



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MESSINA

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA Dottorato di ricerca in Scienze Giuridiche XXXIII CICLO

Curriculum di Diritto civile
Persona e mercato nel diritto interno ed europeo
SSD IUS/01

Divieto di patto commissorio, patto marciano e mercato: verso nuove forme di bilanciamento alla luce della più recente normativa nazionale ed eurounitaria

**DOTTORESSA
MAGDA IRATO**

**TUTOR
PROF. MASSIMO GALLETTI**

**COORDINATORE
PROF.SSA CONCETTA PARRINELLO**

ANNO ACCADEMICO 2019/2020

INDICE

INTRODUZIONE	p.	3
---------------------------	----	---

Capitolo I

IL DIVIETO DI PATTO COMMISSORIO

1. Divieto di patto commissorio: evoluzione esegetica dell'istituto.....	p.	8
2. Il difficile inquadramento dogmatico	p.	18
3. Gli incerti confini applicativi del divieto	p.	28
4. I controversi fondamenti giustificativi.....	p.	41

Capitolo II

PATTO COMMISSORIO, AUTONOMIA NEGOZIALE E ASCESA DEL PATTO MARCIANO

1. Divieto di patto commissorio e autonomia negoziale: alla ricerca di un delicato equilibrio	p.	52
1.1. Alienazioni a scopo di garanzia	p.	53
1.2. Cessione di crediti a scopo di garanzia	p.	60
1.3. Vendita con patto di riscatto	p.	64
1.4. <i>Sale and lease back</i>	p.	70
2. L'ascesa del patto marciano	p.	77
3. La parabola evolutiva della liceità del patto marciano di diritto comune nel panorama dottrinale e giurisprudenziale	p.	80
4. La riscoperta giurisprudenziale del canone della proporzionalità.....	p.	86
5. Segue: ricadute sulle alienazioni a scopo di garanzia e sull'estensione della nullità <i>ex art. 2744 c.c.</i>	p.	91
6. Struttura e funzione del patto marciano	p.	95

Capitolo III
I MARCIANI SPECIALI

1. I nuovi marciاني.....	p.	104
1.1. La garanzia finanziaria.....	p.	108
1.2. Il prestito vitalizio ipotecario	p.	122
1.3. Il marciano nei contratti (b2c) di credito immobiliare ai consumatori; l'art. 120 <i>quinquiesdecies</i> del T.U.B.	p.	135
1.4. Il pegno non possessorio	p.	145
1.5. Il marciano nei contratti (b2b) di finanziamento alle imprese; l'art. 48 <i>bis</i> del T.U.B.	p.	157
1.6. Il marciano “al contrario” nella risoluzione del leasing finanziario	p.	171
2. Considerazioni conclusive: patto marciano da atipicità a tipicità?.....	p.	178
CONCLUSIONI	p.	185
BIBLIOGRAFIA	p.	190

INTRODUZIONE

Il divieto di patto commissorio, previsto dall'art. 2744 c.c., di matrice romanistica e frutto di una tradizione millenaria, sta progressivamente subendo un processo di erosione. Se certamente non può dirsi che tale convenzione sia lecita, non può non prendersi atto di una serie di fattori normativi, giurisprudenziali e anche socio-economici che hanno drasticamente ridotto l'ambito di operatività della suddetta norma. Primo fra tutti, il riconoscimento giurisprudenziale dell'ammissibilità del patto marciano surrogato lecito dell'alienazione commissoria in quanto corredato dai correttivi della proporzionalità dello scambio, della valutazione della *res* da parte di un esperto, terzo ed imparziale (ed eseguita al tempo dell'inadempimento) e, soprattutto, dell'obbligo di restituzione dell'eccedenza al fine di scongiurare il pericolo di *debitoris suffocatio*. Quest'ultimo, come si vedrà, rimane, ad oggi, l'unico vero fondamento del divieto di patto commissorio al punto da potersi ritenere ingiustificate eventuali proibizioni di operazioni negoziali simili, come appunto la pattuizione marciana, ma anche, più genericamente, le alienazioni a scopo di garanzia, congregate in modo tale da assicurare la tutela del debitore da eventuali contraffazioni creditorie. A conferma di quanto appena detto, basti riflettere sui più recenti interventi legislativi (quasi sempre sollecitati da spinte eurounitarie) che tipizzano, sebbene in diversi settori, dei meccanismi marciani (cc. dd. *marciani speciali*: garanzia finanziaria, pegno non possessorio, prestito vitalizio ipotecario, trasferimenti a scopo di garanzia nei contratti di finanziamento alle imprese, contratto di credito

immobiliare ai consumatori ed, infine la disciplina della risoluzione del *leasing* finanziario) ciascuno con differente ambito applicativo, ma ognuno caratterizzato da un nucleo essenziale comune costituito da un tritico di elementi enucleati dalla giurisprudenza di legittimità e che si elevano a marcatori di identità del patto marciano.

Tuttavia, nell'attuale assetto legislativo, manca una disposizione normativa che positivizzi il patto marciano c.d. *di diritto comune*. Sebbene sia, ormai, indiscussa l'ammissibilità di tale clausola, predicata a più riprese in sede giurisprudenziale fino alla recentissima sentenza della Suprema Corte del 2020¹, il nostro ordinamento risente, ancora oggi, dell'assenza di una norma *ad hoc* che istituzionalizzi la convenzione marciana. Nonostante la lacuna normativa, l'introduzione dei marciari speciali conferma la *voluntas legis* di escludere dalla illiceità di cui all'art. 2744 c.c. le alienazioni marciarie restringendone, per l'appunto, il perimetro applicativo.

L'ingresso dei sottotipi marciari, oggetto della presente indagine, riposa in una duplice esigenza. Da un lato, la sempre più avvertita necessità di uniformare a livello sovranazionale il mercato europeo e di prevenire distorsioni o inefficienze derivanti da ordinamenti difformi. 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 atteso che "*l'assenza di un quadro giuridico uniforme influisce negativamente sulla conclusione delle operazioni, e, indirettamente, sul livello complessivo di efficienza dei mercati*"². Per altro verso, i nuovi marciari rispondono al bisogno di temperare l'eccessivo

¹ Cfr. Cass. civ., sez. III, 17.01.2020, n. 844, in *banca dati www.pluris cedam.utetgiuridica.it*

² 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, 180 e ss.

rigorismo del nostro attuale sistema di garanzie reali il quale, fedelmente ancorato ai principi della universalità della responsabilità patrimoniale del debitore (art. 2740 c.c.) e della *par condicio creditorum*, si palesa spesso inadeguato³ in quanto insensibile alla natura dei soggetti coinvolti, alle ragioni dell'inadempimento nonché ai molteplici interessi che si annidano nel rapporto obbligatorio al punto da pregiudicare la concorrenzialità del mercato italiano. In particolare, il *punctum dolens* del nostro sistema sembra essere proprio la modalità di reazione all'inadempimento.

La fase patologica del vincolo obbligatorio e la relativa escussione del credito sono ancora affidate alle dinamiche, spesso insoddisfacenti e dalle tempistiche incontrollabili, del processo esecutivo.

Da qui, come si illustrerà, l'opportunità di favorire nuove forme di soddisfazione del credito mediante degli strumenti di autotutela esecutiva privata, connotati da snellezza e celerità, abbandonando l'ormai obsoleto dogma del monopolio statale in materia esecutiva. Le criticità dell'odierna disciplina codicistica in materia di garanzie reali sono, d'altronde, confermate anche a livello scientifico dallo studio *Doing Business 2017* eseguito dalla Banca mondiale⁴ che posiziona l'Italia al 101° posto su un totale di 190 per quanto concerne la facilità e l'efficienza di accesso al credito. Ne consegue, che esigenze di mercato impongono una rilettura del divieto di patto commissorio ridimensionandone gli ambiti applicativi in favore di congegni marciari. A ciò si aggiunge, sempre nell'ottica di uniformare il mercato europeo, che all'operatore del diritto si impone una

³ In tal senso si v. M. Astone, *Inadempimento del consumatore autotutela del finanziatore tra (divieto del) patto commissorio e patto marciano*, in *Europa e diritto privato*, 2017, 3, pp. 738 e ss.

⁴ Sul punto cfr. N. Cipriani, *Il patto marciano tra discipline di settore e sistema*, in *Annali S.I.S.Di.C.*, ESI, 2017, p. 194 e ivi riferimenti bibliografici sub nota 8 a E. Brodi, *Il sistema delle garanzie in Italia: una lettura economica delle disposizioni in materia di privilegio, pegno e ipoteca*, in *Questioni di economia e finanza*, 356, 2016, p. 5.

interpretazione sistematica dei principi del nostro ordinamento alla luce di un'analisi comparatistica che tenga conto delle tendenze normative e giurisprudenziali degli ordinamenti degli Stati europei in cui, come si avrà modo di analizzare, si registra un abbandono del divieto di patto commissorio e, in alcuni casi, un riconoscimento legislativo implicito del patto marciano. Basti pensare alla riforma francese del sistema di garanzia reali, nonché all'interpretazione sempre più restrittiva del divieto di patto commissorio operata dalla giurisprudenza tedesca nonché all'inesistenza di una tale proibizione nel sistema inglese, da sempre, caratterizzato da flessibili strumenti di escussione di garanzia del credito. Su questa scia si colloca il *Draft of Common Frame of Reference*, progetto di codificazione europea dei contratti, che esclude l'invalidità dell'alienazione commissoria ove la stessa abbia ad oggetto beni fungibili ovvero il trasferimento avvenga sulla base di un'apposita procedura di stima con l'obbligo di restituire l'eccedenza (DCFR IX, 7:105)⁵. In tal modo, dunque, la compilazione dottrinale di diritto europeo riconosce implicitamente l'ammissibilità del patto marciano.

Infine, si anticipa, altresì, che la *vis* proibitiva dell'art. 2744 c.c. è stata fortemente depotenziata in seguito ad una recente pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁶ le quali, in sede di riconoscimento di una sentenza inglese in materia di trasferimento commissorio, hanno escluso che il patto commissorio possa rientrare tra i principi fondanti l'ordine pubblico internazionale.

⁵ Cfr. A. Luminoso, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017, 1, p. 32; N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, 229 ss.; AA. VV., *Draft of Common Frame of Reference* (DCFR), a cura di Alpa – Iudica, Milano, 2013.

⁶ Cass. civ., Sez. un., 5.7.2011, n. 14650, in *Giur. comm.*, 2012, 672.

Il ridimensionamento del divieto di *lex commissoria* ha comportato una riscoperta del canone della proporzionalità quale indice sintomatico della liceità ed ammissibilità del trasferimento marciano, nonché, in generale, delle alienazioni a scopo di garanzia sulla cui ammissibilità, nei limiti che verranno esaminati, non pare possano sorgere più ragionevoli dubbi.

Il tentativo di adeguare l'attuale sistema di garanzie reali alle emergenti esigenze del mercato si auspica che potrà raggiungere il suo più alto riconoscimento attraverso la revisione del codice civile oggetto del recentissimo disegno di legge⁷, S 1151 presentato al Senato il 19 Marzo 2019, contenente la delega al Governo che mira, tra i tanti interventi, a delineare una disciplina di nuove forme di garanzia del credito, anche in considerazione delle prassi contrattuali in ambito bancario e finanziario. Resta a questo punto da chiedersi se verrà colta l'occasione di tale delega per poter, finalmente, istituzionalizzare e conferire autonoma dignità giuridica al patto marciano.

⁷ Cfr. il testo del DDL. S. n. 1151 in <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/342884.pdf>.

CAPITOLO I

IL DIVIETO DI PATTO COMMISSORIO

SOMMARIO: 1. Divieto di patto commissorio: evoluzione esegetica dell'istituto. – 2. Il difficile inquadramento dogmatico. – 3. Gli incerti confini applicativi del divieto. – 4. I controversi fondamenti giustificativi.

1. Divieto di patto commissorio: evoluzione esegetica dell'istituto

Il patto commissorio è quella convenzione con cui debitore e creditore stabiliscono il trasferimento, a carico del primo ed in favore del secondo, della proprietà del bene conferito in garanzia in caso di inadempimento dell'obbligazione garantita.

Tale congegno negoziale è, ad oggi, espressamente vietato dall'art. 2744 c.c.

Trattasi di un istituto particolarmente controverso che ha, da sempre, suscitato l'interesse della dottrina e della giurisprudenza.

Le problematiche che orbitano attorno ad una siffatta clausola riguardano principalmente i suoi precisi confini applicativi e la corretta individuazione delle ragioni giustificatrici del divieto.

Non va, inoltre, sottaciuto che l'indagine della figura in esame offre l'occasione per valutare l'adeguatezza del nostro attuale sistema di garanzie reali rispetto alle rinnovate esigenze di mercato.

Da tempo, ormai, attenta dottrina⁸ ha segnalato la necessità di rivisitare la

⁸ Per una approfondita analisi sulle criticità dell'attuale sistema di garanzie reali, cfr. L. Barbiera, *Autonomia privata e garanzie reali: un rapporto difficile sclerotizzato da misure specialistiche e da dogmi tradizionali passivamente accertati*, in AA. VV., *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi*

disciplina delle garanzie reali i cui limiti strutturali mal si conciliano con le esigenze di speditezza e flessibilità dell'attività di impresa.

Basti pensare agli istituti tradizionali del pegno e dell'ipoteca.

È noto che sempre più frequentemente le imprese tendono a garantire i finanziamenti ricevuti con i beni strumentali all'esercizio delle loro attività (merci, crediti ecc.), quali fonti esclusive di ricchezza. Da qui, l'inutilizzabilità dell'ipoteca, gravante esclusivamente su beni immobili, nonché del pegno poiché, quest'ultimo, richiedendo, quale elemento indefettibile, lo spossessamento del bene provocherebbe una inammissibile paralisi dell'attività imprenditoriale.

Si evidenzia, dunque, il bisogno di ricorrere a strumenti negoziali connotati da maggiore duttilità che consentano un più agevole ricorso al credito ed una più celere procedura di escussione, senza, tuttavia, ledere le ragioni creditorie né pregiudicare irragionevolmente la posizione del debitore. Il tutto al fine di garantire l'equilibrio del mercato interno e, più in generale, del mercato comune europeo mediante l'introduzione di meccanismi giuridici idonei a tutelare la libera circolazione di merci, servizi, persone e capitali.

Prima di procedere all'individuazione del perimetro applicativo del divieto commissorio, nonché del relativo fondamento giustificativo, non si può prescindere dall'evoluzione esegetica dell'istituto.

La figura più antica di patto commissorio risale al diritto romano e, più

tra crisi dogmatica e riforme legislative, Padova, 1991, pp. 843 ss.; C. De Menech, *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, in *i Contratti*, 2015,8-9, p.823; N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, cit., pp. 22 e ss.; G. Gorla – P. Zanelli, *Del pegno. Delle ipoteche*, in A. Scialoja – G. Branca (a cura di) *Commentario al codice civile*, III ed., V, Bologna, 1973, 147; F. Fiorentini, *Garanzie reali atipiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 2, pp. 253 e ss.; M. Bussani, *Patto commissorio, proprietà e mercato (Appunti per una ricerca)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 113; N.A. Vecchio, *Il divieto di patto commissorio e la causa delle alienazioni*, in *i Contratti*, 2016, 5, pp. 432 e ss.

precisamente, alla *lex Commissoria*⁹ quale *pactum adiectum*¹⁰ al contratto di compravendita 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.

Inizialmente a tale *pactum* si riconosceva struttura e funzione di condizione sospensiva¹¹ (gli effetti della vendita erano condizionati al pagamento del prezzo), in seguito, a partire dal II secolo d.C., venne inquadrato *sub specie* di condizione risolutiva¹² (gli effetti della vendita si producevano

⁹ 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 ita caverit: “si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit”, ita accipitur inemptus esse fundus, si venditor inemptum eum esse velit, quia id venditoris causa caveretur: nam si aliter acciperetur, exusta villa in potestate emptoris futurum, ut non dando pecuniam inemptum faceret fundum, 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.

¹⁰ Tra i patti accessori *all’emptio – venditio* a tutela del venditore, oltre alla *lex commissoria*, 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 il ii) *pactum de retrovendendo*, in virtù del quale al compratore si riconosceva 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*, 10ma edizione, Catania, 2002, p. 303.

¹¹ 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.

¹² Verso una ricostruzione a favore di una clausola risolutiva, collocata storicamente a partire da Giuliano (dopo il II secolo d.C.), si v. G. Franciosi, *Corso istituzionale di diritto romano*, 2^a ed., Torino, 1997, p. 370; A. D. Manfredini, *Istituzioni di diritto romano*, 3^a ed., Torino, 2003, p. 361 e M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, pp. 249 ss. secondo tale Autore, in realtà, il diritto romano non conosceva la figura della pattuizione risolutiva, pertanto le pattuizioni come la *lex commissoria* e la *diem in addictio* costituirono, a partire dal II secolo d.C., i primi esempi pratici

immediatamente, ma si risolvevano in caso di mancato pagamento del prezzo). Solo in un momento successivo¹³ si ritenne più opportuno abbandonare una classificazione aprioristica e valutare caso per caso, mediante la ricostruzione della volontà negoziale delle parti, se considerare l'apposizione della *lex commissoria* con funzione sospensiva o risolutiva. Oltre che al contratto di compravendita, con evidente funzione di tutela del *venditor*, la *lex commissoria* apparve, altresì, come clausola accessoria alla *fiducia cum creditore* ed al *pignus*. Inserita in tali ambiti negoziali il patto in esame svolgeva la diversa funzione satisfattoria reale.

Com'è noto la *fiducia* romanistica¹⁴, forma più antica di negozio indiretto, consisteva in un'alienazione fatta per causa diversa da quella tipica traslativa ed accompagnata dal *pactum fiduciae* ovvero dall'obbligo in capo al fiduciario di utilizzare il bene in maniera conforme a quanto stabilito dal fiduciante e di ritrasferirne allo stesso, o ad un terzo, la proprietà in un momento successivo (c.d. *fiducia cum amico*).

Oltre che per il suddetto scopo, il negozio fiduciario poteva essere, altresì, adottato al fine di garantire una preesistente obbligazione (c.d. *fiducia cum creditore*). In quest'ultimo caso, che interessa più da vicino la nostra

di condizione risolutiva. Secondo altre posizioni dottrinali l'effetto di tale elemento accidentale, sconosciuto al diritto romano, si otteneva attraverso un complesso meccanismo negoziale che prevedeva l'apposizione all'*emptio-venditio* pura di una clausola risolutiva, a sua volta, sottoposta a condizione sospensiva. In questa direzione cfr. V. Arangio Ruiz, *La compravendita in diritto romano*, II, Napoli, 1963, p. 405.

¹³ Tale prospettazione sembra appartenere all'epoca giustiniana, cfr. sul punto B. Biondi, *Istituzioni di diritto romano*, 4^a ed., Milano, 1972, p.496; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p.252.

¹⁴ La fiducia romanistica si differenzia da quella germanistica; la prima realizza un effettivo trasferimento di proprietà dal fiduciante al fiduciario, nella seconda, invece, si assiste al conferimento, in favore del fiduciario, della mera legittimazione (e non titolarità) ad esercitare il diritto di proprietà che rimane, comunque, in capo al fiduciante determinando, così, un'alterità soggettiva tra intestazione formale e titolarità sostanziale del diritto. Si osserva, inoltre, che la fiducia romanistica, in aggiunta al suddetto effetto reale, produce anche un effetto obbligatorio in quanto corredata dal *pactum fiduciae* con cui il fiduciario si obbliga ad utilizzare il bene secondo quanto stabilito dal fiduciante ed a ritrasferirlo al medesimo o ad un terzo.

indagine, il fiduciante-debitore trasferiva la proprietà del bene al fiduciario-creditore il quale ultimo si obbligava a ritrasferirlo al primo in caso di pagamento del credito garantito. In altri termini, l'obbligo restitutorio veniva meno qualora il fiduciante - debitore non avesse adempiuto all'obbligazione principale garantita. Ne conseguiva, pertanto, che in una siffatta operazione negoziale il *pactum fiduciae*, (e, più precisamente, l'obbligo di restituzione) veniva a coincidere con la *lex commissoria* rappresentando, quest'ultima, l'effetto naturale del primo¹⁵.

Con la successiva evoluzione dei traffici commerciali, nella *fiducia cum creditore* scomparve gradualmente la *lex commissoria* in favore del *c.d. pactum vendendi* in forza del quale il creditore, in caso di inadempimento del debitore, doveva procedere alla vendita del bene conferito in garanzia e soddisfarsi sul ricavato con l'obbligo di restituire l'eccedenza. Tale clausola divenne sempre più frequente nella prassi negoziale tanto da ritenersi operante anche in assenza di un'espressa pattuizione in tal senso relegando la *lex commissoria* a mera opzione contrattuale.

In seguito, affermandosi sempre di più (tra i negozi costitutivi di garanzie reali) il *pignus* in luogo della *fiducia*, il patto commissorio venne a configurarsi alla stregua di una pattuizione autonoma in base alla quale il creditore pignoratorio, in caso di mancato pagamento, conseguiva la proprietà del bene conferito in pegno realizzando in maniera diretta ed immediata le proprie ragioni.

La convenzione commissoria continuò ad essere utilizzata nei contratti costitutivi di garanzie reali fino al divieto sancito, per la prima volta, con la Costituzione di Costantino del 324 d.C. la cui formulazione è stata tradotta

¹⁵ Il condizionamento della restituzione del bene, quale oggetto del *pactum fiduciae*, era già elemento naturale della *lex commissoria*.

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, comandino che ricevano in restituzione ciò che dettero*”¹⁶.

La suddetta disposizione disponeva la nullità dell’intero negozio cui accedeva la clausola commissoria, con evidente tutela del debitore, pur lasciando salva la possibilità di un’*actio in causam* in capo al creditore. La nullità totale e la formulazione della norma (manifestamente finalizzata ad evitare sopraffazioni a danno del debitore) dovranno essere tenute in mente quando, nel prosieguo, verranno analizzate le controverse ragioni sottese al divieto di patto commissorio al fine di addivenire ad un’interpretazione dell’art. 2744 c.c. fedele alla sua evoluzione esegetica.

Più avanti nei secoli, dopo la Costituzione di Costantino, la *lex commissoria* continuò ad essere vietata anche in seguito al declino dell’impero romano e, così, per tutta l’età medievale¹⁷ fino ad arrivare alle codificazioni ottocentesche.

In particolare, il *Code Napolèon* agli artt. 2078 e 2088 prevedeva¹⁸ il divieto una convenzione commissoria accessoria al pegno o all’anticresi, nulla

¹⁶ 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 “*Quonam inter alios captiones praecipue commissoriae legis crescit speritas, placet infirmari eam et in posterum omnem memoriae aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hae sanctione respiret, quae cum praeteris praesentia quoque depellit et futura prohibet. Creditores enim rea ammissa iubemus recipere quod dederunt*”.

La Costituzione di Costantino è conservata, anche, anche nel *Codex Theodosianus* Cfr. C. Th. 3,2,1.
¹⁷ 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 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.

disponendo in materia di ipoteca.

Analogamente, il codice civile italiano del 1865 agli artt. 1884¹⁹ e 1894²⁰ sanciva la nullità del patto commissorio accessorio, rispettivamente, al pegno e all'anticresi. Pertanto, già sotto la vigenza del codice del 1865, la dottrina e la giurisprudenza si interrogavano sugli esatti confini applicativi del divieto per i casi non espressamente tipizzati dal legislatore, primi fra tutti, il patto commissorio ipotecario e il c.d. patto accessorio *ex intervallo* ossia stipulato successivamente al contratto di garanzia. In merito alla prima figura, la giurisprudenza²¹ era, inizialmente, orientata in termini favorevoli all'applicazione del divieto anche al c.d. patto commissorio ipotecario ravvisandovi le medesime *rationes* giustificatrici sottese agli artt. 1884 e 1894 c.c. Tuttavia, successivamente prevalse l'indirizzo contrario²² sull'assunto della natura eccezionale delle suddette disposizioni e, dunque, dell'impossibilità di estensione in via analogica a fattispecie atipiche.

¹⁹ Codice civile italiano del 1865, art. 1884 sul patto commissorio accessorio al pegno: “*Il creditore non può disporre del pegno pel non effettuato pagamento: ha però il diritto di fare ordinare giudizialmente, che il pegno rimanga presso di lui in pagamento e fino alla concorrenza del debito secondo la stima da farsi per mezzo dei periti, oppure che sia venduto all'incanto*”.

²⁰ Codice civile italiano del 1865, art. 1894 sul patto anticretico: “*Il proprietario non diventa creditore dell'immobile per la sola mancanza del pagamento nel termine convenuto: qualunque patto contrario è nullo. In mancanza di pagamento può domandare con i mezzi legali la espropriazione del suo debitore.*”

²¹ 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.

²² Il *revirement* giurisprudenziale favorevole alla liceità patto commissorio ipotecario è stato inaugurato con una decisione a Sezioni Unite della Suprema Corte, cfr. Cass. Civ., sez. un., 1.07.1947, n. 1037 in *Giur. It.*, 1947, I, 1, c. 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.

Quanto, invece, al patto commissorio stipulato successivamente al negozio di garanzia i giudici di legittimità²³ manifestavano un atteggiamento di favore in termini di liceità di una siffatta stipulazione facendo ricadere nel divieto solo il patto *in continenti* ossia coevo al pegno o all'anticresi.

Con il codice civile del 1942 il divieto trova una sua espressa regolamentazione negli artt. 2744 c.c., in relazione al pegno ed all'ipoteca, e nell'art. 1963 c.c. per l'anticresi. Il giudizio di illiceità, dunque, si estende esplicitamente al patto commissorio ipotecario nonché alle convenzioni *ex intervallo*, risolvendo, come vedremo, solo apparentemente i dibattiti sulla sua sfera applicativa.

Da ultimo, volgendo lo sguardo al panorama europeo si osserva che il divieto di *lex commissoria* è stato quasi pedissequamente recepito dalla maggior parte degli Stati di *civil law*²⁴. Al contrario, non se ne rinviene traccia negli ordinamenti di *common law* in cui vengono sempre più incoraggiati strumenti satisfattivi del credito assimilabili ad alienazioni a scopo di garanzia, tra cui, a titolo esemplificativo il c.d. *mortgage*²⁵. Trattasi di un istituto in forza del quale si conferisce al *mortgagee* (mutuante – creditore) l'attribuzione di un *lease*, predisponendo un patto con cui si conviene che in caso di mancata restituzione del finanziamento entro il termine finale sancito nel *lease*, quest'ultimo si trasforma in un *fee simple*

²³ 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.;

²⁴ In Germania il divieto di patto commissorio è previsto dai §§ 1149, 1229 del BGB; in Francia dagli artt. 2348-2458-2459 del *code civil*, in Spagna dagli artt. 1859 e 1884 del *codigo civil* spagnolo, in Austria dall'art. 1371 dell'ABG.

²⁵ Si v. F. De Franchis, v. *Mortgage*, in *Dizionario giuridico - law Dictionary I. Inglese Italiano*, Milano, 1984, p. 740. In senso contrario all'assimilazione al patto commissorio, attesa l'insanabile differenza tra la *property law* ed il nostro modello proprietario, cfr. V. Franceschelli, *La garanzia reale delle obbligazioni nel diritto romano classico e nel diritto inglese. Scritti civilistici e teoria generale del diritto*, Milano, 1975, p. 135.

(equipollente alla proprietà semplice degli ordinamenti di matrice romanistica) integrando, così, gli estremi di una di pattuizione limitrofa a quella commissoria.

Non può, tuttavia, sottacersi che in molti degli Stati aderenti al divieto si è assistita ad un progressiva erosione del suo ambito applicativo a conferma della sempre più avvertita necessità di ricorrere a meccanismi soddisfattivi del credito inclini alle emergenti esigenze di celerità e flessibilità del mercato. Si osserva, ad esempio, che in Francia con la riforma del sistema delle garanzie (attuata con l'*ordonnance* del 23 marzo 2006 n. 2006/346) è stato abrogato il divieto di patto commissorio in materia di pegno, anticresi ed ipoteca pur sopravvivendo il c.d. divieto di *voie parée* (art. 742) che prescrive il controllo delle autorità giurisdizionali statali sul corretto svolgimento delle procedure esecutive immobiliari. In Germania, la positivizzazione del divieto *ex par.* 1149 (per l'ipoteca) e *par.* 1229 (per il pegno) del B.G.B. viene fortemente ridimensionata dall'applicazione restrittiva da parte della giurisprudenza.

Infine, anche nel nostro ordinamento, come si vedrà e come si è anticipato in premessa, si sta assistendo ad un graduale ridimensionamento dell'operatività del divieto di patto commissorio atteso il riconoscimento giurisprudenziale della liceità del patto marciano. Al riguardo basti pensare ai più recenti interventi normativi che, recependo la legislazione eurounitaria, hanno tipizzato i cc. dd. *marciani speciali*²⁶ confinando il

²⁶ In particolare si fa riferimento ai congegni marciani introdotti: i) nella garanzia finanziaria (D. Lgs. 170/2004 attuativo della direttiva 2002/47/CE), ii) nella procedura di escussione del pegno non possessorio (art 1 D. lgs. 3.05.2016 n. 59, cd Decreto Salva Banche convertito in L. n119/2016), iii) nel prestito immobiliare ai consumatori art. 120 *quinqüesdecies* del T.U.B (introdotto con l'art. 1 del D.Lgs. 21.04.2016, n 72; iv) nei trasferimenti a sospensivamente condizionati all'inadempimento dell'imprenditore a garanzia dei contratti di finanziamento con le imprese *ex art.* 48 *bis* del T.U.B. (inserito con il Decreto Salva Banche), v) nel prestito vitalizio ipotecario (legge 44/2015 che inserisce all' art. 11 *quaterdecies* della l. 24/2005, (Finanziaria 2006) i commi da 12 a 12 *quater* della l. 2005 n.

divieto di cui all'art. 2744 c.c. alle sole convenzioni commissorie e determinando una vera e propria ascesa del patto marciano sebbene, tutt'oggi, ne manchi una positivizzazione generale.

Non si può, altresì, esimere dal sottolineare che il recepimento degli schemi negoziali predisposti dai “nuovi marciari”, specialmente in ambito bancario e finanziario, costituisce il criterio direttivo del recentissimo disegno di legge recante la Delega al Governo per la revisione del codice civile la quale prevede, tra le varie novità, l'introduzione di una disciplina di nuove forme di garanzia del credito al fine di favorire “*forme di autotutela del creditore che prescindono dal ricorso all'esecuzione coattiva disciplinata dal codice di rito civile.*”²⁷

Infine, non va trascurato il contributo offerto in tale direzione dalla giurisprudenza la quale, se da un lato ha esteso la proibizione in esame anche al c.d. patto commissorio autonomo, (ancorando, però, la relativa indagine funzionale a criteri certi ed inequivocabili), dall'altro, ha escluso che l'art. 2744 c.c. “*possa rientrare tra i principi fondanti l'ordine pubblico internazionale, che si sostanzia nei principi delle nazioni civili, tra cui il divieto del patto commissorio non rientra*”²⁸.

24), vi) la risoluzione nella nuova disciplina del leasing finanziario (commi 136- 140, art. 1 legge 124/2017 Legge Concorrenza). Per la disciplina delle singole fattispecie si rinvia al Cap. II.

²⁷ Così la relazione presentata al Senato il 19.03.2019 al Disegno di legge recante Delega al Governo per la revisione del Codice Civile. Cfr. il testo del DDL. S. n. 1151 in <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/342884.pdf>.

²⁸ Cfr. Cass. civ., sez. un., 5.07.2011, n. 14650, in *Giur. Comm.*, 2012, pp. 672 e ss. con nota di M. Martino, *Le Sezioni Unite sui rapporti tra divieto del patto commissorio e ordine pubblico internazionale*. La Suprema Corte, a Sezioni Unite, è stata chiamata a pronunciarsi sull'applicabilità in Italia della disciplina inglese la quale consente il trasferimenti della proprietà mediante il patto commissorio.

2. Il difficile inquadramento dogmatico

Prima di analizzare il fondamento giustificativo e l'effettiva portata del divieto del patto commissorio appare opportuno procedere ad una ricostruzione dell'istituto in esame evidenziandone i tratti differenziali rispetto ad altre figure affini disciplinate dal codice civile.

La dottrina più risalente²⁹ inquadra la convenzione commissoria nella categoria negoziale della vendita in cui il corrispettivo coincideva, di fatto, con l'ammontare del debito oggetto di una preesistente obbligazione. Contro tale prospettazione si argomentava³⁰ che, in realtà, la somma di denaro versata dal creditore, lungi dal costituire la controprestazione del trasferimento del bene, finiva per identificarsi con l'oggetto del contratto di finanziamento. Sempre nell'ambito della vendita, vi era, inoltre, chi³¹ sussume la clausola commissoria accessoria al pegno o all'ipoteca nella più circoscritta *species* delle alienazioni sospensivamente condizionate. Il debitore, dunque, venderebbe al creditore il bene gravato dalle anzidette garanzie reali subordinando l'effetto traslativo all'evento futuro ed incerto dell'inadempimento dell'obbligo garantito.

Tuttavia, si è fatto notare che ragionando in tali termini, il prezzo dell'alienazione sarebbe costituito dall'estinzione dell'obbligazione preesistente snaturando, così, il congegno causale tipico della vendita e confinando nella diversa fattispecie della *datio in solutum* della quale, tra l'altro, mancherebbe come si vedrà, l'indefettibile connotato della realtà

²⁹ S. Pugliatti, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 235; G. Mirabelli, *Del diritto dei terzi secondo il codice civile italiano*, I, Torino, 1889, 598; V. Mariconda, *Trasferimenti commissori e principio di legalità*, in *Foro it.*, 1990, I, 1436.

³⁰ Cfr. C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, p. 106.

³¹ In linea con tale posizione si v. A. Butera, *Il patto commissorio nel mutuo ipotecario*, in *Giur. it.*, 1918, I, p. 507.

della prestazione sostitutiva³².

Proprio in relazione al confronto con la *datio in solutum* si possono apprezzare i più significativi ed autorevoli interventi della dottrina³³ atti ad individuare gli elementi discretivi ed essenziali del patto commissorio.

La prestazione in luogo dell'adempimento, disciplinata dall'art. 1197 del c.c., è quell'accordo in forza del quale il debitore conviene con il creditore di liberarsi dall'obbligazione mediante l'esecuzione di una prestazione diversa da quella originariamente dovuta. Nota anche come dazione in pagamento, la figura *de qua* potrebbe apparentemente rievocare il meccanismo operativo del patto commissorio ove l'originaria obbligazione pecuniaria venga sostituita con il trasferimento della proprietà di un bene del debitore.

In realtà, i due istituti presentano delle differenze non solo sul piano strutturale, ma, anche e, soprattutto, funzionale.

Secondo l'impostazione tradizionale³⁴ il *discrimen* tra prestazione in luogo dell'adempimento e patto commissorio risiederebbe nel dato temporale della convenzione rispetto alla scadenza dell'obbligazione e, dunque, dell'inadempimento. Ed invero, la clausola commissoria si atteggia alla stregua di un patto programmatico, necessariamente precedente alla

³² Si v. F. Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, pp. 420 e ss.

³³ 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., pp. 106 e ss.; 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, 1130; E. Bergamo, *Brevi note sul divieto di patto commissorio*, in *Giur. it.*, 2000, p. 1602.

³⁴ Cfr. C. Maresca, *Datio in solutum: la linea Maginot del patto commissorio*, cit., p. 1130; E. Bergamo, *Brevi note sul divieto di patto commissorio*, cit., p. 1602; R. Giovagnoli, *Manuale di diritto civile, IX, Le obbligazioni*, Torino, 2019, p. 775; F. Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 98 in cui l'Autore afferma che nella stipulazione commissoria "[...] l'effetto traslativo, in funzione satisfattiva, è programmato e stabilito già prima del verificarsi dell'inadempimento, al momento della costituzione della garanzia [...]. Si tratta di una regolamentazione *ex ante* della fase patologica del rapporto obbligatorio: questo è, all'essenza, il fenomeno negoziale cui la legge disconosce validità" (corsivo aggiunto).

scadenza dell'obbligazione, con cui il debitore destina un proprio bene al soddisfacimento del credito da garantire. Diversamente, nella *datio in solutum* l'accordo sostitutivo tra debitore e creditore interviene successivamente alla contrazione o rinnovazione del debito, nonché all'inadempimento. In tal modo, si potrebbe giustificare l'illiceità della prima e la liceità della seconda. Invero, solo nel patto commissorio, in quanto programmatico, il debitore può, a fronte della necessità di un finanziamento, convenire il trasferimento, immediato o sospensivamente condizionato, di un proprio bene sopravvalutando la sua possibilità di adempimento e, dunque, riponendo sull'illusoria speranza di poter in futuro trattenere o recuperare il bene (quest'ultima circostanza, come si vedrà, verrà invocata anche a sostegno del fondamento giustificativo del divieto). Ed ancora, nella dazione in pagamento l'effetto traslativo è il risultato di una libera manifestazione di volontà del debitore³⁵, concordata con il creditore, senza che quest'ultimo possa in alcun modo pretendere il trasferimento del bene. Al contrario, il patto commissorio rappresenta uno strumento coercitivo a disposizione del creditore giacché il trasferimento è un effetto automatico ed irreversibile dell'inadempimento senza che il debitore possa proporre alcuna prestazione sostitutiva. Quest'ultimo ha, infatti, due possibilità: i) adempiere ovvero ii) non adempiere e perdere definitivamente la proprietà del bene gravato dal patto.

Infine, nella *datio in solutum*, la prestazione surrogatoria, per espressa previsione, può essere di valore maggiore rispetto a quella originaria, salvo, sempre, il consenso del creditore. Lo stesso difficilmente può dirsi per il patto commissorio ove si ravvisi la *ratio* del divieto proprio nel tentativo di

³⁵ Si v. C. M. Bianca, *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento*, Milano, 1963, p. 38, S. Rodotà, voce "*Dazione in pagamento*" in *Enc. dir.*, XI, Milano, p.1962.

evitare un eccessivo pregiudizio a carico del debitore provocato, per l'appunto, dalla sproporzione tra il valore del bene alienato e l'ammontare del credito garantito. La possibilità di sostituire la prestazione originariamente dovuta con una di valore maggiore³⁶ consente anche di tenere distinta la dazione in pagamento dal patto marciano in cui, com'è noto, il creditore ha l'obbligo di restituire l'eccedenza.

Ma è sul piano funzionale che si apprezza maggiormente la differenza tra le figure *de quibus*. Come rilevato da attenta dottrina, la prestazione in luogo dell'adempimento assolve ad una funzione solutoria³⁷.

Il profilo causale, anzitutto, giustifica la natura dell'effetto traslativo che

³⁶ Sul punto si veda in senso critico A. Luminoso, *Patto marciano e sottotipi*, cit., pp. 1407 e ss. L'Autore ragionando sulla possibilità che la prestazione eseguita in luogo dell'adempimento possa essere di valore superiore rispetto a quella originariamente dovuta paventa il rischio di una portata lesiva per il debitore a tutela del quale, a differenza del patto commissorio, sono previsti solo i rimedi generali dettati in materiale contrattuale, quali la rescissione e l'annullamento per violenza o dolo. Quest'ultimi, com'è noto, sono connotati da stringenti condizioni applicative che ne limitano l'operatività a casi estremi. Pertanto, l'Autore suggerisce un possibile ridimensionamento della validità della *datio in solutum* anche in relazione alla crescente tendenza del legislatore di tutelare la parte contrattuale più debole (ad es. il consumatore) mediante lo strumento rimediabile della nullità di protezione ovvero, come suggerito dalla dottrina, invocando la nullità dei negozi così stipulati in divieto del principio dell'abuso del diritto. Sulla questione si v. anche Id., *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti ai autotutela esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1, p. 20 e ss.

³⁷ Per un puntuale confronto sul piano strutturale e funzionale tra *datio in solutum* e patto commissorio, cfr. A. Luminoso, *Patto marciano e sottotipi*, cit., pp. 1404 e ss. In particolare, l'Autore, prima di occuparsi dell'anzidetto raffronto, esegue una classificazione dei vari modelli negoziali più frequentemente adottati nella prassi contrattuale dei rapporti obbligatori differenziandoli a seconda dell'arco temporale in cui intervengono. In tal modo distingue; i) *i negozi relativi all'attuazione dell'obbligazione (ossia con causa solutoria pura)*, (compensazione volontaria e pattuizioni dirette a regolamentare l'adempimento del terzo); *le convenzioni concernenti l'inadempimento* (ad es. quelle che determinano la soglia dell'inadempimento rilevante ovvero i presupposti per la relativa imputazione), *le convenzioni che disciplinano le conseguenze dell'inadempimento e segnatamente il contenuto della responsabilità e/o i relativi rimedi* (clausole penali, clausole che prevedono interessi moratori o c pene private, le cc. dd. *astreintes*) ed, infine, *le convenzioni disciplinanti la realizzazione coattiva del credito (alla prestazione primaria e/o al risarcimento del danno da inadempimento)*. Sulla base di tale classificazione la *datio in solutum* rientrerebbe, a pieno titolo, nella prima categoria con evidente funzione solutoria, diversamente il patto commissorio ricadrebbe nell'ultima *species* ed avrebbe la funzione di autotutela esecutiva. Tra i più significativi contributi dell'Autore in merito alla differenza tra *datio in solutum* e patto commissorio, sebbene analizzata da una diversa prospettiva, si v. anche Id., *La vendita con riscatto*, in *Comm. Schelsinger*, Artt. 1500-1509, Milano, 1987, pp. 258 e ss.; Id. *Alla Ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1190, I, pp. 221 e ss.

contraddistingue la prestazione in luogo dell'adempimento. Difatti, nella *datio in solutum* il trasferimento è *immediato* e *definitivo*³⁸. Più precisamente, è *immediato* perché il contratto avente ad oggetto la dazione in luogo dell'adempimento ha natura reale atteso che si perfeziona al momento dell'esecuzione della prestazione surrogatoria di dare, fare o consegnare ed, in tale, istante si producono sia l'effetto traslativo che l'estinzione dell'obbligazione originaria. L'effetto è, altresì, *definitivo*, giacché il debitore, perfezionatasi la *datio*, perderà senz'altro il bene trasferito non potendolo più recuperare nemmeno mediante l'adempimento della prestazione originaria. Ciò vuol dire che nella dazione di pagamento, diversamente dal patto commissorio, l'effetto traslativo è incondizionato. Questo si spiega poiché si tratta di un negozio solutorio e, dunque, in quanto tale, incompatibile, in generale, con l'apposizione di un elemento condizionante ed, *a fortiori*, con una condizione sospensiva di inadempimento dell'obbligazione originaria ovvero risolutiva di adempimento della medesima³⁹.

In questa prospettiva, la *datio in solutum* si configura quale contratto reale ad effetti reali e con funzione solutoria.

Sul versante opposto, invece, si colloca il patto commissorio privo del carattere della realtà e connotato, dunque, da un effetto traslativo non immediato né definitivo ed avente, come si vedrà più avanti, funzione di autotutela esecutiva. La causa solutoria della dazione in pagamento consente anche di distinguerla dal patto marciano che similmente alla

³⁸ A. Luminoso, *Patto marciano e sottotipi*, cit., pp. 1405 e ss.; Id. *La vendita con riscatto*, cit., p. 244.

³⁹ Sulla natura incondizionata dell'effetto traslativo nella *datio in solutum* cfr. A. Luminoso, *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1406 e ivi riferimenti bibliografici a C.M. Bianca, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, 1990, p. 432.

clausola commissoria svolge una funzione di auto-soddisfacimento del creditore.

Sempre ragionando in termini causali si discute se il patto commissorio possa rientrare nel novero delle alienazioni a scopo di garanzia. Posto che la problematica verrà ripresa in avanti (quando si tratterà della diversa, ma annessa questione dell'ammissibilità di tali trasferimenti) occorre, in questa sede, indagare sull'effettiva funzione del patto commissorio al fine di valutarne la sussumibilità nell'anzidetta categoria negoziale. Difatti, se sul piano strutturale difficilmente può negarsi che la convenzione commissoria autonoma rientri nello schema delle alienazioni, stante l'indiscussa efficacia traslativa, la stessa certezza non si raggiunge in merito al profilo causale. Sul punto, infatti, la dottrina è divisa tra due possibili soluzioni ermeneutiche; funzione di garanzia e funzione solutoria⁴⁰.

Appare, dunque, necessario per un corretto inquadramento nell'una o nell'altra tipologia rintracciare gli elementi essenziali di ciascuna di esse. In realtà, anche sull'esatta individuazione dei tratti costitutivi della funzione di garanzia e di quella solutoria non vi è unanimità di vedute.

I molteplici tentativi della dottrina di fornire una nozione generale delle suddette categorie non sono mai pervenuti ad un risultato pacifico al punto che si rinvengono definizioni differenti modulate a seconda dei diversi criteri metodologici ed ermeneutici di volta in volta adoperati.

Tuttavia, si tenga presente che le diverse posizioni convergono su un medesimo aspetto: lo strumento di garanzia non estingue l'obbligazione e, dunque, la responsabilità patrimoniale generica *ex art. 2740* (il creditore

⁴⁰ Per un'approfondita analisi della questione relativa all'alternativa tra funzione solutoria e di garanzia del patto commissorio si v. N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., pp. 61 e ss.

garantito insoddisfatto può aggredire gli altri beni del debitore), al contrario, l'atto solutorio elide l'obbligazione e con essa l'operare della responsabilità patrimoniale⁴¹.

Non potendo qui ripercorrere tutta la relativa evoluzione dottrinale⁴² basti ricordare che 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*”⁴³. La funzione solutoria, invece, si riscontrerebbe in quegli strumenti, anche diversi dall'adempimento, che realizzano, senz'altro, la pretesa finale del creditore⁴⁴.

Sulla base di tali nozioni, dunque, si sono formati due diversi orientamenti. Quello più risalente e tradizionale riconosce al patto commissorio funzione di garanzia⁴⁵ in quanto il trasferimento del bene in caso di inadempimento

⁴¹ Da qui l'importanza non meramente teorica, ma anche pratica di comprendere quando un negozio abbia funzione solutoria o, al contrario, di garanzia. Sul punto si ritornerà nel Cap. II quando si indagherà sul profilo causale della convenzione marcianda prevista dall'art. 48 *bis* del T.U.B. e sulla connessa questione relativa alla possibile efficacia estintiva dell'obbligazione garantita qualora il valore del bene trasferito sia inferiore all'ammontare del credito.

⁴² Per la ricostruzione dell'evoluzione dottrinale in materia dei tratti distintivi della funzione di garanzia e funzione solutoria si rinvia a N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciando*, cit., pp. 98 e ss.

⁴³ V. N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciando*, cit., p. 106. Nello stesso senso cfr. A. Luminoso, *Patto commissorio, patto marciando 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 ss. e p. 89.

⁴⁴ In questa direzione cfr. A. Luminoso, *Patto commissorio, patto marciando e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, cit., p. 19; N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciando*, 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, 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.

⁴⁵ 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

offre, senz'altro, al creditore uno strumento di soddisfacimento delle proprie ragioni ultroneo rispetto a quelli che la legge generalmente ricollega al rapporto obbligatorio. 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*”⁴⁶. Ragionando in tali termini, la pattuizione commissoria rientrerebbe a pieno titolo nel *genus* delle alienazioni a scopo di garanzia. Di avviso opposto è, invece, il più recente indirizzo dottrinale che, al contrario, propende per la funzione solutoria in considerazione dell'effetto estintivo dell'obbligazione garantita causato dal patto in esame con la conseguenza che lo stesso si identificherebbe con una clausola eventuale che accede ad un diverso negozio, causalmente autonomo, avente funzione di garanzia⁴⁷. Da ultimo, non manca chi conferisce al patto commissorio una finalità di autotutela esecutiva individuandovi uno strumento di realizzazione del credito rapido, efficace e, soprattutto, che non abbisogna della collaborazione del debitore⁴⁸.

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*”.

⁴⁶ C.M. Bianca, *Il divieto di patto commissorio*, cit., p. 115.

⁴⁷ 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; 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., p.116 e ss. il quale rileva la necessità di scindere funzionalmente, strutturalmente e concettualmente gli strumenti di garanzia da quelli solutori.

⁴⁸ Cfr. 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

Un altro istituto con cui la pattuizione commissoria presenta affinità, ma al quale non può essere ricondotto è la clausola penale.

Di immediata percezione è l'analogia strutturale delle due convenzioni; in entrambe le fattispecie viene predisposto, a fronte di un inadempimento, un effetto a carico del debitore ed a vantaggio del creditore. Orbene, ove la clausola penale avesse ad oggetto il trasferimento di un bene del debitore a favore del creditore si verrebbero ad integrare gli estremi dell'illecita alienazione commissoria con conseguente validità delle sole penali con effetti meramente obbligatori.

In realtà, c'è chi⁴⁹ prontamente osserva che non potrebbero porsi limiti alla natura degli effetti della clausola penale giacché l'art. 1382 c.c. non prevede alcun espresso ostacolo sul punto discorrendo genericamente di “*determinata prestazione*”. Anche ragioni di coerenza sistematica depongono a favore di questa ricostruzione atteso che l'inammissibilità della penale *de qua* discenderebbe dalla sua efficacia traslativa e non meramente obbligatoria. In quest'ottica, tuttavia, si dovrebbe, *a contrario*, riconoscere la validità del patto commissorio obbligatorio, pacificamente esclusa, come si verrà, dalla giurisprudenza di legittimità. Né può dirsi che qualora la convenzione penale dovesse avere ad oggetto il trasferimento del bene verrebbe meno la possibilità della sua *reductio ad aequitatem* in caso di manifesta iniquità⁵⁰ (quale può essere quella determinata dalla sproporzione tra obbligazione inadempita e valore del bene trasferito).

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.

⁴⁹ In tal senso, si v. N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 58.

⁵⁰ In senso opposto, cfr. R. De Nictolis, *Divieto del patto commissorio, alienazioni in garanzia e sale and lease back*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, 537 ss.; A. Marini, *La clausola penale*, Napoli, 1984, p. 123.

Lo squilibrio contrattuale, infatti, ben potrebbe essere rimosso mediante la costituzione di una comunione sul bene tra debitore e creditore ovvero prevedendo a carico del creditore l'obbligo di restituire l'eccedenza⁵¹.

Occorre, dunque, prediligere una soluzione che faccia leva più sulla funzione concretamente perseguita dalle parti che non sulla struttura dello schema negoziale⁵².

In altri termini, la clausola penale ben può formalmente avere ad oggetto il trasferimento di un bene del debitore inadempiente a favore del creditore qualora, avuto riguardo agli interessi concretamente sottesi all'intera operazione negoziale, la stessa non risulti manifestamente iniqua. La validità di una siffatta clausola non può essere predicata aprioristicamente, ma deve essere valutata caso per caso in relazione al fascio di interessi che si identificano nella causa del negozio cui la stessa accede.

Infine, il patto commissorio va tenuto distinto dalla convenzione marciانا. Quest'ultima sarà oggetto di un puntuale approfondimento, tuttavia, si anticipa sin da ora che il c.d. patto marciانا rappresenta un surrogato lecito del patto commissorio in quanto: (i) l'obbligo del creditore di restituzione dell'eccedenza, (ii) la redazione di una stima del bene alienato da eseguirsi al *tempo* dell'inadempimento e (iii) ad opera di un perito, *terzo ed imparziale*, consentono di superare il pericolo di *debitoris suffocatio* che si annida nell'alienazione commissoria.

Dalle riflessioni svolte è ragionevole concludere che il patto commissorio non possa essere ricondotto nell'alveo delle affini fattispecie tipizzate nel nostro ordinamento, ma trattandosi di un istituto dotato di un'autonoma

⁵¹ Per la prima soluzione si v. A. Zoppini, *La pena contrattuale*, 1191, Giuffrè, 1991p. 275, per il secondo strumento rimediale, invece, cfr. N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciانا*, cit., p. 60.

⁵² In questa direzione si muove N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciانا*, cit., p. 61.

dignità giuridica e normativa (artt. 2744 e 1963 c.c.) la sua natura va colta indagando sul fondamento giustificativo e sull'ambito applicativo del divieto.

3. Gli incerti confini applicativi del divieto

Il divieto di patto commissorio è ad oggi sancito dall'art. 2744 c.c. in virtù del quale: *“È nullo il patto con il quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore.*

Il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione del pegno o ipoteca.”

Analogamente, in materia di anticresi, l'art. 1963 c.c. stabilisce che: *“È nullo qualunque patto, anche posteriore alla conclusione del contratto, con cui si conviene che la proprietà dell'immobile passi al creditore nel caso di mancato pagamento del debito.”*

Dalla formulazione letterale delle disposizioni sembra non potersi più dubitare della nullità delle convenzioni commissorie accessorie al pegno, ipoteca e anticresi siano esse contestuali (c.d. patto commissorio *in continenti*) o successive (cd. patto commissorio *ex intervallo*) alla stipulazione del relativo contratto di garanzia.

Ciononostante, non può ritenersi definitivamente spento il dibattito intorno ai precisi ambiti applicativi del divieto commissorio.

Come già anticipato in precedenza, all'indomani dell'entrata in vigore del codice del 1942, è rimasto l'incessante dubbio sulla possibilità di estendere la proibizione anche alle fattispecie negoziali non espressamente contemplate dagli artt. 2744 e 1936 c.c.

In particolare, il quesito si è posto rispetto ai c.d. patti commissori *autonomi*

e ai patti commissori *obbligatorii*. Quest'ultima figura è costituita da quelle stipulazioni con cui il debitore, sempre in funzione di garanzia di un preesistente credito, piuttosto che trasferire al creditore la proprietà di un suo bene si limita ad assumere un'obbligazione in tal senso (ad es. tramite un contratto preliminare di vendita). L'invalidità di una siffatta pattuizione sembra essere pacificamente condivisa dalla dottrina⁵³ e dalla giurisprudenza⁵⁴ atteso che con tale operazione negoziale le parti perseguono lo stesso intento vietato dall'art. 2744 c.c.

Per quel che riguarda la nostra analisi l'attenzione verrà principalmente rivolta alla ammissibilità, o meglio inammissibilità, dei patti commissori *c.d. autonomi* ossia quelle convenzioni con cui il debitore stabilisce, in caso di inadempimento, il trasferimento della proprietà di un proprio bene sebbene non gravato da alcuna garanzia reale tipica preesistente o concomitante.

La questione, che si inserisce all'interno del più delicato problema relativo alla validità delle alienazioni a scopo di garanzia, ha collocato, in un primo momento, dottrina e giurisprudenza su posizioni diametralmente opposte.

Ed invero, l'orientamento giurisprudenziale tradizionale⁵⁵, valorizzando

⁵³ Sulla nullità del patto commissorio obbligatorio, in dottrina, cfr. U. Carnevali, voce *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XII, 1982, p. 505; G. Rispoli, *I nebulosi confini del divieto di patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 2013, 11-12, p. 699; D. Paolo, voce *Patto commissorio*, nel *Digesto*, IV ed., *Disc. priv., sez. civ.*, XIII, Utet, 1995, p. 310; R. Triola, *Il problema della liceità del cd patto commissorio obbligatorio*, in *Giur. agraria it.*, 1989, II, p. 89; C. Botta, *Vendita, accordo di retrovendita e divieto del patto commissorio*, in *Notariato*, 2020, p. 75.

⁵⁴ In giurisprudenza, si v., *ex multis*: Cass. civ., 23.10.1999, n. 11924, in *Giur. it.*, 2000, pp. 1599 e ss. con nota di E. Bergamo, *Brevi note sul divieto del patto commissorio*; Cass. civ., 19.05.2004, n. 9466, in *i Contratti*, 2004, pp. 979 e ss.; Cass. civ., 5.09.2004, n. 18655, in *Mass. giust. civ.*, 2004, p.9; Cass. civ., 21.05.2013, n. 12642 in *ww.deiure.it*, in cui la Suprema Corte discorrendo sul contratto preliminare di compravendita ha statuito che lo stesso ricade nel divieto di patto commissorio “*ove risulti l'intento primario delle parti di costituire con il bene promesso in vendita una garanzia reale in funzione dell'adempimento delle obbligazioni contratte dal promittente venditore con altro negozio [...]*”.

⁵⁵ Cfr. *ex multis*: Cass. civ., 14.05.1962, n. 1004, in *Foro it.*, 1963, I, c. 365; Cass. civ., 27.01.1968, n. 264, in *DF*, 1968, II, 487; Cass. civ., 18.09.1974, n. 2498, in *MGC*, 1974; Cass. civ., 6.03.1978,

più il profilo strutturale che quello funzionale del divieto, individuava il *discrimen* nel *tempus* dell'effetto. Più precisamente, l'alienazione commissoria sospensivamente condizionata all'inadempimento del debitore sarebbe stata irrimediabilmente travolta dal divieto, e conseguente nullità, in quanto riconducibile ad un mutuo con annesso patto commissorio. All'opposto, sarebbero stati leciti i trasferimenti immediatamente traslativi, ma risolutivamente condizionati all'adempimento, in quanto integranti il diverso e lecito schema negoziale della vendita con patto di riscatto con l'unica variante, rispetto al modello tipizzato *ex* 1500 c.c., dello scopo di garanzia. A sostegno di una tale impostazione, una parte della dottrina, favorevole alla validità patto commissorio autonomo, adduceva diverse argomentazioni⁵⁶. In primo luogo, si osservava⁵⁷ la differente posizione di "soggezione morale" del debitore nelle due operazioni negoziali: in caso di vendita risolutivamente condizionata all'inadempimento il debitore alienante, stante l'immediata perdita del bene, avrebbe valutato con maggiore avvedutezza e consapevolezza l'opportunità dell'alienazione; al contrario, nel trasferimento sospensivamente condizionato, tale valutazione poteva essere influenzata dalla vana speranza, poi rilevatasi ottimistica, di poter in futuro adempiere.

La disparità di trattamento delle due alienazioni veniva, altresì, giustificata in ragione del differente regime del rischio di perimento del bene: nella vendita sospensivamente condizionata interamente a carico del debitore-

n. 1104, in *Giust. civ.*, 1979, I, 885; Cass. civ., 26.01.1980, n. 642, in *Arch. civ.*, 1980, 681; Cass. civ., 29. 10, 1963 n. 2880, in *Mass. Giur. it.*, 1963, 986.

⁵⁶ Per una puntuale ricostruzione delle posizioni dottrinali e relative confutazioni, cfr. N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., pp. 52 e ss.

⁵⁷ D. Rubino, *La compravendita*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, XXII, 2^a Ed., Milano, 1971, p. 1025 ss.

alienante, diversamente, nel trasferimento risolutivamente condizionato gravante sul creditore- acquirente⁵⁸.

Non mancava, infine, chi⁵⁹ ribadiva la natura eccezionale dell'art. 2744 c.c. e, dunque, l'impossibilità di estenderne l'ambito applicativo al di fuori dei casi ivi espressamente previsti.

Le considerazioni sin qui illustrate meritano, tuttavia, una precisazione. L'ammissibilità dei trasferimenti commissori immediatamente traslativi, ma risolutivamente condizionati non si traduceva, nemmeno per l'indirizzo ermeneutico tradizionale, in un generale riconoscimento della validità delle alienazioni a scopo di garanzia nei confronti delle quali rimane fermo un atteggiamento di diffidenza della giurisprudenza. Invero, furono due gli espedienti giuridici adottati per legittimare la validità della vendita commissoria autonoma risolutivamente condizionata; la degradazione della garanzia da *causa* del trasferimento a mero *motivo irrilevante* e la sussunzione di tale operazione negoziale nell'alveo della simulazione relativa.

Entrambe le soluzioni appaiono, però, difficilmente condivisibili. Non può, infatti, dubitarsi che nei trasferimenti commissori immediatamente traslativi lo scopo di garanzia, lungi dall'integrare un mero motivo, rivesta all'interno della fattispecie negoziale un peso preponderante tale da rappresentarne il fondamento giustificativo. Invero, la garanzia si identifica

⁵⁸ G. Pugliese, *Intorno alla validità della vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, 1, 1066 o 1070 ss.; G. Stolfi, *Patto commissorio e ipoteca*, in *Foro it.*, 1962, I, c. 285 ss.

⁵⁹ A. De Martini, *Il concetto del negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia*, in *Giur. it.*, 1946, I, 2, 327 ss. Si noti che la presunta natura eccezionale dei referenti normativi del divieto di patto commissorio era stata già sostenuta durante la vigenza del codice del 1865 per impedire l'estensione applicativa della norma al patto commissorio ipotecario in quanto non espressamente positivizzato. Tuttavia, tale posizione, come si vedrà, verrà abbandonata in seguito alla successiva evoluzione giurisprudenziale e dottrinale che conferirà all'art. 2744 c.c. carattere di principio generale.

con l'interesse concretamente perseguito dalle parti e ad assurge, dunque, al rango di causa, quale funzione economico individuale del negozio in piena armonia con la più recente e condivisa concezione di causa in concreto. Quanto alla simulazione relativa, come osservato da attenta dottrina⁶⁰, il riferimento costituisce una forzatura ermeneutica giacché in caso di vendita risolutivamente condizionata all'adempimento del debitore-acquirente, le parti vogliono effettivamente il trasferimento immediato del bene senza che possa riscontrarsi alcuna divergenza tra volontà e dichiarazione negoziale.

L'indirizzo giurisprudenziale favorevole all'ammissibilità del patto commissorio autonomo, *sub specie* di trasferimento risolutivamente condizionato, non trovava riscontro nella dottrina dominante⁶¹.

Le prospettazioni dottrinali prevalenti, infatti, riponevano l'attenzione non già sul momento del trasferimento, che si pone sul piano degli effetti, bensì sulla reale intenzione perseguita dalle parti di modo che qualora fosse ravvisabile una volontà di porre in essere una garanzia l'operazione sarebbe senz'altro ricaduta nel divieto commissorio e, pertanto, comminata con la sanzione della nullità.

Il panorama giurisprudenziale appena descritto, tuttavia, mutò radicalmente con le famose decisioni della Suprema Corte del 1983⁶² e, ancora più

⁶⁰ Sul punto, cfr. 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. Nello stesso senso si v. U. Morello, *Frode alla legge*, Milano, 1969, pp. 212 e ss. e N. Vecchio, *Il divieto di patto commissorio e la causa delle alienazioni*, nota a Cass. civ., sez. II, 21.01.2016, n. 1075, in *I Contratti*, 2016, V, p. 443.

⁶¹ Si v. C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, cit., pp. 85 e ss.; E. Roppo, *Note sopra il divieto del patto commissorio*, in *Riv. Not.*, 1981, pp. 398 ss.; G. Ingrassia, *La efficacia del divieto del patto commissorio*; in *Nuovo Dir.* 1949, 441 ss.; U. Carnevali, voce *Patto commissorio*, in *Enc. Dir.*, XXXII, cit., p. 502.

⁶² 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, 97 con nota di V. Roppo, *Patto di riscatto. Patto commissorio*; in *Giust. civ.*, 1983, I, 2953 e ss., con nota di G. Azzariti, *Principi innovativi sul patto commissorio*.

significativamente, con le pronunce del 1989⁶³ con cui le Sezioni Unite, nell'esercizio della loro funzione nomofilattica, sono state chiamate a risolvere il contrasto ermeneutico sorto sulla controversa questione.

L'*overruling* segnato dalle predette pronunce sarà recepito pedissequamente dalla successiva giurisprudenza⁶⁴ fino ai più recenti arresti⁶⁵.

Con la storica sentenza del 1983 i giudici di legittimità spostano, per la prima volta, l'angolo visuale del problema trasladando il ragionamento logico- giuridico dalla dimensione strutturale a quella funzionale del divieto di patto commissorio. Il percorso seguito dalla Suprema Corte muove dalla premessa di fondo che le alienazioni commissorie sospensivamente e risolutivamente condizionate costituiscono due fattispecie negoziali identiche da un punto di vista funzionale. Ciò che rileva, non è il momento in cui si perfeziona il trasferimento vietato, bensì la circostanza che le parti

⁶³Trattasi, precisamente, di 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,pag. 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*.

⁶⁴ Si precisa che tra la decisione del 1983 e quelle del 1989 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., 12.12. 1986, n. 7385, in *Foro it.*, I, 1987, 799. Per le successive pronunce conformi al *revirement* giurisprudenziale cfr., *ex multis*, Cass. civ., 4.3.1996, n. 1657, in *i Contratti*, 1996, 442; Cass. civ., 23.10.1999, n. 11924, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 597; Cass. civ., 23.11.2001, n. 14911, in *Rass. Dir. civ.*, 2003, 471; Cass. civ., 15.03.2005, n. 5635, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 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, 2063; Cass. civ., 3.02.2012, n. 1675, in *i Contratti*, 2012, 12 p. 1023.

⁶⁵ Tra le più recenti pronunce di legittimità si v., tra le tante, Cass. civ., ord. 19.02.2019, n. 4729, in *www.dejure.it*. in cui la Suprema Corte ragionando a *contrario* ha statuito che “*Il divieto di patto commissorio sancito dall'art. 2744 c.c., non si estende a quei negozi che, pur contestuali o contenuti nel medesimo atto, non perseguono – direttamente o indirettamente – la finalità di concorrere a realizzare il risultato vietato dal legislatore, ovvero ne costituiscono un mero presupposto del tutto autonomo sul piano fattuale e giuridico*”; Cass. civ., 11.07.2019, n. 18680, in *Immobili& Proprietà*, 2019, 8-9, p. 525; Cass. civ., 16.07.2019 in *il Fallimento*, 2020, 1, pp. 21 e ss.; Cass. civ., sez. I., ord. 26.02.2018, n. 4514, in *www.dejure.it*; Cass. civ., sez. I, ord. 28.05.2018, n. 13305, in *www.dejure.it*; Cass. civ., sez. II, 21.01.2016, n. 1075, in *I Contratti*, 2016, 5, 429; Cass. civ., 11.02.2015, n. 2579, in *Giur. comm.*, 2015, 752.

intendano collegare funzionalmente l'effetto traslativo all'inadempimento del debitore realizzando, in tal modo ed in entrambi i casi, il risultato vietato dall'art. 2744 c.c. Invero, nelle alienazioni sospensivamente condizionate, il trasferimento produrrà effetti solo qualora si realizzi l'evento futuro e ed incerto dell'inadempimento, analogamente, nelle vendite commissorie risolutivamente condizionate l'effetto pur producendosi immediatamente si cristallizza, divenendo definitivo, solo in seguito all'inadempimento. Dalla omogeneità funzionale dalle fattispecie discende, quale logico corollario, l'identità del relativo trattamento giuridico con la conseguenza della illiceità di entrambe le alienazioni, attratte nell'orbita del divieto di cui all'art. 2744 c.c.

L'orientamento sin qui illustrato è stato poi successivamente consacrato dalle Sezioni Unite nelle famose decisioni del 1989 segnando, così, un definitivo superamento del tradizionale indirizzo ermeneutico.

I giudici di legittimità, nello specifico, si sono occupati di vagliare la validità di un vendita con patto di riscatto finalizzata ad uno scopo di garanzia. Dopo aver ricostruito l'evoluzione esegetica dell'art. 2744 c.c., prendono atto che la formulazione della disposizione *“ad avviso della dottrina e della giurisprudenza giustifica l'estensione del divieto a qualunque negozio, mediante il quale le parti intendano realizzare il fine vietato dalla legge, anche al di fuori dell'anticresi o della dazione di pegno o ipoteca”*, avallandone, pertanto, l'interpretazione estensiva anche ai patti commissori autonomi.

La Suprema Corte, dunque, fa proprio il principio di diritto già espresso con la precedente decisione del 1983: appare irragionevole e non giustificato sottoporre la vendita immediatamente traslativa e quella sospensivamente

condizionata a due trattamenti giuridici diversi, avendo medesima causa e producendo medesimi effetti “*dato che in ogni caso il trasferimento della proprietà viene nella realtà condizionato all’inadempienza del debitore*”. È proprio questo condizionamento, nonché il nesso teleologico tra il trasferimento e inadempimento, che assume il ruolo di indice rivelatore del giudizio di riprovevolezza, al contempo fungendo da criterio di commisurazione della (il)liceità dello schema negoziale. Viene, dunque, ribadito che, contrariamente all’impostazione tradizionale, non rileva più la dimensione strutturale (o temporale), bensì quella funzionale. In entrambe le alienazioni, a prescindere dallo schema adottato, “*il reale intento delle parti- è quello – di costituire una garanzia ed attribuire irrevocabilmente il bene al creditore soltanto in caso di inadempienza del mutuatario.*”

La vendita immediatamente traslativa, ma risolutivamente condizionata all’adempimento non può considerarsi lecita in quanto il suo fondamento causale si ravvisa nella funzione di garanzia senz’altro inconciliabile con la causa della vendita atteso che “*il versamento del denaro non costituisce pagamento del prezzo, ma l’esecuzione di un mutuo, mentre il trasferimento del bene non integra l’attribuzione al compratore, bensì l’atto costitutivo di una posizione di garanzia innegabilmente provvisoria, nonostante le apparenze, in quanto suscettibile di evolversi, a seconda che il debitore adempia o non restituisca la somma ricevuta*”.

L’istituto giuridico invocato dalle decisioni in commento per giustificare la nullità dei trasferimenti immediati a scopo di garanzia, *sub specie* di vendita con patto riscatto, è rappresentato dal negozio in frode alla legge⁶⁶ di cui

⁶⁶ In dottrina non manca chi ha rilevato come, in realtà, non fosse necessario scomodare lo schema del negozio in frode alla legge per giustificare l’invalidità dei trasferimenti in funzione di garanzia essendo all’uopo sufficiente invocare la nullità della relativa operazione negoziale quale conseguenza diretta della illiceità della causa. In tal senso, cfr. V. Mariconda, *Trasferimenti*

all'art. 1344 c.c. La vendita con patto di riscatto, sebbene astrattamente lecita, qualora venga concretamente piegata ad una funzione di garanzia costituisce il “*negozio mezzo*” per eludere il divieto di patto commissorio sancito da una norma di carattere imperativo qual è l'art. 2744 c.c. con conseguente nullità dell'operazione negoziale⁶⁷. Più precisamente, viene affermato che “*le parti, in quanto adottano uno schema negoziale astrattamente lecito per conseguire un risultato vietato dalla legge, pongono in essere una causa illecita che inevitabilmente cade sulla sanzione dell'art. 1344 c.c.*”

Ciò a cui viene dato rilievo, dunque, è il “risultato” perseguito dalle parti e, più nello specifico, la divergenza funzionale tra fondamento giustificativo del negozio mezzo (la compravendita, sebbene con clausola di riscatto) e l'effettiva intenzione delle parti (cioè, la costituzione di una garanzia del mutuo) che rileva chiaramente sotto il profilo causale, in ragione della necessità di “interpretare” il contratto in funzione della successiva “qualificazione”, nella specie finalizzato all'elusione del divieto.

Non può revocarsi in dubbio che in questa impostazione ermeneutica il ruolo fondamentale viene rivestito dalla causa, quale funzione economico-individuale del negozio, ovvero l'insieme degli interessi *concretamente* perseguiti dalle parti e ciò in perfetta armonia con l'evoluzione che tale istituto ha conosciuto negli ultimi arresti giurisprudenziali.

commissori e principio di causalità, cit., pp. 1422 e ss.

⁶⁷ Il suddetto criterio ermeneutico è stato ribadito dalla più recente giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass. civ., ord., sez. I, 26.02.2018, n. 4514, cit., in *ww.dejure.it* in cui la Suprema Corte ha precisato che “*La vendita con patto di riscatto o di retrovendita, pur non integrando direttamente un patto commissorio, può rappresentare un mezzo per sottrarsi all'applicazione del relativo divieto ogniqualvolta il versamento del prezzo non si configuri come corrispettivo dovuto per l'acquisto della proprietà, ma come erogazione di un mutuo, rispetto al quale il trasferimento del bene risponda alla sola finalità di costituire una posizione di garanzia provvisoria, capace di evolversi in maniera diversa a seconda che il debitore adempia o meno l'obbligo di restituire le somme ricevute*”.

Il controllo dell'autonomia negoziale passa, infatti, attraverso il meccanismo causale, con la conseguenza che l'autoregolamento deve essere indagato, innanzitutto, proprio per verificare se, il complessivo assetto di interessi, concretamente programmato dalle parti, possa condurre, oltre l'apparente schema formale, ad una qualificazione dello stesso sotto un determinato *nomen iuris*, nella specie un mutuo con garanzia commissoria, in quanto tale vietato.

Il contratto formalmente lecito ove costituisca lo strumento per eludere il divieto di patto commissorio diventa nullo per illiceità della causa ed in quanto negozio in frode alla legge. Ragionando in tali termini, le Sezioni Unite, prontamente, ribadiscono di non poter *aprioristicamente* e *astrattamente* individuare una categoria di fattispecie colpite da nullità in quanto integranti la convenzione commissoria, ma occorre, caso per caso, indagare sulla reale intenzione delle parti e verificare se il negozio posto in essere, sebbene perfetto nei suoi requisiti formali, rappresenti il mezzo per realizzare proprio quel risultato vietato dall'art. 2744 c.c.

Ecco, dunque, che tale disposizione diviene una norma “di risultato”⁶⁸ ossia destinata ad estendere il suo ambito applicativo a tutte quelle convenzioni che realizzano il medesimo scopo, assumendo la causa in concreto come criterio risolutivo a fini della qualificazione, innanzitutto, della fattispecie in concreto, ma, per quello che interessa in questa sede, come meccanismo di controllo ed indirizzo dell'autonomia privata per arginare abusi.

Una siffatta estensione generalizzata del divieto comporta la necessità di

⁶⁸ Molti Autori 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.

sottoporre al vaglio di ammissibilità tutti quei regolamenti negoziali che lambiscono una congegno commissorio in quanto l'astratta *causa vendendi* sbiadisce e cede il passo ad una concreta causa di garanzia, integrando le ragioni del divieto. Da qui l'incessante indagine della dottrina e giurisprudenza nei confronti di quelle figure contrattuali, di seguito esaminate, in cui può celarsi una stipulazione commissoria, tra cui, a titolo esemplificativo, la vendita con patto di riscatto, la cessione di crediti a scopo di garanzia, ma anche fattispecie di nuova emersione, socialmente tipiche, come il *sale and lease back*⁶⁹.

Da ultimo, occorre segnalare che, ferme restando la vocazione funzionale e l'interpretazione estensiva del divieto, non tutti sono concordi nel giustificare la nullità dell'alienazione commissoria autonoma secondo lo strumento del negozio in frode alla legge di cui all'art. 1344 c.c.

Con l'affermazione della causa quale funzione economico- individuale si supera, senz'altro, la vecchia impostazione basata sull'opposta concezione di causa in astratto dalla quale discenderebbe l'impossibilità di decretare l'illiceità dell'elemento causale di un contratto tipico. Pertanto, in armonia con l'anzidetta evoluzione della causa in concreto, la Suprema Corte, con la decisione del 1983, 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). In

⁶⁹ Per una più completa analisi delle fattispecie indicate si rinvia al cap. II.

altri termini, tutti i patti commissori autonomi sono nulli per illiceità della causa in quanto in frode alla legge ovvero contrari a norme imperative. Tuttavia, la dottrina⁷⁰ ha ravvisato un vizio nel suddetto ragionamento giuridico, a ben vedere proprio sulla base di una corretta qualificazione della fattispecie, che non potrebbe prescindere, come si è visto, da una attenta ermeneusi della volontà negoziale orientata alla ricerca della comune intenzione (cfr. art. 1362 c.c.): invero, la nullità del negozio in frode alla legge presuppone la stipulazione di un negozio formalmente lecito, ma funzionalmente preordinato a conseguire un risultato vietato dalla legge. Orbene, le alienazioni commissorie autonome stante l'insussistenza di una causa di scambio, ovvero di una funzione solutoria, si attergerebbero alla stregua di un'alienazione in garanzia e, dunque, in quanto tale, nulle *ex se* per contrasto *diretto* con la norma imperativa contenuta nell'art. 2744 c.c.

Sempre in materia di nullità resta, infine, da valutare se l'invalidità del patto commissorio, questa volta, accessorio al negozio di garanzia travolga anche il rapporto principale.

Sul punto, in dottrina, si fronteggiano il campo diverse soluzioni ermeneutiche. Secondo la posizione dominante⁷¹, la nullità del patto

⁷⁰ 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, 1208; A. Morace Pinelli, *Trasferimento a scopo di garanzia da parte del terzo e divieto di patto commissorio*, in *Foro it.*, 1993, I, 69; C. M. Bianca, *Il divieto di patto commissorio*, Giuffrè, 1957, p. 310.

⁷¹ In tale direzione, si v. 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.

commissorio accessorio troverebbe il suo referente normativo nell'art. 1419 c.c., I comma. Si tratterebbe, dunque, di una nullità parziale, relativa alla sola convenzione, ma con possibile estensione al negozio di garanzia cui accede ove, alla luce di un'indagine volontaristica, risulti che le parti non avrebbero concluso il contratto principale in assenza della stipulazione commissoria.

Un'altra analisi ricostruttiva⁷², invece, invoca non già il primo, ma il secondo comma dell'art. 1419 c.c. In tal senso, la pattuizione commissoria nulla verrebbe automaticamente sostituita, più che da una norma imperativa, dal presunto (e non da tutti condiviso) principio generale che vieta l'autotutela esecutiva ed in virtù del quale il creditore può fare valere le sue ragioni solo tramite il ricorso all'autorità giurisdizionale e, dunque, avviando la procedura esecutiva. Altri⁷³, ancora, ritengono che non sia necessario scomodare l'art. 1419 c.c., II comma, in quanto la circoscrizione della nullità alla sola pattuizione commissoria sarebbe già espressamente decretata dall'art. 2744 c.c. con la conseguente sopravvivenza del negozio principale. In tale prospettiva, per l'escussione del pegno si applicherà la disciplina di cui all'art. 2798 c.c., in caso di patto commissorio ipotecario, invece, si rinvia agli artt. 2808 c.c. e ss. Non manca, infine, chi⁷⁴ ritiene che l'invalidità della singola pattuizione commissoria infici l'intera operazione negoziale, colpendo, dunque, anche il contratto principale di garanzia in cui si innesta la pattuizione vietata. In tale ipotesi, troverebbe applicazione

⁷² Cfr. F. Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit. 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.

⁷³ Si v. C.M. Pratis, *Della tutela dei diritti*, in *Comm. cod. civ.*, VI, 2, sub. Art. 2740-2783, Torino 1976, p. 95;

⁷⁴ Cfr. V. Roppo, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato Rescigno*, 19^a ed., II, Torino, 1997, p. 573.

analogica l'art. 2743 c.c. che conferisce al creditore, in caso di diminuzione o perimento della garanzia, il diritto alla sua reintegrazione ovvero all'immediato pagamento.

In giurisprudenza l'indirizzo prevalente⁷⁵ è orientato nel senso della nullità parziale (art. 1419, I comma, c.c.) perimetrandone l'estensione alla sola clausola commissoria con conseguente sopravvivenza del contratto di garanzia principale in ragione del principio di conservazione dei negozi giuridici.

4. I controversi fondamenti giustificativi

Un ulteriore elemento di criticità che, insieme agli evanescenti confini, affligge il patto commissorio generando preoccupanti incertezze applicative è rappresentato dalle ragioni giustificatrici del divieto.

L'indagine sulle reali *rationes* sottese all'art. 2744 c.c., da sempre al centro di un acceso dibattito in dottrina, lungi dal costituire un mero esercizio teorico si rivela essenziale non solo per comprenderne l'esatta portata normativa, ma, altresì, come si vedrà in seguito, per poter eventualmente riconoscere la liceità del patto marciano altro istituto su cui riposa la presente analisi.

⁷⁵ 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 dalla 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 c.c.

Secondo l'impostazione tradizionale⁷⁶, e più diffusa, il fondamento del divieto andrebbe ravvisato nella necessità di tutelare il debitore, quale soggetto particolarmente debole, da una sorta di "coazione morale" esercitata dal creditore. Ed, infatti, il debitore, spinto da esigenze di liquidità, pur di conseguire il credito potrebbe essere indotto a stipulare pattuizioni particolarmente svantaggiose, che talvolta lambiscono anche l'usura, accettando di alienare, in funzione di garanzia, un proprio bene il cui valore può essere di gran lunga maggiore all'ammontare del finanziamento. A favore di tale analisi ricostruttiva milita un duplice dato esegetico; da un lato la formulazione del divieto di *lex commissoria* contenuta nella Costituzione di Costantino (come sopra riportata)⁷⁷, nonché l'*interpretatio* sulla stessa formatesi⁷⁸, e dall'altro la relazione⁷⁹ al Codice civile del 1942 in cui viene esplicitamente fatta menzione dell'esigenza di tutela del debitore quale *ratio* giustificatrice del divieto.

Ed ancora, da un punto di vista sistematico, la tutela del soggetto passivo

⁷⁶ Questo è l'indirizzo seguito dalla storica pronuncia a Sezioni Unite del 3.04.1989, n. 1611, cit., 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*, cit., 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, 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.

⁷⁷ Si v. nota *sub* n. 16.

⁷⁸ Dall'*interpretatio* formatesi sulla Costituzione di Costantino si evince che il fondamento del divieto di *lex commissoria* fosse proprio quella di evitare sopraffazioni a danno del debitore. Sul punto si v. N. Cipriano, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 35.

⁷⁹ V. Relazione al Codice Civile n 1127 in cui si giustifica l'espressa estensione del divieto contenuta nell'art. 2744 c.c. anche al patto commissorio *ex intervallo* sostenendo che "La sanzione della nullità colpisce così il patto in continenti come il patto *ex intervallo*: anche in quest'ultimo caso ricorre la *ratio* che informa il divieto. [...] È facile, infatti, che il debitore versando in gravi angustie economiche, si assoggetti, per ottenere una dilazione, alla stipulazione del patto."

del rapporto obbligatorio potrebbe spiegare, *a contrario*, la liceità del patto marciano in cui il rischio di sproporzione tra ammontare del credito e valore del bene trasferito viene superato dalla previsione dell'obbligo del creditore di restituire l'eccedenza.

Tuttavia, tale prospettazione si espone a diverse obiezioni.

Innanzitutto, c'è chi⁸⁰ osserva che l'art. 2744 c.c. non fa alcuna menzione di questa possibile sproporzione, né di uno squilibrio contrattuale, lasciando intendere che il divieto operi in ogni caso, astraendo dal contenuto della singola regolamentazione, ossia anche qualora vi sia una perfetta corrispondenza tra finanziamento e valore del bene e, che, pertanto, non sia la tutela del debitore la finalità della prescrizione. Ed inoltre, la circostanza che il debitore sia poco avveduto, debole e in situazione di necessità risulta solo presumibile, ma non sempre effettiva, potendo, al contrario, trattarsi di un soggetto economicamente forte ed adeguatamente informato⁸¹. Ma la critica più fondata è, senza dubbio, quella relativa all'inadeguatezza⁸² della sanzione rispetto all'interesse tutelato.

La nullità è un rimedio posto a tutela di un interesse generale che mal si

⁸⁰ In linea con tale obiezione si v. V. Roppo, *Il divieto di patto commissorio*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, II ed., 11, Torino, 2008, p. 560; N.A. Vecchio, *Il divieto di patto commissorio e la causa delle alienazioni*, cit., p. 435; G. Rispoli, *I Nebulosi confini del divieto di patto commissorio*, cit., p. 699. In senso contrario, in giurisprudenza, cfr. Cass. civ., sez. II, 9.05.2013, n. 10986 in banca dati www.pluris.cedam.utetgiuridica.it in cui la Suprema Corte ha statuito che “Non vale opporre che sproporzione tra entità del credito e valore del bene [...] non sono espressamente richieste dall'art. 2744 c.c., potendosi replicare che il legislatore, nel formulare un giudizio di disvalore nei riguardi del patto commissorio, ha fondatamente presunto alla stregua dell'*id quod plerumque accidit*, che in siffatta convenzione il creditore pretende di regola una garanzia eccedente l'entità del credito”.

⁸¹ G. Rispoli, *I Nebulosi confini del divieto di patto commissorio*, cit., p. 699.

⁸² Sull'inadeguatezza della sanzione della nullità rispetto alla tutela dell'interesse individuale del debitore Cfr. C.M. Bianca, *Il divieto di patto commissorio*, cit., 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.*, cit., pp. 500 e ss.

concilia con la necessità di salvaguardare l'interesse individuale di una parte contrattuale. Qualora l'*intentio legis* fosse stata quella di tutelare l'interesse del singolo debitore il legislatore si sarebbe potuto servire di altri strumenti rimediali come la rescissione per lesione, l'azione di annullamento o, ancora, la risoluzione per eccessiva onerosità. In quest'ottica, allora, taluno⁸³, per restituire coerenza al sistema, qualifica il rimedio invalidatorio in questione *sub specie* di nullità di protezione che, com'è noto, è una forma di nullità volta eccezionalmente a tutelare l'interesse individuale del contraente più debole. Tale inquadramento, tuttavia, appare poco condivisibile atteso che la nullità *ex art. 2744 c.c.* è totale ed indisponibile diversamente da quella di protezione⁸⁴. Né risulta convincente l'opinione di chi sostiene che la tutela di un interesse generale è richiesta solo in caso di nullità virtuale, ossia riconducibile alla violazione di una norma imperativa, e che diversamente, la previsione di una nullità testuale, qual è quella *de qua*, sarebbe rimessa ad una scelta discrezionale del legislatore che potrebbe anche prescindere dalla salvaguardia di un interesse superindividuale⁸⁵. Tuttavia, non va, al riguardo, trascurato che la giurisprudenza di legittimità⁸⁶ ha ritenuto la sanzione in esame pienamente conforme al nostro impianto codicistico in cui si rinvencono ipotesi di tutela del contraente più debole mediante l'irrogazione della nullità invocando, non a caso, l'art. 1341, II comma, c.c. in materia di

⁸³ Sul punto v. G. D'Amico, *Alienazioni a scopo di garanzia*, in *Contratti per l'impresa*, G. Gitti, M. Maugeri, M. Notari, (a cura di), Bologna, 2012, p. 589 *sub nota* 16.

⁸⁴ La categoria della nullità di protezione è stata recepita nel nostro ordinamento all'art. 36 del Codice del Consumo in materia di clausole vessatorie e si caratterizza per essere parziale, rilevabile d'ufficio, ma opera solo a vantaggio del consumatore. Essa è, dunque, rimessa alla disponibilità della parte contrattuale a tutela della quale è prevista. Sulla questione si v. G. Rispoli, *I nebulosi confini del divieto del patto commissorio*, cit., p. 705.

⁸⁵ In tal senso, cfr. R. Sacco in R. Sacco e G. Nova, *Il contratto*, II, Torino, 2004, p. 524.

⁸⁶ Cass. civ., sez. II, 9.05.2013, n. 10986, in banca dati www.pluris.cedam.utetgiuridica.it

contratti unilateralmente predisposti contenenti clausole abusive (ipotesi paradigmatica di nullità di protezione) e l'art. 1815, II comma, c.c. in tema di mutuo in cui siano convenuti interessi usurari.

Un'altra ricostruzione, invece, ravvisa nel divieto in esame la necessità di non intaccare il principio di *par condicio creditorum* potendosi il creditore soddisfare direttamente sul bene del debitore, con preferenza rispetto agli altri creditori, ma in assenza di una causa legittima di prelazione⁸⁷. La convenzione commissoria determina la fuoriuscita immediata del bene dalla sfera patrimoniale del debitore (ovvero in caso di alienazione sospensiva l'impossibilità di aggressione da parte degli altri creditori) depauperando la garanzia generica di cui all'art. 2740 c.c. A ciò si aggiunge che in caso di perimento del bene trasferito il creditore aderente al patto non perderebbe la garanzia generica potendosi, comunque, soddisfare sul restante patrimonio del debitore in concorrenza con gli altri creditori che subirebbero la relativa falcidia. Anche tale tesi può essere confutata. In primo luogo, non pare possibile ritenere che la *par condicio creditorum* rappresenti un principio intangibile in quanto derogato dalle cause legittime di prelazione positivizzate nel codice civile ed interessato da un recente ridimensionamento applicativo come dimostrano alcuni indirizzi dottrinali⁸⁸ nonché le recenti leggi speciali in materia di esdebitazione che consentono al debitore di poter stabilire un criterio di preferenza tra i

⁸⁷ In tal senso cfr. S. Pugliatti, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, cit., p. 298; E. Bergamo, *Brevi note sul divieto del patto commissorio*, cit., p. 1602.; F. Carnelutti, *Note sul patto commissorio*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, II, 890; L. Barbiera, *Garanzie del credito ed autonomia privata*, cit., 261 e ss.; F. Talassano, *Divieto di patto commissorio*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, III, 368.

⁸⁸ Si v. R. Genghini, *Patto commissorio e procura a vendere*, in *Contr. e impr.*, 1995, p. 279; V. Roppo, *Il divieto del patto commissorio*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, II ed., 11, Torino, 2008, p. 529, secondo l'Autore nel nostro ordinamento sarebbe possibile, in via convenzionale, stabilire un ordine di preferenza tra i creditori, senza, tuttavia ledere il principio di buona fede oggettiva.

creditori⁸⁹. 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, divenga sempre e comunque insufficiente a soddisfare le altre pretese creditorie. Anche il rimedio della nullità depone a sfavore di questa prospettazione, considerato che la tutela degli altri creditori viene solitamente realizzata attraverso lo strumento dell'inefficacia relativa dei trasferimenti pregiudizievoli secondo il regime dell'azione revocatoria⁹⁰.

Infine, aderendo a tale teoria il giudizio di illiceità dovrebbe estendersi anche al patto marciano in quanto anche tale ultima pattuizione, sebbene nel rispetto del principio di proporzionalità, conferisce al creditore una posizione di preferenza nella procedura di escussione del credito.

Vi è, stato, allora chi⁹¹ ha individuato la ragion d'essere del divieto commissorio nella necessità di evitare la violazione dell'ordine pubblico economico (c.d. monopolio statale sull'azione esecutiva) mediante delle forme di autotutela privata che potrebbero pregiudicare le garanzie processualmente predisposte dalla procedura esecutiva a tutela del debitore

⁸⁹ In particolare si fa riferimento ai cc. dd. accordi di composizione di crisi da sovra-indebitamento e di liquidazione del patrimonio disposti dalla L. 27.01.2012 n. 3. Sul punto si v. A. Luminoso, *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1402.

⁹⁰ V. C.M. Bianca, *Divieto del patto commissorio*, cit., pp. 214 ss.; N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 133.

⁹¹ 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 e 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; U. Carnevali, voce *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXIII, cit., 501; F. Murino, *L'autotutela nell'escussione della garanzia finanziaria pignoratoria*, Milano, 2011, p. 59.

e dei creditori concorrenti. Sul punto, si è argomentato⁹² che, in realtà, il nostro ordinamento conosce e positivizza delle forme di autotutela esecutiva convenzionale⁹³, come, ad esempio: il pegno irregolare, la compensazione volontaria, la cessione dei beni ai creditori di cui all'art. 1977 e, più di recente, la procedura di escussione del 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. Pertanto, appare inverosimile invocare una presunta inderogabilità delle procedure esecutive soprattutto ove si faccia ricorso a strumenti che consentono, in funzione deflattiva, di evitare le lungaggini processuali. Piuttosto, le esigenze dei traffici commerciali rivelano la necessità di adottare delle forme che realizzino una più rapida ed efficiente escussione del credito senza, tuttavia, compromettere il ceto creditorio come, del resto, testimoniano gli ultimi interventi normativi che hanno incoraggiato forme di autotutela esecutiva mediante l'introduzione dei cc.dd. marciari speciali nonché le due recenti pronunce della Corte di Giustizia⁹⁴ sulla direttiva in materia di garanzia finanziaria.

⁹² Cfr. G. Oberto, *Vendita con patto di riscatto, divieto del patto commissorio e contratto di lease back*, in *Quadrim*, 1984, 357 ss.; G. Bongiorno, *L'autotutela esecutiva*, cit., p.98, per il quale l'autotutela esecutiva sarebbe ammessa solo nei limiti in cui non determini una situazione di approfittamento da parte del creditore; N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 137.

⁹³ 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, si v. A. Luminoso, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, cit., pp. 20 e ss.

⁹⁴ Cfr. Corte di Giustizia UE, IV sez., 1011. 2016 causa C- 156/15 in *Nuova Giurisprudenza civile commentata*, 2017, 7-8-, pp. 920 e ss.; Corte di Giustizia UE, IV sez., 25.7.2018, causa C-107/17 in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, 2, pp. 223 e ss.

Un'altra prospettazione⁹⁵ fonda il divieto di cui all'art. 2744 c.c. sulla presunta *dannosità sociale* che l'applicazione diffusa e costante di tale convenzione potrebbe arrecare nei rapporti obbligatori. Il patto commissorio diventerebbe una mera clausola di stile, ad uso generalizzato in quanto applicabile a tutte le dazioni di beni in garanzia con conseguente pregiudizio per il singolo debitore, e, in una dimensione più ampia, per il mercato. Tuttavia, anche la dannosità sociale è solo potenziale e, pertanto, insuscettibile di assurgere al rango di fondamento specifico del divieto.

Infine, c'è chi⁹⁶ giustifica la proibizione in esame alla luce dei principi di *tipicità e numero chiuso dei diritti reali*. L'alienazione in funzione di garanzia realizzata tramite il patto commissorio autonomo (sia essa risolutivamente che sospensivamente condizionata) darebbe luogo ad una forma di proprietà temporanea, "precaria", pregiudicando, in parte, i poteri di godere e disporre "*in modo pieno ed esclusivo*" del bene ai sensi e per gli effetti dell'art. 832 c.c. i cui unici limiti sarebbero quelli prescritti dalla legge nonché quelli derivanti dalla funzione sociale del diritto dominicale di cui all'art. 42 Cost.

In realtà, la portata del principio di tipicità e numero chiuso dei diritti reali sembra essere stata fortemente depotenziata consentendo all'autonomia privata la possibilità di ricorrere ad una limitata atipicità contenutistica proprio al fine di favorire la vocazione produttiva del diritto di proprietà e

⁹⁵ In tal senso si v. C. M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 283; A. Morace Pinelli, *Trasferimenti a scopo di garanzia da parte del terzo e divieto di patto commissorio*, in *Foro it.*, 1993, I, 3 ss.; V. Roppo, *Il divieto del patto commissorio*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, XIX, t.1, Torino 1985, pp. 437 e ss.; U. Carnevali, voce *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, cit., pp. 500 e ss.

⁹⁶ Cfr. S. Pugliatti, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Diritto Civile – Metodo – teorica e pratica*, Milano, 1951, p. 45; V. Mariconda, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, cit., p. 1436; F. Carnelutti, *Mutuo pignoratizio e vendita con clausola di riscatto*, in *Riv. dir. proc.* 1946, II, p. 159. In senso contrario, si v. C.M. Bianca, *Il divieto di patto commissorio*, cit., p. 187.

la circolazione della ricchezza. Invero, il problema di diritto reale atipico si pone perché la prassi negoziale, al fine di assecondare esigenze economiche del mercato, crea nuovi modelli dominicali, o comunque, avverte la necessità di introdurre deroghe al contenuto tipico dello statuto proprietario.

In tale prospettiva si può, allora, ritenere che un conto è negare in assoluto la possibilità di introdurre varianti che snaturano la fisionomia essenziale del diritto reale tipico, un altro è consentire una limitata atipicità nel rispetto delle caratteristiche tipologiche indefettibili mediante variazioni accessorie che non fanno venire meno l'essenza di quel diritto⁹⁷. Da ultimo, come si vedrà in seguito, c'è chi⁹⁸ rileva che la creazione di un diritto reale atipico sia, in realtà, un finto problema giacché la vicenda traslativa commissoria non incide, alterandolo, sul contenuto della situazione proprietaria, bensì sul diverso profilo della titolarità.

Alla luce delle riflessioni sin qui svolte è agevole constatare che la pretesa di individuare con esattezza la ragione (o ragioni) sottese al divieto del patto commissorio sia piuttosto utopistica.

Non volendo rinunciare ad una tale indagine, qualche autore⁹⁹ suggerisce un'inversione di metodo e, dunque, di procedere con l'identificazione dei cc. dd. *effetti essenziali* della convenzione commissoria per rintracciare, in via deduttiva, i fondamenti giustificativi dell'art. 2744 c.c.. Gli anzidetti effetti essenziali sarebbero: 1) la predeterminazione di un'alienazione solutoria come conseguenza dell'inadempimento; 2) la mancanza di una valutazione del rapporto di congruità tra ammontare del credito e valore del

⁹⁷ In linea con tale ricostruzione si v. R. Giovagnoli, *Manuale di diritto civile, parte IV- diritti reali e possesso*, Torino, 2019, p. 351.

⁹⁸ In questo senso, cfr. N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., pp. 74 e ss.

⁹⁹ Cfr. N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., pp. 139 e ss.

bene e 3) la necessaria presenza di una garanzia.

Seguendo questo approccio metodologico si è giunti alla conclusione che il fondamento del patto commissorio risiede nella tutela del debitore¹⁰⁰.

Un'altra soluzione proposta dalla dottrina¹⁰¹ è stata quella di eseguire un'analisi comparativa tra il patto commissorio e le affini figure tipiche per poter ricavare, *a contrario*, i gli indici rivelatori di illiceità della convenzione. A tal proposito, sono stati utilizzati come termine di paragone: il pegno irregolare (1851c.c.), la prestazione in luogo dell'adempimento (1197 c.c.) e la vendita con patto di riscatto (1500 c.c. e ss.). Dal suddetto confronto è emerso che il divieto di patto commissorio riposa su tre elementi concorrenti: i) la destinazione programmatica di un bene al soddisfacimento di un credito accompagnata dall'*insidia* di poter confidare su un suo illusorio recupero, ii) la mancanza del diritto del debitore di poter richiedere la restituzione dell'eventuale eccedenza di valore del bene ed, infine, iii) la preesistenza di un rapporto obbligatorio tra le parti con contestuale volontà di realizzare un'operazione di garanzia e non di scambio¹⁰².

¹⁰⁰ V. N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., pp. 137 e ss. L'Autore giunge a tale conclusione anche alla luce della liceità del patto marciano il cui schema negoziale è adoperato nel nostro codice civile nella fattispecie del pegno irregolare e del pegno sul credito. Ciononostante, viene riconosciuta la fondatezza della inadeguatezza della sanzione della nullità rispetto alla *ratio* di tutela dell'interesse individuale del debitore. Tale rimedio invalidatorio, tuttavia, viene considerato frutto di un "retaggio della tradizione che, anche perché non è mai stato posto in discussione dalla dottrina, è stato tralaticciamente riportato nel codice del 1942".

¹⁰¹ Cfr. A. Luminoso, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, cit., pp. 16 e ss.; Id. *La vendita con riscatto*, ne *Il codice civile commentario*, diretto da Schlesinger, Artt. 1500- 1509, Milano, 1987, 245 e ss.; Id. *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, 2, pp. 234 e ss.

¹⁰² Cfr. A. Luminoso, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, cit., p.18, ragionando in tal modo l'Autore giustifica "la validità del pegno irregolare (nel quale, dei tre connotati anzidetti, manca il rischio per il debitore di perdere un bene di valore sproporzionato rispetto al credito) e così pure del patto marciano, la liceità della *datio in solutum* (nella quale non si registra l'*insidia*, per il debitore, di poter confidare su un [illusorio] recupero del bene dato al creditore), l'ammissibilità della vendita con patto di riscatto (nella quale le parti non sono reciprocamente debitore e creditore e soprattutto vogliono realizzare un'operazione di scambio e non

Le due alternative non sono tra di loro inconciliabili.

Difatti, non può negarsi che anche gli elementi individuati dalla dottrina disvelino la necessità di tutela del debitore dalle possibili sopraffazioni del creditore a conferma che tale esigenza rappresenti, ad oggi, l'essenza giustificativa del divieto in armonia con un'interpretazione evolutiva dell'art. 2744 c.c. che tenga conto delle figure di nuovo conio¹⁰³ che sembrano sdoganare il patto marciano caratterizzato proprio dalla salvaguardia del soggetto passivo del rapporto obbligatorio attraverso la previsione della proporzionalità dello scambio.

di garanzia)”.
¹⁰³ Si fa riferimento ai cc. dd. “nuovi marciani”, ossia a quelle fattispecie negoziali, di matrice eurolunitaria, che sottendono un meccanismo marciano. Tra le figure *de quibus* vi sono: il pegno non possessorio, la garanzia finanziaria, il prestito vitalizio ipotecario, l'alienazione a scopo di garanzia nei contratti di finanziamento *ex art. 48 bis* T.U.B. ed il credito immobiliare ai consumatori (art. 121 *quinquiesdecies* del T.U.B.).

CAPITOLO II

PATTO COMMISSORIO, AUTONOMIA NEGOZIALE E ASCESA DEL PATTO MARCIANO

SOMMARIO: *1. Divieto di patto commissorio e autonomia negoziale: alla ricerca di un delicato equilibrio. – 1.1. Alienazioni a scopo di garanzia. – 1.2. Cessione di crediti a scopo di garanzia. – 1.3. Vendita con patto di riscatto. – 1.4. Sale and lease back. – 2. L’ascesa del patto marciano. – 3. La parabola evolutiva della liceità del patto marciano di diritto comune nel panorama dottrinale e giurisprudenziale. – 4. La riscoperta giurisprudenziale del canone della proporzionalità. – 5. Segue: ricadute sulle alienazioni a scopo di garanzia e sull’estensione della nullità ex art. 2744 c.c. – 6. Struttura e funzione del patto marciano.*

1. Divieto di patto commissorio e autonomia negoziale: alla ricerca di un delicato equilibrio

L’estensione del divieto dell’art. 2744 c.c. anche al c.d. patto commissorio autonomo, svolta secondo un’indagine funzionale, postula la necessità di vagliare l’ammissibilità di tutti quegli schemi negoziali, tipici o atipici, astrattamente leciti, ma concretamente utilizzati per conseguire proprio quell’effetto vietato dalla disposizione imperativa.

Com’è stato sottolineato in precedenza, l’art. 2744 c.c. costituisce una *norma di risultato* destinata, quindi, a colpire tutte le operazioni contrattuali che, a prescindere dalla struttura, realizzino il fine dalla stessa proibito.

Il difficile compito affidato agli interpreti diventa, dunque, quello di rintracciare quando una fattispecie viene attratta nell’orbita della illiceità senza, tuttavia, compromettere l’autonomia negoziale dei privati. Invero,

portando ad estreme conseguenze l'interpretazione estensiva dell'art. 2744 c.c. si corre il rischio non solo di rallentare i traffici commerciali e la circolazione della ricchezza, ma soprattutto di reprimere in maniera eccessiva, ed oltre i limiti dell'art. 1322 c.c., la libertà contrattuale quale espressione di libertà di iniziativa economica costituzionalmente tutelata (art. 42 Cost.).

A tal fine, come si vedrà successivamente, sia il legislatore, sebbene intervenendo in maniera settoriale, che la giurisprudenza si manifestano sempre più inclini a riconoscere la validità del patto marciano (quale alternativa lecita all'alienazione commissoria) nonché delle vendite a scopo di garanzia in cui lo squilibrio del sinallagma contrattuale a danno del debitore viene escluso tramite una clausola di proporzionalità e, dunque, dal conseguente obbligo a carico del creditore di restituzione dell'eventuale eccedenza.

Si procederà, pertanto, e senza alcuna pretesa esaustiva, all'esame delle figure negoziali maggiormente utilizzate nella prassi contrattuale al fine di aggirare il divieto di patto commissorio ovvero quelle fattispecie più frequentemente sottoposte all'attenzione della giurisprudenza e segnatamente; i) le alienazioni a scopo di garanzia, ii) la vendita con patto di riscatto, iii) la cessione di crediti a scopo di garanzia ed iv) il *sale and lease back*.

1.1. Le alienazioni a scopo di garanzia

Sulla possibilità di una *reductio ad unum* tra patto commissorio autonomo e alienazione a scopo di garanzia ci siamo già occupati quando abbiamo indagato sulla funzione della convenzione commissoria.

Il problema, adesso, si pone sotto una diversa prospettiva. Ed infatti, a prescindere dal profilo funzionale che si voglia riconoscere al patto commissorio è innegabile che tale meccanismo negoziale chiami in causa la categoria delle alienazioni a scopo garanzia.

In altri termini, quand'anche, come sostenuto dall'orientamento prevalente, si volesse conferire una funzione solutoria o di autotutela esecutiva, la convenzione commissoria si sostanzia in un patto autonomo, eventuale che correda e, dunque, presuppone un'alienazione di garanzia. Da qui, la necessità di indagare sull'ammissibilità di tale figura giuridica.

La validità della vendita a scopo di garanzia rappresenta, senza dubbio, uno dei dibattiti più controversi del nostro ordinamento giuridico tutt'oggi rimasto irrisolto. Nonostante il problema sia stato da sempre attenzionato dalla dottrina, e nonostante il rinnovato interesse da parte della giurisprudenza in conseguenza al correlato tema del divieto di patto commissorio, purtroppo, non si è ancora addivenuti ad una soluzione pacificamente condivisa. Ciò probabilmente è dovuto al fatto che l'argomento in esame non solo coinvolge una serie di istituti particolarmente complessi come il negozio indiretto, i trasferimenti fiduciari e la frode alla legge, ma si intreccia, altresì, con le altrettante controverse questioni ermeneutiche sulla *ratio* e portata del divieto dell'art. 2744 c.c.¹⁰⁴

Tradizionalmente la dottrina ha individuato due ostacoli di carattere dogmatico all'ammissibilità dell'alienazioni *de quibus*; i) l'inidoneità della funzione di garanzia a "supportare"¹⁰⁵, in termini causali, il trasferimento

¹⁰⁴ A. Luminoso, *La vendita con riscatto*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1987 p. 224.

¹⁰⁵ Secondo la tesi tradizionale e più risalente nel nostro ordinamento le uniche cause legittime di trasferimento possono essere: la *causa solvendi*, la *causa donandi*, o *credendi*. Sull'(in)ammissibilità delle alienazioni a scopo di garanzia, cfr., per tutti, S. Pugliatti, *Precisazioni*

della proprietà ed ii) il principio di tipicità e *numerus clausus* dei diritti reali.

In merito al primo profilo, si è osservato che nel nostro sistema lo scopo di garanzia si realizza tramite appositi negozi costitutivi, per l'appunto, di diritti reali di garanzia. Pertanto, il trasferimento di un bene sotteso a tale obiettivo si traduce nell'adozione di un mezzo eccessivo rispetto al fine¹⁰⁶. In tal modo, inoltre, si verrebbe a configurare un negozio traslativo astratto, inammissibile in un ordinamento come il nostro governato dal principio di necessaria giustificazione degli spostamenti patrimoniali, o, ancora, di una vicenda traslativa *causa fiduciae*, operazione inaccettabile secondo le più risalenti (ed ormai superate) elaborazioni dottrinali in materia di negozio fiduciario¹⁰⁷. Nel primo caso la nullità dell'alienazione discenderebbe dall'assenza di causa (nullità strutturale *ex art. 1418 c.c.*), nel secondo dall'illiceità della stessa *ex art. 1343 c.c.*

In realtà, è stato rilevato che l'inidoneità della funzione di garanzia a giustificare causalmente la fattispecie traslativa costituisce una petizione di principio priva di fondamento nel diritto positivo in virtù dell'esistenza di

in tema di vendita a scopo di garanzia, cit., pp. 298 e ss.; Id., *Diritto civile. Metodo Teoria Pratica. Saggi*, Milano, 1951, pp. 334 ss.

¹⁰⁶ 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 fiduciari*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XI, 1965, p.204; V.M. Trimarchi, *Negozi fiduciari*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1987, 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”.

¹⁰⁷ La *fiducia cum creditore* integra un caso emblematico di fattispecie elusiva del divieto di patto commissorio e, pertanto, nulla *ex art. 1344 c.c.* Per l'orientamento più arcaico il negozio fiduciario, non potrebbe avere cittadinanza nel nostro ordinamento giuridico in quanto contrastante con il principio di perpetuità della proprietà (si v. S. Pugliatti, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile. Saggi*, pp. 201e ss.) e giacché si configurerebbe alla stregua di un negozio astratto. L'operazione posta in essere dalle parti, infatti, risulterebbe avere una causa diversa rispetto a quella prevista dalla legge con conseguente nullità per assenza causa. In altri termini, la *causa fiduciae* si risolverebbe in un'inammissibile astrazione parziale dalla causa del negozio tipico. Cfr. F. Santoro-Passerelli, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 180.

una serie di figure negoziali tipiche con indubbio profilo causale di garanzia (si vedano; il pegno di crediti, art. 2800 c.c., il pegno irregolare art. 2803, cessione *pro solvendo* art. 1198 c.c.) che non si sostanziano in negozio fiduciario e la cui ammissibilità non è mai stata messa in discussione. Alla luce di un'analisi sistematica non pare, dunque, irragionevole ritenere che la causa di garanzia abbia raggiunto “*la dignità di figura negoziale autonoma*”, come tale idonea a supportare anche le vicende traslative senza dover scomodare la controversa categoria del negozio fiduciario¹⁰⁸. A ciò si aggiunge che la presunta insufficienza della funzione di garanzia a sottendere operazioni traslative si traduce in un ingiustificato limite all'autonomia negoziale giacché l'art. 1322 c.c. richiede solo la meritevolezza degli interessi perseguiti.¹⁰⁹

Quanto, invece, alla violazione del principio di tipicità e numero chiuso dei diritti reali¹¹⁰ si è sostenuto che l'alienazione in esame creerebbe un diritto dominicale temporaneo, precario, funzionalmente collegato all'adempimento o inadempimento del debitore e, pertanto, fortemente limitativo dei poteri di godimento e di facoltà tipicamente riconosciuti al proprietario *ex art. 832 c.c.* Di contro, è stato prontamente obiettato che è

¹⁰⁸ In tale direzione, si v. F. Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 210, 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*”.

¹⁰⁹ Cfr. N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 80.

¹¹⁰ 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 alienazione 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” (corsivo aggiunto).

lo stesso ordinamento ad ammettere tali limitazioni ove riconosce, in generale, la possibilità di apporre ad un negozio traslativo una condizione sospensiva o risolutiva che ne determina una relativa precarietà sul piano effettuale¹¹¹. Non manca, inoltre, chi¹¹² autorevolmente evidenzia che l'effetto traslativo è una vicenda di una situazione giuridica soggettiva che non altera il contenuto, bensì il rapporto che intercorre tra il soggetto e la situazione medesima. In sostanza, ciò che muta non è la situazione trasferita, ma il relativo titolare. Orbene, la titolarità può essere piena ovvero limitata da un punto di vista temporale, strutturale o funzionale. In quest'ultimo caso i poteri e le facoltà del titolare saranno ridimensionati senza che possa, tuttavia, ritenersi che la situazione giuridica abbia subito una modifica nel suo contenuto. La differenza tra titolarità definitiva e temporanea dipende dalla *causa acquirendi* e, non già, dalla situazione in sé considerata¹¹³.

Infine, com'è stato anticipato in precedenza, il principio di tipicità e numero chiuso dei diritti reali non rappresenta più, ad oggi, un dogma intangibile, ma una regola tramontata essendo, ormai, ammesse delle note di atipicità del diritto dominicale che, senza snaturarne l'essenza, consentono di sfruttare la vocazione economica della proprietà.

Diversamente dalla dottrina, la giurisprudenza non ha mai preso posizione *expressis verbis* in merito all'ammissibilità della alienazioni a scopo di garanzia giacché quando si è occupata della questione non si è mai pronunciata sulla invalidità di tale figura negoziale *ex se*, ma solo quale

¹¹¹ Cfr. G. D'Amico, *Alienazioni a scopo di garanzia*, cit., p. 587; 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*, cit., p. 201.

¹¹² Cfr. N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 82.

¹¹³ Nello stesso senso (in aggiunta a N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p.82), cfr. P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, II ed., Napoli, 1991, pp. 283 e ss.

strumento elusivo del divieto di patto commissorio.

L'evoluzione giurisprudenziale sul punto può essere sinteticamente suddivisa in due fasi e, per la ragione anzidetta, va di pari passo con quella in materia di divieto di patto commissorio. In un primo momento, come illustrato nei paragrafi che precedono, i giudici di legittimità¹¹⁴ distinguevano tra alienazioni sospensivamente condizionate, senz'altro invalide in quanto integranti un mutuo con patto commissorio, e vendite risolutivamente condizionate, valide atteso che l'immediatezza dell'effetto traslativo, secondo l'impostazione tradizionale, consentiva di superare il giudizio di illiceità sotteso all'alienazione commissoria. Ne conseguiva che la nullità della alienazioni sospensivamente condizionate discendeva dalla configurazione di un negozio in frode alla legge in base al combinato disposto degli artt. 1344 c.c. e 2744 c.c. Diversamente, i trasferimenti in funzione di garanzia immediatamente traslativi transitavano nell'area dell'invalidità solo ove simulassero una vendita sospensivamente condizionata. Tuttavia, come già precisato a suo tempo, non si deve incorrere nell'errore di ritenere che la validità delle alienazioni immediatamente traslative, ma risolutivamente condizionate si traducesse, da parte della giurisprudenza, in una generale ammissibilità delle alienazioni a scopo di garanzia. I giudici di legittimità hanno, infatti, da sempre manifestato una considerevole diffidenza verso tale categoria negoziale giustificando la legittimità delle alienazioni immediatamente traslative mediante una relegazione della garanzia su un piano meramente economico ovvero conferendo all'operazione la veste legale della vendita con patto di riscatto.

¹¹⁴ Per la giurisprudenza di legittimità sul punto, cfr. nota n. 55.

A seguito della svolta giurisprudenziale segnata dalle pronunce del 1983 e del 1989, cui *supra*, viene meno l'anzidetta distinzione e l'indagine si sposta sul profilo funzionale. L'accertamento della causa "in concreto", diviene, così, la *ratio decidendi* comune a tutte le pronunce della Suprema Corte chiamata a valutare l'ammissibilità di operazioni negoziali che corrono pericolosamente lungo i confini dell'alienazione commissoria. Come osservato, le vendite a scopo di garanzia, siano esse sospensivamente o risolutivamente condizionate, sono nulle ogniqualvolta lo scopo concretamente perseguito dalle parti si identifica con il risultato vietato *ex art. 2744 c.c.* Ecco, quindi, che la giurisprudenza di legittimità, lungi dal decretare la nullità *ex se* delle alienazioni *de quibus*, ricorrono allo strumento della frode alla legge, ovvero, dell'illiceità della causa.

Se quanto appena detto è vero, non va, tuttavia, sottaciuta l'ormai consolidata tendenza giurisprudenziale a far salve quelle alienazioni con causa di garanzia qualora integrino schemi negoziali che escludono qualsiasi sopraffazione a danno del debitore, prima fra tutte, la convenzione marciiana. Quest'ultima, infatti, come si avrà modo di vedere più avanti, riporta la funzione di garanzia entro i limiti consentiti dalla legge (in virtù della clausola di proporzionalità e conseguente obbligo di restituzione dell'eccedenza) così che l'alienazione sottesa a tale fine non viola più *in ogni caso* il divieto di patto commissorio, ma solo ove determini una sproporzione a carico del debitore confermando, in tal modo, l'effettiva *ratio* del divieto¹¹⁵. Tale ultimo assunto sembra, altresì, trovare conferma negli ultimi arresti normativi come dimostra il nuovo art. 48 *bis* del

¹¹⁵ In tale direzione si v. C. De Menech, *Il patto marciiano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, cit., p. 835.

T.U.B.¹¹⁶ il quale, in materia di contratti di finanziamento, ha espressamente tipizzato una fattispecie di alienazione a scopo di garanzia corredata da un congegno marciano. In maniera parzialmente analoga e nei limiti che si avrà modo di precisare, lo stesso può dirsi anche riguardo alla disciplina in materia di contratti di garanzia finanziaria secondo la definizione di cui all'art. 1 lett. d) del D. Lgs. 170/2004¹¹⁷.

1.2. Cessione di crediti a scopo di garanzia

La cessione dei crediti a scopo di garanzia rappresenta, senza dubbio, la figura che ha sollevato minori problematiche essendo la sua ammissibilità pacificamente condivisa¹¹⁸.

Ed invero, non va sottaciuto che mentre rispetto alle alienazioni di garanzia aventi ad oggetto diritti reali l'atteggiamento della giurisprudenza è sempre stato di tendenziale scetticismo lo stesso non può dirsi per i trasferimenti di diritto di credito finalizzati al medesimo scopo (*id est* la cessione di crediti di garanzia). Il diverso approccio è frutto di un retaggio storico secondo il quale la vera fonte di ricchezza sarebbe costituita ed incorporata principalmente dai diritti reali. Il diritto di credito e, di conseguenza,

¹¹⁶ Per un'analisi della fattispecie negoziale si rinvia al Cap. III, par. 1.5.

¹¹⁷ Sulla questione si v. Cap. III, par. 1.1.

¹¹⁸ In senso favorevole all'ammissibilità della cessione di crediti a scopo di garanzia si v. F. Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 198 il quale nel soffermarsi sulla disciplina ed effetti della figura in esame ne ribadisce l'autonomia casuale rispetto al negozio fiduciario; A.A. Dolmetta e G.B. Portale, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, I, pp. 76 e ss.; M.C. De Cicco, *La cessione a scopo di garanzia nella l. 59/91*, in G. Tatarano (a cura di), *La cessione di crediti di impresa*, Napoli, 1995, pp. 165 e ss.; P. Perlingieri, *Della cessione dei crediti*, in *Comm. del cod. civ.*, a cura di Scialajola e Branca, *Libro IV, Delle obbligazioni*, Art. 1260 – 1267, Bologna – Roma, 1982 p. 37 e ss. Tuttavia sopravvivono, ancora oggi, alcune posizioni contrarie alla liceità di siffatta operazione. In tale direzione, cfr. V. Panuccio, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Milano, 1955, p. 20; L. Carriota-Ferrara, *I negozi fiduciari*, I, Padova, 1993, pp. 171 e ss.; E. Briganti, D. Valentino, *Le vicende delle obbligazioni. La circolazione del credito e del debito*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, a cura di P. Perlingieri, III, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, pp. 14 e ss.

l'obbligazione sarebbe una forma di ricchezza minore in quanto indiretta e strumentale giacché il soggetto per arricchirsi necessita della collaborazione del debitore. Per cui, nei negozi traslativi di diritti di credito si potrebbe tollerare un'attenuazione del rigore del meccanismo causale e del principio di necessaria giustificazione degli spostamenti patrimoniali al punto da ammettere trasferimenti di diritti di credito in funzione di garanzia. In realtà, l'attuale evoluzione del sistema economico smentisce la premessa iniziale in quanto non può negarsi che ad oggi la ricchezza assuma una fisionomia sempre più "dematerializzata" sostanziandosi sempre più frequentemente in diritti di credito. Le moderne forme di capacità economica non prevedono più un'alternatività, ma una complementarità e commistione tra situazioni proprietarie e creditizie¹¹⁹. Tra l'altro l'art. 1322 c.c. nel perimetrare i limiti dell'autonomia privata richiede la meritevolezza degli interessi perseguiti senza operare alcun *discrimen* tra diritti di credito e diritti reali eventualmente oggetto del negozio¹²⁰.

Per giustificare la liceità della cessione di crediti a scopo di garanzia, allora, tradizionalmente si invoca l'applicazione analogica¹²¹ degli artt. 2803 c.c. (pegno di crediti) e 1851 c.c. (pegno irregolare) in cui è previsto, al pari della clausola marciiana, l'obbligo del creditore di trattenere solo quanto necessario per soddisfare il suo diritto restituendo l'eccedenza.

¹¹⁹ Si veda sul punto N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciiano*, cit., p. 88. Nella stessa direzione cfr. anche B. Biondi, *I beni*, in *Tratt. di dir. priv.*, diretto da Vassalli, IV, Torino, 1953, p. 25 e ss.; S. Pugliatti, *Beni (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 164 e ss.; P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, I ed., Napoli, 1984, p. 420 il quale, in un'ottica costituzionalmente orientata del diritto civile, rileva come il credito "finisce con l'esprimersi in forme di appartenenza" identificandosi, *latu sensu*, in un bene mobiliare.

¹²⁰ Cfr. P. Perlingieri, *Della cessione dei crediti*, cit., pp. 37 e ss.

¹²¹ In argomento, si v. C. Nobili, *Le obbligazioni*, in *Manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni* di G. Capozzi, Milano, 2008, p. 235; P. Perlingieri, *Della cessione dei crediti*, cit., pp. 41 e ss., M. Cantillo, *Le Obbligazioni*, in *Giurisprudenza sistematica di dir. civ. e comm.*, fondata da W. Bigiavi, I, Torino, 1992, P.1129; C. Licini, *Le tecniche moderne di garanzia nella prassi notarile*, in *Riv. not.*, 1996, 1057 ss.; M. Fragali, voce *Garanzia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 458.

Si precisa, tuttavia, che parte della dottrina ha riscontrato come il ricorso al procedimento analogico sia, in realtà, una forzatura esegetica. Difatti, il principio di proporzione tra valore del bene trasferito e ammontare del credito garantito (di cui il pegno irregolare e di crediti sono espressione) è un connotato proprio delle garanzie reali *tipiche* e, quindi, in quanto tale, difficilmente estensibile alle convezioni commissorie autonome, garanzie *atipiche*, la cui atipicità risiederebbe proprio nella sproporzione tra valore del bene alienato ed entità del credito garantito¹²². Inoltre, si fa notare che la cessione di crediti a scopo di garanzia non è una figura perfettamente sovrapponibile al pegno di crediti in quanto solo nella prima fattispecie si verifica un trasferimento della titolarità del credito, mentre nella seconda manca una vicenda traslativa. Il creditore pignoratorio *ex art. 2803 c.c.*, infatti, non consegue direttamente e immediatamente la proprietà del credito, ma è semplicemente tenuto a riscuoterlo alla scadenza¹²³.

Per le considerazioni suesposte, dunque, la ragione della liceità della cessione deve essere ricercata altrove. Secondo l'opinione prevalente essa risiede nella consolidata prassi bancaria, condivisa e recepita anche dalla giurisprudenza, che fa sovente uso del suddetto schema negoziale in collegamento con operazioni di anticipazioni o sconto, il tutto nel pieno rispetto della regola di equivalenza tra valore della garanzia e ammontare del credito garantito. Invero, nella cessione fiduciaria di crediti, funzionale ad un'anticipazione bancaria, la Banca è, senza dubbio, legittimata a trattenere, rispetto ai crediti alla stessa trasferiti in garanzia, solamente gli importi fino a concorrenza dell'ammontare dei crediti (per anticipazioni)

¹²² Contro l'applicazione analogica degli artt. 2803 c.c. e 1851 c.c. si v. D'Amico, *Alienazioni a scopo di garanzia*, cit., p. 594 e ivi nota n. 37.

¹²³ F. Ruscello, *Il pegno sul credito. Costituzione e prelazione*, Napoli, 1984, pp. 168 e ss.

che la Banca medesima vanta nei confronti del cliente¹²⁴.

A favore dell'ammissibilità della figura in esame militerebbero, altresì, alcune disposizioni contenute in leggi speciali¹²⁵, soprattutto in ambito bancario, in cui il legislatore espressamente fa menzione ed autorizza il ricorso alla cessione di crediti a scopo di garanzia, tra cui, come si vedrà, l'art. 1 del Decreto 170/2004 in materia di garanzia finanziaria¹²⁶. Tuttavia, non tutti¹²⁷ sono concordi nel sostenere che tali norme costituiscano indizi sufficienti ed univoci per potersi ritenere positivizzata, in via generale, l'operazione *de qua*. Pertanto, appare preferibile spostare il ragionamento su un altro piano e rintracciare la validità della cessione di crediti a scopo di garanzia nell'assunto che tale vicenda traslativa, lungi dall'alterare il contenuto della situazione di credito, incide solo sul diverso piano della titolarità. È vero che il creditore cessionario diviene titolare di un diritto di credito *temporaneo*, in quanto destinato ad estinguersi con l'adempimento dell'obbligazione garantita, e *limitato* poiché non può essere esercitato in modo da pregiudicare irreversibilmente il debitore. Ciò nonostante, valgono le stesse considerazioni precedentemente svolte sulla inidoneità

¹²⁴ In tal senso si v. D'Amico, *Alienazioni a scopo di garanzia*, cit., p. 594-595 e ivi note n. 42 e 43. Sempre sull'applicazione in ambito bancario della cessione di crediti a scopo di garanzia si v. G. Iaccarino, *Il rimedio del patto marciano nel diritto positivo*, in *Immobili & Proprietà*, 2017, 2, pp. 105 e ss.

¹²⁵ In particolare, si fa riferimento all'art. 18, lett. b) della L. 949/1952 (Provvedimenti per lo sviluppo dell'economia ed incremento dell'occupazione) che ha istituito il c.d. Mediocredito (art. 17) autorizzandolo ad "effettuare finanziamenti contro cessione in garanzia, totale o parziale, di crediti". Tuttavia, si precisa che tale disposizione è stata abrogata dalla L. n. 54/ 1956. Cfr. anche art. 46 lett. d) del T.U.B. (D. lgs. 1993 n. 385) in base al quale la concessione di finanziamenti alle imprese, da parte delle banche, può essere garantita dalla costituzione di un privilegio speciale su beni mobili, comunque destinati all'esercizio dell'impresa, tra cui, per quello che ci interessa, vi rientrano anche i *crediti* derivanti dalla vendita dei beni aziendali, scorte e prodotti indicati dalle lettere a), b) e c) del medesimo articolo.

¹²⁶ Art. 1. L. d) del D. Lgs. 170/2004 fa espressa menzione del contratto di cessione del credito con funzione di garanzia quale figura negoziale rientrante nella definizione di contratto di garanzia finanziaria. Si veda Cap. III, par. 1.1.

¹²⁷ In senso contrario ad una generale positivizzazione della cessione di crediti a scopo di garanzia si v. A. Dolmetta, *Cessione dei crediti*, in *Dig. disc. priv.*, II, UTET, 1988, p. 288.

del trasferimento a scopo di garanzia a creare un diritto reale *atipico* in quanto trattasi di una vicenda che non intacca l'oggetto della situazione giuridica soggettiva. In altri termini, ciò che viene limitato in tali fattispecie non è la situazione in se, bensì quel complesso di poteri e facoltà sovrastanti il rapporto tra soggetto e situazione, ovvero la titolarità. Infine, anche la cessione di crediti a scopo di garanzia opera secondo un meccanismo analogo al negozio condizionale, pacificamente ammesso. L'adempimento dell'obbligazione garantita, infatti, fa venir meno la titolarità temporanea del creditore ripristinando quella del debitore, l'inadempimento, invece, cristallizza per un tempo indefinito quella del creditore. Ne deriva che l'adempimento (o inadempimento), in maniera analoga all'elemento condizionale, rappresenta un evento futuro ed incerto dal cui verificarsi dipende la produzione degli effetti traslativi in presenza delle aspettative giuridicamente tutelate del debitore ¹²⁸.

1.3. Vendita con patto di riscatto

La vendita con patto riscatto rappresenta l'ipotesi paradigmatica di alienazione commissoria latente. Da qui l'incessante attenzione ad essa rivolta da parte della dottrina ¹²⁹ e della giurisprudenza.

¹²⁸ Sulla inidoneità della cessione di crediti a scopo di garanzia ad alterare il contenuto del diritto di credito trasferito e sulla sua incidenza sul diverso piano della titolarità, nonché sulla analogia con il negozio convenzionale si v. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., pp. 83 e ss.

¹²⁹ 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

Trattasi di una peculiare *species* di compravendita disciplinata dall'art. 1500 c.c. in virtù del quale “il venditore può riservarsi il diritto di riavere la proprietà della cosa venduta mediante la restituzione del prezzo e i rimborsi stabiliti dalle disposizioni che seguono.”

Le criticità che orbitano intorno a tale figura sono molteplici e riguardano, in primo luogo, il corretto inquadramento giuridico.

Una parte della dottrina¹³⁰ ritiene che la vendita con patto di riscatto costituisca, nel nostro sistema, l'archetipo delle alienazioni *causa cavendi*. Logico corollario di tale impostazione sarebbe, dunque, l'ammissibilità dei trasferimenti a scopo di garanzia a cui il legislatore avrebbe conferito veste formale con l'art. 1500 c.c.

Sul versante opposto, invece, vi è chi ritiene¹³¹ che l'alienazione in esame, lungi dall'essere sorretta da una *causa cavendi*, possa solo eccezionalmente assumere una funzione garanzia accanto a quella di scambio. Il ragionamento si fonda sull'assunto che per esservi una garanzia in senso “tecnico” è necessaria la preesistenza di un rapporto obbligatorio principale da garantire. Pertanto, la vendita *de qua* può svolgere il fine di garanzia solo a condizione che acceda ad negozio obbligatorio preesistente all'alienazione e che la vendita medesima, corredata dalla clausola di riscatto, sia stipulata prima della scadenza del debito. In assenza di un rapporto obbligatorio principale alla vendita con patto di riscatto si

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).

¹³⁰ In tal senso e per una puntuale ricostruzione 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.

¹³¹ Cfr. G. D'Amico, *Alienazioni a scopo di garanzia*, cit., p. 592 e ivi nota n. 30; P. Carbone, *Nullità. Rilevabilità d'ufficio. Vendita. Patto di riscatto. Divieto del patto commissorio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, p. 349.

potrebbe al più riconoscere una *generica* funzione di finanziamento ravvisandosi nel trasferimento della proprietà uno strumento finalizzato, in senso atecnico e generico¹³², a garantire la restituzione del finanziamento medesimo.

Quanto, invece, all'evanescente linea di confine tra la vendita con patto di riscatto in funzione di garanzia e il divieto di patto commissorio autonomo si assiste ad una progressiva evoluzione delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali. Come più volte rilevato, prima del *revirement* realizzato con le decisioni del 1983 e del 1989, la giurisprudenza di legittimità riconosceva la validità delle alienazioni immediatamente traslative, ma risolutivamente condizionate all'adempimento del debitore. In un primo momento, infatti, l'indice rivelatore dell'illiceità dell'alienazione commissoria era di tipo meramente cronologico ed era costituito dal *tempus* della componente effettuale. In caso di effetto traslativo immediato, risolutivamente condizionato, la fattispecie traslativa era considerata valida proprio perché ricondotta alla figura tipica della vendita con patto di riscatto¹³³. È stato già anticipato che gli espedienti adottati per giustificare la liceità della vendita di garanzia risolutivamente condizionata all'adempimento, *sub specie* di vendita con patto di riscatto, rispetto all'alienazione commissoria autonoma vietata furono sostanzialmente

¹³² Sulla possibile funzione generica di finanziamento della vendita con patto di riscatto si veda G. D'Amico, *Alienazioni a scopo di garanzia*, cit., p. 592-593 e E. Roppo, *Patto di riscatto, patto commissorio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, p. 99.

¹³³ Per la giurisprudenza anteriore al 1983 contraria all'applicazione estensiva del divieto di patto commissorio alle alienazioni immediatamente traslative, ma risolutivamente condizionate si v. *sub* nota n. 55. Con specifico riferimento alla vendita con patto di riscatto o con patto di retrovendita cfr., *ex multis*, Cass. civ., 30.03.1967, n. 689, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, 32 in cui la Suprema Corte ha statuito che il divieto sancito dall'art. 2744 c.c. non "è applicabile, neppure in via analogica alla vendita [...] a scopo di garanzia accompagnata dal *pactum de retrovendendo*, in quanto il patto commissorio si ha solo quando il trasferimento della proprietà è sottoposto alla condizione sospensiva della mancata restituzione della somma nel termine stabilito".

due¹³⁴. Da un lato, si è osservato che nella vendita in esame lo scopo di garanzia degraderebbe a mero motivo, dunque, irrilevante, senza comprometterne la causa che rimarrebbe, comunque, di scambio. Tra l'altro si tratterebbe di una garanzia meramente economica e non, già, giuridica¹³⁵. Dall'altro lato è stato invocato lo strumento della simulazione relativa. Orbene, come rilevato in precedenza, entrambe le analisi ricostruttive prestano il fianco a delle obiezioni; quanto alla prima non viene specificato quali sarebbero gli elementi costitutivi della garanzia economica nonché i profili discretivi rispetto a quella giuridica, in merito alla seconda, invece, il ricorso alla simulazione relativa sarebbe improprio ed atecnico giacché non si ravvisa alcuna discordanza tra dichiarazione negoziale e volontà perseguita dalle parti atteso che le medesime vogliono realmente realizzare l'effetto traslativo sebbene corredato dalla clausola di riscatto Più precisamente, si potrebbe discorrere tecnicamente di simulazione relativa solo ove risulti che la vendita risolutivamente condizionata sia fittizia, giacché simulante un reale contratto di finanziamento, e che l'effettiva intenzione delle parti sia quella di trasferire il bene per garantire la restituzione della somma che il venditore - debitore ha ricevuto *ex mutuo* e non, già, a titolo di prezzo. In caso contrario, la discrasia tra operazione di scambio, formalmente posta in essere, e funzione di garanzia può essere colmata attraverso l'indagine sulla causa concretamente perseguita dalle parti evitando, così, forzature ermeneutiche¹³⁶.

¹³⁴ Per l'evoluzione delle posizioni dottrinali sul punto si v. N. A. Vecchio, *Il divieto di patto commissorio e la causa delle alienazioni*, nota a Cass. civ., sez. II, 21.1.2016, n. 1075, in *I Contratti*, 2016, 5, pp. 445 e ss.

¹³⁵ Cfr. L. Cariota-Ferrara, *I negozi fiduciari*, cit., Padova, 1993, pp. 144 e ss.; C.M. Bianca, *Patto commissorio*, cit., p. 719.

¹³⁶ Cfr. G. D'Amico, *Alienazioni con scopo di garanzia*, cit., p. 588 ed ivi specialmente *sub* nota n. 14. Nello stesso senso si v. anche O.T. Scozzafava, *Note in tema di alienazione a scopo di garanzia*, cit., p. 27. L'Autore evidenzia che la simulazione relativa postula la nullità della vendita simulata e

Con le più volte menzionate sentenze del 1983 e del 1989, aventi non a caso ad oggetto fattispecie traslative immediate corredate da un patto di riscatto, si è inaugurato un nuovo indirizzo interpretativo facente leva sul criterio funzionale. L'anzidetta alienazione immediatamente traslativa diviene nulla tutte le volte in cui la vendita rappresenti un mero negozio- mezzo per conseguire il risultato vietato dall'art. 2744 c.c. ovvero per collegare funzionalmente il trasferimento del bene all'inadempienza del debitore. In tal caso, infatti, la vendita troverebbe il suo fondamento giustificativo, piuttosto che nello scambio, nel fine di garanzia “*causa peraltro incompatibile con quella della vendita, posto che il versamento del danaro non costituisce pagamento del prezzo, ma l'esecuzione di un mutuo, mentre il trasferimento del bene non integra l'attribuzione al compratore, bensì l'atto costitutivo di una posizione di garanzia innegabilmente provvisoria [...] in quanto suscettibile di evolversi a seconda che il debitore adempia o non restituisca la somma ricevuta*”. In altri termini, *ex latere debitoris*, nella vendita con patto di riscatto in funzione di garanzia, la restituzione del prezzo da parte del venditore più che adempimento di un onere, necessario esercitare il diritto di riscatto, costituisce l'adempimento di un obbligo *ex mutuo*.

Il principio di diritto sopra illustrato è stato recepito anche dalla giurisprudenza successiva fino alle più recenti pronunce¹³⁷.

la produzione degli effetti del negozio dissimulato purché ne sussistano i requisiti di forma e di sostanza (art. 1414, comma II, c.c.). Orbene, nel caso in esame si avrebbe una complessa operazione negoziale costituita da una vendita con patto di riscatto simulante un negozio di garanzia collegato funzionalmente con un mutuo. Il negozio di garanzia (sia esso pegno, ipoteca o anticresi) dissimulato dalla vendita con patto di riscatto sarebbe nullo per mancanza dei requisiti formali. Da qui, la paradossale conseguenza che essendo quest'ultimo negozio funzionalmente collegato al mutuo la nullità della garanzia si rifletterebbe anche sul rapporto obbligatorio garantito poiché con il nesso negoziale le vicende dell'una si ripercuotono sull'altro.

¹³⁷ Per le più recenti pronunce di legittimità, cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. II, 11.07. 2019, n. 18680, in *Immobili e Proprietà*, 2019, 8-9, pp. 525 e ss., in cui la Suprema Corte ribadisce che “*Il contratto*

Al riguardo, si annovera la decisione del 2016¹³⁸ in cui la Suprema Corte, pronunciandosi sul labile confine tra vendita con clausola di riscatto e divieto di patto commissorio, ha ribadito l'orientamento tradizionale fornendo ulteriori precisazioni e criteri ermeneutici.

La vendita con patto di riscatto è nulla, in base al combinato disposto degli artt. 1344 e 2744 c.c., qualora si possa ravvisare con certezza la comune intenzione delle parti nonché l'effettiva volontà delle stesse, spesso realizzata mediante un collegamento funzionale tra più negozi, di "piegare" la vendita *de qua* alla funzione di garanzia al fine di eludere il divieto di patto commissorio. Nel ricostruire la volontà concretamente perseguita dai contraenti e nell'accertamento della finalità vietata il giudice deve servirsi delle prove certe fornite dalle parti nonché di una serie di indici sintomatici inequivocabili¹³⁹.

di vendita con patto di riscatto o retrovendita, che ha una causa di garanzia che attribuisca la proprietà del bene all'acquirente solamente in caso di inadempimento del venditore, è nullo per violazione del divieto di patto commissorio e si configura come contratto in frode alla legge"; Cass. civ., ord., sez. I, 26.02.2018, n. 4514, in *ww.dejure.it* in tale decisione i giudici di legittimità hanno decretato la nullità della vendita con patto di riscatto stipulata al sol fine di garanzia per illiceità della causa secondo il combinato disposto degli artt. 1343 e 1418 c.c. Nello specifico, i giudici di legittimità precisano che *"La vendita con patto di riscatto o di retrovendita, pur non integrando direttamente un patto commissorio, può rappresentare un mezzo per sottrarsi all'applicazione del relativo divieto ogniqualvolta il versamento del prezzo non si configuri come corrispettivo dovuto per l'acquisto della proprietà, ma come erogazione di un mutuo, rispetto al quale il trasferimento del bene risponda alla sola finalità di costituire una posizione di garanzia provvisoria, capace di evolversi in maniera diversa a seconda che il debitore adempia o meno l'obbligo di restituire le somme ricevute";* Cass. civ., 17.04.2014, n. 8957, in *Diritto e giustizia*, 18.04.2014; Cass. civ., sez. II, 3.02.2012, n. 1675, in *I contratti*, 2012, 12, pp. 1023 e ss.; Cass. civ., 12.01. 2009, n. 437, in *I contratti*, 2009, pp. 803 e ss.; Cass. civ., 8.02.2007, n. 2725, in *Rep. Foro*, 2007, voce *Contratto in genere*, n. 517; Cass. civ., 2.02. 2006, n. 2285 in *Giust. civ.*, 2007, I, pp. 770 e ss.

¹³⁸ Cass. civ., sez. II., 21.1.2016, n. 1075, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 6, pp. 908 e ss. Per la letteratura su tale sentenza cfr., *ex multis*, C. Botta, *Gli incerti confini applicativi del divieto di patto commissorio e il sempre più diffuso favore per la pattuizione marciiana*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 6, pp. 911 e ss.; N. A. Vecchio, *Il divieto di patto commissorio e la causa delle alienazioni*, cit., pp. 431 e ss.; M. Astone, *La Suprema Corte ritorna sulla difficile determinazione della linea di confine tra vendita con patto di riscatto e divieto del patto commissorio*, in *www.dirittocivilecontemporaneo.it*.

¹³⁹ In particolare, nella decisione in esame, la Suprema Corte alla luce dei suddetti criteri rivelatori del proposito fraudolento ha escluso, nella fattispecie *sub iudice*, la configurazione di una vendita di riscatto elusiva del divieto di patto commissorio ritenendo che *"non c'è alcuna prova che i vari*

Essi sono; 1) entità del corrispettivo non corrispondente al valore della cosa alienata e coincidente con la somma mutuata, 2) mancato versamento del prezzo all'atto della stipulazione della vendita, 3) effetto traslativo del bene immediato, ma con perfezionamento solo al momento dell'inadempimento ed, infine, 4) stato di bisogno del debitore¹⁴⁰. Al contrario, non costituiscono indici inequivocabili dell'illiceità dell'alienazione con patto di riscatto; il pagamento frazionato del prezzo e la mancata prova della indebita coercizione del venditore.

La decisione riportata è significativa in quanto pur confermando l'interpretazione estensiva del divieto del patto commissorio autonomo ne circoscrive l'ambito applicativo esclusivamente a quelle operazioni contrattuali in cui la comune intenzione elusiva delle parti risulti sorretta da prove certe e da indici univoci, scongiurando, così, il rischio che una dilatazione applicativa del divieto, oltre il dovuto, possa paralizzare la circolazione della ricchezza, i traffici commerciali e, non ultima, la libertà contrattuale delle parti.

1.4. Sale and lease back

Nell'alveo delle fattispecie negoziali che possono mimetizzare un'alienazione commissoria riveste un ruolo sempre più significativo il dibattito intorno alla liceità del *sale and lease back* (o locazione finanziaria

rapporti negoziali siano stati concepiti e voluti come funzionalmente connessi tra loro interdipendenti, in modo da risultare idonei al raggiungimento di un comune scopo di garanzia". Si noti che la sentenza è in parte innovativa poiché, mentre in relazione ai debiti già scaduti recepisce l'orientamento dominante, rispetto a quelli non ancora esigibili alla data di scadenza del patto di riscatto riconduce l'operazione negoziale alla delegazione di pagamento.

¹⁴⁰ Per l'elaborazione degli elementi caratterizzanti l'intento elusivo e i relativi riferimenti giurisprudenziali, cfr. M. Astone, *La Suprema Corte ritorna sulla difficile determinazione della linea di confine tra vendita con patto di riscatto e divieto del patto commissorio*, cit.

di ritorno).¹⁴¹

Con tale espressione si fa riferimento ad una complessa operazione negoziale, di matrice anglosassone, in forza della quale un imprenditore aliena un bene, strumentale all'esercizio della propria attività, ad una società di *leasing* la quale, a sua volta, la concede in godimento allo stesso imprenditore alienante verso il pagamento di un canone periodico. Alla scadenza del contratto, l'imprenditore potrà riacquistare il bene alienato versando il prezzo stabilito per l'esercizio del relativo diritto d'opzione.

Alla figura in esame si riconosce tendenzialmente una funzione di finanziamento in quanto rispondente all'esigenza dell'imprenditore di conseguire immediata liquidità attraverso l'alienazione di beni del proprio ciclo produttivo (senza, tuttavia, perderne la disponibilità) ed utilizzare tale liquidità in investimenti produttivi nell'ottica di una efficiente strategia imprenditoriale.

La locazione finanziaria di ritorno non va confusa con il *leasing* dal quale differisce sia sul piano strutturale, essendo un'operazione che coinvolge solo due soggetti (imprenditore-utilizzatore e società di *leasing*), che funzionale posto che la prima sottende, come detto, uno scopo di finanziamento, mentre il *leasing* è più finalizzato all'acquisizione di un bene strumentale all'attività dell'utilizzatore¹⁴².

¹⁴¹ Numerosi sono i contributi offerti dalla dottrina in merito alla figura in esame, cfr. *ex multis*; G. De Nova, *Il lease back anomalo è in frode al divieto del patto commissorio*, in *Riv. it. Leasing*, 1988, 203 e ss.; M. Bussani, *Il contratto di lease back*, in *Contr. e impr.*, 1986, pp. 558 e ss.; G. Di Rosa, *L'operazione di sale and lease back tra normotipo astratto e fattispecie concreta*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, pp. 1136 ss.; R. De Nictolis, *Considerazioni in tema di lease back*, in *Quaderni giur. impr.*, 1989, pp. 81 ss., G. Oberto, *Vendita con patto di riscatto, divieto del patto commissorio e contratto di lease back*, in *Quadrim.*, 1984, pp. 347 e ss.; M. Natale, *Lease back e strutture utili di patto marciano*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 6, pp. 1595 e ss.; A. Luminoso, *Lease back, mercato e divieto del patto commissorio*, in *Giur. comm.*, 2000, 4, pp. 489 e ss.

¹⁴² In questa direzione in dottrina, cfr. 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. 9*, cit., p. 2229; G. Tarantino, *Patto commissorio, alienazioni in garanzia ed autonomia privata*:

Gli elementi che concorrono a tipizzare lo schema contrattuale del *sale and lease back* sono stati così individuati; i) specifica qualifica soggettiva dei contraenti (da un lato imprenditore o lavoratore autonomo, dall'altro società di *leasing*), ii) natura del bene alienato (strumentale all'esercizio dell'attività d'impresa), iii) durata considerevole del rapporto, iv) utilizzo di condizioni contrattuali conformi a quelle generalmente apposte ai contratti di *leasing*, ed, infine, v) determinazione del corrispettivo di vendita, dei canoni e del prezzo di opzione improntati ai principi di correttezza e omogeneità nella contrattazione¹⁴³.

È intuitivo come il congegno negoziale descritto rievochi il meccanismo operativo di un'alienazione a scopo di garanzia realizzata mediante lo schema della vendita con patto di riscatto. In altri termini, dietro la causa di finanziamento potrebbe annidarsi una funzione di garanzia ove le parti contraenti siano avvinte da un preesistente rapporto obbligatorio, ad. es., di mutuo. In tal caso, la locazione di ritorno celerebbe un mutuo con garanzia atipica sui beni del mutuatario.

Al riguardo è utile riportare i contributi offerti dalla giurisprudenza al fine di individuare il *discrimen* tra *sale and lease back* “puro” e quello relegato a scopo di garanzia in violazione del divieto di patto commissorio (c.d. *sale and lease back* anomalo).

Anche in questa occasione, la soluzione proposta riposa su un criterio funzionale e passa attraverso un raffronto tra schema adottato,

alla ricerca di un difficile equilibrio, in *I contratti*, 2012, 12 p. 1030; G. De Nova, *Il contratto di leasing*, III ed., Milano, 1994, pp. 65 ss. In giurisprudenza si v. Cass. civ. 14.03.2006, n. 5438, in *Riv. not.*, 2006,II, 1571; Cass. civ., 1.05.1998, n. 4612, in *Corr. Giur.*, 1998, 1039.

¹⁴³ Cfr. 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. 9*, cit., p. 234; G. Di Rosa, *L'operazione di sale and lease back tra normotipo astratto e fattispecie concreta*, cit., p. 114; G. Rispoli, *Lease back: chiaroscuri applicativi fra funzione di finanziamento e di garanzia*, in *Giur. it.*, 2012, pp. 579 e ss.

astrattamente lecito (e nel caso di specie socialmente tipico), e causa concretamente perseguita dalle parti rappresentando, il *sale and lease back*, una delle prime applicazioni giurisprudenziali della c.d. causa in concreto. Sulla questione si rammenta una delle più significative pronunce della Corte di Cassazione¹⁴⁴ in cui i giudici di legittimità, in piena armonia con la linea ermeneutica tracciata nel 1989, hanno escluso che possa decretarsi aprioristicamente ed, in astratto, l'illiceità della negozio in esame. Il *sale and lease back* costituisce un contratto socialmente tipico¹⁴⁵, rientrante nella categoria dei contratti di impresa, che persegue una causa di finanziamento e, dunque, astrattamente lecito. L'operazione contrattuale diviene nulla *ex art. 1344 c.c.* soltanto qualora venga concretamente utilizzata dalle parti per perseguire la diversa causa di garanzia con conseguente elusione del divieto del patto commissorio. La Suprema Corte ha, dunque, individuato una serie di indici¹⁴⁶ la cui simultanea presenza è sintomatica dello sviamento della causa di finanziamento verso quella di garanzia: i) la preesistenza di un rapporto di debito – credito tra imprenditore alienante e società di *leasing*; ii) la sproporzione tra il valore

¹⁴⁴ Cass. civ., 16.10.1995, n. 10805, in *Corr. Giur.* 1995, pp. 1360 e ss., con nota di V. Carbone, *Le peculiarità del lease back o sale lease back*, pp. 1365 e ss.

¹⁴⁵ In realtà, in dottrina qualcuno ritiene che il *sale and lease back* sia stato positivizzato con l'introduzione dell'art. 2425 *bis* c.c. ad opera del d. lgs. 28 dicembre 2004, n. 310. In tale direzione cfr. G. Di Rosa, *L'operazione di sale and lease back tra normotipo astratto e fattispecie concreta*, cit., p.1137; G. De Nova, *I contratti atipici e i contratti disciplinati da leggi speciali: verso una riforma?*, in AA. V. *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?*, Padova, 2006, p. 346.

¹⁴⁶ In senso conforme, cfr. tra le tante; Cass. civ., 9.9.2014, n. 18920 in *Diritto e Giustizia*, 2014, 10 settembre; Cass. civ., 3.02.2012, n. 1675, in *Giur. Comm.*, 2013, II; Cass. civ., 22 marzo 2007, n. 6969, in *I contratti*, 2008, 33; Cass. civ., 10.3.2011, n. 5740, in *ww.deiure.it*. Più di recente, si v., *ex multis*, Cass. civ., ord. 28.05.2018 n. 13305 in *ww.dejure.it* in cui la Suprema Corte ha ribadito che “*Lo schema contrattuale del sale and lease back è, in linea di massima ed almeno in astratto, valido in quanto contratto di impresa socialmente tipico, ferma la necessità di verificare caso per caso, l'assenza di elementi patologici, sintomatici di un contratto di finanziamento assistito da una vendita in funzione di garanzia, volta ad aggirare con intento fraudolento, il divieto di patto commissorio, pertanto, sanzionabile per illiceità della causa, con la nullità ex art. 1344 c.c., in relazione all'art. 1418, comma 2, c.c.*”

del bene alienato e l'entità del corrispettivo ed, infine, iii) le difficoltà economiche del venditore-utilizzatore.

Non va sottaciuto che in dottrina l'adozione degli indici rivelatori degli intenti fraudolenti non è da tutti condivisa. Alcuni autori¹⁴⁷ paventano il rischio di esiti applicativi incerti, altri¹⁴⁸ ne contestano il carattere dell'univocità nel disvelare il proposito elusivo. Al riguardo, una recentissima pronuncia della Suprema Corte del 2019 ha precisato che *“non è necessaria la dimostrazione della ricorrenza contemporanea di tutti i suddetti indici sintomatici nè la violazione dell'art. 2744 c.c. può ravvisarsi solo in presenza di tali indici. Essi costituiscono alcune manifestazioni possibili, le più frequenti, dell'impiego fraudolento del sale and lease back (cfr. riguardo alla preesistenza di una situazione debitoria Cass. 28/05/2018, n. 13305; Cass. 10/05/2017, n. 11449). Non è affatto escluso che il giudice di merito, al quale spetta il compito di procedere al relativo accertamento in fatto, attribuisca peso assorbente ad ulteriori circostanze o che, nella fattispecie concreta, assumano valore assorbente alternativamente uno o più di tali indici. (cfr., ad esempio, Cass. 10/05/2017, n. 11449).”*¹⁴⁹

A prescindere dalle obiezioni sollevate in dottrina è inconfutabile che i predetti criteri confermino la ricostruzione della *ratio* del divieto di patto commissorio in termini di tutela del debitore affinché lo stesso non subisca abusi da parte del creditore accettando convenzioni pregiudizievoli che

¹⁴⁷ Si v. A. Dolmetta, *Lease - back e patto commissorio: un rapporto complesso*, in *Giur. comm.*, 2002, p. 309. L'autore reputa che gli indici rilevatori siano inadeguati a soddisfare le esigenze di certezza degli operatori pratici definendoli delle “mine vaganti”.

¹⁴⁸ In linea con questo rilievo, cfr. F. Anelli, *Alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 477.

¹⁴⁹ Cass. civ., sez. III, ord., (ud. 21-11-2018) 07-03-2019, n. 6589, in banca dati www.pluriscedam.utetgiuridica.it. In senso conforme si v. anche Cass. civ., 10.05.2017, n. 11449, in banca dati www.pluriscedam.utetgiuridica.it

rasentano l'usura¹⁵⁰. L'attenzione è, infatti, rivolta ad evitare che l'operazione economica sottesa al *sale and lease back* determini un iniquo squilibrio a danno del venditore – debitore. Da qui la necessità che il prezzo d'opzione non sia meramente simbolico, ovvero di modica entità rispetto al valore del bene o, ancora, che non venga applicato un tasso di interesse manifestamente eccessivo. In quest'ottica è agevole comprendere come anche la difficoltà economica dell'impresa alienante rappresenti un indizio significativo di una convenzione elusiva del divieto di patto commissorio. Difatti, la funzione della locazione finanziaria di ritorno non è quella di assicurare liquidità ad un'impresa in un periodo di difficoltà economica, bensì, come già rilevato, di attuare una strategia imprenditoriale di tipo finanziario finalizzata all'acquisizione di liquidità e alla riduzione delle immobilizzazioni di capitale¹⁵¹.

A conferma di quanto appena illustrato, in una sentenza della Cassazione del 2015¹⁵² viene precisato che l'operazione di *leasing* di ritorno supera indenne il giudizio di illiceità qualora sia inserita una clausola marciana che

¹⁵⁰ Si v. F. Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit. p. 84. Sebbene l'Autore ritenga che gli indici sintomatici forniti dalla giurisprudenza non possano considerarsi univocamente determinanti ai fini della illiceità del *sale and lease back*, egli evidenzia che, con riferimento allo stato di difficoltà dell'impresa utilizzatrice e sproporzione delle prestazioni, "ciò che risulta davvero determinante nei processi decisionali non è il disvelamento di una funzione di finanziamento e garanzia del credito, ma l'eventuale carattere *usurario* della concreta pattuizione."

¹⁵¹ Sul punto cfr. G. Di Rosa, *L'operazione di sale and lease back tra normotipo astratto e fattispecie concreta*, cit., pp. 1150 e ss.; M. Bussani, *Contratti moderni. Factoring, franchising, leasing*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2004, pp. 38 e ss. In particolare, l'Autore sottolinea come la società di *leasing* non avrebbe alcun interesse a stipulare un contratto di locazione finanziaria di ritorno con un'impresa in stato di difficoltà economica, potenzialmente insolvente e alla ricerca di liquidità, giacché si esporrebbe al duplice rischio di acquistare un bene (in quanto strumentale ad uno specifico ciclo produttivo) di difficile riallocazione nel mercato, ovvero, di subire azioni recuperatorie da parte dei creditori dell'impresa utilizzatrice o, ancora, dell'apertura di procedure concorsuali a carico di quest'ultima.

¹⁵² 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*. Con tale pronuncia l'assenza di una convenzione marciana si aggiunge al novero degli indici di fittizietà ed anomalia nello schema causale del *sale and lease back*.

scongiuri il pericolo di pattuizioni negoziali sproporzionate a danno del debitore. Più precisamente, viene statuito che *“Il contratto di sale and lease back è nullo, per illiceità della causa in concreto, ove violi il divieto di patto commissorio, salvo che le parti, con apposita clausola (cd. patto marciano), abbiano preventivamente convenuto 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 in garanzia”*.

La pronuncia si segnala non solo perché rientra tra quella decisioni, condivise anche dai più recenti arresti¹⁵³, che sdoganano la liceità del patto marciano, ma, altresì, perché sembra confermare che tra le discusse *rationes* sottese al divieto del patto commissorio quella che, ad oggi, è maggiormente condivisibile risiede nella necessità di scongiurare quella sproporzione di prestazioni che determinano una *debitoris suffocatio*.

¹⁵³ In senso conforme e più di recente si v. Cass. civ., sez. I., 12.07.2019, n.18791, in *Il Fallimento*, 2020, 1, pp. 21 e ss. con nota di M. Costanza, *Il divieto di patto commissorio e operazioni si sale and lease back*. In tale pronuncia la Suprema Corte ha ribadito che *“Il negozio di sale and lease back si configura come un contratto fra due parti e diverso, perciò, per struttura dalla locazione finanziaria e viola la “ratio” del divieto del patto commissorio, al pari di qualunque altra fattispecie di collegamento negoziale, sol che (e tutte le volte che) il debitore, allo scopo di garantire al creditore l’adempimento dell’obbligazione, trasferisca a garanzia del creditore stesso un proprio bene riservandosi la possibilità di riacquistarne il diritto dominicale all’esito dell’adempimento dell’obbligazione, senza, peraltro, prevedere alcuna facoltà, in caso di inadempimento, di recuperare l’eventuale eccedenza di valore del bene rispetto all’ammontare del credito”* (massima non ufficiale).

2. *L'ascesa del patto marciano*

Come ampiamente noto, il patto marciano è quella convenzione con cui debitore e creditore stabiliscono che, in caso di inadempimento, il trasferimento del bene del primo a favore del secondo dovrà avvenire in seguito all'*aestimatio* della *res*, eseguita mediante una stima redatta da un perito terzo ed imparziale ed alla scadenza del rapporto, di modo che qualora il valore stimato superi l'ammontare dell'importo garantito il creditore sarà tenuto a restituire la relativa eccedenza (*rem iusto pretio tunc aestimandum*).

Congegnata in tali termini, la regolamentazione marciana si presenta quale surrogato lecito della pattuizione commissoria, depurata da elementi di disvalore, giacché i correttivi dalla stessa predisposta consentono di scongiurare il rischio della sopraffazione economica a danno del debitore insito nell'alienazione commissoria.

Non è un caso, infatti, 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 di tutela del debitore.

Tuttavia, a differenza del patto commissorio, quello marciano non fu oggetto di un'esplicita regolamentazione legislativa.

Invero, la sua prima apparizione, secondo la tesi tradizionale¹⁵⁴, ma tutt'altro che pacifica¹⁵⁵, sarebbe avvenuta ad opera del giureconsulto

¹⁵⁴ Per la tesi tradizionale, cfr. L. De Giovanni, *I giuristi severiani. Elio Marciano*, Napoli, 1989, *passim*; R. Orestano, voce "*Marciano Elio (Aelius Marcianus)*", nel *Noviss. Digesto it.*, X, Torino, 1964, p. 254.

¹⁵⁵ Si osserva che sulla nascita della convezione marciana non vi è unanimità di vedute. Parte della

dell'età dei Severi, Elio Marciano, che per primo ne avrebbe delineato le sue linee essenziali in un brano in seguito inserito nel Digesto¹⁵⁶.

L'assenza di una tipizzazione della clausola marciana si susseguì nel corso nei secoli fino alle moderne codificazioni.

Tuttavia, come già accennato, il nostro ordinamento negli ultimi anni, sulla scorta dell'influenza eurounitaria, ha assistito ad una vera e propria ascesa del patto marciano con conseguente riscoperta dello stesso a livello normativo avvenuta tramite i recenti provvedimenti legislativi che, intervenendo in determinati ambiti settoriali, hanno tipizzato dei regolamenti marciani: i *cc.dd. marciani speciali*.

Basti pensare ai meccanismi operativi sottesi: i) alla procedura di escussione del pegno non possessorio *ex art. 1, comma III, del D.L. 59/2016*, ii) al contratto di credito immobiliare ai consumatori (art. 120 *quinquiesdecies* T.U.B.), iii) alle alienazioni a scopo di garanzia nei contratti di finanziamento alle imprese *ex art. 48 bis* del T.U.B., iv) al prestito vitalizio ipotecario così come modificato dalla L. 44/2015, v) alla tanto attesa regolamentazione della risoluzione nel *leasing* finanziario, di cui ai commi 136- 140 della legge 124/2017, nonché vi) alla 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

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 giustiniani i quali avrebbero inserito l'inciso "*iusto pretio tunc aestimandum*". In tal senso 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.

¹⁵⁶ 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.*"

sostanziale) al divieto di patto commissorio.

Rinviando ad un secondo momento l'analisi delle predette fattispecie, si deve, per intanto, precisare che alla positivizzazione dei c.d. sottotipi¹⁵⁷ marciani non è seguita la tipizzazione legislativa del modello generale di patto marciano tanto che taluno discorre¹⁵⁸, al riguardo, di marciano c.d. di *diritto comune* e di *marciani speciali*.

Tra l'altro, la diversità degli ambiti applicativi e dei soggetti coinvolti nelle operazioni economiche disciplinate dai nuovi marciani non consente di individuare in maniera puntuale l'esatto contenuto della convenzione generale non essendo le molteplici figure perfettamente sovrapponibili e rimanendo irrisolte alcune questioni. Basti pensare, a titolo esemplificativo, l'interrogativo se l'effetto esdebitativo del patto marciano, in caso di eventuale valore del bene inferiore rispetto al credito garantito, necessiti di un'esplicita previsione di legge ovvero, al contrario, possa considerarsi elemento naturale della convenzione o, ancora, una opzione negoziale.

In questo scenario rimane, dunque, attuale la questione sull'esatta determinazione del contenuto della pattuizione marciana e, più precisamente, sulla possibilità per i privati di poter adottare schemi negoziali anche al di fuori dei meccanismi tipici introdotti dai recenti interventi legislativi.

Al riguardo, si auspica che un contributo verso la positivizzazione del modello generale del patto marciano potrà essere fornito dal Governo in attuazione della Delega per la revisione del Codice Civile (DDL. S. n. 1151 del 19.03.2019) in cui l'Esecutivo è, per l'appunto, autorizzato ad emanare

¹⁵⁷ L'espressione "sottotipi" è di A. Luminoso, *Patto marciano e sottotipi*, cit., *passim*.

¹⁵⁸ Si v. L. Follieri, *Il patto marciano tra diritto «comune» e «speciale»*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2018, 12, p. 1857 e p. 1862; Nello stesso senso G. Fappiano, *Il patto marciano tra tipicità e autonomia contrattuale*, in *i Contratti*, 2019, 1, pp. 94 e ss.

uno o più decreti per “*disciplinare nuove forme di garanzia del credito, anche in considerazione delle prassi contrattuali, consolidatesi nell’uso bancario e finanziario*”¹⁵⁹.

3. La parabola evolutiva della liceità del patto marciano di diritto comune nel panorama dottrinale e giurisprudenziale

Nel tracciare la parabola evolutiva della liceità del patto marciano di diritto comune si ritiene opportuno seguire l’approccio metodologico suggerito dalla dottrina¹⁶⁰.

Per un corretto inquadramento della questione occorre, dunque, muovere dalla premessa che il modello generale di patto marciano, a differenza dei sottotipi speciali, si configura alla stregua di un contratto *atipico*, stante l’assenza di un apposito referente normativo, sebbene sia indiscutibile una tipicità sociale.

Pertanto, al pari di qualsiasi altro negozio atipico, gli interessi perseguiti dalle parti soggiacciono al duplice vaglio di meritevolezza e liceità secondo quanto disposto dall’art. 1322 c.c.

Quanto al giudizio di meritevolezza, non può revocarsi in dubbio che la clausola marciana realizzi, senz’altro, quell’*utilità sociale* quale limite imposto dall’art. 41 Cost. all’esercizio della libertà di iniziativa economica privata di cui l’autonomia negoziale è paradigmatica espressione. Difatti, il meccanismo negoziale in esame rappresenta per il debitore un’appetibile alternativa alle lunghe e, spesso, pregiudizievoli procedure esecutive, se solo

¹⁵⁹ Art. 1 lett. o) del Disegno di legge recante Delega al Governo per la revisione del Codice Civile presentato al Senato il 19.03.2019. Cfr. il testo del DDL. S. n. 1151 in <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/342884.pdf>.

¹⁶⁰ Per un’approfondita disamina sul patto marciano cfr. C. De Menech, *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, cit., pp. 826 e ss.; G. Fappiano, *Il patto marciano tra tipicità e autonomia contrattuale*, cit., pp. 95 e ss.

si consideri che le spese di queste ultime gravano sull'esecutato e che il ricavato della vendita forzata del bene è quasi sempre inferiore al valore di mercato dello stesso¹⁶¹. A ciò si aggiunga che la tipizzazione normativa dei marciali speciali fa propendere verso un'implicita valutazione di meritevolezza da parte del legislatore nei confronti del marcialo di diritto comune.

Più delicato è, invece, lo scrutinio sulla liceità degli interessi sottesi alla stipulazione marciala, e, dunque, della compatibilità della stessa con il nostro ordinamento giuridico, dovendo fare i conti con la limitrofa ed illecita figura del patto commissorio.

Si comprende, adesso, 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 marcialo. Ed invero, la *ratio* (o le *rationes*) del divieto di patto commissorio si riflette inesorabilmente sulle sorti del patto marcialo¹⁶².

Non a caso, una parte della dottrina giustifica il proprio orientamento contrario¹⁶³ alla liceità della clausola marciala ancorando il fondamento

¹⁶¹ Cfr., C. De Menech, *Il patto marcialo 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. Lojaco, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, 1952, p. 72.

¹⁶² In tal senso, Cfr. C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 204 il quale significativamente afferma che "*Il problema del patto marcialo si pone innanzitutto come problema della ratio del divieto di patto commissorio*". Nella stessa direzione, cfr. G.F. Minniti, *Patto marcialo e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, 30. L'autore nel ricostruire i rapporti tra patto marcialo 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 marcialo*, cit., p. 129.; A. Luminoso, *Patto commissorio, patto marcialo 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, trae la liceità del patto marcialo.

¹⁶³ Tra gli autori contrari alla liceità del patto marcialo, si v. diffusamente G.F. Minniti, *Patto marcialo e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, cit., p. 29; A. Schermi, *Leasing*

della proibizione di patto commissorio al principio di inderogabilità delle procedure esecutive nonché alla necessità di tutela della *par condicio creditorum*. In quest'ottica, nemmeno il correttivo della proporzionalità dello scambio, insito nella convenzione marciana, consentirebbe di sfuggire alla *vis attractiva* proibitiva dell'art. 2744 c.c. Ciò in quanto si integrerebbe, in ogni caso, una forma di autotutela privata, con conseguente elusione della procedura esecutiva, ed un'alterazione della *par condicio creditorum* giacché il trasferimento del bene a favore del creditore marciano riduce la garanzia generica patrimoniale del debitore in pregiudizio degli altri creditori ed in assenza di una causa legittima di prelazione¹⁶⁴.

Alle anzidette ricostruzioni ermeneutiche fa da contraltare la vasta letteratura favorevole al patto marciano¹⁶⁵.

Secondo l'indirizzo tradizionale la sua ammissibilità discenderebbe, infatti, dalle ipotesi codicistiche di congegni marciali, costituite dal pegno irregolare (art. 1851 c.c.) e dal pegno di crediti (art. 2803 c.c.) in cui si realizza un trasferimento in funzione di garanzia di un bene avente valore certo, o comunque oggettivamente liquidabile, con l'obbligo di restituzione dell'eccedenza. Le disposizioni normative che disciplinano le suddette

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.

¹⁶⁴Sulla illiceità della clausola marciana per violazione dell'ordine pubblico economico, cfr. C. Romeo, *I limiti applicativi del patto commissorio autonomo*, in *Contratti*, 2000, 555. Per la presunta alterazione della *par condicio creditorum* si v. F. Realmonte, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, in *Foro it.*, 1989, I, p. 1444.

¹⁶⁵ Senza alcuna pretesa esaustiva, attesa la vastissima produzione scientifica sul tema, cfr., *ex multis*, F. Anelli, *L'alienazione in garanzia*, cit. p. 469; V. Lojacono, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, cit., p. 71 ss.; C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, cit. p. 202; N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., pp. 95 e ss.; U. Carnevali, *Patto commissorio*, cit., p. 505; V. Roppo, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., p. 561; A. Luminoso, *La vendita con patto di riscatto*, cit., pp. 242 e ss.; Id., *Patto marciano e sottotipi*, cit. p. 1416; A. Sassi, *Garanzie del credito e tipologie commissorie*, cit., pp. 287 e ss.

fattispecie non rappresentano delle eccezioni al divieto di patto commissorio, insuscettibili di applicazione analogica, bensì norme che, semmai, confermano che il disvalore del 2744 c.c. è rappresentato dal rischio di una perdita sproporzionata a danno del debitore e di una conseguente indebita locupletazione del creditore¹⁶⁶. A favore di tale assunto militerebbe anche una lettura costituzionalmente orientata della pattuizione commissoria la cui proibizione deriverebbe dalla necessità di assicurare la tutela del debitore dalle prevaricazioni del creditore sulla base del principio di solidarietà sociale¹⁶⁷ (art. 2 Cost.) che, senza dubbio, conforma anche i rapporti obbligatori.

Il panorama dottrinale appena descritto si è arricchito in seguito al famoso *revirement* del 1989 con cui le Sezioni Unite¹⁶⁸ hanno esteso l'operatività dell'art. 2744 c.c. anche al patto commissorio autonomo. Tale decisione, come prontamente rilevato dalla dottrina¹⁶⁹, ha dato origine ad un duplice filone interpretativo.

Da un lato, vi è stato chi ha tratto dal *dictum* delle Sezioni Unite l'illiceità del patto marciano. Ed invero, i giudici di legittimità, nel rilevare il

¹⁶⁶ In linea con tale direzione, si v. N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano*, cit. p. 137, Id., *La cessione di crediti a scopo di garanzia tra patto commissorio e patto marciano*, in *Riv. dir. impr.*, 2010, pp. 129 ss.; L. Follieri, *Il patto marciano tra diritto «comune» e «speciale»*, cit., p. 1858; F. Martorano, *Cauzione e pegno irregolare*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, I, 119 e ss.; C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 203; E. Battelli, *Pegno irregolare divieto di patto commissorio*, in *Giur. it.*, 2005, I, 1419 e ss.; C. Gricenti, *I contratti in frode alla legge*, 2008, Milano, pp. 56 e ss.; C. De Menech, *Patto marciano e gli incerti confini del patto commissorio*, cit., p. 827. A favore della natura eccezionale dell'art. 1851 c.c. e della impossibilità di applicazione analogica si v., G. Giglio, *Il divieto del patto commissorio ed il problema delle alienazioni in funzione di garanzia, alla luce delle novità introdotte dal D.L. 3 maggio 2016 n. 59*, cit., p. 21.

¹⁶⁷ Cfr. N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., pp. 56 e ss.

¹⁶⁸ Il riferimento è alle più volte menzionate sentenze gemellari del 1989. Cfr. 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*.

¹⁶⁹ C. De Menech, *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, cit., p. 832.

disvalore della convezione commissoria, hanno posto l'accento sulla "illiberalità" ovvero "ineluttabilità" del trasferimento del bene in funzione di garanzia, e non già, sullo squilibrio delle prestazioni. In altri termini, la coazione morale del debitore si realizza anche nel caso in cui sia previsto il correttivo marciano giacché il soggetto passivo del rapporto obbligatorio programma il trasferimento del suo bene ed in caso di inadempimento subisce in maniera definitiva, automatica ed irreversibile la perdita della *res* senza alcuna possibilità di recupero. Ne consegue che le cautele dell'obbligo di restituzione dell'eccedenza e della valutazione del valore del bene alienato sulla base di una stima eseguita da un perito terzo ed imparziale se scongiurano il rischio di un trasferimento squilibrato non impediscono l'assoggettamento del debitore alla coazione del creditore¹⁷⁰. Ancora, il ragionamento giuridico seguito dalla Suprema Corte, laddove sanziona con la nullità, attraendoli nell'orbita dell'art. 2744 c.c., tutti i regolamenti negoziali che, sebbene formalmente leciti, siano concretamente piegati ad una funzione di garanzia, sembrerebbe confermare il tradizionale atteggiamento di chiusura nei confronti delle alienazioni *causa cavendi*, ribadendo la tesi della inidoneità dello scopo di garanzia ad assurgere a fondamento giustificativo di un effetto traslativo. In quest'ottica, anche la convezione marciana, realizzando un trasferimento finalizzato al rafforzamento del credito, trasmigrerebbe nell'area di illiceità rappresentando una *species* del più ampio *genus* delle alienazioni in funzione di garanzia costituito dal patto commissorio con conseguente inidoneità causale¹⁷¹. Essendo entrambi i congegni negoziali finalizzati al

¹⁷⁰ In questo senso. F. Anelli, *L'Alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 436; S. Pagliantini, *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti ed il diritto europeo della dir. 2014/17/UE*, in *Nuove Leggi Civ. comm.*, 2015, 1, p. 181.

¹⁷¹ G. F. Minniti, *Patto marciano e ragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, cit., pp. 29

debole, e causalmente insufficiente, scopo di rafforzamento del credito non vi sarebbe motivo di trattare il patto marciano diversamente¹⁷² da quello commissorio.

Di contro, sul versante diametralmente opposto, altra dottrina ha ritenuto che l'*overruling* giurisprudenziale occorso nel 1989 non ha affatto decretato la nullità anche del patto marciano, bensì confermato, implicitamente, che il divieto della convenzione commissoria risiede nella natura economicamente squilibrata dello scambio.

Sul punto, deve essere, tuttavia, considerato, innanzitutto, che per l'orientamento dottrinale prevalente la convenzione marciana, al pari di quella commissoria, svolge una funzione di autotutela esecutiva¹⁷³ e, non già, di garanzia, da cui discenderebbe il superamento delle obiezioni sulla presunta inidoneità causale sottostante il trasferimento.

Ma anche a voler tacere su tale delicato aspetto, non può negarsi che, per un verso, la decisione in commento ha statuito genericamente la inconciliabilità tra causa di scambio e funzione di garanzia, ma che dall'altro non ha precisato quando, effettivamente, possano dirsi integrati gli estremi di un trasferimento *causa cavendi*. Anzi, come si illustrerà a breve, la casistica giurisprudenziale successiva, che sanziona con la nullità i negozi- mezzo sottesi allo scopo di garanzia, sembra censurare tale fattispecie traslativa solo nel caso di alienazione affetta da sproporzione tra valore della *res* e ammontare del debito inadempito, con conseguente

e 58.

¹⁷² Al riguardo è stato predicato che l'eventuale disparità di trattamento giuridico del patto marciano e commissorio potrebbe, addirittura, entrare in frizione con il canone costituzionale (art. 3 Cost.) di ragionevolezza, cfr. V. Mariconda, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, cit., p. 1422.

¹⁷³ Si v. A. Luminoso, *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1406; A. Dolmetta, *Alla ricerca di un marciano «utile»*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 815.

validità della pattuizione marciana¹⁷⁴.

L'indice di illiceità, dunque, risiederebbe nell'eccedenza o esubero della garanzia.

Da qui il rinnovato interesse, sia di matrice dottrinale¹⁷⁵ che giurisprudenziale, verso il requisito della proporzionalità e dell'equilibrio delle prestazioni quale elemento discretivo della liceità dei trasferimenti a scopo di garanzia ed, in particolare, della clausola marciana.

4. La riscoperta giurisprudenziale del canone della proporzionalità

La rivalutazione del canone della proporzionalità vanta una copiosa giurisprudenza, soprattutto con riferimento a quelle fattispecie negoziali più frequentemente adottate dai privati per eludere il divieto di patto commissorio, quasi a conferma della inscindibilità delle questioni¹⁷⁶.

Più precisamente, in materia di *sale and lease back* può annoverarsi,

¹⁷⁴ Per la giurisprudenza più recente sul canone della proporzionalità si rinvia al paragrafo successivo.

¹⁷⁵ Sul ruolo della proporzionalità un autorevole contributo è offerto da N. Cipriani, *Patto marciano e patto commissorio*, cit., pp. 145 e ss. Più di recente, Id., *Il patto marciano tra discipline di settore e sistema*, cit., p. 196. L'Autore, discorrendo di patto commissorio, distingue tra *proporzionalità verticale* (ossia quella che deve sussistere tra divieto e sanzione) e *proporzionalità orizzontale* (la convezione pattuita non deve essere esuberante rispetto agli interessi perseguiti dalle parti) (corsivo aggiunto). Si v. anche A. Chianale, *Le nuove frontiere delle garanzie reali: uno statuto personale del creditore?*, in *Contratto e impresa*, 2019, 4, pp. 1324 e ss.; S. Giova, *La Proporzionalità nell'ipoteca e nel pegno*, Napoli, 2012, *passim*; G. Perlingieri, *Garanzie "atipiche" e rapporti commerciali*, in *Riv. dir. imp.*, 2017, pp. 21 e ss.;

¹⁷⁶ In materia di garanzie del credito e proporzionalità merita di essere annoverata, sebbene esuli dalle decisioni relative al rapporto tra autonomia negoziale e divieto di patto commissorio, una pronuncia del 2016 in cui i giudici di legittimità hanno statuito che integra gli estremi di abuso del diritto l'iscrizione, da parte del creditore, d'ipoteca giudiziale su un bene del debitore avente valore esuberante rispetto al credito da garantire. Più precisamente, la Suprema Corte ha affermato che *"Nell'ipotesi in cui risulti l'inesistenza del diritto di credito, è configurabile in capo al creditore, la responsabilità ex art. 96, comma II, c.p.c., quando egli non abbia usato la normale diligenza nell'iscrivere ipoteca giudiziale sui beni per un valore proporzionato rispetto al credito garantito, secondo i parametri individuati agli artt. 2875 e 2876 c.c., così ponendo in essere mediante l'eccedenza del valore dei beni rispetto alla cautela, un abuso del diritto della garanzia patrimoniale in danno del debitore"*, così, Cass. civ., sez. III, 5.4.2016, n. 6533, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, 9, pp. 1183 e ss. con nota di V. Bellomia *"Nuove prospettive in tema di ipoteca giudiziale eccessiva e responsabilità aggravata del creditore"*, pp. 1186 e ss.;

intanto, la storica, e già menzionata, sentenza del 1995¹⁷⁷ la quale ha, per prima, tracciato gli indici rivelatori di un'operazione anomala ricomprendendovi, tra gli altri, proprio la sproporzione tra valore del bene aziendale alienato ed entità del corrispettivo versato dall'acquirente. Ragionando *a contrario*, dunque, la proporzionalità dello scambio diviene parametro di liceità del *sale and lease back*. Tuttavia, su tale categoria negoziale il contributo più significativo è stato offerto da una pronuncia del 2015, anch'essa già menzionata, che si sofferma più dettagliatamente sul rapporto tra *sale and lease back* e clausola marciana.

A tale decisione¹⁷⁸ si deve il merito non solo di aver sdoganato la liceità del patto marciano, ma di avere redatto un vero e proprio statuto giuridico, sebbene sempre di matrice giurisprudenziale, della pattuizione in esame, individuandone, con estremo rigore, gli elementi costitutivi. Per tali ragioni, essa rappresenta ad oggi un irrinunciabile punto di riferimento per gli operatori del diritto.

La Suprema Corte fornisce dapprima una definizione di patto marciano, apposto nella locazione finanziaria di ritorno, definendolo alla stregua di una “*clausola contrattuale con la quale si mira ad impedire che il concedente, in caso di inadempimento, si 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 emptoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandum)*”. Dopo aver rilevato che il nostro ordinamento conosce, già, delle forme di autotutela esecutiva del

¹⁷⁷ Cass. civ., sez. III, 16.10.1995, n. 10805, cit., pp. 1360 e ss., con nota di V. Carbone, *Le peculiarità del lease back o sale lease back*, pp. 1365 e ss.

¹⁷⁸ Si fa riferimento alla sentenza della Cass. civ., sez. I, 28.01.2015, n. 1625, cit., pp. 486 e ss., con nota di F. Scardino, *Il contratto di sale and lease back e cautela marciana*.

creditore¹⁷⁹, sempre nei limiti del *quantum debeatur*, viene riconosciuta, quindi, la liceità del patto marciano 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*”.

Tuttavia, affinché la clausola marciana 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*”.

Corredato da siffatti elementi il patto marciano realizzerà il consolidamento dell’effetto traslativo, prodottosi inizialmente con l’inadempimento.

Nello specifico, il trasferimento si cristallizzerà 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*.

In seguito a tale sentenza, la liceità della convenzione marciana nel

¹⁷⁹ A tal proposito la Suprema Corte invoca quelle fattispecie che tradizionalmente vengono considerate ipotesi codicistiche di marcani e precisamente: l’art. 1851 c.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).

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, sia implicitamente, in termini di necessità dell'obbligo di restituzione dell'eccedenza ai fini di un *sale and lease back puro*¹⁸⁰, sia esplicitamente 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”¹⁸¹.

¹⁸⁰ In tal senso, Cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. III, 6.07.2017, in *Il Corriere Giuridico*, 2017, 12, pp. 1502 e ss., con nota di V. Viti “La liceità del *sale and lease back* alla luce del divieto di patto commissorio e della previsione di meccanismi marciani”. La Suprema Corte, nel circoscrivere l'area di liceità del *sale and lease back*, ha ribadito che “L'operazione viola la ratio del divieto di patto commissorio ove il debitore trasferisca a garanzia del credito un proprio bene riservandosi la possibilità di riacquistarne la proprietà all'esito dell'adempimento dell'operazione, senza prevedere alcuna facoltà, in caso di adempimento di recuperare l'eventuale eccedenza di valore del bene rispetto all'ammontare del credito.” In termini analoghi, più di recente, si v. Cass. civ., sez. I., 12.07.2019, n.18791, in *Il Fallimento*, 2020, 1, pp. 21 e ss. con nota di M. Costanza, *Il divieto di patto commissorio e operazioni di sale and lease back*.

¹⁸¹ 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 dello 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

Anche in materia di vendita con patto di riscatto si registrano dei significativi contributi giurisprudenziali favorevoli al patto marciano che valorizzano il requisito della proporzionalità delle prestazioni sottese al trasferimento con scopo di garanzia.

Emblematica, al riguardo, è la sentenza del 2013¹⁸², non a caso richiamata anche dall'anzidetta pronuncia del 2015 in materia di *sale and lease back*. In tale decisione, i giudici di legittimità nell'enucleare gli indizi sintomatici, questa volta, di una vendita con patto di riscatto elusiva del divieto dell'art. 2744 c.c. e, dunque, illecita, hanno fatto espresso riferimento alla sproporzione tra valore della *res* ed entità del credito. Alla sproporzione viene riconosciuto il valore di indice di "maggiore peso" sottolineando come sia proprio "l'eccesso di garanzia per il creditore e di responsabilità patrimoniale per il debitore" la causa giustificativa del giudizio di riprovevolezza che orbita attorno all'art. 2744 c.c. Invero, al riguardo, non si potrebbe obiettare che lo squilibrio contrattuale non sia espressamente menzionato nella norma imperativa dovendosi ritenere che "il legislatore nel formulare il giudizio di disvalore nei riguardi del patto commissorio, ha fondatamente presunto, alla stregua dell'*id quod plerumque accidit*, che in siffatta convenzione il creditore pretende di regola una garanzia eccedente l'entità del credito". In questo modo viene accreditata la tesi della liceità di quegli schemi negoziali che escludono *in radice* la suddetta esuberanza della garanzia, neutralizzando il rischio di abuso del creditore.

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".

¹⁸² Cass. civ., sez. II, 9. 05.2013, n. 10986, per la massima si v. in *Immobili & proprietà*, 2013, 7, con nota di R. Triola p. 463, per il testo della sentenza cfr. banca dati www.pluriscedam.utetgiuridica.it

Tale assunto è stato costantemente seguito dalla giurisprudenza successiva (basti pensare alla sentenza del 2016 in materia di vendita con patto di riscatto¹⁸³ a suo tempo analizzata).

Più di recente, in una pronuncia del 2020 la Suprema Corte¹⁸⁴ ha ribadito la liceità del patto marciano proprio argomentando dalla *ratio* del divieto di patto commissorio. Più precisamente, preso atto che per “*l’opinione prevalente*” la suddetta ragione giustificatrice si ravvisa “*nella tutela del debitore da approfittamenti del creditore, allora nel caso di patto marciano il rischio di tali approfittamenti è nullo*” con conseguente liceità di una siffatta convenzione negoziale. I giudici di legittimità non solo riconoscono *expressis verbis* l’ammissibilità del patto marciano, ma la ancorano all’analogia tra la stessa ed il pegno irregolare di cui all’art. 1851 c.c., precisando, altresì che la suddetta norma “*non è affatto eccezione rispetto al principio generale dell’art. 2744 c.c., ma rispetto della medesima ratio, anzi conseguenza di quel principio in quanto mira anch’essa ad evitare approfittamenti del creditore a danno del debitore*” eliminando, così, ogni dubbio sul reale fondamento della proibizione di patto commissorio.

5. Segue: ricadute sulle alienazioni in funzione di garanzia e sull’estensione della nullità ex art. 2744 c.c.

Il rinnovato interesse giurisprudenziale nei confronti della proporzionalità dello scambio, e più precisamente, della clausola marciana determina, quale logico corollario, delle ricadute sulla controversa questione dell’ammissibilità delle alienazioni a scopo di garanzia nonché

¹⁸³ Cass. civ., sez. II., 21.1.2016, n. 1075, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 6, pp. 908 e ss.

¹⁸⁴ Il riferimento è a Cass. civ., sez. III, 17.01.2020, n. 844, in banca dati *www.pluriscedam.utetgiuridica.it*

sull'operatività del divieto di patto commissorio e della esatta perimetrazione della sua nullità.

Quanto al primo profilo, sembra potersi sostenere superato l'orientamento che nega *in toto* i trasferimenti con funzione di garanzia dovendosi ritenere ammissibile una tale operazione negoziale ove l'effetto traslativo sia corredato dal requisito della congruità delle prestazioni. Ed invero, una conferma a livello normativo della liceità di tali trasferimenti, purché integrati dalle cautele marciiane, con tutti i dubbi che possono insorgere in relazione all'esatto profilo causale, è data dall'art. 48 *bis* del T.U.B., che disciplina una peculiare fattispecie di alienazione immobiliare finalizzata a garantire i contratti di finanziamento alle imprese.

Ma anche sul piano dei formanti giurisprudenziali, la succitata sentenza del 2020¹⁸⁵ offre delle importanti riflessioni sull'argomento. I giudici di legittimità, infatti, si sono occupati di una vendita, stipulata mediante atto pubblico notarile, seguita da una scrittura privata che esplicitava la funzione di garanzia della stessa alienazione rispetto ad un preesistente rapporto debitorio sussistente tra parte venditrice e acquirente.

Orbene, la Suprema Corte nel ricostruire l'operazione negoziale in termini di alienazione in funzione di garanzia ne ha riconosciuto l'ammissibilità, superando esplicitamente, sia l'obiezione relativa al presunto principio di tipicità di diritti reali, sia quella concernente la creazione di un diritto dominicale limitato.

In merito al primo ostacolo ha precisato come un conto sia la regola della tipicità dei diritti reali, un altro la possibilità, senz'altro ammessa, di trasferire un diritto tipico e nominato, *id est* la proprietà, attraverso degli

¹⁸⁵ Cass. civ., sez. III, 17.01.2020, n. 844, cit.

schemi negoziali atipici come, appunto, la vendita a scopo di garanzia. Avverso il rilievo della limitazione del contenuto diritto reale trasferito si obietta, coerentemente con la dottrina dominante, che trattasi di una fattispecie sovrapponibile con l'acquisto sotto condizione escludendosi, dunque, una proprietà temporanea in senso tecnico.

Sempre sull'interferenza tra patto marciano e alienazioni a scopo di garanzia parte della dottrina¹⁸⁶ nell'interrogarsi sulla corretta configurazione dogmatica della vicenda traslativa *de qua* ha operato una distinzione tra alienazioni con causa di scambio e motivo di garanzia ed alienazioni con causa di garanzia. Nel primo caso, non sorgerebbero particolari dubbi sull'ammissibilità dell'operazione negoziale atteso che la funzione di garanzia rimarrebbe nello sfondo, quale mero motivo, senza assurgere al rango di elemento causale del negozio. Nella seconda situazione, invece, essendo la funzione di garanzia la causa del trasferimento ne discenderebbe, quale automatica conseguenza, l'obbligo di restituzione dell'eccedenza predicando, addirittura, l'inutilità di un'esplicita previsione in tal senso nella convenzione marciana, giacché l'obbligo di corrispondere il *surplus* sarebbe un effetto naturale del fondamento giustificativo dell'alienazione. In altri termini, una volta trasferito il bene per un valore corrispondente all'ammontare del debito, nel quale la funzione di garanzia si esaurisce, viene meno il fondamento giustificativo dell'effetto traslativo e, quindi, scatterebbe in automatico l'obbligo di versare al debitore alienante l'eccesso del corrispettivo di vendita¹⁸⁷. Non è mancato, infatti, chi ha, addirittura, escluso la possibilità

¹⁸⁶ Cfr. C. De Menech, *Il patto marciano e gli incerti confini del patto commissorio*, cit., p. 833.

¹⁸⁷ In tale direzione in dottrina, cfr. U. Stefani, *La cessione del credito con causa di garanzia*, Padova, 2007, p. 51; A. Dolmetta, *La ricerca del «marciano utile»*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, pp. 815-816, che "[...] una volta soddisfatto il credito garantito, l'eventuale residuo di valore [...] non ha più titolo

di una *reductio ad unum* tra patto commissorio ed alienazioni a scopo di garanzia, prevedendo, quest'ultime, a differenza del primo, quale elemento intrinseco, l'obbligo di restituzione dell'eccedenza¹⁸⁸.

Infine, non va trascurato che il riconoscimento della liceità del patto marciano, non solo riduce la portata precettiva del divieto di cui all'art. 2744 c.c., ma potrebbe anche circoscrivere la nullità del patto commissorio autonomo. Diversi autori, infatti, a fronte di un'alienazione commissoria, sganciata da un concomitante o preesistente contratto di garanzia, hanno prospettato, in luogo della nullità dell'intero negozio, diverse soluzioni alternative muovendo dall'ammissibilità del patto marciano. Da una parte si invoca¹⁸⁹ l'art. 1424 c.c. e, dunque, la conversione del negozio commissorio autonomo nullo in patto marciano, dall'altra la caducazione della pattuizione commissoria con automatica sostituzione con quella marciana in armonia con il principio di conservazione dei negozi giuridici.

né giustificazione per permanere nel patrimonio del debitore. E dunque va, in ogni caso «riportato» al patrimonio del debitore, a prescindere, in altre parole, dal fatto che il patto in concreto stipulato tra le parti ne preveda espressamente il verificarsi». Tuttavia, l'Autore sebbene escluda la *necessità* che l'obbligo di restituzione dell'eccedenza sia oggetto di un'espressa pattuizione negoziale, in quanto elemento naturale dell'alienazione a scopo di garanzia, ne ravvisa l'*opportunità* al fine di garantire la certezza della regolamentazione dei rapporti giuridici tra le parti. Nella più recente giurisprudenza di legittimità si v. Cass. civ., sez III, 6.07.2017, n. 16646, in *il Corriere giuridico*, 2017, 12, pp. 1502 e ss., con nota di V. Viti "*La liceità del sale and lease back alla luce del divieto di patto commissorio della previsione di meccanismi marciani*", pp. 1504 e ss. spec. p. 1513. In particolare, l'Autore sottolinea come l'alienazione in funzione di garanzia per un valore eccedente l'ammontare del credito sarebbe affetta da nullità per difetto di causa giacché essendo "*l'entità del credito insoddisfatto la misura entro cui la successiva realizzazione dell'interesse creditorio attraverso il bene volto a garantire quel credito possa ritenersi giustificata, un'eventuale acquisizione, conseguente ad un trasferimento in garanzia, eccedente rispetto al valore del credito non soddisfatto sarebbe priva di causa, in quanto non giustificabile attraverso quella funzione di garanzia che era stata posta alla base del medesimo trasferimento.*"

¹⁸⁸ Al riguardo, cfr. F. Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 452, il quale sostiene che "*l'alienazione in garanzia [...] non si identifica né comprende necessariamente in sé una convenzione commissoria, poiché il regolamento convenzionale si completa con un obbligo di restituzione dell'eccedenza che esclude l'assimilabilità alla fattispecie vietata*".

¹⁸⁹ In tal senso si v. G. Di Rosa, *Autonomia contrattuale e attività d'impresa*, Torino, 2010, pp. 61 e ss.; G. Gitti, *Divieto del patto commissorio, frode alla legge, "sale and lease back"* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 49.

Ed ancora, c'è chi suggerisce di limitare la nullità alla sola parte dell'operazione che preveda il trasferimento del bene per un valore eccedente rispetto al credito garantito¹⁹⁰ oppure, infine, chi propone di escludere la sanzione invalidatoria ove il creditore riesca a provare che il bene trasferito con l'alienazione commissoria, all'atto della stipulazione, presentava un valore pari o inferiore all'ammontare del debito¹⁹¹.

Tuttavia, al fine di evitare forzature esegetiche sembra preferibile la prospettazione offerta dall'orientamento giurisprudenziale dominante in materia di patto commissorio accessorio il quale, come si è visto, ricorre alla figura della nullità parziale di cui all'art. 1419 c.c. disponendo l'invalidità della sola convenzione commissoria in ossequio al principio di conservazione del contratto, ma senza scomodare la fattispecie marciana.

Quale che sia la soluzione corretta, non può negarsi che tutte le analisi ricostruttive non fanno altro che confermare il ruolo decisivo rivestito dal principio di proporzionalità e riequilibrio delle prestazioni in materia di garanzie reali.

6. Struttura e funzione del patto marciano

Dall'illustrato repertorio giurisprudenziale e dottrinale si può ragionevolmente sostenere che affinché possa ritenersi integrata una clausola marciana occorre il concorso simultaneo dei seguenti elementi costitutivi; ii) la stima del valore del bene, redatta da un perito terzo ed imparziale, ii) la collocazione temporale della relazione peritale in un

¹⁹⁰ Cfr. N. Cipriani, *Il patto marciano tra discipline di settore e sistema*, cit., p. 196, il quale sostiene che il canone di proporzionalità suggerisce un meccanismo di riequilibrio negoziale in luogo dell'integrale rimozione dell'appropriazione.

¹⁹¹ Tale prospettazione ricostruttiva è stata proposta da A. Luminoso, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, cit., p. 26; Id., *Alla ricerca degli arcani confini*, cit., p. 240.

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

Premesso che il patto marciano, al pari di quello commissorio, può essere *accessorio* ad un negozio di garanzia ovvero *autonomo*, nonché postulare un trasferimento risolutivamente o sospensivamente condizionato (all'adempimento o inadempimento), appare opportuno procedere ad un'analisi più dettagliata dei suoi singoli elementi strutturali.

Al riguardo, la giurisprudenza di legittimità ha manifestato un atteggiamento piuttosto rigoroso nel tracciare l'esatto contenuto della convenzione in esame censurando, come si vedrà, pattuizioni generiche.

In merito alla relazione peritale, la Suprema Corte, con la più volte citata sentenza del 2015¹⁹², ha precisato che l'*aestimatio* del bene deve avvenire “*entro tempi certi e con modalità definite*”.

È, dunque, necessario che nella clausola marciana siano individuati dei “*meccanismi oggettivi e procedimentalizzati*” che assicurino una valutazione equa in quanto ancorata a parametri obiettivi ovvero eseguita da un perito terzo ed imparziale il quale, a sua volta, si dovrà uniformare ai predetti criteri. Nulla esclude che le parti possano convenzionalmente stabilire, in concreto e sulla base della pratica degli affari, delle diverse modalità di espletamento della relazione peritale purché, dalla formulazione della clausola, risulti che le stesse abbiano voluto anticipatamente pattuire che il trasferimento del bene a garanzia del credito potrà avvenire solo ad un “*giusto prezzo*” con conseguente obbligo del creditore di versare l'eccedenza del corrispettivo.

¹⁹² Cass. civ., sez. I, 28.01.2015, n. 1625, cit., pp. 486 e ss. con nota di F. Scardino, *Il contratto di sale and lease back tra causa in concreto e cautela marciana*.

Non è, pertanto, sufficiente la nomina di un esperto terzo ed imparziale, ma è, altresì, fondamentale prestabilire *ex ante* tempi e modalità dell'operazione di redazione della stima. Tale assunto è stato ribadito anche negli ultimi arresti giurisprudenziali in cui la Suprema Corte, in materia di *sale and lease back*, ha escluso l'integrazione del patto marciano in caso di pattuizione estremamente sommaria con cui si prevedeva, a fronte dell'inadempimento dell'utilizzatore, una mera facoltà discrezionale e generica del concedente di richiedere il risarcimento dei danni parametrato all'ammontare dei canoni a scadere e maggiorato dagli interessi¹⁹³.

Sul requisito di imparzialità e terzietà del perito, in passato, si riteneva che lo stesso fosse soddisfatto anche in caso di nomina solo "formalmente" condivisa e, dunque, verosimilmente imposta dal creditore al debitore. Difatti, ciò che rilevava era l'estraneità e, dunque, neutralità dell'esperto rispetto alle parti del rapporto obbligatorio, potendo, il debitore, superare eventuali determinazioni imparziali attraverso l'impugnazione della stima per erroneità o manifesta iniquità ai sensi e per gli effetti dell'art. 1349 c.c.¹⁹⁴. Sulla questione è, di recente, intervenuta la nuova normativa dei marciali speciali. In particolare, l'art. 120 *quinquiesdecies*, comma 4, lett. d, T.U.B. prevede che il perito debba essere nominato di comune accordo

¹⁹³ Cass. civ., sez. III, ord., 07.03.2019, 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 ha statuito che non risponde ai canoni strutturali del patto marciano una clausola in cui è "[...] *contemplata semplicemente la "facoltà del concedente di richiedere il risarcimento dei danni in misura pari alla sommatoria di tutti i canoni successivi attualizzati...dedotto quanto il concedente abbia conseguito disponendo dei beni, al netto del corrispettivo pattuito per l'opzione", ossia una misura del tutto generica e discrezionale, collegata alle pretese risarcitorie del concedente, che unitamente alle restanti clausole contrattuali lascia[va] anzi presumere l'esistenza di difficoltà economiche dell'impresa venditrice (poi in effetti fallita) ed un verosimile approfittamento delle sue condizioni di debolezza da parte della banca finanziatrice*".

¹⁹⁴ Sull'applicabilità dell'art. 1349 c.c. alla relazione peritale, cfr. E. Marocco, *Note sul patto marciano*, in *Nuovo dir.*, 1989, p. 978; C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 223; U. Carnevali, *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXII, cit., p. 505.

dalle parti, ovvero, in mancanza, dal Presidente del Tribunale. Ancora più dettagliatamente, l'art. 48 *bis* del T.U.B. disciplina in maniera puntuale il procedimento peritale e sancisce esplicitamente l'impugnabilità della stima *ex art.* 1349 c.c. Tuttavia, come avremo modo di vedere, in tale ultimo sottotipo marciano il riferimento all'art. 1349 c.c. appare atecnico in quanto il perito è designato esclusivamente dal Presidente del Tribunale configurandosi alla stregua di un ausiliario del giudice, come tale, sottoposto al regime di responsabilità di cui all'art. 64 c.p.c. e, non già, un terzo arbitratore con tutto ciò che ne consegue sul profilo dell'impugnabilità¹⁹⁵.

Quanto al tempo dell'*aestimatio*, tale profilo risulta, in realtà, un po' trascurato in sede giurisprudenziale. Basti pensare che la sentenza del 2015 esclude genericamente, e senza una approfondita motivazione, che la verifica della congruità del trasferimento e del "giusto prezzo" possa avvenire all'atto di conclusione del contratto rinviando, implicitamente, ad un momento successivo.

La collocazione temporale della valutazione peritale *post* inadempimento è stata, dapprima, giustificata al fine di scongiurare quella sproporzione dello scambio che, per coloro i quali rintracciano nell'art. 2744 c.c. una presunzione assoluta di trasferimento iniquo, sarebbe senz'altro sussistente al momento di costituzione del rapporto obbligatorio, attesa la situazione di debolezza economica e soggezione morale del debitore.

¹⁹⁵ Con riferimento alla stima prevista dall'art. 48 *bis* T.U.B. si è parlato di *perizia contrattuale ex lege* impugnabile, in ragione della sua natura negoziale, non, già, *ex art.* 1349 c.c. per manifesta erroneità o iniquità, bensì per errore, violenza o dolo in base a quanto previsto dalla disciplina generale del contratto in materia di vizi del consenso. Si v. S. Pagliantini, *Sull'art. 48 bis T.U.B.: il "pasticcio" di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, in *I nuovi marciani*, Torino, 2017, p. 91. Tuttavia, la questione sulla natura giuridica della relazione peritale è, tutt'oggi, molto controversa.

Tale impostazione, tuttavia, non convince. È stato, infatti, prontamente obiettato che l'iniquità del trasferimento, presuntivamente esistente all'atto di instaurazione del rapporto negoziale, sarebbe comunque superabile dall'intervento del perito, terzo e imparziale, mediante la determinazione dell'*an* e del *quantum* dell'eccedenza da corrispondere al debitore. Pertanto, qualcuno¹⁹⁶ ravvisa la ragione della individuazione del segmento temporale della valutazione peritale in un momento successivo all'inadempimento nella posizione di diffidenza che il nostro ordinamento sembra assumere nei confronti di pattuizioni preventive della fase patologica del rapporto obbligatorio (si vedano ad esempio artt. 1229 e 2937, comma II, c.c.). In realtà, anche tale rilievo non appare pienamente condivisibile atteso che, al contrario, non sono certamente estranee al nostro sistema codicistico delle forme di regolamentazione pattizia e preventiva delle conseguenze dell'inadempimento con appetibile funzione deflattiva. Ne sono un esempio emblematico gli istituti della clausola penale ovvero della clausola risolutiva espressa.

Infine, la proporzionalità dello scambio e, dunque, la congruenza tra valore della *res* ed entità del credito (che la relazione peritale è preordinata a garantire), nonché l'obbligo di corrispondere l'eventuale *surplus* rappresenta il tratto distintivo, per eccellenza, della convenzione marciiana. Su tale elemento riposa, difatti, l'essenza dell'effetto legalizzante del patto marciiano nonché il *discrimen* rispetto al limitrofo patto commissorio giacché mentre in quest'ultimo “*l'equivalenza tra il valore del bene ed il valore del credito è del tutto casuale, nel patto marciiano essa è assunta a*

¹⁹⁶ Per un'analisi ricostruttiva sul fondamento giustificativo della collocazione cronologica dell'*aestimatio*, si v. C. De Menech, *Il patto marciiano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, cit., p. 839 e ivi riferimenti giurisprudenziali. L. Follieri, *Il patto marciiano tra diritto «comune» e «speciale»*, cit., p. 1861.

*contenuto stesso del contratto, costituendo oggetto di un diritto del debitore*¹⁹⁷.

Il canone della proporzionalità consente, altresì, di distinguere la pattuizione marciانا dalla *datio in solutum* in cui, com'è stato a suo tempo precisato, è ben possibile che la prestazione surrogatoria possa avere un valore superiore a quella originariamente dovuta¹⁹⁸.

In relazione all'obbligo di restituzione dell'eccedenza l'orientamento prevalente ritiene¹⁹⁹ che trattasi di un connotato strutturale del patto marciانا che necessita di un esplicito inserimento all'interno della medesima clausola. Aderendo, invece, alle posizioni dottrinali, in precedenza esaminate, che distinguono tra alienazioni con causa di garanzia e trasferimento con causa di scambio e motivo di garanzia, il diritto del debitore alla restituzione dell'eccedenza rappresenterebbe un effetto naturale delle prime con conseguente configurazione di un marciانا implicito.

In altri termini, qualora l'alienazione ravvisi il suo fondamento giustificativo nella garanzia di un preesistente credito, una volta trasferito il bene per un valore concorrente all'ammontare del rapporto obbligatorio la causa di garanzia esaurirebbe la sua funzione. Dunque, per il valore residuo scatterebbe in automatico l'obbligo di restituzione venendo a mancare la giustificazione causale dello spostamento patrimoniale del

¹⁹⁷ Il rilievo è di C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 28. In termini analoghi si esprime R. De Nictolis, in *Rivista di diritto civile*, 1991, II, p. 540, il quale sostiene che *“la differenza tra patto commissorio non svantaggioso per il debitore – illecito- e patto marciانا- lecito- sta in ciò che nel primo la vantaggiosità per il debitore è del tutto casuale, mentre nel secondo è assunta a contenuto stesso del programma negoziale”*.

¹⁹⁸ Sul punto, ed in senso critico sul rapporto tra *datio in solutum* e tutela del debitore, si v. A. Luminoso, *Patto marciانا e sottotipi*, cit., 1407.

¹⁹⁹ Cfr., tra i tanti, C. De Menech, *Il patto marciانا e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, cit., p. 840.

*surplus*²⁰⁰.

Tuttavia, la giurisprudenza dominante ritiene che la corresponsione dell'eccedenza debba essere fatta oggetto di un'espressa menzione all'interno della clausola marciiana²⁰¹. Tale soluzione sembra preferibile soprattutto al fine di evitare incertezze nella prassi applicativa dei rapporti obbligatori e di prevenire l'insorgenza di contenziosi giudiziari.

Individuato, nei suddetti termini, il contenuto minimo indefettibile della clausola marciiana nulla impedisce che le parti, nell'esercizio della loro autonomia contrattuale, corredano la suddetta pattuizione disciplinandone ulteriori profili. Ad esempio, le stesse potrebbero stabilire la ripartizione del compenso da corrispondere al perito ovvero, ancora più opportunamente, l'eventuale effetto esdebitativo del trasferimento marciano anche qualora il valore del bene dovesse essere, questa volta, inferiore all'entità del credito garantito.

Quest'ultimo aspetto è particolarmente delicato e rievoca il pregiudiziale dibattito, tutt'altro che teorico, sulla funzione del patto marciano. Ed invero, rinviando a quanto, sul punto, rilevato in materia di patto commissorio, non può trascurarsi che l'effetto esdebitatorio possa rinvenirsi solo ove si riconosca alla clausola *de qua* funzione solutoria-satisfattiva. Qualora, al contrario, si configuri il patto marciano alla stregua di uno strumento negoziale con finalità di garanzia si applicherebbero le normali regole che presiedono il sistema delle garanzie reali le quali

²⁰⁰ A. Dolmetta, *La ricerca del «marciano utile»*, cit., pp. 815-816; A. Dolmetta – G.P. Portale, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1986, I. F. Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 452.; U. Stefini, *La cessione del credito con causa di garanzia*, cit., p. 51.

²⁰¹ Tuttavia, come prontamente osservato, vi sono dei casi in cui la giurisprudenza ha riconosciuto delle fattispecie marciiane ove la restituzione dell'eccedenza sarebbe *in re ipsa*, come nella cessione di crediti a scopo di garanzia ovvero il mandato a vendere *causa cavendi*. Cfr. C. De Menech, *Patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, cit., p. 838, *sub nota n. 77*.

escludono, in caso di incapienza della *res*, l'estinzione dell'obbligazione, potendo, dunque, il creditore insoddisfatto aggredire il restante patrimonio del debitore.

La questione si complica ulteriormente se si volge lo sguardo alla normativa introdotta con i marciali speciali dalla quale non è possibile evincere una regola comune favorevole o contraria all'effetto esdebitativo essendo, lo stesso, in alcune fattispecie espressamente escluso (risoluzione contratto di *leasing*, comma 138 l. 124/2017), in altre incluso (credito immobiliare ai consumatori *ex* 120 *quinquiesdecies* T.U.B.) ed, in altre ancora, addirittura, il legislatore rimane silente.

L'esigenza di certezza giuridica e dei traffici commerciali, dunque, postula la necessità che la possibilità o meno di produzione di un siffatto effetto divenga, quantomeno, oggetto di una esplicita volontà negoziale.

Non va, infine, trascurato che, la più recente dottrina²⁰² (svolgendo le medesime considerazioni elaborate con riferimento al patto commissorio cui si rinvia) conferisce al patto marcialo funzione di autotutela esecutiva sull'assunto dell'impossibilità di subordinare l'effetto di un negozio solutorio ad una condizione sospensiva di inadempimento ovvero risolutiva di adempimento.

Questa prospettazione per un verso è ineccepibile in ragione dell'innegabile incompatibilità strutturale tra patto marcialo e negozio solutorio. In una prospettiva sistematica, si disvela, altresì, perfettamente in armonia con

²⁰² Il riferimento è ad A. Luminoso, *Patto marcialo e sottotipi*, cit., p. 1406 e ivi riferimenti bibliografici a C.M. Bianca, *Diritto civile*, cit., p. 432. Sulla funzione di autotutela del patto marcialo cfr. anche A. Dolmetta, *La ricerca di un marcialo «utile»*, cit., p. 820, il quale ravvisa il *discrimen* tra patto marcialo e alienazioni con scopo di garanzia nella "predisposizione pattizia[...] di un apposito meccanismo peritale (del bene in garanzia), che viene organizzato in *via di autotutela* (fuori da strutture di tipo giurisdizionale, cioè) e che è inteso a regolare il soddisfacimento del diritto garantito in *via esecutiva*." (corsivo aggiunto).

l'ascesa dei nuovi marciani quale indubbia volontà del legislatore di introdurre, in un'ottica di efficienza e speditezza dei traffici commerciali, delle forme di tutela privata esecutoria alternative alle lungaggini e pregiudizievoli procedure concorsuali. Tuttavia, di contro, lascia impregiudicata la questione sull'effetto esdebitativo della convenzione marciana costringendo gli operatori del diritto a ricercare altrove, ovvero su un piano diverso da quello funzionale, la relativa soluzione.

Difatti, rinviando²⁰³ a quanto, sul punto, verrà più approfonditamente esaminato con riferimento al marciano nei contratti di finanziamento alle imprese (48 *bis* T.U.B.), si anticipa sin da ora che l'orientamento che riconosce al patto marciano funzione di autotutela esecutiva sfocia in due varianti in merito all'effetto esdebitativo ove non espressamente previsto *ex lege*. Da un parte, vi è chi ritiene inammissibile l'esdebitazione in quanto la portata estintiva dell'alienazione marciana sarebbe inconciliabile con il fondamento causale non solutorio della medesima e richiederebbe, in ossequio all' art. 2740, II comma, c.c., un'apposita copertura normativa in quanto limitazione della responsabilità patrimoniale del debitore. Sul versante, opposto, invece, si sta facendo strada l'opinione che la funzione autosatisfattiva della convenzione marciana può spingersi fino al punto di estinguere l'obbligazione cui accede anche qualora il valore del bene alienato risulti inferiore al debito residuo in quanto il principio di tipicità di cui all'art. 2740 II comma c.c. deve essere interpretato nel senso di precludere solo quelle limitazioni di responsabilità patrimoniali rimesse alla discrezionalità del debitore, ma non anche quelle che siano il frutto di una volontà espressa e concordata del creditore.

²⁰³ Per i riferimenti bibliografici delle relative prospettazioni dottrinali si rinvia al Cap. III, par. 1.5 sul 48 *bis del T.U.B.*

CAPITOLO III

I MARCIANI SPECIALI

SOMMARIO: 1. *I nuovi marciiani*. – 1.1. *La garanzia finanziaria*. – 1.2. *Il prestito vitalizio ipotecario*. – 1.3. *Il marciiano nei contratti (b2c) di credito immobiliare ai consumatori; l’art. 120 quinquiesdecies del T.U.B.* – 1.4. *Il pegno non possessorio*. – 1.5. *Il marciiano nei contratti (b2b) di finanziamento alle imprese; l’art. 48 bis del T.U.B.* – 1.6. *Il marciiano “al contrario” nella risoluzione del leasing finanziario*. – 2. *Considerazioni conclusive: patto marciiano da atipicità a tipicità?*

1. I nuovi marciiani

Nelle pagine che seguono si svolgerà un’analisi delle figure di nuovo conio, significativamente denominate i “*nuovi marciiani*”²⁰⁴, introdotte di recente dal legislatore e appartenenti all’attuale *trend normativo* che sta interessando il nostro ordinamento giuridico nonché decretando l’inizio del percorso di rivisitazione del tradizionale sistema di garanzie reali.

Nella maggior parte dei casi i neo-tipizzati congegni operativi sono il risultato del recepimento della normativa eurounitaria. Non una mera causalità, ma il segno della sempre più sentita esigenza di una regolamentazione uniforme al fine di favorire la concorrenzialità ed efficienza dei traffici commerciali ed, in generale, del mercato unico europeo.

Più precisamente, verranno analizzati: la garanzia finanziaria, il prestito

²⁰⁴ L’espressione è il titolo del volume di G. D’Amico, S. Pagliantini, F. Piraino, T. Rumi, *I nuovi marciiani*, Torino, 2017. L’opera offre un prezioso contributo per l’approfondimento delle fattispecie in esame.

vitalizio ipotecario, il credito immobiliare ai consumatori (art. 120 *quinquiesdecies* T.U.B), il pegno non possessorio, i contratti di finanziamento alle imprese (art. 48 *bis* T.U.B.) ed, infine, la nuova disciplina della risoluzione del *leasing* finanziario. Si rammenta che gli schemi negoziali ivi previsti vengono esplicitamente menzionati nella relazione al Disegno di legge recante la Delega al Governo per la revisione del Codice Civile (DDL. S. n. 1151 del 19.03.2019) quale criteri direttivi e modelli da seguire nell'introduzione delle nuove forme di garanzia del credito²⁰⁵.

Per ciascun istituto verranno approfonditi, per quel che più strettamente attiene la presente analisi, gli appositi strumenti di esecuzione privata riconosciuti a favore del creditore ed i rapporti con eventuali procedure concorsuali sopravvenute rispetto all'inadempimento del debitore.

In particolare, a seconda delle fattispecie di volta in volta esaminate, verranno in rilievo: i) la vendita in autotutela del bene gravato da garanzia, ii) l' "appropriazione" dello stesso a soddisfacimento del debito ovvero, per quello che più ci interessa da vicino, iii) il trasferimento della proprietà della *res* in favore del creditore, sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore, secondo la logica marciiana.

Corre l'obbligo di precisare sin da ora che sebbene la vendita (2797 c.c.) nonché l'assegnazione della cosa in pagamento (2798 c.c.) siano già previste dalla disciplina ordinaria, negli istituti *de quibus* diventano dei veri e propri strumenti autoesecutivi, paragiurisdizionali essendo rimessi interamente ad attività di competenza esclusiva del creditore senza alcuna

²⁰⁵ Per la relazione al Disegno di legge recante la Delega al Governo per la revisione del Codice Civile, presentata al Senato il 19.03.2019, cfr. il testo del DDL. S. n. 1151 in <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/342884.pdf>.

partecipazione dell'autorità giurisdizionale.

Come anticipato, l'attenzione verrà maggiormente rivolta alle modalità autosatisfattive consistenti nell'alienazione del bene a favore del creditore attesa l'assimilabilità allo schema marciano.

Si individuerà dunque, per ciascuna figura, se trattasi di un vero e proprio “patto” (artt. 120 *quinquiesdecies* e 48 *bis* T.U.B.) ovvero di “meccanismo” marciano a seconda che l'effetto traslativo trovi la sua fonte nella legge ovvero sia il risultato di una manifestazione di volontà negoziale. Ancora, si esaminerà la natura “accessoria” ovvero “autonoma” del congegno marciano, ma soprattutto, si provvederà all'accertamento della sussistenza dei tre elementi indefettibili del marciano di diritto comune (*aestimatio* del bene eseguita da un perito terzo e imparziale e successiva all'inadempimento, proporzionalità dello scambio ed obbligo di restituzione dell'eccedenza) secondo lo “statuto” dettato dalla più volte citata sentenza della Corte di Cassazione del 2015²⁰⁶.

In conclusione, si indagherà sull'esistenza, o meno, della previsione di un effetto esdebitativo conseguente l'attivazione del meccanismo marciano. Al riguardo, prima di entrare nel vivo dell'argomento, occorre fare qualche breve precisazione.

Il termine “esdebitazione” è, in realtà, mutuato dal diritto fallimentare in cui con tale espressione si fa riferimento alla liberazione del debitore dei debiti che residuano al termine dalla procedura concorsuale²⁰⁷. Tuttavia, in questa sede, all'identità del termine non segue la sovrapposibilità dei due istituti venendo in luce elementi discretivi di notevole rilevanza.

²⁰⁶ Cass. civ., sez. I, 28.01.2015, n. 1625, cit., *passim*.

²⁰⁷ Per i rilievi che seguono sul raffronto tra i due istituti si v. L. Follieri, *Il patto marciano tra diritto «comune» e «speciale»*, cit., pp. 1864 e ss.

Innanzitutto, mentre l'esdebitazione fallimentare produce un effetto liberatorio nei confronti della massa dei creditori, in ambito marciano opera solo a favore del singolo creditore parte del patto (o del meccanismo) ed integra un'ipotesi di limitazione dell'universale responsabilità patrimoniale del debitore.

Diverse sono anche le conseguenze sul piano giuridico. Nella procedura concorsuale l'effetto esdebitativo determina l'*inesigibilità* del credito con conseguente irripetibilità in caso di successivo adempimento spontaneo del debitore tornato *in bonis* (il quale, magari, salda i debiti residui per recuperare i rapporti commerciali con i creditori). Nell'alienazione marciana, invece, comporta, per il creditore, la più grave conseguenza dell'*estinzione* del rapporto obbligatorio. Pertanto, in caso di pagamento del debitore si integreranno gli estremi dell'indebito oggettivo con relativa applicazione dell'art. 2033 c.c.

Infine, l'esdebitazione concorsuale trova la sua fonte in un provvedimento giurisdizionale qual è il decreto del Tribunale (art. 143, comma I, l. fall.) in cui viene sancita, per l'appunto, l'inesigibilità dei crediti residui. Nei trasferimenti marciali, di contro, il possibile effetto esdebitativo, integra, per la sua portata estintiva, un'ipotesi di limitazione della responsabilità generica del debitore e, pertanto, opera sulla base di un'espressa previsione di legge in ossequio all'art. 2740, II, comma, c.c. Da qui, come vedremo, i dibattiti ermeneutici, tutt'oggi irrisolti, sulla possibilità di un'esdebitazione anche per quei marciali speciali in cui tale elemento sia sprovvisto di copertura legislativa (attraverso l'estensione in via analogica delle fattispecie in cui il medesimo è espressamente tipizzato), nonché l'interrogativo sulla possibilità di configurare l'effetto esdebitativo quale

elemento naturale, in aggiunta ai tre requisiti indefettibili, del marciano di diritto comune.

1.1. La garanzia finanziaria

Da un punto di vista cronologico la prima figura negoziale che irrompe nel tradizionale panorama delle garanzie reali è costituita dal contratto di garanzia finanziaria²⁰⁸.

Tale istituto è stato introdotto con il D. Lgs. 170/2004²⁰⁹ (d'ora in poi Decreto) il quale, a sua volta, ha recepito la direttiva 2002/47/CE²¹⁰ c.d. *Collateral*.

Dal combinato disposto della normativa domestica ed eurounitaria appare evidente che la *ratio* ispiratrice sia, senz'altro, quella di promuovere la concorrenzialità e la stabilità dei mercati finanziari attraverso la semplificazione dei modelli contrattuali e degli strumenti soddisfattivi svincolandoli da oneri amministrativi ed eccessivi formalismi, il tutto

²⁰⁸ 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, p. 617 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, p. 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.

²⁰⁹ Per il testo del Decreto Legislativo del 21 Maggio 2004 n. 170 si v. <https://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/testi/04170dl.htm>. Il suddetto provvedimento verrà analizzato alle luce delle modifiche introdotte dal decreto legislativo n. 48 del 24/3/2011 di recepimento della direttiva 2009/44/CE consultabile sul sito http://www.edizionieuropee.it/LAW/HTML/9/zn28_01_013.html.

²¹⁰ Cfr. GUCE L. 168 del 27 Giugno 2002, 43- 50. Tale atto normativo è stato, di recente, modificato dalla direttiva n. 2009/44/CE cfr. il sito <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:146:0037:0043:IT:PDF>.

nell'ottica di “*instaurare un equilibrio tra l'efficienza del mercato e la sicurezza delle parti e dei terzi, evitando tra l'altro un rischio di frode*” (considerando n. 10 direttiva 2002/47/CE).

L'efficienza e la speditezza dei traffici commerciali postula, quale logico corollario, la certezza e stabilità dei rapporti contrattuali. A tal fine, la disciplina in esame si preoccupa di dettare una serie di norme definitorie degli istituti in rilievo nonché, come si vedrà, delle apposite disposizioni finalizzate a tutelare la conservazione dei negozi stipulati, soprattutto, nell'ipotesi di sopravvenute, o anche concomitanti, procedure concorsuali. Alla luce dell'art. 1 del Decreto, per contratto di garanzia finanziaria si intende “*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*”.

Trattasi, dunque, di regolamenti negoziali il cui oggetto è costituito da *attività finanziarie*²¹¹ (ossia crediti, strumenti finanziari, e, in seguito alle novità introdotte con il D. Lgs 48/2011, anche il denaro contante) preposti a garantire l'adempimento di *obbligazioni finanziarie* anche condizionali ovvero future. Con tale locuzione si intendendo tanto le obbligazioni pecuniarie quanto quelle di *dare* (diverse dal denaro) consistenti nella consegna di strumenti finanziari (art. 1 lett. t.) del Decreto).

Già dalla definizione della figura contrattuale è possibile apprezzare la portata innovativa del Decreto.

Ed invero, l'art. 1 sembra, *prima facie*, conferire veste normativa ad alcune fattispecie dalla dubbia ammissibilità. Al di là del riferimento alla cessione

²¹¹ Per l'esatta definizione di attività finanziarie si rinvia all'art. 1 lett. c) del D. Lgs. 170/2004 così come modificato dal D. Lgs. 24/3/2011 n. 48.

di credito con funzione di garanzia (la cui validità, come si è visto, non è mai stata messa in discussione, e viene qui confermata), con le espressioni “*trasferimento della proprietà di attività finanziarie con funzione di garanzia*” e “*qualsiasi altro contratto di garanzia reale*” pare non potersi più dubitare sulla validità delle alienazioni a scopo di garanzia, nonché sull’ammissibilità di garanzie reali *atipiche*.

Se questo è vero, tuttavia, d’altra parte non si può senz’altro sostenere la sopravvenuta generale tipizzazione delle *alienazioni causa cavendi* poiché la natura spiccatamente settoriale della disciplina *de qua*, lungi dal conferire rango di tipo normativo, sembra, piuttosto, limitarsi a circoscriverne la validità per i contratti di garanzia finanziaria. Analogamente, la rivoluzionaria apertura verso l’atipicità delle garanzie reali viene, di fatto, fortemente ridimensionata giacché deve, comunque, trattarsi di *res* suscettibili di “spossessamento” ovvero di “controllo” da parte del creditore con esclusione, dunque, delle garanzie fluttuanti di scaturigini anglosassoni ben note nella prassi applicativa²¹². In altri termini, si richiede la fornitura della garanzia, ove essa possa essere provata per iscritto, al fine di consentire la tracciabilità con evidente funzione protettiva nei confronti del beneficiario il quale, come si vedrà, sarà anche titolare di poteri dispositivi. Non potendo, in questa sede, esaurire la disamina dell’intero impianto normativo si procederà all’analisi dei profili che appaiono più sovversivi e maggiormente correlati al tema d’indagine.

Al riguardo, occorre segnalare l’art. 4 del Decreto. Tale disposizione normativa disciplina le diverse modalità di escussione del pegno attribuendo al creditore pignoratizio tre modalità alternative: i) *alienazione*

²¹² G. Sardo, *La disciplina del contratto di garanzia finanziaria: appunti sul D. Lgs. 21 maggio 2004*, n. 17, cit., p. 619.

delle attività finanziarie oggetto del pegno, trattenendo il ricavato a soddisfacimento del credito, ma solo fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita, ii) *appropriazione* delle suddette attività, eccezion fatta per il contante, sempre nei limiti del valore dell'obbligazione finanziaria garantita, e purché tale possibilità sia espressamente convenuta nel contratto con i relativi criteri di valutazione ed, infine, iii) *utilizzo* del contante oggetto della garanzia fino a soddisfacimento del proprio credito.

Al beneficiario si riserva, pertanto, un corsia preferenziale rispetto alla disciplina ordinaria codicistica del pegno, in cui la vendita della *res* conferita non può essere eseguita autonomamente dal creditore, ma deve avvenire mediante pubblico incanto ovvero tramite soggetti all'uopo autorizzati e previa intimazione. Ed, ancora, rispetto all'assegnazione della cosa in pagamento (2798 c.c.) non si richiede l'esperimento di un'apposita domanda e dell'autorizzazione giudiziale.

La modalità esecutiva più significativa, per i nostri fini, è, senz'altro, quella appropriativa. Corredata dal limite del valore dell'obbligazione garantita e dall'obbligo di restituzione dell'eccedenza (comma II, art. 4), essa rievoca, inequivocabilmente, un meccanismo marciano, confermando la progressiva posizione di apertura del nostro ordinamento verso forme di autotutela esecutiva privata²¹³. Ciò è ancora più evidente ove si consideri che trattasi di un'espressa scelta del legislatore italiano, laddove la direttiva faceva

²¹³ Sempre nell'ottica di semplificare le modalità di escussione accordando preminenza alle forme di autotutela si osserva che l'art. 7 introduce la c.d. clausola di «close out- netting». Essa sancisce la possibilità delle parti di prevedere che al verificarsi di uno degli eventi che determina l'escussione: 1) le obbligazioni diventano immediatamente esigibili e si convertono in obbligazione pecuniarie di ammontare pari al loro valore corrente, 2) si calcolano le reciproche posizioni debitorie e creditorie determinando la differenza da liquidare in favore del contraente che risulterà creditore con conseguente estinzione dei reciproci rapporti secondo un meccanismo assimilabile alla compensazione.

salva la facoltà degli Stati (c.d. clausola di *out-put*), ove non prevista dal diritto interno, di non recepire la modalità di escussione mediante appropriazione²¹⁴.

Altra novità rivoluzionaria è il conferimento al creditore pignoratizio del potere di disporre (art. 5), anche mediante alienazione delle attività oggetto della garanzia, sempre che tale facoltà sia prevista *ex contractu*, con il contestuale obbligo di costituire una garanzia equivalente a quella originaria, senza che si producano effetti novativi, di tal che la suddetta garanzia equivalente si considera effettuata alla data di costituzione di quella sostituita (mantenendo, il creditore, il grado relativo alla data di iscrizione della medesima), secondo il sempre più diffuso schema del pegno rotativo.

Ma la disposizione più dirompente è senza dubbio quella riportata nell'art. 6²¹⁵, comma II, in base al quale “*Ai contratti di garanzia finanziaria che prevedono il trasferimento della proprietà con funzione di garanzia, compresi i contratti di pronti contro termine, non si applica l'art. 2744 c.c.*”.

La norma contiene un'espressa deroga al divieto di patto commissorio prescrivendo una disapplicazione dell'art. 2744 c.c.

In realtà, ad un'analisi più attenta, ci si accorgerà che si discorre di una disapplicazione più apparente che effettiva.

Innanzitutto, il carattere derogatorio della norma letto, *a contrario*, non fa altro che confermare che al di fuori delle vicende traslative ivi prescritte,

²¹⁴ Cfr. G. La Sorda, *La nuova disciplina in materia di contratti di garanzia finanziaria*, cit.; C. Avolio, *Il pegno non possessorio nel fallimento*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2019, 2, p. 285.

²¹⁵ Sul punto si precisa che anche su tale profilo l'Italia non si è avvalsa della facoltà di *out-put*. Difatti, la direttiva *Collateral* lasciava salva la facoltà degli Stati di escludere dal suo campo di applicazione alcuni titoli come, per l'appunto, le azioni di proprietà del datore di garanzia.

ossia quelle aventi ad oggetto attività finanziarie finalizzate a garantire obbligazioni finanziarie, rimane fermo il cogente divieto di alienazioni commissorie *causa cavendi*.

Al rigorismo della disapplicazione dell'art. 2744 c.c. farebbe, inoltre, da contraltare un duplice contemperamento: i) il canone della ragionevolezza commerciale e ii) l'obbligo di restituzione dell'eccedenza.

Quanto al primo profilo, l'art. 8, nell'indicare le condizioni di realizzo delle attività finanziarie ed i criteri di valutazione, sancisce l'obbligo del rispetto della c.d. *ragionevolezza commerciale*²¹⁶ la cui violazione può essere fatta valere tramite un'apposita azione giudiziaria (art. 8 comma II). Pertanto, se è vero che le parti possono contravvenire al divieto di patto commissorio, i meccanismi liquidativi non sono rimessi al loro libero arbitrio essendo l'autonomia contrattuale, sul punto, fortemente limitata dall'osservanza della ragionevolezza commerciale. Tale espressione, estremamente generica ed evanescente, tuttavia, rappresenta un parametro di valutazione della correttezza ed esatto adempimento nel rapporto obbligatorio sconosciuto al nostro ordinamento il quale, com'è noto, utilizza quello della diligenza.

È stato, infatti, prontamente osservato²¹⁷ che 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. Ne sono un esempio quelle in materia di arricchimento senza giusta causa

²¹⁶ Il rispetto di tale parametro non è prescritto per la garanzia equivalente, ma ciò si può agevolmente motivare muovendo dalla considerazione che alla luce della sua stringente definizione (si v. art. 1 lett. I) del Decreto) non si paventa il rischio di abusi non residuano dei margini di discrezionalità in capo alle parti sulle modalità di valutazione e condizioni di realizzo della garanzia.

²¹⁷ Il rilievo è di G. La Sorda, *La nuova disciplina in materia di contratti di garanzia finanziaria*, cit.

o quelle relative all'azione revocatoria con riferimento agli atti pregiudizievoli. Ed ancora, sarebbe stato più indicato ricorrere al principio di correttezza e buona fede nei rapporti contrattuali che, sebbene rappresenti anch'esso una "valvola di sistema", dalle maglie estremamente elastiche, vanta una copiosa giurisprudenza.

Onde evitare incertezze applicative, l'art. 8 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*". Orbene, 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'Italia²¹⁸. 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. Naturalmente è agevole constatare²¹⁹ che, data la difficoltà probatoria, la parte che ritiene di aver subito un pregiudizio dalle modalità di realizzo o valutazione possa invocare altri rimedi (ad esempio la violazione della buona fede e conseguente risarcimento dei danni o l'indebito oggettivo) in

²¹⁸ Sul punto, cfr. G. La Sorda, *La nuova disciplina in materia di contratti di garanzia finanziaria*, cit., il quale osserva che il carattere assoluto della presunzione se non ammette la prova contraria non esclude che il debitore possa, comunque, impugnare il contratto secondo la disciplina generale di vizi del consenso ove dimostri che le condizioni di realizzo e modalità di valutazione delle attività finanziarie siano state solo formalmente pattuite, ma sostanzialmente estorte con violenza, errore o dolo.

²¹⁹ L'osservazione è di G. Sardo, *La disciplina del contratto di garanzia finanziaria: appunti sul D. Lgs. 21 maggio 2004, n. 17*, cit., p. 623, il quale, tuttavia, paventa il rischio che siffatti rimedi non siano in grado di neutralizzare celermente l'abuso perpetrato dal beneficiario garantito.

luogo dell'azione di ragionevolezza.

Se il criterio della *ragionevolezza commerciale* desta qualche perplessità sull'effettiva tutela del debitore lo stesso non può dirsi riguardo all'obbligo di restituzione dell'eccedenza. Quest'ultimo correttivo, infatti, assicura la corrispondenza tra valore delle attività finanziarie trattenibili dal beneficiario e l'ammontare dell'obbligazione garantita nel pieno rispetto della logica marciana. Al riguardo, non si può esimere dal rilevare che, diversamente dal marciano di diritto comune, nella fattispecie *de qua* manca una stima redatta da un perito terzo e imparziale essendo la valutazione eseguita dallo stesso creditore sulla base di criteri determinati nel contratto di garanzia finanziaria e, dunque, prima dell'inadempimento. Tuttavia, tale rilievo sembra essere controbilanciato, oltre che da un controllo giurisdizionale *ex post* attivabile con l'azione di ragionevolezza, anche dalla circostanza che le attività finanziarie oggetto di garanzia sono passibili di una liquidazione certa ed oggettiva trattandosi di beni aventi valore di mercato scongiurando, così, il rischio di valutazioni inique. Pertanto, nonostante le anzidette perplessità, non sembra azzardato ritenere che il trasferimento della proprietà in funzione di garanzia che viene qui in rilievo integri gli estremi di un meccanismo marciano convenzionale, in quanto rimesso alla volontà negoziale, ed autonomo.

In merito al summenzionato obbligo di trattenere quanto in concorrenza con il debito e di restituire l'esubero è bene precisare che tale prescrizione non è espressamente sancita dall'art. 6, ma si può ragionevolmente desumere da una lettura sistematica delle norme. Invero, intanto, tale obbligo rappresenta una logica conseguenza del canone di ragionevolezza commerciale la quale, senz'altro, mal si concilia con un trasferimento di

attività finanziarie economicamente squilibrato rispetto al *quantum debeatur*. Ed, ancora, il trattenimento della garanzia fino a concorrenza del valore dell'importo dovuto con il versamento dell'eventuale *surplus* è espressamente previsto nel caso di escussione del pegno tramite alienazione. Orbene, non può negarsi che la modalità appropriativa sia assimilabile ad una vicenda traslativa, pertanto sottoporre due fattispecie analoghe ad un regime giuridico diverso darebbe luogo ad un'incongruenza difficilmente giustificabile in termini di ragionevolezza. Ed, infine, si osservi che ove l'oggetto della garanzia finanziaria fosse il denaro contante, per il quale è esclusa l'appropriazione, il meccanismo satisfattivo previsto dal comma I lett. c) dell'art. 4, consistente nell'utilizzo del medesimo contante per l'estinzione dell'obbligazione finanziaria, integra gli estremi di un pegno irregolare²²⁰ nel quale l'obbligo restitutorio dell'eccedenza è requisito indefettibile.

Anche ragioni teleologiche militano verso tale direzione atteso che la direttiva *Collateral* è finalizzata a realizzare un bilanciamento tra speditezza dei traffici commerciali e sicurezza delle parti di un rapporto obbligatorio evitando abusi nonché “*il rischio di frode*” (considerando n. 10). Ne consegue, pertanto, che l'art. 6, letto in un'ottica sistematica e teleologica, più che introdurre una rivoluzionaria deroga al divieto di patto commissorio, in realtà, con i correttivi della ragionevolezza commerciale, dell'equivalenza tra valore delle attività finanziarie e credito garantito e dell'obbligo di versare l'eccedenza, non fa altro che riproporre un meccanismo marciano²²¹ il cui implicito riconoscimento normativo,

²²⁰Cfr. G. Sardo, *La disciplina del contratto di garanzia finanziaria: appunti sul D. Lgs. 21 maggio 2004, n. 17*, cit., p. 621.

²²¹ 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*

operato dal Decreto, ne conferma la liceità.

Esaurita l'analisi delle disposizioni che più si intrecciano con il divieto di patto commissorio e patto marciano non possono essere trascurati quelle norme che, alla luce delle recenti pronunce della Corte di Giustizia, sembrano valorizzare l'altro aspetto su cui risposa il nostro tema d'indagine: la tendenziale apertura verso nuove forme di autotutela esecutiva.

Il Decreto, infatti, prescrive alcune deroghe rispetto alla disciplina fallimentare in modo da tutelare la garanzia finanziaria dall'eventuale avvio di procedure concorsuali.

Nello specifico vengono in rilievo gli artt. 4 e art. 9.

La prima norma precisa che l'escussione del pegno, secondo le modalità ivi descritte, possa avvenire anche “*in caso di apertura di una procedura di risanamento o di liquidazione*” nelle quali vi rientra il fallimento secondo la definizione dell'art. 1 lett. r). In tal modo, dunque, viene prevista un'eccezione rispetto al principio di *concorsualità* che sancisce il divieto, a carico del creditore, di azioni esecutive o cautelari individuali al momento dell'apertura del fallimento (art. 52 l. fall.).

In realtà, la disciplina fallimentare prevede, già, delle esenzioni a favore dei creditori pignorati, ma nel caso in esame il beneficiario della garanzia è ulteriormente avvantaggiato non essendo, qui, necessaria, per le azioni esecutive individuali, l'autorizzazione del giudice delegato. Dottrina e

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 Immobili&proprietà, 2017,2, p. 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.

giurisprudenza²²², in considerazione delle esigenze di semplificazione ed alleggerimento degli oneri amministrativi, sottesi sia alla disciplina interna che sovranazionale, hanno esteso la portata normativa dell'art. 4 al punto di ritenere che il creditore della garanzia finanziaria possa ritenersi, addirittura, sollevato dall'onere di presentare domanda di insinuazione al passivo. Come si osserverà più avanti, questo profilo è disciplinato nel pegno non possessorio e nel 48 *bis* in cui viene fatta esplicitamente menzione della necessità di assolvimento del suddetto onere.

L'art. 9, invece, si preoccupa di stabilire la conservazione della garanzia, la quale non può essere dichiarata inefficace nei confronti del beneficiario anche qualora la prestazione della stessa o l'insorgere dell'obbligazione finanziaria principale siano avvenute: a) *il giorno di apertura della procedura (di liquidazione) e prima del momento di apertura di detta procedura* ovvero b) *il giorno di apertura della procedura, ma dopo il momento di apertura qualora il beneficiario della garanzia possa dimostrare di non essere stato, né di aver potuto essere, a conoscenza dell'apertura della procedura.*

²²² Si veda, in giurisprudenza, Trib. Brescia, 27.01.2015, (ord.) in www.ilcaso.it in cui il giudice di merito ha ritenuto che al riconoscimento di un obbligo di insinuazione al passivo a carico del beneficiario di una garanzia finanziaria osterebbe la direttiva *collateral* la quale esclude un controllo preventivo disponendo espressamente che *“modalità di realizzo della garanzia finanziaria non possono prescrivere l'obbligo che «le condizioni di realizzo siano approvate da un tribunale, un pubblico ufficiale o altra persona»“*. In dottrina, si argomenta che l'esenzione dall'onere di insinuazione al passivo sia comunque compensata dalla possibilità di un controllo *a posteriori* del giudice nonché dal canone della ragionevolezza che può evitare abusi, cfr. T. Di Marcello, *Escussione del pegno di strumenti finanziari e fallimento*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, II, p. 530. In senso contrario e per una ricostruzione critica della questione si v. M. Rossi, *Appunti in tema di escussione delle garanzie finanziarie e accertamento concorsuale del passivo*, in *il Corriere giuridico* 4, 2016, pp. 522 e ss. per il quale occorre distinguere concettualmente le esecuzioni individuali, soggette ad esenzione, dal distinto ed ineludibile procedimento di verifica del credito (a sua volta articolato in due subprocedimenti: domanda di insinuazione al passivo e accertamento endoconcorsuale). Secondo l'Autore il controllo *a posteriori* e il giudizio di ragionevolezza, invocato dall'indirizzo contrastante, non hanno ad oggetto la fondatezza della pretesa (*an*), né l'ammontare del credito garantito (*quantum*), ma il *quomodo* ossia la razionalità dei criteri fissati per la determinazione di quanto dovuto.

In tal modo il Decreto va oltre la legge fallimentare la quale, in seguito alla novella del 2006, pur avendo abolito il cd. effetto retroattivo dell'ora zero (*c.d. zero hour rule*)²²³ non consente la conservazione degli atti compiuti, sì, il giorno della pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento, ma occorsi in un momento successivo alla stessa. Ciò in quanto dalla pubblicazione della suddetta decisione scatta una presunzione assoluta di conoscenza della dichiarazione di fallimento che preclude l'invocazione della buona fede.

La validità ed efficacia di contratti di garanzia finanziaria e delle obbligazioni finanziarie stipulati il giorno di avvio della procedura, ma in un momento successivo all'apertura della medesima, ex art. 9 l. b) del Decreto, si giustifica in ossequio al principio di conservazione dei negozi giuridici e certezza dei traffici commerciali nonché al fine di promuovere un'applicazione pratica della figura in esame nel pieno rispetto dei rapporti tra cliente e banca. Invero, ragionando diversamente, l'istituto di credito, a fronte della possibilità di perdere la garanzia finanziaria in caso di fallimento del debitore, sarebbe verosimilmente disincentivata a concedere il credito oppure vi applicherebbe dei tassi più elevati. La norma in commento disvela, altresì, il *favor* nei confronti di strumenti soddisfattivi rapidi e non formalistici, come la garanzia finanziaria, anche a discapito delle procedure concorsuali dimostrando come il monopolio statale dell'azione esecutiva debba considerarsi appartenente, ormai, al passato.

Le previsioni del Decreto trovano manforte nella giurisprudenza della Corte

²²³ Si vedano artt. 16,17, 42 e 44 della L. fallimentare. La *c.d. zero hour rule* è la regola in base alla quale il *dies a quo* degli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento devono coincidere con il giorno in cui la stessa è stata pronunciata travolgendo retroattivamente tutti gli atti compiuti nel medesimo giorno anche se in un momento antecedente alla decisione medesima.

di Giustizia²²⁴ (caso *Private Equity Insurance*) la quale, in sede di rinvio pregiudiziale nel chiarire l'interpretazione della direttiva *Collateral*, ha negato che la validità della garanzia finanziaria possa essere ancorata ad un mero dato temporale ed essere, dunque, esclusa in caso di costituzione successiva all'avvio di una procedura concorsuale purché ricorra il requisito soggettivo dell'effettiva non conoscenza dell'avvio della procedura medesima da parte beneficiario.

I giudici europei escludono la violazione della *par condicio creditorum* giacché il principio di uguaglianza, nel caso di specie dei creditori, tollera delle disparità di trattamento secondo il canone della ragionevolezza. Quest'ultimo è senz'altro rispettato ove si consideri che lo scopo della direttiva è quello di garantire la certezza giuridica e l'efficacia delle garanzie finanziarie nell'ottica di assicurare la stabilità del sistema finanziario.

Ed ancora più di recente, sempre la Corte di Giustizia²²⁵, nel 2018, decreta

²²⁴ Corte di Giustizia UE, IV sez., 10.11.2016 causa C- 156/15 in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, 7-8. 920 con nota di C. Fattari, *La Corte di Giustizia si pronuncia per la prima volta sulla Direttiva Collateral*, pp. 926 e ss. I giudici eurounitari si sono occupati di una fattispecie relativa ad una somma di denaro depositata su un conto corrente quale garanzia pignorizia per la Banca beneficiaria con riferimento a tutti i crediti che la stessa vantava nei confronti del cliente compresi i costi di gestione dello stesso conto. Con la decisione *de qua* è stato statuito che la direttiva relativa ai contratti di garanzia finanziaria deve essere interpretata nel senso che conferisce al beneficiario “[...] il diritto di escutere tale garanzia indipendentemente dall'avvio di una procedura di insolvenza qualora, da un lato, le somme oggetto di tale garanzia siano state versate sul conto corrente in questione prima dell'avvio di detta procedura o vi siano state versate alla data di avvio della medesima, avendo la banca dimostrato di non essere stata, né di aver potuto essere, a conoscenza della suddetta procedura, e qualora, dall'altro, per il titolare del conto di cui trattasi sia stato impossibile disporre di dette somme una volta versate sul conto stesso.”

²²⁵ Corte di Giustizia UE, IV sez., 25.7.2018, causa C-107/17 in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, 2, pp. 223. Per un'analisi della sentenza si veda nota di C. Frattari, *La realizzabilità del contratto di garanzia finanziaria nelle ipotesi di insolvenza del beneficiario*, *ibidem*, pp. 228 e ss. Nella decisione in commento viene statuito che “l'art. 4, par. 5, della dir. n. 2002/47/CE [...], come modificata dalla direttiva 44/2009/CE [...] deve essere interpretato nel senso che impone agli Stati membri di adottare una normativa che consenta al beneficiario di una garanzia costituita in virtù di un contratto di garanzia finanziaria [...] di recuperare da tale garanzia il proprio credito, derivante dall'inadempimento delle obbligazioni finanziarie garantite, quando l'evento determinate l'escussione della garanzia si verifica dopo l'apertura di una

la validità della garanzia finanziaria anche qualora l'evento che giustifica l'escussione si verifichi dopo l'apertura di una procedura di insolvenza a carico, in questo caso, del beneficiario. Quest'ultimo, a sua volta, in assenza di un'esplicita pattuizione contrattuale²²⁶ sulla questione, non è obbligato a recuperare *in primo luogo* da tale garanzia finanziaria il proprio credito sorto in seguito all'inadempimento delle obbligazioni finanziarie garantite. Le ricostruzioni ermeneutiche offerte dai giudici eurounitari mirano a preservare la stabilità e conservazione della garanzia finanziaria in caso di convivenza con procedure concorsuali, anche precedenti alla costituzione della garanzia, palesando di accordare una preferenza a forme di autotutela esecutoria privata nel tentativo di bilanciare, nel rispetto del principio di libertà di circolazione di capitali e di prestazione di servizi bancari, esigenza di speditezza dei mercati, accesso agevolato al credito ed istanze di tutela delle parti del rapporto obbligatorio.

procedura di insolvenza nei suoi confronti". Ed ancora, "L'art. 47, par. 1 e 5, della direttiva n. 2002/47/CE [...] deve essere interpretato nel senso che non impone al beneficiario [...] l'obbligo di recuperare in primo luogo da tale garanzia il proprio credito, derivante dall'inadempimento delle obbligazioni finanziarie garantite mediante tale contratto". La Corte di Giustizia sottolinea l'obiettivo di promuovere l'efficienza dei mercati finanziari, sotteso alla direttiva *Collateral*, verrebbe vanificato ove si negasse la possibilità di escutere la garanzia in caso di apertura di procedure concorsuali anche in caso di insolvenza beneficiario.

²²⁶ Al riguardo la Corte di Giustizia ribadisce la prevalenza accordata all'autonomia contrattuale sulla modalità di realizzazione della garanzia. Di contro, in assenza di accordi sulla questione, un'interpretazione teleologica della direttiva che tenga conto delle sue finalità di evitare "rischi sistemici" e "gli effetti del contagio da inadempimento" postula una presunzione di obbligo del beneficiario di soddisfare il proprio credito utilizzando proprio quella stessa garanzia. Opinando diversamente, infatti, il creditore beneficiario escutendo altri beni del debitore esporrebbe quest'ultimo ai rischi e pregiudizi connessi al recupero della garanzia in caso di insolvenza del beneficiario stesso costringendolo, altresì, a pagare per la seconda volta l'importo della garanzia inutilizzata e a tentare di recuperarla nel procedimento concorsuale nel rispetto dell'ordine dei creditori cagionando, così, il cd "effetto di contagio". Si v. C. Frattari, *La realizzabilità del contratto di garanzia finanziaria nelle ipotesi di insolvenza del beneficiario*, cit., pp. 231.

1.2. Il prestito vitalizio ipotecario

Il prestito vitalizio ipotecario²²⁷, introdotto per la prima volta con l'art. 11-*quaterdecies* del D.L. 30.9.2005 n. 203 (convertito in l. 2.12.2005/ 248), ha subito delle significative modifiche in seguito alla l. 2.4.2015 n. 44 la quale ha novellato il suddetto articolo nei commi 12- 12 *quater*, cui sono seguite le ulteriori disposizioni integrative contenute nel D.M. 226/2015 tanto che qualcuno²²⁸ discorrendo sull'istituto in esame afferma che esso “*sia nato due volte*”.

In base alla definizione di cui al comma 12 dell'art. 11 *quaterdecies* della cit. l. 248/2004 trattasi di un'operazione negoziale che (sulla falsa riga del modello inglese del *reverse mortgage life* e di quello francese del *pret viager hypotececaire*²²⁹) si sostanzia nella concessione, da parte di Banche o intermediari finanziari, di un prestito a medio o lungo termine, con capitalizzazione annuale²³⁰ di interessi e spese, a favore di soggetti di età

²²⁷ 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, p. 525 e ss.; T. Rumi, *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni “marciane” e garanzia del credito immobiliare*, in *I nuovi marciani*, 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.;

²²⁸ Utilizza tale espressione, A. Bulgarelli, *La disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in www.ilcaso.it.

²²⁹ 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.

²³⁰ Al riguardo non si può esimere dal sottolineare che la normativa *de qua* nel disporre la capitalizzazione annuale degli interessi autorizza espressamente l'anatocismo bancario in deroga al divieto sancito dall'art. 1283 c.c. Su tale profilo, cfr. D. Russo, *I nuovi strumenti contrattuali contro la crisi economica: il prestito vitalizio ipotecario*, cit. p. 302; G. D'Amico, *La resistibile ascesa del*

superiore a 60 anni.

Il finanziamento è garantito da ipoteca di primo grado iscritta su un immobile residenziale.

Dalla suddetta descrizione si può agevolmente constatare la circoscritta delimitazione soggettiva del prestito vitalizio ipotecario sia dal lato del creditore, potendo lo stesso essere esclusivamente un istituto bancario ovvero un intermediario finanziario iscritto all'albo di cui all'art. 106 T.U.B, sia in merito al soggetto passivo del rapporto obbligatorio dovendosi trattare necessariamente di persona fisica, non per forza nelle vesti di consumatore, di età superiore ai sessanta²³¹.

Sul versante oggettivo, invece, viene genericamente disposto che l'ipoteca graverà su un immobile residenziale, dunque, non necessariamente di unità immobiliare adibita ad abitazione principale²³².

Caratteristica emblematica della figura in commento è che il rimborso può essere richiesto, in un'unica soluzione, solo alla morte del soggetto finanziato, a meno che lo stesso, accordandosi con il creditore all'atto della stipula del contratto, non opti per la graduale restituzione della quota di interessi e di spese.

In caso di rimborso integrale, il finanziamento è a carico degli eredi i quali

patto marciano, in *I nuovi marciiani*, cit., p. 36. In giurisprudenza si segnala, tra le prime ed ancora isolate pronunce sul prestito vitalizio ipotecario, Trib. Roma, sez. IX, 13.07.2017, ord., in *Il Corriere Giuridico*, 2018, 8-9, con nota di E. Bezzi, *Prestito vitalizio ipotecario e divieto di patto commissorio: una novità nel solco della tradizione*, pp. 116 e ss. Con tale decisione il giudice di merito ha ritenuto infondata la contestazione relativa all'anatocismo alla luce dell'espressa deroga all'art. 1283 c.c. operata dalla normativa sul prestito vitalizio ipotecario.

²³¹ Si osservi che nella precedente versione normativa il limite minimo di età era di 65 anni. Di contro, né la vecchia né la nuova disciplina introducono un tetto massimo di fascia di età.

²³² Cfr. D. Russo, *I nuovi strumenti contrattuali contro la crisi economica: il prestito vitalizio ipotecario*, cit., p. 304. In termini dubitativi sull'accezione della locuzione "immobile residenziale" (nel senso di dimora abituale o di immobile non adibito ad abitazione principale) si v. M. Leo, C. Lomonaco e A. Musto, *Con l'entrata in vigore del regolamento attuativo diventa definitivamente operativa a partire dal 2 marzo 2016 la disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, Consiglio Nazionale del Notariato, 17 febbraio 2016, p. 3.

potranno decidere se saldare il debito ovvero, ove sia intervenuto un apposito accordo con il finanziatore, procedere loro stessi alla vendita stragiudiziale del bene ipotecato ad estinzione del debito o, ancora, affidare la suddetta vendita direttamente al creditore²³³. In caso di mancata restituzione da parte degli eredi, nonché ove ricorrano gli altri eventi di cui al comma 12, di seguito analizzati, il finanziatore può procedere all'esecuzione coattiva individuale mediante la vendita stragiudiziale.

Per la durata incerta e per la necessità di fare affidamento sul pagamento da parte degli eredi, o, in alternativa, sul solo valore di realizzo dell'immobile, il prestito vitalizio ipotecario rientra a pieno titolo nella categoria dei negozi aleatori, e non, già, come si potrebbe, *prima facie*, ipotizzare nella tipologia contrattuale del mutuo. Ne discende, pertanto, l'inoperatività del relativo regime giuridico in materia di interessi usurari²³⁴.

Ratio della figura in esame è senza dubbio quella di consentire a soggetti di fascia anziana, con il precipuo intento di fronteggiare le inefficienze del nostro sistema assistenziale e previdenziale, di poter conseguire agevolmente liquidità attraverso la smobilizzazione di un proprio bene immobile senza, tuttavia, dover rinunciare alla titolarità del medesimo, la cui disponibilità ed il cui godimento permangono in capo al debitore.

Il prestito vitalizio ipotecario, dunque, si prospetta quale appetibile alternativa ai tradizionali schemi della vendita di nuda proprietà, con riserva di usufrutto o abitazione, rendita vitalizia o cessione del quinto. Si rileva, altresì, che in tal modo si facilita l'accesso al credito nei confronti di quei

²³³ Nell'originale versione del prestito vitalizio ipotecario, la possibilità di vendita stragiudiziale era affidata esclusivamente agli eredi (tra l'altro senza alcuna limitazione di responsabilità) non essendo prevista un'esecuzione coattiva individuale da parte del creditore-finanziatore.

²³⁴ Paradigmatica in tal senso è la summenzionata ordinanza del Trib. Roma, sez. IX, 13.07.2017, cit., p. 1151.

soggetti che, in ragione dell'età avanzata, potrebbero verosimilmente versare in condizioni di debolezza economica ed a favore dei quali gli istituti di credito, per tale ragione, difficilmente, concederebbero prestiti. Al contrario, la banca è, qui, incentivata al rilascio del finanziamento proprio perché l'elevata età del debitore e, dunque, le ridotte aspettative di vita, comportano una breve durata del prestito, comprimendo sensibilmente il rischio di incremento tassi di interesse e di decremento del valore del bene ipotecato.

Punto cruciale della figura *de qua*, per quello che più ci riguarda da vicino, è il riconoscimento a favore del soggetto finanziatore di un'autotutela esecutiva consistente nella vendita stragiudiziale dell'immobile ipotecato, secondo i limiti e le condizioni appresso specificati, esonerando, dunque, il creditore dall'obbligo di attivare la normale procedura esecutiva e di soggiacere alle regole delle esecuzione forzata immobiliare di cui all'art. 555 c.p.c.

Appare, pertanto, evidente che anche il prestito vitalizio ipotecario si inserisce tra le figure di nuova emersione in cui si cerca di contemperare l'efficienza e rapidità dell'esecuzione, mediante meccanismi autosatisfattivi, e tutela del debitore. Tuttavia, a differenza della garanzia finanziaria e del pegno non possessorio, l'autotutela esecutiva si esaurisce nella sola modalità della vendita paragiurisdizionale non essendo possibile l'assegnazione del bene in pagamento o, meglio, l'escussione mediante appropriazione.

Più precisamente, il comma 12 prevede che il ricorso alla tutela privata a favore del creditore sia possibile qualora il finanziamento non sia stato integralmente restituito e siano decorsi dodici mesi dal verificarsi di una

serie di eventi che possono essere classificati in fisiologici e patologici. Appartiene alla prima categoria la morte del debitore quale scadenza naturale del contratto. Quelli patologici, invece, riguardano il trasferimento, da parte del debitore, della proprietà o di altro diritto di godimento sull'immobile offerto in garanzia, nonché la costituzione di diritti reali a favore di terzi ovvero, infine, il compimento di “*atti che ne riducano significativamente il valore*” secondo l'elencazione contenuta dell'art.3 del D.M. 226/2015.²³⁵

²³⁵ In dottrina si discute se tale elencazione sia tassativa ovvero se possano essere convenzionalmente pattuiti altri eventi legittimanti l'esecuzione coattiva individuale si v. M. T. Montemitto, *Prestito vitalizio ipotecario: disciplina generale*, cit. p. 3 e ivi i riferimenti a M. Leo, C. Lomonaco e A. Musto, *Con l'entrata in vigore del regolamento attuativo diventa definitivamente operativa a partire dal 2 marzo 2016 la disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, cit., p. 3, i quali, in caso di intervento dell'autonomia negoziale postulano, a tutela del debitore, la necessità del rispetto della normativa del Codice del Consumo. Si riporta di seguito il testo dell'Art. 3, comma I, del D.M. 226/2015 rubricato “*Casi e formalità che comportano una riduzione significativa del valore di mercato dell'immobile*”: 1. Il rimborso integrale del finanziamento in un'unica soluzione può essere richiesto dal finanziatore nei seguenti casi:

- a) al momento della morte del soggetto finanziato; se il finanziamento è cointestato, tale condizione si avvera al momento della morte del soggetto finanziato più longevo;
- b) se vengono trasferiti, in tutto o in parte, la proprietà o altri diritti reali o di godimento sull'immobile dato in garanzia, in particolare:
 - 1) nel caso in cui la proprietà dell'immobile, o una sua quota, è venduta o trasferita a qualsiasi titolo, fatto salvo il caso di trasferimento mortis causa della proprietà, anche pro quota, in cui si applica la lettera a);
 - 2) salvo quanto previsto diversamente nel contratto, nel caso in cui è concesso un godimento d'usufrutto, d'uso, di abitazione o un diritto di superficie in relazione all'immobile;
 - 3) nel caso di concessione di servitù non presenti al momento della stipula del finanziamento;
- c) qualora siano imputabili al soggetto finanziato, o a terzi datori d'ipoteca, atti compiuti con dolo o colpa grave che riducano significativamente il valore dell'immobile;
- d) qualora siano costituiti diritti reali di garanzia in favore di terzi che vadano a gravare sull'immobile; e) qualora siano apportate modifiche all'immobile rispetto al suo stato originale come documentato in sede di perizia e dalla documentazione catastale, senza accordo con il finanziatore, anche se con la necessaria autorizzazione o notificazione alle autorità competenti, ovvero modifiche che comunque limitino la libera circolazione dell'immobile;
- f) qualora l'incuria o la mancanza di adeguata manutenzione abbia determinato la revoca dell'abitabilità dell'immobile;
- g) qualora altri soggetti, dopo la stipula del finanziamento, prendano la residenza nell'immobile, ad eccezione dei familiari del soggetto finanziato; a questi fini come familiari si intendono i figli, nonché il coniuge o convivente more uxorio e il personale regolarmente contrattualizzato che convive con il soggetto finanziato per prestare a lui o alla sua famiglia i suoi servizi;
- h) nel caso in cui l'immobile oggetto di garanzia subisca procedimenti conservativi o, esecutivi di importo pari o superiore al venti per cento del valore dell'immobile concesso in garanzia o ipoteche giudiziali.

Quanto alle specifiche modalità di vendita stragiudiziale, la previsione (comma 12 *quater*) di una stima dell'immobile, eseguita da un perito indipendente scelto dal finanziatore e l'obbligo di restituire l'eccedenza sembrano rievocare un meccanismo marciano.

Tuttavia, come prontamente rilevato, è opportuno precisare che nel caso di specie, innanzitutto, non possa parlarsi tecnicamente di "patto", giacché il potere di disposizione non è rimesso ad un'opzione negoziale, ma trova la sua fonte direttamente nella legge quale effetto naturale del contratto²³⁶. Inoltre, si osserva che, la figura giuridica che, in questa sede, viene in rilievo è quella di un marciano, *sub specie*, obbligatorio non essendo prevista una vicenda traslativa a favore del creditore, bensì una legittimazione *ex lege* a disporre. Forse, più precisamente, si potrebbe discorrere di un mandato, nei confronti del creditore e con rappresentanza, a vendere in *rem propriam* (pertanto irrevocabile) avente fonte legale ed esercitabile *post mortem*²³⁷.

Fatte queste precisazioni, non può di certo escludersi che trattasi, a tutti gli effetti, di un congegno marciano (obbligatorio ed accessorio, in quanto affiancato all'ipoteca), essendo ivi presenti tutti i correttivi, ormai ben noti, che corredano tale istituto e che lo sottraggono all'illiceità del patto commissorio²³⁸.

²³⁶ Al riguardo si v. L. Follieri, *Il patto marciano tra diritto «comune» e «speciale»*, cit., pp. 1862-1863; R. Lenzi, *Il prestito vitalizio ipotecario*, cit. p. 1737, il quale discorre di "legittimazione a disporre di fonte legale"; A. Luminoso, *Patto marciano, patto commissorio e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, p. 24, il quale si esprime in termini di "strumento (*non convenzionale*) di autosoddisfacimento del creditore".

²³⁷ In tali termini si esprimono G.O. Manella – G.C. Platania, *Il prestito vitalizio ipotecario*, cit., p. 179 ss.; A. Chianale, *L'inutilità dell'ipoteca nel "prestito vecchietti"*, cit., p. 360; T. Rumi, *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni "marciane" e garanzia del credito immobiliare*, cit., p. 131.

²³⁸ In tale direzione si muove anche il parere espresso dalla 14 esima Commissione Permanente del Senato, Roma, 11, marzo 2015, in www.senato.it la quale, nell'esercitare la sua funzione consultiva, ha esplicitamente escluso che il meccanismo disciplinato dal prestito vitalizio ipotecario ricada nel divieto di cui all'art. 2744 c.c. integrando la variante lecita del patto marciano.

Difatti, come già anticipato, la vendita del finanziatore deve svolgersi secondo le stringenti modalità indicate dal comma 12 *quater*. Precisamente, si richiede che l'alienazione avvenga per un valore pari a quello di mercato, secondo una stima redatta da un perito indipendente (in questo caso, però, scelto unilateralmente dal finanziatore medesimo), a soddisfacimento del debito, e con l'espresso obbligo di corrispondere le somme rimanenti "*non portate ad estinzione del debito*" al soggetto finanziato e agli aventi causa.

L'art. 2 del D.M 226/2015 prescrive dettagliatamente tutte le regole per l'offerta al pubblico dei prestiti vitalizi ipotecari affinché siano rispettati i principi di trasparenza, informazione e correttezza e sancisce, tra l'altro, l'obbligo del finanziatore di allegare al contratto due prospetti esemplificativi, le c. dd. "*simulazioni del piano di ammortamento*", illustranti il possibile andamento del debito.

Tuttavia, non può essere trascurato che, rispetto agli altri sottotipi marciali, la tutela offerta al debitore appare un po' affievolita.

Ed invero, la scelta del perito è rimessa ad una iniziativa esclusiva del creditore- finanziatore e non è espressamente previsto né il ricorso al giudice in caso di disaccordo né alcuna forma di opposizione o impugnazione avverso la relazione di stima. A ciò si aggiunge che, a differenza degli altri sottotipi marciali, non sono predisposti, in aggiunta ai rimedi ordinari, degli "speciali" strumenti di controllo giurisdizionale *ex post* della procedura liquidatoria, né sotto forma di azione di irragionevolezza commerciale (si v. garanzia finanziaria), né di domanda risarcitoria per le vendite eseguite secondo valutazioni difformi ai prezzi di mercato (cfr. pegno non possessorio.).

Pertanto, 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, (e come sembra fare la dottrina nel *leasing finanziario* e nel 48 *bis* T.U.B.), i classici rimedi contrattuali esperibili in caso di vizi del consenso.

Qualora, poi, il debitore rivesta la qualifica di consumatore potrebbero trovare applicazione, ricorrendone i presupposti, i rimedi “speciali” previsti dal Codice del Consumo (D. Lgs. 206/2005).

A fare da contraltare a questo scenario, invero, vi è l'esplicita previsione dell'effetto esdebitativo²³⁹ della vendita stragiudiziale che elimina ogni dubbio sull'efficacia solutoria della stessa in armonia con la funzione assistenziale e previdenziale perseguita dal prestito vitalizio ipotecario. Il summenzionato comma 12 *quater*, infatti, sancisce chiaramente che “*l'importo del debito residuo non può superare il ricavato della vendita dell'immobile, al netto delle spese sostenute*”.

Il rapporto obbligatorio sorto con il contratto in esame, dunque, riguarda solo l'immobile gravato dall'ipoteca non potendo essere aggrediti altri beni del debitore o dei suoi eredi.

Al riguardo, si discorre²⁴⁰ di *responsabilità senza debito* per il soggetto finanziato con un effetto di disallineamento del binomio *Schuld und Haftung* che segna il tradizionale rapporto del debito con la responsabilità patrimoniale. Il soggetto finanziato assumerebbe la mera veste di terzo

²³⁹ Si precisa che l'effetto esdebitativo è una novità della seconda versione del prestito vitalizio ipotecario.

²⁴⁰ Cfr., tra i tanti che usano tale espressione, R. Lenzi, *Il prestito vitalizio ipotecario*, cit., p. 1741.

datore di ipoteca senza che su di lui sorga alcun rapporto obbligatorio, non essendo tenuto né al rimborso né, per quanto appena detto, potendo rispondere del finanziamento con il suo restante patrimonio, secondo l'ordinaria regola del 2740 c.c. Si viene, così, a determinare una peculiare vicenda di trasferimento del debito a carico degli eredi, ma nei soli limiti del valore della *res* ipotecata. Ne consegue, pertanto, che il legislatore prende atto, addossandolo al creditore, del rischio di *cross over*²⁴¹ ossia che, in pendenza del rapporto, l'ammontare complessivo del debito venga a superare il valore dell'immobile.

Esaurita, nei suoi profili essenziali, la disamina dello strumento di autosoddisfacimento del creditore occorre interrogarsi, come debitamente fa la dottrina²⁴², sull'effettiva funzione dell'ipoteca quale questione strettamente connessa alla conservazione, o meno, in favore del creditore, della legittimazione a disporre dell'immobile ipotecato anche in caso di intervenuta alienazione a terzi da parte del debitore- finanziato.

Sul punto si fronteggiano due diverse correnti ermeneutiche. Secondo una ricostruzione più recente ed innovativa²⁴³ l'ipoteca svolgerebbe

²⁴¹ 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. Montemitto, *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 marcciani*, 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.

²⁴² Per un'approfondita disamina della questione ed i riferimenti dottrinali delle due correnti ermeneutiche si v. R. Lenzi, *Il prestito vitalizio ipotecario*, cit., pp. 1737 e ss.

²⁴³ Appartiene a tale indirizzo ermeneutico A. Chianale, *L'inutilità dell'ipoteca nel "prestito ai vecchietti"*, cit., p. 358, il quale criticamente si domanda "A cosa serve l'ipoteca che deve assistere il prestito vitalizio ipotecario? La mia risposta è: non serve a nulla. O, per meglio dire, non svolge affatto una funzione di garanzia, normalmente assegnata all'ipoteca, ma viene piegata ad altro scopo. Cioè a rendere opponibile ai terzi il potere di vendita stragiudiziale dell'immobile, attribuito dalla legge al finanziatore."

esclusivamente la funzione di rendere la legittimazione a disporre opponibile a terzi, aventi causa del debitore, che abbiano acquistato il bene ipotecato in forza di un atto trascritto prima dell'alienazione del finanziatore, ma dopo l'iscrizione dell'ipoteca. Il prestito vitalizio ipotecario darebbe luogo ad garanzia reale immobiliare *sui generis* costituita contestualmente dallo strumento ipotecario e dalla legittimazione a disporre.

L'ipoteca di spoglierebbe della normale funzione di garanzia e verrebbe, così, piegata ad un ruolo di pubblicità dichiarativa.

A sostegno di tale assunto viene invocato un dato letterale. Invero, il comma 12 *quater*, nel delineare i soggetti titolari del diritto alla restituzione dell'eccedenza, non fa riferimento esclusivamente agli eredi, come nei periodi precedenti, bensì al soggetto finanziato ed ai suoi "aventi causa" confermando, dunque, che anche in caso di alienazione del bene ipotecato, da parte del debitore, permane in capo al finanziatore la legittimazione a disporre²⁴⁴. Il potere di vendita può essere esercitato in tutte le ipotesi di inadempimento compresa l'alienazione della *res* ipotecata. Opinando diversamente, l'obiettivo, comune a tutto il *trend* normativo in materia di marciatori speciali, consistente nella promozione di forme esecutive del credito autosatisfattive veloci ed alternative a quelle giurisdizionali, verrebbe vanificato. Difatti, l'istituto di credito sarebbe disincentivo a ricorrere al prestito vitalizio ipotecario giacché a fronte del rischio di alienazione del bene ipotecato da parte del debitore finanziato residuerebbe la possibilità di soddisfarsi solo con l'escussione ipotecaria con tutte le conseguenti lungaggini, e non del tutto appaganti, forme dell'esecuzione

²⁴⁴ Il rilievo è di A. Chianale, *L'inutilità dell'ipoteca nel "prestito ai vecchietti"*, cit., p. 360.

immobiliare. Tuttavia, gli stessi fautori di questa ricostruzione alternativa riconoscono l'effettiva inadeguatezza o, addirittura, inutilità, dello strumento ipotecario. Ed invero, sarebbe stato più opportuno, piuttosto che affiancare l'ipoteca al prestito vitalizio, prevedere dei meccanismi più idonei al rapido soddisfacimento delle pretese creditorie. A titolo esemplificativo, viene invocata la possibilità del legislatore di intervenire sull'art. 2643 e ss. c.c. inserendo la trascrivibilità di un patto marciano, ad effetti obbligatori, avente ad oggetto un immobile ed articolato, come già detto, in un mandato a vendere a favore del creditore. Non può infatti, dubitarsi, della possibilità di trascrivere di un siffatto patto, sebbene ad effetti obbligatori come, d'altronde, dimostrano l'art. 2645 *bis* in materia di contratto preliminare nonché, per quanti²⁴⁵ ne riconoscono efficacia obbligatoria, l'art. 2645 *ter* c.c. con riferimento ai vincoli di destinazione stante l'ormai noto principio di tassatività degli effetti e non degli atti. O, ancora, in luogo dell'ipoteca, accanto alla legittimazione a disporre poteva essere inserita, in alternativa, una clausola marciana traslativa a favore del creditore al pari del corrispondente modello francese²⁴⁶.

Contro tale prospettazione, l'orientamento tradizionale²⁴⁷ nega che l'ipoteca possa essere relegata ad uno scopo di mera pubblicità dichiarativa non potendosi disconoscere l'ordinaria funzione di garanzia. Ne consegue che esigenze di coerenza dogmatica in materia di circolazione di beni,

²⁴⁵ Cfr. F. Gazzoni, *Trust e atti di destinazione patrimoniale, tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista «non vivente» su trust e trascrizione)*, in *Riv. not.*, 2001, 1, p. 836. In senso contrario si v. G. Petrelli, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 2, pp. 161 e ss.

²⁴⁶ Per i rilievi critici e per entrambe le soluzioni alternative della trascrizione e del marciano traslativo si v. A. Chianale, *L'inutilità dell'ipoteca nel "prestito ai vecchietti"*, cit., p. 360. In particolare, l'Autore rileva come nel corrispondente modello francese il creditore ha la facoltà di scelta tra l'esecuzione forzata ipotecaria e l'assegnazione del bene in pagamento attraverso un provvedimento giurisdizionale ovvero, in via convenzionale, mediante il ricorso ad un patto marciano traslativo.

²⁴⁷ G. O. Manella- G.C. Platania, *Il prestito vitalizio ipotecario*, cit., pp. 140 e ss.

sistema pubblicitario, potere di rappresentanza e garanzie del credito impongono di ritenere che la legittimazione a disporre in favore del creditore si elide in caso di alienazione del bene a terzi da parte del debitore. Intervenuta la suddetta vendita, il creditore non ha altra via per soddisfare le sue pretese se non quella di procedere all'esecuzione forzata immobiliare, seppur con il vantaggio della prelazione derivante dall'iscrizione ipotecaria. La vicenda traslativa, invero, determina l'estinzione del potere di rappresentanza in ossequio alle ordinarie norme in materia di mandato e procura. Questa soluzione è certamente più fedele ai principi e regole che presiedono il nostro ordinamento, ma rischia, come già osservato, di determinare una eterogenesi dei fini della nuova normativa compromettendone irreversibilmente la portata innovativa²⁴⁸.

Resta, infine, da chiarire, al di là del ruolo che si conferisce all'ipoteca, se il ricorso a siffatta garanzia reale o alla vendita stragiudiziale del bene sia rimesso ad una libera scelta del soggetto finanziatore, ovvero, in ragione del fondamento giustificativo del tessuto normativo, se la procedura esecutiva immobiliare rivesti un ruolo meramente residuale, di *extrema ratio*, e, dunque, attivabile solo ove l'esecuzione coattiva individuale non sia possibile. Quest'ultima soluzione appare maggiormente condivisibile attesa la sempre più avvertita necessità di incoraggiare strumenti autosatisfattivi, appetibili in un mercato concorrenziale, nonché nell'ottica di una continuità normativa logica e teleologica tra tutti gli interventi settoriali relativi ai sottotipi marcciani.

Sempre in relazione alle perplessità sollevate dalla normativa, si pone il problema di comprendere cosa accade qualora, alla morte del debitore, gli

²⁴⁸ Paventa tale rischio, R. Lenzi, *Il prestito vitalizio ipotecario*, cit., pp. 1739.

eredi provvedano, loro stessi, alla vendita in assenza di un accordo sul punto con il creditore, nonostante una siffatta pattuizione sia esplicitamente richiesta dalla legge. Secondo taluno²⁴⁹ una tale condotta integrerebbe gli estremi di un inadempimento contrattuale legittimando il finanziatore a richiedere la risoluzione per inadempimento. Addirittura, in quest'ottica, il creditore potrebbe, non solo, trattenere il ricavato della vendita, ma, altresì, pretendere dagli eredi, quasi a titolo sanzionatorio per non aver rispettato le modalità di vendite prescritte dalla legge, il *surplus* qualora il corrispettivo non fosse sufficiente a coprire il finanziamento. Tuttavia, si ritiene maggiormente preferibile una soluzione differente atteso l'elevato rischio di eludere, in tal modo, il divieto di patto commissorio attribuendogli, tra l'altro, una funzione punitiva.

Alla luce di quanto rilevato, tanti sono i dubbi ermeneutici suscitati dal prestito vitalizio ipotecario essendo un istituto che tocca diversi punti nevralgici del nostro sistema giuridico come il divieto di patto commissorio, il patto marciano, il sistema pubblicitario nella circolazione dei beni, la funzione di garanzia dell'ipoteca, e, non ultimo, sul piano successorio, la tutela degli eredi legittimari²⁵⁰. Trattandosi di una figura di nuova emersione, al momento, non è ancora possibile fare affidamento su un concreto e consolidato riscontro con la prassi applicativa o con un ampio repertorio giurisprudenziale²⁵¹. Resta, pertanto, all'interprete il delicato compito di trovare la soluzione che possa al meglio conciliare

²⁴⁹ Si tratta di D. Russo, *I nuovi strumenti contrattuali contro la crisi economica: il prestito vitalizio ipotecario*, cit., p. 303. In senso critico avverso tale ricostruzione, cfr. A. Chianale, *L'inutilità dell'ipoteca nel "prestito ai vecchietti"*, cit., p. 361.

²⁵⁰ Rispetto agli eredi legittimari si osserva che il comma 12 *quater* rende inopponibili all'acquirente dell'immobile le domande giudiziali di riduzione per lesione della legittima trascritte successivamente alla trascrizione dell'acquisto.

²⁵¹ Tra le pochissime pronunce giurisprudenziali cfr. Trib. Roma, sez. IX, 13.07.2017, ord., cit., pp.1115 e ss.

concorrenzialità del mercato, efficiente escussione paragiurisdizionale del credito e tutela del debitore senza, tuttavia, compromettere la coerenza dogmatica del nostro sistema.

1.3. Il patto marciano nei contratti (b2c) di credito immobiliare ai consumatori: l'art. 120 quinquiesdecies del T.U.B.

Il credito immobiliare ai consumatori irrompe nel nostro ordinamento con il D. Lgs. 21.04.2016 n. 72 (cd. Decreto “Mutui”) a seguito dell’inserimento, all’interno del T.U.B., del Capo I *bis* che ha introdotto gli articoli dal 120 *quinquies* al 120 *noviesdecies*.

Com’è noto, la nuova normativa è il frutto del recepimento della direttiva 2014/17/UE²⁵² (cd. *Mortgage Credit Directive*).

Tale intervento legislativo eurounitario, 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, al fine di evitare il sovraindebitamento del debitore.

In base all’art. 120 *quinquies* del T.U.B. il contratto di credito immobiliare ai consumatori è 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

²⁵² Per il testo della direttiva 2014/17/UE si consulti il sito <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0017&from=IT>

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.

Per quel che più ci riguarda da vicino, il successivo art. 120 *quinquiesdecies* si occupa dell'inadempimento del consumatore.

Più precisamente, il comma III stabilisce che “*fermo restando il divieto di cui all'art. 2744 c.c.*”, ove il credito sia assistito da ipoteca su immobile residenziale, le parti *possono* convenire, mediante clausola espressa, in caso di mancato pagamento di 18 rate mensili i) la restituzione dell'immobile, ii) il trasferimento dello stesso ovvero iii) del ricavato della sua vendita fino a concorrenza dell'ammontare del credito, determinano l'estinzione del rapporto obbligatorio anche qualora il valore del bene sia inferiore al debito residuo e sempre con l'obbligo, nel caso diametralmente opposto, di restituzione dell'eccedenza.

Dalla suddetta disposizione normativa si evince il ben delimitato perimetro applicativo della clausola negoziale in esame.

Ed invero, *ex latere debitoris*, il soggetto deve rivestire la qualifica di consumatore, contraente debole sotto un duplice profilo, sia in ragione della asimmetria informativa, che notoriamente connota tale parte contrattuale, sia in considerazione dell'esigenza economica che sottende il ricorso al prestito. Sul versante oggettivo, invece, il credito deve essere assistito da un'ipoteca su un immobile residenziale, al pari di quanto previsto dal prestito vitalizio ipotecario. Infine, per l'operatività della norma non è sufficiente un qualsiasi inadempimento essendo, invece, necessario, l'omessa corresponsione di 18 rate mensili. La predeterminazione legale della soglia dell'inadempimento rilevante costituisce un *quid novi* rispetto

agli altri sottotipi marcciani, fino ad ora analizzati, che verrà recepito anche nella disciplina del 48 *bis* del T.U.B., nonché in materia di risoluzione del *leasing* finanziario.

Ove le parti decidano di apporre al contratto di credito immobiliare la clausola di cui al summenzionato art. 120 *quinquiesdecies*, la realizzazione delle pretese creditore viene affidata a tre modalità auto-satisfattive: 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 corrispettivo fino a concorrenza del debito residuo. Quanto alla restituzione, in realtà, la relativa espressione, quale risultato della fedele traduzione del testo inglese della direttiva, potrebbe apparire, *prima facie*, impropria e, pertanto, dovrebbe essere letta in termini di "acquisizione"²⁵³. Al riguardo, attenta dottrina²⁵⁴, ha rilevato come la locuzione "restituzione" sia perfettamente coerente con la normativa sovranazionale nella quale il credito immobiliare ai consumatori può assumere le sembianze di un *leasing* ove all'inadempimento dell'utilizzatore segue l'obbligo restitutorio del bene nei confronti del concedente. Tuttavia, nel nostro ordinamento, la risoluzione del *leasing*, nello specifico abitativo immobiliare, vanta di un'apposita regolamentazione nella l. 208/2015 la quale, come vedremo, prevede, sì, un congegno marcciano, ma con talune differenze significative rispetto al 120 *quinquiesdecies*, non essendo, tra le altre cose, predisposto l'effetto esdebitativo a favore del debitore. Pertanto, nel caso di credito immobiliare,

²⁵³ È questo l'appunto di A. Luminoso, *Patto commissorio, patto marcciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, cit., p. 24; Analogamente cfr. L. Follieri, *Il patto marcciano tra diritto «comune» e «speciale»*, cit., p. 1863.

²⁵⁴ Si tratta della osservazione di F. Piraino, *Il patto marcciano alla luce della disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, in *Giurisprudenza italiana*, 2017, Luglio, p. 1748 e spec. nota n. 21.

sub specie di *leasing* immobiliare abitativo, troverà applicazione l'apposita disciplina di cui alla l. 208/2015.

In merito alla vendita, invece, la possibilità di uno strumento di esecuzione privata, alternativo al trasferimento dell'immobile in capo al creditore, sembra rappresentare il punto di forza del 120 *quinquiesdecies*²⁵⁵. Ciò in quanto, la relativa procedura appare più snella non essendo, in tal caso, necessario l'intervento del perito per l'*aestimatio* dell'immobile, senza che questo comporti un vuoto di tutela per il consumatore-debitore, atteso che la vendita dovrà, comunque, avvenire con “*ogni diligenza*” ed al “*miglior prezzo di realizzo*” e, pertanto, si presume nel rispetto dei valori di mercato. In questo modo, il finanziatore-creditore non solo appaga più velocemente le proprie ragioni, ma anche in maniera più certa non correndo i rischi, costi, oneri e, talvolta anche, pregiudizi che spesso accompagnano il conseguimento della titolarità di un'unità immobiliare. In assenza di una relazione peritale, eventuali contestazioni del debitore-consumatore sulle procedure di vendita potranno essere fatte valere mediante un'apposita azione giudiziaria. Pertanto, in siffatta ipotesi il controllo giurisdizionale sulla proporzionalità del trasferimento, quale elemento indefettibile, secondo la logica marciiana, è affidato ad un sindacato eventuale e successivo.

Ai fini della nostra indagine, è, senza dubbio, sull'autotutela mediante il trasferimento dell'immobile ipotecato a favore del creditore che va concentrata la nostra attenzione. In quest'ottica, l'art. 120 *quinquiesdecies*, comma III, nel ribadire la cogenza del divieto di patto commissorio sembra

²⁵⁵ Si v. G. D'Amico, *La resistibile ascesa del patto marciiano*, in *I nuovi marciiani*, Torino, 2017, pp., 33; F. Piraino, *Il patto marciiano alla luce della disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, cit., pp.1749-1750.

profilare un'alienazione marciiana: i) *accessoria* (in quanto il bene è gravato da ipoteca), ii) *di fonte convenzionale* e facoltativa essendo rimessa ad una libera iniziativa negoziale dei contraenti i quali “*possono*” inserire la relativa clausola. Tale fattispecie, dunque, differisce dal previsto vitalizio ipotecario in cui si designa un marciano, anch'esso accessorio, ma obbligatorio e di fonte legale, atteso che la legittimazione a disporre dell'immobile ipotecato è il frutto di un meccanismo automatico che opera *ex lege*.

Dall'analisi complessiva delle disposizioni contenute nell'art. 120 *quinquiesdecies* non pare possa dubitarsi che la figura *de qua* presenti tutti e tre gli ormai ben noti elementi indefettibili del patto marciano, potendo, dunque, qualificarsi, a pieno titolo, come un sottotipo²⁵⁶, nello specifico, un marciano bancario relativo ai contratti (b2c) di credito immobiliare ai consumatori.

Più precisamente, per espressa previsione normativa (comma 4 l. d.) art. 120 *quinquiesdecies*), la valutazione dell'immobile, con apposita stima “*successiva all'inadempimento*”, è affidata ad un perito indipendente, nominato di comune accordo dalle parti, ovvero, in caso di mancato raggiungimento dello stesso, dal Presidente del Tribunale secondo le modalità prescritte dall'art. 696 c.p.c. in materia di accertamento tecnico preventivo. Nonostante non sia esplicitamente previsto, si ritiene che avverso la stima peritale il debitore possa proporre impugnazione ai sensi e per gli effetti dell'art. 1349 c.c. in virtù dell'applicazione analogica di quanto prescritto dall'art. 48 *bis* T.U.B. quale figura più vicina all'istituto in esame. Anzi, nel caso di marciano bancario nel credito immobiliare ai

²⁵⁶ Si esprime in termini di “sottotipo” marciano, A. Luminoso, *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1410.

consumatori l'applicazione dell'art. 1349 c.c. sembra ancor più appropriata giacché l'esperto può essere nominato dalle medesime parti contraenti, rappresentando, pertanto, a tutti gli effetti un soggetto "terzo", *super partes* rispetto al rapporto obbligatorio, e, non già, un ausiliario del giudice, contrariamente al 48 *bis*, ove la designazione è rimessa esclusivamente all'autorità giurisdizionale.

La proporzionalità dell'alienazione viene garantita dall'esplicita previsione del diritto del consumatore alla corresponsione dell'eccedenza, nel pieno rispetto del congegno marciano, cui si aggiunge, nell'ipotesi inversa, come si vedrà, l'effetto esdebitativo.

Corre l'obbligo di precisare che, diversamente da un'alienazione marciana sospensivamente condizionata all'inadempimento, nel marciano bancario *de quo* l'effetto traslativo non opera automaticamente al verificarsi dell'inadempimento qualificato.

La direttiva Mortgage Credit sancisce, infatti, a carico del soggetto erogatore l'obbligo di una "ragionevole tolleranza" dinnanzi al mancato pagamento del consumatore. Sebbene tale aspetto non sia stato dettagliatamente disciplinato nella normativa interna di recepimento, al fine di un'interpretazione conforme alla legislazione europea, si ritiene²⁵⁷ che il meccanismo marciano operi solo in via residuale, dopo che il finanziatore abbia, infruttuosamente, offerto soluzioni alternative (che tengano conto delle situazioni peculiari del caso concreto e degli effettivi bisogni del consumatore), come: la riduzione degli interessi, la concessione di un'ulteriore dilazione del pagamento, ovvero la rinegoziazione delle

²⁵⁷ 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.

condizioni contrattuali (soluzione, quest'ultima, che si impone nel caso di erronea valutazione del merito creditizio).

La convenzione marciana apposta al contratto di credito immobiliare ai consumatori non solo non opera automaticamente, ma la sua previsione non preclude la possibilità, per il creditore, di procedere, in alternativa, all'esecuzione ordinaria, mediante l'espropriazione immobiliare. Tuttavia, in tale ipotesi se al termine dell'escussione mediante esecuzione forzata residui un debito a carico del consumatore, non si produce l'effetto esdebitativo, e la somma dovuta diviene esigibile solo dopo che siano decorsi sei mesi dalla conclusione della procedura esecutiva.

La scelta di ricorrere all'esecuzione forzata ordinaria, in luogo della clausola marciana, determina una sorta di una rinuncia implicita al patto²⁵⁸. Ancora, in alternativa alla pattuizione marciana, la Banca può optare per il rimedio demolitorio della risoluzione, stante il rinvio all'art. 40, II comma, T.U.B contenuto nell'art. 120 *quinquiesdecies*, I comma. Si osservi, infatti, che la soglia di inadempimento rilevante cui è ancorata la pattuizione marciana è più elevata rispetto a quella prescritta dal summenzionato art. 40 e, dunque, senz'altro, legittima lo strumento risolutivo. Tuttavia, non si deve incorrere nell'errore di ritenere che l'esecuzione del patto marciano, alla stregua di una clausola risolutiva espressa, determini la risoluzione di diritto del contratto con il relativo obbligo, a carico del consumatore, di restituzione integrale del finanziamento comprensivo di capitale ed interessi *medio tempore* maturati. Difatti, come prontamente osservato in dottrina²⁵⁹ sebbene la clausola marciana sia posta a semplice corredo dell'intera operazione

²⁵⁸ In tal senso, si v. G. D'Amico, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., p. 32.

²⁵⁹ F. Piraino, *Il patto marciano alla luce della disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, cit., p. 1749. In senso contrario, G. D'Amico, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit. p. 11.

contrattuale, mantenendo una sua autonomia, non può considerarsi del tutto indipendente rispetto al regolamento negoziale cui accede, e pertanto, il suo operare presuppone la validità del contratto principale.

In aggiunta alle tradizionali cautele marciane, la figura *de qua* si connota, altresì, per due ulteriori elementi protettivi a favore del debitore, che si giustificano sempre nell'ottica che, quest'ultimo, non è un soggetto qualsiasi, bensì un consumatore. Innanzitutto, l'inserimento della clausola marciana non può essere posto come condizione per la sottoscrizione del contratto di credito immobiliare, e ove le parti dovessero liberamente decidere di inserire una siffatta pattuizione il creditore-finanziatore deve far assistere il debitore-consumatore, a titolo gratuito, da un consulente che valuti l'idoneità e la convenienza dell'affare (art. 120 *quinquiesdecies* comma 4 lett. a) e b)).

Ma non è tutto. L'elemento più innovativo della figura in esame è, senza dubbio, l'esplicita previsione dell'effetto esdebitativo che, insieme ai tre elementi indefettibili del patto marciano di diritto comune, così come analiticamente regolamentati dall'art. 120 *quinquiesdecies*, conferisce a tale sottotipo marciano il primato della disciplina più completa che, dunque, si spera, solleverà minori incertezze ermeneutiche nella prassi applicativa. Il terzo comma dell'art. 120 *quinquiesdecies* predispone la suddetta esdebitazione con una fermezza maggiore rispetto alla corrispondente normativa in materia di prestito vitalizio ipotecario.

Ed infatti, qui, l'utilizzo dell'espressione "estinzione", con riferimento al rapporto obbligatorio, elimina ogni dubbio sull'efficacia liberatoria, con conseguenziale causa solutoria del trasferimento marciano bancario, che integra una ipotesi legalmente tipizzata di limitazione della responsabilità

patrimoniale del debitore, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2740 II comma c.c. La restituzione dell'immobile, il suo trasferimento ovvero il soddisfacimento sul ricavato della vendita elidono l'intero debito a carico del consumatore, anche qualora il valore dell'immobile dovesse essere inferiore al debito residuo, precludendo, pertanto, al creditore la possibilità di aggredire il restante patrimonio del consumatore-debitore. 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*”²⁶⁰. L'esdebitazione, in altri termini, produce un effetto “*adbicativo del carattere universale della responsabilità patrimoniale*”²⁶¹ sulla base di una clausola, sì, pattizia, ma tipizzata *ex lege* nel pieno rispetto dell'art. 2740, II comma, c.c.

Così come nel prestito vitalizio ipotecario l'effetto esdebitativo è il logico corollario della *ratio* dell'intera normativa (*id est* fronteggiare le inefficienze del sistema assistenziale e previdenziale), anche nel marciano bancario una siffatta previsione è coerente con il fondamento causale che connota il tessuto legislativo sovranazionale ed interno e si giustifica nell'ottica di esigenza di tutela del consumatore, soggetto, come già evidenziato, particolarmente debole, nonché di agevolazione ed incentivazione all'accesso al credito.

Su tale profilo riposa l'elemento discrezionale di maggiore rilevanza rispetto al marciano finanziario di cui al 48 *bis* e che, come si vedrà, ha dato origine ai conseguenziali dubbi sulla sua suscettibilità di estensione analogica.

Rimanendo sempre sul piano della tutela del consumatore, quanto ai rimedi esperibili in caso di violazione delle prescrizioni della pattuizione

²⁶⁰ G. Marchetti, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Cedam, Padova, 2017, p. 294.

²⁶¹ G. Marchetti, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 323.

marciana, così come delineata dall'art. 120 *quinquiesdecies*, si ritiene che il debitore possa invocare gli strumenti tradizionali della responsabilità per inadempimento contrattuale, cui si aggiungono quelli "speciali" previsti per il consumatore.

A titolo esemplificativo, ove la conclusione del contratto di credito immobiliare sia stata subordinata all'inserimento della clausola marciana in violazione del comma 4 lett. a) dell'art. 120 *quinquiesdecies*, la relativa condotta del finanziatore-creditore sembra integrare gli estremi di una pratica commerciale scorretta, *sub specie*, ingannevole. Ne consegue che il consumatore avrà la possibilità di attivare, non solo la tutela risarcitoria, non essendo in tal caso possibile invocare la sanzione invalidatoria, ma anche quella inibitoria che consente di ottenere la disapplicazione della clausola marciana tramite l'intervento dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato²⁶². Non manca chi²⁶³ al riguardo, diversamente, sostiene che il suddetto comma 4 contenga, non già una regola di condotta, bensì di validità, trattandosi di abuso della libertà negoziale del professionista a danno del consumatore. Pertanto, in caso di sua violazione essa è passibile del rimedio invalidatorio della nullità parziale (art. 1419 c.c.) circoscritta alla sola convezione marciana, con sopravvivenza del restante contratto di credito immobiliare, in piena armonia con la natura parziale della nullità di protezione a favore del consumatore.

Esauriti gli aspetti più salienti del marciano bancario, resta da interrogarsi sulla natura imperativa o dispositiva nonché eccezionale o meno della normativa in esame al fine di comprendere, nel primo caso, la possibilità di

²⁶² Sul punto si veda diffusamente M. Astone, *Inadempimento del consumatore e autotutela del finanziatore tra (divieto del) patto commissorio e patto marciano*, cit., pp. 761 e ss.

²⁶³ Trattasi di F. Piraino, *Il patto marciano alla luce della disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, cit., p. 1748.

eventuali deroghe convenzionali, e nel secondo, la suscettibilità di una sua estensione, in via analogica, agli altri marciari speciali per gli elementi, da questi, non espressamente tipizzati. Rinviando per tale ultimo aspetto a quanto si dirà nel prosieguo con riferimento al 48 *bis*, in merito al primo quesito sembra doversi condividere l'opinione di chi²⁶⁴ ritiene certamente inderogabili le disposizioni relative ai tre elementi costitutivi, essenziali ed ineludibili, della convenzione marciana, nonché all'impossibilità di poter escludere convenzionalmente l'effetto esdebitatorio quale segno distintivo della figura in esame, oltre che strumento a presidio della tutela di una parte contrattuale che versa in una situazione di asimmetria informativa e debolezza economica²⁶⁵. Ne consegue che residuano spazi per un'autonomia negoziale che si traduca in patti integrativi o modificativi²⁶⁶, ma pur sempre compatibili con la *ratio* e con i tratti qualificanti della disciplina tracciata dall'art. 120 *quinquiesdecies* T.U.B.

1.4. Il pegno non possessorio

Il D.L. 3 maggio 2016 n. 59 (così detto Decreto “salva banche”), convertito in L. 30 giugno 2016 n. 119, si inserisce a pieno titolo tra gli interventi legislativi che hanno inciso in maniera significativa sulla progressiva opera di ammodernamento e sulla parabola evolutiva del nostro attuale sistema di garanzie reali cercando di coniugare le contrapposte esigenze di agevole accesso al credito, tutela del debitore e rapida realizzazione delle pretese

²⁶⁴ A. Luminoso, *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1409.

²⁶⁵ In tal senso, A. Luminoso, *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1409. L'Autore ritiene che l'effetto esdebitativo rappresenti un “elemento qualificante della figura, mancando il quale si uscirebbe dal modello legislativo disegnato dall'art. 120/2015 TUB”. Analogamente G. D'Amico, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., p. 65; S. Pagliantini, *Sull'art. 48 bis T.U.B.: il “pasticcio” di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, in *I nuovi marciari*, Torino, 2017, p. 82.

²⁶⁶ Il rilievo è di A. Luminoso, *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1410.

creditorie mediante strumenti flessibili e autosatisfattivi.

Il provvedimento normativo recante “*Disposizioni urgenti in materia di procedure esecutive e concorsuali, nonché in favore degli investitori in banche in liquidazione*” introduce due sottocategorie di marciatori oggetto del presente lavoro: il pegno non possessorio (art. 1) ed il finanziamento alle imprese garantito dal trasferimento di bene immobile, sospensivamente condizionato all’inadempimento qualificato dell’imprenditore- debitore (art. 2 del Decreto il quale, a sua volta, introduce l’art. 48 *bis* del Testo Unico Bancario, D. Lgs. 385/1993).

Procedendo con l’analisi della prima fattispecie, l’art. 1 del Decreto Salva Banche ha tipizzato una figura particolare di garanzia non possessoria riconoscendo agli imprenditori iscritti nel registro delle imprese la facoltà, al fine di garantire crediti presenti o futuri a loro concessi e relativi all’esercizio dell’impresa, di costituire un pegno non possessorio gravante sui “*beni mobili, anche immateriali, destinati all’esercizio dell’impresa e sui crediti derivanti o inerenti a tale esercizio*”(art. 1, comma II, Decreto). Dalla lettura delle disposizioni si evince agevolmente la perimetrazione sul piano soggettivo e oggettivo del campo di applicazione della normativa *de qua*. Per un verso, il datore di pegno deve necessariamente rivestire la qualifica di imprenditore, dall’altro lato la garanzia può avere ad oggetto solo predeterminate categorie di *res* ossia: beni strumentali all’esercizio dell’impresa (con esplicita esclusione di quelli registrati) ovvero crediti purché connessi al medesimo esercizio.

Quanto alla modalità di costituzione, si assiste ad un maggiore rigorismo formale rispetto alla similare figura della garanzia finanziaria, essendo, qui, richiesta la forma scritta a pena di nullità (contenente le specifiche

indicazioni previste dal comma III)²⁶⁷ nonché l'iscrizione presso l'apposito registro dei pegni non possessori ai fini dell'opponibilità verso i terzi e nelle procedure concorsuali.

Elemento rivoluzionario dell'istituto in esame è la mancanza di spossamento requisito, invece, indefettibile, nell'ambito del pegno codicistico. In tal modo, la fattispecie negoziale perde il connotato della realtà in favore della consensualità.

Tuttavia, 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 ben 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-casarei (ex art. 7 della l. 122/20).

Di immediata percezione è la *ratio* dell'assenza dello spossamento: consentire al debitore-imprenditore di poter agevolmente accedere al credito offrendo in garanzia un bene funzionale al suo esercizio commerciale, ma conservandone la disponibilità al fine di evitare la paralisi della sua attività produttiva. In questo modo si spiega la delimitazione oggettiva e soggettiva della garanzia reale mobiliare.

In piena coerenza con il suddetto fondamento giustificativo, che sottende l'intero istituto, al datore di pegno non possessorio è riconosciuto il potere di disporre o trasformare il bene gravato dalla garanzia sempre nel rispetto della sua destinazione economica.

In tale ipotesi, la garanzia, al pari di quanto visto in materia finanziaria, si trasferisce senza soluzione di continuità sul corrispettivo di vendita ovvero

²⁶⁷ Art. 1, comma III, D. Lgs. 59/2016, coordinato con la l. di conversione 119/2016, "Il contratto costitutivo, a pena di nullità, deve risultare da atto scritto con indicazione del creditore, del debitore e dell'eventuale terzo concedente il pegno, la descrizione del bene dato in garanzia, del credito garantito e l'indicazione dell'importo massimo garantito".

sul prodotto risultante dalla trasformazione. Anche qui, la sostituzione non produce effetti novativi a condizione che avvenga nei limiti del valore del bene originario secondo gli ormai noti schemi del pegno rotativo e della surrogazione reale sempre più diffusi nella prassi negoziale ed avallati dalla giurisprudenza di legittimità²⁶⁸.

Delineai i tratti essenziali del pegno non possessorio, per quel che concerne il presente studio, occorre soffermarsi sulle peculiari modalità di escussione che, come si vedrà, risentono dell'influenza del precedente modello della garanzia finanziaria confermando la sempre più diffusa opzione preferenziale nei confronti di procedure esecutive rapide e stragiudiziali.

Ai sensi del comma 7 dell'art. 1, verificatosi l'evento che determina l'escussione, dinnanzi 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

²⁶⁸ Per la prima pronuncia che ha riconosciuto il pegno rotativo si v. Cass. civ., sez. I, 28.05.1998, n. 5264, in *Banca, Borsa e tit. cred.* 1998, II, pp. 485 e ss. Nello stesso senso, cfr., *ex multis*, Cass. Civ., sez. I, 11.11.2003, n. 16914, in *Fallimento*, 2004, pp. 1210 e ss., con nota di L. Panzani, *Il pegno rotativo tra dottrina e giurisprudenza*; Cass. civ., sez. III, 26.01.2010, n. 1526, in *Responsabilità civile*, 2011, pp. 661 e ss.; Cass. civ., sez. I, 1.07.2015, n. 13508, in *www.neldiritto.it*. In dottrina, per un'analisi più approfondita sul possibile profilo rotativo del pegno non possessorio e sulla relativa clausola si v., A. Chianale, *Le nuove frontiere delle garanzie reali: uno statuto personale del creditore?*, in *Contratto e impresa*, 2019, 4, pp. 1310 e ss.; G. B. Barillà, *Alcune osservazioni a margine del recepimento legislativo del pegno non possessorio*, in *Il Corriere giuridico*, 2017,1, pp. 5 e ss.

un'espressa previsione contrattuale.

Quanto alla vendita, rispetto alla corrispondente disciplina prevista per il pegno ordinario *ex art. 2977 c.c.*, viene contemplata una procedura molto più snella e connotata dall'autotutela.

Ed invero, non solo non è obbligatorio l'intervento dell'ufficiale giudiziario, ma addirittura il creditore può provvedere personalmente all'alienazione mediante delle procedure competitive (non necessariamente *sub specie* di asta pubblica) essendo solo eventuale l'avvalimento di soggetti specializzati purché la vendita in autotutela avvenga nei limiti dell'importo garantito, con l'obbligo di corresponsione del *surplus* e sulla base di stime redatte da operatori esperti scelti di comune accordo tra le parti, o, in mancanza, nominati dal giudice. La possibilità dell'esecuzione mediante vendita stragiudiziale, senza la partecipazione di un soggetto terzo, allontana il pegno non possessorio dalla modalità di realizzo della *floating charge* anglosassone e la avvicina a quella del *pledge*²⁶⁹.

Ma è, come sempre, sull'appropriazione che dovrà vertere la nostra analisi in ragione dell'evidente connessione con il tema d'indagine.

La vicenda giuridica che viene in rilievo è senz'altro quella traslativa atteso che con l'appropriazione si perfeziona un trasferimento di proprietà del bene a favore del creditore pignoratorio. 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.

²⁶⁹ Il rilievo è di F. Murino, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, 2, p. 261. L'Autore, osserva, infatti che nel *floating charge* l'escussione mediante vendita richiede un procedimento giudiziale, ossia che il bene sia venduto dietro ordine della Corte, diversamente nel caso di *pledge* al creditore viene riconosciuta la facoltà di procedere direttamente alla vendita stragiudiziale del bene gravato dalla garanzia a soddisfacimento del proprio credito e con l'obbligo di corrispondere l'eccedenza.

Tale forma di autotutela esecutiva è prevista anche in materia di garanzia finanziaria, ma nel pegno non possessorio le cautele nei confronti del debitore sembrano sensibilmente ridotte atteso che il meccanismo satisfattivo è più diffusamente rimesso all'autonomia negoziale sia in merito all' *an* che al *quodomodo*. Difatti, il comma 7 l. d) precisa che il creditore può procedervi solo se tale facoltà sia contrattualmente prevista ed a condizione che il relativo regolamento negoziale stabilisca anticipatamente i criteri e le modalità di valutazione del bene conferito in garanzia e dell'obbligazione garantita. La predeterminazione negoziale *ex ante*, tuttavia, non sembra mettere il debitore del tutto al riparo da eventuali abusi del creditore versando, il primo, verosimilmente, in una condizione di debolezza economica e morale che potrebbero indurlo ad accettare anche criteri di realizzazione della garanzia non perfettamente conformi a parametri di razionalità economica. Sarebbe stato, dunque, più opportuno, circoscrivere la libertà negoziale nei limiti del canone della "ragionevolezza commerciale" come previsto nella garanzia finanziaria. Tuttavia, il suddetto rischio è controbilanciato da un controllo giurisdizionale *ex post* atteso che, come si vedrà, il debitore può chiedere il risarcimento dei danni ove la valutazione del bene oggetto di appropriazione non corrisponda ai valori correnti di mercato arginando, di fatto, la libertà contrattuale. La determinazione convenzionale di valutazione e modalità di realizzo, ed in luogo di una stima redatta da un perito terzo ed imparziale, qui, ancor più che nella garanzia finanziaria avente ad oggetto beni suscettibili di una liquidazione certa ed oggettiva, potrebbe far sollevare dei dubbi in merito all'effettiva natura marciata del meccanismo in esame. In realtà, come già anticipato, la circostanza che per espressa previsione di legge il valore da

attribuire al bene deve essere conforme a quello di mercato sembra rispondere alla logica della proporzionalità delle clausola marciiana. A ciò si aggiunge che della suddetta convenzione ricorrono gli altri due elementi costitutivi. Difatti, in primo luogo, l'appropriazione è possibile solo fino a concorrenza della somma garantita con obbligo di restituzione dell'eccedenza. Quanto alla valutazione della *res*, sembra che essa debba fatta secondo il valore esistente al momento della verifica dell'evento di *default* che determina l'escussione, atteso che il comma 7 lett. d) stabilisce che verificatosi lo stesso il creditore che voglia avvalersi dell'appropriazione deve comunicare immediatamente per iscritto al datore della garanzia il valore attribuito al bene ai fini della suddetta modalità esecutiva. Tale comunicazione, avente valore recettizio, è contenuta nell'intimazione dell'imminente escussione, notificata al debitore, e segna il momento di produzione dell'effetto traslativo²⁷⁰ mancando, qui, diversamente dalla disciplina di diritto comune, un'apposita sentenza costitutiva di assegnazione (art. 2798 c.c.).

Si precisa, invero, che l'obbligo di corrispondere l'eccedenza non è sancito espressamente, ma anche in tal caso, come per la garanzia finanziaria, la sua sussistenza si evince da un'interpretazione coerente e sistematica delle disposizioni contenute nel comma 7 ove si consideri che un siffatto obbligo è previsto dalla l. a) del medesimo comma in materia di vendita, fattispecie, senz'altro, assimilabile, all'appropriazione spiegando entrambe effetti traslativi.

²⁷⁰ In tal senso cfr. A. Chianale, *Il pegno non possessorio su beni determinati*, in *Rivista di diritto civile*, 2019, 4, p. 976. Secondo l'Autore a partire da tale notificazione, il creditore, divenuto proprietario e possessore del bene, può esercitare le azioni possessorie e recuperatorie. L'autore rimette, altresì, all'interprete il compito di specificare il titolo di acquisto colmando la relativa lacuna legislativa sul punto.

Per tali ragioni, non pare irragionevole condividere l'orientamento dominante della dottrina che sussume l'escussione mediante appropriazione nell'alveo di un meccanismo marciano²⁷¹ di fonte convenzionale, essendo il risultato di una volontà negoziale (dunque un vero e proprio "patto"), ed accessorio in quanto avente ad oggetto un bene su cui grava la garanzia pignorizia. Anzi, addirittura, vi è chi conferisce alla clausola negoziale che prevede una siffatta modalità esecutiva natura analoga a quella prevista dall'art. 120 *quinquiesdecies* del T.U.B in materia di credito immobiliare ai consumatori, in cui il congegno marciano produce, come si è visto, *expressis verbis*, un effetto esdebitativo²⁷². Ragionando in tali termini, l'appropriazione integrerebbe, a tutti gli effetti, un acquisto solutorio a favore del debitore con conseguente estinzione del rapporto obbligatorio anche in caso di valore del bene inferiore all'entità del debito.

In mancanza di una clausola negoziale a favore dell'escussione mediante appropriazione si ritiene possa trovare applicazione la disciplina ordinaria di assegnazione della cosa in pagamento di cui all'art. 2799 c.c., atteso che il comma 10 *bis* dell'art. 1, per quanto non espressamente regolamentato dal decreto, rinvia alle disposizioni codicistiche in materia di pegno nei limiti di compatibilità²⁷³.

²⁷¹ A favore della configurazione marciana si v. M. Campobasso, *Il pegno non possessorio. «Pegno», ma non troppo*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2018, 3, p. 729; N. Cipriani, *Appunti sul patto marciano nella L. 30 giugno 2016, n. 119*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, 5, p. 997; C. Avorio, *Il pegno non possessorio nel fallimento*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2019, 2, p. 283; F. Murino, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, cit., p. 263; R. Brogi, *D. L. 59/2016: prime annotazioni sul pegno mobiliare non possessorio*, in *Il quotidiano giuridico*, 6-5-, 2016 in banca dati www.pluris.cedam.utetgiuridica.it.

²⁷² Cfr. A. Chianale, *Il pegno non possessorio su beni determinati*, cit., p. 976.

²⁷³ In dottrina, prontamente, si rileva la difficoltà di individuare delle norme che superino il giudizio di compatibilità atteso che la disciplina codicistica del pegno postula, quale elemento indefettibile, il trasferimento del possesso del bene dal debitore al creditore. Per l'esame della questione, si v. M. Campobasso, *Il pegno non possessorio. «Pegno», ma non troppo*, cit., p. 730.

A fare da contraltare alla realizzazione in autotutela delle pretese creditorie vi sono l'opposizione e l'azione di risarcimento danni esperibili dal debitore. Nello specifico, con la prima, assimilabile ad un'opposizione al precetto, il debitore contesta il diritto stesso del creditore di procedere all'esecuzione della garanzia, lamentando, ad esempio, la violazione di un *pactum de non petendo* o di uno *standstill agreement* oppure negando la circostanza che si sia verificato un evento che legittima l'escussione²⁷⁴.

Coerentemente con le esigenze di speditezza che corredano l'intero tessuto normativo l'opposizione (non a caso proponibile entro 5 giorni dall'intimazione e mediante ricorso secondo le celeri forme del rito sommario di cognizione *ex art. 702 bis c.p.c.*) non sospende l'esecuzione, salvo che il giudice ritenga che ricorrano dei gravi motivi (comma 7 *bis*). Quanto, invece, all'azione di risarcimento danni, si è concordi nel ritenere che la stessa sia esperibile solo ove non sia messo in discussione il diritto di escussione del pegno (*an*), bensì le concrete modalità di realizzazione della garanzia, giacché avvenute, per l'ipotesi di assegnazione, in violazione di quanto previsto nella comunicazione di cui al comma 7 lett. d) ovvero in contrasto con i prezzi di mercato (comma 9). La tutela risarcitoria appare poco soddisfacente in considerazione del breve termine (tre mesi) accordato al debitore per il relativo esercizio. La domanda *de qua* sembra assumere i connotati di un'azione di responsabilità contrattuale da inadempimento, nel caso di specie, della convezione marciata, con conseguente applicazione del relativo regime giuridico di cui all'art. 1218 c.c. eccezion fatta per il termine prescrizione. Di contro, qualora si contesti non, già, il *quomodo*, ma l'*an* dell'escussione trovano applicazione,

²⁷⁴ Cfr. F. Murino, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, cit., p. 264.

oltre che la suddetta opposizione, le norme ordinarie in materia di ingiustificato arricchimento ed indebito oggettivo²⁷⁵.

Esaurita l'analisi delle procedure esecutive autosatisfattive del pegno non possessorio occorre fare un cenno al rapporto tra tale garanzia mobiliare ed il fallimento.

Al riguardo, viene in rilievo, innanzitutto, il comma 4 dell'art. 1 del Decreto il quale individua nell'iscrizione presso il registro dei pegni il *dies a quo* per l'opponibilità della garanzia ai terzi e nelle procedure concorsuali. Ma la nostra attenzione va rivolta, in particolar modo, al successivo comma 8 in cui si riconosce al creditore la facoltà di procedere all'escussione del pegno, secondo tutte le summenzionate quattro modalità previste dal comma 7, anche in pendenza di una procedura concorsuale, purché lo stesso sia stato ammesso al passivo in prelazione²⁷⁶. A differenza della corrispondente norma in materia di garanzia finanziaria, in questo caso la conservazione e conseguente esecuzione del pegno non possessorio non solleva il creditore dall'onere di insinuazione al passivo, essendo tale formalità espressamente prescritta dalla legge.

Sempre rispetto alla garanzia finanziaria, la possibilità di escussione mediante appropriazione anche in caso di fallimento desta, qui, maggiori perplessità in quanto, nel pegno non possessorio, il meccanismo autosatisfattivo ha ad oggetto un bene strumentale all'esercizio dell'impresa e, pertanto, potrebbe compromettere la liquidazione

²⁷⁵ In tale direzione M. Campobasso, *Il pegno non possessorio. «Pegno», ma non troppo*, cit., p. 728, F. Murino, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, cit., p. 265; R. Brogi, *D. L. 59/2016: prime annotazioni sul pegno mobiliare non possessorio*, in *Il quotidiano giuridico*, cit., reperire pagina non appare nel doc.

²⁷⁶ Si osservi, altresì, che resta ferma l'applicabilità delle norme in materia di revocatoria fallimentare (artt. 67 e 69 l. fall.) ed a tali effetti il pegno non possessorio è equiparato al pegno (si v. comma 10 art. 1 del Decreto).

dell'azienda in stato di insolvenza.

Per tali motivi, il riconoscimento di una siffatta facoltà di esecuzione coattiva individuale, come prontamente rilevato²⁷⁷, deve essere corredata da una serie di cautele. Ad esempio, si potrebbe subordinare l'appropriazione, questa volta, ad una stima eseguita da un esperto, ovvero riconoscere al curatore il potere di intervenire controllando l'attività di liquidazione ed esercitando le relative azioni a tutela del debitore ovvero recuperando dal creditore la *res* pignorata e provvedendo al pagamento del credito nei suoi confronti.

Tuttavia, la preferenza accordata anche in caso di fallimento all'esecuzione in autotutela, ed in generale, a meccanismi paragiurisdizionali non deve suscitare stupore in quanto è perfettamente in linea con l'attuale tendenza legislativa diretta a designare un modello generalizzato di escussione efficace e autosatisfattiva di garanzia reale. Quanto detto trova conferma nella legge di n. 155/2017 contenente la Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

Tale legge, per quanto in questa sede occorre rilevare, nell'individuare i principi e criteri direttivi della delega in materia di garanzie non possessorie, all'art. 11 lett. d) fa esplicito riferimento all'esigenza di *“consentire al creditore di escutere stragiudizialmente la garanzia anche in deroga al divieto del patto commissorio a condizione che il valore del bene sia determinato in maniera oggettiva, fatto salvo l'obbligo di restituire immediatamente al debitore, l'eventuale eccedenza tra il valore di realizzo o assegnazione e importo del credito”*.

²⁷⁷ Cfr. R. Brogi, *D. L. 59/2016: prime annotazioni sul pegno mobiliare non possessorio*, in *Il quotidiano giuridico*, cit. Sul punto ed, in generale, per una più approfondita disamina del pegno non possessorio e procedure concorsuali si v. C. Avorio, *Il pegno non possessorio nel fallimento*, p. 285, e pp. 267 e ss.

Si decreta, dunque, una seconda ipotesi tipizzata di deroga al divieto di patto commissorio in aggiunta a quella prevista dall'art. 6, comma II, del D. Lgs. 170/2004 in materia di garanzia finanziaria. Tuttavia, anche in questo caso trattasi di una deroga meramente apparente giacché corredata dalle cautele proprie del patto marciano (*aestimatio* oggettiva e obbligo di restituzione dell'eccedenza) ad ulteriore conferma della liceità di quest'ultimo.

Nonostante, dunque, le eventuali critiche e dubbi ermeneutici che aleggiano intorno alla disciplina dettata dal Decreto Salva Banche, anche, come vedremo, riguardo al novellato art. 48 *bis* del T.U.B., (probabilmente frutto di “*un'indifferibile necessità ed urgenza*”²⁷⁸ alla base del decreto legge che mal si concilia una normativa puntuale e precisa che, inevitabilmente, richiede tempi più lunghi) non può negarsi l'encomiabile sforzo di aver fornito un prezioso contributo alla rivisitazione, in termini di maggiore concorrenzialità, del nostro attuale sistema di garanzie del credito i cui profili innovativi sembrano, altresì, essere stati recepiti nel nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza (D. Lgs. 14/2019)²⁷⁹ attuativo della summenzionata delega legislativa.

²⁷⁸ Per un'analisi critica dei punti di debolezza della normativa in esame, cfr. A. Chianale, *Il pegno non possessorio su beni determinati*, cit., pp. 955 e ss. L'Autore riporta l'espressione (p. 955) di E. Gabrielli, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – Una garanzia reale senza possesso*, in *Giur. It.*, 2017, p. 1715.

²⁷⁹ Per il testo del D. Lgs. 12 Gennaio n. 14/2019 si consulti il sito <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2019/02/14/19G00007/sg>. Entrata in vigore del provvedimento: 15/08/2020 salvo gli artt. 27, comma 1, 350, 356, 357, 359, 363, 364, 366, 375, 377, 378, 379, 385, 386, 387 e 388 che entrano in vigore il 16/03/2019.

Il Decreto-Legge 8 aprile 2020, n. 23 ha successivamente disposto che il presente provvedimento entra in vigore l'1/09/2021, salvo gli artt. 27, comma 1, 350, 356, 357, 359, 363, 364, 366, 375, 377, 378, 379, 385, 386, 387 e 388 che entrano in vigore il 16/03/2019.

1.5. Il marciano nei contratti (b2b) di finanziamento alle imprese; l'art. 48 bis del T.U.B.

Come già rilevato, il D.L. 3.05.2016 n. 59 (c.d. Decreto Salva banche) assume una rilevanza notevole ai fini del presente studio non solo per l'introduzione della disciplina del pegno non possessorio, ma, altresì, per l'inserimento, all'interno del Testo Unico Bancario, dell'art. 48 *bis* che determinato l'ascesa di un ulteriore sottotipo marciano²⁸⁰ che più di tutti si avvicina al congegno previsto nel contratto di credito immobiliare ai consumatori *ex art. 120 quinquiesdecies* T.U.B.

Tale disposizione normativa prevede che il contratto di finanziamento stipulato tra Banca, o intermediario finanziario, ed imprenditore *può essere garantito* con il trasferimento a favore del creditore del diritto di proprietà o altri diritti immobiliari dell'imprenditore *sospensivamente condizionato* all'inadempimento qualificato di quest'ultimo, sempre fatto salvo l'obbligo del creditore di corrispondere l'eventuale eccedenza del valore dell'immobile, stimato da un perito, rispetto al debito residuo.

La norma *de qua* riveste una significativa importanza. In primo luogo perché nel disporre un trasferimento *expressis verbis a garanzia* di un finanziamento e *sospensivamente condizionato all'inadempimento* del debitore tipizza a tutti gli effetti, o almeno letteralmente e fermo restando i dubbi sull'effettivo profilo causale, una fattispecie di alienazione a scopo di garanzia confermando l'ammissibilità di una siffatta vicenda traslativa ove corredata dalle cautele marciane in ossequio ai più recenti e già analizzati arresti giurisprudenziali.

Tuttavia appare evidente, anche al lettore più distratto, che non si tratta,

²⁸⁰ Anche per l'istituto disciplinato dall'art. 48 *bis* del T.U.B. la qualifica di "sottotipo di patto marciano" si deve a A. Luminoso, *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1413.

come già rilevato, di una positivizzazione geniale attesa la natura speciale della disposizione in esame nonché il suo circoscritto perimetro applicativo. Ed invero, l'istituto trova applicazione solo ove le due parti del rapporto obbligatorio siano, dal lato attivo, un istituto di credito o altro soggetto autorizzato a concedere un finanziamento ai sensi dell'art. 106 T.U.B., e dal lato passivo deve trattarsi di un imprenditore secondo la definizione codicistica dell'art. 2082 c.c. A ciò si aggiunga che la garanzia, cui è sottesa la vicenda traslativa, non può avere ad oggetto un immobile adibito ad abitazione principale del proprietario, del coniuge, dei suoi parenti ed affini entro il terzo grado, e che scatta, anche qui, solo nel caso di inadempimento "rilevante", ossia di mancato versamento di almeno tre rate protrattosi per oltre nove mesi dalla data di scadenza (comma 5)²⁸¹.

Dalla complessiva analisi normativa della fattispecie sembrerebbe che l'art. 48 *bis* introduca un sottotipo marciano: i) *ad effetti reali*, ii) *autonomo* (in quanto 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 iii) di fonte negoziale trattandosi di un vero e proprio "patto" che le parti possono inserire nel contratto di finanziamento.

L'unica modalità di realizzazione delle pretese creditorie, in questa figura, sembra, dunque, essere il trasferimento del bene dell'imprenditore-debitore al creditore- finanziatore. In realtà, c'è chi²⁸² non esclude che l'istituto in

²⁸¹ In senso critico G. D'Amico, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., pp. 11 e ss. L'Autore rileva che sarebbe stato più opportuno calibrare la soglia, piuttosto che sulle rate insolute, sulla percentuale dell'inadempimento rispetto al *quantum debeatur*. Osserva, altresì, che la suddetta soglia, pur essendo relativamente bassa, trattandosi di sole tre rate, porta con sé il rischio che la clausola possa essere attivata quando ormai l'inadempimento è troppo elevato giacché il comma 5 richiede che il mancato pagamento si protragga per oltre nove mesi dalla scadenza.

²⁸² S. Pagliantini, *Sull'art. 48 bis T.U.B.: il "pasticcio" di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, cit., pp. 79 e ss.

esame possa assumere i connotati di un marciano obbligatorio riconoscendo, a tal fine, all'autonomia negoziale la possibilità di prevedere l'autotutela esecutiva del creditore mediante l'alienazione a favore di terzi dell'immobile del debitore. Ricorrerebbe, così, la fattispecie del mandato a vendere, in *rem propriam*, a favore del creditore sulla falsa riga del modello delineato nel prestito vitalizio ipotecario con la differenza che nel 48 *bis* la legittimazione a disporre discenderebbe *ex contractu*, e non *ex lege*.

Quello che è sicuramente fuori dubbio è che nel marciano speciale in esame ricorrono i tre elementi costitutivi del marciano di diritto comune, tutti esplicitamente contemplati dalla normativa *de qua*. Difatti, il trasferimento sull'immobile a favore del finanziatore deve avvenire: i) sulla base di una stima peritale, ii) da eseguirsi solo in un momento successivo al verificarsi dell'inadempimento qualificato di cui al comma 5 e iii) con il diritto dell'imprenditore-debitore alla restituzione dell'eventuale *surplus*.

Tuttavia, in questo sottotipo marciano suscita quale perplessità la disciplina della relazione di stima. Ciò in quanto, la nomina del perito, indipendente ed imparziale, diversamente dagli altri sottotipi marciani, non avviene sulla base di un comune accordo delle parti negoziali, bensì da parte del Presidente del Tribunale in seguito ad un'apposita istanza del creditore successiva alla notificazione, nei confronti del debitore, della comunicazione di volersi avvalere della clausola (comma 6).

A tal proposito²⁸³, appare un po' impreciso il rinvio che il comma 6 opera all'art. 1349 c.c. giacché in questo caso il perito, essendo designato

²⁸³ Al riguardo, in senso critico si v. N. Bernardi, *Il nuovo patto marciano tra banche e imprese di cui all'art. 48 bis t.u.b.*, in *Studium Iuris*, 2017, 5 p. 561.; S. Pagliantini, *Sull'art. 48 bis T.U.B.: il "pasticcio" di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, cit., p. 91; M. Buongiorno – E. Notarangelo, *L'art. 48-bis T.U.B. Prime note a margine dell'introduzione del patto marciano nel nostro ordinamento*, in www.dirittobancario.it.

direttamente dall'autorità giurisdizionale, piuttosto che assumere le vesti di un terzo arbitratore riveste la qualifica di ausiliario del giudice e soggiace al regime di responsabilità di cui all'art. 64 del c.p.c. nonché alle condizioni di cui all'art. 51 c.p.c. Considerato, altresì, che nell'effettuare l'*aestimatio*, per espresso rinvio normativo, deve rispettare i criteri di cui all'art. 568 c.p.c. (ossia procedere in conformità ai valori di mercato) si condivide l'opinione di chi ritiene che il rinvio all'art. 1349 c.c. debba essere inteso nei limiti di compatibilità. In altri termini, la stima *de qua* rappresenterebbe, secondo l'orientamento prevalente, ma la questione è molto dibattuta, un'ipotesi di *perizia contrattuale ex lege* la cui impugnazione, attesa la natura discrezionale delle valutazioni, è ammissibile non, già, in caso di una manifesta iniquità o erroneità, bensì per errore, violenza o dolo, secondo il regime contrattuale previsto in materia di vizi del consenso²⁸⁴. In caso di contestazione della relazione da parte del debitore sembrerebbe che si verifichi un meccanismo analogo alla clausola *solve et repete*²⁸⁵ giacché l'effetto traslativo non viene sospeso, salva, sempre, la possibilità dell'imprenditore-debitore di ottenere l'eventuale eccedenza accertata in separata sede dall'autorità giurisdizionale.

Un elemento innovativo, soprattutto rispetto alla limitrofa figura del marciario nei contratti di credito immobiliare ai consumatori, è la disciplina del regime pubblicitario ed i relativi rapporti con il fallimento. Il comma I dell'art. 48 *bis*, infatti, prescrive la trascrizione del trasferimento

²⁸⁴ Il rilievo è di S. Pagliantini, *Sull'art. 48 bis T.U.B.: il "pasticcio" di un marciario bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, cit., p. 91. e ivi, per la controversa natura della stima peritale, i riferimenti a G. Gitti, *Problemi dell'oggetto, La determinazione del terzo*, in Vettori (a cura di), *Tratt. del contratto* diretto da Roppo, II, Regolamento, Milano, 2006, pp. 38 e ss., e a E. Gabrielli, *L'oggetto del contratto. Artt. 1346-1349*, in *Il comm. Schlesinger*, Milano, 2001, pp. 190 e ss.

²⁸⁵ Così N. Bernardi, *Il nuovo patto marciario tra banche e imprese di cui all'art. 48 bis t.u.b.*, cit., p. 561.

sospensivamente condizionato stabilendo che la relativa nota deve contenere gli elementi di cui all'art. 2839, II comma, numeri 4-5-6- del c.c. Ai sensi del successivo comma 13 *ter* la trascrizione produce gli effetti di cui all'art. 2855 c.c. con gli opportuni adeguamenti del caso e, precisamente, avendo riguardo, in luogo del pignoramento, alla notificazione della dichiarazione del creditore di volersi avvalere della clausola. Una volta ottemperato l'adempimento pubblicitario, il patto prevale su eventuali trascrizioni o iscrizioni successive, ed il finanziatore è equiparato, ai fini del concorso con gli altri creditori, al creditore ipotecario. Il regime pubblicitario segna anche il termine di opponibilità della clausola in caso di apertura della procedura concorsuale a carico del debitore. La sopravvivenza della garanzia anche in pendenza del fallimento, purché sia intervenuta la trascrizione del patto, non rappresenta una novità particolarmente significativa essendo già prevista in materia di garanzia finanziaria e pegno non possessorio. Tuttavia, in questa sede, il comma 12 dell'art. 48 *bis* nel prevedere la possibilità del creditore di avvalersi dell'effetto traslativo nonostante l'avvio della procedura fallimentare subordina esplicitamente tale facoltà al duplice onere, a carico del creditore, di ammissione al passivo nonché di presentazione di un'apposita istanza di autorizzazione rivolta al giudice delegato il quale provvederà sentiti il curatore ed il comitato dei creditori.

Tracciati gli elementi discretivi del marciano finanziario occorre soffermarsi sui profili maggiormente critici posti dall'art. 48 *bis*.

Una prima questione riguarda il corretto inquadramento dogmatico e giuridico dell'istituto. Taluno²⁸⁶, infatti, ha rilevato che, diversamente dal

²⁸⁶ Il riferimento è ad A. Luminoso, *Patto marciano e sottotipi*, cit., pp. 1419-1420. L'Autore osserva che rispetto al marciano di diritto comune, modellato sul negozio sottoposto a condizione, il

marciano 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 traslativo non si verifica automaticamente al verificarsi dell'inadempimento, quale evento posto come condizione, ma richiede un'esplicita iniziativa del finanziatore e si perfeziona nel momento in cui quest'ultimo notifica al debitore la dichiarazione di volersi avvalere della clausola, ove vi sia un'esatta coincidenza tra ammontare del *quantum debeatur* e valore dell'immobile, in caso contrario, all'atto della corresponsione dell'eccedenza. 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 Corte²⁸⁷ ha sottolineato la funzione di *consolidamento* degli effetti spiegata dalla convenzione marciana specificando che la proporzionalità del trasferimento, ovvero la restituzione del *surplus*, consolidano,

trasferimento non opera automaticamente al verificarsi dell'inadempimento. In generale, in senso dubitativo sulla natura marciana 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 marciano?*, 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 marciano "*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*".

²⁸⁷ 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'analoga 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*".

perfezionandolo e cristallizzandolo, l'iniziale effetto traslativo prodottosi con l'inadempimento. Ed ancora, sempre in materia di configurazione giuridica, c'è chi discorre di "*pagamento traslativo procedimentalizzato*"²⁸⁸.

Ma il profilo più problematico del marciano finanziario è, senza dubbio, quello relativo alla possibilità di riconoscergli un effetto esdebitativo in assenza di un'esplicita prescrizione sul punto.

La questione deve essere affrontata su un duplice piano, interpretativo e funzionale.

Da un punto di vista ermeneutico, ci si interroga sulla possibilità di un'estensione analogica di quanto previsto dal comma III dell'art. 120 *quinquiesdecies* T.U.B. in materia di credito immobiliare ai consumatori, il quale, come ampiamente visto, conferisce al marciano bancario nei rapporti con il consumatore un effetto esdebitatorio.

Sulla possibilità di un'estensione analogica si fronteggiano il campo due contrapposti orientamenti.

L'indirizzo interpretativo favorevole²⁸⁹ fa leva sull'assunto che in assenza di un'esdebitazione il patto di cui all'art. 48 *bis* si attergerebbe alla stregua di una *datio in solutum* parziale. Tale figura sarebbe inammissibile nel nostro ordinamento non essendo concepibile che il debito sia in parte estinto con la prestazione originaria ed per la restante parte con quella surrogatoria rappresentata dal trasferimento. A ciò si aggiunge la duplice circostanza che l'esclusione dell'effetto esdebitativo prodotto dal

²⁸⁸ In tali termini si esprime S. Pagliantini, *Sull'art. 48 bis T.U.B.: il "pasticcio" di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, cit., p. 77.

²⁸⁹ A favore dell'interpretazione analogica, cfr. S. Pagliantini, *Sull'art. 48 bis T.U.B.: il "pasticcio" di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, cit., pp. 65 e ss. il quale è fautore delle tre inammissibili conseguenze derivanti dall'esclusione dell'effetto esdebitativo; A. Scotti, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis T.U.B. è davvero il patto marciano?*, in *Il Corriere giuridico*, 2016, 12, pp. 1477 e ss.

trasferimento in garanzia potrebbe vanificare la funzione deflattiva del contenzioso giudiziario sottesa all'istituto in esame nonché disincentivare l'imprenditore al ricorso al credito dovendo, quest'ultimo, sopportare il pericolo del *deficit* del valore dell'immobile trasferito rispetto al valore del debito residuo. Né sul punto potrebbe obiettarsi che, opinando diversamente, si verificherebbe un indebito arricchimento a favore del debitore poiché, come più volte precisato, il marciano di cui al 48 *bis* non solo è di natura negoziale, ma è, altresì, rimesso ad una libera iniziativa del creditore il quale se decide di avvalersene dovrà, ragionevolmente, accollarsi i rischi di eventuali differenze in negativo.

Sul versante opposto, si contesta l'impossibilità di un'estensione analogica dell'art. 120 *quinqüesdecies* in quanto preclusa dalla natura eccezionale della norma²⁹⁰ nonché dalla mancanza di identità di *ratio* atteso che nel 48 *bis* si versa in una fattispecie contrattuale b2b e non b2c. Il debitore non è consumatore, bensì, un imprenditore- professionista e, dunque, non si ravvisano quelle istanze di tutela che giustificerebbero l'estinzione del debito. La disparità di trattamento del debitore-imprenditore e debitore-consumatore, determinata dal differente regime giuridico degli artt. 48 *bis* e 120 *quinqüesdecies* sarebbe perfettamente giustificabile in termini di ragionevolezza e giustizia sostanziale²⁹¹. Si osserva, altresì, che l'effetto esdebitativo è ammissibile solo se prescritto *ex lege* integrando un'ipotesi di limitazione della responsabilità patrimoniale generica²⁹² del debitore e come tale soggiace alla regola di tipicità di cui all'art. 2740, II comma, c.c.

²⁹⁰ Sulla natura eccezionale dell'art. 120 *quinqüesdecies*, T.U.B. si v. A. Dolmetta, *La ricerca del «marciano utile»*, in *Rivista di diritto civile*, 2017, 4. p. 817.

²⁹¹ Cfr. G. D'Amico, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., p. 17; S. Ambrosini, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiata nella l. n. 119/2016: il c.d. patto marciano*, in *Crisi d'impresa e Fallimento*, Agosto 2016, p. 12.

²⁹² In tal senso, cfr. A. Luminoso, *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1413.

Ed ancora, si potrebbe sostenere che laddove il legislatore ha voluto l'esdebitazione l'ha espressamente disposta, come nel credito immobiliare ai consumatori, ove non esplicitamente prevista l'ha esclusa sulla base del principio *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*. A tale contesto si aggiunge che il legislatore, nelle more di conversione del decreto salva banche, non ha provveduto ad inserire un'apposita previsione, nonostante le vivaci sollecitazioni in tal senso, quasi a conferma di una *voluntas legis contraria*²⁹³.

Infine, vengono prontamente²⁹⁴ superate tutte e tre le obiezioni sollevate dall'orientamento favorevole al procedimento analogico.

Nello specifico, non sussisterebbe, infatti, alcun ostacolo di carattere dogmatico o sistematico nell'ammettere una *datio in solutum* parziale, il pericolo dell'eterogenesi dei fini dell'istituto è meramente eventuale in quanto rimesso ad un ipotetico e non certo contezioso giudiziario ed, infine, la previsione di un effetto esdebitativo inderogabile se da un lato incentiva il debitore-imprenditore al ricorso al credito, dall'altro scoraggia l'ente erogatore giacché deve accollarsi il rischio di un eventuale *deficit*.

Per tali ragioni sembra condivisibile l'opinione di chi²⁹⁵ ritiene, nell'ottica di contemperare le contrapposte esigenze creditorie e debitorie, che l'art. 48 *bis* possa essere interpretato nel senso che l'effetto esdebitativo è previsto di norma, ma non in maniera inderogabile, ben potendo essere convenzionalmente escluso.

Sul versante funzionale, il quesito sull'effetto esdebitativo o meno del 48

²⁹³ Cfr. S. Ambrosini, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiata nella l. n. 119/2016: il c.d. patto marciano*, cit., p. 11.

²⁹⁴ Per un'analisi approfondita della questione, ed in senso diametralmente opposto alla ricostruzione di S. Pagliantini, si v. G. D'Amico, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit. pp. 17 e ss.

²⁹⁵ Il riferimento è a G. D'Amico, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., p. 19.

bis riporta in luce l'annoso dibattito relativo all'effettiva causa sottesa al meccanismo marciano²⁹⁶.

Al riguardo, con preciso riferimento al sottotipo marciano in esame si potrebbe propendere per una qualificazione in termini di strumento di garanzia in ragione del dato letterale offerto dall'art. 48 *bis*, il quale fa esplicito riferimento, sia nella rubrica che nel testo, ad un contratto di finanziamento "garantito" dal trasferimento di proprietà sospensivamente condizionato. Da tale configurazione discenderebbe, come più volte rilevato, l'esclusione dell'effetto estintivo giacché troverebbe applicazione il regime ordinario delle garanzie reali il quale, in caso di incapacità della *res* garantita, lungi dal predisporre l'estinzione del rapporto obbligatorio fa salva la possibilità di aggredire il restante patrimonio del debitore stante il principio di universalità di cui all'art. 2740 c.c.

Tuttavia, come già ampiamente osservato, in materia di patto marciano (ed

²⁹⁶ Per una approfondita analisi della questione, cfr. A. Scotti, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis T.U.B. è davvero il patto marciano?*, cit., pp. 1480 e ss. In particolare, l'Autore qualifica il patto marciano di cui all'art. 48 *bis* alla stregua di un'obbligazione con facoltà alternativa comportante una modificazione dell'oggetto del rapporto obbligatorio (c.d. *pactum de in solutum dando*). La sostituzione della prestazione originariamente dovuta, stante la necessità, ai fini della sua operatività, della comunicazione del creditore di volersi avvalere della clausola, non avviene immediatamente al momento della redazione del patto, ma solo quando e se il creditore rende tale dichiarazione ricalcando, in tal modo, lo schema della *datio in solutum*. L'obbligazione originaria, pertanto, rimane inalterata fintantoché il creditore non esegue la prestazione sostitutiva. Il patto è, *ex se*, inidoneo a spiegare l'effetto estintivo fino a quando non interviene la suddetta comunicazione del creditore la quale costituisce il consenso all'esecuzione della prestazione diversa da quella originariamente dovuta secondo quanto richiesto dall'art. 1197 c.c. Quanto al profilo funzionale, lo scopo di garanzia, sotteso al trasferimento previsto dalla norma, non rappresenterebbe il fondamento causale dell'operazione in quanto l'effettivo intento perseguito dalle parti sarebbe quello di estinguere l'obbligazione mutandone, per l'appunto, l'oggetto mediante la sostituzione della prestazione originaria con quella risultante dal trasferimento. In altri termini, all'iniziale funzione di garanzia subentrerebbe quella di adempimento. L'art. 48 *bis*, al pari delle alienazioni a scopo di garanzia, avrebbe una struttura "bifasica". L'atto traslativo ivi disciplinato è, in un primo momento, connotato, dalla funzione di garanzia (difatti il trasferimento diviene inefficace in caso di adempimento), ma la medesima operazione negoziale postula, altresì, un patto solutorio la cui funzione è quella di estinguere il rapporto obbligatorio con uno strumento diverso dall'adempimento, ma sempre finalizzato a dare attuazione al rapporto di finanziamento di modo che "l'effetto solutorio subentra e si sostituisce all'iniziale funzione di garanzia". L'iniziale funzione di garanzia, dunque, viene sostituita dalla successiva, sebbene indiretta, funzione satisfattiva.

anche di convenzione commissoria) l'orientamento che fa da contraltare a quello tradizionale colloca l'alienazione marciiana nell'ambito degli istituti surrogatori-sostitutivi della prestazione rimasta inadempita riconoscendole natura solutoria ed invocando le fattispecie dell'obbligazione alternativa, obbligazione facoltativa e *datio in solutum*.

Autorevole dottrina²⁹⁷ ha tuttavia dimostrato come nessuna di queste tre configurazioni appare corretta.

La convenzione marciiana non può essere sussunta, infatti, nell'alveo di un'obbligazione alternativa giacché la scelta tra originaria prestazione pecuniaria e quella risultante dal trasferimento determinerebbe, in questa sede, un inammissibile mutamento dell'iniziale qualificazione del rapporto obbligatorio, specificatamente, da mutuo a contratto traslativo. Parimenti, appare fuorviante il richiamo all'obbligazione facoltativa atteso che nel 48 *bis* la *facultas solutionis* non è rimessa, come dovrebbe tecnicamente essere, al debitore bensì al finanziatore-creditore. Ed ancora, quanto alla prestazione in luogo dell'adempimento, oltre alla incompatibilità di un istituto solutorio con una condizione sospensiva di inadempimento già a suo tempo rilevata²⁹⁸, l'obiezione riguarda non tanto l'impossibilità di una *datio in solutum* preventiva, essendo da alcuni pacificamente ammessa²⁹⁹, quando piuttosto il fatto che nel 48 *bis* l'esecuzione della prestazione surrogatoria non è il frutto di una scelta concordata tra debitore e creditore

²⁹⁷ Per una puntuale ricostruzione delle prospettazioni alternative offerte dall'orientamento tradizionali e le relative obiezioni riportate cfr. G. D'Amico, *La resistibile ascesa del patto marciiano*, cit., pp. 23 e ss.

²⁹⁸ Per l'analisi comparativa tra *datio in solutum* e convenzione marciiana e commissoria, cfr. Cap. I, e ivi i riferimenti ad A. Luminoso, *Patto marciiano e sottotipi*, cit., spec., p. 1406 e C.M. Bianca, *Diritto civile, 4, L'obbligazione*, cit., p. 432.

²⁹⁹ Cfr. A. Luminoso, *Patto marciiano e sottotipi*, cit., spec. p. 1404 in cui l'Autore sostiene che "la *datio in solutum*, stante la sua funzione solutoria, può essere stipulata non solo dopo, ma anche prima che si verifichi l'inadempimento, poiché niente osta a che le parti possano concordare di soddisfare il creditore con un surrogato (dell'adempimento) sia prima che dopo l'inadempimento".

quanto, piuttosto, il risultato dell'esercizio di un diritto potestativo in capo al finanziatore. In altri termini, è stato osservato che più che di *datio in solutum* si tratterebbe di un'opzione di *datio* che però, a differenza, del regime dell'opzione contrattuale di cui all'art. 1331 c.c. non è sottoposta ad alcun termine né vi è la possibilità di apposizione del medesimo da parte del giudice.

Alla luce delle superiori considerazioni, è preferibile il più recente orientamento³⁰⁰ che sgancia il patto marciano dagli istituti surrogatori – sostitutivi dell'adempimento posizionandolo, al pari della convenzione commissoria, nel successivo piano della responsabilità patrimoniale e qualificandolo alla stregua di uno strumento di autotutela satisfattiva del credito. Con l'alienazione marciana una unità patrimoniale del debitore si sottrae all'universalità dei suoi beni e viene destinata a soddisfare esclusivamente un determinato rapporto obbligatorio in un'ottica di autotutela esecutiva. Tale configurazione appare più corretta atteso che la convenzione marciana presuppone l'inadempimento del debitore e, dunque, si inserisce nella fase patologica del rapporto costituita dall'inadempimento e dal conseguente risarcimento del danno.

Tuttavia, anche all'interno dell'indirizzo che riconosce natura autosatisfattiva si addivene a conclusioni diverse in merito all'effetto esdebitativo. Difatti, da un lato vi è chi³⁰¹, in assenza di una previsione di legge, esclude tale elemento giacché “*la vicenda estintiva non è implicata nella causa della convenzione*” marciana avendo, quest'ultima, la diversa

³⁰⁰ Sulla funzione di autotutela esecutiva della convenzione marciana si v., *ex multis*, F. Piraino, *Il patto marciano alla luce della disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, cit., p. 1752; A. Luminoso, *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1403; S. Pagliantini, *Sull'art. 48 bis T.U.B.: il “pasticcio” di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, cit., p. 54; F. Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 89.

³⁰¹ Espressamente A. Luminoso, *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1421.

funzione di autotutela satisfattiva. L'estinzione del debito, a meno che non sia previsto *ex lege*, non può operare non solo perché incompatibile con la causa della alienazione marciiana, ma anche perché determinerebbe una limitazione della responsabilità patrimoniale del debitore che soggiace alla riserva di legge *ex art. 2740, II comma, c.c.*³⁰².

Dall'altra parte c'è chi, sebbene conferisca al patto marciano una causa autosatisfattiva e non solutoria, ritiene, comunque, possibile la produzione di un effetto esdebitativo anche al di fuori dei casi previsti dalla legge. L'art. 2740, II comma, c.c. non detterebbe un principio di stretta tipicità³⁰³, richiedente un'espressa previsione di legge, ma deve essere interpretato nel senso di precludere che la limitazione della responsabilità patrimoniale sia rimessa ad una mera discrezionalità del debitore, ma che nulla esclude che la stessa sia possibile ove vi sia una espressa volontà, in tal senso, del creditore.

Una esplicita manifestazione del soggetto attivo del rapporto obbligatorio sarebbe necessaria, in assenza di una previsione di legge, giacché l'effetto esdebitativo integra un "*atto abdicativo della garanzia generica rappresentata dall'intero patrimonio del debitore e, al tempo stesso, una rinuncia anticipata alla parte di credito rimasta insoddisfatta.*"³⁰⁴

³⁰² Tale rilievo è stato palesato da A. Luminoso nel corso della presentazione del volume *I nuovi marciiani*, redatto da G. D'Amico, S. Pagliantini, F. Piraino, T. Rumi, cit.; Si v., altresì, A. Dolmetta, *Alla ricerca del «marciano utile»*, in *Rivista di diritto civile*, pp. 816-817, per l'Autore riconoscere alla convezione marciiana "comunque ed in automatico" l'estinzione del credito significherebbe collocare la suddetta operazione negoziale al di fuori dei confini dell'alienazione in garanzia facendola trasmigrare nella diversa figura della *datio in solutum*.

³⁰³ In tal senso si v. F. Piraino, *Il patto marciano alla luce della disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, cit., p. 1754 ed ivi il riferimento a D. Rubino, *La responsabilità patrimoniale, Il pegno*, in *Tratt. Dir. Civ.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1956. pp. 11 e ss.

³⁰⁴ Così, L. Follieri, *Il patto marciano tra diritto «comune» e «speciale»*, cit., p. 1867. Per l'Autore l'effetto esdebitativo non si può applicare analogicamente all'art. 48 *bis* in quanto trattasi di una limitazione della responsabilità patrimoniale del debitore che necessita, ai sensi dell'art. 2740 c.c., di una espressa previsione di legge oppure un'espressa volontà del creditore.

Quest'ultima ricostruzione appare la soluzione preferibile in quanto, in aggiunta alle cautele marciane, riesce a conciliare le esigenze di speditezza dell'esecuzione ed efficienza del mercato nel pieno rispetto di entrambe le parti del rapporto obbligatorio. Non pare, dunque, azzardato sostenere che il sottotipo marciano del 48 *bis* possa spiegare efficacia estintiva anche qualora il valore del bene trasferito sia inferiore rispetto al debito residuo purché, in assenza di una previsione *ad hoc*, l'effetto esdebitativo sia il frutto di una scelta concordata tra creditore e debitore.

A conclusione dell'analisi sul marciano nei rapporti *b2b* non possono non condividersi le censure mosse in merito all'eccessiva rigidità dello schema tipizzato dal legislatore che fa dubitare dell'"attrattività"³⁰⁵ del 48 *bis*. La norma, infatti, prevede, soprattutto in relazione alla fase di *aestimatio* e relativa contestazione, un meccanismo eccessivamente farraginoso e procedimentalizzato che, in aggiunta all'assenza dell'alternativa di autotutela mediante vendita nonché di un trasferimento immediato al verificarsi dell'inadempimento, disincentiva un'applicazione pratica. Forse, come acutamente rilevato³⁰⁶, sarebbe stato più opportuno dettare una disciplina di mero principio lasciando all'autonomia negoziale la regolamentazione di dettaglio che, a seconda dei casi concreti, possa offrire un'allettante soluzione alternativa all'ordinaria esecuzione forzata connotata dalle ben note lungaggini e, spesso, dagli inconvenienti esiti.

³⁰⁵ L'espressione è di G. D'Amico, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., p. 26.

³⁰⁶ Cfr. D'Amico, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit. pp. 28-29. In senso conforme sulla rigidità dell'art. 48 *bis* si v. F. Piraino, *Il patto marciano alla luce del credito immobiliare ai consumatori*, cit., p. 1750; Per una analisi dettagliata dei punti critici dell'art. 48 *bis* si v. S. Pagliantini, *Spigolando intorno all'art. 48 bis del T.U.B.: specialità (di trattamento) e principio di proporzionalità delle garanzie?*, cit., pp. 1719 e ss., l'Autore definisce l'art 48 *bis* una norma "farraginoso" ed "ingessante, visto che non asseconda affatto, l'autonomia privata; Id., *Sull'art. 48 bis T.U.B.: il "pasticcio" di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, cit., pp. 86 e ss.

1.6. Il marciano “al contrario” nella risoluzione nel leasing finanziario

Per ragioni di completezza appare opportuno concludere la disamina dei nuovi marcciani con qualche cenno in merito al 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 determinandone il passaggio dalla “tipicità sociale” a quella normativa.

Alla Legge Concorrenza va, dunque, riconosciuto il pregio di aver tipizzato la locazione finanziaria introducendo una definizione puntuale e generalizzata³⁰⁷ superando la tradizionale distinzione tra *leasing* di godimento e traslativo, delineando una fisionomia ed una disciplina unitaria.

Ciononostante, non va sottaciuto che non possa parlarsi di una positivizzazione completa, atteso che la novella del 2017, costituita da un unico articolo, inserito nel più ampio contesto normativo (la Legge per il Mercato e la Concorrenza), riserva al *leasing* finanziario solo le quattro disposizioni contenute nei commi 136 -140³⁰⁸.

³⁰⁷ 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”.

³⁰⁸ 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 *Giurisprudenza Italiana*, 2016,

Per quanto di maggiore interesse in relazione al presente lavoro si procederà all'esame delle sole disposizioni normative relative alla risoluzione³⁰⁹.

In particolare, i commi 137-139 dell'art. 1 della Legge in commento si occupano della risoluzione del contratto di *leasing* avuto riguardo, però, esclusivamente all'inadempimento dell'utilizzatore, senza operare alcuna distinzione tra *leasing* traslativo e di godimento³¹⁰.

Tra le novità più importanti va, innanzitutto, segnalato che il comma 137 introduce una predeterminazione legale della soglia quantitativa³¹¹ volta a decretare la gravità dell'inadempimento superando, così, le ben note incertezze applicative che orbitano attorno all'art. 1455 c.c. e scongiurando, altresì, il rischio di discrezionalità giudiziale. Qui, ancora di più che nei marciani bancari e finanziari, si comprende la necessità della tipizzazione di una soglia di gravità, giacché il meccanismo marciano non si inserisce in una generica ipotesi di inadempimento, bensì nella specifica fattispecie risolutiva che, com'è noto, richiede un inadempimento di non scarsa importanza.

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.

³⁰⁹ 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.

³¹⁰ Prima della *reductio ad unum* realizzata con la l. 124/2017, in assenza di un'apposita norma *ad hoc*, la regolamentazione della risoluzione del *leasing* veniva differenziata a seconda che venisse in rilievo una fattispecie di *leasing* traslativo o di godimento. Nella prima ipotesi, assimilata alla vendita con riserva di proprietà, trovava applicazione l'art. 1526 c.c., nel secondo caso si invocava la differente disciplina generale prevista in materia di risoluzione per inadempimento di cui agli artt. 1453 e ss. c.c.

³¹¹ In dottrina si discute se riconoscere alla predeterminazione legale della soglia di inadempimento natura di clausola risolutiva espressa ovvero di condizione dell'azione risolutiva. Si v. S. Bonfatti, *Il leasing è legge*, in *Riv. dir. banc., dirittobancario.it*, 22, 2017; S. Scuderi, *Il Leasing finanziario alla luce della L. n. 12472017*, in *i Contratti*, 2019, 3, p.345.

Quanto agli obblighi restitutori conseguenti la risoluzione, i successivi commi 138-139 tracciano un particolare procedimento³¹² in base al quale il concedente vanta il diritto alla restituzione del bene, ma contestualmente sullo stesso grava l'obbligo di restituire l'eccedenza del ricavato della vendita o altra collocazione del medesimo bene, 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 peritale.

Si viene a delineare, così, un congegno marciano, *sui generis*, ossia, “al contrario”. Il meccanismo soddisfattivo viene, infatti, strutturato in modo tale da consentire al concedente di poter appagare le proprie pretese creditorie (secondo le voci indicate in precedenza) soddisfacendosi sul ricavato della vendita del bene oggetto del contratto e dovendo restituire all'utilizzatore l'eventuale esubero. In tal modo, viene, dunque, in rilievo un modalità operativa in cui eccezionalmente è il creditore a procedere, al fine di realizzare le proprie ragioni, alla vendita del bene non, già del debitore, bensì proprio. Tuttavia, ciò non deve stupire in quanto nel *leasing* finanziario, la conservazione della proprietà del bene in capo al concedente è finalizzata proprio a garantire la restituzione del finanziamento. Pertanto, tale diritto deve essere esercitato dallo stesso concedente nella forma più

³¹² Si osserva che il congegno marciano introdotto con la legge Concorrenza non è del tutto nuovo nel panorama del *leasing* finanziario essendo, già, disciplinato in maniera analoga dall'art. 78 della l. 208/2015 in materia di risoluzione del *leasing* immobiliare abitativo. Tuttavia, la regolamentazione contenuta nella novella del 2017 assicura una maggiore certezza ed imparzialità della procedura liquidativa del bene prescrivendo che la vendita/collocazione debba avvenire, ove possibile, secondo i valori determinati dalle pubbliche rilevazioni di mercato ovvero, in caso contrario, da un perito indipendente. Di contro, il suddetto art. 78 opera un generico rinvio a carico del concedente di attenersi ai meno certi e più evanescenti “*criteri di trasparenza e pubblicità nei confronti dell'utilizzatore*”.

coerente con la suddetta funzione, e, dunque, vendendo il bene e soddisfacendosi sul ricavato.

Nonostante l'anzidetta peculiarità non può negarsi che il procedimento soddisfattivo appena descritto comprenda i tre elementi indefettibili della convenzione marciana, sebbene, in tal caso, trattasi di un "meccanismo" marciano e non di un vero e proprio "patto", atteso che il relativo congegno opera, *ex lege*, quale conseguenza del rimedio risolutorio, e non sulla base di una volontà negoziale.

Nello specifico, la valutazione del valore del bene viene eseguita (*cfr.* comma 139) attraverso una procedura liquidativa ancorata a parametri oggettivi, giacché la vendita o collocazione devono avvenire sulla base dei valori *risultanti da pubbliche rivelazioni di mercato elaborate da soggetti specializzati* ovvero, qualora ciò non sia possibile, si ricorre alla stima peritale. Quest'ultima deve intervenire in un momento successivo all'inadempimento ed, infine, viene espressamente sancito l'obbligo del concedente di restituire l'eventuale *surplus* neutralizzando, in ossequio alla logica marciana, il pericolo di indebite locupletazioni a favore del creditore-concedente. In altri termini, la risoluzione è disciplinata in modo tale da realizzare lo stesso risultato economico che le parti avrebbero conseguito in caso di esatta esecuzione del contratto di *leasing*³¹³.

In relazione al procedimento di liquidazione del bene, si ravvisano delle differenze rispetto a quanto previsto nei marciali speciali in ambito bancario e finanziario. In primo luogo, la figura del perito è solo sussidiaria-residuale in quanto interviene solo ove non sia possibile una valutazione secondo le pubbliche rilevazioni di mercato. Ed ancora, in caso di mancato

³¹³ In dottrina, si v. G. Bellavia, *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.

accordo tra le parti, la sua nomina, diversamente dagli altri marciari, 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.

Infine, in merito alla stima peritale non viene fatta espressa menzione della possibilità di impugnazione *ex art.* 1349 c.c. Al contrario, parte della dottrina ritiene che, trattandosi di valutazioni di natura tecnica e non di volontà, essa vada ascritta nell'alveo delle perizie contrattuali, al pari di quanto previsto con riferimento al 48 *bis*, con conseguente possibilità di esperire solo i rimedi previsti dalla disciplina generale del contratto in materia di vizi del consenso³¹⁴. Si rileva, inoltre, che la liquidazione contenuta nella relazione di stima non possa essere convenzionalmente derogata dalle parti, onde evitare l'elusione del requisito di proporzionalità, garantito dalla normativa, nonché dall'intervento dell'esperto, terzo ed imparziale, che potrebbe realizzarsi attraverso delle rettifiche solo apparentemente convenzionali, ma che di fatto, potrebbero celare degli abusi del concedente-creditore a danno dell'utilizzatore-debitore. Ciò è senz'altro condivisibile in caso di modifiche *in pejus*, ossia che riducono il valore del bene rispetto a quello stimato nella relazione peritale, in considerazione della finalità di garanzia del bene rispetto al pericolo di riduzione del patrimonio del debitore. Tuttavia, sembra potersi dire lo stesso anche riguardo alle modifiche *in melius* perché, in entrambi i casi, verrebbe alterato quel bilanciamento di interessi tra creditore e debitore che

³¹⁴ Cfr. G. Bellavia, *Nuovi frammenti di disciplina in tema di leasing: la risoluzione del contratto tra interesse del creditore e meccanismi marciari*, cit., p. 1142 ed ivi il riferimento a A. Dolmetta, *La ricerca del «marciano utile»*, cit., p. 826.

la novella sembra realizzare. Quanto detto appare, altresì, confermato dalla natura tendenzialmente imperativa che si accorda alle norme speciali che disciplinano gli elementi indefettibili dei congegni marciari, con relativa infungibilità degli stessi, proprio per assicurare che l'esigenza di tutela del debitore da pericolo di sopraffazione da parte del creditore non sia compromessa dall'autonomia contrattuale in un contesto negoziale in cui il debitore soffre di una posizione di debolezza economica e morale³¹⁵.

Tuttavia, la libertà negoziale, sebbene non può spingersi fino al punto da sostituire le procedura di vendita o collocazione del bene concesso in *leasing*, mantiene degli spazi di autonomia nella disciplina della fase patologica del rapporto. Dalla giurisprudenza sul punto si evince che la regolamentazione pattizia, integrativa rispetto a quella legale, è insindacabile qualora non sia manifestamente iniqua, ossia non determini ingiustificati arricchimenti per il concedente, stravolgendo il risultato economico che le parti avrebbero conseguito con la regolare esecuzione del *leasing* finanziario³¹⁶.

Ma la vera *vis* innovativa della novella del 2017 risiede, a ben vedere, nell'esplicita esclusione dell'effetto esdebitativo del meccanismo marciano.

³¹⁵ A favore del carattere tendenzialmente imperativo della normativa dei marciari speciali, cfr. L. Candani, *Il Legislatore, la Cassazione e il miracolo della moltiplicazione dei leasing finanziari*, in *il Corriere giuridico*, 2019,3, p. 305; Cfr. G. Bellavia, *Nuovi frammenti di disciplina in tema di leasing: la risoluzione del contratto tra interesse del creditore e meccanismi marciari*, cit., p. 1142; A. Luminoso, *Patto marciano e sottotipi*, p. 1414; S. Pagliantini, *Sull'art. 48 bis TUB: il "pasticcio" di un marciario bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, cit., p. 81.

³¹⁶ Al riguardo si richiamano le più recenti pronunce che si occupano del rapporto tra risoluzione del *leasing* e autonomia contrattuale sanzionando quelle pattuizioni (in particolare clausola penale o la c.d. clausola rischio cambio) che alterano il sinallagma negoziale conferendo al concedente un vantaggio ulteriore rispetto a quello che avrebbe conseguito dalla esatta esecuzione del *leasing*. Cfr., *ex multis*, App. Trieste, 28.05.2018, in *Nuova Giurisprudenza civile e commentata*, 2019, 2, 232 con nota di V. Cusumano, *La clausola rischio cambio nei contratti di leasing*, pp. 236 e ss.; Cass. civ., sez. III, ord., 21.08.2018, n. 20840 in *banca dati dejure*; In materia di fallimento si v. Cass. civ., sez. I., ord., 15.10.2017, n. 21476, in *banca dati dejure*. In dottrina, tra i tanti, cfr., G. Celeste, *Leasing traslativo immobiliare, inadempimento dell'utilizzatore e manifesta iniquità della clausola penale*, in *Immobili& proprietà*, 2019, 5, pp. 315 e ss.

Il comma 138, ultimo capoverso, stabilisce che “*Resta fermo nella misura residua il diritto del 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*”. Dal tenore letterale di detta disposizione nessun dubbio può sollevarsi in merito all’estinzione solamente parziale dell’obbligazione dell’utilizzatore, qualora il ricavato della vendita sia di ammontare inferiore al *quantum debeatur*, persistendo, in capo allo stesso, l’obbligo di corrispondere la parte residuale di debito. In tale ipotesi, data l’incapienza del bene oggetto di garanzia, il concedente potrà aggredire il restante patrimonio del debitore secondo le ordinarie regole vigenti in materia di responsabilità patrimoniale e, dunque, subendo la concorrenza e la falcidia degli altri creditori. Tale inciso sembra deporre a favore del riconoscimento di una funzione di garanzia della convenzione marciiana con conseguente applicazione del relativo regime giuridico. Tuttavia, come si è già ampiamente avuto modo di vedere, il suddetto indice normativo, ora smentito ora corroborato dagli altri sottotipi marciani oggetto di legislazione speciale, appare un indizio troppo debole per poter affermare, in via generale, ovvero anche al di fuori della risoluzione del *leasing* finanziario, che l’assenza di un effetto esdebitatorio rappresenti un predicato naturale della convenzione marciiana.

2. Considerazioni finali: patto marciano da atipicità a tipicità?

Alla luce della panoramica sui nuovi marciari fin qui illustrata è possibile pervenire ad una serie di considerazioni conclusive.

Innanzitutto, non pare avventato ritenere che il nuovo *trend* normativo abbia decretato il tramonto del c.d. principio del monopolio statale e della ineludibilità della funzione giurisdizionale in materia esecutiva.

Difatti, a prescindere dall'esatto inquadramento dogmatico, non solo i nuovi interventi legislativi hanno introdotto dei veri e propri strumenti di esecuzione privata, paragiurisdizionale, ma, addirittura, in alcune fattispecie (si v. l'escussione della garanzia finanziaria e del pegno non possessorio) agli stessi viene accordata una preferenza rispetto alle procedure concorsuali, a volte anche prescrivendo espresse deroghe alla disciplina della l. fallimentare, senza, tuttavia, compromettere la tutela del debitore e degli altri creditori. Il tutto nell'ottica di bilanciare le esigenze di ricorso al credito, speditezza nella realizzazione delle pretese creditorie e concorrenzialità dei traffici commerciali.

In secondo luogo, l'ingresso dei marciari speciali ha decisamente e definitivamente sdoganato la liceità del patto marciano sulla cui ammissibilità non possono più essere mossi ragionevoli dubbi, anche se ciò non consente di poter affermare, secondo un approccio metodologico induttivo, che dalla positivizzazione dei nuovi marciari sia, implicitamente, derivata la tipizzazione di un modello generale di patto marciano.

Al di là di quel "nucleo essenziale" comune (costituito dagli indefettibili elementi di scaturigine giurisprudenziale), i sottotipi marciari sono, infatti, connotati da una serie di elementi discretivi che ne giustificano la natura "speciale" e derogatoria.

Primo fra tutti, il controverso effetto esdebitativo, talvolta espressamente escluso (*leasing*), altre volte esplicitamente prescritto (prestito vitalizio ipotecario e credito immobiliare ai consumatori) e altre ancora, ipotesi più problematica, oggetto di una lacuna normativa (art. 48 *bis* T.U.B.) con i conseguenti dubbi sulla possibilità di considerarlo, o meno, elemento del *marciano* di diritto comune.

Lo stesso può dirsi in merito al regime pubblicitario espressamente regolamentato solo per talune delle figure prese in esame, sebbene, in tal caso, esigenze di certezza dei traffici giuridici militerebbero verso l'opportunità della relativa trascrizione, con una estensione analogica che sembrerebbe poter trovare una giustificazione in ragioni di carattere sistematico.

Ed ancora, anche sul versante dei rimedi giurisdizionali esperibili *ex post* 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, infatti, predisposte delle azioni "speciali" (ad es. l'azione di irragionevolezza commerciale nella garanzia finanziaria, la peculiare tutela risarcitoria per i danni conseguenti la vendita avvenuta in violazione dei valori di mercato nel pegno non possessorio, o, infine, le azioni inibitorie eventualmente esperibili nel *patto marciano* accessorio al credito immobiliare ai consumatori), in altri manca un'apposita regolamentazione ritenendosi in questi casi applicabile, in via residuale, la disciplina di diritto comune in materia di responsabilità per inadempimento contrattuale, secondo il regime probatorio di cui all'art. 1218 c.c.

A tale contesto si aggiunge il ben circoscritto ambito applicativo delle nuove figure, soprattutto sul versante soggettivo, che molto spesso ne

subordina l'operatività a specifiche qualifiche personali, sia *ex latere creditoris* (banche o intermediari finanziari), sia in merito al soggetto passivo del rapporto obbligatorio (a volte consumatore, altre volte imprenditore, ed infine, in alcuni casi un ordinario debitore), profilando a tutti gli effetti ed in tutti i sensi una disciplina "speciale".

Ma 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) l'*aestimatio* opera solo in via sussidiaria, ove non sia possibile una valutazione secondo i prezzi di mercato, in altri manca una vera e propria procedura liquidativa articolata in una stima redatta da un perito terzo ed indipendente (si v. l'escussione mediante appropriazione della garanzia finanziaria e del pegno non possessorio), facendo sorgere il dubbio, stante l'indefettibilità dell'elemento in questione, della possibile configurazione marciana del relativo congegno operativo, sebbene l'autotutela esecutiva sia, comunque, ancorata ai valori di mercato.

Ed anche laddove la stima sia espressamente prevista (marciano nel credito immobiliare ai consumatore e nei contratti di finanziamento all'impresa), si dibatte sulla sua controversa natura giuridica, ai fini dell'eventuale opposizione, in bilico tra determinazione del terzo impugnabile per manifesta iniquità od erroneità ex art. 1349 c.c. ovvero perizia negoziale *ex lege* invalidabile solo in caso di errore, violenza o dolo, secondo la disciplina contrattuale in materia di vizi del consenso. Quanto, poi, all'obbligo di restituzione dell'eccedenza, anch'esso elemento indefettibile, è espressamente previsto solo in alcuni dei trasferimenti marciani speciali tipizzati, in altri (garanzia finanziaria, pegno non possessorio) si ricava in

via ermeneutica nell'ottica di un'interpretazione sistematica (ossia coerente con gli altri strumenti autosatisfattivi previsti dalla medesima norma), teleologica, in quanto fedele alla *ratio* della disciplina (tutela del debitore) e rispettosa del divieto di patto commissorio.

Infine, la legislazione speciale dei nuovi marciari, al di là dell'irrealizzata tipizzazione del marciario di diritto comune, lascia impregiudicate una serie di questioni, dovendosi interrogare, innanzitutto, sulla natura eccezionale o meno della nuova disciplina, al fine di valutare, a fronte di lacune normative, eventuali possibili applicazioni analogiche, da un sottotipo marciario all'altro, verificando la trasversalità di alcune regole e di alcuni principi. Da qui, nuovamente il dibattito sulla possibilità di estendere l'esdebitazione anche al di fuori dei casi previsti dalla legge, operazione possibile solo ove si disconosca natura eccezionale.

Orbene, al riguardo, anche alla luce della recentissima sentenza del Corte di Cassazione del 2020³¹⁷ non pare irragionevole sostenere che le norme dei marciari speciali relative al “nocciolo duro” del congegno non rappresentino un'eccezione al divieto del patto commissorio, ma, piuttosto, ne condividono la *ratio* di tutela del debitore da sopraffazioni da parte del creditore al pari delle ipotesi codicistiche di marciario (pegno irregolare).

Quanto alle disposizioni relative ad elementi tipizzanti la singola figura, che esulino dal tritico dei connotati essenziali delineato dalla giurisprudenza, bisognerà valutare, caso per caso, a seconda dell'elemento che viene in rilievo. Ad esempio, in merito all'esdebitazione sembra doversi condividere l'opinione di chi sostiene che la limitazione della responsabilità patrimoniale del debitore sia possibile, anche in mancanza di

³¹⁷ Cass. civ., sez. III, 17.01.2010, n. 844, cit.

un'espressa previsione di legge, purché sia il frutto di una manifestazione di volontà espressa e concordata del creditore. Non può, infatti, sottacersi che, nel nostro ordinamento, sono presenti una serie di ipotesi tipizzate di limitazione della responsabilità universale del debitore (si vedano, ad es., le disposizioni in materia di vincoli di destinazione, patrimoni destinati ad uno specifico affare e fondo patrimoniale, artt. 2645 *ter*, 2447 *bis* e 167 c.c.) che, più che essere avvinte al 2740 c.c. da un rapporto di regola - eccezione, sembrano designare, piuttosto, un "sotto sistema" di norme speciali, cui possono senz'altro far parte, stante la coerenza dogmatica, le disposizioni dei nuovi marciali che prevedono l'effetto esdebitativo.

La sistematicità normativa, sebbene speciale, fa sì che i vari modelli normativi, che il legislatore ha previsto, a livello sistematico comunichino tra di loro, tanto da ritenersi che la disciplina dell'uno (si pensi ad esempio l'effetto esdebitativo di cui all' art. 120 *quinquiesdecies* T.U.B.) possa essere, alle volte, utilizzata per colmare le lacune e le carenze presenti nella disciplina dell'altro (art.48 *bis* T.U.B.)

Dubbi sorgono, altresì, in merito ai rapporti tra legislazione speciale e autonomia negoziale, più precisamente, sul carattere imperativo o, viceversa, dispositivo delle nuove norme.

Anche qui, pare opportuno distinguere tra le disposizioni relative agli elementi indefettibili della convenzione marcialiana, verosimilmente inderogabili dalle parti, da quelle che disciplinano profili ulteriori.

Sul punto, si condivide l'indirizzo ermeneutico³¹⁸ che ritiene possibile integrazioni o modificazioni convenzionali nei limiti di compatibilità-coerenza con la *ratio* di volta in volta sottesa alla disciplina di riferimento,

³¹⁸ A. Luminoso, *Patto marcialiano e sottotipi*, cit., p. 1410.

a condizione che non vengano snaturati gli elementi caratterizzanti il singolo sottotipo marciano. In altri termini, potrebbero essere ammesse delle note di atipicità rispetto al marciano speciale, ma la libertà negoziale dei soggetti del rapporto obbligatorio non può spingersi fino al punto di stravolgerne il contenuto e l'essenza, modificando quegli elementi che si elevano a marcatori di identità, in funzione di quello specifico equilibrio assiologico complessivo realizzato dal legislatore, che emerge con chiarezza tra le pieghe delle figure analizzate, tra gli interessi del debitore e quelli del creditore.

Si condividono, infine, le perplessità sull'effettiva velocità dei nuovi meccanismi autosatisfattivi, alcuni dei quali (si veda l'articolo 48 *bis* T.U.B.) troppo ingessati all'interno di una rigida procedimentalizzazione normativa rischiano di non essere performanti proprio nella logica di una maggiore efficienza complessiva del sistema finanziario. Il che, da un lato, ne scoraggia l'applicazione pratica, dall'altro rischia di determinare un'eterogeneità dei fini, atteso che la *ratio* comune al *trend* normativo è proprio la necessità di predisporre delle forme di autotutela privata connotate da rapidità, speditezza e flessibilità, affinché si affermino quale alternativa appetibile rispetto alle lungaggini che accompagnano la procedura esecutiva giurisdizionale.

Nonostante le suesposte perplessità, non può non riconoscersi, al legislatore, il merito di aver mosso, mediante l'introduzione dei nuovi marciani, i primi importanti e significativi passi verso la rivisitazione del nostro sistema di garanzie reali, sebbene l'opera di rinnovamento sia ancora *in progress* e richieda, quale tappa obbligatoria ed ineludibile, la positivizzazione del modello generale del patto marciano. Al riguardo, si

auspica che tale tipizzazione possa avvenire con l'approvazione del disegno di legge recante la delega al Governo per la revisione del codice civile (DDL. S. n. 1151 del 19.03.2019), in cui, come più volte rilevato, si autorizza l'esecutivo ad introdurre una nuova disciplina in materia di garanzie del credito, adottando, non a caso, quale modello di riferimento proprio gli schemi negoziali introdotti dai nuovi mercantili, che sembrano, dunque, delineare, nel loro impianto complessivo, le nuove traiettorie della tutela del credito, secondo una strategia di progressiva emancipazione della stessa dalla giurisdizione.

CONCLUSIONI

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

Non pare azzardato ritenere che nel nostro ordinamento, fermo il divieto di patto commissorio, giustificato dall'esigenza di scoraggiare il pericolo di *debitoris suffocatio*, la perimetrazione di siffatta proibizione rimanga limitata esclusivamente alle sole ipotesi residuali di alienazioni prive dei correttivi marziani con conseguente riduzione del campo di operatività dell'art. 2744 c.c.

L'evoluzione giurisprudenziale e i recenti interventi legislativi, sebbene settoriali, non consentono di revocare in dubbio la liceità del patto marziano e la sua compatibilità con i principi generali del nostro sistema.

La convenzione marziana sembra aver ufficialmente acquistato cittadinanza nel nostro ordinamento giuridico. Ciò nonostante, rimangono da sciogliere, ancora, diversi nodi interpretativi e restano aperte molteplici questioni.

Come osservato in precedenza, alla positivizzazione dei nuovi marziani non è seguita la tipizzazione di un modello generale di patto marziano.

Le recenti novità legislative, ancorate a rigidi presupposti applicativi (sia soggettivi che oggettivi) non solo sono insuscettibili di un'applicazione generalizzata, ma non *“forniscono un materiale atto a potersi organizzare, in via di ricostruzione sistematica, una struttura conformativa del patto marziano, che abbia segno (indirettamente) legislativo e valenza di tratto*

*generale*³¹⁹ generando, in tal modo, incertezza e pregiudicando l'obiettivo di rafforzare le istanze di tutela degli interessi in gioco. Su questo versante non può che essere accolta con estremo favore l'idea di un nuovo art. 2744 *bis*³²⁰ c.c. in attuazione della più volte menzionata delega contenuta nel disegno di legge per la revisione del codice civile (DDL. S. n. 1151 del 19.03.2019), al fine di delineare una regolamentazione puntuale ed universalmente valida del patto marciano. Si restituisce, così, al legislatore il compito di istituzionalizzare tale convenzione evitando che gli operatori del diritto possano addivenire a soluzioni ermeneutiche esorbitanti, imprevedibili e fonte di incertezze e disuguaglianze applicative. Ragionando in tal senso, dunque, si potrebbe ipotizzare una nuova norma che tipizzi il *c.d. marciano primo*³²¹ 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 che il nuovo art. 2744- *bis* c.c. (non a caso collocato sistematicamente immediatamente dopo il divieto di patto commissorio) contenga una

³¹⁹ A. Dolmetta, *La ricerca del «marciano utile»*, cit., p. 812 e ss. Nello steso senso si v. S. Pagliantini, *Sull'art. 48 bis TUB: Il «pasticcio» di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio do un mancato adempimento*, cit., p. 100 e ss. L'Autore criticamente si chiede “[...] ma pur nell'encomiabile prospettiva di voler rimodernizzare il sistema delle garanzie, c'è del metodo in questa bulimia riformatrice del legislatore, tradottasi in una costellazione di marciani tipizzati[...]?”.

³²⁰ Militano in tale direzione: S. Pagliantini, *Sull'art. 48 bis TUB: Il «pasticcio» di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio do un mancato adempimento*, cit., p. 100 e ss. L'Autore ribadisce come “L'idea di un art. 2744- *bis* [...] rappresenterebbe senza dubbio un upgrading sistematico notevole”. Sullo stesso versante, cfr. G. Brianda, *La prospettiva del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria, lex mercatoria e tradizione*, in *Contratto e impresa*, 2016, p. 797 e ss.

³²¹ L'espressione è di A. Dolmetta, *La ricerca del «marciano utile»*, cit., p. 814. L'Autore distingue tra marciano «primo» ossia il marciano di diritto comune ed i «marciani secondi» ovvero i sottotipi marciani introdotti dai recenti interventi legislativi.

espressa deroga alla proibizione commissoria qualora l'alienazione presenti quel trittico di elementi indefettibili (proporzionalità, *aestimatio* post inadempimento, da parte di un perito terzo e imparziale e obbligo di restituzione dell'eccedenza) individuati dalla giurisprudenza e confermati anche nei marciari *cc. dd. secondari*.

Siffatti marcatori di identità del patto marciano dovranno essere disciplinati con estremo rigore al fine di eliminare le criticità emerse in sede di interpretazione dei sottotipi marciari. In particolare, sembra opportuno, che il legislatore statuisca in maniera espressa che, ai fini della liceità dell'operazione negoziale, l'alienazione dovrà avvenire secondo una stima redatta da un esperto terzo ed imparziale, specificandone modalità di nomina, ma soprattutto precisando la natura della relazione e del relativo regime di impugnazione.

La nuova norma non potrà, poi, non prendere atto della giurisprudenza formatasi attorno all'art. 2744 c.c. e, dunque, *mutatis mutandis*, riconoscere la validità del patto marciano nella duplice veste di clausola accessoria ad una preesistente garanzia ovvero di convenzione autonoma.

Ed ancora, la nuova disciplina dovrà tenere conto della possibilità di un patto marciano traslativo nonché, come sembra suggerire la normativa in materia di prestito vitalizio ipotecario, la variante obbligatoria rimettendo la relativa scelta all'autonomia negoziale.

Quanto all'effetto esdebitatorio, sarebbe opportuno che il futuro dettato normativo prenda posizione anche su tale profilo al fine di sopire gli illustrati contrasti ermeneutici circa la possibilità di estensione analogica di quanto previsto dalla normativa speciale. L'esplicita previsione di un effetto estintivo- liberatorio del trasferimento marciano, purché sotto forma

di opzione la cui operatività sia rimessa ad una libera scelta del creditore e, non già, ad una mera discrezionalità del debitore, consentirebbe di conciliare le esigenze di speditezza e concorrenzialità del mercato, cui è sottesa la funzione di autotutela soddisfattoria del patto marciano, con la riserva di legge di cui all'art. 2740, II comma, c.c. senza compromettere i principi fondamentali del nostro sistema in materia di responsabilità patrimoniale del debitore.

L'inserimento di un ipotetico art. 2744 *bis* c.c. andrebbe poi di pari passo con l'introduzione di un'apposita prescrizione in materia pubblicitaria sebbene tale ultimo intervento possa ritenersi non necessario. Difatti, qualora, come pare condivisibile, si accolga l'orientamento maggioritario che, in materia di trascrizione, sancisce il principio di tipicità degli effetti e non degli atti (*cfr.* 2645 c.c.), la pattuizione marciana sarebbe trascrivibile anche in assenza di una norma *ad hoc*, rientrando nell'alveo dell'art. 2643 c.c., nella sua versione di marciano traslativo, ovvero nell'art. 2645 *bis* qualora, viceversa, fosse obbligatorio.

Un ultimo aspetto che il legislatore dovrà aver cura di non trascurare è indubbiamente quello relativo ai rimedi esperibili dal debitore in caso di trasferimento eseguito in violazione delle statuizioni contenute nella pattuizione marciana.

A tal proposito, si potrebbe pensare di affiancare alla generale azione di risoluzione per inadempimento, ovvero di responsabilità contrattuale *ex art.* 1218 c.c., altri strumenti di tutela specificamente riservati per il congegno marciano prendendo spunto da quanto, sul punto, previsto dalla normativa speciale, ferma restando, la disciplina più favorevole eventualmente applicabile ove il debitore assuma la qualifica di consumatore.

Infine, proprio con riferimento al profilo soggettivo sembra quanto mai necessario che il nuovo art. 2744 *bis* c.c. rimanga scevro da qualsiasi delimitazione in merito alle qualifiche *ex latere debitoris o creditoris* profilandosi quale marciano, appunto, “primario” con portata generale ed a vocazione universale al fine di colmare i vuoti di tutela creati dalla fin troppo settoriale disciplina eurounitaria dei sottotipi marciani.

Se allo stato dell’arte le considerazioni sin qui illustrate appaiono solo delle possibili congetture *de iure condendo*, altrettanto non può dirsi in merito al superamento del monopolio statale in materia esecutiva, dogma, ormai appartenente al passato.

L’analisi delle nuove normative e gli interventi giurisprudenziali delle Corti nazionali ed europee dimostrano una sempre più spiccata preferenza verso forme di privatizzazione dell’esecuzione forzata.

L’autotutela esecutiva individuale, pur sempre corredata da apposite cautele che garantiscano la tutela di entrambe le parti del rapporto obbligatorio, diviene un irrinunciabile e prezioso mezzo di soddisfacimento del credito alternativo alle lente e poco soddisfacenti dinamiche del processo esecutivo.

In attesa dell’istituzionalizzazione del marciano comune non resta che accogliere con favore la riscoperta giurisprudenziale del canone della proporzionalità nonché i nuovi interventi legislativi sovranazionali quali fondamentali tappe verso la riforma dell’attuale sistema di garanzie reali che si auspica possa raggiungere il più equo bilanciamento tra tutela del credito e mercato.

BIBLIOGRAFIA

Autori

AA. VV., *Draft of Common Frame of Reference (DCFR)*, a cura di Alpa – Iudica, Milano, 2013;

Ambrosini S., *La rafforzata tutela dei creditori privilegiata nella l. n. 119/2016: il c.d. patto marciano*, in *Crisi d'impresa e Fallimento*, Agosto 2016;

Andrioli V., *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;

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

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;

Arangio Ruiz V., *La compravendita in diritto romano*, II, Napoli, 1963;

Astone M., *Inadempimento del consumatore autotutela del finanziatore tra (divieto del) patto commissorio e patto marciano*, in *Europa e diritto privato*, 2017;

Astone M., *La Suprema Corte ritorna sulla difficile determinazione della linea di confine tra vendita con patto di riscatto e divieto del patto commissorio*, in www.dirittocivilecontemporaneo.it;

Avolio C., *Il pegno non possessorio nel fallimento*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2019;

Azzariti G., *Principi innovativi sul patto commissorio* in *Giust. civ.*, 1983;

Barbiera L., *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971;

Barbiera L., *Autonomia privata e garanzie reali: un rapporto difficile sclerotizzato da misure specialistiche e da dogmi tradizionali passivamente accertati*, in AA. VV., *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Padova, 1991;

Barbiera L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali, Artt. 2740- 2744*, in *Il Codice Civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1991;

Barillà G. B., *Alcune osservazioni a margine del recepimento legislativo del pegno non possessorio*, in *Il Corriere giuridico*, 2017;

Battelli E., *Pegno irregolare divieto di patto commissorio*, in *Giur. it.*, 2005;

Bellavia G., *Nuovi frammenti di disciplina in tema di leasing: la risoluzione del contratto tra interesse del creditore e meccanismi marcciani*, in *Studium iuris*, 2018;

Bergamo E., *Brevi note sul divieto del patto commissorio*, in *Giur. it.*, 2000;

Bernardi N., *Il nuovo patto marcciano tra banche e imprese di cui all'art. 48 bis t.u.b.*, in *Studium Iuris*, 2017;

Betti E., *Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1931;

Bianca C. M., *Il divieto del patto commissorio*, in *Diritto Civile*, Milano, 1957;

Bianca C. M., *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento*, Milano, 1963;

Bianca C.M., *Patto commissorio*, in *Nss. D.I.*, XVI, 1965;

Bianca C.M., *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, 1990;

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

Biondi B., *I beni*, in *Tratt. di dir. priv.*, diretto da Vassalli, IV, Torino, 1953;

Biondi B., *Istituzioni di diritto romano*, 4^a ed., Milano, 1972;

Bonfatti S., *Il leasing è legge*, in *Riv. dir. banc., dirittobancario.it*, 22, 2017;

Bongiorno G., *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984;

Botta C., *Gli incerti confini applicativi del divieto di patto commissorio e il sempre più diffuso favore per la pattuizione marciiana*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016;

Botta C., *Vendita, accordo di retrovendita e divieto del patto commissorio*, in *Notariato*, 2020;

Brianda G., *La prospettiva del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria, lex mercatoria e tradizione*, in *Contratto e impresa*, 2016;

Briganti E., Valentino D., *Le vicende delle obbligazioni. La circolazione del credito e del debito*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, a cura di P. Perlingieri, III, Edizioni scientifiche Italiane, 2007;

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*, 356, 2016;

Brogi R., *D. L. 59/2016: prime annotazioni sul pegno mobiliare non possessorio*, in *Il quotidiano giuridico*, 2016 in banca dati www.pluriscedam.utetgiuridica.it;

Brugi B., *Patto commissorio ex intervallo*, in *Riv. dir. comm.*, 1919;

Bulgarelli A., *La disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in www.ilcaso.it;

Buongiorno M. –Notarangelo E., *L'art. 48-bis T.U.B. Prime note a margine dell'introduzione del patto marciano nel nostro ordinamento*, in www.dirittobancario.it;

Burdese A., *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino, 1949;

Bussani M., *Il contratto di lease back*, in *Contr. e impr.*, 1986;

Bussani M., *Patto commissorio, proprietà e mercato (Appunti per una ricerca)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997;

Bussani M., *Contratti moderni. Factoring, franchising, leasing*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2004;

Butera A., *Il patto commissorio nel mutuo ipotecario*, in *Giur. it.*, 1918;

Caccavale C., *Contratto e Successioni, Il prestito vitalizio ipotecario*, in *Trattato del contratto a cura di Roppo*, VI, Milano, 2006;

Campobasso M., *Il pegno non possessorio. «Pegno», ma non troppo*, in *Le*

nuove leggi civile commentate, 2018;

Candani L., *Il Legislatore, la Cassazione e il miracolo della moltiplicazione dei leasing finanziari*, in *il Corriere giuridico*, 2019;

Cantillo M., *Le Obbligazioni*, in *Giurisprudenza sistematica di dir. civ. e comm.*, fondata da W. Bigiavi, I, Torino, 1992;

Carbone P., *Nullità. Rilevabilità d'ufficio. Vendita. Patto di riscatto. Divieto del patto commissorio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989;

Carnelutti F., *Note sul patto commissorio*, in *Riv. dir. comm.*, 1916;

Carnelutti F., *Mutuo pignoratizio e vendita con clausola di riscatto*, in *Riv. dir. proc.* 1946;

Carnevali U., voce *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982;

Carriota-Ferrara L., *I negozi fiduciari*, I, Padova, 1993;

Celeste G., *Leasing traslativo immobiliare, inadempimento dell'utilizzatore e manifesta iniquità della clausola penale*, in *Immobili& proprietà*, 2019;

Chianale A., *L'inutilità dell'ipoteca nel prestito vecchietti*, in *Notariato*, 2016;

Chianale A., *Qualche pensiero sulle recenti vicende del patto marciano*, in *Rivista del notariato*, 2016;

Chianale A., *Il pegno non possessorio su beni determinati*, in *Rivista di diritto civile*, 2019;

Chianale A., *Le nuove frontiere delle garanzie reali: uno statuto personale del creditore?*, in *Contratto e impresa*, 2019;

Chironi G. P., *Ipoteca e patto commissorio*, in *Riv.dir. comm.*, 1919;

- Cipriani N., *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000;
- Cipriani N., *La cessione di crediti a scopo di garanzia tra patto commissorio e patto marciano*, in *Riv. dir. impr.*, 2010;
- Cipriani N., *Appunti sul patto marciano nella L. 30 giugno 2016, n. 119*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2017;
- Cipriani N., *Il patto marciano tra discipline di settore e sistema*, in *Annali S.I.S.Di.C N.*, ESI, 2017;
- D'Amelio M., *Della responsabilità patrimoniale*, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da M. D'Amelio- Finzi, IV, Firenze, 1948;
- D'Amico G., *Alienazioni a scopo di garanzia*, in *Contratti per l'impresa*, G. Gitti, M. Maugeri, M. Notari, (a cura di), Bologna, 2012;
- D'Amico G., *La resistibile ascesa del patto marciano*, in *I nuovi marcciani*, Torino, 2017;
- D'Amico G., Pagliantini S., Piraino F., Rumi T., *I nuovi marcciani*, Torino, 2017;
- De Cicco M.C., *La cessione a scopo di garanzia nella l. 59/91*, in G. Tatarano (a cura di), *La cessione di crediti di impresa*, Napoli, 1995;
- De Franchis F., v. *Mortgage*, in *Dizionario giuridico - law Dictionary 1. Inglese Italiano*, Milano, 1984;
- De Giovanni L., *I giuristi severiani. Elio Marciano*, Napoli, 1989;
- De Martini A., *Il concetto del negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia*, in *Giur. it.*, 1946;

- De Menech C., *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, in *i Contratti*, 2015;
- De Nictolis R., *Considerazioni in tema di lease back*, in *Quaderni giur. impr.*, 1989;
- De Nictolis R., *Divieto del patto commissorio, alienazioni in garanzia e sale and lease back*, in *Riv. dir. civ.*, 1991;
- De Nova G., *Il lease back anomalo è in frode al divieto del patto commissorio*, in *Riv. it. Leasing*, 1988;
- De Nova G., *Il contratto di leasing*, III ed., Milano, 1994;
- De Nova G., *I contratti atipici e i contratti disciplinati da leggi speciali: verso una riforma?*, in AA. VV. *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?*, Padova, 2006;
- Di Marcello T., *Escussione del pegno di strumenti finanziari e fallimento*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011;
- Di Rosa G., *Autonomia contrattuale e attività d'impresa*, Torino, 2010;
- Di Rosa G., *L'operazione di sale and lease back tra normotipo astratto e fattispecie concreta*, in *Riv. dir. civ.*, 2015;
- Dolmetta A., *Cessione dei crediti*, in *Dig. disc. priv.*, II, UTET, 1988;
- Dolmetta A., *Alla ricerca del «marciano utile»*, in *Rivista di diritto civile*, 2017;
- Dolmetta A., *Lease-back e patto commissorio: un rapporto complesso*, in *Giur. comm.*, 2002;
- Dolmetta A. – Portale G.P., *Cessione del credito e cessione in garanzia*

- nell'ordinamento italiano, in Banca, borsa, tit. cred.*, 1986;
- Fappiano G., *Il patto marciano tra tipicità e autonomia contrattuale*, in *i Contratti*, 2019;
- Ferrara F., *Della simulazione dei negozi giuridici*, Roma, 1992;
- Fiorentini F., *Garanzie reali atipiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2000;
- Follieri L., *Il patto marciano tra diritto «comune» e «speciale»*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2018;
- Foti S., *Leasing finanziario e tutela dell'utilizzatore: profili evolutivi nella transizione dalla prassi al tipo*, in *i Contratti*, 2018;
- Fragali M., *Del mutuo*, in *Comm. del cod. civ.*, (a cura di) Scialoja e Branca, Libro IV, Bologna – Roma, 1966;
- Fragali M., *Garanzia e diritti di garanzia*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969;
- Fragali M., voce *Garanzia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969;
- Franceschelli V., *La garanzia reale delle obbligazioni nel diritto romano classico e nel diritto inglese. Scritti civilistici e teoria generale del diritto*, Milano, 1975;
- Franciosi G., *Corso istituzionale di diritto romano*, 2^a ed., Torino, 1997;
- Gabrielli E., *L'oggetto del contratto. Artt. 1346-1349*, in *Il comm. Schlesinger*, Milano, 2001;
- Gabrielli E., *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – Una garanzia reale senza possesso*, in *Giur. It.*, 2017;

Gazzoni F., *Trust e atti di destinazione patrimoniale, tentativo dell'impossibile F. (osservazioni di un giurista «non vivente» su trust e trascrizione)*, in *Riv. not.*, 2001;

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;

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;

Gigliotti F., *Sull'ammissibilità della cessio in securitatem (tra preclusioni tradizionali, nuove suggestioni normative e prospettive de iure condendo)*, in *Ordines*, 2015;

Giorgi G., *Teoria delle obbligazioni nel diritto romano moderno*, III, Cammelli, Firenze, 1903;

Giova S., *La Proporzionalità nell'ipoteca e nel pegno*, Napoli, 2012;

Giovagnoli R., *Manuale di diritto civile, parte IV- Diritti reali e possesso*, Torino, 2019;

Giovagnoli R., *Manuale di diritto civile, IX, Le obbligazioni*, Torino, 2019;

Gitti G., *Divieto del patto commissorio, frode alla legge, "sale and lease back"* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993;

Gitti G., *Problemi dell'oggetto, La determinazione del terzo*, in Vettori (a cura di), *Tratt. del contratto* diretto da Roppo, II, Regolamento, Milano, 2006;

Gorla G.– Zanelli P., *Del pegno. Delle ipoteche*, in A. Scialoja – G. Branca (a cura di) *Commentario al codice civile*, III ed., V, Bologna, 1973;

Gricenti C., *I contratti in frode alla legge*, Milano, 2008;

Iaccarino G., *Il rimedio del patto marciano nel diritto positivo*, in *Immobili & Proprietà*, 2017;

Ingrassia G., *La efficacia del divieto del patto commissorio*; in *Nuovo Dir.* 1949;

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., *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *Giurisprudenza italiana*, 2017;

Licini C., *Le tecniche moderne di garanzia nella prassi notarile*, in *Riv. not.*, 1996;

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;

Luminoso A., *La vendita con riscatto*, in *Comm. Schlesinger*, Artt. 1500-1509, Milano, 1987;

Luminoso A., *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990;

Luminoso A., *Lease back, mercato e divieto del patto commissorio*, in *Giur. comm.*, 2000;

Luminoso A., *Patto commissorio patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2017;

Luminoso A., *Patto marciano e sottotipi*, in *Riv. dir. Civ.*, 2017;

Macario F., *I contratti di garanzia finanziaria nella direttiva 2002/47/CE*, in *I contratti*, 2003;

Manella G.O. - Platania G. C., *Il prestito vitalizio ipotecario*, nei *Quaderni del Notariato*, Milano, 2015;

Manfredini A. D., *Istituzioni di diritto romano*, 3^a ed., Torino, 2003;

Marchetti G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Cedam, Padova, 2017;

Marelli E., *Appunti in tema di vendita con lex commissoria*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 2017;

Maresca C., *Datio in solutum: la linea Maginot del patto commissorio*, in *Corr. Giur.*, 1999;

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;

Mariconda V., *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, in *Foro it.*, 1989;

Marini A., *La clausola penale*, Napoli, 1984;

Marocco E., *Note sul patto marciano*, in *Nuovo dir.*, 1989;

- Martorano F., *Cauzione e pegno irregolare*, in *Riv. dir. comm.*, 1960;
- Minniti G.F., *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1997;
- 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., *Trasferimenti a scopo di garanzia da parte del terzo e divieto di patto commissorio*, in *Foro it.*, 1993;
- Morello U., *Frode alla legge*, Milano, 1969;
- Murino F., *L'autotutela nell'escussione della garanzia finanziaria pignoratizia*, Milano, 2011.
- Murino F., *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, in *Banca, borsa, tit F. cred.*, 2017;
- Musto A., *Con l'entrata in vigore del regolamento attuativo diventa definitivamente operativa a partire dal 2 marzo 2016 la disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, *Consiglio Nazionale del Notariato*, 17 febbraio 2016;
- Natale M., *Lease back e strutture utili di patto marciano*, in *Riv. dir. civ.*, 2015;
- Nitti N., voce *Negozi fiduciario*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XI, 1965;

Nobili C., *Le obbligazioni*, in *Manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni* di G. Capozzi, Milano, 2008;

Oberto G., *Vendita con patto di riscatto, divieto del patto commissorio e contratto di lease back*, in *Quadrim*, 1984;

Orestano R., voce “*Marciano Elio (Aelius Marcianus)*”, nel *Noviss. Digesto it.*, X, Torino, 1964;

Pagliantini S., *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti ed il diritto europeo della dir. 2014/17/UE*, in *Nuove Leggi Civ. comm.*, 2015;

Pagliantini S., *Sull’art. 48 bis T.U.B.: il “pasticcio” di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, in *I nuovi marciani*, Torino, 2017;

Pagliantini S., *Spigolando intorno all’art. 48 bis del T.U.B.: specialità (di trattamento) e principio di proporzionalità delle garanzie?*, in *Giurisprudenza italiana*, 2017;

Panuccio V., *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Milano, 1955;

Paolo D., voce *Patto commissorio*, nel *Digesto, IV ed., Disc. priv., sez. civ.*, XIII, Utet, 1995;

Pellegrini G.M., *In tema di alienazioni in garanzia e patto commissorio*, in *Giur. it.*, 1991;

Perlingieri P., *Della cessione dei crediti*, in *Comm. del cod. civ.*, a cura di Scialajola e Branca, *Libro IV, Delle obbligazioni*, Art. 1260–1267,

Bologna–Roma, 1982;

Perlingieri P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, I ed., Napoli, 1984;

Perlingieri P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, II ed., Napoli, 1991;

Perlingieri G., *Garanzie “atipiche” e rapporti commerciali*, in *Riv. dir. imp.*, 2017;

Petrelli G., *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006;

Piraino F., *Il patto marciano alla luce della disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, in *Giurisprudenza italiana*, 2017;

Portale G.B., *Cessione del credito e cessione in garanzia nell’ordinamento italiano*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999;

Pratis C.M., *Della tutela dei diritti*, in *Comm. cod. civ.*, VI, 2, sub. Art. 2740-2783, Torino 1976;

Pugliatti S., *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950;

Pugliatti S., *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Diritto Civile – Metodo – teorica e pratica*, Milano, 1951;

Pugliatti S., *Diritto civile. Metodo Teoria Pratica. Saggi*, Milano, 1951.

Pugliatti S., *Beni (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959;

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;

Pugliese G., *Intorno alla validità della vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1955;

Realmonte F., *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, in *Foro it.*, 1989;

Rispoli G., *Lease back: chiaroscuri applicativi fra funzione di finanziamento e di garanzia*, in *Giur. it.*, 2012;

Rispoli G., *I Nebulosi confini del divieto di patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 2013;

Robles M., *Problema e sistema nel prestito vitalizio ipotecario*, in *Rivista di diritto civile*, 2018;

Rodotà S., voce “*Dazione in pagamento*” in *Enc. dir.*, XI, Milano;

Romeo C., *I limiti applicativi del patto commissorio autonomo*, in *Contratti*, 2000;

Roppo E., *Note sopra il divieto del patto commissorio*, in *Riv. Not.*, 1981;

Roppo V., *Patto di riscatto. Patto commissorio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985;

Roppo V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato di diritto privato*, (a cura di) Rescigno, 19, Utet, 1985;

Roppo V., *Il divieto del patto commissorio*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, XIX, t.1, Torino, 1985;

Roppo V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato*

- Rescigno*, 19^a ed., II, Torino, 1997;
- Roppo V., *Il divieto del patto commissorio*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, II ed., 11, Torino, 2008;
- Rossi M., *Appunti in tema di escussione delle garanzie finanziarie e accertamento concorsuale del passivo*, in *il Corriere giuridico* 4, 2016;
- Rubino D., *La responsabilità patrimoniale, Il pegno*, in *Tratt. Dir. Civ.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1956;
- Rubino D., *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, XIX, Milano, 1956;
- Rubino D., *La compravendita*, in *Trattato di Diritto civile e commerciale*. Diretto da Cicu-Messineo, XII, Milano, 1971;
- Rumi T., *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuovi soluzioni "marciane" e garanzia del credito immobiliare*, in *I nuovi marciani*, a cura di D'Amico, Pagliantini, Piraimo, Rumi, Torino, 2017;
- Ruscello F., *Il pegno sul credito. Costituzione e prelazione*, Napoli, 1984;
- Russo D., *I nuovi strumenti contrattuali contro la crisi economica: il prestito vitalizio ipotecario*, in *Studium iuris*, 2018;
- 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>.;
- Sacco R. e G. Nova, *Il contratto*, II, Torino, 2004;

Sanfilippo C., *Istituzioni di diritto romano*, 10^a edizione, Catania, 2002;

Santoro-Passerelli F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997;

Sardo G., *La disciplina del contratto di garanzia finanziaria: appunti sul D. Lgs. 21 maggio 2004, n. 17*, in *I contratti*, 2005;

Sassi A., *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999;

Schermi A., *Leasing finanziario, lease back e patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 1996;

Scotti A., *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis T.U.B. è davvero il patto marciano?*, in *Il Corriere giuridico*, 2016;

Scozzafava O.T., *Note in tema di alienazione a scopo di garanzia*, in *Contratto e impresa*, 2006;

Scuderi S., *Il Leasing finanziario alla luce della L. n. 12472017*, in *i Contratti*, 2019;

Stefini U., *La cessione del credito con causa di garanzia*, Padova, 2007;

Stolfi G., *Patto commissorio e ipoteca*, in *Riv. dir. comm.*, 1929;

Stolfi G., *Patto commissorio e ipoteca*, in *Foro it.*, 1962;

Talamanca M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990;

Talassano F., *Divieto di patto commissorio*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947;

Tarantino G., *Patto commissorio, alienazioni in garanzia ed autonomia privata: alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *I contratti*, 2012;

Tarzia G., *Le garanzie atipiche (e l'attuazione della direttiva europea sui*

contratti di garanzia finanziaria), in *Il Fallimento*, 2005;

Trimarchi M., *Negoziario fiduciario*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1987;

Triola R., *Il problema della liceità del cd patto commissorio obbligatorio*, in *Giur. agraria it.*, 1989;

Tucci G., *Garanzia. Diritto comparato e straniero*, in *Enc. dir.*, XIV, Roma, 1989;

Varrone C., *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli, 1968;

Vecchio N. A., *Il divieto di patto commissorio e la causa delle alienazioni*, nota a Cass. civ., sez. II, 21 gennaio 2016, n. 1075, in *I Contratti*, 2016;

Zoppini A., *La pena contrattuale*, 1191, Giuffrè, 1991.

Giurisprudenza

Cass. Firenze, 02.07.1917, in *Giur. It.* 1918;

Cass. Torino, 10.03.1919, in *Riv. dir. comm.*, 1919;

Cass. civ., sez. un., 28.07.1923, in *Riv. dir. comm.*, 1924;

Cass. civ., sez. un., 16.04.1945. in *Giur. Cass. civ.*, 1945;

Cass. Civ., sez. un., 1.07.1947, n. 1037 in *Giur. It.*, 1947;

Cass. civ., 14.05.1962, n. 1004, in *Foro it.*, 1963;

Cass. civ., 29.10.1963 n. 2880, in *Mass. Giur. it.*, 1963;

Cass. civ. 30.03.1967, n. 689, in *Giur. it.*, 1968;

Cass. civ., 27.01.1968, n. 264, in *DF*, 1968;

Cass. civ., 18.09.1974, n. 2498, in *MGC*, 1974;

Cass. civ., 6.03.1978, n. 1104, in *Giust. civ.*, 1979;

Cass. civ., 26.01.1980, n. 642, in *Arch. civ.*, 1980;

Cass. civ., 3.10.1983, n. 3800, in *Foro it.*, 1984;

Cass. civ., 12.12.1986, n. 7385, in *Foro it.*, I, 1987;

Cass. civ., sez. un., 3.04.1989, n. 1611, in *Corr. Giur.*, 1989;

Cass. civ., sez. un., 21.04.1989, n. 1907, in *Giust. civ.*, 1989;

Cass. civ., 16.10.1995, n. 10805, in *Corr. Giur.* 1995;

Cass. civ., 04.03.1996, n. 1657, in *i Contratti*, 1996;

Cass. civ., 01.05.1998, n. 4612, in *Corr. Giur.*, 1998;

Cass. civ., 28.05.1998, n. 5264, in *Banca, Borsa e tit. cred.* 1998;

Cass. civ., 23.10.1999, n. 11924, in *Giur. it.*, 2000;

Cass. civ., 25.05.2000, n. 6864, in *Foro it.*, 2000;

Cass. civ., 23.11.2001, n. 14911, in *Rass. Dir. civ.*, 2003;

Cass. civ., 11.11.2003, n. 16914, in *Fallimento*, 2004;

Cass. civ., 19.05.2004, n. 9466, in *i Contratti*, 2004;

Cass. civ., 5.09.2004, n. 18655, in *Mass. giust. civ.*, 2004;

Cass. civ., 15.03.2005, n. 5635, in *Mass. Giust. civ.*, 2005;

Cass. civ., 02.02.2006, n. 2285 in *Giust. civ.*, 2007;

Cass. civ. 14.03.2006, n. 5438, in *Riv. not.*, 2006;

Cass. civ., 8.02.2007, n. 2725, in *Mass. Giust. civ.*, 2007;

Cass. civ., 22.03.2007, n. 6969, in *I contratti*, 2008;

Cass. civ., 12.01.2009, n. 437, in *I contratti*, 2009;

Cass. civ., 17.01.2010, n. 844, in banca dati *www.pluriscedam.utetgiuridica.it*;

Cass. civ., 26.01.2010, n. 1526, in *Responsabilità civile*, 2011;

Cass. civ., 10.03.2011, n. 5740, in *ww.deiure.it*.;

Cass. civ., sez. un., 5.07.2011, n. 14650, in *Giur. Comm.*, 2012;

Cass. civ., 03.02.2012, n. 1675, in *i Contratti*, 2012;

Cass. civ., 03.02.2012, n. 1675, in *Giur. Comm.*, 2013;

Cass. civ., 14.09.2012 n. 15449 in *Resp. civ. prev.*, 2012;

Cass. civ., 9.05.2013, n. 10986, in banca dati *www.pluriscedam.utetgiuridica.it.*;

Cass. civ., 21.05.2013, n. 12642 in *ww.deiure.it.*;

Cass. civ., 17.04.2014, n. 8957, in *Diritto e giustizia*, 18.04.2014;

Cass. civ., 9.09.2014, n. 18920 in *Diritto e Giustizia*, 2014;

Cass. civ., 1.07.2015, n. 13508, in *www.neldiritto.it.*;

Cass. civ., 28.01.2015, n. 1625, in banca dati *www.pluriscedam.utetgiuridica.it.*; .

Cass. civ., 28.01.2015, n. 1625, in *Corr. Giur.*, 2016;

Cass. civ., 11.02.2015, n. 2579, in *Giur. comm.*, 2015;

Cass. civ., sez. un., 05.10.2015, n. 19785, in *Giurisprudenza Italiana*, 2016;

Cass. civ., 21.01.2016, n. 1075, in *I Contratti*, 2016;

Cass. civ., 05.04.2016, n. 6533, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016;

Cass. civ., 10.05.2017, n. 11449, in banca dati *www.pluriscedam.utetgiuridica.it.*;

Cass. civ., 06.07.2017, n. 16646, in *il Corriere giuridico*, 2017;

Cass. civ., ord., 15.10.2017, n. 21476, in *bancadati dejure*;

Cass. civ., ord., 26.02.2018, n. 4514, in *ww.dejure.it.*;

Cass. civ., ord., 28.05.2018, n. 13305, in banca dati *www.pluris*

cedam.utetgiuridica.it.;

Cass. civ., ord., 28.05.2018 n. 13305 in *ww.dejure.it*;

Cass. civ., ord., 21.08.2018, n. 20840 in *banca dati dejure*;

Cass. civ., ord., 19.02.2019, n. 4729, in *www.dejure.it.*;

Cass. civ., 07.03.2019, n. 6589, in banca dati *www.pluris cedam.utetgiuridica.it.*;

Cass. civ., 11.07.2019, n. 18680, in *Immobili & Proprietà*, 2019;

Cass. civ., 12.07.2019, n. 18791, in *Il Fallimento*, 2020;

Cass. civ., 16.07.2019 in *il Fallimento*, 2020;

Cass. civ., 17.01.2020, n. 844, in banca dati *www.pluris cedam.utetgiuridica.it.*;

Trib. Brescia, 27.01.2015, ord., in *www.ilcaso.it.*;

Trib. Roma, sez. IX, 13.07.2017, ord., in *Il Corriere Giuridico*, 2018;

App. Trieste, 28.05.2018, in *Nuova Giurisprudenza civile e commentata*, 2019;

Giurisprudenza sovranazionale

Corte di Giustizia UE, IV sez., 10.11. 2016 causa C- 156/15 in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017;

Corte di Giustizia UE, IV sez., 25.7.2018, causa C-107/17 in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019.