante la fattispecie è la sua creazione senza spossessamento. Ai sensi dell'art. 1, commi 3 e 4, del decreto citato, il contratto deve risultare a pena di nullità da atto scritto contenente l'indicazione del creditore, del debitore e dell'eventuale terzo concedente il pegno, nonché la descrizione del bene oggetto di garanzia, del credito garantito e dell'indicazione dell'importo massimo garantito.

L'efficacia verso i terzi è assicurata – in luogo dello spossessamento – dall'iscrizione del pegno in un registro *ad hoc* tenuto dall'Agenzia delle entrate, denominato Registro dei pegni non possessorio¹³⁷.

¹³⁶ Si tratta di un modello già emergente nella prassi e riconosciuto sul piano del diritto positivo (art. 5 comma 3 d.lgs. N. 170/04; art. 34 c. 2 d.lgs. n. 213/98 e art. 87 comma 1 d.lgs. n. 58/98).

¹³⁷ Occorre segnalare che tale registro informatizzato non è ancora stato istituito sicché, ad oggi, il pegno non possessorio, pur potendo essere validamente stipulato, può produrre effetti solo tra le parti.

Scopo ultimo dell'istituto è, pertanto, quello di agevolare l'accesso al finanziamento di impresa per il tramite dell'introduzione di una forma di pegno che, se da un lato, è caratterizzata dall'assenza di spossessamento quale modalità costitutiva del diritto¹³⁸, dall'altro, offre al creditore un canale preferenziale di soddisfacimento del credito tramite la predisposizione di una procedura di realizzazione della garanzia pignorizia alternativa alla procedura esecutiva ordinaria.

L'art. 1 comma settimo del d.l. 59/2016, infatti, prevede che all'occorrere di eventi che costituiscano una ragione di escussione del pegno, il creditore possa procedere in via stragiudiziale in base a quattro procedure alternative, di cui due assumono rilevanza centrale ai fini della presente indagine¹³⁹.

La prima è impernata sull'attribuzione al creditore pignorizio dello *ius vendendi* del bene oggetto di garanzia da esercitarsi secondo procedure competitive e previa stima del bene da parte di esperti e successiva

¹³⁸ In tal modo, la fattispecie negoziale perde il connotato della realtà, tipico della figura del pegno codicistico, in favore della consensualità. Ciò consente al debitore-imprenditore di poter agevolmente accedere al credito offrendo in garanzia un bene funzionale al suo esercizio commerciale, conservandone la disponibilità così da evitare la paralisi della sua attività produttiva. Non può sottacersi che la previsione di un pegno sprovvisto di *traditio rei*, in realtà, non rappresenti una novità straordinaria per il nostro ordinamento sussistendo due precedenti normativi costituiti rispettivamente dal cd. pegno sui prosciutti (di cui all'art. 1 della legge n. 401/1985) e dal pegno sui prodotti lattiero – caseari (ex art. 7 della l. 122/20).

¹³⁹ Ai sensi del comma 7 dell'art. 1, verificatosi l'evento che determina l'escussione, dinanzi al creditore si prospettano quattro modelli di autotutela esecutiva, tutti preceduti da una previa intimazione notificata al debitore: 1) vendita del bene offerto in garanzia trattenendo il ricavato a soddisfacimento del credito, sempre nei limiti dell'ammontare garantito e con l'obbligo di restituire l'eccedenza, 2) escussione o cessione dei crediti oggetto di pegno a concorrenza della somma garantita, 3) locazione della *res* e imputazione del relativo canone a soddisfacimento del credito e nei limiti del *quantum debeatur* ed, infine, 4) appropriazione dei beni conferiti in garanzia fino a concorrenza del credito garantito. Le prime due opzioni vengono riconosciute direttamente *ex lege*, per le altre due, invece, occorre un'espressa previsione contrattuale.

soddisfazione sul ricavato fino a concorrenza del credito inadempito, con obbligo di restituzione dell'eventuale eccedenza.

Rispetto alla corrispondente disciplina prevista per il pegno ordinario *ex art. 2977 c.c.*, la procedura è molto più snella e non richiede necessariamente il ricorso al giudice. Il creditore è, infatti, legittimato a provvedere personalmente all'alienazione mediante procedure competitive (non necessariamente *sub specie* di asta pubblica), senza l'obbligatorio intervento dell'ufficiale giudiziario, avvalendosi di stime redatte da operatori esperti scelti di comune accordo tra le parti, o, in mancanza, nominati dal giudice.

La seconda alternativa che viene in rilievo è riferita alla possibilità ascritta al creditore, solo ove ciò sia *ex ante* pattuito dalle parti, di acquistare la proprietà del bene in pegno a soddisfazione delle proprie pretese, previa stima e con l'obbligo di restituire al debitore l'eventuale eccedenza rispetto al valore del credito inadempito. A differenza dell'ordinaria assegnazione della cosa in pagamento di cui all'*art. 2798 c.c.* non è, in questa sede, richiesta alcuna domanda giudiziale essendo tutto rimesso all'iniziativa individuale del creditore.

La dottrina ravvisa in questa peculiare modalità di soddisfacimento del credito i tratti del vero e proprio patto marciano di stampo romanistico¹⁴⁰. Invero, rispetto al modello classico devono sottolinearsi anche in questo caso talune peculiarità.

¹⁴⁰ In questi termini anche N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016*, n. 119, cit., pp. 995 e ss.; C. ABATANGELO, *Una nuova figura di pegno nel c.d. "decreto banche"*, cit., pp. 29 e ss.

Anzitutto, i criteri e le modalità di valutazione del bene conferito in garanzia e dell'obbligazione garantita sono rimessi ad una preventiva determinazione delle parti e non, invece, alla stima operata da un perito terzo ed imparziale. Inoltre, l'obbligo di corrispondere l'eccedenza non è sancito espressamente, ma anche in tal caso, come per la garanzia finanziaria, la sua sussistenza può implicitamente desumersi dalla disposizione contenuta nel comma 7 l. a) che, pur prevedendo un tale obbligo in materia di vendita, può essere applicato analogicamente anche all'appropriazione, trattandosi in entrambi i casi di fattispecie che spiegano effetti traslativi.

Al di là del rispetto della proporzionalità, sembra possa dirsi che l'interesse debitorio sia considerato dal legislatore in modo subvalente rispetto a quello facente capo al creditore e tanto si evince non solo da quanto sopra riportato ma anche da una procedimentalizzazione della realizzazione della garanzia dettata secondo tempi stringenti.

Le diverse forme di autotutela esecutiva richiamate, infatti, sono accompagnate da regole di dettaglio che disciplinano in modo specifico il procedimento e la sua concreta realizzazione, prevedendo tempi brevi di attivazione dei rimedi da parte del debitore o del terzo esecutato.

Al fine di evitare un indebito sacrificio degli interessi di cui il debitore, seppure inadempiente, potrebbe essere portatore, parte della dottrina propone una rilettura del sistema alla luce dei principi di solidarietà, proponendo alternative letture. Si potrebbe, ad esempio, sostenere che l'intimazione circa l'imminente escussione del pegno debba essere intesa quale assegnazione di un

termine dilatorio in favore del debitore, oppure, ancora, si potrebbe differenziare la rapidità della procedura in base alla natura del bene oggetto di garanzia.

Deve darsi atto, tuttavia, dell'esistenza di un preciso apparato rimediale – modificato in sede di conversione del decreto – che opera in favore del debitore. A quest'ultimo (o terzo concedente pegno), infatti, è riconosciuto, oltre il diritto ad essere previamente informato, mediante intimazione notificata o PEC, al verificarsi di un evento che determina l'escussione del pegno, il diritto di presentare, entro cinque giorni dall'intimazione, opposizione nella forma del procedimento sommario di cognizione (artt. 702 *bis* ss.) nonché l'ulteriore diritto di agire in giudizio per il risarcimento del danno, entro il brevissimo termine di tre mesi dalla comunicazione da parte del creditore sulle modalità dell'avvenuta escussione del pegno, allorquando l'escussione sia avvenuta in violazione dei criteri e delle modalità fissate dalla legge o dal contratto e il prezzo di vendita, di cessione, di locazione o di appropriazione non corrisponda a valori correnti di mercato¹⁴¹. E' altresì riconosciuta la facoltà di ricorrere al giudice affinché quest'ultimo inibisca, ove ricorrano gravi motivi, con provvedimento di urgenza le facoltà concesse al creditore a norma dell'art. 7.

In merito ad eventuali conflitti fra esecuzione del pegno e le altre procedure esecutive individuali e concorsuali, viene sancita la prevalenza del

¹⁴¹ La disposizione, per il suo tenore letterale e per l'eccezionale compressione del diritto di azione dell'esecutato, non è applicabile invece quando il debitore (o il terzo datore di pegno) contesti in radice l'esistenza del diritto del creditore di procedere all'esecuzione (comma 7). Come condivisibilmente osservato, in quest'ultimo caso troveranno applicazione le regole generali in tema di inadempimento contrattuale e, ove ne ricorrano le condizioni, della ripetizione dell'indebito. Sul punto S. AMBROSINI, *Il pegno non possessorio*, cit., p. 17; I. BAGHI, *L'esordio del pegno mobiliare non possessorio: riflessioni sui profili processuali*, in *Corr. giur.*, 2017, 11, p. 1389.

diritto di escussione del creditore pignoratizio non possessorio sulla procedura di esecuzione forzata e sulle procedure concorsuali eventualmente in atto, purché la garanzia sia iscritta anteriormente. Più precisamente, il comma 7-*quater* riconosce il diritto del creditore pignoratizio di presentare al giudice dell'esecuzione istanza di autorizzazione ad escutere il pegno già sottoposto ad esecuzione forzata per espropriazione.

6. Il marciano nei contratti di finanziamento alle imprese

Oltre alla disciplina in materia di pegno mobiliare non possessorio, al c.d. “decreto banche” (d.l. n. 59/16 convertito con l. n. 119/16) si deve l'introduzione di un nuovo modello di tutela del credito, riservato esclusivamente alla categoria imprenditoriale, fondato sul trasferimento di beni immobili sospensivamente condizionato all'inadempimento dell'obbligazione garantita regolato ai sensi dell'art. 48 *bis* del T.U.B.¹⁴².

¹⁴² Per un'analisi della fattispecie ex art. 48 *bis* t.u.b., in dottrina v. G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., pp. 1 e ss.; S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B.: il “pasticcio” di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, in G. D'AMICO – S. PAGLIANTINI – F. PIRAINO – T. RUMI, *I nuovi marciani*, cit., pp. 42 e ss.; ID., *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – Spigolando intorno all'art. 48 bis t.u.b.: specialità di trattamento e principio di proporzionalità delle garanzie?*, in *Giur. it.*, 2017, VII, pp. 1715 e ss.; ID., *L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura ragionata dell'art. 48 bis t.u.b.*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2016, V, pp. 931 e ss.; A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, cit., pp. 10 ss.; ID., *Patto marciano e sottotipi*, cit., pp. 1398 e ss.; N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano*, cit., pp. 995 ss.; S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella l. n. 119/2016: il cd. patto marciano*, in *D. fall.*, 2016, V, pp. 1075 e ss.; E. BRODI, *Brevi note sull'utilizzabilità dell'art. 48 bis t.u.b. per la gestione delle sofferenze bancarie*, in *Il caso.it*, 2017; D. MARI, *Il patto marciano: un'analisi critica del nuovo art. 48 bis T.U.B.*, in *Riv. not.*, 2016, pp. 1111 e ss.; G. ORLANDO, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – Alienazione attuativa della garanzia del finanziamento ex art. 48 bis tub e ipoteca*, in *Giur. it.*, 2017, VII,

La finalità della nuova previsione è resa palese dalla rubrica del Capo I della legge che recita «Misure a sostegno delle imprese e di accelerazione del recupero crediti»: la norma mira, infatti, a semplificare e rendere più flessibili le tecniche di realizzo del credito, pur con l'imprescindibile adozione di misure specificamente dirette a tutelare gli interessi del soggetto finanziato.

In linea con questa *ratio*, l'art. 48 *bis* del T.U.B. dispone che, nel contratto di finanziamento tra una banca e un imprenditore, è possibile inserire una clausola in virtù della quale, al verificarsi dell'inadempimento del debitore, il finanziatore può ottenere il trasferimento della proprietà di un immobile del debitore o di un terzo datore attraverso cui soddisfare il proprio credito (sempre che non si tratti di un immobile adibito "ad abitazione principale del proprietario, del coniuge o di suoi parenti e affini entro il terzo grado": art. 48 *bis*, comma 3, t.u.b.)¹⁴³.

pp. 1715 e ss.; A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis t.u.b. è davvero il patto marciano*, in *Corr. giur.*, 2016, XII, pp. 1477 e ss.; G. MARCHETTI, *Trasferimento di immobili ex art. 48 bis tub e patto marciano: il nuovo statuto delle garanzie per le imprese nel c.d. decreto banche*, in C. ABATANGELO (a cura di) *Problematiche giuridiche per l'impresa – Un'antologia*, Milano, 2017, pp. 79 e ss.; C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese garantito da trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato*, in *St. iuris*, 2016, XII, pp. 1451 e ss.; S. CAMPOLATTARO, *Fenomenologia del patto marciano tra tipicità e atipicità*, in *Riv. not.*, 2017, III, pp. 591 e ss.; A. CHIANALE, *Qualche pensiero sulle recenti vicende del patto marciano*, cit., pp. 751 e ss.; A.A. DOLMETTA, *La ricerca del marciano utile*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, IV, pp. 811 e ss.; R. FRANCO, *Alienazione in funzione di garanzia e patto marciano: recenti conquiste e incerti automatismi. Una riflessione senza (troppi) entusiasmi*, in *Riv. dir. priv.*, 2018, II, pp. 265 e ss.; D. GIGLIO, *Il divieto del patto commissorio ed il problema delle alienazioni in funzione della garanzia*, cit., pp. 171 e ss.

¹⁴³ Da ultimo, al fine di dare un nuovo impulso all'utilizzo della nuova forma di garanzia inserita all'art. 48 *bis* T.U.B., L'ABI e Confindustria hanno concluso l'*Accordo per il credito e la valorizzazione delle nuove figure di garanzia*. L'*Accordo* ha il merito di precisare che "queste operazioni sono realizzate con imprese economicamente e finanziariamente sane, per quanto attiene i contratti in essere, l'inserimento di tale nuova forma di garanzia non configura misure di "forbearance" ai sensi del Regolamento di esecuzione (UE) 2015/227

Più nello specifico, dal punto di vista soggettivo, si tratta di operazione riservata, *ex latere creditoris*, alle banche e altri soggetti autorizzati ad erogare finanziamenti al pubblico, ivi incluse società da esso controllate o al medesimo collegate ai sensi delle vigenti disposizioni di legge; *ex latere debitoris* all'imprenditore nella nozione più ampia del termine, essendovi un chiaro riferimento all'art. 2082 c.c..

Dal punto di vista oggettivo, il comma 5 dell'art. 48 *bis* contemplando espressamente l'ipotesi nella quale non sia prevista la restituzione del prestito mediante pagamenti da effettuarsi a rate, esclude che debba trattarsi necessariamente di un finanziamento rateale ben potendo prospettarsi l'operatività dell'art. 48 *bis* in caso di utilizzo di strumenti creditizi che non prevedono un rientro scadenza e prefissato, quali l'apertura del credito e finanziamenti in conto corrente in genere.

La previsione riproduce la corrente terminologica dottrinale e giurisprudenziale legittimando *expressis verbis* il trasferimento della proprietà di un immobile subordinato alla condizione sospensiva di inadempimento.

Da un punto di vista strutturale, il trasferimento condizionato di proprietà dell'immobile all'istituto finanziatore può essere negoziato sia in via autonoma, e quindi quale unico strumento di rafforzamento della posizione creditoria, sia

della Commissione Europea. È tuttavia possibile, per le banche, valutare di realizzare tali operazioni anche nei confronti di imprese che abbiano posizioni debitorie classificate come "inadempienze probabili" o esposizioni scadute e/o sconfinanti da oltre 90 giorni. In questi ultimi casi potrà essere prevista anche una revisione delle condizioni economiche (l'ammontare, la durata e/o la riduzione del costo del finanziamento)".

in via strumentale alla garanzia ipotecaria già costituita¹⁴⁴. Nel primo caso, il legislatore equipara il patto all'ipoteca ai fini del concorso tra i creditori e stabilisce l'obbligo di trascrizione del patto che produce gli effetti di cui all'art. 2855 c.c.. Qualora il finanziamento, invece, sia già garantito da ipoteca, si precisa che il trasferimento sospensivamente condizionato all'inadempimento, una volta trascritto, prevale sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite successivamente all'iscrizione ipotecaria. L'ipoteca prenota dunque gli effetti della trascrizione del patto che programma il trasferimento¹⁴⁵. La tipica garanzia immobiliare coopera con il patto commissorio affinché questo possa esprimere la sua funzione ed esplicare i suoi effetti, anche superando la posizione dei terzi. Sotto questo punto di vista, la regola sull'effetto prenotativo conferma che il

¹⁴⁴ Art. 48 *bis* t.u.b. quarto comma. Il patto di cui al comma 1 può essere stipulato al momento della conclusione del contratto di finanziamento o, anche per i contratti in corso alla data di entrata in vigore della presente disposizione, per atto notarile, in sede di successiva modificazione delle condizioni contrattuali. 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.

¹⁴⁵ Diversamente dal contratto preliminare o, ancora, dal contratto di *rent to buy*, l'effetto prenotativo non sembra legato a particolari limiti temporali tanto che taluno in dottrina ritiene che la sua validità sia pari alla validità temporale della garanzia ipotecaria, ossia venti anni. N. BERNARDI, *Il nuovo patto marciano tra banche e imprese di cui all'art. 48 bis t.u.b.*, in *Studium Iuris*, 2017, cit., pp. 559 e ss.; S. CAMPOLATTARO, *Fenomenologia del patto marciano*, cit., p. 604; *contra* G. ORLANDO, *Alienazione attuativa della garanzia*, cit., pp. 1734 e ss. e N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano*, cit., pp. 1014 e ss. secondo il quale «si è parlato in proposito di una efficacia “prenotativa” dell'ipoteca ma, se si accede all'idea che il meccanismo negoziale dell'art. 48-bis t.u.b. integra sia una parte di regolamento che assolve alla funzione di garanzia sia una parte che svolge la funzione solutoria, non resta che dedurre che, in ipotesi di preesistenza dell'ipoteca, la funzione di garanzia della alienazione condizionata finisce con l'essere sostanzialmente assorbita dalla (o, se si preferisce, con il sovrapporsi alla) preesistente ipoteca. In altre parole, l'effetto di prelazione è assicurato dall'ipoteca, e proprio questo giustifica la prevalenza del patto sulle trascrizioni e iscrizioni successive all'ipoteca stessa: per gli altri creditori o aventi causa, infatti, l'operare del marciano risulta funzionalmente alternativo al pignoramento del bene e all'avvio del processo esecutivo senza che essi possano lamentare la lesione di interessi meritevoli di tutela».

patto si pone in rapporto di continuità con la garanzia, svolgendo una funzione di soddisfacimento del credito.

L'ipotesi più rilevante ai fini della presente indagine è quella del trasferimento di proprietà negoziato in via autonoma poiché in tal caso unico titolo traslativo idoneo è l'atto stipulato originariamente, analogamente a quanto accade in tutte le alienazioni sotto condizione sospensiva. In tal caso, si prevede espressamente che il trasferimento sospensivamente condizionato all'inadempimento possa realizzarsi solo fatto salvo l'obbligo del creditore di corrispondere l'eventuale eccedenza tra il valore di stima del diritto e l'ammontare del debito inadempito e delle spese di trasferimento.

Più precisamente, affinché possa giungersi al definitivo trasferimento dell'immobile, si registra una procedimentalizzazione scandita da precise fasi:

a) il verificarsi di un inadempimento rilevante ai sensi del comma 5° dell'art. 48-*bis* t.u.b. Secondo quanto stabilito al comma 5 dell'art. 48 bis, nel caso di obbligo di rimborso a rate mensili si ha inadempimento quando il mancato pagamento si protrae per oltre nove mesi dalla scadenza di almeno tre rate, anche non consecutive. Quando, invece, il debitore sia tenuto al rimborso rateale secondo termini di scadenza superiori al periodo mensile, l'inadempimento si verifica decorsi oltre nove mesi dalla scadenza anche di una sola rata. Ove, invece, non sia prevista la restituzione per via rateale, il debitore si considera inadempiente decorsi oltre nove mesi dalla scadenza del rimborso

previsto dal contratto di finanziamento¹⁴⁶. Qualora il finanziamento sia stato già rimborsato nella misura dell'85%, il periodo di inadempienza è innalzato da nove a dodici mesi. Non vi è, quindi, un riferimento al numero di rate inadempnite rispetto al totale del debito sicché, in base al periodo di tempo entro il quale deve avvenire il rimborso del finanziamento, vi potrebbe essere il rischio, per un verso, che l'inadempimento non sia ancora divenuto così grave da giustificare l'escussione della garanzia e, per altro verso, che l'esercizio del diritto di azionare la clausola marciana sorga solo quando la soglia di inadempimento sia ormai troppo elevata¹⁴⁷;

b) la notifica al debitore (e, se soggetto diverso, al titolare del diritto reale immobiliare) da parte del creditore – di «una dichiarazione di volersi avvalere degli effetti del patto», con la precisazione dell'ammontare del credito per cui si procede (art. 48-*bis*, comma 5°, ult. parte, t.u.b.). Le ragioni della previsione normativa collegate alla volontà di consentire al debitore o al terzo di adempiere portano a ritenere che un tale passaggio si mostri nella disciplina essenziale,

¹⁴⁶ All'indomani della pubblicazione del decreto-legge varie sono state le critiche avanzate con riguardo all'operatività del meccanismo marciano a prescindere dall'entità del debito residuo, tra cui quella secondo cui la norma in commento non avrebbe dovuto trovare applicazione ogniqualvolta il debito ancora da onorare non superasse una determinata soglia percentuale, indicata nella «forbice» del 10% – 20%, nell'ottica di una maggiore flessibilità della disciplina in casi di difficoltà finanziaria e monetaria transitoria. La legge di conversione ha recepito solo in parte questa sollecitazione prescrivendo che, qualora alla data di scadenza della prima delle rate, anche non mensili, non pagate il debitore abbia già rimborsato il finanziamento ricevuto in misura almeno pari all'85% della quota capitale, il periodo di inadempimento è elevato da nove a dodici mesi. Sul dibattito si rinvia a S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori*, cit., p. 1082 s.

¹⁴⁷ Si vedano sul punto le considerazioni di G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., pp. 13 e ss. ed ancora alle opinioni espresse da S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori*, cit., pp. 1082 ss. e a N. BERNARDI, *Il nuovo patto marciano*, cit., pp. 557 e ss.

analogamente a quanto avviene nella clausola risolutiva espressa e nella condizione unilaterale;

c) la richiesta decorsi sessanta giorni dalla dichiarazione di cui al punto precedente, indirizzata al Presidente del tribunale, per la nomina di un perito affinché proceda alla stima dell'immobile con relazione giurata (art. 48-*bis*, comma 6°, t.u.b.) e la conseguente comunicazione a tutti i soggetti interessati (debitore, terzo titolare, creditore e titolari di diritti sull'immobile) della propria stima. La determinazione compiuta dal perito stimatore viene espressamente qualificata dall'art. 48-*bis* TUB come atto di arbitraggio mediante rinvio all'art. 1349 c.c. Quanto poi ai criteri di stima, l'immobile deve essere stimato avendo riguardo al suo valore di mercato, alla luce degli elementi forniti dalle parti e delle cognizioni del perito. Quest'ultimo deve calcolare la superficie dell'immobile, specificando quella commerciale, e il valore per metro quadrato e complessivo, esponendo analiticamente adeguamenti e correzioni della stima, compresa la riduzione praticata per via dell'assenza della garanzia per i vizi del bene venduto.¹⁴⁸

Il comma 7 dell'art. 48-*bis* da un lato, consente al debitore di contestare la stima, dall'altro, riconosce al creditore di avvalersi comunque degli effetti del patto precisando che l'eventuale fondatezza della contestazione incida semplicemente sulla differenza da versare al titolare del diritto reale immobiliare. Questa disciplina è diretta a prevenire in radice iniziative cautelari infondate, volte a paralizzare temporaneamente l'efficacia del trasferimento in

¹⁴⁸ AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori*, cit., p. 1086.

proprietà a fronte della sola impugnazione della stima effettuata ai sensi dell'art. 1349, primo comma, c.c.;

d) il (definitivo) avverarsi della «condizione sospensiva di inadempimento» nel momento della «comunicazione al creditore del valore di stima» – qualora il valore di stima sia inferiore o pari al debito residuo inadempito (comprensivo di tutte le spese e i costi del trasferimento) – ovvero «al momento dell'avvenuto versamento all'imprenditore della differenza» tra il valore di stima e l'ammontare del debito inadempito (art. 48-*bis*, comma 8°, t.u.b.). Nel caso invece in cui si in corso una procedura esecutiva al momento dell'inadempimento subentra la disciplina del comma 10 dell'art. 48 bis che riserva al giudice dell'esecuzione il potere di accertamento dell'inadempimento, di designazione del perito e di controllo degli adempimenti successivi.

Pertanto, nell'art. 48 *bis* si riscontra la presenza di una regola permissiva che sembra contraddire il 2744 c.c. nella parte in cui ammette un meccanismo traslativo subordinato all'inadempimento e, al contempo, una serie di limiti esterni che operano come mezzi utili a controllare il contenuto, contenere e graduare l'efficacia del patto in modo che questo risulti rispettoso anche dell'interesse del debitore in accordo ai principi di solidarietà, adeguatezza e proporzionalità.¹⁴⁹

Tra questi mezzi, certamente, il più rilevante è quello che prescrive per il caso di inadempimento che il creditore diverrà proprietario del bene in garanzia purché proceda al versamento della differenza tra il valore stimato del

¹⁴⁹ D. RUSSO, *Oltre il patto marciano*, cit., p. 65.

bene da parte di un perito terzo ed imparziale e il minor importo del debito inadempito più le spese. In effetti, rispetto alle figure fino ad ora esaminate, quella dell'art. 48 *bis* sembra integrare pienamente tutti i presupposti della convenzione marciata. Ed, infatti, si tratta di un marciato: i) *autonomo* (in quanto, come visto, non si richiede che l'immobile trasferito sia necessariamente gravato da ipoteca a differenza del prestito vitalizio ipotecario e del credito immobiliare ai consumatori) e ii) di fonte negoziale trattandosi di un vero e proprio "patto" che le parti possono inserire nel contratto di finanziamento; iii) ad effetti reali in quanto fondato sull'acquisto della proprietà sull'immobile al verificarsi dell'inadempimento dell'obbligazione garantita; iv) operante con le cautele tipiche marciate della giusta stima da effettuarsi nel momento successivo all'inadempimento e dell'obbligo di restituzione dell'eccedenza.

Taluno¹⁵⁰, tuttavia, ha rilevato che diversamente dal marciato di diritto comune il trasferimento di cui all'art. 48 *bis* non ricalca pedissequamente il modello del negozio sospensivamente condizionato. Ciò in quanto l'effetto

¹⁵⁰ Il riferimento è ad A. LUMINOSO, *Patto marciato e sottotipi*, cit., pp. 1419-1420. L'Autore osserva che rispetto al marciato di diritto comune, modellato sul negozio sottoposto a condizione, il trasferimento non opera automaticamente al verificarsi dell'inadempimento. In generale, in senso dubitativo sulla natura marciata del 48 *bis* si v., A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis T.U.B. è davvero il patto marciato?*, in *Il Corriere giuridico*, 2016, 12, pp. 1480 e ss. Per l'Autore, nel caso di specie, l'inadempimento rappresenta, non già, un evento condizionante, bensì il presupposto per l'esercizio del diritto potestativo del creditore di avvalersi dal patto marciato "per cui si può convenire che non si tratta di una condizione in senso proprio". Al riguardo viene acutamente rilevato che l'apposizione dell'inadempimento quale condizione contrattuale dovrebbe "rispondere ad un interesse del debitore a sospendere l'effetto traslativo fino, e a condizione, del suo inadempimento, ma [che], poi, tuttavia è il creditore che ha il potere di incidere sull'automaticità delle conseguenze del prodursi dell'evento con la scelta di avvalersi o meno del fatto".

traslativo non si verifica automaticamente al verificarsi dell'inadempimento, quale evento posto come condizione, ma richiede un'esplicita iniziativa del creditore e si perfeziona nel momento in cui quest'ultimo notifica al debitore la dichiarazione di volersi avvalere della clausola¹⁵¹. Come precisato dal legislatore al comma secondo della disposizione in esame, il rimedio marciano integra una mera facoltà a disposizione del finanziatore: il perfezionarsi dell'inadempimento con i requisiti di cui al comma quinto, infatti, non integra un effetto reale automatico essendo rimesso al creditore il potere di scegliere in ordine all'attivazione del meccanismo *de quo*.

In realtà, tale meccanismo non è molto lontano dal marciano di diritto comune così come delineato nella storica sentenza del 2015. Difatti, in quella sede, come già rilevato, la Suprema Corte¹⁵² ha sottolineato la funzione di *consolidamento* degli effetti spiegata dalla convenzione marciana specificando che la proporzionalità del trasferimento, ovvero la restituzione del *surplus*,

¹⁵¹ Tanto che in dottrina si è parlato di un “pagamento traslativo procedimentalizzato” in cui il *prius* (della clausola marciana) ed il *posterius* (del trasferimento solutorio) è inframmezzato da un inadempimento qualificato che funge da presupposto innescante una serie vincolativamente gerarchizzata di atti. Così PAGLIANTINI, *cit.*

¹⁵² Cass. Civ., Sez. I, 28.01.2015, *cit.* Più precisamente, la Suprema Corte ribadisce che “la cautela marciana riesce a superare i profili di possibile illiceità [...] in quanto prevede, al termine del rapporto, la stima del bene oggetto di garanzia quale presupposto del consolidarsi dell'effetto traslativo iniziale, evenienza che si verificherà qualora il bene sia equiparabile all'importo del credito inadempito (nonché del danno da inadempimento); mentre, ove tale importo sia inferiore, verrà quantificata la differenza e sarà pagato un prezzo aggiuntivo al debitore, quale condizione del consolidamento dell'effetto traslativo”. In dottrina sulla questione si v. F. PIRAINO, *Il patto marciano alla luce della disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, *cit.*, p. 1750, il quale, discorrendo sull'analogia figura del marciano nel credito immobiliare ai consumatori, afferma che “il patto marciano si presenta come una fattispecie a struttura complessa in forza della quale, a seconda dei casi, il trasferimento del bene immobile alla banca o il trattenimento del ricavato della vendita costituiscono gli effetti finali, e non già iniziali, della procedura avviata dalla dichiarazione del creditore di avvalersi del patto”.

consolidano, perfezionandolo e cristallizzandolo, l'inziale effetto traslativo prodottosi con l'inadempimento. E questo meccanismo di funzionamento si riscontra anche nell'istituto legislativamente regolato.

Diversamente dalle ipotesi del prestito vitalizio ipotecario e dall'art. 120 *quinqüesdecies* comma 3 T.U.B., in questo caso non è invece espressamente previsto l'effetto esdebitativo in favore del debitore sicché si è posto il problema di stabilire se esso possa estendersi anche a tale fattispecie. Alcuni studiosi ritengono senz'altro operativo tale effetto anche nell'ipotesi regolata dall'art. 48 bis rilevando l'esistenza di tre obiezioni che potrebbero muoversi rispetto ad un'estinzione solo parziale del debito: l'anomalia di concepire una *datio in solutum* parziale; il contrasto con la ratio della novella (che è apertamente quella di sgravare il contenzioso dell'esecuzione forzata); la circostanza che, in difetto di un effetto esdebitativo, mancherebbe per l'imprenditore qualsiasi incentivo a stipulare il patto in esame¹⁵³.

A tanto si è replicato però che è ammissibile una *datio in solutum* parziale; che non è detto che il contrasto con la ratio della novella si verifichi necessariamente; e che una disciplina che attribuisca, inderogabilmente, al trasferimento del diritto carattere esdebitatorio potrebbe disincentivare la banca dalla stipula del patto marciano o, altrimenti, indurla a richiedere in garanzia beni per un valore più elevato¹⁵⁴.

¹⁵³ In tal senso, S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis*, cit., pp. 56 e ss.; A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis è davvero il patto marciano?*, in *Corr. giur.*, 2016, pp. 1477 e ss.

¹⁵⁴ D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., pp. 17 ss.. Su questa linea, peraltro, l'A. (18-19) ha proposto di ritenere che il patto marciano sia normalmente idoneo alla produzione di un effetto esdebitativo, ma con la possibilità per le parti di escludere siffatta

In simile scenario allora in dottrina si sono proposte diverse soluzioni. Da un lato, vi è chi sostiene che l'effetto esdebitatorio debba essere esteso a caratteristica generale del patto (e quindi anche all'art. 48-*bis*)¹⁵⁵; dall'altro vi è chi invece sostiene che tale effetto possa essere esteso anche all'ambito dell'art. 48-*bis*, restando però valida la possibilità che le parti dispongano diversamente, permettendo al creditore di richiedere l'eventuale debito residuo¹⁵⁶.

Da ultimo, un argomento a favore della non automatica operatività dell'effetto esdebitatorio nell'ambito dei trasferimenti di proprietà a scopo di garanzia *ex art. 48 bis T.u.b.* è quanto previsto nell' Accordo per il credito e la valorizzazione delle nuove figure di garanzia stipulato tra Abi e Confindustria. In particolare, nel precisare che i contraenti potranno prevedere che *“l'attivazione della clausola che preveda il trasferimento, sospensivamente condizionato, di un bene immobile e, quindi, l'acquisto da parte della banca della proprietà dello stesso, possa comportare – se espressamente convenuto – l'integrale estinzione del debito dell'impresa e, quindi, l'effetto liberatorio per la stessa”* sembra sottintendere l'assenza di un effetto esdebitatorio automatico e, per contro, la necessità di una specifica previsione in tal senso tra le parti.

Al di là dei singoli profili di disciplina, merita rilevare come, anche in questo caso, la procedimentalizzazione nella modalità di soddisfacimento del

conseguenza, sulla falsariga di ciò che avviene in materia di clausola penale ai sensi dell'art. 1382 cod. civ. In altri termini, un effetto esdebitatorio derogabile.

¹⁵⁵ In tal senso S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B.: il “pasticcio” di un marciario bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, cit., pp. 56 e ss.; SCOTTI A., *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis T.U.B. è davvero il patto marciario?*, in *Il Corriere giuridico*, 2016, pp. 1477 e ss.

¹⁵⁶ Così, G. D'AMICO, *La resistibile ascesa*, cit., pp. 17 e ss.

debito dimostri il chiaro intendimento del legislatore di contemperare gli opposti interessi non solo tramite l’inserimento della regola di proporzionalità bensì anche mediante l’inserimento di ulteriori condizioni.

La nuova disciplina, infatti, come visto dà conto del fattore temporale – subordinando l’attivazione del meccanismo marciano a presupposti e condizioni diverse dal mero inadempimento. Di talché il rimedio offerto dalla normativa appare composito e tale da dare attuazione ai principi di adeguatezza e solidarietà.

7. Il marciano “al rovescio” nella risoluzione del *leasing* finanziario

Al fine di compiere un’indagine quanto più esaustiva, appare opportuno concludere la disamina dei nuovi marciari con lo studio del meccanismo autosatisfattivo previsto a favore del concedente in caso di risoluzione della locazione finanziaria per inadempimento dell’utilizzatore.

Il *leasing* finanziario è stato di recente interessato da un intervento legislativo adoperato con la l. 124/2017 (d’ora in poi Legge Concorrenza) la quale, regolamentando tale figura negoziale, le ha conferito il rango di “tipo” contrattuale unitario superando, al contempo la tradizionale distinzione tra *leasing* di godimento e traslativo così determinandone il passaggio dalla

“tipicità sociale” a quella normativa¹⁵⁷. Ciononostante, non può ancora parlarsi di una positivizzazione completa atteso che la novella citata si sofferma solo su alcuni profili regolati dalle quattro disposizioni contenute nei commi 136-140¹⁵⁸.

Per quanto di maggiore interesse in relazione alla presente indagine si procederà all’esame delle sole norme relative alla risoluzione¹⁵⁹.

Più precisamente, il comma 138 dell’art. 1 prevede il diritto del concedente di ottenere la restituzione del bene, fermo l’obbligo di procedere alla sua vendita o ad altra ricollocazione, da effettuarsi, secondo la disciplina di cui al comma 139, a valori di mercato¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Ai sensi del comma 136, art. 1, L. 124/2017: “*Per locazione finanziaria si intende il contratto con il quale la banca o l’intermediario finanziario iscritto nell’albo di cui all’art. 106 del testo unico di cui al decreto legislativo 1 settembre, 1993, n. 385, si obbliga ad acquistare o a far costruire un bene su scelta e secondo le indicazioni dell’utilizzatore, che ne assume tutti i rischi, anche di perimento, e lo fa mettere a disposizione verso un determinato corrispettivo che tiene conto del prezzo di acquisto odi costruzione e della durata del contratto. Alla scadenza del contratto l’utilizzatore ha diritto di acquistare la proprietà di un bene ad un prezzo prestabilito ovvero, in caso di mancato esercizio del diritto, l’obbligo di restituirlo*”.

¹⁵⁸ Si lascia, in tal modo, all’interprete il ruolo di risolvere le questioni rimaste sprovviste di copertura legislativa, prima fra tutte, la tutela dell’utilizzatore in caso di inadempimento del fornitore per la cui regolamentazione si resta ancorati ai principi di diritto enucleati dalla storica sentenza a Sezioni Unite del 2015. Si v., Cass. Civ., Sez. un., 5.10.2015, n. 19785, in *Giur. it.*, 2016, Gennaio, pp. 33 e ss. con nota di V. VITI, *Il collegamento negoziale e la tutela dell’utilizzatore nel leasing finanziario*, pp. 36 e ss.; in *Banca Borsa, tit. cred.*, 2017,1, pp. 35 e ss. con nota di M. MAUGERI, *Inadempimento del fornitore e tutela dell’utilizzatore nel leasing finanziario*. Per una ricostruzione analitica e più recente della questione, cfr. S. FOTI, *Leasing finanziario e tutela dell’utilizzatore: profili evolutivi nella transizione dalla prassi al tipo*, in *I Contratti*, 2018, 3, pp. 345 e ss.

¹⁵⁹ Per completezza si segnala che il meccanismo marciano descritto dai commi 137-138 viene riproposto anche in caso di fallimento dell’utilizzatore come si evince dal combinato disposto degli artt. 1, comma 140, l. Concorrenza e art. 72 della l. Fallimentare.

¹⁶⁰ Art. 1 comma 138: In caso di risoluzione del contratto per l’inadempimento dell’utilizzatore ai sensi del comma 137, il concedente ha diritto alla restituzione del bene ed è tenuto a corrispondere all’utilizzatore quanto ricavato dalla vendita o da altra collocazione del bene, effettuata ai valori di mercato, dedotte la somma pari all’ammontare dei canoni scaduti e non

La dottrina tende a ravvisare nel meccanismo delineato dalla norma un vero e proprio meccanismo marciano nella parte in cui grava il concedente dell'obbligo di restituire l'eccedenza del ricavato della vendita o altra collocazione del medesimo bene, oggetto di stima imparziale, al netto dei canoni scaduti e non pagati, di quelli a scadere (ma solo in linea capitale), del prezzo pattuito per l'opzione di acquisto, nonché delle spese anticipate per il recupero del bene, la sua conservazione per il tempo necessario alla vendita e per la relazione peritale¹⁶¹.

pagati fino alla data della risoluzione, dei canoni a scadere, solo in linea capitale, e del prezzo pattuito per l'esercizio dell'opzione finale di acquisto, nonché le spese anticipate per il recupero del bene, la stima e la sua conservazione per il tempo necessario alla vendita. Resta fermo nella misura residua il diritto di credito del concedente nei confronti dell'utilizzatore quando il valore realizzato con la vendita o altra collocazione del bene è inferiore all'ammontare dell'importo dovuto dall'utilizzatore a norma del periodo precedente. 139. Ai fini di cui al comma 138, il concedente procede alla vendita o ricollocazione del bene sulla base dei valori risultanti da pubbliche rilevazioni di mercato elaborate da soggetti specializzati. Quando non è possibile far riferimento ai predetti valori, procede alla vendita sulla base di una stima effettuata da un perito scelto dalle parti di comune accordo nei venti giorni successivi alla risoluzione del contratto o, in caso di mancato accordo nel predetto termine, da un perito indipendente scelto dal concedente in una rosa di almeno tre operatori esperti, previamente comunicati all'utilizzatore, che può esprimere la sua preferenza vincolante ai fini della nomina entro dieci giorni dal ricevimento della predetta comunicazione. Il perito è indipendente quando non è legato al concedente da rapporti di natura personale o di lavoro tali da compromettere l'indipendenza di giudizio. Nella procedura di vendita o ricollocazione il concedente si attiene a criteri di celerità, trasparenza e pubblicità adottando modalità tali da consentire l'individuazione del migliore offerente possibile, con obbligo di informazione dell'utilizzatore.

¹⁶¹ In questi termini si esprime I. DEL SANTO, *La risoluzione del contratto di leasing nella l. 4 agosto 2017*, n. 124, in *Studium Iuris*, 5/21, p. 582, ove si afferma che “il meccanismo delineato dalla norma configura un vero e proprio patto marciano, ovvero sia un patto nel quale il trasferimento del bene dato in garanzia non ha luogo se non a seguito di una stima imparziale effettuata successivamente all'inadempimento con l'obbligo del creditore di riconoscere al debitore l'eventuale differenza”. Ma in termini analoghi si esprime anche G. BELLAVIA, *Nuovi frammenti di disciplina in tema di leasing: la risoluzione del contratto tra interesse del creditore e meccanismi marciani*, in *Studium iuris*, 2018, 10, p. 1141. Per un'ampia disamina delle novità normative introdotte, al di fuori del contratto di *leasing*, sul patto marciano, cfr. D'AMICO – PAGLIANTINI – PIRAINO – RUMI, *I nuovi marciani*, Torino, 2017.

Invero, anche in questo caso, rispetto alla pattuizione marciiana non possono sottacersi rilevanti punti di differenza: 1) il bene rimane, nel corso dell'intera operazione negoziale rimasta inadempita, di proprietà del concedente il quale versa per l'acquisto l'integrale corrispettivo all'originario proprietario secondo le logiche proprie dello scambio¹⁶²; 2) la restituzione del bene in suo favore non è conseguenza della previsione pattizia ma della scelta del legislatore di regolamentare diversamente l'effetto restitutorio conseguente alla risoluzione del contratto¹⁶³; 3) il concedente è obbligato *ex lege* alla vendita o altra ricollocazione del bene¹⁶⁴; 4) la stima del bene può essere compiuta, in ultima battuta, dallo stesso creditore¹⁶⁵; 5) l'obbligo di restituzione

¹⁶² A riprova di quanto detto, coloro i quali sostengono che possa in questo ambito parlarsi di un marciano ritengono che si debba parlare di un congegno marciano, *sui generis*, "al contrario".

¹⁶³ Del resto, prima dell'introduzione della nuova normativa, questo effetto si delineava in conseguenza dell'applicazione analogica dell'art. 1526 c.c. Non sembra, invece, qualificare la restituzione del bene come effetto proprio della risoluzione G. BELLAVIA, *Nuovi frammenti di disciplina in tema di leasing: la risoluzione del contratto tra interesse del creditore e meccanismi marciani*, cit., p. 1140 il quale afferma che la restituzione del bene "essendo propedeutica e funzionale alla successiva vendita o ricollocazione dello stesso rappresenta, da un lato, la possibilità per il concedente di soddisfare il proprio credito, in via autosatisfattiva e senza necessità di azionare procedure esecutive (potendo gestire la procedura di vendita o ricollocazione e potendo soddisfarsi previamente rispetto al sorgere del diritto dell'utilizzatore), dall'altro è condizione imprescindibile affinché sorga il diritto dell'utilizzatore ad ottenere il bene, nella misura in cui tale risultato sia eccedente rispetto ai crediti del concedente".

¹⁶⁴ Nel patto marciano, invece, il meccanismo di imputazione della garanzia dominicale non contempla la vendita del bene da parte del creditore. In questi termini F. ANELLI, *L'alienazione*, cit., p. 451.

¹⁶⁵ Peculiare è il procedimento di stima previsto dalla legge. La figura del perito è solo sussidiaria-residuale in quanto il medesimo interviene solo ove non sia possibile una valutazione secondo le pubbliche rilevazioni di mercato. Ed ancora, in caso di mancato accordo tra le parti, la sua nomina, non è rimessa al Presidente del Tribunale, bensì ad una scelta del concedente sulla base di una rosa di nomi tempestivamente indicati all'utilizzatore purché sia garantito il requisito di imparzialità, qui, definito in termini di *indipendenza* rispetto alle parti contrattuali.

dell'eccedenza di valore è espressione della regola della *compensatio lucri cum damno*¹⁶⁶.

Questi tratti differenziali nello specifico ambito del *leasing* ci sembrano sufficienti a collocare la figura fuori dall'area del marciano. Infatti, anche alla luce dell'elaborazione giurisprudenziale precedente all'introduzione della normativa, non sembra errato sostenere che la previsione dell'obbligo restitutorio del bene e dell'eccedenza di valore rispetto al residuo credito configuri di fatto il recepimento della prassi negoziale che aveva dato vita all'inserimento di clausole negoziali idonee a disciplinare gli effetti restitutori e risarcitori conseguenti all'inadempimento del contratto di *leasing* in senso più coerente alla clausola di finanziamento¹⁶⁷. Che poi ad essi si affianchi una

¹⁶⁶ Nel patto marciano, invece, l'obbligo di restituzione dell'eccedenza è variamente spiegato dalla dottrina. Coloro che riscontrano nella stipulazione marciana un'alienazione in funzione di garanzia ritengono che, consumatosi l'inadempimento dell'obbligazione principale, una volta trasferito il bene per un valore concorrente all'ammontare del rapporto obbligatorio, la causa di garanzia vedrebbe esaurita la sua funzione. Dunque, per il valore residuo scatterebbe in automatico l'obbligo di restituzione venendo a mancare la giustificazione causale dello spostamento del *surplus*. Coloro che, invece, ritengono che il patto marciano rappresenti piuttosto uno tra i possibili criteri di regolamentazione del soddisfacimento coattivo del creditore, sostengono che il marciano presupponga a monte l'esistenza di una situazione di garanzia, senza confondersi con essa sicché l'obbligo di restituzione dell'eccedenza si rivela essenziale per contenere il meccanismo di autosoddisfacimento del credito nei limiti dell'ammontare della pretesa vantabile dal creditore. Quale che sia la tesi che si voglia preferire, però, sembra ragionevole scindere l'ambito di operatività del marciano (che alla luce di quanto detto, inciderebbe o direttamente sulla causa o sul momento successivo dell'attuazione coattiva del credito) dal peculiare meccanismo di *compensatio lucri cum damno* descritto che, invece, si colloca su un piano diverso, ossia quello della determinazione del *quantum* della pretesa risarcitoria.

¹⁶⁷ Già prima dell'intervento normativo, la giurisprudenza ha riconosciuto ai contraenti la facoltà di muoversi lungo tre diverse direzioni per regolare le conseguenze dell'inadempimento del contratto di *leasing*: la parte fedele può agire in giudizio per la corresponsione di un equo compenso per il godimento del bene; può essere concluso un accordo *ex ante* per predeterminare le conseguenze risarcitorie; possono essere pattuiti meccanismi utili ad agevolare una più celere definizione dei rapporti conseguenti all'inadempimento. Lungo la prima direzione si muove l'art. 1526 c.c. 1 comma; lungo la

modalità di soddisfacimento che prescindendo dal ricorso all'autorità giudiziaria non deve condurre automaticamente ad ascrivere la disciplina nell'area del meccanismo marciano ma può essere valorizzato solo nel senso di inserire la nuova disciplina nell'attuale *trend* legislativo che mira a rivalorizzare il ruolo dell'autonomia privata nella fase di inadempimento del credito con l'obiettivo di rendere più agevole il suo soddisfacimento.

8. Una visione di insieme: tratti comuni e differenziali tra i c.d. marciati tipici

Dall'analisi della disciplina legislativa, emerge in realtà come il quadro delle fattispecie astrattamente ascrivibili all'area del marciano si presenti certamente vario ed articolato. Per proseguire nell'analisi si ritiene opportuno allora prospettare una visione di insieme, ragionata e sistematica, concentrando l'attenzione sugli aspetti comuni e differenziali¹⁶⁸. Ciò, in particolare, si rivela utile ai fini del perseguimento dell'obiettivo ultimo di questo lavoro di ricerca, ossia la costruzione dei tratti connotanti il marciano di diritto comune.

Primo dato di partenza, caratterizzante tutte le ipotesi segnalate, è costituito dalla posizione qualificata dei soggetti coinvolti nell'operazione di

seconda direzione tanto l'art. 1526 secondo comma c.c. nella parte in cui legittima l'inserimento nel contratto di un c.d. patto di ritenzione delle rate, quanto, più in generale, la previsione dell'art. 1382 c.c.; lungo l'ultima direzione il patto di deduzione, ossia il patto attraverso cui le parti convengono che, in caso di risoluzione del contratto per inadempimento dell'utilizzatore, dal credito del concedente si debba detrarre il valore del bene.

¹⁶⁸ Per un'approfondita analisi sul punto, si rinvia a M. TRIMARCHI, *Operazione negoziale e trasferimento con funzione di garanzia: la neutralizzazione del divieto del patto commissorio*, *Rivista di diritto civile*, 4/2021.

finanziamento entro cui si iscrive l'alienazione in funzione di garanzia. Le normative in analisi, infatti, si rivolgono non al creditore o al debitore *tout court* bensì a coloro che rivestono posizioni soggettive differenziate (e così, dal lato attivo, a quei soggetti che svolgono professionalmente l'attività di erogazione del finanziamento e, dal lato passivo, a chi riveste il ruolo di consumatore, di imprenditore.).

A questo dato si accompagna la rilevanza di ulteriori profili fattuali che testimoniano come il patto di trasferimento non sia mai preso in considerazione in sé e per sé ma sempre inserito in un ben preciso contesto idoneo a testimoniare e far emergere, nell'ambito dell'operazione di finanziamento, interessi giuridicamente meritevoli di tutela. E così, tale accordo è valido in quanto i contraenti abbiano finalizzato il finanziamento all'acquisto della prima casa o alla promozione dell'attività di impresa.

In questo contesto, in ognuna delle ipotesi considerate opera un meccanismo di autosoddisfacimento del credito che impone al creditore di corrispondere a controparte una somma pari alla differenza di valore tra il credito ed il bene oggetto del trasferimento, sulla falsariga della clausola marciana. Il più delle volte, però, l'attivazione di tale meccanismo è subordinato alla previsione di specifiche soglie di gravità dell'inadempimento, testimoniandosi come la via dell'esecuzione privatizzata pur se prevista non è liberamente accessibile al creditore.

Le fattispecie in esame, però, continuano a distinguersi sotto vari profili.

Anzitutto, sotto il profilo della natura accessoria o autonoma del patto. Infatti, sul bene oggetto del convenuto trasferimento può gravare un diritto reale di garanzia ovvero se ne può prescindere del tutto, così configurandosi come patto autonomo. E così, mentre nel prestito vitalizio e nel credito immobiliare ai consumatori il bene è ipotecato e nel pegno non possessorio ricorre appunto un diritto di garanzia mobiliare, nell'ambito, viceversa, delle materie dei contratti di garanzia finanziaria e del finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile non si discorre di beni gravati da garanzia reale.

Nelle prime due ipotesi, quindi, è ben scisso il piano della costituzione della garanzia, da un lato, e del meccanismo di autosoddisfacimento del credito dall'altro.

Sotto il profilo della collocazione temporale dell'atto di autonomia, va notato che nella maggior parte delle ipotesi la legge lascia libere le parti di convenire il momento nel quale pattuire il contratto di trasferimento con funzione di garanzia. Fa eccezione a tale regola il credito immobiliare ai consumatori ove si prevede invece espressamente che il patto vada posto in essere al momento della conclusione del contratto di credito.

Altro aspetto di sicuro rilievo attiene alla previsione o meno della esdebitazione del debitore poiché solo in alcune fattispecie tra quelle ricordate si assiste ad una totale liberazione del soggetto passivo anche quando il valore del bene trasferito al creditore risulti inferiore a quanto dovutogli. E così il c.d. effetto esdebitativo talvolta è espressamente escluso (*leasing*), altre volte esplicitamente disciplinato (prestito vitalizio ipotecario e credito immobiliare ai

consumatori) e altre ancora, oggetto di una lacuna normativa (art. 48 *bis*) che lascia aperti i dubbi sulla possibilità di considerarlo, o meno, requisito del marciano di diritto comune.

Anche sul versante dei rimedi giurisdizionali esperibili dal debitore in caso di meccanismi marciani eseguiti in violazione dei criteri dettati dalla legge non vi è uniformità di disciplina. In alcuni sottotipi vengono predisposte delle azioni “speciali” (si pensi all’azione di irragionevolezza commerciale nella garanzia finanziaria, alla peculiare tutela risarcitoria per i danni conseguenti la vendita avvenuta in violazione dei valori di mercato nel pegno non possessorio, o, infine, alle azioni inibitorie esperibili nel patto marciano accessorio al credito immobiliare ai consumatori o nel pegno non possessorio), in altri manca un’apposita regolamentazione, dovendosi, pertanto, ritenere applicabile, in via residuale, la disciplina di diritto comune.

Sul piano del regime pubblicitario, esso è espressamente regolamentato solo per talune delle figure prese in esame. Invero, questa differenza può essere agevolmente spiegata alla luce del particolare congegno negoziale entro cui si iscrive il meccanismo marciano. Infatti, in presenza di un meccanismo marciano accessorio ad altra garanzia reale – e nello specifico alla garanzia ipotecaria – non si avverte l’esigenza di regolare l’aspetto pubblicitario potendosi estendere il regime codicistico previsto; diversamente, configurandosi un marciano autonomo, la regolazione dell’aspetto pubblicitario

si rivela essenziale al fine di disciplinarne i profili di opponibilità ai terzi (come accade nel nuovo art. 48 *bis* TUB)¹⁶⁹.

Anche il nucleo essenziale del modello generale di patto marciano subisce delle varianti a seconda del sottotipo che viene in rilievo.

A tal proposito, in merito alla relazione peritale, in alcuni casi (*leasing* finanziario) essa è subordinata all'impossibilità di ricorrere ad una valutazione secondo i prezzi di mercato, in altri manca del tutto (si veda, ad esempio, l'escussione mediante appropriazione della garanzia finanziaria e del pegno non possessorio). Nei residui casi in cui essa è espressamente prevista (marciano nel credito immobiliare ai consumatori e nei contratti di finanziamento all'impresa), non è chiara la sua natura giuridica ai fini dell'eventuale opposizione, così come verrà più attentamente approfondito nel terzo capitolo del presente elaborato.

Sotto il profilo dei presupposti di operatività del meccanismo traslativo, occorre considerare come solo in alcune delle discipline considerate, il legislatore subordina l'attivazione della procedura di appropriazione del bene al raggiungimento di una certa soglia di gravità dell'inadempimento.

¹⁶⁹ Invertendo i termini del ragionamento, autorevole dottrina evidenzia come in effetti, allorché il patto marciano si inserisca in maniera incidentale in un negozio di garanzia ipotecaria, l'utilità dell'ipoteca si possa cogliere solo sul versante pubblicitario in quanto, per il tramite dell'iscrizione, si rende opponibile ai terzi il potere del creditore. In questo senso si vedano le considerazioni di CAMPOLATTARO, *Fenomenologia del patto marciano tra tipicità e atipicità*, cit., pp. 591 ss. che a sua volta richiama CHIANALE, *L'inutilità dell'ipoteca nel prestito vecchietti*, cit., secondo cui secondo cui "l'avvenuta alienazione a terzi dell'immobile, da parte del finanziato, non deve comportare l'estinzione del potere di rappresentanza, in deroga alle usuali soluzioni in materia di procura e mandato... Il legislatore italiano doveva trovare uno strumento idoneo a rendere opponibile agli aventi causa del soggetto finanziato l'esercizio del potere di vendita da parte del finanziatore. Ed ha usato l'ipoteca".

Quanto, poi, all'obbligo di restituzione dell'eccedenza, anch'esso elemento indefettibile secondo gli insegnamenti giurisprudenziali, solo in alcune discipline speciali è oggetto di esplicita positivizzazione, mentre in altri (garanzia finanziaria, pegno non possessorio) si ricava in via ermeneutica mediante un'interpretazione sistematica e teleologica.

8.1. (segue) Il rapporto con il divieto codicistico

Ricostruita nei termini che precedono la disciplina delle singole fattispecie, sembra a questo punto possibile ragionare in merito al rapporto che sussiste tra la disciplina ad esse dedicata ed il divieto di cui all'art. 2744 c.c.. Infatti, la legislazione extracodicistica è destinata a convivere, almeno allo stato, con la persistente operatività del divieto del patto commissorio che non solo non è stato modificato o abrogato ma che spesso trova applicazione giurisprudenziale. Del resto, la ricorrenza di una sicura relazione tra le discipline di cui si è sinora discusso e quella del patto commissorio risulta espressamente dalla circostanza che proprio alcune di quelle regolamentazioni contengono un espresso richiamo all'art. 2744 c.c. In particolare, la normativa sul credito immobiliare ai consumatori all'avvio del comma 4 dell'art. 120 *quinquiesdecies* recita "fermo quanto previsto dall'art. 2744", mentre quella sui contratti di garanzia finanziaria dispone espressamente l'inapplicabilità in quella materia dell'art. 2744 c.c.

Questi riferimenti scritti hanno condotto parte della dottrina a ravvisare nella disciplina extracodicistica la natura di normativa speciale, derogatoria della regola generale, in quanto tale di stretta applicazione.¹⁷⁰ Altri studiosi, invece, si pronunciano nel senso di ritenere che queste norme, lungi dal costituire disposizioni eccezionali, si collocano su un piano contiguo ma non pienamente sovrapponibile a quello del patto commissorio vietato¹⁷¹.

In effetti, non sembra possa revocarsi in dubbio l'incidenza di entrambe le regolazioni nella stessa fase di svolgimento del rapporto obbligatorio. Infatti, collocato il patto commissorio sul piano dell'attuazione della responsabilità con funzione di autotutela, non può negarsi come anche le ipotesi extracodicistiche configurino meccanismi appropriativi idonei a consentire l'autosoddisfacimento del credito.

E, tuttavia, questa considerazione non deve far automaticamente concludere per la natura eccezionale della disciplina di nuovo conio. In tal senso, sembra utile collocarsi in una prospettiva assiologica che valorizzi, ancora una volta, il quadro di interessi sotteso al divieto del patto commissorio.

Dall'analisi svolta nel precedente capitolo, infatti, è emerso come sottesa all'art. 2744 c.c. vi sia la volontà del legislatore di precludere l'attribuzione al creditore di un potere immediato ed incontrollato che impedisca, da un lato, di garantire il rispetto della proporzionalità e, dall'altro, di risolvere i conflitti di

¹⁷⁰ Si veda, *ex multis*, A. CHIANALE, *Qualche pensiero sulle recenti vicende del patto marciano*, cit., pp. 751 ss.

¹⁷¹ Si vedano, in tal senso, le considerazioni di A. ZOPPINI, *L'effettività in-vece del processo*, cit., il quale evidenzia come il susseguirsi di simili previsioni normative rende improprio considerarle alla stregua di norme eccezionali così rendendosi necessario ricondurle a sistema.

interesse che normalmente vengono risolti nel corso delle procedure esecutive e che coinvolgono tanto la posizione del debitore quanto quella degli altri creditori. Per far ciò, il codice civile del 1942, coerentemente con la sua impostazione di fondo che guarda al soggetto inteso in senso astratto, introduce un divieto generico, indifferenziato per colpire tale disvalore.

Una rinnovata attenzione dei rapporti tra privati che, coerentemente con le spinte eurounitarie, guardi non alla posizione astratta delle parti bensì alla loro concreta posizione, conduce però ad accogliere una diversa prospettiva che porta l'interprete a mettere da parte il divieto ogniqualvolta la convenzione, per come congegnata dalle parti, sia tale da escludere la lesione di quegli interessi che la norma vuole tutelare. Ed, in effetti, la disciplina di nuovo conio, seppur, come visto, in modo diverso ed eterogeneo, impedisce sempre la produzione di un automatico effetto traslativo al momento del sorgere della responsabilità, mostrandosi attenta ad inserire nel quadro degli interessi non solo quelli del debitore e dei creditori ma anche quelli sottesi alle esigenze dei mercati finanziari e del credito bancario.

Ed allora, in questa prospettiva, sembra potersi condividere quell'opinione che ritiene che i recenti interventi legislativi abbiano, per certi versi, abbandonato il divieto del patto commissorio ma non la sua *ratio*¹⁷².

Questa posizione dottrina evidenzia, infatti, che, se nella disciplina codicistica si intende colpire il disvalore insito nel superamento della funzione soddisfattoria e, pur di essere certi di cogliere l'obiettivo, si esprime un divieto

¹⁷² D. RUSSO, *Oltre il patto marciano*, cit., p. 183.

generico, indifferenziato, nel nuovo diritto si configura un giudizio di valore positivo, delimitato in ragione degli interessi e degli obiettivi che rilevano nelle singole operazioni negoziali considerate.

In altri termini, le ragioni giustificative sottese ai nuovi istituti non sono opposte a quelle richiamate dalla previsione codicistica ma sono rilette in una dimensione nuova che diversifica a seconda delle esigenze ricorrenti nei vari ambiti all'interno delle categorie dei creditori e dei debitori. E così, nei contratti di garanzia finanziaria così come nel pegno non possessorio, la natura fungibile del bene mobile oggetto della garanzia conduce il legislatore a ritenere che l'inserimento di un meccanismo di riequilibrio marciano sia sufficiente ad escludere il pregiudizio nei confronti del debitore e dei creditori; nei contratti di finanziamento alle imprese e nei contratti rivolti ai consumatori per l'acquisto di immobili residenziali, così come nel prestito vitalizio ipotecario, il particolare oggetto della garanzia – bene immobile – così come il particolare quadro di interessi sotteso rende necessaria una disciplina più articolata che non si accontenta della sola congruità del valore del bene oggetto di appropriazione e ammontare del debito. Ed, infatti, vengono concepite nuove regole sull'importanza dell'inadempimento, sul meccanismo di tutela, sul profilo pubblicitario che mirano proprio ad arginare i rischi dell'immediatezza dell'effetto traslativo.

Pertanto, chiarito che le regole vecchie e quelle nuove condividono il medesimo fondamento, non sembra meritevole di accoglimento nè la tesi che immagina un rapporto di regola-eccezione, nè l'idea dell'esistenza di una regola

e di contro-regole. Entrambe le prospettive postulano, infatti, un rapporto di antinomia tra i due sistemi normativi che non trova riscontro nell'unitarietà degli interessi che vogliono essere tutelati.

Ciò che differenzia la disciplina extracodicistica e la disciplina codicistica è, invece, la maggiore complessità assiologica sottesa alla prima che conduce il legislatore a declinare in via positiva le condizioni e i presupposti in presenza dei quali possa concludersi un patto autosatisfattivo senza incorrere nella violazione del divieto del patto commissorio. In altri termini, il legislatore esprime un giudizio positivo che si affianca e non si sostituisce al giudizio di disvalore sotteso all'art. 2744 c.c. proprio perché presuppone un bilanciamento equilibrato degli interessi che tramite il divieto vogliono essere protetti.

La maggiore complessità assiologica si riflette inevitabilmente sulle condizioni necessarie a non sacrificare la *ratio* sottesa al divieto del patto commissorio.

Come visto, infatti, se per un verso, in ciascuna delle ipotesi tipizzate, è costante il replicarsi del meccanismo marciano, non sempre il riequilibrio economico si rivela sufficiente ad ascrivere il patto di autosoddisfacimento del credito nell'area della liceità, rendendosi necessari ulteriori accorgimenti con funzione protettiva dell'interesse debitorio. La disciplina extracodicistica è, dunque, ben più dettagliata tanto che in essa la dottrina riscontra “un patto marciano arricchito, potenziato capace di rispettare non solo la proporzionalità ma la solidarietà”¹⁷³.

¹⁷³ D. RUSSO, *Oltre il patto marciano*, cit., p. 191.

Chiarito, dunque, per i motivi anzidetti, che la disomogeneità tra la normativa generale e la normativa speciale si giustifica in ragione della medesima *ratio*, l'analisi deve spingersi oltre per capire se il giudizio positivo di valore espresso in relazione alle fattispecie di nuovo conio sia ugualmente replicabile anche al di fuori delle ipotesi tipizzate e se, nello specifico, nella costruzione di un c.d. "marciano di diritto comune" sia sufficiente strutturare la convenzione attorno alla sola clausola di proporzionalità economica, o se, invece, si renda necessario introdurre meccanismi di tutela ulteriori, profilo cui sarà dedicato il successivo capitolo.

CAPITOLO III

Quali spazi per un marciano di diritto comune?

Sommario: 1. *Patto marciano: dai sottotipi al tipo generale del patto marciano.* – 2. *Struttura e funzione del patto marciano.* – 3. *Il marciano di diritto comune.* – 4. *L'effetto esdebitatorio.*

1. Patto marciano: dai sottotipi al tipo generale del patto marciano

Una volta analizzata la figura del patto commissorio ed il rapporto con le figure negoziali di recente conio, l'attenzione può ora essere rivolta al profilo inerente all'ammissibilità ed alla costruzione dei tratti essenziali del c.d. "patto marciano di diritto comune".

Come già evidenziato, ammessa la meritevolezza del patto *de quo*, la questione relativa alla liceità del patto marciano deve confrontarsi non solo con la proibizione del patto commissorio – profilo per il cui approfondimento si rinvia a quanto già esposto nel paragrafo terzo del primo capitolo – ma anche con la disciplina dei c.d. "marciani speciali".

Se, infatti, la precedente trattazione ha consentito di focalizzare lo sguardo, per un verso, sul rapporto tra l'art. 2740 c.c. ed il patto marciano, nella configurazione tramandataci dal diritto romano e affinata dall'elaborazione

dottrinale e giurisprudenziale, e, per altro verso, sul rapporto tra il suddetto divieto e le fattispecie marciiane speciali, in assenza di un intervento legislativo di carattere generale – che, come vedremo rimane, pur sempre auspicabile per eliminare ogni fattore di incertezza¹⁷⁴ – resta da chiarire il rapporto tra le fattispecie marciiane speciali ed il tipo generale¹⁷⁵.

Come visto, l'elevato grado di tipicità delle singole fattispecie ha condotto taluno in dottrina ad escludere ogni ulteriore impiego dell'istituto al di fuori delle ipotesi regolate¹⁷⁶. Di contro, altra e più ampia parte della dottrina ha ritenuto di poter discernere in queste nuove figure “l'epifania settoriale di una regola generale inespressa” che autorizza l'autonomia privata a stipulare il patto marciano di diritto comune¹⁷⁷.

Quest'ultima opinione sembra essere maggiormente coerente con l'attuale volontà del legislatore moderno di indirizzare la soddisfazione degli interessi sostanziali al di fuori del processo, dimostrata dalla molteplicità di novità normative, talora dirette a far conseguire l'esecuzione senza l'intervento

¹⁷⁴ Si vedano le considerazioni di A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, in *Riv. dir. civ.*, 6/17, p. 1415.

¹⁷⁵ Si vedano in tal senso le considerazioni di G. ALPA, *Il linguaggio omissivo del legislatore*, in *riv. Trim. proc. Civ.m*, 2017, p. 426 che si riferisce al patto marciando ravvisandovi “un'omissione reiterata”.

¹⁷⁶ A. CHIANALE, *Qualche pensiero sulle recenti vicende del patto marciano*, in *Rivista del notariato*, 2016, 4, p. 754.

¹⁷⁷ In questi termini Lenzi, in LENZI e TATARANO, *Recenti riforme in tema di garanzie del credito bancario*, in *Studio*, n. 1-2017/C del Consiglio Nazionale del Notariato, 41. Dello stesso avviso D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, in D'AMICO, PAGLIANTINI, PIRAINO e RUMI, *I nuovi marciiani*, Torino, 2017, pp. 6 e 9; LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 28; N. CIPRIANI (nt. 15), 1730; MARI, *Il patto marciano: un'analisi critica sul nuovo art. 48-bis TUB*, in *Riv. not.*, 2016, pp. 1126 ss. C. De MENECH, *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, cit., p. 5.

dell'autorità giudiziaria, talaltra ad evitare l'instaurazione della procedura cognitiva ordinaria¹⁷⁸. E se questo è l'attuale trend legislativo, allora, la disciplina dei marciali secondi non sembra potersi considerare eccezionale, dovendo, al contrario, ritenersi che essa costituisca un microsistema – seppur eterogeneo - che si aggiunge a quello dominato, da un lato, dal divieto del patto commissorio e, dall'altro, dal patto marcialiano di diritto comune¹⁷⁹.

Ed, in effetti, non è un caso che la legislazione extracodicistica in materia si atteggi diversamente in base alla situazione complessiva ed all'operazione economica e negoziale cui essa è rivolta. Si ritiene, infatti, siano proprio gli elementi che la compongono (quali, ad esempio, il ruolo o la qualità delle parti, l'oggetto, il tempo delle prestazioni, le finalità perseguite) a giustificare la particolare attenzione del legislatore verso la regolazione di tali forme di autosoddisfacimento del credito. Qualora l'attività di finanziamento sia posta in essere in favore di determinate categorie (ad esempio, imprenditori o consumatori) e prestata in vista del conseguimento di finalità particolarmente meritevoli (ad esempio, lo sviluppo dell'impresa o l'acquisto della prima casa di abitazione), il riequilibrio sotteso al meccanismo marcialiano, pur se indispensabile, non è sufficiente a neutralizzare il rischio dell'abuso ai danni del debitore; non si rivela, pertanto, idoneo a configurare un quadro rimediale

¹⁷⁸ Del resto, l'obiettivo di orientare la soddisfazione del diritto di credito verso forme di autotutela esecutiva è confermato nel protocollo di intesa che Abi e Confindustria hanno firmato a seguito della presa d'atto della scarsa diffusione che i marciali bancari hanno avuto nella prassi.

¹⁷⁹ Così ZOPPINI, *L'effettività in-vece del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 680 il quale chiarisce che i marciali "secondi" si collocano lungo «una più generale traiettoria di politica del diritto che indirizza la soddisfazione degli interessi sostanziali al di fuori del processo, o per lo meno di talune fasi di esso».

adeguato agli interessi in gioco e rispettoso di tutti i principi sottesi alle regole in commento. E, pertanto, si rende necessaria una più attenta regolazione della fattispecie che, incidendo sui presupposti di operatività del meccanismo effettuale, assicuri un ragionevole bilanciamento tra l'interesse del creditore ad essere garantito attraverso il trasferimento automatico del bene e l'interesse del debitore a conseguire il finanziamento senza soffrire un eccessivo pregiudizio ove il valore del bene trasferito risulti superiore a quanto da lui dovuto e non versato.

Al di fuori delle ipotesi regolamentate, in presenza di operazioni che realizzano una programmazione di interessi lecita ma non coinvolgente particolari categorie soggettive ovvero finalità attuative di rilevanti valori apicali, non vi sono ragioni né per ampliare l'ambito di operatività dell'art. 2744 c.c. fino ad abbracciare forme di autosoddisfacimento del credito da sempre ordinariamente ammesse quali, per l'appunto, la cautela marciana né per estendere le regole individuate all'interno delle disposizioni di nuovo conio¹⁸⁰.

Il patto marciano è, infatti, come già messo in evidenza, costitutivamente strutturato in modo tale da prevenire sin dall'origine quella situazione di squilibrio che, per la particolare meritevolezza di tutela della posizione del debitore, ove concretatasi, meriterebbe l'applicazione della sanzione caducatoria. Per effetto del negozio con il creditore, ad uscire dal patrimonio del debitore è solo quanto giuridicamente non gli appartiene sicché l'accordo

¹⁸⁰ C. DE MENECH, *Il marciano innominato tra diritto primo e diritti secondi*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, n. 5/2021, p. 752.

non genera alcuna sproporzione di tipo quantitativo. Al più si potrebbe prospettare una lesione di carattere qualitativo dal momento che la prestazione da lui dovuta in base al pignone ha per oggetto un bene diverso da quello oggetto della prestazione ed è ulteriormente qualificata dalla previsione di un meccanismo condizionale fondato sull'inadempimento. Però, come evidenziato dalla dottrina, considerato che è il legislatore stesso ad ammettere la stipula di un siffatto patto anche da parte del consumatore, considerato per definizione "soggetto debole", a maggior ragione deve ritenersi che non vi siano ostacoli nel ritenere un debitore comune soggetto sufficientemente avveduto.

E, del resto, non sembra che il pignone sacrifichi quell'esigenza di controllo che si rivela necessaria nella fase di esecuzione forzata per neutralizzare possibili abusi del creditore sia ai danni del debitore sia ai danni degli altri creditori poiché l'elemento essenziale rappresentato dalla necessaria esistenza di una stima del bene in garanzia operata da persona indipendente ed esperta nonché il confronto tra il valore del bene garantito e l'importo del credito assicurano uno scambio proporzionato e non superiore al valore originario del credito.

Pertanto, sembra lecito concludere che anche un pignone "atipico" cioè diverso da quelli previsti dalla legislazione speciale possa trovare tutt'oggi spazio nel nostro ordinamento. Nella costruzione dei suoi tratti essenziali, il punto di riferimento si ritiene debba essere rappresentato dalle disposizioni del codice civile. Questa scelta, oltre che imposta dalle considerazioni anzidette in relazione alla settorialità della disciplina di nuovo conio, come autorevolmente

sostenuto, consente di non sacrificare eccessivamente l'area di intervento della contrattazione individuale nel progressivo affinamento dello schema negoziale¹⁸¹.

È poi in base alla categoria soggettiva delle parti o della categoria oggettiva data dalla natura del bene oggetto della garanzia o dalla tipologia di contratto di finanziamento che occorrerà verificare se lo schema negoziale debba o meno essere arricchito di elementi ulteriori rispetto a quello che assicura la proporzionalità economica dello scambio.

2. Struttura e funzione del patto marciano

Il corretto inquadramento giuridico delle previsioni di stampo marciano costituisce premessa indispensabile funzionale all'individuazione della disciplina applicabile a tale istituto. Ed, infatti, quest'ultima dipende strettamente dal ruolo che le clausole marciane assumono all'interno del rapporto obbligatorio.

Dal punto di vista strutturale, l'analisi sin qui condotta consente di individuare con sufficiente grado di certezza gli elementi costitutivi che devono concorrere in modo simultaneo ai fini della configurabilità di una valida clausola marciana: i) la stima del valore del bene, redatta da un perito terzo ed imparziale, ii) la collocazione temporale della relazione peritale in un momento

¹⁸¹ Si vedano anche in tale ambito le considerazioni svolte da De MENECH, *Il marciano innominato tra diritto primo e diritti secondi*, cit., che evidenzia come il contributo della contrattazione privata verrebbe altrimenti grandemente ridotto dalle leggi settoriali le quali "sospendono il mercato sostituendo all'autonomia contrattuale regolamenti eteronomi".

successivo all'inadempimento e iii) la proporzionalità tra valore della *res* alienata e l'ammontare del credito garantito con l'obbligo di restituzione dell'eventuale eccedenza.

Maggiori dubbi, invece, emergono se dal piano strutturale ci si sposta su quello funzionale. In quest'ultima prospettiva, punto nodale diventa capire se le previsioni pattizie marciane esauriscano la loro funzione all'interno dell'obbligazione stessa, configurando meccanismi di soddisfacimento diversi rispetto alla prestazione originaria, ovvero se possa affermarsi la loro natura alternativa all'esecuzione giudiziale, collocandosi all'interno della responsabilità patrimoniale.

Prima che il legislatore disciplinasse specifiche figure riconducibili al patto marciano, quest'ultimo veniva qualificato, analogamente a quanto avveniva nel dibattito incentrato sul patto commissorio, come alienazione a scopo di garanzia, da altri, come accordo di regolamentazione del soddisfacimento coattivo del credito. E così, si replicava anche per il patto marciano la contrapposizione tra quelle tesi che, da un lato, miravano a dimostrare la nullità di qualsiasi contratto programmando l'attribuzione definitiva di un bene in funzione di garanzia e, dall'altro, per converso, l'idoneità della causa di garanzia a giustificare il trasferimento di una proprietà precaria e strumentale ovvero, in alternativa, la diversa natura solutoria o soddisfattoria del patto *de quo*.

Similmente, a seguito dell'introduzione delle leggi sui marciiani settoriali, la dottrina esprime posizioni difformi circa la natura giuridica del

marciano comune partendo dalle scelte legislative operata con riguardo alle figure negoziali tipizzate.¹⁸²

Così, un primo filone interpretativo identifica il patto marciano con l'alienazione con scopo di garanzia¹⁸³, muovendo dalla considerazione delle fattispecie normative settoriali che contemplano il trasferimento di un bene *sub condicione* d'inadempimento, ponendo l'accento sul rafforzamento del credito. Altri autori, invece, qualificano il patto marciano come negozio avente causa solutoria, idoneo a predisporre un surrogato dell'adempimento della prestazione dovuta¹⁸⁴.

Infine, vi è chi, facendo leva sulle porzioni di disciplina settoriale che riguardano la liquidazione (o assegnazione) della *res* e la destinazione dell'eccedenza, giunge a sostenere che il patto marciano sia un negozio di regolamentazione del soddisfacimento del credito successivo all'inadempimento avente natura di autotutela esecutiva¹⁸⁵.

L'accoglimento dell'una o dell'altra soluzione non è priva di conseguenze pratiche che si colgono tanto sul piano della costruzione della convenzione marciana quanto sul piano della sopravvivenza dell'obbligazione.

¹⁸² Si vedano le considerazioni di De MENECH, *Il marciano innominato tra diritto primo e diritti secondi*, cit.

¹⁸³ Cfr., ad es., CHIANALE, *Qualche pensiero sulle recenti vicende del patto marciano*, p. 754; AMBROSINI, *La tutela rafforzata dei creditori privilegiati nella L. n. 119/2016: il c.d. patto marciano*, in *Dir. fall.*, 2015, I, p. 1084.

¹⁸⁴ 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*, in *Nuove leggi civ.*, 2016, p. 355. Ci si divide, però, quanto alla specifica qualificazione dell'istituto: così, vi è chi parla di *datio in solutum*, chi di obbligazione facoltativa (Scotti), e chi di obbligazione alternativa.

¹⁸⁵ Tra gli altri DE BELVIS, *L'esecuzione privatizzata*, cit.

Sotto il primo punto di vista, coloro che inscrivono la previsione del marciano entro la logica delle alienazioni in funzione di garanzia ritengono che l'esplicito inserimento della clausola marciana in funzione riequilibrante sia superfluo. Infatti, consumatosi l'inadempimento dell'obbligazione principale, la causa di garanzia verrebbe automaticamente meno e, di conseguenza, ne rimarrebbe caducata anche la causa dell'attribuzione dell'eccedenza. In altri termini, venuto giuridicamente meno il fondamento giustificativo dell'attribuzione patrimoniale del *surplus* al creditore, il concreto operare della restituzione sarebbe in ogni caso agevolato dalla predisposizione convenzionale di un apposito meccanismo liquidativo dell'eccedenza¹⁸⁶. Sotto il secondo profilo, ascrivere funzione di garanzia al patto significa ammettere la sopravvivenza della responsabilità patrimoniale generica ex art. 2740 c.c. e ciò assume rilevanza anche ai fini dell'eventuale produzione dell'effetto esdebitativo.

Diversamente, valorizzare l'aspetto satisfattivo della fattispecie come giustificazione causale di tutta la fattispecie marciana dovrebbe condurre a due conseguenze: per un verso, non si rivelerebbe essenziale la commisurazione di valori tra beni e debito posto che, nella ordinarietà dei casi, è ben possibile che

¹⁸⁶ C. DE MENECH, *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, cit., pp. 836 ss., che richiama STEFINI, *op. cit.*, p. 51, nt. 148 il quale ritiene che l'obbligo del creditore di restituzione del supero dipenda dall'avveramento della condizione parzialmente risolutiva implicitamente apposta in ogni alienazione con causa di garanzia. Secondo l'autore, la proprietà sul bene risulta sottoposta ad una doppia condizione risolutiva: "l'intero trasferimento è condizionato risolutivamente all'adempimento, mentre il trasferimento di quanto eccede il debito garantito è condizionato risolutivamente anche all'inadempimento"; a tale stregua, verificatosi l'inadempimento, viene immediatamente meno il fondamento dell'attribuzione patrimoniale al creditore per quanto riguarda l'eccedenza, e perciò il debitore può legittimamente pretendere la restituzione di ciò che è nuovamente.

creditore e debitore si accordino affinché venga eseguita una prestazione di valore superiore rispetto a quella originaria¹⁸⁷; per altro verso, se si ricostruisce la caratteristica dei negozi solutori nell'immediata e definitiva soddisfazione dell'obbligazione con la sua conseguente estinzione, il creditore dovrebbe necessariamente considerarsi soddisfatto dal trasferimento della proprietà sicché l'effetto esdebitatorio sarebbe connaturato alla natura del patto *de quo*.

In verità, si ritiene che anche con riferimento alla funzione del patto marciano debbano essere replicate le stesse considerazioni svolte in merito alla complessità della funzione ascrivibile al patto commissorio. Nel rimandare a quanto già espresso sul punto, basti in questa sede ricordare che il patto marciano, analogamente al patto commissorio, se, per un verso, implica un rafforzamento dell'aspettativa di realizzazione del credito, per altro verso, è congegnato dalle parti al fine di realizzare uno scopo di autosoddisfacimento. Da tale angolo di visuale, si constata come nota comune a tutti i patti marciani sia la volontà delle parti di non limitarsi ad un rafforzamento del credito, ma di convenire un meccanismo di soddisfazione dello stesso che prescindendo dal ricorso alla procedura esecutiva sebbene sia collocato in un momento successivo all'inadempimento. Il riferimento al rafforzamento del credito coglie solo un aspetto parziale dell'assetto di interessi complessivamente voluto dalle parti che, invece, stipulano il negozio per realizzare, nell'eventualità

¹⁸⁷ Cfr. tra i tanti A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 6, pp. 1403 e ss.; C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit.; C.M. BIANCA, *Patto commissorio*, in *Nss. D.I.*, XVI, 1965, pp. 711 e ss.; C. MARESCA, *Datio in solutum: la linea Maginot del patto commissorio*, in *Corr. giur.*, 1999, p. 1130; E. BERGAMO, *Brevi note sul divieto di patto commissorio*, in *Giur. it.*, 2000, p. 1602.

dell'inadempimento, una sorta di auto-assegnazione del bene senza l'intervento del giudice. Si ritiene, quindi, che non possa discorrersi di surrogati dell'adempimento poiché, essendosi già verificato un inadempimento, si entra già nel campo della responsabilità patrimoniale. Il patto marciano, dunque, presuppone l'inadempimento ed è destinato a regolarne le conseguenze¹⁸⁸.

Collocare il patto marciano nell'area grigia esistente tra l'inadempimento e l'esecuzione forzata, come anticipato, ha dei risvolti sia in punto di correlazione con la prestazione originariamente dedotta nel rapporto obbligatorio sia in punto di sopravvivenza della pretesa creditoria ogniqualvolta il valore del bene sia inferiore al valore del credito. La soddisfazione secondaria del credito, infatti, impone di parametrare, in assenza di diversa pattuizione, l'effetto traslativo o appropriativo al valore della prestazione originariamente dedotta nel rapporto obbligatorio. In altri termini, il creditore non può pretendere nulla di più e nulla di meno di quanto non avrebbe potuto ottenere in caso di spontaneo adempimento sicché, da un lato, qualora il valore del bene sia superiore al valore del credito, egli è obbligato alla restituzione dell'eccedenza, dall'altro, qualora sia inferiore, deve potersi ipotizzare una modalità alternativa di soddisfacimento del credito fino a concorrenza di quanto spettante, non producendosi, almeno di norma, alcun effetto esdebitatorio.

¹⁸⁸ F. PIRAINO, *Il patto marciano alla luce della disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, cit., ove l'autore sottolinea che il patto marciano opera quando l'obbligazione si è già trasformata nel vincolo di responsabilità.

3. Il marciano di diritto comune

Le premesse fin qui svolte consentono ora di delineare con maggiore sforzo ricostruttivo i tratti contenutistici del marciano di diritto comune.

A tal fine, si ritiene condivisibile il tentativo proposto da parte della dottrina di scindere i segmenti in cui si articola il patto in questione: 1) il momento traslativo 2) il momento in cui si verifica l'inadempimento 3) la fase dell'esecuzione¹⁸⁹.

In relazione al primo profilo – quello deputato a realizzare il trasferimento della proprietà - risulta confermata la duplice morfologia che può assumere il patto. Il riferimento è alla configurazione dell'accordo accessorio alla garanzia reale tipica del pegno e dell'ipoteca (come confermato dall'art. 120 *quinquiesdecies* T.u.b.) ed all'ammissibilità della sua variante autonoma, di creazione giurisprudenziale, che ha ad oggetto un bene non precedentemente gravato da garanzia (cui ha tratto spunto il legislatore nell'art. 48 bis TUB).

La preesistenza di un rapporto di garanzia reale tipica non si rivela, dunque, un momento essenziale ai fini della costruzione del patto marciano di diritto comune che quindi ben può sussistere autonomamente realizzando ugualmente la sua funzione. Ed, infatti, si ritiene che in entrambi i casi sia il meccanismo traslativo in sé a costituire, da un lato, un effetto di rafforzamento del credito e, dall'altro, un paradigma effettuale idoneo e sufficiente alla

¹⁸⁹ C. DE MENECH, *Il marciano innominato tra diritto primo e diritti secondi*, cit., n. 5/2021, p. 752.

realizzazione forzosa dello stesso. L'autosufficienza del meccanismo traslativo conduce, dunque, ad escludere un'assimilazione tra il patto marciano e le garanzie reali tipiche tanto sul piano della struttura, quanto sul piano degli effetti sicché si dovrebbe concludere per la non estensione analogica della disciplina codicistica¹⁹⁰.

Al contempo, non si ritiene sussistano ragioni ostative alla previsione di un rapporto di garanzia che si affianchi al patto marciano come ulteriore modalità di rafforzamento del credito. Non sembra, infatti, fondata l'obiezione secondo cui il patto marciano non potrebbe concorrere con altre forme di garanzia poiché ciò rischierebbe di tradursi in un "eccesso" o "abuso" da parte del creditore¹⁹¹.

Come ampiamente osservato dalla dottrina, la valutazione dell'eccesso del valore garantito non può essere valutata in astratto e, pertanto, desunta, *sic*

¹⁹⁰ Ciononostante, parte della dottrina, pur rifiutando l'idea di sovrapporre del tutto la convenzione marciana alle garanzie reali, ritiene di potere accostare il patto a quest'ultime. Più nello specifico, la similitudine esistente tra i due istituti varrebbe a giustificare l'opinione secondo cui la posizione di garanzia spettante al creditore marciano sarebbe sottoposta ai principi di specialità, di indivisibilità e di accessorietà che governano le garanzie reali. Alla pari, sarebbe possibile estendere al secondo le tutele sostitutive e conservative che gli artt. 2742 e 2743 c.c. accordano al creditore per il caso in cui la cosa soggetta a privilegio, pegno o ipoteca perisca oppure si deteriori per caso fortuito. Si vedano le considerazioni di DE MENECH C., *Il marciano innominato tra diritto primo e diritti secondi*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, n. 5/2021.

E. BRODI, *Brevi note sull'utilizzabilità dell'art. 48-bis t.u.b.*, cit., p. 11, Il tema è di estrema attualità in quanto, com'è noto, Cass., 5 aprile 2016, n. 6533 in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 9, pp. 1183 e ss. con nota di V. BELLOMIA, *Nuove prospettive in tema di ipoteca giudiziale eccessiva e responsabilità aggravata del creditore*, in *Imm. e propr.*, 2016, 12, pp. 725 e ss. con nota di A. CELESTE, *Responsabilità aggravata del creditore per ipoteca giudiziale oltre il valore della cautela tra abuso del diritto e giusto processo*, rivendendo il proprio orientamento consolidato, ha sancito la responsabilità ex art. 96, comma 2, c.p.c. del creditore che non abbia usato la normale diligenza nell'iscrivere ipoteca giudiziale sui beni per un valore proporzionato rispetto al credito garantito.

et simpliciter, dalla mera previsione del cumulo, dovendo piuttosto essere oggetto di una valutazione specifica che guarda all'uso concreto dei mezzi di garanzia¹⁹².

E del resto, ciò trova conferma anche nella disciplina speciale in cui allorquando il meccanismo marciano acceda ad un rapporto di garanzia, esso configura solo una delle modalità di realizzazione della stessa. Si pensi, a titolo esemplificativo, all'istituto del pegno non possessorio e ai contratti di garanzia finanziaria ove tra le modalità di escussione della garanzia vi è, a fianco alle modalità tradizionali, la diretta appropriazione (patto marciano) e la legittimazione a vendere (schema che si è ritenuto assimilabile ad un marciano in ragione della disciplina)¹⁹³. Parzialmente diverso il disposto dell'art. 48 bis T.U.B. che, pur prevedendo la possibilità di innestare il meccanismo marciano in un contratto già garantito da ipoteca non specifica se esso si sostituisca o si aggiunga alla stessa.

Si badi che in caso di compresenza tra garanzia reale e clausola marciana, il creditore, almeno in linea astratta, avrebbe la possibilità di scegliere quale modalità di soddisfacimento del credito prediligere tra quella prevista dalla disciplina generale legalmente prescritta in tema di pegno ed ipoteca e quella

G. ORLANDO, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – Alienazione attuativa della garanzia del finanziamento ex art. 48 bis tub e ipoteca*, cit., p. 1733.

¹⁹³ S. BARBARA, *Trasferimenti di proprietà tra garanzia del credito e liquidazione dei beni*, cit., p. 103 il quale mette in evidenza che nei trasferimenti di garanzia, il trasferimento di proprietà è subordinato in via definitiva all'adempimento/inadempimento del credito, strutturandosi come alternativo agli schemi propri delle garanzie reali tipiche, potendo essere attuato in via stragiudiziale.

convenzionalmente pattuita dalle parti al momento dell'inserimento della clausola marciiana.

Sempre con riferimento al momento traslativo, ulteriore questione attiene alla possibilità di ancorare il meccanismo marciano tanto ad un'alienazione sospensivamente condizionata, quanto ad un'alienazione risolutivamente condizionata. Come autorevolmente rilevato dalla dottrina, infatti, i marciani di nuovo conio propongono tutti strutture basate sull'operatività della condizione sospensiva di inadempimento sicché è da chiedersi se una simile scelta non abbia riflessi di ordine esterno¹⁹⁴. In verità, se si considera che in entrambe le ipotesi si realizzano i presupposti tipici di un'alienazione a scopo di garanzia la cui liceità, secondo gli insegnamenti della giurisprudenza, deve essere attentamente vagliata alla luce dell'art. 2744 c.c., il bisogno di limitare, per il tramite dell'inserimento di una clausola marciiana, il potere di appropriazione incontrollato ed automatico da parte del creditore si impone in egual misura per entrambe le ipotesi prospettate.

Stesse considerazioni valgono nel caso in cui lo schema contrattuale prescelto dalle parti sia quello del mandato a vendere senza alcun trasferimento immediato del bene ovvero, di converso, quello del trasferimento in garanzia *tout court* con la previsione di un mero obbligo di ritrasferimento per il caso dell'adempimento.

¹⁹⁴ In questi termini, A. DOLMETTA, *La ricerca del marciano utile*, cit., p. 819 il quale evidenzia come la struttura risolutivamente condizionata, realizzando un effetto traslativo immediato, è quella che garantisce maggiori vantaggi alla posizione del creditore garantito nei confronti del debitore e dei creditori chirografari.

In tutti questi casi, si pone il problema dell'opponibilità del patto nei confronti dei soggetti terzi, problema che non può che essere risolto in base alla "costruzione" di patto marciano che concretamente si adotti.

Invero, la questione è facilmente risolvibile per il caso dell'alienazione sospensivamente o risolutivamente condizionata poiché in entrambe le eventualità troveranno applicazione gli artt. 1353 ss. c.c., con particolare riferimento all'art. 1357 c.c. per gli atti di disposizione e all'art. 1361 c.c. per gli atti di amministrazione. Ne consegue che la parte proprietaria del bene ceduto in garanzia potrà validamente disporne, ma tutti gli atti compiuti saranno subordinati alla condizione (trascritta)¹⁹⁵.

Maggiori difficoltà si incontrano qualora lo schema prescelto dalle parti sia quello del mandato a vendere ovvero dell'alienazione *tout court* con annesso patto di ritrasferimento in favore del debitore per l'eventualità dell'adempimento. Infatti, in tali casi non sono previste dalla legge formalità pubblicitarie analoghe a quelle dettate in materia di trasferimenti condizionali che consentano di opporre l'effetto traslativo nei confronti dei soggetti terzi. Si dovrebbe, dunque, concludere per l'operatività di una tutela meramente obbligatoria ogniqualvolta il debitore alieni a terzi il bene nelle more del finanziamento in assenza di una formalità pubblicitaria. Deve però osservarsi che l'aspetto problematico riguarderebbe solamente la certezza di riavere la

¹⁹⁵ Come osservato dalla dottrina, potrebbe residuare l'interesse del creditore a concludere, in caso di alienazione sospensivamente condizionata all'inadempimento, un patto di non alienazione ex art. 1379 c.c. nell'ottica di un rapido conseguimento dell'effettiva disponibilità del bene in caso di avveramento della condizione; e, tuttavia, la tutela offerta opererebbe solo sul piano obbligatorio e non reale. Si vedano in questo senso le considerazioni di CAMPOLATTARO S., *Fenomenologia del patto marciano tra tipicità e atipicità*, cit., pp. 491 e ss.

proprietà del bene su un piano di tutela reale, ben potendo essere esperiti gli ordinari rimedi avverso l'inadempimento di obblighi pattiziamente assunti.

Proseguendo, poi, nell'opera ricostruttiva del marciano di diritto comune, occorre concentrarsi sul presupposto di attivazione del meccanismo di autosoddisfacimento del credito, ossia il mancato adempimento dell'obbligazione. È solo in caso di non attuazione del rapporto obbligatorio attraverso il suo adempimento, infatti, che lo schema previsto nel patto può operare. Prima dell'inadempimento, infatti, il creditore può solo pretendere l'esatta esecuzione della prestazione e il debitore potrà solo eseguirla; solo una volta verificatosi l'inadempimento si assiste al superamento della fase fisiologica del rapporto obbligatorio ed al passaggio alla responsabilità patrimoniale con la relativa necessità che il creditore venga soddisfatto in via successiva sui beni.

Occorre a questo punto chiedersi se si possa dar corso all'esecuzione privata a fronte di un inadempimento di qualsivoglia genere o, al contrario, se si debba attendere il delinearsi di un inadempimento connotato da una certa gravità.

L'interrogativo nasce dall'osservazione secondo cui alcune delle norme dedicate ai c.d. "nuovi marciano" subordinano il soddisfacimento coattivo del diritto vantato dal finanziatore al perfezionarsi di un inadempimento qualificato in termini di tempo o di numero di rate insolute.

Non vi è dubbio sul fatto che le previsioni legislative mostrino che l'interesse delle parti è costituito in via principale dalla corretta esecuzione della

prestazione e solo in seconda battuta, allorquando si configuri un inadempimento particolarmente rilevante, dall'attivazione del meccanismo di autotutela.

Se ciò è senz'altro vero nelle ipotesi legalmente tipizzate, è ragionevole chiedersi se tale regolamentazione sia espressione di un principio generale estendibile anche al marciano di diritto comune.

Si ritiene che per dare risposta al quesito debba prescindersi dalle singolari e dettagliate condizioni stabilite dalle leggi di settore e debba, invece, formularsi un'analisi condotta sulla scorta delle regole generali in materia di contratto.

Dal complessivo assetto ordinamentale nonché dall'operatività della regola di buona fede e solidarietà può in realtà desumersi la regola secondo cui non ogni forma di inadempimento può giustificare l'attivazione del congegno di autotutela esecutiva. E ciò non solo in ragione della pervasività dello strumento ma anche e soprattutto in ragione del risvolto effettuale che ne deriva. Infatti, posto che l'attivazione del patto marciano determina la risoluzione del contratto, dovrebbe concludersi che il creditore possa avvalersi della procedura soddisfattoria solo in presenza di un inadempimento di non scarsa importanza, in coerenza con la regola sancita dall'art. 1455 c.c.¹⁹⁶.

¹⁹⁶ Così BARILLÀ, *Sub art. 48-bis, Commentario TUB Costi-Vella*, Padova, 2019, p. 49. Contra PIRAINO, *Il patto marciano alla luce della disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, cit., argomenta che la risoluzione del contratto, cancellandone retroattivamente gli effetti, travolgerebbe anche la convenzione marciiana impedendone il funzionamento. Secondo l'a., l'immediata restituzione del *praestatum* troverebbe, quindi, una spiegazione più corretta nell'art. 1186 c.c. La premessa critica da cui muove questa diversa impostazione può esser tuttavia superata includendo il patto marciano tra quei contenuti strumentali (es. clausole compromissorie o garanzie) che sopravvivono alla risoluzione del contratto.

D'altra parte, nulla esclude che, di fronte ad un inadempimento 'non qualificato', il creditore possa fare ricorso, per un verso, agli ordinari strumenti riconducibili all'autotutela unilaterale previsti dal codice civile, e, per altro verso, ai normali strumenti di realizzazione coattiva del credito, primo fra tutti il processo esecutivo.

Sotto il primo punto di vista, si richiamano, a titolo esemplificativo, le previsioni di cui all'art. 1460 c.c. nella parte in cui prevede che nei contratti a prestazioni corrispettive, ciascuno dei contraenti può rifiutarsi, nei limiti del rispetto dell'obbligo di buona fede, di adempiere la sua obbligazione se l'altro non adempie o offre di adempiere contemporaneamente ovvero in caso di mutamento delle condizioni patrimoniali dell'altro, la sospensione dell'esecuzione della prestazione da lui dovuta ai sensi dell'art. 1461 c.c.

Discorso a parte merita il diritto di ritenzione che si configura come il diritto, riconosciuto al creditore, di trattenere presso di sé una *res* di proprietà del debitore al fine di indurlo all'adempimento. In sostanza, si tratta di una misura coercitiva che si concretizza in una pressione sulla volontà del debitore affinché lo stesso adempia la sua obbligazione. Potrebbe ipotizzarsi la conclusione di un apposito patto attraverso cui le parti convengano che, in caso di inadempimento, il creditore cui sia stato attribuito *medio tempore* la disponibilità del bene sia legittimato a trattenerlo presso di sé. Si tratta, tuttavia, di una soluzione che presuppone l'accoglimento di quella posizione dottrina che, non condivisa univocamente, ammette la conclusione di un patto atipico di

ritenzione purché esso dispieghi solo efficacia obbligatoria e non venga fatto valere, invece, nei confronti dei terzi¹⁹⁷.

Sotto il secondo punto di vista, occorre vagliare l'ipotetica facoltà del creditore marciano di accedere alle ordinarie procedure esecutive, senza attendere che la situazione di inadempimento si aggravi fino al punto di legittimare l'avvio dell'esecuzione privata. In verità, dovendo ritenersi persistente la garanzia patrimoniale generica, al quesito non può che darsi risposta positiva così ammettendosi che il creditore possa decidere di non avvalersi del patto marciano e scegliere di aggredire, secondo l'ordinario procedimento esecutivo ed in concorso con gli altri creditori, il bene oggetto di marciano, indipendentemente da quel carattere di "notevole importanza" che legittima l'attivazione del meccanismo in autotutela.

Né si ritiene possa condividersi l'opinione di chi estende in tale ambito la regola di cui all'art. 2911 c.c. a tenore del quale il creditore garantito da pegno od ipoteca «non può pignorare altri beni del debitore medesimo» senza sottoporre «a esecuzione anche i beni» oggetto di garanzia sicché al cessionario non sarebbe consentito agire esecutivamente sul patrimonio del cedente, senza aver dapprima inutilmente tentato di ottenere il pagamento del debito ceduto, poiché altrimenti disporrebbe di un potere eccessivo e sproporzionato rispetto a

¹⁹⁷ Infatti nel nostro ordinamento manca una disciplina sistematica del diritto di ritenzione e ciò ha indotto la dottrina a non configurare tale diritto come istituto autonomo ed invece a preferire una previsione di ritenzioni tipiche, ciascuna disciplinata da principi generali e da norme relative alla propria figura di riferimento. Occorre dar conto tuttavia di un orientamento favorevole ad un'interpretazione analogica dell'istituto poiché espressione di un principio di generale del diritto, fondato su una manifesta ragione di equità. Per una ricostruzione del diritto di ritenzione si veda G. CAZZETTA, *Il diritto di ritenzione tra funzione di garanzia e funzione solutoria*, in *Riv. dir. bancario*, 2020, pp. 483 e ss.

quello attribuito agli altri creditori chirografari. E ciò per almeno due ragioni¹⁹⁸: in primo luogo, si è messo in luce che la disposizione in parola detta una regola che non esclude né limita l'esperibilità dell'azione esecutiva sul patrimonio del debitore da parte dei creditori privilegiati, essendo volta solo a disciplinare le modalità operative interne alla procedura di espropriazione forzata; in secondo luogo, è stato evidenziato che, riconnettendo alla garanzia reale atipica una restrizione delle facoltà normalmente spettanti al creditore, si avrebbe un indebolimento dell'efficacia della garanzia stessa e conseguentemente uno scarno ricorso all'uso dello strumento¹⁹⁹.

Del resto, la concorrenza delle due diverse modalità di soddisfacimento del credito potrebbe rivelarsi particolarmente utile per il creditore ogniqualvolta l'importo dell'obbligazione inadempita superi il presumibile valore della *res* ricevuta in garanzia e di conseguenza si reputi sconveniente il risultato conseguibile in autotutela.

Quanto, infine, alla fase dell'esecuzione, essa si articola nei seguenti tre momenti: consolidamento dell'effetto traslativo in capo al creditore; valutazione di stima del bene effettuata da un terzo che deve tendere alla verifica del "giusto prezzo" del bene in garanzia; nascita dell'obbligo di restituzione al debitore dell'eccedenza rispetto all'entità della prestazione inadempita.

¹⁹⁸ Si vedano, ancora una volta, le considerazioni di C. DE MENECH, *Il marciano innominato*, cit.

¹⁹⁹ Così D'ADDA, *La cessione del credito e il factoring*, in *Trattato Roppo-Benedetti*, Milano, 2014, pp. 217 ss.; V. FOLLIERI, *Il pegno costituito da un terzo e l'art. 2911 c.c.*, in *Corr. giur.*, 2007, p. 1424.

Tra questi, il momento indubbiamente più rilevante è costituito dalla valutazione del bene in quanto è proprio da questa attività che dipende la giusta perequazione dello scambio da cui dipende il consolidamento dell'effetto traslativo e la nascita dell'obbligo di restituzione dell'eccedenza.

Affinché quest'ultimo risultato sia raggiunto, occorre che la perizia sia successiva all'inadempimento.

In verità, vi è chi in dottrina reputa non essenziale questo elemento sul presupposto secondo cui, anche se la determinazione del valore del bene venisse effettuata al momento di costituzione della garanzia, il debitore non subirebbe alcuna coartazione. Secondo questa opinione, la ragione della collocazione cronologica dell'*aestimatio* in un momento successivo dovrebbe essere rinvenuta nel generale disfavore che l'ordinamento manifesta verso forme di regolamentazione anticipata della fase patologica del rapporto obbligatorio, desumibile da norme quali gli artt. 1229 c.c. e 2937 c.c.²⁰⁰.

Tuttavia, sembra che questa opinione non tenga debitamente in conto il rischio che *medio tempore* le contingenze di mercato si riflettano sul valore del bene così riverberandosi sull'equilibrio dello scambio e, pertanto, risulta preferibile l'indirizzo, peraltro confermato dalla giurisprudenza, che reputa essenziale effettuare la valutazione del bene solo allorquando si sia già verificata l'inesatta esecuzione della prestazione. Da questo punto di vista, appropriarsi *ex ante* di un bene a garanzia di un credito, in assenza di una valutazione al

²⁰⁰ In questo senso, si vedano le considerazioni di L. FOLLIERI, *Il patto marciano tra diritto comune e speciale*, cit., p. 1861 che evidenzia come gli spazi entro cui è consentito ai privati di determinare *ex ante* ed in via definitiva l'assetto dei valori posteriori all'inadempimento sia angusto.

momento in cui si realizza la pretesa creditoria, ovvero appropriarsene in presenza di una valutazione fatta *ex ante* al momento della conclusione del contratto sembrano essere due situazioni equivalenti. In entrambi i casi non sarebbero garantiti gli interessi delle parti costrette ad accettare il valore predeterminato²⁰¹.

Per altro verso, occorre che vengano predeterminate modalità definite, tempi certi e parametri oggettivi cui ancorare l'*aestimatio*²⁰². Solo in questo modo, infatti, si assicura l'esercizio di un potere di autotutela che, seppur non condotto sotto il diretto controllo dell'autorità giudiziaria, si mostri egualmente idoneo a proteggere tutti gli interessi in gioco in quanto basato su una valutazione *ad hoc* il più possibile obiettiva.

In particolare, si ritiene che la nomina di un perito terzo ed imparziale possa non reputarsi essenziale qualora il bene oggetto del patto sia un bene il cui valore risulti da listini di borsa o di mercato²⁰³. Ed, infatti, in questa eventualità, le parti possono in sede di determinazione del contenuto del patto

²⁰¹ Per l'assoluta rilevanza del profilo temporale della valutazione v., efficacemente, F. ANELLI, *L'alienazione*, cit., p. 462, secondo cui l'elemento qualificante della convenzione commissoria risiede nella «predisposizione di un'appropriazione automatica e al di fuori di qualsiasi comparazione ex post tra valore del bene e ammontare del credito».

²⁰² Al riguardo, la Corte di Cassazione evidenzia la necessità di prevedere «un procedimento volto alla stima del bene, entro tempi certi e con modalità definite, che assicurino la presenza di una valutazione imparziale, in quanto ancorata a parametri oggettivi automatici, oppure affidata a persona indipendente ed esperta la quale a detti parametri farà riferimento, al fine della corretta determinazione dell'*an* e del *quantum* della eventuale differenza da corrispondere all'utilizzatore» Corte di Cassazione, Sez. I, sentenza, 28 gennaio 2015, n. 1625.

²⁰³ Invero, vi è chi ritiene che anche qualora il contratto prevedesse criteri oggettivi ed «automatici» di valutazione del bene, il valore da essi ottenuto potrebbe ugualmente non essere quello effettivo, nel senso di «valore attuale», considerate le condizioni di mercato, le peculiari caratteristiche del bene e le ulteriori circostanze del caso concreto. Così, NATALE M., *Lease back e strutture utili di patto marciano*, in *Riv. dir. civ.*, 7/2015, p. 1610.

riferirsi a quest'ultimo per il momento in cui si verificherà l'inadempimento ovvero, qualora per il medesimo oggetto esistano più listini, specificare quale tra essi andrà impiegato²⁰⁴.

Qualora, invece, il bene sia sprovvisto di un apposito sistema convenzionale di stima, la nomina del perito si rivela necessaria. Nonostante le normative speciali non siano uniformi sul punto, considerando che il legislatore detta una disciplina di maggior rigore con riferimento alle imprese piuttosto che ai consumatori, pare il caso di precisare che in un qualsiasi schema contrattuale atipico di patto marciano la nomina del perito può senz'altro prescindere dal decreto del presidente del tribunale. In particolare, in tale eventualità, si ritiene che la scelta del soggetto incaricato dello svolgimento dell'operazione peritale debba essere condivisa da debitore e creditore, i quali al momento della stipula possono già concordarne la sua identità o rimandare ad un momento successivo per la sua individuazione. In ogni caso, si ritiene che il contratto debba prevedere in maniera puntuale e specifica i criteri di stima del bene ai quali l'esperto valutatore dovrà attenersi. Ciò contribuisce, se non a rendere la stima oggettiva e imparziale, quantomeno a dare chiarezza e trasparenza al contenuto del contratto, nel senso di consentire al debitore-utilizzatore, sin dal momento della stipula del contratto, di conoscere i parametri in base ai quali sarà determinato il proprio obbligo.

²⁰⁴ DOLMETTA, *La ricerca del marciano utile*, cit., p. 824, esclude la necessità dell'*aestimatio* – e finanche della nomina del perito – ogniqualvolta il patto marciano verta su beni aventi un prezzo di listino. In particolare, l'autore richiama a livello sistematico l'art. 2798 c.c. che fa riferimento al valore del bene secondo il suo prezzo corrente. A questa opinione si contrappone chi evidenzia come la determinazione del valore della res in base al listino può comunque implicare valutazioni tecniche che solo un esperto è in grado di compiere.

Invero, potrebbero prospettarsi due alternative ulteriori circa le modalità di nomina del perito e stima del bene.

Per un verso, le parti potrebbero attivare il procedimento di accertamento tecnico preventivo di cui all'art. 696 *bis* c.p.c. il quale è instaurabile ogniqualvolta si renda necessaria “la determinazione dei crediti derivanti dalla mancata o inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali”, fattispecie entro cui potrebbe includersi anche l'accertamento del valore credito vantato dal creditore in conseguenza dell'operatività del meccanismo marciano. Peraltro, in tal caso, si configurerebbe un marciano “spurio” perché coinvolgente, sebbene per un tratto definito (ossia quello coincidente con il momento della stima), l'autorità giudiziaria²⁰⁵.

Per altro verso, si potrebbe prospettare un procedimento costruito sulla falsariga di quello previsto per la valutazione dei conferimenti in natura nelle s.p.a. quindi articolato in due fasi distinte: la presentazione di una relazione di stima da parte di un esperto di nomina giudiziale ed il controllo della stima delle parti e la sua eventuale revisione. Del resto, dei tre criteri semplificati previsti per la stima dei conferimenti in natura in suddette società, le regole previste per la perizia di stima non giurata potrebbero essere usate come guida per tracciare in sede pattizia le modalità di valutazione del bene.

In ogni caso, a prescindere dalla modalità prescelta, la scelta deve necessariamente ricadere su una persona imparziale, in accordo ai principi di cui all'art. 51 c.p.c., dotata di competenze professionali rapportate al tipo di

²⁰⁵ In questo senso si esprime DOLMETTA, *La ricerca del marciano utile*, cit., p. 822.

oggetto da valutare il quale deve informare la propria attività alla regola di diligenza sancita nell'art. 1176 c. 2²⁰⁶.

Le modalità attraverso cui deve svolgersi la perizia marciana devono poi essere informate ai principi del contraddittorio sicché si reputa opportuno l'inserimento all'interno della convenzione di forme di coinvolgimento delle parti già in fase di elaborazione della stima. Al contempo, in accordo al principio di ragionevole durata del processo, i termini entro cui l'operazione deve essere ultimata dovrebbero essere contingentati considerato che un'eccessiva lungaggine del procedimento potrebbe riverberarsi sull'effettiva utilità dello strumento. Infine, quanto alle spese della perizia, si ritiene che esse debbano poi essere ripartite tra le parti poiché, trattandosi di "affare ad interesse comune", sarebbe estendibile la disciplina del mandato collettivo ex art. 1726 c.c.²⁰⁷.

Compiuta la perizia nei termini anzidetti, occorre chiedersi quali siano i rimedi attivabili avverso la stessa.

Va da sé che allorquando le parti abbiano fatto ricorso al procedimento di cui all'art. 696 *bis* c.p.c. ai fini della determinazione del valore del bene, a quest'ultima disciplina deve farsi riferimento *in toto*. In ogni altro caso, la scelta del tipo di rimedio cui la parte può fare ricorso dipende dalla natura che voglia attribuirsi alla perizia marciana e, più precisamente, dalla possibilità di considerarla una perizia contrattuale ovvero come una forma di arbitraggio²⁰⁸.

²⁰⁶ E del resto, in questo senso, si esprimono sia l'art. 48-bis, comma 6°, t.u.b. sia l'art. 120-*duodecies* richiamato dall'art. 120-*quinquiesdecies*, comma 4°, lett. d), t.u.b.

²⁰⁷ In questo senso, v. Cass. 14 marzo 2013, n. 6554.

²⁰⁸ Così, NATALE M., *Lease back e strutture utili di patto marciano*, cit., p. 1610.

Si tratta di due figure tra di loro affini ma, secondo una condivisibile opinione dottrinale, non pienamente sovrapponibili²⁰⁹.

La perizia contrattuale è, infatti, una figura di creazione essenzialmente pretoria, che ricorre tutte le volte in cui le parti si rivolgono ad un terzo scelto in ragione della sua particolare competenza tecnica, affinché operi la determinazione richiesta con una dichiarazione qualificata come mera dichiarazione di scienza, con esclusione, quindi, per espressa volontà delle parti, di qualunque valutazione discrezionale.

Diversamente, l'arbitraggio ricorre quando la determinazione della prestazione dedotta in contratto è deferita a un terzo. Il terzo opera una determinazione che, sul piano strutturale, si presenta come atto di autonomia avente per le parti valore dispositivo, mentre, sul piano funzionale, si collega dall'esterno con le altre determinazioni pattizie già fissate dalle parti o, altrimenti, dalla legge, che unitariamente concorrono a comporre l'assetto di interessi dettato dal regolamento negoziale.

Sul piano dei rimedi, nel primo caso consegue l'applicazione del regime giuridico desunto dalle regole generali del codice civile in materia di cause di invalidità dei negozi giuridici. Ed, infatti, la perizia contrattuale «non può, per sua intrinseca natura, essere equa o iniqua, ma soltanto esatta o inesatta» sicché

²⁰⁹ Infatti, nella perizia contrattuale al terzo non viene conferito un potere decisionale su controversie giuridiche, come nell'arbitraggio, bensì su questioni meramente tecniche. Sul rapporto tra perizia contrattuale ed arbitraggio si vedano: A. CATRICALÀ, voce *Arbitraggio*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, pp. 1 e ss.; E. GABRIELLI, *Il contratto di arbitraggio. I contratti di composizione delle liti*, in RESCIGNO – GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, 2005, II, p. 11544.

essa può essere impugnata solo in caso di errore, dolo o violenza²¹⁰. Diversamente, nel secondo caso, si applica il regime di cui all'art. 1349 c.c. con la conseguenza che la valutazione del terzo, qualora “manifestamente iniqua o erronea” può essere sostituita da quella del giudice²¹¹.

Allorquando la giurisprudenza si è preoccupata di individuare i tratti essenziali della clausola marciana, si è espressa nel senso di estendere il rimedio di cui all'art. 1349 c.c. 1 comma senza, tuttavia, definire la natura dell'*aestimatio*. Tra l'altro, deve darsi atto del fatto che oggi un'indicazione in tal senso si ritrova anche nell'art. 48 Bis T.U.B. che richiama espressamente l'art. 1349 c.c.²¹².

Ciononostante, la sovrapposizione tra arbitraggio e conferimento del potere di stima al terzo nella perizia marciana non sembra possa dirsi perfetta. Infatti, se l'arbitraggio si caratterizza rispetto alla perizia contrattuale in ragione

²¹⁰ Le frasi trascritte nel testo sono tratte da Cass. 3 giugno 2005, n. 13954. In materia v. pure Cass. 28 giugno 2016, n. 13291 (su cui adesso il Commento di Vapino, in *Contratti*, 2017, p. 317 ss.) e Cass. 6 febbraio 2016, n. 2996.

²¹¹ Cfr., anche per il profilo qualificatorio della perizia contrattuale in termini di arbitrato o arbitraggio, F. FESTI, *La Convezione di arbitrato irrituale e la perizia contrattuale*, in *Trattato dei contratti*, diretto da V. Roppo, Milano 2014, pp. 1252 e ss.

²¹² Più precisamente, a mente del sesto comma dell'art. 48-bis T.U.B. “Decorsi sessanta giorni dalla notificazione della dichiarazione di cui al comma 5, 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 patto di cui al comma 1. Il perito procede in conformità ai criteri di cui all'articolo 568 del codice di procedura civile. Non può procedersi alla nomina di un perito per il quale ricorre una delle condizioni di cui all'articolo 51 del codice di procedura civile. Si applica l'articolo 1349, primo comma, del codice civile. Entro sessanta giorni dalla nomina, il perito comunica, ove possibile a mezzo di posta elettronica certificata, la relazione giurata di stima al debitore, e, se diverso, al titolare del diritto reale immobiliare, al creditore nonché a coloro che hanno diritti derivanti da titolo iscritto o trascritto sull'immobile. I destinatari della comunicazione di cui al periodo precedente possono, entro dieci giorni dalla medesima comunicazione, inviare note al perito; in tal caso il perito, entro i successivi dieci giorni, effettua una nuova comunicazione della relazione rendendo gli eventuali chiarimenti”.

del fatto che solo nella seconda al terzo competono accertamenti e constatazioni di carattere tecnico, la perizia marciiana sembra più correttamente inscrivibile in quest'ultimo ambito. Infatti, ciò che le parti demandano al terzo è un apprezzamento privo di discrezionalità che si impegnano ad accettare mediante un'espressa manifestazione di volontà²¹³.

Quanto, infine, alla fase di restituzione dell'eccedenza, possono porsi alcuni problemi di carattere pratico legati alla speculare eventualità di una discrasia tra il valore del bene al momento della stima ed il valore del credito residuo. A tal fine, si reputa opportuno indagare in merito all'operatività dell'effetto esdebitatorio.

4. L'effetto esdebitatorio

Una volta ricostruita nei termini anzidetti la struttura del patto marciiano di diritto comune, resta da interrogarsi sull'effetto che dall'operatività di quest'ultimo possa derivare. Il riferimento è più specificamente a quello che, mutuando la terminologia dalle procedure concorsuali, può definirsi effetto esdebitatorio. Con questa terminologia si intende il beneficio accordato al

²¹³ Non manca in dottrina chi estende, in punto di legittimazione attiva, un tale rimedio anche a favore degli altri creditori del debitore qualora pregiudicati da una stima eccessivamente al ribasso. In sostanza, i creditori diversi da quello marciiano potrebbero o impugnare l'*aestimatio* soltanto in via surrogatoria e, quindi, alle condizioni stabilite dall'art. 2900 c.c. ovvero agire avverso la stipulazione del patto marciiano esercitando l'azione regolata dall'art. 2901 c.c. Si vedano sul punto le considerazioni di DE MENECH C., *Il marciiano innominato tra diritto primo e diritti secondi*, cit.

debitore di ritenersi liberato dal debito pur laddove il valore del bene oggetto del trasferimento in favore del creditore sia inferiore a quello del residuo credito.

Come già evidenziato, esso è previsto espressamente nelle discipline del prestito vitalizio ipotecario e del credito immobiliare ai consumatori. Infatti, il comma 12°-*quater* (introdotto dall'art. 1, comma 1°, l. n. 44/2015,) dell'art. 11°-*quaterdecies* d.l. n. 203/2005 (convertito in l. n. 248/2005) stabilisce che «L'importo del debito residuo non può superare il ricavato della vendita dell'immobile, al netto delle spese sostenute». Ciò vuol dire che, una volta venduto il bene oggetto di garanzia, il debitore è automaticamente liberato dal debito. Ed in modo ancora più esplicito si esprime l'art. 120-*quinquiesdecies* t.u.b. che, al comma 3°, prevede come l'acquisizione diretta del bene o dei proventi della vendita dello stesso «comporta l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore (...) anche se il valore del bene immobile (...) trasferito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è inferiore al debito residuo».

In entrambe le ipotesi, il legislatore ricollega all'operatività del meccanismo marciano l'effetto peculiare di determinare l'estinzione del debito residuo sancendo la definitiva cancellazione dell'obbligazione non soddisfatta in seguito all'escussione del bene oggetto di garanzia²¹⁴. E ciò al fine di realizzare una finalità *lato sensu* assistenziale che connota tanto il prestito vitalizio ipotecario - in cui occorre offrire al finanziato la possibilità di accedere

²¹⁴ Sulla non sovrapposizione tra l'istituto de quo e l'effetto esdebitatorio tipico delle procedure concorsuali, si veda FOLLIERI L., *cit*, che evidenzia come mentre nelle procedure concorsuali la legge introduce una nuova causa di inesigibilità, nella disciplina dedicata ai meccanismi marciani, da un lato, si ha una limitazione della responsabilità patrimoniale, e dall'altro un'estinzione dell'eventuale debito residuo per effetto riflesso di tale responsabilità.

al finanziamento con la sicurezza che il rischio proprio e soprattutto dei suoi eredi sia limitato alla perdita del bene dato in garanzia - quanto il contratto di credito immobiliare in cui la tutela del consumatore quale parte debole impone la sua liberazione dall'obbligo restitutorio. Si tratta di una scelta che, tuttavia, il legislatore non ripropone nelle altre discipline e specificamente nell'art. 48 bis TUB; circostanza che – come visto nel paragrafo dedicato alla trattazione della figura *de quo* - ha fatto insorgere in dottrina un ampio dibattito circa la operatività o meno dell'effetto esdebitativo anche in tale ipotesi.

In questa sede si vuole allargare la prospettiva di indagine e valutare la ragione per la quale un siffatto effetto dovrebbe o meno estendersi al patto marciano di diritto comune.

La questione può essere affrontata sotto due angoli di visuale.

Il primo – cui si è già fatto cenno nel secondo paragrafo di questo capitolo – porta a ricercare la soluzione sul piano della funzione causale del patto marciano. Ed infatti, come visto, sostenere che il patto marciano assolve ad una funzione di garanzia fa discendere come conseguenza quella della non estinzione della pretesa in caso di parziale soddisfacimento del credito in ragione del ridotto valore del bene poiché rimane ferma l'operatività della garanzia generica *ex art. 2740 c.c.* Analoga soluzione dovrebbe valere qualora si riconducesse alla pattuizione *de quo* una causa autosatisfattiva in quanto quest'ultima, per sua natura, comporta il permanere del diritto del creditore ad essere soddisfatto integralmente. Diversamente, conferire al patto la natura di convenzione solutoria dovrebbe condurre a sostenere che tramite l'attivazione

del meccanismo marciano il debitore si liberi integralmente dell'obbligo assunto, analogamente a quanto avviene in istituti quali la *datio in solutum*.

E tuttavia bisogna rilevare che, in punto di principio, gli argomenti utili a sorreggere la tesi negatrice dell'esdebitazione, così come quelli funzionali alla affermazione della tesi contraria, potrebbero anche non far leva – come in effetti, in alcune dottrine, è anche accaduto – sull'attribuzione al patto marciano dell'una o dell'altra funzione. Si potrebbe, infatti, ben contrastare l'automatismo della soluzione tratta dalla natura dell'alienazione, affermando che tanto il negozio solutorio quanto il negozio di garanzia determinano normalmente, ma non necessariamente, rispettivamente l'estinzione dell'obbligazione e il permanere dell'obbligazione nei limiti in cui risulti non soddisfatta.

Questa considerazione conduce ad analizzare la questione sotto un diverso angolo di visuale, ossia quello che porta a ragionare sul legame intercorrente tra il patto marciano con effetto esdebitativo, da un lato, e le forme convenzionali di limitazione della responsabilità patrimoniale al bene oggetto di garanzia, dall'altro. Ed invero che un tale legame sussista è confermato da quell'opinione dottrinarica che individua nella limitazione della responsabilità al bene oggetto di garanzia un elemento strutturale di ogni meccanismo marciano che si rende necessario per tutelare gli altri creditori estranei al patto.

Pur non ritenendo opportuno condividere l'estensione generalizzata della limitazione alla responsabilità patrimoniale in discorso, non può negarsi che ascrivere al patto marciano un naturale effetto esdebitatorio attrae lo stesso

nell'area dei patti limitativi della responsabilità generica²¹⁵. Ed allora la configurabilità di un simile effetto sembra dipendere strettamente dal superamento del principio di tipicità legale delle limitazioni della responsabilità patrimoniale consacrato nell'art. 2740 c.c.

Com'è noto, la ricostruzione della portata normativa dell'art. 2740 c.c., e del rapporto tra le disposizioni contenute nei due commi che lo compongono, continua a formare oggetto di un vivace dibattito.

Secondo un'impostazione classica, a cui aderisce però ancora oggi una parte significativa della dottrina, il secondo comma dell'art. 2740 c.c. consacrerrebbe un principio di tipicità delle limitazioni della responsabilità patrimoniale, tale per cui le deroghe al suddetto principio dovrebbero ritenersi eccezionali²¹⁶. In tale ottica, il sistema della responsabilità patrimoniale ruoterebbe attorno lo schema regola-eccezione di cui sono espressione rispettivamente il primo e il secondo comma dell'art. 2740 c.c.²¹⁷.

L'adesione a siffatta ricostruzione, con i due corollari del carattere eccezionale delle limitazioni della responsabilità patrimoniale contemplate dal legislatore, da un lato, e dell'impossibilità di una loro applicazione analogica, dall'altro, dovrebbe dunque portare ad escludere che, in assenza di una specifica

²¹⁵ E tuttavia questa conclusione non sembra potersi condividere: sebbene il patto marciano sia senz'altro fonte di un danno potenziale per i creditori non contraenti in quanto sottrae al patrimonio del debitore un bene su cui questi potrebbero astrattamente soddisfare le loro pretese, infatti, il rimedio non può consistere nell'estensione automatica e generalizzata della limitazione della responsabilità, essendo sufficiente il ricorso ai mezzi di conservazione della garanzia generica e, in particolare, al rimedio della revocatoria, ove ne ricorrano i presupposti.

²¹⁶ L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., pp. 5 e 75.

²¹⁷ A. MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, Trust e responsabilità del debitore*, Milano, 2007, pp. 72 e ss.

disposizione, analoga a quella previsto nei richiamati artt. 11-*quaterdecies* d.l. n. 203/2005 e 120-*quinquiesdecies* TUB., il patto marciano realizza una funzione integralmente estintiva del rapporto obbligatorio.

Quanto sostenuto, però, non considera la complessiva evoluzione che ha interessato il sistema in cui l'art. 2740 c.c. si inserisce. A tal proposito, sembra ragionevole prendere atto del fatto che negli ultimi decenni si stia assistendo ad un vero e proprio ribaltamento dello schema regola-eccezione di cui all'art. 2740 c.c.: a seguito del moltiplicarsi, nel numero e nell'importanza, delle fattispecie legali di limitazione della responsabilità patrimoniale, il principio di tipicità delle limitazioni della responsabilità risulta, infatti, nella sostanza soppiantato dall'opposto principio della «specializzazione della responsabilità patrimoniale»²¹⁸.

In virtù di quest'ultimo principio, a rigore, le limitazioni alla responsabilità patrimoniale potrebbero desumersi anche solo implicitamente, pur in via di estensione analogica della regola prevista per altri casi.

E tuttavia, in assenza di una regolazione dettata specificamente per la ricostruzione del marciano di diritto comune, l'unico modo per riconoscere l'effetto estintivo *de quo* sarebbe proprio rappresentato dall'applicazione

²¹⁸ Il primo ad essersi espresso in questi termini è stato L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, in *Cod. civ. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, artt. 2740-2744, Milano, 1991, p. 34. Nello stesso senso v. A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati delle società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, pp. 552 e ss.; R. LENZI, *I patrimoni destinati: costituzione e dinamica dell'affare*, in *Riv. not.*, 2003, I, pp. 543 ss.; P. MANES, *Trust e art. 2740 c.c.: un problema finalmente risolto*, in *Contr. e impr.*, 2002, pp. 579 e ss.; A. MORACE PINELLI, *Atti di destinazione*, cit., pp. 72 e ss.; F. MACARIO, *Responsabilità*, cit., pp. 190 e ss.; A. CHIANALE, G. TERLIZZI, S. CAMPOLATTARO, M. MARTINELLI, *Le garanzie reali e personali*, Torino, 2018, p. 6.

analogica delle disposizioni dettate sul punto in materia di credito. Questa strada, tuttavia, non sembra percorribile se si considera che ciascuna figura di patto marciano si giustifica alla luce di una diversa *ratio* non riscontrabile nei comuni rapporti di credito.

Ciò premesso, rimane impregiudicato un altro quesito, ossia se sia consentito alle parti introdurre per via convenzionale un siffatto effetto esdebitatorio, pur essendo mancante una disciplina normativa.

Nuovamente, qualora si ritenesse l'art. 2740 c.c. espressione di un principio generale di ordine pubblico economico si dovrebbe negare all'autonomia privata il potere di stabilire restrizioni della garanzia generica fuori dei casi previsti dalla legge.²¹⁹

Tuttavia, in accoglimento della lettura evolutiva dell'istituto della responsabilità patrimoniale a cui si è già fatto richiamo, dovrebbe concludersi per l'ammissibilità di simili patti.²²⁰

Tale tipologia di patti rientrerebbe nell'area della atipicità sicchè, analogamente a quanto avviene per l'inserimento della clausola marciana in genere, si imporrebbe la verifica circa la sussistenza di un interesse meritevole di tutela *ex art. 1322, comma 2, c.c.*. Sulla scorta delle discipline relative alla cessione dei beni ai creditori, degli accordi di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182 bis l. fall. (art. 61 cod. crisi e ins.)*, delle varie forme di concordato, nonché

²¹⁹ In questo senso si esprime BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale*, cit., il quale afferma sarebbe «preferibile ritenere patti del genere come negozi con causa illecita perché contrari al principio di ordine pubblico alla conservazione di un'adeguata garanzia generica, che si esprime in numerose norme: artt. 1186, 2900, 2901 c.c.».

²²⁰ MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 98 s.

del sempre maggior favore mostrato verso forme di autosoddisfacimento, emerge chiaramente come rispetto al controllo giudiziale, prevalga attualmente nel sistema del credito la logica privatistica dell'autonomia contrattuale sicchè non sembrano frapporsi ostacoli ad una valutazione positiva di meritevolezza.

In adesione a questa impostazione, sembra allora irragionevole richiamare il divieto di eccezioni alla responsabilità patrimoniale atipiche per precludere la conclusione di accordi che possano giovare al creditore anche in relazione alla soddisfazione dei propri crediti.

E tale conclusione potrebbe giustificarsi anche qualora si accogliesse l'opinione di chi ritiene che l'interesse protetto dall'art. 2740, comma 2, c.c. sia quello del singolo creditore che, grazie alla regola di tipicità ivi consacrata, verrebbe preservato dai comportamenti con cui il debitore si sottragga volontariamente alla propria responsabilità. In altri termini, l'ambito della norma dovrebbe essere circoscritto alle sole ipotesi di limitazioni alla garanzia realizzate unilateralmente dal debitore attraverso le forme della separazione patrimoniale e non dovrebbe, invece, estendersi a quei patti sulla responsabilità conclusi con il consenso del creditore stesso.²²¹

Può dirsi allora che le parti del patto marciano di diritto comune possano liberamente prevedere che, nel caso in cui il valore del debito sia superiore al valore di realizzo dell'immobile trasferito, il debitore sia liberato per l'intero, fermo restando che, in assenza di un'esplicita scelta in tal senso, l'effetto

²²¹ In questo senso G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 238 ss. differenzia la responsabilità patrimoniale «negoziata» e le limitazioni della garanzia patrimoniale generica «imposte» ai creditori, ritenendo inammissibili le seconde al di fuori delle ipotesi legalmente regolate.

estintivo dovrebbe realizzarsi parzialmente, con la conseguente sopravvivenza dell'obbligazione per il residuo.

CONCLUSIONI

L'analisi sin qui svolta conduce a formulare una serie di riflessioni conclusive.

L'evoluzione giurisprudenziale e i recenti interventi legislativi, sebbene settoriali, non consentono di revocare in dubbio la liceità del patto marciano e la sua compatibilità con i principi generali del nostro sistema. Per un verso, non sembrano possano considerarsi ragioni ostative a questa ricostruzione la tutela della *par condicio creditorum* ed il presunto divieto di forme di autotutela esecutiva. Si deve prendere atto, infatti, delle maggiori aperture che l'ordinamento, anche sovranazionale, mostra verso istituti che derogano a detti principi per consentire una più rapida ed efficiente escussione del credito.

Per altro verso, non sembra possa riscontrarsi alcun contrasto con il divieto di cui all'art. 2744 c.c. e ciò sia che un tale divieto si giustifichi in ragione della volontà di tutelare la libertà morale del debitore, sia qualora si spieghi alla luce della necessità di preservare forme di controllo giudiziale in caso di operatività di meccanismi di autotutela.

Ed, infatti, l'obbligo di restituzione dell'eccedenza e la clausola di giusta stima appaiono, in linea generale, sufficienti a scongiurare ogni forma di sopraffazione poiché assicurano che il creditore ottenga nulla di più e nulla di

meno rispetto a quanto potrebbe conseguire sia in caso di spontaneo adempimento, sia in caso di avvio della procedura esecutiva.

Alla pari, gli stessi elementi uniti alla predeterminazione di meccanismi oggettivi e procedimentalizzati escludono l'attribuzione in favore del creditore di un potere traslativo automatico ed immediato al verificarsi del fatto dell'inadempimento così assicurando un adeguato controllo sulla correttezza qualitativa e quantitativa della procedura di autotutela esecutiva.

In questo senso, la clausola marciana diventa uno degli strumenti offerti alle parti per regolare le relazioni che si instaurano tra loro nell'ambito di quella particolare zona grigia che si colloca tra il momento dell'inadempimento e quello dell'esecuzione forzata.

Se, però, nella generalità dei casi, ai fini dell'operatività dell'effetto salvifico della clausola marciana è sufficiente la sola previsione della clausola di proporzionalità economica, una tale conclusione potrebbe essere in parte rimeditata allorquando a venire in rilievo siano interessi costituzionalmente rilevanti connessi alla concessione del finanziamento (a titolo meramente esemplificativo, la protezione della parte debole del rapporto, il diritto all'abitazione, il diritto all'iniziativa economica). In questi casi, l'interesse del creditore al rapido soddisfacimento del credito, strettamente connesso all'interesse generale al corretto funzionamento dei traffici giuridici, dovrebbe essere ragionevolmente bilanciato con l'interesse di cui è portatore il debitore. Il differente substrato assiologico condurrebbe, dunque, a prospettare casi in cui, pur non potendosi escludere aprioristicamente la stipula di un patto

marciano atipico, si renderebbe necessario ancorare l'attivazione del rimedio a precisi presupposti fattuali (ad esempio, la gravità dell'inadempimento, la considerazione circa l'eventuale adempimento parziale della prestazione), ulteriori rispetto al solo obbligo restitutorio dell'eccedenza di valore. E ciò sembra possa essere sostenuto alla luce dei recenti interventi normativi in materia di c.d. "marciani secondi" che, di fatto, realizzano un intervento conformativo sull'autonomia privata in fase di autosoddisfacimento del credito che va oltre il mero controllo sull'equilibrio economico, estendendosi fino ad abbracciare quello giuridico.

Sotto altro versante, si ritiene debba osservarsi con favore l'idea prospettata dalla menzionata delega contenuta nel disegno di legge per la revisione del codice civile (DDL. S. n. 1151 del 19.03.2019) di delineare una regolamentazione puntuale ed universalmente valida del patto marciano. È indubbio, infatti, che, solo in tal modo si potrebbe superare l'incertezza – in verità, denunciata dalla dottrina più che dalla giurisprudenza, ormai univocamente orientata ad ammettere l'operatività dell'effetto salvifico della clausola marciana – circa la validità di una tale pattuizione all'interno del sistema.

Ragionando in tal senso, dunque, si potrebbe ipotizzare una nuova norma che tipizzi il c.d. "marciano primo" positivizzando gli elementi costitutivi enucleati dalla giurisprudenza e tutti i profili di maggior rilievo che emergono dall'analisi comparata dei sottotipi marciani con l'obiettivo di rimuovere i dubbi interpretativi che tali fattispecie hanno sollevato nella prassi applicativa.

Su questa scia, dunque, si potrebbe immaginare l'espresso riconoscimento del patto marciano nella duplice veste di clausola accessoria ad una preesistente garanzia ovvero di convenzione autonoma nonché, ancora, nella duplice veste di patto avente carattere traslativo ovvero, come sembra suggerire la normativa in materia di prestito vitalizio ipotecario, obbligatorio. A tale diverso modo di atteggiarsi della convenzione marciana dovrebbe accompagnarsi l'introduzione di un'espressa disciplina di carattere pubblicitario per risolvere a monte le questioni inerenti alla sua opponibilità nei confronti dei terzi acquirenti.

Ancora, potrebbe essere utile dettare una disciplina specifica in merito alle modalità di effettuazione della perizia marciana e, nello specifico, in merito ai rimedi esperibili avverso la stessa al fine di dissipare ogni dubbio in merito alla contestabilità dell'erroneità del suo contenuto.

Da ultimo, alla luce delle considerazioni svolte, si auspica anche un'espressa presa di posizione in punto di operatività dell'effetto esdebitatorio. Infatti, l'esplicita previsione di un effetto estintivo-liberatorio del trasferimento marciano, pur qualora rimessa alla libera scelta delle parti, sarebbe idonea a conciliare le esigenze di speditezza dei traffici giuridici e i principi fondamentali del nostro sistema in materia di responsabilità patrimoniale del debitore.

BIBLIOGRAFIA

ALPA G., *Il linguaggio omissivo del legislatore*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2017, p. 426.

AMATO G., *Ancora sul patto commissorio e sulla vendita a scopo di garanzia*, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 1899.

AMBROSINI S., *La tutela rafforzata dei creditori privilegiati nella L. n. 119/2016: il c.d. patto marciano*, in *Dir. fall.*, 2015, I, p. 1084.

AMBROSINI S., *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella l. n. 119/2016: il cd. patto marciano*, in *D. fall.*, 2016, V, pp. 1075 e ss.

ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, in *Commentario del codice civile, Libro quarto delle obbligazioni, Artt. 2740-2744, sub art. 2744*, (a cura di) Scialoja e Branca Bologna Roma, 1945, p. 53.

ANELLI F., *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996.

ANGELELLI C., *“Note di confronto tra la nuova “escussione extragiudiziale delle garanzie” di cui alla proposta di direttiva del 13 marzo 2018 ed il nuovo art. 48 bis T.U.B”*, in www.dirittobancario.it.

ANNUNZIATA F., *Verso una disciplina comune delle garanzie finanziarie. Dalla Convenzione dell'Aia alla Collateral Directive (direttiva 2002/47/CE)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, pp. 180 e ss.

- ASSONIME, *Misure per l'efficienza e l'accelerazione delle procedure di recupero del credito, circolare n. 26 del 5 dicembre 2016*, in www.assonime.it, p. 19.
- ASTONE M., *Inadempimento del consumatore e autotutela del finanziatore tra (divieto del) patto commissorio e patto marciano*, in *Europa e diritto privato*, 2017, 3, pp. 759 e ss.
- AZZARITI G., *Principi innovativi sul patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 2953.
- BAGHI I., *L'esordio del pegno mobiliare non possessorio: riflessioni sui profili processuali*, in *Corr. giur.*, 2017, 11, p. 1389.
- BARBARA S., *Trasferimenti di proprietà tra garanzia del credito e liquidazione dei beni*, *Il foro Napoletano, Quaderni*, 28.
- BARBIERA L., *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971.
- BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali, Artt. 2740-2744*, in *Il Codice Civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1991, pp. 206 e ss.
- BARILLÀ C., *Sub art. 48-bis, Commentario TUB Costi-Vella*, Padova, 2019.
- BELLAVIA G., *Nuovi frammenti di disciplina in tema di leasing: la risoluzione del contratto tra interesse del creditore e meccanismi marciali*, in *Studium iuris*, 2018, 10, p. 1141.
- BELLOMIA V., *Nuove prospettive in tema di ipoteca giudiziale eccessiva e responsabilità aggravata del creditore*, in *Imm. e propr.*, 2016, 12, pp. 725 e ss. con nota di A. CELESTE, *Responsabilità aggravata del*

creditore per ipoteca giudiziale oltre il valore della cautela tra abuso del diritto e giusto processo.

BERGAMO E., *Brevi note sul divieto di patto commissorio*, in *Giur. it.*, 2000, p. 1602.

BERTOLINI A., *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*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2016, p. 346.

BETTI E., *Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, p. 699.

BIANCA C.M., *Il divieto di patto commissorio*, Milano, 1957.

BIANCA C.M., *Patto commissorio*, in *Nss. D.I.*, XVI, 1965, pp. 711 e ss.

BIANCA C.M., *Il divieto del patto commissorio: un passo indietro della Cassazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, p. 117

BIANCA C.M., *Autotutela*, in *Enc. Dir.*, aggi. Iv, 2000.

BIANCA C.M., *Diritto Civile, Le garanzie reali – la prescrizione*, Vol. VII, Milano, 2012.

BONGIORNO G., *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984.

BRIANDA G., *Le prospettive del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria, lex mercatoria e tradizione in Contratti e impresa*, 2016, 3, pp. 797 e ss.

- BRODI E., *Il sistema delle garanzie in Italia: una lettura economica delle disposizioni in materia di privilegio, pegno e ipoteca*, in *Questioni di economia e finanza*, Banca d'Italia, 2016.
- BRODI E., *La tutela del credito in Italia: spunti per una lettura gius-economica delle cause di prelazione (parte prima)*, in *Vita not.*, 2016, III, pp. 1397 e ss.
- BRODI E., *Brevi note sull'utilizzabilità dell'art. 48 bis t.u.b. per la gestione delle sofferenze bancarie*, in *Il caso.it*, 2017.
- BRUGI B., *Patto commissorio ex intervallo*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, II, pp. 396 e ss.
- BUONGIORNO G., *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984.
- BURDESE A., *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino, 1949.
- BUSSANI M., *Patto di riscatto e patto commissorio. La porta stretta dei codificatori*, Milano, 2003, pp. 354 e 359.
- BUZZONETTI P. - PACELLA C., *Il prestito vitalizio*, Milano, 2010.
- CACCAVALE C., *Contratto e Successioni, Il prestito vitalizio ipotecario*, in *Trattato del contratto a cura di Roppo*, VI, Milano, 2006, pp. 525 e ss.
- CAMPOLATTARO S., *Fenomenologia del patto marciano tra tipicità e atipicità*, in *Riv. not.*, 2017, III, pp. 591 e ss.
- CANDIAN A., voce *Garanzie Finanziarie (diritto comunitario)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2008, 2, p. 607 e ss.

- CARINGELLA F., *Il divieto di patto commissorio "autonomo": nuovi confini e nodi ancora al pettine*, in *Corr. giur.*, 1995, I, p. 60.
- CARNELUTTI F., *Note sul patto commissorio*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, II, p. 890.
- CARNEVALI U., voce *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, pp. 500 e ss.
- CARRIERE P., *La nuova normativa sui contratti di garanzia finanziaria. Analisi critica*, in *Banca Bor. tit. cred.*, 2005, 1, pp. 184-186.
- CATRICALÀ A., voce *Arbitraggio*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988.
- CAZZETTA G., *Il diritto di ritenzione tra funzione di garanzia e funzione solutoria*, in *Riv. dir. bancario*, 2020, pp. 483 e ss.
- CHIANALE A., *L'inutilità dell'ipoteca nel prestito vecchietti*, in *Notariato*, 2016, 4, p. 358 e ss.
- CHIANALE A., *Qualche pensiero sulle recenti vicende del patto marciano*, in *Rivista del notariato*, 2016, 4, p. 752.
- CHIANALE A., TERLIZZI G., CAMPOLATTARO S., M. MARTINELLI, *Le garanzie reali e personali*, Torino, 2018, p. 6.
- CHIRONI G.P., *Ipoteca e patto commissorio*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, II, p. 706.
- CIPRIANI N., *Patto commissorio autonomo: come salvare la validità del finanziamento e della garanzia in giustiziacivile.com*, 3/2014.
- CIPRIANI N., *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000.
- CIPRIANI N., *Appunti sul patto marciano nella L. 30 giugno 2016, n. 119*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2017.

- CRISCENTI G., *I contratti in frode alla legge*, Milano, 1996.
- CROCI C., *Il nuovo finanziamento alle imprese garantito da trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato*, in *St. iuris*, 2016, XII, pp. 1451 e ss.
- D'ADDA A., *La cessione del credito e il factoring*, in *Trattato Roppo-Benedetti*, Milano, 2014.
- D'AMELIO, *Tutela dei diritti*, nel *Commentario al Codice Civile*, Firenze, 1943, sub. Art. 2744, p. 454.
- D'AMELIO M., *Della responsabilità patrimoniale*, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da M. D'Amelio - Finzi, IV, Firenze, 1948, p. 454.
- D'AMICO G., *Alienazioni a scopo di garanzia*, in *I contratti per l'impresa*, (a cura di) G. Gitti, M. Maugeri e M. Notari, Bologna, 2012, p. 588.
- D'AMICO G., *La resistibile ascesa del patto marciano*, in D'AMICO, PAGLIANTINI, PIRAINO e RUMI, *I nuovi marciiani*, Torino, 2017, pp. 6 e ss.
- D'AMICO G., PAGLIANTINI S., PIRAINO F., RUMI T., *I nuovi marciiani*, Torino, 2017.
- DALMAZZO F., *Divieto del patto commissorio e promessa di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. Dir. comm.*, 1958, II, p. 180.
- DANUSSO M., *Patto commissorio e vendita a scopo di garanzia*, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 1648.
- DE BELVIS E., *L'esecuzione privatizzata*, ESI, Napoli, 2018.

- DE MENECH C., *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, in *I contratti*, 2015, 8-9, pp. 826 e ss.
- DE MENECH C., *Il marciano innominato tra diritto primo e diritti secondi*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, n. 5/2021, p. 752.
- DI MAJO A., *Debito e patrimonio nell'obbligazione*, in G. GRISI (a cura di), *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto*, Jovene, Napoli, 2014.
- DOLMETTA A.A., *La ricerca del marciano utile*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, IV, pp. 811 e ss.
- FARACE D., *Prestito vitalizio ipotecario*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Aggiornamenti, Roma, 2006, p. 3.
- FERRARA F., *Della simulazione dei negozi giuridici*, Roma, 1992, pp. 57 e ss.
- FERRARINI G., GIUDICI P., in *Le garanzie su strumenti finanziari nel diritto comunitario: orientamenti e prospettive*, in *Il fall.*, 2002, p. 1002.
- FESTI F., *La Convezione di arbitrato irrituale e la perizia contrattuale*, in *Trattato dei contratti*, diretto da V. Roppo, Milano 2014, pp. 1252 e ss.
- FOLLIERI V., *Il pegno costituito da un terzo e l'art. 2911 c.c.*, in *Corr. giur.*, 2007, p. 1424.
- FOTI S., *Leasing finanziario e tutela dell'utilizzatore: profili evolutivi nella transizione dalla prassi al tipo*, in *I Contratti*, 2018, 3, pp. 345 e ss.

- FRAGALI M., *Del mutuo*, in Scialoja e Branca (a cura di), *Comm. Scialoja-Branca, sub. artt. 1813-1822*, Libro IV, II ed., Bologna – Roma, 1966, p. 249.
- FRAGALI M., *Garanzia e diritti di garanzia*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 453.
- FRANCIOSI G., *Istituzioni di diritto romano*, 2, 370.
- FRANCO R., *Alienazione in funzione di garanzia e patto marciano: recenti conquiste e incerti automatismi. Una riflessione senza (troppi) entusiasmi*, in *Riv. dir. priv.*, 2018, II, pp. 265 e ss.
- GABRIELLI E., *Il contratto di arbitraggio. I contratti di composizione delle liti*, in RESCIGNO – GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, 2005, II, p. 11544.
- GAZZONI F., *La trascrizione immobiliare*, in *Comm. del Codice Civile*, diretto da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1998, vol. I, p. 100.
- GENGHINI R., *Patto commissorio e procura a vendere*, in *Contr. e impr.*, 1995.
- GIGLIO D., *Il divieto del patto commissorio ed il problema delle alienazioni in funzione della garanzia, alla luce delle novità introdotte dal D.l. 3 maggio 2016 n. 59*, in *Rivista del Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, 2016, XIV, pp. 201 e ss.
- GIGLIOTTI F., *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Napoli, 1997.
- GIGLIOTTI G., *Il prestito vitalizio ipotecario: un reverse mortgage all'italiana?*, in *Corr. Merito.*, 2011, pp. 667 e ss.

- GIGLIOTTI F., *Sull'ammissibilità della cessio in securitatem (tra preclusioni tradizionali, nuove suggestioni normative e prospettive de iure condendo)*, in *Ordines*, 2015, 1, pp. 13 e ss.
- GIORGI G., *Teoria delle obbligazioni nel diritto romano moderno*, III, Cammelli, Firenze, 1903.
- IACCARINO G., *Il rimedio del patto marciano nel diritto positivo*, in *Immobili&proprietà*, 2017, 2, pp. 103-104.
- IACUANIELLO BRUGGI M., voce *Patto Commissorio*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, p. 1.
- LA SORDA G., *La nuova disciplina in materia di contratti di garanzia finanziaria*, in *Magistra Banca e Finanza*, consultabile presso il sito <https://www.tidona.com/la-nuova-disciplina-in-materia-di-contratti-di-garanzia-finanziaria/>.
- LENZI R., *I patrimoni destinati: costituzione e dinamica dell'affare*, in *Riv. not.*, 2003, I, pp. 543 ss.
- LENZI R., *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *Giurisprudenza italiana*, 2017, Luglio, pp. 1736 e ss.
- LENZI R., TATARANO M., *Recenti riforme in tema di garanzie del credito bancario*, in *Studio*, n. 1-2017/C del Consiglio Nazionale del Notariato, 41.
- LOJACONO V., *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, 1952.
- LORDI L., *Del pegno*, in *Commentario al Codice civile*, diretto da M. D'Amelio, - E. Finzi, IV, Firenze, 1943, pp. 649 e ss.

- LUMINOSO A., *La vendita con riscatto*, in *Commentario al codice civile, Artt. 1550-1509*, diretto da P. Schlesinger, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 242 e ss.
- LUMINOSO A., *Patto commissorio patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1, p. 14.
- LUMINOSO A., *Patto marciano e sottotipi*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 6, pp. 1403 e ss.
- MACARIO F., *I contratti di garanzia finanziaria nella direttiva 2002/47/CE*, in *I contratti*, 2003, 1, pp. 78 e ss.
- MACARIO F., *Modificazioni del patrimonio del debitore, poteri di controllo del creditore e autotutela*, in *Scritti in onore di Cesare Massimo Bianca*, Milano, 2006, IV, pp. 204-205.
- MANELLA G.O. - PLATANIA G.C., *Il prestito vitalizio ipotecario*, nei *Quaderni del Notariato*, Milano, 2015.
- MANES P., *Trust e art. 2740 c.c.: un problema finalmente risolto*, in *Contr. e impr.*, 2002, pp. 579 e ss.
- MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Cedam, Padova, 2017.
- MARCHETTI G., *Trasferimento di immobili ex art. 48 bis tub e patto marciano: il nuovo statuto delle garanzie per le imprese nel c.d. decreto banche*, in C. ABATANGELO (a cura di) *Problematiche giuridiche per l'impresa – Un'antologia*, Milano, 2017, pp. 79 e ss.

- MARELLI E., *Appunti in tema di vendita con lex commissoria*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 2017, 10, pp. 6 e ss.
- MARESCA C., *Datio in solutum: la linea Maginot del patto commissorio*, in *Corr. giur.*, 1999, p. 1130.
- MARI D., *Il patto marciano: un'analisi critica del nuovo art. 48 bis T.U.B.*, in *Riv. not.*, 2016, pp. 1111 e ss.
- MARICONDA V., *Le Sezioni Unite dichiarano la nullità delle alienazioni in garanzia*, nota a Cass. Civ., Sez. Un., 3.04.1989, n. 1611, in *Corr. giur.*, 1989, 5, pp. 522 e ss.
- MARTORANO F., *Cauzione e pegno irregolare*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, I, p. 94.
- MEZZANOTTE, *Liberté contractuelle e droits réels (A proposito di un recente dialogo tra formanti nell'ordinamento francese)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, II, pp. 857 e ss.
- MIGLIACCIO E., *Parità di trattamento e concorso dei creditori*, Napoli, 2012.
- MINNITI G.F., *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 30.
- MIRABELLI G., *Del diritto dei terzi secondo il codice civile italiano*, I, Torino, 1889.
- MONTEMITRO M.T., *Prestito vitalizio ipotecario: disciplina generale*, in *Rivista di diritto Tributario*, 2016, giugno, supplemento online sul sito <http://www.rivistadirittotributario.it/wp-content/uploads/2016/06/Montemitro-pdf.pdf>

- MORACE PINELLI A., *Trasferimento a scopo di garanzia da parte del terzo e divieto del patto commissorio*, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 63 ss.
- MORACE PINELLI A., *Trasferimento a scopo di garanzia da parte del terzo e divieto di patto commissorio*, in *Foro it.*, 1993, I, p. 69.
- MORACE PINELLI A., *Atti di destinazione, Trust e responsabilità del debitore*, Milano, 2007, pp. 72 e ss.
- MORELLO U., *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, in *Trattato dei diritti reali*, Giuffrè, Milano, 2008, vol. I, p. 75.
- MURINO F., *L'autotutela nell'escussione della garanzia finanziaria pignoratizia*, Milano, 2011.
- NATALE M., *Lease back e strutture utili di patto marciano*, in *Riv. dir. civ.*, 7/2015, p. 1610.
- NICOLÒ R., *Della responsabilità patrimoniale e delle cause di prelazione*, in R. Nicolò, *Raccolta di scritti*, Milano, 1993.
- NITTI N., voce *Negozi fiduciario*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XI, 1965, p. 204.
- ORLANDO G., *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – Alienazione attuativa della garanzia del finanziamento ex art. 48 bis tub e ipoteca*, in *Giur. it.*, 2017, VII, pp. 1715 e ss.
- PAGLIANTINI S., *L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura ragionata dell'art. 48 bis t.u.b.*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2016, V, pp. 931 e ss.

- PAGLIANTINI S., *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – Spigolando intorno all'art. 48 bis t.u.b.: specialità di trattamento e principio di proporzionalità delle garanzie?*, in *Giur. it.*, 2017, VII, pp. 1715 e ss.
- PAOLO, in D. 41.4.2.3.
- PELLEGRINI G.M., *In tema di alienazioni in garanzia e patto commissorio*, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, p. 1208.
- PELOSI A.C., *Sale and lease back e frode alla legge*, in *Riv. it. Leasing*, 1985, pp. 447 e ss.
- PREVITI S., *Autonomia privata e conseguenze dell'inadempimento nel contratto di sale and lease back, I contratti*, 1/22, p. 25 ss.
- PUGLIATTI S., *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, pp. 298 e ss.
- PUGLIATTI S., *Diritto civile. Metodo Teoria Pratica. Saggi*, Milano, 1951, pp. 334 e ss.
- PUGLIESE G., *Intorno alla validità della vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, p. 1070.
- PUGLIATTI S., *Scritti giuridici, III, 1947-1957, Diritto civile. Metodo-teoria-pratica. Saggi*, Milano, 2010.
- PUGLIESE G., *Nullità del patto commissorio e vendita con patto di riscatto*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1945, 1, p. 160.
- REALMONTE F., *Le garanzie immobiliari*, in *Jus*, 1986, pp. 16 e ss.

- REALMONTE F., *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.
- RESCIGNO P., *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1977.
- ROBLES M., *Problema e sistema nel prestito vitalizio ipotecario*, in *Rivista di diritto civile*, 2018, 6, pp. 1590 e ss.
- ROPPO E., *Patto di riscatto. Patto commissorio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, p. 97.
- ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato di diritto privato*, (a cura di) Rescigno, 19, Utet, 1985, p. 437.
- ROSNATI M., *Alienazioni in garanzia e patto commissorio*, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 1698
- RUBINO D., *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, XIX, Milano, 1956, pp. 4 e ss.
- RUBINO D., *La compravendita*, in *Trattato di Diritto civile e commerciale*. Diretto da Cicu – Messineo, XII, Milano, 1971, p. 1027.
- RUMI T., *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni “marciane” e garanzia del credito immobiliare*, in *I nuovi marciani*, 2005, pp. 105 e ss.
- RUMI T., *La nuova disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *I Contratti*, X, 2015, p. 940.
- RUSSO D., *I nuovi strumenti contrattuali contro la crisi economica: il prestito vitalizio ipotecario*, in *Studium iuris*, 2018, 3, pp. 297 e ss.

- RUSSO D., *Oltre il patto marciano*, Napoli, 2017.
- SACCHI O., *Lex commissoria e divieto del patto commissorio. Autonomia negoziale o tutela del contraente più debole?*, in *Ius Antiquum*, 19, 2007, consultabile su <http://www.dirittoestoria.it/iusantiquum/articles/Sacchi-Ius-Antiquum-19-2007.html>.
- SANFILIPPO C., *Istituzioni di diritto romano*, 10^{ma} edizione, Catania, 2002.
- SANTORO F.– PASSERELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, p. 182.
- SARDO G., *La disciplina del contratto di garanzia finanziaria: appunti sul D.Lgs. 21 maggio 2004, n. 17*, in *I Contratti*, 2005, 6, pp. 617 e ss.
- SASSI A., *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999.
- SCHERMI A., *Leasing finanziario, lease back e patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 1996, p. 1749.
- SCOTTI A., *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis t.u.b. è davvero il patto marciano*, in *Corr. giur.*, 2016, XII, pp. 1477 e ss.
- SCOZZAFAVA O.T., *Note in tema di alienazione a scopo di garanzia*, in *Contratto e impresa*, 2006, I, pp. 19 e ss.
- STEFINI U., *La cessione del credito con causa di garanzia*, Padova, 2007, p. 51, nt. 148.
- STOLFI G., *Patto commissorio e ipoteca*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, II, pp. 46 e ss.
- STOLFI G., *Promessa di vendita e patto commissorio*, in *Foro pad.*, 1957, I, p. 767.

- TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990.
- TALASSANO F., *Divieto di patto commissorio*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, III, p. 368.
- TARZIA G., *Le garanzie atipiche (e l'attuazione della direttiva europea sui contratti di garanzia finanziaria)*, in *Il Fallimento*, 2005, 5, pp. 485 e ss.
- TATARANO M., *Recenti riforme in tema di garanzie del credito bancario*, in *Studi e mat.*, 2017, 1-2.
- TRIMARCHI M., *Operazione negoziale e trasferimento con funzione di garanzia: la neutralizzazione del divieto del patto commissorio*, *Rivista di diritto civile*, 4/2021.
- TRIMARCHI V.M., *Negozi fiduciario*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1987, p. 37.
- TRIOLA R., *Il problema della liceità del c.d. patto commissorio obbligatorio*, in *Giur. agr. it.*, 1989, II, p. 89.
- TUCCI G., *Garanzia. Diritto comparato e straniero*, in *Enc. dir.*, XIV, Roma, 1989, p. 1.
- VARRONE C., *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli, 1968, p. 51.
- ZOPPINI A., *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati delle società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, pp. 552 e ss.
- ZOPPINI A., *L'effettività in-vece del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 680.

GIURISPRUDENZA

Trib. Firenze, 15.6.1966, in *Giur. it.*, 1967, I, 2, p. 508; in *Giur. tosc.*, 1967, p. 168, in *Riv. dir. comm.*, 1967, II, p. 157.

Trib. Savona, 31.12.1980, in *Giur. mer.*, 1981, p. 599.

App. Venezia, 5.9.1916, in *Riv. dir. comm.*, 1917, II, p. 706.

App. Bari, 15.12.1955, in *Foro it.*, 1956, I, p. 1589.

Cass. Firenze, 2 luglio 1917, in *Giur. it.* 1918, I, 1, c. 500 e ss.

Cass. Torino, 10 marzo 1919, in *Riv. dir. comm.*, 1919, II, pp. 396 e ss.

Cass. Civ., Sez. Un., 28 luglio 1923, in *Riv. dir. comm.*, 1924, II 233, con nota critica di ALBERTARIO E., *Sulla nullità del patto commissorio aggiunta al mutuo ipotecario*.

Cass. Civ., Sez. Un., 16 aprile 1945, in *Giur. Cass. civ.*, 1945, I, pp. 156 e ss.

Cass. Civ., 1 luglio 1947, n. 1037 in *Giur. it.*, 1947, I, 1, cc. 461 e ss.

Cass. Civ., 24 giugno 1957, n. 2402, in *Giur. it.*, 1958, I, p. 463, in *Riv. dir. comm.*, 1958, II, p. 180, con nota di DALMAZZO F., *Divieto del patto commissorio e promessa di vendita a scopo di garanzia*; in *Giust. civ.*, 1957, I, p. 1960, con annotazione di GRANATA R.; in *Foro pad.*, 1957, I, p. 767, con nota di STOLFI G., *Promessa di vendita e patto commissorio*, cit., p. 767.

Cass. Civ., 8 gennaio 1972, n. 40, in *Giust. civ.*, Mass., 1972, p. 16.

Cass. Civ., 29 aprile 1980, n. 2854, in *Giur. it.*, Mass., 1980, p. 717.

- Cass. Civ., 11 agosto 1982, n. 4539, in *Arch. civ.*, 1983, p. 283.
- Cass. Civ., 12 novembre 1982, n. 6005, in *Giur. it.*, Mass., 1982, p. 1438.
- Cass. Civ., 3 ottobre 1983, n. 3800, in *Foro it.*, 1984, I, c. 212, con nota di F. MACARIO; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, p. 97, con nota di V. ROPPO, *Patto di riscatto. Patto commissorio.*; in *Giust. civ.*, 1983, I, pp. 2953 e ss., con nota di G. AZZARITI, *Principi innovativi sul patto commissorio*
- Cass. Civ., 9 giugno 1986, n. 3815, in *Giur. it. Mass.*, 1986, p. 649.
- Cass. Civ., 12 dicembre 1986, n. 7385, in *Foro it.*, I, 1987, p. 799.
- Cass. Civ., Sez. Un., 3 aprile 1989, n. 1611, in *Corr. giur.*, con nota di V. MARICONDA, *Le Sezioni Unite dichiarano la nullità delle alienazioni in garanzia*, 1989, 5, pp. 522 e ss.
- Cass. Civ., Sez. Un., 21 aprile 1989, n. 1907, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 1821, con nota di M. COSTANZA, *Sulle alienazioni in garanzia e il divieto del patto commissorio.*
- Cass. Civ., 4 marzo 1996, n. 1657, in *I Contratti*, 1996, p. 442.
- Cass. Civ., II sez., 23 ottobre 1999, n. 11924, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, p. 597.
- Cass. Civ., 25 maggio 2000, n. 6864, in *Foro it.*, 2000, I, pp. 3156 e ss.
- Cass. Civ., 23 novembre 2001, n. 14911, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 471, con nota di F. BELLAFFIORE.
- Cass., 19 maggio 2004, n. 9466, in *www.leggiditalia.it*.
- Cass. Civ., 15 marzo 2005, n. 5635, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, p. 2005.

Cass., 2 febbraio 2006, n. 2285, in *www.leggiditalia.it*.

Cass. Civ., 8 febbraio 2007, n. 2725, in *Mass. Giust. civ.*, 2007.

Cass., 12 gennaio 2009, n. 437, in *Giur. it.*, 2009, 8-9, pp. 803 e ss. con nota di

M. GALATI.

Cass., 5 marzo 2010, n. 5426, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, 3, p. 329,.

Cass., Sez. Un., 5 luglio 2011, n. 14650, in *CED Cassazione*, 2011.

Cass. Civ., 3 febbraio 2012, n. 1675, in, *I Contratti*, 2012, 12, p. 1023.

Cass. Civ., 14 settembre 2012, n. 15449, in *Resp. civ. prev.*, 2012, p. 2063.

Cass., 20 febbraio 2013, n. 4262, in *Giur. it.*, 2013, 10, p. 2023, con nota di G.

RISPOLI.

Cass., 14 marzo 2013, n. 6554.

Cass., 17 aprile 2014, n. 8957, in *www.leggiditalia.it*.

Cass. Civ., 10 novembre 2014, n. 23950, in *CED Cassazione*.

Cass. Civ., Sez. I, 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Corr. giur.*, 2016, 4, pp. 486 e

ss., con nota di F. SCARDINO, *Il contratto di sale and lease back e cautela marciana*.

Cass. Civ., Sez. un., 5 ottobre 2015, n. 19785, in *Giur. it.*, 2016, Gennaio, pp.

33 e ss. con nota di V. VITI, *Il collegamento negoziale e la tutela dell'utilizzatore nel leasing finanziario*, pp. 36 e ss.; in *Banca Borsa,*

tit. cred., 2017,1, pp. 35 e ss., con nota di M. MAUGERI, *Inadempimento del fornitore e tutela dell'utilizzatore nel leasing finanziario*.

Cass., 6 febbraio 2016, n. 2996.

Cass., 28 giugno 2016, n. 13291, in *Contratti*, 2017, p. 317 ss., con nota di Vapino.

Cass. Civ., Sez. I, ord., 28 maggio 2018, n. 13305, in banca dati *www.pluriscedam.utetgiuridica.it*.

Cass. Civ., Sez. III, 7 marzo 2019, n. 6589, in banca dati *www.pluriscedam.utetgiuridica.it*.

Cass. Civ., Sez. III, 17 gennaio 2020, n. 844, in banca dati *www.pluriscedam.utetgiuridica.it*.

Cass. Civ., Sez. I, 21.12.2021, n. 38693, in banca dati *www.pluriscedam.utetgiuridica.it*.