

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*Daniele Giglio* *

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'origine storica del divieto del patto commissorio e l'inserimento nel codice civile. – 3. Natura giuridica e fondamento del divieto del patto commissorio. – 3.1. Segue: L'individuazione della *ratio* del divieto. – 4. L'ambito di applicazione del divieto ed il patto commissorio autonomo. – 5. Il patto commissorio in Francia, in Germania e negli ordinamenti di *common law*. – 6. Il patto commissorio e le alienazioni a scopo di garanzia. – 7. La posizione della giurisprudenza in merito alle alienazioni a scopo di garanzia. – 7.1. Segue: il *revirement* della Cassazione nel 1983 e le pronunce delle Sezioni Unite del 1989. – 8. La validità del patto marciano. – 9. Le novità introdotte dal d.l. 3 maggio 2016 n. 59 e la figura del pegno non possessorio. – 10. La vendita con patto di riscatto e la vendita con riserva di proprietà. – 11. Nozione e disciplina del *sale and lease-back*. – 12. Le sanzioni previste per il divieto del patto commissorio. – 13. La nullità del patto commissorio autonomo. – 14. La declaratoria di nullità. – 15. Gli effetti della dichiarazione di nullità. – 16. Le conseguenze della nullità della convenzione commissoria e dei negozi ad essa collegati in capo a contraenti. – 17. Conclusioni.

1. – Il d.l. 3 maggio 2016 n. 59, recante *Disposizioni urgenti in materia di procedure esecutive e concorsuali, nonché a favore degli investitori in banche in liquidazione*, convertito con la legge 30 giugno 2016 n. 119 (in Gazzetta Ufficiale n. 153 del 2 luglio 2016), ha apportato rilevanti novità in materia di accelerazione della realizzazione del credito, con l'introduzione della nuova figura generale del «pegno non possessorio» e la previsione di una fattispecie di patto marciano nei contratti di finanziamento. Il testo risulta particolarmente

* Dottorando di ricerca in Diritto privato per l'Europa presso l'Università degli Studi Roma Tre. Devo un ringraziamento particolare ad Andrea Montanari, Ricercatore presso l'Università degli Studi di Palermo, che con generosità, pazienza e piena disponibilità a discutere, ha seguito passo dopo passo la stesura del presente saggio.



complesso, in quanto, da un lato, introduce nell'ordinamento nuovi e ulteriori istituti giuridici (come il pegno mobiliare non possessorio e l'ipotesi di patto marciano anzidetta), al contempo, apporta modifiche al codice di rito civile e alla legge fallimentare (R.D. 16 marzo 1942 n. 267), oltre a dettare statuizioni in merito all'erogazione degli indennizzi agli investitori nelle quattro banche in liquidazione coatta amministrativa¹.

Tali disposizioni inducono a una riflessione in materia di garanzia del credito, con riferimento soprattutto all'impermeabilità dell'autotutela esecutiva nel nostro ordinamento². In quest'ottica, viene in rilievo la vicenda dei trasferimenti commissori, in cui si conviene che, in caso di inadempimento, la proprietà del bene oggetto di garanzia reale passi al creditore.

È ben noto che la dottrina si è lungamente interrogata sul fondamento del divieto di cui all'art. 2744 cod. civ., che comporta la radicale nullità del patto, mentre per ipotesi similari di approfittamento di una parte a danno dell'altra il codice prevede i rimedi meno drastici della rescissione o dell'annullabilità³. Benvero, al di là della puntuale individuazione della *ratio* del divieto del patto commissorio, il legislatore del 1942 ha evidentemente inteso sanzionare quelle tecniche di attuazione dei diritti che poggiano su meccanismi di difesa privata senza una rigorosa predeterminazione da parte della legge⁴. A differenza di altri paesi europei, il nostro ordinamento, per molto tempo, ha faticato ad accogliere figure negoziali concepite al fine di consentire che il creditore insoddisfatto si appropri di un bene del debitore. Da qui, la diffidenza⁵ mostrata verso quelle operazioni negoziali che realizzassero un'alienazione in funzione di garanzia⁶.

¹ Cassa di Risparmio di Ferrara, Banca delle Marche, Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio, Cassa di Risparmio di Chieti.

² In argomento v. G.M. Nonno, sub art. 53, *l.f.*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico* (diretto da M. Ferro), Padova, 2014, 725-743, spec. 740, il quale richiama, a titolo esemplificativo in materia di garanzia finanziaria, l'art. 4 del d.lgs. n. 170/2004.

³ Cfr. testualmente C.M. Bianca, *Diritto civile*, vol. 7, Milano, 2012, 281.

⁴ Cfr., in proposito, C. Botta, *Vendita, accordo di retrovendita e divieto del patto commissorio*, in *Notariato*, 2010, 75; Id., *Il mandato irrevocabile all'incasso. Autonomia privata, cooperazione gestoria e tutela degli interessi dei creditori*, Napoli, 2005; L. Genghini, *Patto commissorio e procura a vendere*, in *Contratto e impresa*, 1995, 260; D. Cenni, *Mandato ad alienare e scopo di garanzia*, in *Notariato*, 1998, 61 ss.

⁵ Di «diffidenza» discorre F. Macario, *Circolazione e cessione dei diritti in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 361.

⁶ Valga sin da ora tenere a mente che l'alienazione in garanzia è il contratto mediante il qua-

Il tema in questione evoca controversie risalenti e ancora oggi tutt'altro che sopite. Argomenti di ordine dogmatico e dati di diritto positivo hanno variamente alimentato atteggiamenti di sostanziale «chiusura» nei confronti dell'ammissibilità nel nostro ordinamento di trasferimenti con funzione di garanzia, se non altro nel caso in cui si tratti di trasferimenti della proprietà⁷. Ciononostante, una «finestra» sembrerebbe essere offerta da alcuni schemi giuridici tipici o socialmente tipici, i quali, seppur in qualche misura assimilabili al patto commissorio, sono stati considerati leciti. In tale contesto, s'inserisce, inoltre, la dir. 2002/47/CE, recepita nel nostro ordinamento con il d. lgs. 21 maggio 2004 n. 170, in materia di contratti di garanzia finanziaria, la quale ha espressamente escluso l'applicabilità del divieto del patto commissorio ai contratti finanziari che prevedano il trasferimento della proprietà di attività finanziarie con funzione di garanzia, ove volti a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie, allorché le parti contraenti rientrino nelle categorie tassativamente elencate⁸. Per converso, una vera rivoluzione nel campo delle garanzie a supporto della concessione di credito alle imprese da parte delle banche deriva dalle misure previste dal d.l. 3 maggio 2016, n. 59. La finalità delle disposizioni appena approvate, come si vedrà, è di incentivare il finanziamento delle imprese, mediante l'agevolazione delle forme di recupero del credito ad opera dello stesso creditore. Si comprende, allora, come la questione richiamata si ricollegli al dibattito di stretta attualità, relativo alle tecniche ed alle modalità di

le il debitore o un terzo trasferiscono al creditore la proprietà di una cosa o altro diritto a garanzia di un suo credito. Tra gli autori che si sono occupati approfonditamente delle alienazioni in garanzia vanno ricordati: F. Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996; C. Varone, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli, 1968; S. Pugliatti, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Trim.*, 1950, 298, ripubblicato in *Diritto civile, Saggi*, Milano, 1951; M. Lascialfari, *Alienazioni a scopo di garanzia*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, 2004; C.M. Bianca, *Diritto civile*, cit., 257 ss.

⁷ Cfr. G. D'Amico, *Alienazioni a scopo di garanzia*, in *I contratti per l'impresa*, a cura di G. Gitti – M. Maugeri – M. Notari, Bologna, 2013, 585 ss.

⁸ Se così è, da una più attenta analisi della disciplina normativa, si nota tuttavia come il legislatore non si ponga in contrasto con il divieto del patto commissorio, giacché le modalità di "appropriazione" delle attività finanziarie oggetto di garanzia comportano che il creditore si soddisfi «fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita» (art. 4, comma 1, lett. b) e che le condizioni di realizzo delle attività finanziarie ed i criteri di valutazione delle stesse e delle obbligazioni finanziarie garantite siano ragionevoli sotto il profilo commerciale. L'osservazione è di G. Tarantino, *Patto commissorio, alienazioni in garanzia ed autonomia privata: alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *I contratti*, 12/2012, 1031.

utilizzazione e circolazione della ricchezza, con riferimento alle quali il sistema delle garanzie, come strutturato e disegnato nel codice del 1942, potrebbe rivelarsi non in grado di cogliere le più recenti realtà economiche e non riuscire a soddisfare le esigenze degli operatori del mercato ⁹.

2. – Il patto commissorio trae origine dal diritto romano ¹⁰ e, in particolare, nella costituzione imperiale di Costantino con il nome di *lex commissoria* ¹¹, molto probabilmente sotto la spinta del cristianesimo ¹². Già dalla lettura della costituzione si ricava che la ragione fondamentale del divieto è rappresentata dall'eccessivo sfavore per il debitore: «*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, comandiamo che ricevano in restituzione ciò che dettero*».

La *lex commissoria* ¹³ si presentava inizialmente come clausola accessoria rispetto al contratto di compravendita, in forza della quale l'alienante poteva considerare il contratto come non stipulato qualora l'acquirente non avesse corrisposto il prezzo pattuito entro un dato termine. Bisogna aggiungere, pe-

⁹ Problemi già acutamente sollevati, tra gli altri, da G. Gorla, *Del pegno. Delle ipoteche*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1973, 149; L. Piazza, voce *Garanzia (diritto civile)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XIV, Roma, 1988; F. Galgano, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2000, 196; R. Lener, *Il contratto di brokerage*, in *I contratti del mercato finanziario – Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno – E. Gabrielli, Torino, 2010, 728.

¹⁰ A tal riguardo, cfr. N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, 34 ss.; C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, 85 ss.

¹¹ Cfr. C. Th., 3, 2, 1: «*Quoniam inter alias captiones precipue commissoriae legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet, creditores enim re amissa iubemus recipere quod dederunt*». Sul patto commissorio in diritto romano v., tra gli altri, A. Burdese, *Lex commissoria e jus vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino, 1949.

¹² Per una ricostruzione sul punto v. I. Radoccia, *La ratio del divieto del patto commissorio*, in *Giur. merito*, 1997, IV, 220.

¹³ In argomento v. A. Biscardi, *La lex commissoria nel sistema delle garanzie reali*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, II, Milano, 1962, 573 ss.

raltro, che tale accordo fu considerato a lungo una vera e propria condizione sospensiva; successivamente, nel II sec. d.C., lo stesso fu invece inquadrato all'interno dello schema della condizione risolutiva. In età postclassica e nelle epoche successive, si affermò quindi l'idea di verificare caso per caso se la condizione apposta agli accordi prefigurati dovesse essere considerata come risolutiva o come sospensiva e, con specifico riguardo al caso singolo, qual era l'intenzione delle parti.

Oltre alla compravendita, va segnalato che la *lex commissoria* poteva essere apposta a tutti i negozi a prestazioni corrispettive come, ad esempio, la promessa di matrimonio, il fitto, la permuta, la transazione o, ancora, il mutuo¹⁴. Ma, il suo utilizzo si rinviene soprattutto in due negozi: la *fiducia cum creditore* e il *pignus*.

Il primo consisteva in una alienazione solenne della proprietà quiritaria, posta in essere per soddisfare diversi intenti pratici, la quale generava un'obbligazione restitutoria a carico dell'alienante, sanzionata con una specifica azione: l'*actio fiduciae*¹⁵.

In un primo tempo, il *pactum* della *fiducia cum creditore* era strutturato in modo tale che l'obbligo restitutorio a carico del fiduciario venisse meno in caso di inadempimento del credito garantito¹⁶. Per cui, il creditore si assicura-

¹⁴ A. Sacchi, *Sul patto commissorio in diritto romano*, in *Arch. Giur.*, 1894, 189 ss.

¹⁵ In tema, cfr. N. Bellocci, *La struttura della fiducia*, Padova, 1983, *passim*.

¹⁶ In argomento si rinvia ad A. Guarino, *Diritto privato romano*, Napoli, 1997, 776, il quale informa che la *fiducia cum creditore* «consisteva in ciò: che il garante (debitore o terzo che fosse) trasferiva al creditore (mediante *mancipatio* o *in iure cessio*) il *dominium ex iure Quiritium* di una *res mancipi*, con l'espresso "patto fiduciario" (basato cioè sull'affidamento reciproco) che la cosa gli sarebbe stata ritrasferita in caso di adempimento, mentre in caso di inadempimento sarebbe rimasta per sempre al creditore». Sulla *fiducia* v., inoltre, G. Diurni, *Fiducia e negozio fiduciario (storia)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VIII, 1992, 288; G. Grosso, *Fiducia (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XVII, 1968, 384; A. Burdese, *Fiducia (diritto romano)*, in *NDI*, VII, 1968, 294; G. Messina, *Negozi fiduciari*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1948, 105; sotto il profilo storico-comparatistico v. L. Cariota-Ferrara, *I negozi fiduciari*, Napoli, 1978 (rist. dell'edizione del 1933). Cfr. pure M. Bianca, *La fiducia attributiva*, Torino, 2002; L. Santoro, *Il negozio fiduciario*, Torino, 2002; U. Carnevali, *Negozio giuridico III) Negozio fiduciario*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, 1990; G. Criscuoli, *Fiducia e fiducie in diritto privato: dai negozi fiduciari ai contratti uberrimae fidei*, in *Riv. Dir. civ.*, 1983, I, 136; M. Zaccheo, *Gestione fiduciaria e disposizione del diritto*, Milano, 1991; A. Canepa – U. Morello, *Il negozio fiduciario*, in *I contratti in generale*, dir. da G. Alpa – M. Bessone, III, Torino, 1991, 703; M. Trimarchi, *Negozio giuridico d) Negozio fiduciario*, in *Enc. dir.*, XXVIII, 1978, 32; P.M. Putti, *Negozio fiduciario*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Aggiorn.

va la possibilità di essere soddisfatto in modo immediato e diretto, semplicemente trattenendo in pagamento del credito insoluto il bene ricevuto in garanzia. In tal modo, la struttura del *pactum fiduciae cum creditore* finiva per coincidere con il contenuto di una *lex commissoria*, sicché non si poteva discutere di *fiducia cum creditore* con patto commissorio poiché il condizionamento della restituzione del bene, caratteristico del secondo, era già un elemento caratterizzante la prima ¹⁷.

In un momento successivo, l'istituto, recependo i principi equitativi, si avvicinò sempre più al *pactum vendendi*; cosicché, il patto commissorio, sganciandosi dalla *fiducia cum creditore*, divenne una mera opzione negoziale alternativa al *pactum vendendi* e, per di più, operante solo se espressamente pattuita ¹⁸.

Anche nel *pignus* ricorreva di sovente la *lex commissoria*. Il *pignus* si affermò poco prima del II sec. d.C., quando la *fiducia* era già utilizzata come garanzia reale. La soddisfazione immediata del creditore che si otteneva con la *fiducia* portò all'apposizione del patto commissorio anche al *pignus*, al fine di ottenere lo stesso risultato. Purtuttavia, la *lex commissoria* nel *pignus* si presentava essenzialmente come una clausola secondaria ed ulteriore rispetto allo schema tipico del negozio ¹⁹.

Va osservato, peraltro, che i due istituti, portando ad effetti tendenzialmente simili, acquistarono ben presto similarità anche sul piano strutturale, in quanto la *lex commissoria* si presentò come una clausola accessoria del contratto di garanzia ²⁰.

La *lex commissoria* fu utilizzata, quindi, nei negozi di garanzia fino al divieto di Costantino posto nella costituzione imperiale del 324 d.C. Da tale data, infatti, non venne più applicata in nessun contratto della tradizione romanistica, in quanto regolarmente vietata.

In epoca medievale, dopo un periodo in cui ritornò a diffondersi il ricorso alla *fiducia* ed al patto commissorio ²¹, il divieto del patto fu nuovamente san-

2003, 911.

¹⁷ Cfr. A. Burdese, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino, 1949, 10 ss.

¹⁸ Cfr., sul punto, N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, cit., 41.

¹⁹ Cfr. C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, cit., 88.

²⁰ In tal senso, v. A. Burdese, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, cit., 111.

²¹ Nel diritto intermedio furono praticate forme fiduciarie di garanzia, come la *datio in affi-*

cito da una bolla decretale di Innocenzo III del 1198²²; sicché, da allora, tale divieto fu confermato fino alle codificazioni dell'Ottocento avvenute in Francia²³, in Germania²⁴ ed in altri paesi²⁵. Da noi, occorre segnalare che durante la codificazione del 1865 il dibattito riguardo alla portata delle disposizioni intorno al divieto del patto commissorio nei contratti di garanzia suscitò varie dispute fra codificatori, dottrina e giurisprudenza. I contrasti possono essere desunti dalle discussioni afferenti all'emendazione del codice Pisanelli in cui si rappresenta l'esigenza di una misura atta a contrastare il fenomeno del patto di

duciato in uso nell'area longobarda. Cfr., in argomento, M. Bianca, *La fiducia attributiva*, cit., 15; E. Besta, *I diritti sulle cose nella storia del diritto italiano*, Padova, 1933, 255; Padova, 1933, 255: «i documenti longobardi raffigurano sovente il pegno, specialmente immobiliare, come una *datio in affiduciatum*. Per essa i beni passavano senz'altro in proprietà ed in possesso del creditore salvo a dover essere restituiti se il debito fosse stato pagato». Secondo P.S. Leicht, *Storia del diritto italiano. Il diritto privato*, II, *Diritti reali e di successione*, Milano, 1943, 100, questa forma di garanzia si sarebbe sviluppata «sotto l'influenza della *fiducia* romana». In tema v. anche J. Kohler, *Pfandrechtlicher Forschungen*, Jena, 1882, 79.

²² Va osservato che, nella prassi, al consolidato divieto normativo faceva riscontro il conseguimento del risultato vietato dal patto commissorio attraverso la vendita con patto di riscatto. In argomento, v. R. Triola, *Vendita con patto di riscatto e divieto del patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 1988, III, 1769.

²³ In Francia, il *code Napoléon* vietò espressamente il patto commissorio con due specifiche disposizioni. Precisamente, gli artt. 2078 e 2088 precludevano la possibilità di inserire la clausola in parola rispettivamente nel pegno e nell'anticresi; nulla disponendo, invece, riguardo al patto commissorio ipotecario. Tale preclusione si fondava sulla inderogabilità del procedimento esecutivo. Ed infatti, non potendo le parti pattuire un procedimento esecutivo che non fosse quello disciplinato dalla legge, non vi era ragione di prevedere una disposizione che vietasse il patto commissorio su un bene oggetto di ipoteca. Cfr. C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, cit., 713.

²⁴ Durante i lavori preparatori al BGB, l'attenzione fu rivolta soprattutto al patto commissorio immobiliare e, quindi, ai beni ipotecati. Punto di partenza fu l'assunto che l'ipoteca non potesse assumere un contenuto diverso da quello legale, neanche in considerazione del principio della libertà contrattuale accordata alle parti. Ad avviso dei compilatori tedeschi, la ragione del divieto doveva rinvenirsi, da un lato, nel fatto che, se non vi fosse una simile proibizione, si verrebbe a creare una diversa tipologia di ipoteca rispetto a quella prevista legalmente; dall'altro, vi era la consapevolezza che non vi fosse la necessità per il sistema del credito fondiario di una simile forma giuridica, che, all'opposto, avrebbe potuto danneggiare notevolmente il predetto sistema, consentendo ai creditori in mala fede di guadagnare in maniera spropositata nei confronti dei debitori in difficoltà economiche. Donde, si arrivò alla formulazione dell'art. 1149 che sancisce l'inderogabilità convenzionale della procedura legale di espropriazione forzata prima della scadenza del credito, e dell'art. 1129 che dispone espressamente il divieto del patto commissorio nei beni oggetto di pegno. Cfr. M. Bussani, *Il problema del patto commissorio*, cit., 79.

²⁵ Il divieto del patto commissorio è espressamente vietato anche dal *Código civil* spagnolo

riscatto considerato un mutuo pignoratorio larvato, al fine di celare l'usura²⁶. Sulla scia del *code Napoléon*, la Commissione senatoriale approvò, alla fine, una norma che prevedeva perentoriamente il divieto del patto di riscatto. A tal riguardo, si sottolineò come l'introduzione del patto nel nostro ordinamento avrebbe comportato la conseguenza che "i beni sarebbero stati sottratti al commercio e privi dei vantaggi derivanti dal regime ipotecario e dalle istituzioni di credito"²⁷. Le ragioni a sostegno di tale assunto possono essere ricondotte a due diversi indirizzi. Un primo orientamento riteneva che il patto di riscatto fosse contrario alla commerciabilità dei beni; inoltre, tale patto non veniva ritenuto più necessario in quanto, considerato il regime ipotecario e la celerità dei giudizi, chiunque desiderasse una garanzia sui beni avrebbe optato di sicuro per un mutuo con ipoteca sul bene oggetto del contratto. Altro indirizzo, invece, reputava dannoso il patto giacché contrario alla moralità ed all'interesse generale²⁸.

Ebbene, dopo un ampio dibattito, il codice Pisanelli sancì il divieto del patto commissorio nel caso del pegno (art. 1184, 2 comma) e dell'anticresi (art. 1894); nulla disponendo riguardo all'ipoteca, al pari del *code* francese. In realtà, il codice civile del 1865 introdusse finanche il concetto di patto commissorio tacito, che riprendeva il concetto della tradizione romanistica di *lex commissoria*, intesa come clausola applicabile a qualsiasi contratto sinallagmatico ed in virtù della quale, nel caso in cui una delle due parti non adempisse alla propria obbligazione, l'altra non aveva più l'obbligo di adempiere alla propria; in subordine, poteva domandare la restituzione di quanto già dato²⁹.

agli art. 1859 e 1884, dall'*ABG* austriaco all'art. 1371 e dal codice civile svizzero all'art. 894.

²⁶ Sul punto, v. M. Bussani, *Il problema del patto commissorio*, Torino, 2000, 13.

²⁷ G. Vacca, *Relazione della commissione del Senato sul progetto del codice civile pel Regno d'Italia, presentato da Ministro Guardasigilli (G. Pisanelli) nelle tornate del 15 luglio e del 26 novembre 1863*, in *Raccolta dei lavori preparatori del Codice Civile del regno d'Italia*, Palermo-Napoli, 1868, 354 ss.

²⁸ A ben riflettere, le strade percorribili potevano essere due: si poteva escludere il divieto dal resto del codice, assegnando al lavoro degli interpreti la protezione degli interessi della collettività che possono essere pregiudicati dal patto commissorio; oppure, i codificatori avrebbero potuto, senza alcun riguardo al diritto reale di garanzia costituito, vietare qualsiasi atto o negozio volto ad eludere il diritto di appropriarsi del bene oggetto della garanzia. Nessuna delle due soluzioni prospettate, tuttavia, è stata prescelta. Sul punto, *cf.* M. Bussani, *Il problema del patto commissorio*, cit., 44.

²⁹ G. Piola, *Patto commissorio*, in *Dig. Italiano*, XVIII, Torino, 1928, 1029.

I dubbi maggiori concernenti le disposizioni succitate riguardavano, tuttavia, i casi non espressamente disciplinati e, in particolare, le ipotesi del patto apposto all'ipoteca e del c.d. patto commissorio *ex intervallo*, cioè pattuito successivamente al contratto di garanzia³⁰. Il silenzio del codice portava la giurisprudenza ad ammetterne la validità³¹, finché nel 1945 la Cassazione ebbe ad affermare la illiceità del patto commissorio nel mutuo ipotecario anche sotto la reggenza del codice abrogato³².

Il legislatore del 1942 ha superato tali questioni esegetiche, disciplinando il patto commissorio con due norme pressoché identiche, contenute negli artt. 2744 e 1963 cod. civ., concernenti, il primo, il patto commissorio in materia di pegno ed ipoteca, il secondo, l'ipotesi dell'anticresi³³. A ben vedere, il codice civile vigente, in entrambi i casi, ritiene illecito che le parti prevedano, come conseguenza dell'inadempimento dell'obbligazione, il trasferimento della proprietà di un bene³⁴. Inoltre, l'art. 2744 c.c. considera, al secondo comma, il cosiddetto patto commissorio *ex intervallo*, stipulato nelle more tra la costituzione del pegno o dell'ipoteca e la scadenza del termine dell'obbligazione, di-

³⁰ Cfr. N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, cit., 47; E. Brugi, *Patto commissorio ex intervallo*, in *Riv. dir. Comm.*, 1919, 396 ss.

³¹ Vedasi la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione del 28 luglio 1923, in *Riv. Dir. Comm.*, 1924, II, 233, con nota dell'Albertario, che concludeva criticamente: «come non ammettere che la *ratio legis* imponga il divieto del patto commissorio nell'ipoteca come nel pegno?». In dottrina, cfr. pure G. Rotondi, *Gli atti in frode alla legge nella dottrina romana e nella sua evoluzione posteriore*, Torino, 1911, 186.

³² Sentenza n. 259 del 16 aprile 1945, in *Giur. Cass. civ.*, 1945, I, 156.

³³ Cfr. G. Tucci, voce *Anticresi*, in *Dig. Disc. Priv.*, I, Torino, 1987, 346; F. Mastropaolo, *L'anticresi come contratto costitutivo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 745; Id., *Anticresi*, in F. Mastropaolo (a cura di), *I contratti di garanzia*, II, 1039; F. Macario, *L'anticresi*, in *Tratt. Sacco*, 10, *Garanzie personali*, Torino, 2009, 379; G. Trabucchi – L. Miotto, in *Comm. Cian – Trabucchi*, sub art. 1960 s., 2048; G. Bozzi, *La fideiussione, le figure affini e l'anticresi*, in *Tratt. Rescigno*, XIII, 2007, 372; G. Zuddas, *Anticresi*, in *Enc. giur. Treccani*, II, 1988; M. Fragali, *Anticresi*, in *Comm. Scialoja e Branca, Art. 1960-1991*, Bologna, 1974, 1; G. Persico, *Anticresi*, in *Enc. dir.*, II, 1958, 531; V. Tedeschi, *Anticresi*, in *NDI*, I, 1957, 654; Id., *L'anticresi*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1954; M. D'orazi-Flavoni, *Fideiussione. Mandato di credito, Anticresi*, in *Tratt. Grosso e Santoro-Passarelli*, Milano, 1961; M. D'Amelio, *Anticresi*, in *Comm. D'Amelio e Finzi, Libro delle obbligazioni*, Firenze, 1943, 434. Sul dibattito in relazione al codice abrogato v. A. Biscardi, *La lex commissoria nel sistema delle garanzie reali*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, II, Milano, 1962, 573; B. Brugi, *Patto commissorio ex intervallo*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, II, 396.

³⁴ Cfr. E. Moscati, *La disciplina generale delle obbligazioni. Corso di diritto civile*, Torino, 2012, 42.

verso dal patto commissorio *in continenti*, cioè contestuale alla nascita della garanzia. In definitiva, per il legislatore del 1942, il patto commissorio è nullo non solo se contestuale, ma anche se posteriore alla costituzione del pegno e dell'ipoteca³⁵.

È utile rammentare, a questo proposito, la larga spaccatura che si ebbe tra la giurisprudenza, la quale mantenne un atteggiamento restrittivo simile a quello avuto prima del 1942, e la dottrina che invece riteneva il divieto del patto commissorio applicabile anche al di fuori delle fattispecie tipiche.

La giurisprudenza, invero, continuò a confermare la validità della vendita fiduciaria e della vendita con patto di riscatto effettuate a scopo di garanzia, considerandole differenti dal patto commissorio. L'elemento distinguente delle fattispecie in questione era individuato nel momento in cui il trasferimento del bene avveniva. In particolare, se il trasferimento era immediato, veniva considerato una vendita vera e propria, seppur utilizzata a scopo di garanzia; se il trasferimento era posticipato, invece, si era di fronte ad un mutuo con patto commissorio, da ritenersi nullo³⁶.

Dal canto suo, la dottrina risalente si mostrò contraria alla ricostruzione del divieto prospettata dalla giurisprudenza. Nello specifico, venne posto in rilievo il fatto che il momento del trasferimento del bene non possa incidere sull'assetto di interessi realizzato dalle due fattispecie. Inoltre, la vendita con patto di riscatto non sarebbe di per sé idonea a realizzare una funzione di garanzia³⁷. Dunque, ad avviso della dottrina, l'indagine doveva concentrarsi, più che sul momento del trasferimento del bene, sulla reale intenzione delle parti; onde, nel caso in cui fosse stata riscontrata la volontà di porre in essere una ga-

³⁵ F. Caringella, *Studi di diritto civile*, Tomo II, Milano, 2005, 1034.

³⁶ Sul punto, *cf.* Cass. 14 dicembre 1978, n. 5976; Cass. 20 maggio 1976, n. 1800; Cass. 8 luglio 1971, n. 2153; Cass. 20 aprile 1968, n. 1221; Cass. 21 gennaio 1980, n. 462; Cass. 1 febbraio 1974, n. 282; Cass. 15 settembre 1970, n. 1426. Più di recente, v. Cass., sez. II, 21 gennaio 2016, n. 1075, che richiama, in argomento, Cass., 4 marzo 1996, n. 1657; Cass., 20 luglio 2001, n. 9900; Cass. 8 febbraio 2007, n. 2725.

³⁷ In argomento, v. C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, cit., 719; E. Roppo, *Note sopra il divieto del patto commissorio*, in *Riv. not.*, 1981, 398 ss; F. Carnelutti, *Mutuo pignoratizio e vendita con clausola di riscatto*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, II, 156.; ; G. Ingrassia, *La efficacia del divieto del patto commissorio*, in *Nuovo dir.*, 1949, 441; G. Pugliese, *Nullità del patto commissorio e vendita con patto di riscatto*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1945, I, 156.; U. Carnevali, voce *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 502; V. Lojacono, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, 1952, 105 ss.

ranzia, la fattispecie avrebbe dovuto essere sanzionata con la nullità per divieto del patto.

Come già accennato, siffatta ricostruzione è stata avallata, per la prima volta, dalla Corte di Cassazione nel 1983³⁸ e, successivamente, confermata nel 1989 dalle Sezioni Unite³⁹, che hanno affermato l'irrelevanza del momento della produzione dell'effetto traslativo al fine di poter individuare la fattispecie del patto commissorio, sancendo una posizione che, allo stato, è ancora dominante.

3. – Con riguardo alla natura giuridica del patto commissorio sono state avanzate da parte della dottrina molteplici tesi. In generale, il dato comune è che nella fattispecie in esame il debitore presta il proprio consenso in condizioni di razionalità limitata, sicché sopravvaluta la propria possibilità di restituzione del prestito e approda, in ultima analisi, al proprio indebitamento.

La dottrina più risalente inquadrava l'istituto in esame alla stregua di un vero e proprio contratto di vendita, in cui il prezzo era rappresentato dall'ammontare del credito garantito⁴⁰. Tuttavia, è stato giustamente obiettato che la somma versata dal creditore, contestualmente all'attribuzione, costitui-

³⁸ A tal riguardo v. G. Amato, *Ancora sul patto commissorio e sulla vendita a scopo di garanzia*, in *Giust. civ.*, 1984, I, 1899; G. Azzariti, *Principi innovativi sul patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 1983, I, 2953; C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio: un passo indietro della Cassazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, 117; M. Danusso, *Patto commissorio e vendita a scopo di garanzia*, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 1648; M. Rosnati, *Alienazioni in garanzia e patto commissorio*, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 1698; E. Roppo, *Patto di riscatto. Patto commissorio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, 97; F. Relamonte, *Le garanzie immobiliari*, in *Jus*, 1986, 16.

³⁹ A tal proposito cfr. M. Bussani, *Coesistenza di vendita e mutuo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, 285; P. Carbone, *Nullità. Rilevabilità d'ufficio. Vendita. Patto di riscatto. Divieto del patto commissorio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, 348; M. Costanza, *Sulle alienazioni in garanzia e il divieto del patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 1989, I, 1824; M. G. Cubeddu, *Patto commissorio e vendita con patto di riscatto: la risposta delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, 615 ss.; A. Luminoso, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, *ivi*, 1990, I, 219 ss.; V. Mariconda, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1428; G. Valcavi, *Intorno al divieto del patto commissorio, alla vendita simulata a scopo di garanzia ed al negozio fiduciario*, in *Foro it.*, 1990, I, c. 205. Sul versante giurisprudenziale, è opportuno richiamare nuovamente la recentissima sentenza di Cass., sez. II, 21 gennaio 2016, n. 1075.

⁴⁰ S. Pugliatti, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 235; V. Panuccio, *Cessione dei crediti*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1960, 20; V. Mariconda, *Trasferimenti commissori e principio di legalità*, in *Foro it.*, 1990, I, 1436.

sce l'oggetto del contratto di finanziamento e non il corrispettivo della cessione del bene; inoltre, il patto commissorio può accedere a qualsiasi rapporto che abbia o meno contenuto pecuniario, in cui non può considerarsi il debito estinto come prezzo dell'obbligazione⁴¹.

Altra parte della dottrina ha ritenuto che il patto commissorio abbia la natura di dazione di pagamento condizionata. In particolare, avendo il patto commissorio natura esclusivamente solutoria, va considerata l'estinzione dell'obbligazione come corrispettivo del bene acquisito dal creditore in virtù del patto stesso⁴². Quest'assunto è stato tuttavia contestato, giacché l'alienazione commissoria difetta proprio del carattere della realtà della prestazione in luogo dell'adempimento e, inoltre, il creditore ha un diritto al soddisfacimento secondario, mediante l'acquisto del bene concessogli in garanzia. Al contrario, nella *datio in solutum*, vi è esclusivamente una facoltà del debitore di effettuare una prestazione diversa (di valore uguale o maggiore rispetto a quella dovuta), sempre che il creditore vi consenta⁴³.

Un diverso indirizzo, che distingue fra patto commissorio accessorio e patto commissorio autonomo, include la previsione di cui all'art. 2744 c.c. all'interno delle garanzie tipiche e come tale non applicabile, né in via diretta, né in via analogica, alle alienazioni commissorie autonome. Sicché, queste ultime andrebbero considerate come negozi atipici e, quindi, stante il principio dettato dall'art. 1322, 2 comma, c.c. non meritevoli di tutela, in quanto lesivi della posizione debitoria⁴⁴.

Infine, altra dottrina inquadra il patto commissorio nell'ambito dei contratti di garanzia, considerati come una categoria negoziale causalmente autonoma ed idonea a realizzare un trasferimento in favore del creditore strumentale all'adempimento dell'obbligazione⁴⁵. In sostanza, il patto commissorio realizzerebbe il trasferimento, inscindibilmente legato alle sorti del rapporto

⁴¹ C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, cit., 106; C. Varrone, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli, 1968, 28.

⁴² F. Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, 420 ss.

⁴³ C.M. Bianca, *Patto commissorio*, in *Nss. D.I.*, XVI, 1965, 711 ss.;

⁴⁴ M. Sesta, *Le garanzie atipiche*, I, Padova, 1988, 104 ss.; in senso contrario, V. Mariconda, *Trasferimenti commissori e principio di legalità*, cit., 1433.

⁴⁵ Sul punto, v. A. Sassi, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999, 212 ss.; C.M. Bianca, *Patto commissorio*, in *Nss. D.I.*, XVI, 1965, 714; E. Roppo, *Responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1059 ss.

collegato, della proprietà di un bene in capo al creditore, a garanzia di un'obbligazione. Tale trasferimento, evidentemente, consolida la posizione del creditore nei confronti sia del debitore che dei creditori concorrenti, sottraendo a questi ultimi il potere di aggredire il bene oggetto di garanzia e, allo stesso tempo, riconoscendo al creditore un potere di soddisfazione esclusivo. Per cui, il patto commissorio si pone quale alternativa a quelle garanzie tipiche, che trovano sempre minor diffusione a causa della loro struttura, dei costi elevati e della dilatazione dei tempi di realizzazione⁴⁶.

In realtà, la questione del fondamento del divieto del patto commissorio non risulta di facile soluzione proprio a causa della scarsezza del dettato normativo contenuto negli articoli 1963 e 2744 del codice civile. Tali disposizioni non esprimono, infatti, i principi a cui si ispira il divieto, né tantomeno gli interessi che lo stesso si propone di tutelare⁴⁷.

Va ricordato, in proposito, che la dottrina più risalente, delimitando le ipotesi di operatività del divieto ai casi in cui il patto commissorio si presentava come convenzione accessoria al pegno, all'ipoteca o all'anticresi⁴⁸, riteneva il patto commissorio contrastante con la disciplina dei diritti reali di garanzia⁴⁹. Precisamente, il divieto veniva ritenuto contrario al principio della responsabilità patrimoniale del debitore, nonché alla tutela dell'ordine pubblico⁵⁰, atteso

⁴⁶ F. Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, 395.

⁴⁷ Cfr. A. Sassi, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., 212.

⁴⁸ Secondo Cass., 11 luglio 1969, n. 2548: «l'anticresi costituisce una misura di rafforzamento dell'obbligazione, che dà vita ad un rapporto accessorio di garanzia, in virtù del quale il creditore acquisisce il diritto di ritenzione sull'immobile fino ad integrale soddisfacimento delle sue ragioni, con la facoltà di far suoi i frutti fino al soddisfacimento del suo credito».

⁴⁹ G. P. Chironi, *Ipoteca e patto commissorio*, in *Riv. dir. Comm.*, 1917, II, 708; C. Varro-ne, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, cit., 60.

⁵⁰ In proposito, merita un cenno l'ormai nota sentenza delle Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 5 luglio 2011, n. 14650, in *Studium iuris*, 2012, con nota di F. Oliviero, *Patto commissorio*, 68), con cui si è escluso che il divieto del patto commissorio rientri tra i principi fondanti l'ordine pubblico internazionale, poiché l'istituto in questione non è conosciuto né vietato in una parte rilevante dell'Unione Europea. Con ciò rimarcando la discrepanza determinante tra norme inde-ro-gabili dell'ordinamento interno e principi di ordine pubblico rilevanti come limitazione o esclusione *tout court* della legittima applicazione di norme straniere, in consonanza con principi di diritto più volte predicati (Cass. 16017/07; 10125/07; 10378/04; 5832/96). Nella fattispecie al vaglio delle Sezioni Unite, la Corte era chiamata a pronunciarsi sulla contrarietà all'ordine pubblico internazionale della normativa inglese applicabile, giusta il criterio di collegamento individuato, la quale ritiene valido ed efficace il meccanismo di cui al patto commissorio. Sul pun-

che il patto commissorio consentiva al creditore di soddisfare le proprie pretese rivalendosi sul bene del debitore, eludendo gli schemi tipici proposti dall'ordinamento, che consistono nello *ius distrahendi* e nello *ius prelationis*. Tale teoria, tuttavia, non tiene in considerazione sia l'esigenza di tutela degli interessi del debitore⁵¹, sia il motivo per il quale la nullità debba colpire proprio il patto commissorio e non le altre garanzie reali⁵².

3.1. – In realtà, la tesi tradizionale prevalente ravvisa la *ratio* dell'istituto nell'esigenza di tutela del debitore che, in quanto parte debole del rapporto, verrebbe in una situazione di netta inferiorità rispetto al creditore⁵³. Tale tesi poggia sull'assunto che il debitore, in una situazione di crisi o di bisogno, sarebbe disposto ad accettare senza troppe resistenze la proposta di un patto commissorio. Di conseguenza, il divieto del patto commissorio è sancito a tutela dell'interesse della parte debole del rapporto obbligatorio, affinché il debitore, trovandosi in una situazione di coazione morale nei confronti del creditore, non subisca gli effetti di quella coercizione e accondiscenda a sottostare all'altrui volontà accettando il trasferimento in proprietà al creditore del bene ipotecato o dato in pegno, in caso di mancato adempimento del debito⁵⁴. In tal caso, infat-

to, si rinvia al pregevole commento alla sentenza suindicata di M. Martino, *Le Sezioni Unite sui rapporti tra divieto del patto commissorio e ordine pubblico internazionale*, in *Giur. comm.*, Milano, fasc. 3/2012, 672 ss., spec. 681 ss.

Per la verità, il divieto del patto commissorio non è conosciuto nei paesi di *common law*, ove sono consentite, *inter alia*, applicazioni di *trust* in funzione di garanzia per le banche che erogano ingenti investimenti, con conseguente obbligo del *trustee* di trasferire i beni confluiti nel *trust* ai creditori nel caso in cui non abbia luogo il pagamento del debito. Tanto basta ad escludere che al divieto di cui all'art. 2744 cod. civ. possa attribuirsi carattere di principio fondante l'ordine pubblico internazionale, ovvero natura di norma di applicazione necessaria (arg. ex art. 17 della legge n. 218/1995).

⁵¹ V. Lojacono, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, cit., 29.

⁵² C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, cit., 10 ss.

⁵³ In tal senso *cf.* V. Lojacono, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, cit., 32 ss.; F. Martorano, *Cauzione e pegno irregolare*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, I, 115; D. Rubino, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* diretto da A. Cicu-F. Messineo, II ed., rist., Milano, 1971, 1027; M. D'Amelio, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale: disposizioni generali*, in *Comm. D'Amelio-Finzi*, libro *Della tutela dei diritti*, Firenze, 1943, 659.; M. Fragali, *Del mutuo*, in *Comm. cod.civ.* a cura di A. Scialoja-G. Branca, artt. 1813-1822, II ed., Bologna-Roma, 1966, 231 ss.

⁵⁴ In argomento v. D. Rubino, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu - Messineo, XXII; Milano, 1971.

ti, il debitore potrebbe incorrere nella perdita di un bene a cui, in situazione normale, non avrebbe mai rinunciato, se non avesse avuto bisogno dell'erogazione di un credito⁵⁵. Peraltro, tale trasferimento potrebbe altresì avvenire a condizioni notevolmente inique, privando così il debitore di un bene avente valore economico certamente superiore rispetto al credito che gli è stato erogato.

Epperò, la vicinanza della pattuizioni commissorie all'usura ha portato – come si è anticipato – a ritenere lecito, nel nostro ordinamento, il c.d. patto marciano⁵⁶. Tale accordo, che si avvicina molto al patto commissorio, si differenzia da quest'ultimo per il fatto che, al momento dell'inadempimento, la stima del valore del bene oggetto della garanzia è affidata ad un terzo designato di comune accordo dalle parti, ovvero dal presidente del tribunale, al fine di verificare l'effettiva corrispondenza del valore del bene al credito erogato al debitore⁵⁷.

In proposito, alcuni autori hanno ravvisato nel rimedio per l'inosservanza del divieto del patto commissorio (*id est* la sanzione di nullità) un rimedio eccessivo per proteggere il debitore da una convenzione che solo in determinati casi, ma non necessariamente ogni volta, può presentarsi svantaggiosa per quest'ultimo. In effetti, si è osservato che il nostro ordinamento conosce i rimedi meno gravi dell'azione di annullamento (artt. 1441 ss. c.c.) o dell'azione di rescissione (artt. 1447 ss. c.c.)⁵⁸.

Sul versante giurisprudenziale, però, la Suprema Corte ha precisato che il divieto del patto commissorio non dipende dal risultato economico che ne deriva, poiché esso è vietato in quanto tale dal legislatore, anche nel caso in cui il valore del bene sia pari a quello del credito erogato⁵⁹.

Inoltre, poiché il patto commissorio trova applicazione anche nell'ipotesi in cui il trasferimento sia operato da un terzo, se il fondamento del divieto fosse esclusivamente la tutela del debitore quale parte debole del rapporto, non potrebbe ammettersi la validità⁶⁰ del patto commissorio ad opera di ter-

⁵⁵ V. Lojacono, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, cit., 32.

⁵⁶ Sul patto marciano v., per tutti, N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, cit., 47 ss. Per una recente ricognizione v. C. De Menech, *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, in *I Contratti*, 8-9/2015, 823 ss.

⁵⁷ Cfr. Cass., 21 gennaio 2005, n. 1273, in *Giust. civ.*, 2006, I, 177 ss., spec. 180.

⁵⁸ Cfr. C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, cit., 204 ss., 208 ss.; C. Varrone, *Il trasferimento*, cit., 51 ss.

⁵⁹ Cfr. Cass., Sez. Un., 3 aprile 1989, n. 1611.

⁶⁰ Cfr., sul punto, L. Guglielmino, *Delle obbligazioni e dei contratti*, in L. Genghini (a cura di), *Manuale notarile*, Roma, 2014, 336.

zi, ammesso pacificamente dal nostro ordinamento ⁶¹.

Un'altra opinione individua, invece, il fondamento dell'istituto nella garanzia della *par condicio creditorum* ⁶². Nello specifico, la previsione del patto realizzerebbe il soddisfacimento preferenziale di un solo creditore, al di fuori delle cause legittime di prelazione e con pregiudizio degli altri. Questa tesi pone in evidenza la necessità di protezione delle ragioni degli altri creditori sul patrimonio del debitore: patrimonio che costituisce la garanzia comune ex art. 2740 c.c. Il creditore garantito dal patto commissorio sarebbe titolare, infatti, di una inammissibile prelazione atipica. Invero, l'attribuzione definitiva ed esclusiva del bene oggetto di pegno o di ipoteca ad un solo creditore potrebbe, nel caso in cui il valore della *res* superi l'ammontare del credito, frodare l'interesse degli altri creditori a rivalersi in via sussidiaria sull'eccedenza. Onde, verrebbe a determinarsi una causa di prelazione diversa da quelle normativamente previste dal codice. A ben vedere, però, il fondamento del divieto sarebbe rappresentato qui dalla violazione delle ragioni dei creditori; il che si scontra con la funzione svolta dal patto commissorio. Ed infatti, posto che tale istituto viene inquadrato nell'ambito dei contratti di garanzia, scopo della previsione dovrebbe essere quello di porre il singolo creditore in una posizione peggio nel soddisfacimento delle proprie ragioni rispetto agli altri creditori concorrenti, atteso che la funzione di garanzia consiste proprio nell'attuare tale rafforzamento ⁶³. Inoltre, non appare chiaro perché la sanzione di cui all'art. 2744 c.c. sia quella della nullità, se poi l'ordinamento prevede, quale rimedio generale per gli atti del debitore pregiudizievoli alle ragioni dei creditori, quello dell'inefficacia relativa di tali atti a seguito dell'accoglimento dell'azione revocatoria di cui all'art. 2901 c.c. ⁶⁴.

⁶¹ G. Pagliai, *Anche le alienazioni compiute da terze persone raggiungono il risultato vietato dal legislatore*, in *Guida al diritto*, 2008, 74 ss.

⁶² A tal riguardo, v. F. Carnelutti, *Mutuo pignoratizio e vendita con clausola di riscatto*, cit., 159; F. Talassano, *Divieto di patto commissorio*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, III, 368; G. Stolfi, *Promessa di vendita e patto commissorio*, in *Foro pad.*, 1957, I, 767; V. Andrioli, *Divieto del patto commissorio*, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja – G. Branca, artt. 2740–2899, II ed., Bologna–Roma, 1955, 53; T. Mancini, *Vendita con patto di riscatto e nullità ex art. 2744 codice civile*, in *Foro it.*, 1966, I, 1118; L. Barbiera, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971, 259 ss., spec. 263.

⁶³ A. Sassi, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., 227.

⁶⁴ C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, cit., 214.

Altra parte della dottrina, ancora, pone in rilievo la tutela di interessi generali. Si sostiene, in particolare, che la *ratio* del divieto del patto commissorio debba essere individuata nel principio di ordine pubblico che attribuisce esclusivamente allo Stato la realizzazione coattiva dei diritti del creditore, mediante le procedure di esecuzione forzata, con l'esclusione pertanto di ogni forma di autosoddisfacimento del creditore stesso⁶⁵. La realizzazione coattiva dei crediti, quindi, sarebbe assicurata, ai sensi della legge, nelle sole forme dell'esecuzione forzata dall'autorità giudiziaria e dagli organi pubblici che la coadiuvano; viceversa, sarebbero vietate quelle forme di tutela (come il patto commissorio) che farebbero venire meno le garanzie processualmente previste a tutela del debitore e dei creditori concorrenti. Più in generale, la stessa dottrina ha evidenziato che l'ordinamento conosce una sorta di ostilità verso tutte quelle forme di autotutela diverse dai tipi legalmente autorizzati e, in particolare, verso l'assoggettamento convenzionale del debitore al potere del creditore di conseguire direttamente con la propria azione il bene dovuto, senza ricorrere agli organi giurisdizionali, come nel caso del patto commissorio, vietato appunto (e si tratta di un divieto sancito da una norma imperativa) per evitare che il creditore possa soddisfarsi d'autorità, commettendo abusi o speculando in danno di un altro soggetto, sia pure consenziente⁶⁶. In realtà, la stessa dottrina, non solo ha riconosciuto che l'autotutela esecutiva consensuale è ufficialmente ammessa dal nostro ordinamento (nelle forme della compensazione volontaria, della cessione dei beni e dell'anticresi), ma ha anche ammesso la possibilità di un'interpretazione estensiva delle ipotesi eccezionali in cui all'interessato è consentito provvedere direttamente alla propria difesa privata, in virtù delle esigenze connesse alla progressiva evoluzione dei rapporti sociali e commerciali: come avviene per i finanziamenti concessi dagli istituti di credito, per i quali è necessario apprestare mezzi che assicurino al creditore la realizzazione delle proprie pretese per via di autotutela consensuale⁶⁷. A tale circostanza, va ag-

⁶⁵ In tal senso *cf.* E. Betti, *Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, 689 ss., G. Bongiorno, *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984, 98; U. Miele, *Sul patto commissorio immobiliare*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, II, 65 ss.; Id., *Distinzione fra negozio fiduciario e negozio simulato*, cit., 267; M. Fragali, *Del mutuo*, cit., 254;

⁶⁶ G. Bongiorno, *L'autotutela esecutiva*, cit., 98.

⁶⁷ G. Obero, *Vendita con patto di riscatto, divieto del patto commissorio e contratto di lease-back*, in *Quadrim.*, 1984, 357 ss.

giunta l'obiezione che il nostro ordinamento prevede già alcune forme di autotutela privata e, in particolare, agli artt. 1977 e ss. c.c., ove è disciplinato il contratto di cessione dei beni ai creditori, mediante il quale il debitore può conferire mandato irrevocabile ai creditori per la liquidazione di tutte o alcune delle sue attività, in modo che essi possano trarre dal ricavato la soddisfazione delle proprie ragioni, evitando così il ricorso agli organi dell'esecuzione⁶⁸.

Infine, occorre segnalare due ulteriori tesi emerse in dottrina, le quali non hanno trovato, però, adeguato riscontro e ciò a differenza delle opinioni precedentemente esposte.

Una prima tesi ravvisa il fondamento del patto commissorio nel divieto della creazione di garanzie reali atipiche⁶⁹. Conseguentemente, le uniche garanzie che possono trovare ingresso nel nostro ordinamento sono solamente quelle tipizzate dal legislatore.

Altri autori individuano, invece, la *ratio* del divieto nella vicinanza del patto commissorio all'usura⁷⁰. Tale tesi, ponendo in rilievo l'esigenza di prevenire la diffusione di convenzioni abusive, considera il patto commissorio come un danno per la collettività.

4. – Come si è anticipato, il legislatore del '42 ha previsto espressamente il divieto del patto commissorio in due disposizioni contenute nel codice civile agli articoli 2744 e 1963. D'altra parte, tali norme non esauriscono l'ambito applicativo del divieto. Ed infatti, la previsione di cui all'art. 2744 c.c. si riferisce, *stricto sensu*, al solo patto commissorio c.d. accessorio, ossia all'accordo tra debitore e creditore avente ad oggetto un bene già gravato da una garanzia reale tipica (pegno o ipoteca). A ben vedere, il legislatore non considera all'interno delle disposizioni citate la fattispecie del cosiddetto patto commissorio autonomo, in cui gli accordi non accedono ad alcuna forma tipica di garanzia, poiché previsti in relazione a beni non gravati da alcun vincolo. Precisamente, il patto commissorio autonomo può essere definito come un trasferimento di un bene "libero" dal debitore al creditore, sorto contestualmente o preesistente ad un rapporto obbligatorio tra le parti, e svincola-

⁶⁸C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, cit., 187 ss. In argomento v., pure, Cass., 8 luglio 2014, n. 15486, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 1, 62 ss., con nota di G. Buset; nonché, Cass., 18 marzo 2015, n. 5440, in *CED Cassazione*.

⁶⁹F. Carnelutti, *Mutuo pignoratizio e vendita con clausola di riscatto*, cit., 159.

⁷⁰C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, cit., 216 ss.

to da una costituzione di pegno o ipoteca⁷¹. Beninteso, tale trasferimento è subordinato alle vicende dell'obbligazione: in caso di adempimento l'acquisto si risolve; viceversa, nel caso in cui si verifichi l'inadempimento, l'acquisto si perfeziona. Il predetto accordo presenta struttura e presupposti assai variabili che non consentono di dare una collocazione precisa, al punto che dottrina e giurisprudenza sembrano non ammettere la figura del patto commissorio autonomo⁷². In particolare, la giurisprudenza si è costantemente espressa per la nullità di tale convenzione, a ragione del fatto che la stessa realizzerebbero la medesima funzione giuridica ed economica del patto commissorio c.d. accessorio che si applica al pegno o all'ipoteca⁷³. Da questo deriva che le ragioni del patto commissorio assurgono a rilievi di carattere generale, ugualmente sussistenti sia in caso di patto commissorio accessorio ad una garanzia reale, sia in tutti i casi in cui sorga un accordo che, lungi dall'accedere ad una garanzia tipica, rappresenti l'unica forma di garanzia ravvisabile. Pertanto, potendo prodursi anche nel patto commissorio autonomo gli stessi rischi riscontrabili in quello accessorio, le disposizioni che vietano il patto commissorio appaiono piuttosto norme che vietano la finalità commissoria ed in quanto tali applicabili anche al patto commissorio autonomo. Tale assunto trova conferma altresì nella stessa formula legislativa in forza della quale la convenzione in esame è strutturata come figura indipendente, poiché non realizza in alcun modo il contenuto dei negozi di garanzia e, in ogni caso, non si avvale dei loro effetti. Ed infatti, verificatosi l'inadempimento, il creditore potrà opporre agli altri creditori o ai terzi che vantino diritti sul bene non già un diritto di garanzia, ma un diritto di proprietà che trova il proprio fondamento esclusivamente nell'accordo commissorio.

Evidenziata la fattispecie del patto commissorio autonomo, va chiarito se la portata dell'art. 2744 c.c. vada individuata in senso meramente formale, e quindi concerna le sole garanzie reali tipiche⁷⁴, oppure se vada privilegiata la

⁷¹ In tal senso, v. F. Gliotti, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Napoli, 1998, 181.

⁷² C.M. Bianca, *Patto commissorio*, cit., 715. Contra F. Gliotti, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, cit., 181 ss.

⁷³ La giurisprudenza di legittimità ha sempre ritenuto l'interpretazione del divieto del patto commissorio – estesa oltre i limiti letterali di cui all'art. 2744 c.c. – come un principio non problematico e, generalmente, non bisognevole di particolare dimostrazione. Al riguardo, *cf.* Cass., 4 agosto 1950, n. 2373, in *Giur. it.*, 1951, I, cc. 114 ss.; Cass., 31 marzo 1955, n. 956, in *Rep. Foro it.*, 1955, voce "patto commissorio", nn. 1-2; Cass., 30 luglio 1957, n. 3229, in *Mass. Foro it.*, 1957, cc. 631.

⁷⁴ In tal senso, v. M. Iacuniello Bruggi, *Patto commissorio*, in *Enc. giur.*, 1990, Roma, 1 ss.;

lettura “sostanzialistico-funzionale” della norma per includere fattispecie ulteriori e diverse rispetto a quelle letteralmente contemplate⁷⁵. L’adesione alla concezione funzionale implica la concezione del divieto di patto commissorio come un principio generale dell’ordinamento, volto a sanzionare un determinato risultato, prescindendo dalle modalità concrete del suo raggiungimento. In tale ottica, è stato ritenuto che il divieto sia applicabile anche alle ipotesi di trasferimenti di proprietà di beni gravati da un privilegio speciale, di carattere legale o convenzionale, essendo parimenti ravvisabile la finalità commissoria⁷⁶. Anche l’opinione intorno alla configurabilità di un patto commissorio solo «obbligatorio» si è imposta, attesa la possibilità di conseguire l’effetto reale mediante esecuzione forzata in forma specifica dell’obbligo a contrarre, la quale produrrebbe così il risultato vietato⁷⁷.

L’art. 2744 cod. civ. viene interpretato, in definitiva, come norma materiale in forza della quale risulta colpito da nullità non solo il patto ivi descritto ma qualunque tipo di convenzione stipulata tra debitore e creditore che miri al raggiungimento del risultato vietato dal legislatore: ossia che il trasferimento della proprietà di un bene avvenga per perseguire la finalità di garanzia di un credito. Di recente, la giurisprudenza di legittimità ha chiarito l’ambito di applicazione del divieto: “*il divieto del patto commissorio si estende a qualsiasi negozio che venga impiegato per conseguire un risultato concreto, vietato dall’ordinamento, della illecita coercizione del debitore a sottostare alla volontà del creditore, accettando preventivamente il trasferimento della proprietà di un suo bene quale conseguenza della mancata estinzione di un suo debito*”⁷⁸.

A. Butera, *Patto commissorio e mutuo semplice*, in *Foro it.*, 1943, I, 410.

⁷⁵ A tal riguardo cfr. M. Sesta, *Le garanzie atipiche*, cit., 22 ss.; F. Realmonte, *Le garanzie immobiliari*, in *Jus*, 1986, 16 ss.

⁷⁶ V. Andrioli, *Divieto del patto commissorio*, cit., 54 ss.; U. Miele, *Sul patto commissorio immobiliare*, cit., 65 ss. Al medesimo esito è approdata anche la giurisprudenza prevalente: in tal senso, cfr. Cass. 4262/2013; Cass. 1096/2013; Cass. 22314/2013; Cass. 5740/2011; Cass. 437/2009; Cass. 1675/2012; Cass. 12462/2013.

⁷⁷ Cfr., sul punto, M. Martino, *Le Sezioni Unite sui rapporti tra divieto del patto commissorio e ordine pubblico internazionale*, in *Giur. comm.*, Milano, fasc. 3/2012, 684 ss.

⁷⁸ Cfr. Corte di Cassazione Civile, sez. II., sentenza del 30/9/2013, n. 22314 in *www.diritto.it*; Cass., sez. II, 3 febbraio 2012, n. 1675, in *I contratti*, 12/2012, 1023 ss., con commento di G. Tarantino, *Patto commissorio, alienazioni in garanzia ed autonomia privata: alla ricerca di un difficile equilibrio*; Cass., 12 gennaio 2009, n. 437, *ivi*, 2009, 803; Cass., 2 febbraio 2006, n. 2285, in *Giust. civ.*, 2007, I, 770, ed in *Obbl. e Contr.*, 2006, 549 ss., con nota di G.

La questione sull'ambito di applicazione del divieto si è posta di frequente nella prassi con riferimento alle c.d. alienazioni a scopo di garanzia. In queste ultime l'alienante-debitore e l'acquirente-creditore convengono che il trasferimento della proprietà del bene oggetto del contratto si produca definitivamente solo nel caso in cui il debitore risulti inadempiente rispetto ad un pregresso rapporto obbligatorio. L'accordo così concluso dalle parti si presenta, rispetto a quello previsto all'art. 2744 c.c., come autonomo e non accessorio, nel senso che il bene che ne costituisce l'oggetto non risulta vincolato da alcuna garanzia, né reale né personale. In sostanza, nelle alienazioni in garanzia lo schema tipico della vendita viene utilizzato per perseguire lo scopo di garantire una data obbligazione, in quanto l'effetto traslativo – che gli è proprio – è subordinato all'inadempimento del debitore-alienante⁷⁹.

Come si è accennato, in una prima fase, la giurisprudenza di legittimità tendeva a distinguere tra due tipologie di accordi: quelli sospensivamente condizionati, in cui la proprietà del bene si trasferisce in capo al creditore solo a seguito dell'inadempimento, e quelli risolutivamente condizionati, in cui l'effetto traslativo si produce immediatamente, al momento della conclusione dell'accordo, ma l'acquisto si consolida in capo al creditore solo in caso di inadempimento (ovvero si risolve in caso di adempimento). Sicché, la giurisprudenza riteneva nulli, in base al combinato disposto degli artt. 1418 e 2744 c.c., soltanto gli accordi sospensivamente condizionati, poiché il trasferimento della proprietà non si produce immediatamente, ma è subordinato al mancato adempimento da parte del creditore alienante. Invero, la giurisprudenza qualificava tale tipologia di alienazioni come negozi in frode alla legge, ovvero negozi con causa illecita, verificandosi un'alterazione della causa tipica della compravendita (scambio di cosa contro prezzo) o, ancora, negozi perseguiti interessi non meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento *ex art. 1322 c.c.*⁸⁰.

Orbene, tale posizione è stata totalmente ribaltata sulla base di una lettura in chiave sostanzialistica dell'art. 2744 c.c. In particolare, il *revirement* del tra-

Gennari.

⁷⁹ In argomento, *cf.* M. Costanza, *Sulle alienazioni in garanzia e il divieto del patto commissorio*, cit., 1824; M. Rosnati, *Alienazioni in garanzia e patto commissorio*, cit., c. 1698.

⁸⁰ In tal senso *cf.* F. Carnelutti, *Mutuo pignoratizio e vendita con clausola di riscatto*, cit. II, 156; G. Ingrassia, *La efficacia del divieto del patto commissorio*, cit., 441; G. Pugliese, *Nullità del patto commissorio e vendita con patto di riscatto*, cit., 156.; U. Carnevali, *Patto commissorio*, cit., 502; V. Lojacono, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, cit., 105 ss.

dizionale orientamento sopra esposto è avvenuto ad opera dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con sentenza del 3 giugno 1983, n. 3800 che ha trovato conferma nella successiva Cass., Sez. Un., 3 aprile 1989, n. 1611 a cui si è sostanzialmente conformata la giurisprudenza successiva⁸¹. Con queste pronunce, la Suprema Corte ha puntualizzato che tanto le alienazioni sospensivamente condizionate quanto quelle risolutivamente condizionate risultano idonee a violare il fine sancito dal divieto di patto commissorio: precludere il trasferimento della proprietà di un bene con lo scopo di garantire una data obbligazione, e ciò a prescindere dal mero dato formale che fa leva sull'immediatezza del trasferimento della proprietà. Ne consegue che l'art. 2744 costituisce un principio generale dell'ordinamento e, in particolare, della materia delle garanzie del credito. Tale principio mira a reprimere il raggiungimento di un dato risultato a prescindere dallo schema contrattuale e formale di cui le parti si avvalgono. In altri termini, detta norma esprime un divieto di risultato, sicché protegge il debitore da illecite coercizioni del creditore, assicurando al contempo la garanzia della *par condicio creditorum*. È tale risultato che giustifica, infatti, il divieto di legge e non già i mezzi impiegati: «con la conseguenza che, ove, sulla base della corretta qualificazione della fattispecie, il versamento del denaro non costituisca il pagamento del prezzo, ma l'esecuzione di un mutuo e il trasferimento del bene non integri l'attribuzione al compratore, bensì l'atto costitutivo di una posizione di garanzia innegabilmente provvisoria, manca la funzione di scambio tipica del contratto di compravendita e si realizza proprio il negozio vietato dalla legge»⁸².

Occorre adesso rilevare che alla crescente estensione di formazione giurisprudenziale di tale divieto ha corrisposto una velata preoccupazione da parte del legislatore che — anche in virtù degli apporti della normativa sovranazio-

⁸¹ A tal riguardo v. G. Azzariti, *Principi innovativi sul patto commissorio*, cit., 2953; M. Danusso, *Patto commissorio e vendita a scopo di garanzia*, cit., c. 1648; M. Rosnati, *Alienazioni in garanzia e patto commissorio*, cit., c. 1698; P. Carbone, *Nullità. Rilevabilità d'ufficio. Vendita. Patto di riscatto. Divieto del patto commissorio*, cit., 348; M. G. Cubeddu, *Patto commissorio e vendita con patto di riscatto: la risposta delle Sezioni Unite*, cit., 615 ss.; A. Luminoso, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, cit., 219 ss.; V. Mariconda, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, cit., c. 1428; F. Realmonte, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, nota a Cass., ss.uu., 3 aprile 1989, n. 1611, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1440 ss.

⁸² Cfr. Cass., sez. II, 3 febbraio 2012, n. 1675, cit., 1025; analogamente, Cass., sez. II, 8 febbraio 2007, n. 2725; Cass., sez. II, 12 gennaio 2009, n. 437; Cass., sez. II, 10 marzo 2011, n. 5740.

nale — ha cercato di circoscriverne l'ambito applicativo⁸³. In tal senso, la direttiva n. 2002/47/Ce in materia di contratti di garanzia finanziaria⁸⁴ (attuata nel nostro ordinamento in virtù del d. lgs. 21 maggio 2004 n. 170), ha espressamente escluso l'applicabilità dell'art. 2744 c.c. ai contratti finanziari che prevedano il trasferimento della proprietà di attività finanziarie con funzione di garanzia, ove volti a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie, allorché le parti contraenti rientrino nelle categorie tassativamente elencate (autorità pubbliche, banche centrali, enti finanziari soggetti a vigilanza prudenziale, controparti centrali, agenti di regolamento o stanze di compensazione)⁸⁵.

Tale approccio ha alimentato, peraltro, la tesi incline a ritenere sostanzialmente superata la posizione di chi vedeva nel divieto del patto commissorio una tendenziale inderogabilità delle procedure giudiziali esecutive⁸⁶. Dalla disposizione in esame derivava *«un orientamento ostile all'assoggettamento del debitore a poteri di autotutela satisfattoria: ciò che si vuole evitare non è tanto la possibilità di un arricchimento ingiusto che risulterebbe dal patto nella eventuale sproporzione fra garanzia e credito (giacché allora basterebbe, ad escludere il divieto, che il creditore si obbligasse al rendiconto, mentre ciò non basta), quanto piuttosto la stessa possibilità di un auto-soddisfacimento da parte del creditore. 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 giunga 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*

⁸³ Si vedano le considerazioni di M. Albanese, *Brevi note in tema di patto commissorio, procura a vendere e autonomia privata ovvero la fattispecie e i suoi confini*, in *Giur. it.*, 2012, 570.

⁸⁴ In generale, sulle garanzie finanziarie, cfr. A.V. Guccione, *I contratti di garanzia finanziaria*, Milano, 2008; nonché V. Agnese, *I contratti di garanzia finanziaria nel diritto civile*, Torino, 2009.

⁸⁵ A tal riguardo, è opportuno precisare che, ai sensi dell'art. 1 del d. lgs. n. 170/2004, vengono ricompresi sia il contratto di pronti contro termine, sia qualunque altro contratto di garanzia reale avente ad oggetto attività finanziarie e volto a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie allorché le parti contraenti rientrino nelle summenzionate categorie.

⁸⁶ Testualmente G. Tarantino, *Patto commissorio, alienazioni in garanzia ed autonomia privata: alla ricerca di un difficile equilibrio*, cit., 1031. In senso conforme al testo, F. De Murino, *L'autotutela nell'escussione della garanzia finanziaria pignorativa*, Milano, 2011.

*all'autorità esecutiva del creditore»*⁸⁷.

In senso opposto si colloca, invece, la riforma apportata dal d.l. 3 maggio 2016 n. 59, la quale ha introdotto uno schema, di portata generalizzata, di autotutela esecutiva, onde agevolare il recupero del credito ad opera dello stesso creditore (v. *infra*).

5. – Si è detto che il divieto del patto commissorio nel nostro ordinamento è frutto di una riproduzione dalla tradizione legislativa francese⁸⁸. In effetti, il *Code civil* – prima della riforma del 2006 di cui si parlerà appresso – prevedeva il divieto del patto agli articoli 2078, per i beni oggetto di pegno, e all'art. 2088, in tema di anticresi; mentre, l'art. 742 del *Code de procédure civile* afferma la nullità di ogni clausola pattizia che miri a derogare alle formalità prescritte per le procedure esecutive immobiliari.

L'ordinamento francese prevede, peraltro, una serie cospicua di norme volte a disciplinare e tutelare i trasferimenti a scopo di garanzia. In tale ottica, si ricordano il *leasing* finanziario o *credit-bail*⁸⁹, che viene disciplinato da una serie di norme applicabili anche al *lease back* finanziario, e la *cession-bail*⁹⁰.

In particolare, per quanto concerne i trasferimenti aventi ad oggetto crediti, viene in rilievo la *loi Dailly* del 2 gennaio 1981, emanata per facilitare la costituzione in pegno o la cessione in garanzia dei crediti a favore degli istituti di credito, che abbiano finanziato un esercente commerciale o una persona giuridica. In pratica, il soggetto cedente può tenere continuamente aperta una propria linea di credito, garantita dalla titolarità di diritti ceduti a favore del finanziatore. Al riguardo, sono state espresse perplessità in ordine alla liceità di tale normativa in quanto assimilabile al divieto di patto commissorio⁹¹. La giurisprudenza, in una prima fase, riteneva valide tali operazioni in quanto compatibili con il divieto di cui all'art. 2078 *code civil*; successivamente, invece, le

⁸⁷ E. Betti, *Sugli oneri e sui limiti dell'autonomia privata in tema di garanzie e di modificazioni delle obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, 699, ripreso da F. De Murino, *L'autotutela nell'escussione*, cit., 59.

⁸⁸ In argomento, v. M. Bussani, *Il problema del patto commissorio*, cit., 98 ss.

⁸⁹ *Cfr.*, in proposito, G. Parleani, *Le contract de lease-back*, in *Rev. Trim. Dr. Comm.*, 1973, 693 ss.

⁹⁰ Sebbene la giurisprudenza non si sia occupata della compatibilità degli istituti anzidetti con il patto commissorio, la dottrina sembra ammettere la liceità di tali figure contrattuali. In tal senso, *cfr.* C. Wits, *Le fiducie en droit privé français*, Parigi, 1981, 149 ss.

⁹¹ G. Marty, *Droit civil. Les suretes – La publicité foncière*, Parigi, 1987, 69.

pronunce sulla validità delle prefate cessioni si sono rivelate più accorte.

Va considerato che nel sistema francese – al pari del nostro ordinamento – l'ambito di applicazione del divieto in esame non risultava del tutto precisato, poiché mancava una norma esplicita di riferimento che potesse inquadrare nel dettaglio l'istituto *de quo*. Viceversa, erano presenti diverse disposizioni riferibili al divieto: *le cautionnement*, *le depot de garantie*, *le nantissement en argent*, che la dottrina più o meno recente⁹² e la giurisprudenza⁹³ consideravano alla stregua di un pegno di somme di denaro o *gage-espèces*⁹⁴.

Nondimeno, già a partire dagli anni sessanta, la legislazione francese ha permesso l'inserimento nel proprio ordinamento di una serie di forme di proprietà-garanzia, come il summenzionato *credit-bail*, anche grazie al sostegno di una giurisprudenza favorevole alla cessione dei crediti in garanzia ed alla costituzione in pegno di denaro con immediato passaggio della proprietà al creditore.

La crisi del divieto ha condotto, da ultimo, alla riforma delle *sûretés* del 2006 (ord. 23.3.2006, n. 346), che ha abrogato la comminatoria di nullità del patto commissorio prevista dal *Code Civil* agli art. 2078 e 2088, con la conseguente positivizzazione di precise figure negoziali tipiche, ritenute valide dall'ordinamento francese⁹⁵. Secondo la nuova disciplina, infatti, può convenirsi che il cre-

⁹² L. Guilloard, *Traité de nantissement et du droit de retention*, Parigi, 1895, 28; F. Chabas, *Leçons de droit civil*, III, Parigi, 1988, 86.

⁹³ Cass. comm., 29 marzo 1989, in *D.*, 1989, 457; Cass. civ., 20 novembre 1989, in *J. C. P.*, 1990, 21590.

⁹⁴ Tale convenzione viene inquadrata più specificatamente come un pegno avente come effetto quello di rendere proprietario della somma di denaro il creditore, vincolando quest'ultimo alla restituzione della somma, nel caso in cui venga adempiuta l'obbligazione oggetto della garanzia. In un primo momento, la giurisprudenza francese, applicando la disciplina della compensazione, riteneva lecita tale pratica commerciale, non prefigurando l'ipotesi del divieto del patto commissorio. Successivamente, la Corte d'Appello di Parigi (App. Paris, 4 maggio 1992, in *Bull. Joly*, 1993, 861) si è posta l'interrogativo se tale fattispecie potesse determinare la finalità commissoria di cui all'art. 2078, mantenendo identica regola operativa. Sul punto, i giudici francesi hanno chiarito che, anche se le parti considerino l'alienazione del bene dato in pegno sotto forma di compensazione, quest'ultima può ben integrare il divieto del patto commissorio; conseguentemente, è stato puntualizzato che anche un accordo di compensazione può essere qualificato come accordo commissorio di cui all'art. 2078. Tale decisione è stata poi confermata dalla Corte di Cassazione (Cass. com., 9 aprile 1996, in *D.*, 1996, 399) che ha rigettato il ricorso, avallando gli argomenti del giudice territoriale; trovando altresì riscontro in successive pronunce dello stesso organo giurisdizionale.

⁹⁵ Nello specifico, la «fiducia» è divenuta in Francia un negozio tipico, definito come l'operazione per la quale uno o più costituenti trasferiscono dei beni, presenti o futuri, ad uno o più fi-

ditore pignoratizio diventi proprietario del bene dato in pegno in caso di inadempimento, ma il credito deve essere soddisfatto conteggiando il valore del bene accertato al momento del trasferimento al creditore⁹⁶. La valutazione deve essere effettuata da periti designati concordemente dalle parti o nominati dal giudice, salvo che si tratti di beni quotati ufficialmente. Nel caso, l'eccedenza deve essere versata al debitore o ad altri eventuali creditori pignoratizi.

Come può facilmente cogliersi, in realtà, è stato codificato il tradizionale riconoscimento della validità del patto marciano⁹⁷ (v. *infra*). Semmai, uno speciale rilievo assume il patto che ha per oggetto la residenza principale del debitore, per il quale è prevista la nullità (arg. ex art. 2459 *code civil*). Analogamente è disposto nell'ambito del *code de la consommation* (l. n. 93.949 del 26 luglio 1993) in tema di pegno costituito a garanzia di un mutuo (arg. ex art. 37 della citata ordinanza del 2006).

Con riguardo alla disciplina del patto commissorio in Germania, invece, il

ducari, che li tengono separati dal proprio patrimonio agendo per uno scopo determinato a vantaggio di uno o più beneficiari (art. 2011 *code civil*, come intr. dalla l. n. 2007-211 del 19 febbraio 2007). Cfr., in tema, F. Barrière, *La fiducie. Commentaire de la loi n. 2007-211 du 19 février 2007*, in *Il trustee nella gestione dei patrimoni*, a cura di D. Zanchi, Torino, 2009, 828. Va soggiunto che la *fiducie*, riservata in un primo momento alle persone giuridiche (banche), è stata poi resa utilizzabile anche da parte delle persone fisiche (avvocati) ex art. 2014 *code civil*, come intr. dall'ord. n. 2009-112 del 30 gennaio 2009, con la previsione di un registro nazionale delle fiducie (art. 2020 *code civil*, nuovo testo). Su quest'ultimo intervento riferisce G. Notté, *Ordonnance n. 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie*, in *Semaine juridique*, 2009, 12. Merita, infine, un cenno l'impiego della fiducia a scopo di garanzia (c.d. *fiducie sûreté*); al riguardo, è stabilito che in caso di inadempimento da parte del costituente il fiduciario deve restituire la differenza tra il credito garantito ed il valore dei beni oggetto della fiducia, valutati da periti (artt. 2372, c. 3, 2372, c. 4, *code civil*, come intr. dall'ord. 2009-112). Cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile*, vol. 7, Milano, 2012, 260; G. D'Amico, *Alienazioni a scopo di garanzia*, cit., 600. V. pure Le Corre, in *Recueil Dalloz*, 2009, 882.

⁹⁶ Cfr., sul punto, C.M. Bianca, *Diritto civile*, cit., 277.

⁹⁷ Cfr., in argomento, S. Hébert, *Le pacte commissaire après l'ordonnance du 23 mars 2006*, in *Recueil Dalloz* 2007, 2052, secondo la quale il legislatore francese ha inteso restituire alle garanzie reali tradizionali le loro perdute attrattive senza sacrificare gli interessi del debitore. Per la verità, le norme richiamate danno cittadinanza all'«alienazione in garanzia», facendo definitivamente venir meno le obiezioni di ordine dogmatico che hanno sbarrato la strada, specie in passato, a questo tipo di convenzioni.

BGB afferma il divieto del patto agli articoli 1149⁹⁸ e 1229⁹⁹. Segnatamente, la prima disposizione concerne il divieto del patto sui beni ipotecati e deve essere letta alla luce dell'art. 134 BGB, che dispone la nullità di qualsiasi negozio giuridico che urti contro un divieto imposto dalla legge, salvo che legge non disponga diversamente¹⁰⁰.

Per quanto concerne la *ratio* del divieto, è stato osservato che la stessa rappresenta uno degli anelli di unione fra il diritto tedesco attuale e la tradizione dei diritti particolari, e che trovi il proprio fondamento sul carattere usurario della pattuizione, stante la sua incompatibilità con l'ipoteca¹⁰¹.

In realtà, più che porre in rilievo la natura usuraia o meno della pattuizione, occorre soffermarsi sull'inammissibilità dell'assunzione di un obbligo riguardante un trasferimento immobiliare condizionato. Tale assunto risulta confermato, in primo luogo, dalla impossibilità, secondo il diritto tedesco, di apporre condizioni o termini ai trasferimenti di immobili; in secondo luogo, un simile trasferimento risulterebbe contrario all'art. 1147 BGB, a tenore del quale il soddisfacimento del creditore sui beni ipotecati può avere luogo solo attraverso l'esecuzione forzata. Sicché, sono nulli tutti gli accordi che attribuiscono al creditore il diritto ad una vendita stragiudiziale, valendo il principio per cui solo il procedimento predisposto dalla legge può garantire un equilibrio dei diritti di creditore e debitore¹⁰².

Per quanto riguarda il pegno, invece, viene in rilievo il citato art. 1229 BGB, il quale prevede espressamente la nullità di un accordo con cui si stabilisca che al creditore pignoratizio, nel caso in cui questi non venga soddisfatto (o puntualmente soddisfatto), spetti la proprietà sul bene oggetto del pegno o che questa gli debba essere trasferita, sempre che siffatto accordo venga stipulato prima che il creditore sia legittimato alla vendita del bene. Dalla lettura della norma, si evince che essa disciplina un accordo volto a generare due situa-

⁹⁸ Art. 1149 BGB: *“Il proprietario non può, fintanto che il credito non è in suo confronto scaduto, accordare al creditore il diritto di pretendere, per essere soddisfatto, il trasferimento della proprietà del fondo o di promuovere l'alienazione del fondo per altra via che per quella dell'esecuzione forzata.”*

⁹⁹ Art. 1229 BGB: *“Un patto stipulato prima che si verifichi il diritto di vendita, per cui al creditore pignoratizio, qualora non venga soddisfatto, o non lo sia a tempo debito, debba devolversi o essere trasferita la proprietà della cosa, è nullo.”*

¹⁰⁰ R. Sacco, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* a cura di R. Sacco, Torino, 1993, 546 ss.

¹⁰¹ Vedasi *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3. Aufl., Monaco, 1997, sub art. 1149, RdNr.

¹⁰² M. Bussani, *Il problema del patto commissorio*, cit., 151 ss.

zioni giuridiche, tra loro alternative, in capo al creditore pignoratizio: *in primis*, il diritto di acquistare automaticamente la proprietà in ordine al bene oggetto del pegno; *in secundis*, il diritto di pretendere che il debitore gli trasferisca la proprietà del bene stesso. Tali situazioni vengono in essere al momento in cui vi è la scadenza dell'obbligazione garantita e si verifica l'inadempimento di quest'ultima.

Affinché si verifichi la fattispecie di cui all'art. 1229 BGB deve ricorrere, dunque, l'inadempimento da parte del datore del pegno, alla scadenza dell'obbligazione garantita e, per l'effetto, la non soddisfazione del creditore pignoratizio: da qualificarsi, pertanto, quale elemento accidentale della struttura del patto commissorio. La norma in commento prevede altresì che l'accordo commissorio debba essere posto in essere necessariamente prima della scadenza del debito garantito, quando anche si trattasse semplicemente di una scadenza parziale¹⁰³. Inoltre, anche la nullità descritta dall'art. 1129 BGB risulta riconducibile, come per i beni oggetto di ipoteca, a quella di cui all'art. 134 BGB, che prevede la nullità di un negozio giuridico quando questo violi la legge, fatte salve le ipotesi espressamente previste dall'ordinamento.

Meritano un cenno, infine, i sistemi di *common law*, che non conoscono il divieto in esame¹⁰⁴; anzi, accordano notoriamente ampio spazio operativo ad un istituto che, tra le molteplici funzioni, annovera anche quella di costituire uno strumento utilizzabile per la costituzione di una «garanzia»: il *trust*. Le ragioni del ricorso al *trust* ai fini di garanzia risiedono essenzialmente – come sovente si sottolinea – nell'esigenza, particolarmente avvertita dagli operatori economici, di costituire garanzie del credito «che non debbano sottostare ad eccessivi formalismi e, soprattutto, che consentano al creditore, in caso di inadempimento, l'escussione senza dover passare per una procedura esecutiva»¹⁰⁵. Com'è agevole osservare, peraltro, si tratta di una delle ragioni che stanno generalmente, negli ordinamenti di *civil law*, alla base della scelta dei contraenti di porre in essere un patto commissorio. Va, tuttavia, notato che l'art. 15 della

¹⁰³ Cfr. V. J. Damrau, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 5. Auflage 2009, BGB, sub art. 1229, Rn. 3.

¹⁰⁴ Per l'osservazione secondo cui il divieto del patto commissorio è «privo di senso là ove si conosca e si pratici il *trust*» e che per questo motivo non ha mai attecchito nei paesi di *common law*, cfr. A. Candian, *Appunti dubbiosi sulla «ratio» del divieto del patto commissorio*, in *Foro it.*, 1999, I, c. 184.

¹⁰⁵ G. D'Amico, *Alienazioni a scopo di garanzia*, cit., 599.

Convenzione dell'Aia del 1° luglio 1985 sul riconoscimento del *trust* (recepita dal nostro ordinamento con la legge 16 ottobre 1989, n. 364) stabilisce che la Convenzione non costituisce ostacolo all'applicazione delle disposizioni della legge designata dalle norme del foro sul conflitto di leggi quando con un atto volontario non si possa derogare ad esse, in una serie di materie, tra le quali – alla lettera *d*) – viene menzionata la materia del «trasferimento della proprietà e delle garanzie reali». Dunque, è possibile che un «*trust* di garanzia» non riceva riconoscimento nel nostro ordinamento, poiché in contrasto con il divieto del patto commissorio.

6. – Nell'ambito delle vicende negoziali volte alla indiretta elusione del dettato normativo di cui all'art. 2744 c.c., vanno segnalate per importanza e diffusione le c.d. alienazioni a scopo di garanzia¹⁰⁶. Gli schemi contrattuali annoverati sono accomunati dal fatto di essere per lo più – secondo la qualificazione largamente prevalente – strumenti tipici, piegati dalle parti alla realizzazione di fini di garanzia del credito¹⁰⁷. Nel dettaglio, devono essere ricompresi tutti quei trasferimenti realizzati attraverso gli strumenti normativi predisposti dal codice civile, quali: la vendita con patto di riscatto o di retrovendendo (artt. 1500 ss. c.c.) o la vendita con riserva di proprietà (artt. 1523 ss. c.c.), oppure quei negozi considerati leciti, ma usati per aggirare il divieto del patto commissorio ogni qual volta la vendita del bene mascheri, in realtà, la volontà di attribuire il medesimo in maniera definitiva al creditore al solo verificarsi dell'inadempimento del debitore¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Per un'analisi di diritto comparato v. M. Bussani, *Il problema del patto commissorio*, Torino, 2000, *passim*; F. Fiorentini, *Le garanzie immobiliari in Europa. Studi di diritto comparato*, Napoli, 2009, *passim*; Id., *Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati europei*, in F. Preite – A. Gazzanti Pugliese di Cotrone, *Atti notarili. Diritto comunitario e internazionale*, vol. 4, Torino, 2011, 827 ss.

¹⁰⁷ In argomento, *cf.* A. Sassi, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999, 99 ss.; C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, 105 ss.; F. Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, spec. 303 ss.; N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, 88 ss.; U. La Porta, *Il problema della causa del contratto. La causa e il trasferimento dei diritti*, Torino, 2000, 146 ss.; R. De Nicolis, *Nuove garanzie personali e reali*, Padova, 1998, 20 ss.; M. Costanza, *Sulle alienazioni in garanzia e il divieto del patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 1989, I, 1824; M. Rosnati, *Alienazioni in garanzia e patto commissorio*, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 1698.

¹⁰⁸ Un simile effetto, a titolo esemplificativo, potrà essere realizzato mediante un contratto di

Invero, bisogna riconoscere che, nel nostro sistema, solo a fatica e con soluzione di discontinuità i trasferimenti a scopo di garanzia hanno potuto trovare spiragli di liceità. I nostri tribunali – seguendo un *trend* non sempre uniforme – sono stati piuttosto severi nel comminare la sanzione della nullità alle svariate figure giuridiche all'uopo utilizzate dalle parti, per lo più invocando la violazione del divieto del patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c.¹⁰⁹. Solo negli ultimi decenni, parte della dottrina e della giurisprudenza hanno assunto una posizione favorevole verso la cessione di diritti a scopo di garanzia¹¹⁰.

In linea di massima, sono state avanzate obiezioni di ordine dogmatico – sulla base di specifici dati di diritto positivo¹¹¹ – circa l'ammissibilità dei trasferimenti con funzione di garanzia nel nostro ordinamento¹¹² e, in particola-

compravendita di un bene in cui l'acquisto sia condizionato risolutivamente all'adempimento del venditore, o ancora nel caso in cui il riscatto del bene venduto sia subordinato, non tanto alla restituzione del prezzo o dei rimborsi, così come disposto dall'art. 1500 c.c., quanto piuttosto alla restituzione di una somma ricevuta a mutuo eludendo palesemente il divieto di cui all'art. 2744 c.c.. In questi casi, la funzione di garanzia si attuerebbe non mediante la costituzione di uno *ius praelationis* in capo al creditore tutelato, bensì mediante il trasferimento allo stesso creditore – a titolo temporaneo o provvisorio – del diritto pieno di proprietà.

¹⁰⁹ Cfr. F. Gigliotti, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Napoli, 1997, *passim*. Per converso, l'alienazione in garanzia ha avuto ampio e sicuro riconoscimento da parte della dottrina tedesca nel diciannovesimo secolo. Vedasi, tra gli altri, K.M. Hellwig, in *Archiv. civ. Praxis*, LXIV, 1881, 378; G.A. Leist, *Die Sicherung von Forderungen durch Uebereignung von Mobilien*, Jena, 1889; P. Oertmann, in *Deutsche Jur. Zeitung*, XVI, 1911, 1180; G. Boehmer, *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*, II, 2, Tübingen, 1952, 141; P. Bülow, *Recht der Kreditsicherheiten*, Heidelberg, 1993, 253.

¹¹⁰ Cfr. F. Macario, *Circolazione e cessione dei diritti in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 361.

¹¹¹ Basti pensare alla rigidità del sistema codicistico della responsabilità patrimoniale, fondato sui principi di inderogabilità della *par condicio creditorum* e della tipicità, ovvero al *numerus clausus* dei diritti reali di garanzia o, ancora, al divieto di usura.

¹¹² Nell'ordinamento tedesco, con riferimento alle garanzie mobiliari tipiche, si presentano, in linea di principio, gli stessi problemi che affliggono il sistema italiano. Il modello legale del pegno su cosa mobile e su crediti (§§ 1204–1258 BGB) – richiedendo per la nascita della garanzia, nel primo caso, lo spossessamento del debitore, al quale si accompagna un conseguente divieto di ricorrere al costituito possessorio nell'intento di evitare la formazione di garanzie occulte, e nel secondo caso la notificazione al debitore – si è rivelato di difficile utilizzazione nella prassi imprenditoriale. Per superare quest'*empasse*, l'autonomia privata, supportata da una tradizione che riconosce un marcato rilievo al diritto consuetudinario e giurisprudenziale, ha fatto ricorso a strumenti diversi da quelli tipici – quali la vendita di beni mobili con riserva di proprietà (§ 455 BGB) o il trasferimento in garanzia di crediti, o di beni mobili con costituito possessorio (§ 930

re, nel caso in cui si tratti di trasferimenti della proprietà¹¹³. In proposito, si è sostenuto che la causa di garanzia non sia sufficiente a “supportare” un trasferimento della proprietà¹¹⁴.

Sempre sul piano dogmatico, si è fatto leva, inoltre, sul principio del c.d. *numerus clausus* dei diritti reali e, precisamente, sulla impossibilità di concepire una proprietà che, in conseguenza del suo carattere (potenzialmente) temporaneo, comporti limitazioni di vario genere all'esercizio delle facoltà di godimento e di disposizione da parte del proprietario¹¹⁵. Eppure, la possibilità di apporre al negozio traslativo della proprietà di un bene una condizione risolutiva dovrebbe essere sufficiente a far riconoscere che è lo stesso legislatore ad avere ammesso una proprietà (per così dire condizionata), che non consente evidentemente al suo titolare il pieno esercizio delle facoltà che normalmente ineriscono al diritto dominicale. Da ciò ne deriva che il principio del *numerus clausus* non sarebbe nemmeno violato nelle fattispecie di alienazioni a scopo di garanzia.

Piuttosto, va evidenziato che al momento di inquadrare le alienazioni in garanzia quali modalità per eludere le pattuizioni commissorie, si è fatto ricorso a due differenti argomentazioni incentrate, rispettivamente, la prima sulla simulazione e la seconda sulla frode alla legge.

Più nel dettaglio, il ricorso alla simulazione derivava dal differente trattamento applicato alle alienazioni sospensivamente condizionate e alle alienazioni risolutivamente condizionate¹¹⁶, che venivano generalmente ammesse dalla giurisprudenza prima del *revirement* del 1983. In tali situazioni, infatti, le parti potevano stipulare una vendita risolutivamente condizionata ma che, in realtà, celava un'alienazione sospensivamente condizionata. La tecnica della simula-

BGB) – che nelle loro forme c.d. “prolungate” ed “ampliate” ottengono il risultato di costituire una garanzia reale atipica senza spossessamento, per la quale non si pongono problemi di validità alla luce del divieto del patto commissorio. A tal proposito, *cfr.* B. Cassandro Sulpasso, *La vendita con riserva di proprietà in diritto comparato*, in AA.VV., *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, Milano, 1991, 781 ss.

¹¹³ *Cfr.* F. Macario, *Circolazione e cessione dei diritti in funzione di garanzia*, cit., 361.

¹¹⁴ *Cfr.*, per l'impostazione classica evocata nel testo, la magistrale formulazione fornita da S. Pugliatti, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 298 ss.; Id., *Diritto civile. Metodo Teoria Pratica. Saggi*, Milano, 1951, 334 ss.; v. pure F. Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, *passim*.

¹¹⁵ C.M. Bianca, *Forme tipiche di vendita e violazione del divieto del patto commissorio nell'alienazione in garanzia ad effetto traslativo immediato*, in *Foro pad.*, 1961, I, c. 49.

¹¹⁶ Vedi paragrafo successivo.

zione appariva, dunque, uno strumento assai frequente e per certi versi inevitabile. Purtuttavia, a seguito della svolta giurisprudenziale suesposta (che ha parificato le due operazioni negoziali), è facile constatare come il ricorso alla simulazione abbia cessato di rappresentare un problema¹¹⁷. Quale che sia la patuizione, basterà infatti – dopo l'equiparazione suddetta – fare riferimento ai criteri di interpretazione del contratto. A tal proposito, si potrà ricorrere, ad esempio, alla sproporzione del prezzo, cioè al netto divario tra il valore del bene e l'oggetto dell'obbligazione.

Per quanto concerne, invece, la tematica della frode alla legge, risulta ancora controverso se le alienazioni in funzione di garanzia possano essere considerate un negozio in frode alla legge, rientrando nell'ambito operativo dell'art. 1344 cod. civ.¹¹⁸, oppure un semplice caso di contrarietà diretta alla legge, e come tale integrante gli estremi di cui all'art. 1343 cod. civ.¹¹⁹.

Per rispondere al superiore quesito, occorre analizzare le incertezze interpretative afferenti al tema del negozio in frode alla legge. Al riguardo, sono state proposte quattro teorie.

La prima è la teoria c.d. oggettiva, secondo cui è da considerarsi in frode alla legge quel contratto che persegua un risultato analogo, ma non identico, a quello vietato dalla legge¹²⁰. Per la verità, a tale tesi è stata mossa l'obiezione che non possono estendersi norme eccezionali a fattispecie diverse, benché analoghe a quelle previste dalla legge. Ed infatti, nel momento in cui viene perseguito un risultato vietato dal legislatore, si fa riferimento ad una norma proibitiva, cioè limitativa dell'autonomia delle parti. Da ciò ne deriva l'impossibilità di ritenere che un risultato analogo – ma difforme rispetto a quello vietato – venga criticato attraverso il ricorso alla frode alla legge.

La seconda teoria, che rileva in tema di negozio in frode alla legge, è la teo-

¹¹⁷G. Pugliese, *Nullità del patto commissorio e vendita con patto di riscatto*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1945, I, 156; Id., *Particolari profili della vendita a scopo di garanzia*, in *Foro it.*, 1951, I, c. 573; Id., *Intorno alla validità della vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, 1064; E. Roppo, *Note sopra il divieto del patto commissorio*, in *Riv. not.*, 1981, 398 ss.

¹¹⁸L'art. 1344 c.c. derubricato *Contratto in frode alla legge* afferma che: "Si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa".

¹¹⁹L'art. 1343 c.c. derubricato *Causa illecita* dispone che: "La causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume".

¹²⁰U. Morello, *Frode alla legge*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 1992, 482 ss.

ria c.d. soggettiva la quale rappresenta un'integrazione di quella testé esposta¹²¹. Tale tesi afferma, infatti, che il risultato perseguito, oltre che analogo a quello vietato, deve essere il prodotto di un comportamento fraudolento del soggetto. Tuttavia, l'elemento soggettivo (*id est*, lo stato psicologico dell'agente) non costituisce l'aspetto qualificante del patto, non consentendo di conoscere l'operatività di un meccanismo analogico.

La terza tesi è quella c.d. combinatoria, secondo cui la frode alla legge non è altro che un meccanismo mediante il quale viene perseguito un risultato identico rispetto a quello vietato, raggiunto con la pattuizione di negozi di per sé leciti, in quanto volti apparentemente al conseguimento di uno scopo lecito, ma la cui combinazione persegue la realizzazione di un risultato illecito¹²². Secondo tale teoria, dunque, nell'ipotesi in cui venga stipulato un contratto che miri direttamente a realizzare un risultato vietato, saremmo di fronte ad una pattuizione contraria alla legge; mentre, vi sarà un negozio in frode alla legge quando le parti pongano in essere un serie di negozi leciti la cui combinazione porti ad un risultato identico a quello vietato.

Infine, occorre menzionare la tesi c.d. abrogativa, che considera abolita la fattispecie della frode alla legge nel nostro ordinamento¹²³. In particolare, tale teoria poggia sull'assunto che la frode alla legge poteva avere un senso nel nostro ordinamento quando la causa del contratto era interpretata in modo astratto, cioè come funzione economico-sociale, affermando che la stessa non poteva essere contraria alla legge. Epperò, tale assunto non può trovare riscontro se si guarda alla causa concreta, ossia all'effettivo risultato perseguito dalle parti, che in molti casi può essere contrario alla legge.

A ben vedere, dalla teorie suesposte emerge che non può aversi un riscontro preciso riguardo al patto commissorio. Ciononostante, prendendo in considerazione la tesi combinatoria, cioè della combinazione di più negozi leciti che nell'insieme conducono ad un risultato vietato dall'ordinamento, si può ritenere che il patto commissorio può integrare un'ipotesi di frode alla legge tutte le volte in cui le parti occultino il legame tra i negozi giuridici attraverso la tecnica simulatoria. Tali considerazioni possono essere avanzate circa

¹²¹ G. Cricenti, *I contratti in frode alla legge*, Milano, 1996, 24 ss.

¹²² F. Caringella, *Il divieto di patto commissorio autonomo: nuovi confini e nodi al pettine*, in *CG*, 1995, 1, nota a Cass., 28 settembre 1994, n. 7890.

¹²³ U. Morello, *Frode alla legge*, cit., 501.

l'inammissibilità del patto commissorio autonomo ad efficacia traslativa immediata, indipendentemente dall'esistenza di una disposizione quale l'art. 2744 c.c., e dall'esplicito divieto del c.d. patto commissorio ivi contenuto¹²⁴. Del resto, il fondamento che la giurisprudenza da sempre ha posto alla base del divieto del patto commissorio, e cioè la tutela del debitore pressato dal bisogno di liquidità, oltre alla tutela dei creditori chirografari diversi dal beneficiario del patto, è una *ratio* che apriva di per sé la strada all'ulteriore estensione del divieto anche al trasferimento commissorio risolutivamente condizionato, non riuscendosi proprio a vedere quale differenza significativa potesse marcare il momento temporale in cui sia previsto il passaggio della proprietà¹²⁵. Ed infatti, nella fattispecie del patto commissorio sospensivamente condizionato, l'effetto pratico su cui si fonda il divieto è sostanzialmente assimilabile alla creazione di un patrimonio separato, ossia la destinazione di uno o più beni al soddisfacimento delle ragioni di alcuni dei creditori, al pari del patto commissorio con efficacia traslativa immediata; solo che, in quest'ultima ipotesi, il bene esce dalla sfera patrimoniale del debitore ma non potrà parlarsi di creazione di un patrimonio separato. Nondimeno, anche in tal caso l'effetto pratico è lo stesso di quello sopra illustrato, e ciò indipendentemente dal fatto che si determini la permanenza del bene nella disponibilità materiale del debitore.

In generale, può dirsi che al trasferimento commissorio consegua un risultato diverso e assai più incisivo della creazione di una causa di prelazione. Ed infatti, per effetto dello stesso viene sostanzialmente annullato il rischio del possibile mancato adempimento da parte del debitore. Sotto quest'ultimo aspetto, pertanto, ci si viene a trovare in presenza di una obbligazione anomala, se è vero che ad essa non è applicabile buona parte della disciplina che il codice riserva a tale istituto¹²⁶.

In tale ottica, parte della dottrina, recentemente, ha sostenuto la tesi della validità del patto commissorio autonomo senza distinzione tra accordi sospensivamente o risolutivamente condizionati, e lo ha fatto nell'ambito di una peculiare impostazione secondo cui il suddetto patto – inteso come trasferimento collegato alle sorti di un rapporto obbligatorio – non potrebbe comunque ave-

¹²⁴ In tal senso cfr. D. Rubino, *La compravendita*, cit., 1027 ss; P. Greco - G. Cottino, *Della vendita*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1972, 275 ss.

¹²⁵ U. Carnevali, *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 499 ss.

¹²⁶ T. Scozzafava, *Note in tema di garanzia*, in *Contratto e impresa*, 2008, 855 ss.

re nel nostro ordinamento una funzione di garanzia; tutt'al più, potrebbe svolgere altre funzioni, per esempio di tipo creditizio o di tipo solutorio¹²⁷. Dunque, ad avviso dell'indirizzo dottrinale in parola, il patto commissorio autonomo, che si è sempre più diffuso nella prassi negoziale, avrebbe una funzione diversa dalla semplice garanzia, ponendosi come alternativa alle conseguenze dell'inadempimento; indi, se ne può assumere la validità (salvo che quest'ultima non sia da escludere per violazione di altre norme diverse dall'art. 2744 c.c.)¹²⁸. Per converso, se la funzione di garanzia dovesse o potesse considerarsi qualificante, la conclusione muterebbe radicalmente, perché allora il patto commissorio autonomo si porrebbe in insuperabile contrasto con i principi del nostro ordinamento¹²⁹.

Come si vede, la *ratio* del divieto del patto commissorio individuata da tale indirizzo implica l'impossibilità di utilizzare il riferimento all'art. 2744 c.c. come argomento per dedurre un più generale divieto di alienazioni in garanzia, basata sull'assunto della inidoneità della causa di garanzia a giustificare un trasferimento della proprietà¹³⁰. Sotto questo profilo la dottrina in commento appare, però, più rigida rispetto alla giurisprudenza, la quale, all'opposto, fondando il divieto delle alienazioni in funzione di garanzia sul dato positivo dell'art. 2744 c.c., ha mostrato minori difficoltà ad ammettere alienazioni in garanzia quando esse si mostrino rispettose della *ratio* di cui all'art. 2744 c.c.

7. – Dalle considerazioni sopra riportate emerge che anche il patto commissorio c.d. autonomo rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 2744 c.c. A tal proposito, occorre esaminare, più nel dettaglio, l'evoluzione giurisprudenziale che ha portato a considerare lecite alcune fattispecie di alienazioni in funzione di garanzia¹³¹.

¹²⁷ Il riferimento è a F. Gigliotti, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, cit., 200 ss.; v. pure G. Tarantino, *Patto commissorio, alienazioni in garanzia ed autonomia privata: alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Contratti*, 2012, 1030 s.

¹²⁸ F. Gigliotti, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, cit., 200 ss.

¹²⁹ G. Pugliese, *Ancora sul divieto del patto commissorio in relazione alla vendita con patto di riscatto*, *ivi*, 1946, I, 87; Id., *Nuovo orientamento giurisprudenziale in tema di patto di riscatto*, in *Foro it.*, 1947, I, c. 813.

¹³⁰ A. Trotta, *Il patto commissorio autonomo: tradizione e cambiamento*, in *Giur. it.*, 2013, 343 ss.

¹³¹ In argomento, v. T. Mancini, *Vendita con patto di riscatto e nullità ex art. 2744 codice civile*, in *Foro it.*, 1966, I, c. 1118; U. Miele, *Sul patto commissorio immobiliare*, in *Riv. dir. comm.*,

In un primo periodo la giurisprudenza aveva operato, infatti, una distinzione fra le alienazioni sospensivamente condizionate e le alienazioni risolutivamente condizionate, ritenendo queste ultime non rientranti all'interno del divieto del patto commissorio. A ben vedere, la giurisprudenza adottava inizialmente un metro di giudizio basato su un criterio c.d. strutturale o cronologico, cioè fondato sul diverso momento del passaggio della proprietà del bene nell'ambito della convenzione tra le parti: nel caso in cui il trasferimento era immediato, il patto era valido; di contro, se lo stesso avveniva solo in seguito al verificarsi della condizione sospensiva, e cioè dell'inadempimento del debitore, la pattuizione era nulla¹³².

Tale assunto si basava, in primo luogo, sul tenore letterale dell'art. 2744 c.c., che prevede un determinato rapporto cronologico ed effettuale tra l'inadempimento dell'obbligazione ed il trasferimento della proprietà, nel senso che quest'ultimo deve essere differito al momento in cui si verifica il primo. In altre parole, disposta la pattuizione commissoria, il bene rimane nella proprietà del debitore fino a quando non scade il termine per l'adempimento, a partire dal quale dovrebbe prodursi l'effetto traslativo. Sicché, questa scansione cronologica renderebbe vietati dall'ordinamento solo i trasferimenti sospensivamente condizionati, dal momento che, nell'ipotesi di alienazione risolutivamente condizionata, la proprietà del bene si trasferisce non già per l'inadempimento del debitore, bensì immediatamente, con la conseguenza che l'adempimento comporterebbe la risoluzione di un trasferimento già precedentemente avvenuto.

In secondo luogo, la giurisprudenza ravvisava l'integrazione del divieto solo

1946, II, 65; Id., *Distinzione fra negozio fiduciario e negozio simulato*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1953, I, 265; E. Ondei, *Vendite elusive del divieto del patto commissorio*, in *Temi*, 1970, 34; S. Pugliatti, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 298; G. Pugliese, *Nullità del patto commissorio e vendita con patto di riscatto*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1945, I, 156;

¹³²In tal senso, *cf.* Cass., 30 marzo 1967, n. 689, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, c. 52; dello stesso tenore le motivazioni di Cass., 14 dicembre 1978, n. 5967, in *Arch. civ.*, 1979, 462; Cass., 10 marzo 1979, n. 1493, in *Rep. Giur. It.*, 1979, voce "Patto commissorio", n. 4; Cass., 26 gennaio 1980, n. 642, in *Arch. civ.*, 1980, 681; Cass., 29 aprile 1980, n. 2854, *Rep. Giur. it.*, 1980, voce "Patto commissorio", n. 1; Cass., 14 aprile 1981, n. 2245, *ivi*, 1981, voce "Vendita", n. 73; Cass., 12 novembre 1982, n. 6005, *ivi*, 1982, voce "Patto commissorio", n. 2; Cass., 6 giugno 1983, n. 3843, *ivi*, 1983, voce "Vendita", n. 75; Cass., 18 aprile 1984, n. 2544, *ivi*, 1984, voce "Patto commissorio", n. 4; Cass., 8 maggio 1984, n. 2795, *ivi*, 1984, voce "Vendita", n. 51; Cass., 12 dicembre 1986, n. 7385, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, c. 1230.

per le alienazioni sospensivamente condizionate sulla base dell'assenza nei trasferimenti risolutivi dalla coercizione psichica operata dal creditore nei confronti del debitore che teme di perdere il bene in garanzia. Ed infatti, operando direttamente il trasferimento della proprietà, il debitore opterebbe per una più consapevole e responsabile valutazione della convenienza e delle insidie dell'operazione contrattuale.

Dunque, la giurisprudenza riteneva lecite tutte le ipotesi di alienazioni risolutivamente condizionate e, pertanto, compatibile con i principi del nostro ordinamento giuridico la sottoposizione di una vendita a scopo di garanzia.

Ben presto, però, ci si è resi conto che i contraenti potevano creare un'alienazione risolutivamente condizionate, atta a celare un trasferimento sospensivamente condizionato¹³³. Per cui, furono individuati una serie di indici sintomatici volti a svelare la simulazione di un trasferimento condizionato. In particolare, fra tali criteri, oltre al mantenimento del bene da parte del debitore, fu riconosciuta come possibile integrazione di una pattuizione commissoria la previsione di un interesse sul prezzo da restituire. In tal senso, nel caso di un trasferimento risolutivamente condizionato, di norma, quando si verifica la condizione risolutiva, non viene previsto un interesse sul prezzo del bene già versato, acquisendo così l'acquirente il vantaggio del godimento del bene nel periodo compreso tra la stipulazione del negozio ed il verificarsi della condizione risolutiva; di contro, nei contratti in cui viene apposta una condizione sospensiva, viene prevista generalmente solo la restituzione del prezzo con la corresponsione di un interesse¹³⁴.

Oltre a tali criteri, furono ravvisati dalla giurisprudenza ulteriori indici nella sproporzione tra il valore del bene ed il prezzo definito nella pattuizione, nel collegamento del contratto di compravendita ad un mutuo, nella mancata trascrizione del contratto, o nel fatto che l'acquirente non corrispondesse il prezzo concordato.

In tal modo, alcune singolari pronunce, pur non innovando il panorama

¹³³ Al riguardo, v. A. De Martini, *Il concetto di negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia*, in *Giur. it.*, 1946, I, 2, c. 321; M. Ferrari, *Vendita a scopo di garanzia e patto commissorio*, in *Giur. it.*, 1951, I, 1, c. 799; G. Ingrassia, *La efficacia del divieto del patto commissorio*, in *Nuovo dir.*, 1949, 441.

¹³⁴ In tal senso, cfr. A. Butera, *Patto commissorio e mutuo semplice*, in *Foro it.*, 1943, I, c. 410; F. Carnelutti, *Mutuo pignoratizio e vendita con clausola di riscatto*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, II, 156; C.M. Bianca, *Vendita con patto di riscatto e alienazione in garanzia*, in *Foro pad.*, 1969, I, c. 1239.

giurisprudenziale sopra delineato, avevano già preso le distanze dal criterio temporale, affermando la nullità per illiceità della causa delle alienazioni con effetti traslativi immediati in funzione di garanzia, atteso che anche in tali ipotesi la definitività del trasferimento è subordinata all'inadempimento¹³⁵.

7.1. – Una decisiva sferzata alla posizione giurisprudenziale sino ad allora mantenuta è stata data dalla pronuncia della Corte di Cassazione n. 3800 del 3 giugno 1983¹³⁶ la quale ha esteso il divieto del patto commissorio anche alle alienazioni risolutivamente condizionate¹³⁷, equiparandole alle alienazioni sospensivamente condizionate.

Va notato che il *revirement* delle giurisprudenza è dipeso dal passaggio da una concezione strutturale del patto commissorio ad una concezione funzionale. La concezione strutturale legava indissolubilmente il divieto del patto commissorio alla struttura temporale dettata dall'art. 2744 c.c., secondo la quale il trasferimento della proprietà era cronologicamente conseguente all'inadempimento dell'obbligazione. Di contro, nella concezione funzionale, anche nel caso in cui il trasferimento della proprietà non è cronologicamente successivo all'inadempimento, ciò che rileva è che il trasferimento della proprietà sia legato in qualunque modo ad un precedente rapporto obbligatorio e pertanto spiegabile con il mancato adempimento dell'obbligazione.

L'argomento centrale della concezione funzionale è rappresentato dall'analogia delle due alienazioni sin qui descritte. Nel concreto, nei trasferimenti sospensivamente condizionati all'inadempimento dell'obbligazione consegue il trasferimento della proprietà; allo stesso modo, nelle alienazioni sospensivamente condizionate, pur avvenendo un trasferimento immediato della proprietà, ci troviamo di fronte ad un trasferimento puramente provvisorio e cau-

¹³⁵ Sul punto, *cf.* Cass. 14 aprile 1953, n. 642, in *Foro. It.*, 1981 I, 1627; Cass., 11 marzo 1953, n. 696, in *Giust. Civ.*, 1954 I, 1, 1958, Cass. 10 febbraio 1961, n. 288, in *Foro. it.*, 1961, I, 115.

¹³⁶ La sentenza è consultabile in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 1648.

¹³⁷ In argomento, v. G. Amato, *Ancora sul patto commissorio e sulla vendita a scopo di garanzia*, in *Giust. civ.*, 1984, I, 1899; G. Azzariti, *Principi innovativi sul patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 1983, I, 2953; C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio: un passo indietro della Cassazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, 117; M. Danusso, *Patto commissorio e vendita a scopo di garanzia*, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 1648; M. Rosnati, *Alienazioni in garanzia e patto commissorio*, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 1698; E. Roppo, *Patto di riscatto. Patto commissorio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, 97; F. Relamonte, *Le garanzie immobiliari*, in *Jus*, 1986, 16.

relare che diventerà definitivo solo dopo l'inadempimento.

Le due operazioni in esame, dunque, sono pressoché identiche: nel primo caso, il trasferimento avviene in virtù dell'inadempimento dell'obbligazione, nel secondo il trasferimento diventa definitivo al verificarsi di quel momento. Da ciò ne consegue che due operazioni identiche non possono avere una differente regolamentazione e, pertanto, dovranno entrambe rientrare nella previsione di cui all'art. 2744 c.c..

Oltre alla medesima disciplina, occorre rilevare che ricorre anche nei trasferimenti risolutivamente condizionati la pressione morale nei confronti del debitore, il quale versa sempre in una situazione di debolezza anche se il trasferimento della proprietà, pur se immediato, è risolutivamente condizionato¹³⁸.

Con la suesposta argomentazione vengono superate tutte le ragioni che, secondo il precedente orientamento giurisprudenziale, esulavano le alienazioni risolutivamente condizionate dalle pattuizioni commissorie. Ed infatti, ad avviso dell'orientamento ormai superato, mentre nell'ipotesi di trasferimento risolutivamente condizionato dal punto di vista risolutivo il debitore, perdendo immediatamente la proprietà del bene, aveva la possibilità di rendersi conto della sproporzione della pattuizione e contestualmente dell'effetto negativo della stessa, nelle alienazioni sospensivamente condizionate, invece, il debitore, mantenendo la proprietà del bene, non comprendeva il rischio della possibile privazione del bene.

Successivamente alla sentenza del 1983, tuttavia, alcune pronunce si sono discostate dalla decisione in commento. Invero, a causa delle incertezze concernenti la simulazione, alcune pronunce erano ritornate all'orientamento precedente, argomentando a favore di un'interpretazione letterale dell'art. 2744 c.c., in base alla quale i trasferimenti immediati non potevano ricomprendersi nell'ambito applicativo della disposizione¹³⁹. Per contro, devono segnalarsi altre decisioni che hanno valorizzato nuovamente il criterio funzionale. In particolare, ad avviso di una parte della giurisprudenza di legittimità non avrebbe rilevanza, per l'applicabilità del divieto del patto commissorio, il fatto che la

¹³⁸ Sul punto si segnalano: Cass., 3 novembre 1984, n. 5569, in *Riv. it. leasing*, 1985, 469; Cass., 3 novembre 1984, n. 5570, in *Giur. it. Mas.*, 1984; Cass., 5 agosto 1985, n. 4387, *ivi*, 1985; Cass., 6 dicembre 1986, n. 7260, in *Riv. it. leasing*, 1987, 711.

¹³⁹ In tal senso *cf.* Cass., 12 dicembre 1986, n. 7385, in *Riv. it. leasing*, 1986, 665; *Corr. giur.*, 1987, 287; *Foro it.*, 1987, I, c. 799; Cass., 8 maggio 1984, n. 2795 e Cass., 22 gennaio 1985, n. 242, in *Riv. notar.*, 1985, II, 1352.

definitiva attribuzione della proprietà al mutuante si realizzi con il consolidamento irreversibile degli effetti traslativi già soltanto in via provvisoria anticipati o con l'irrevocabile prodursi di tali effetti ¹⁴⁰.

Nonostante alcune oscillazioni, l'orientamento giurisprudenziale apertosi con il *revirement* del 1983 si è consolidato definitivamente a seguito dell'intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel 1989, che con due pronunce pressoché contemporanee hanno superato i contrasti di vedute che si erano registrati tra le diverse Sezioni ¹⁴¹.

In entrambe le decisioni, le Sezioni Unite erano chiamate a pronunciarsi sulla liceità di un contratto di vendita con patto di riscatto sotteso ad un'operazione di finanziamento. A tal riguardo, la Corte, premesso che il divieto del patto commissorio svolge la duplice funzione di tutela sia del debitore nei confronti di un possibile approfittamento da parte del creditore, sia degli altri creditori dell'alienante impedendo che vengano pregiudicate le loro ragioni, e che l'art. 2744 c.c. non può essere interpretato letteralmente, ha affermato l'irrelevanza della struttura delle alienazioni in garanzia, sia sospensivamente o risolutivamente condizionate, essendo sempre applicabile il divieto di cui all'art. 2744 c.c. ¹⁴². Ne deriva che la previsione di cui all'art. 2744 c.c. non vieterebbe semplicemente una determinata tipologia negoziale, formalmente corrispondente allo schema negoziale ivi contenuto, ma perseguirebbe il fine di interdire e sanzionare il raggiungimento di un determinato risultato economico vietato dall'ordinamento. Nello specifico, le Sezioni Unite, ribadendo quanto

¹⁴⁰ Sul punto *cf.* Cass., 18 maggio 1988, n. 3462, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, 283, con nota di commento di M. Bussani. Si vedano anche Cass., 16 aprile 1987, n. 3784 in *Riv. it. leasing*, 1987, 711; Cass., 11 gennaio 1988, n. 46, in *Foro it.*, 1988, I, c. 387; in *Riv. it. leasing*, 1, 1989, 183.

¹⁴¹ *Cfr.* Cass. S.U., 3 aprile 1989, n. 1611 (in *Corr. Giur.* 1989, 522; *Foro it.* 1989, I, c. 1428; *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, 357; *Riv. notar.*, 1989, 890), e Cass. S.U., 21 aprile 1989, n. 1907 (in *Foro it.*, 1990, I, c. 205).

¹⁴² Al riguardo *cf.* M. Bussani, *Coesistenza di vendita e mutuo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, 285; P. Carbone, *Nullità. Rilevabilità d'ufficio. Vendita. Patto di riscatto. Divieto del patto commissorio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, 348; M. Costanza, *Sulle alienazioni in garanzia e il divieto del patto commissorio*, cit., 1824; M. G. Cubeddu, *Patto commissorio e vendita con patto di riscatto: la risposta delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, 615 ss.; A. Lumino-so, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 219 ss.; V. Mariconda, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1428; G. Valcavi, *Intorno al divieto del patto commissorio, alla vendita simulata a scopo di garanzia ed al negozio fiduciario*, in *Foro it.*, 1990, I, c. 205.

già affermato con la decisione del 1983, secondo cui la sproporzione tra il valore del bene dato in garanzia e l'importo del credito assume scarso rilievo in quanto il divieto prescinde da tale considerazione, chiariscono che *“la garanzia [...] lungi dall'essere un motivo della parte, assurge a causa del contratto, in quanto il trasferimento della proprietà trova obiettive giustificazioni nel fine della garanzia, causa, peraltro, inconciliabile con quella della vendita, posto che il versamento di denaro non costituisce pagamento del prezzo, ma l'esecuzione di un mutuo il trasferimento del bene non integra l'attribuzione del compratore, bensì l'atto costitutivo di una posizione di garanzia innegabilmente provvisoria [...] manca quindi la funzione di scambio tipica della compravendita”*. Inoltre, continua la Corte *“la provvisorietà costituisce un elemento rilevatore della causa di garanzia e quindi della divergenza tra la causa tipica del negozio prescelto e la determinazione causale delle parti, indirizzata alla elusione di un norma imperativa, qual è l'art. 2744 c.c.”*¹⁴³.

Sulla base di tali argomentazioni, quindi, viene chiarito che lo stesso risultato realizzato da una garanzia reale atipica in cui viene apposto una pattuizione commissoria può essere raggiunto attraverso una vendita ad effetti traslativi immediati, nel caso in cui venga previsto un potere di riscatto o un qualunque meccanismo di retrocessione del bene, in quanto l'attribuzione della proprietà del bene acquista un carattere provvisorio dipendente dalle sorti dell'obbligazione garantita. Le parti, infatti, per conseguire un risultato vietato dalla legge mediante uno schema negoziale astrattamente lecito, pongono in essere una causa illecita che inevitabilmente ricade sotto la previsione di cui all'art. 2744 c.c.. Pertanto, *“la vendita sottoposta, in sé lecita e non puramente formale, costituisce un negozio di mezzo, perché tende ad eludere il contenuto di un norma ed assumere la figura di contratto in frode alla legge, con ogni relativa conseguenza”*. La Corte, dunque, ravvisa la nullità dell'intero contratto per illiceità della causa, ma non *ex art. 1343 c.c.*, poiché contrario alla legge (*contra legem*); bensì *ex art. 1344 c.c. (in fraudem legis)*, avendo le parti posto in essere un negozio astrattamente lecito allo scopo di conseguire un fine illecito, per cui la legge non è violata direttamente ma indirettamente, mediante una sorta di manovra di aggiramento.

Le successive sentenze della Suprema Corte hanno mantenuto i principi af-

¹⁴³ Cfr. Cass. S.U., 3 aprile 1989, n. 1611.

fermati dalle Sezioni Unite in commento ¹⁴⁴. A tal proposito, si segnalano due recenti pronunce del 2010 ¹⁴⁵ e del 2011 ¹⁴⁶ che, a vent'anni di distanza dalle pronunce sopra riferite, hanno riconosciuto, ai fini di un'individuazione del patto commissorio in un'operazione negoziale, la rilevanza dello snaturamento della causa tipica del negozio di scambio, piegata all'interesse del creditore di costituire una garanzia reale diretta, autonoma ed atipica sul bene del debitore ¹⁴⁷.

8. – La chiusura della giurisprudenza verso le alienazioni in garanzia non ha precluso di considerare, all'interno del panorama dei trasferimenti sin qui delineato, come ammissibile nel nostro ordinamento il c.d. patto marciano ¹⁴⁸. Con tale nozione viene tradizionalmente indicata quella determinata convenzione attraverso la quale i contraenti stabiliscono che, a seguito dell'inadempimento del debitore, la proprietà del bene passi al creditore previa stima del valore dello stesso da parte di un terzo e con la consegna della differenza tra l'importo del debito ed il valore del bene (*rem iusto pretio tunc aestimandam*).

¹⁴⁴ Cfr. Cass., 27 febbraio 1991, n. 2126, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, c. 136; in *Giust. civ.*, 1992, I, 3167; Cass., 27 settembre 1994, n. 7878, in *Contratti*, 1995, 271; in *Foro it.*, 1995, I, c. 1227; in *Notariato*, 1995, 225; in *Riv. notar.*, 1995, II, 1004; Cass., 28 settembre 1994, n. 7890, in *Corr. giur.*, 1995, 60, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1227; Cass., 13 dicembre 1994, n. 10648, in *Massim. Cass. Civ.*, 1994; Cass., 4 marzo 1996, n. 1657, in *Giur. it. Mass.*, 1996; Cass., 4 novembre 1996, n. 9540, in *Riv. notar.*, 1998, 1013 ss., con nota di P. De Martinis; Cass., 10 febbraio 1997, n. 1233, in *Riv. notar.*, 1998, 299 ss., con nota di V. Gammone; in *Notariato*, 1998, 142 ss., con nota di A. De Rosa; Cass., 11 febbraio 1998, n. 1396, in *Riv. notar.*, 1998, 745 ss.

¹⁴⁵ Cfr. Cass., 5 marzo 2010, n. 5426, in *CED Cassazione*, 2010.

¹⁴⁶ Cfr. Cass., 10 marzo 2011, n. 5740, in *Giust. civ.*, 2011, I, 1449 ss.

¹⁴⁷ Cfr. C. Agabiti, *Recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di patto commissorio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 140 ss.

¹⁴⁸ Ritengono lecito il patto marciano: C.M. Bianca, *Il divieto*, cit., 202 ss.; U. Carnevali, *Patto commissorio*, cit., 505; F. Anelli, *L'alienazione in garanzia*, cit., 469; V. Lojacono, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, 1952, 71 ss.; E. Marrocco, *Note sul patto Marciano*, in *Nuovo dir.*, 1989, 977 ss.; A. Sassi, *Garanzia del credito e tipologie commissori*, cit., 287 ss.; N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, cit., 95 ss. Contrari invece all'ammissibilità di tale figura nel nostro ordinamento sono: G.F. Minniti, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, 29 ss.; L. Barbiera, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali, Artt. 2740–2744*, in *Il Codice Civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1991, 206 ss.; E. Carbone, *Debitoris suffocatio e patto commissorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 1108 ss.

La stima deve, peraltro, essere successiva all'inadempimento¹⁴⁹. In tal modo – è stato evidenziato – si evitano le sopraffazioni operate dal creditore nei confronti del debitore che caratterizzano invece il patto commissorio¹⁵⁰. Ove, invece, la stima avvenisse in un momento antecedente all'inadempimento, potrebbe non essere in grado di prevenire una sopravvenuta sproporzione tra credito garantito e bene alienato in garanzia, vanificando, così, la funzione del patto marciano¹⁵¹.

Per la validità del patto in esame occorre, inoltre, che la stima del bene venga effettuata da un terzo, designato dalle parti di comune accordo o secondo un criterio precedentemente stabilito, sulla base di parametri che non siano assoggettati ad alcun vincolo di previsione, restando fermo il diritto per le parti di impugnare la scelta del terzo¹⁵². L'inidoneità del patto marciano a consentire un approfittamento della posizione debitoria da parte del creditore viene considerata la ragione principale per la quale il patto marciano deve essere considerato lecito nel nostro ordinamento¹⁵³. Ed infatti, la pattuizione in esame si differenzia dal patto commissorio per il fatto che al momento dell'inadempimento, un terzo designato di comune accordo dalle parti o dal Presidente del Tribunale, procede alla stima del valore del bene al fine di verificare l'effettiva corrispondenza all'importo del credito. Nel patto marciano, dunque, non sussiste il rischio per il debitore di essere esposto ad una pattuizione particolarmente sfavorevole, in quanto nell'ipotesi in cui il bene avesse un valore superiore al credito erogato il creditore sarebbe tenuto a versare la differenza.

Oltre alle superiori considerazioni, altra parte della dottrina ha individuato il fondamento della liceità del patto marciano nel fatto che, mentre nel patto commissorio l'equivalenza tra importo del debito garantito e valore del bene è solo eventuale, nel patto marciano essa assurge a contenuto tipico del contratto andando ad integrare un vero diritto del debitore alla restituzione dell'ecce-

¹⁴⁹ Cfr. F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, 658.

¹⁵⁰ G. Adilardi, *Brevi osservazioni in tema di divieto di patto commissorio, causa concreta del contratto e patto marciano*, in *Giust. civ.*, 2011, I, 1456 s.

¹⁵¹ In questo senso v., tra gli altri, S. Barbara, *Circolazione dei beni ed evoluzione del divieto del patto commissorio*, in *Notariato*, 6/2012, 717 ss., spec. 726.

¹⁵² E. Marrocco, *Note sul patto Marciano*, cit., 978.

¹⁵³ C. Varrone, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, cit., 80 ss; V. Lojacono, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, cit., 71 ss; U. Carnevali, *Patto commissorio*, cit., 505.

denza¹⁵⁴. La tesi in esame individua, infatti, nella corrispettività fra l'ammontare del credito ed il valore del bene oggetto della pattuizione un elemento peculiare e causale della fattispecie, idoneo a non integrare la fattispecie di cui all'art. 2744 c.c. Tale assunto è stato seguito altresì dalla giurisprudenza, avuto riguardo, in particolare, alla mancata predeterminazione del prezzo dell'alienazione in funzione dell'importo del credito, nonché alla possibilità di controllarne l'equilibrio tra le prestazioni grazie all'obbligo di restituzione dell'esubero al debitore¹⁵⁵. In realtà, anche in questo caso le ragioni per le quali il patto marciano si differenzia dal divieto di cui all'art. 2744 c.c. si rinvergono sempre nella tutela accordata al contraente debole, posta in essere nel patto in esame, da un lato, mediante la stima del valore affidata ad un terzo, solo in un momento successivo all'inadempimento, dall'altro, attraverso l'obbligo per il creditore di versare la differenza di prezzo calcolata sulla base del valore del bene ed il credito insoluto¹⁵⁶.

Un'ulteriore teoria concernente la validità del patto marciano invoca l'applicazione analogica dell'art. 1851 c.c.¹⁵⁷, a tenore del quale il legislatore ha tipizzato il pegno irregolare a garanzia di anticipazione, sul presupposto che le due figure perseguono la medesima finalità¹⁵⁸. Questa teoria, tuttavia, non spiega la ragione per la quale la legge attribuisca tale facoltà in capo al creditore nell'ipotesi di inadempimento dell'obbligazione principale, pur realizzandosi il medesimo risultato vietato dalla legge. Si tenga presente che le disposizioni afferenti al divieto di patto commissorio affermano un principio generale

¹⁵⁴C.M. Bianca, *Il divieto*, cit., 202.

¹⁵⁵A tal riguardo *cf.* Cass. Napoli, 9 gennaio 1904, in *Foro it.*, 1904, I, c. 342; Cass. Palermo, 12 febbraio 1910, in *Giur. it.*, 1910, I, c. 412; Cass., 27 novembre 1951, n. 2696, in *Foro it.*, 1952, I, c. 11 con nota adesiva di M. Elia; Cass., 21 luglio 1956, n. 2828, in *Foro it. Mass.*, 1956, 518; App. Trento, 18 febbraio 1975, in *Giur. mer.*, 1975, I, 424.

¹⁵⁶N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, cit., 95 ss; C. Varrone, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, cit., 80 ss; V. Lojaco, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, cit., 71.

¹⁵⁷L'art. 1851 c.c. derubricato "Pegno irregolare a garanzia di anticipazione" dispone letteralmente che: "Se, a garanzia di uno o più crediti, sono vincolati depositi di danaro, merci o titoli che non siano stati individuati o per i quali sia stata conferita alla banca la facoltà di disporre, la banca deve restituire solo la somma o la parte delle merci o dei titoli che eccedono l'ammontare dei crediti garantiti. L'eccedenza è determinata in relazione al valore delle merci o dei titoli al tempo della scadenza dei crediti".

¹⁵⁸G. Cricenti, *I contratti in frode alla legge*, cit., 56 ss.

dell'ordinamento e quindi applicabile ad ogni fattispecie riconducibile ad una situazione analoga; l'art 1851 c.c., viceversa, deve essere considerato norma eccezionale e pertanto non suscettibile di applicazione analogica. Non v'è dubbio, comunque, che la validità del patto marciano non possa prescindere dal fondamento del divieto del patto commissorio¹⁵⁹.

In senso opposto alle teorie che ammettono la validità del patto marciano, alcune tesi ne hanno sostenuto l'invalidità, ponendo come punto di inizio della questione proprio il fondamento del divieto di cui all'art. 2744 c.c.

Una prima tesi ha affrontato la questione in termini causali. In particolare, individuata la *ratio* del divieto di patto commissorio nell'impossibilità di disporre in funzione di garanzia, dovendo la garanzia rispondere all'interesse creditorio all'adempimento e non all'interesse creditorio all'appropriazione, la predetta teoria ha dedotto l'invalidità del patto marciano, atteso che l'equità dei valori non può rimediare all'inidoneità causale di un negozio di garanzia attributivo della proprietà¹⁶⁰. Lo squilibrio tra le prestazioni, infatti, è un elemento sintomatico dell'approfittamento, ma non è l'elemento costitutivo della fattispecie commissoria. Quest'ultima, semmai, deve essere integrata da ogni operazione, semplice o complessa, il cui risultato finale sia l'assoggettamento esecutivo del debitore tramite compressione della libertà negoziale, a prescindere dal rapporto tra valore del bene ed ammontare del debito.

Un'altra tesi, invece, che ravvisa il fondamento del divieto del patto commissorio nella *par condicio creditorum*, sostiene che il patto marciano, vincolando il bene al soddisfacimento del creditore stipulante, lo sottrae all'aggressione degli altri creditori; per di più, mantenendo il privilegiato la garanzia patrimoniale ordinaria per l'eventuale residuo, sarebbe illecito in quanto andrebbe ulteriormente a ledere il principio di eguaglianza dei creditori¹⁶¹.

Altra teoria, infine, pone l'accento sulla libertà morale del debitore. Individuato il fondamento del divieto di cui all'art. 2744 c.c. nella presunzione assoluta di *debitoris suffocatio*, basata sulla artificiosità di un'appropriazione che sfrutta il bisogno qualificato del debitore e la sua illusione di conservare o riprendere la proprietà del bene, sottolinea che la clausola di stima, incidendo

¹⁵⁹ A. Sassi, *Garanzia del credito e tipologie commissori*, cit., 292.

¹⁶⁰ G. F. Minniti, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, cit., 48.

¹⁶¹ L. Barbiera, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, cit., 319.

unicamente sull'aspetto patrimoniale del negozio, non è sufficiente ad escludere *a priori* l'equivalenza al risultato coercitivo ed insidioso del patto commissorio; sicché, anche il patto marciano, come ogni alienazione condizionata all'inadempimento, può consumare la frode alla legge *ex art.* 1344 c.c.¹⁶². Sotto questo profilo, significativa appare la recente pronuncia¹⁶³ della Corte di Cassazione, secondo cui il «*principale elemento sintomatico della frode è costituito dalla sproporzione tra l'entità del debito e il valore dato in garanzia, in quanto il legislatore, nel formulare un giudizio di disvalore nei riguardi del patto commissorio, ha presunto, alla stregua dell'id quod plerumque accidit, che in siffatta convenzione il creditore pretenda una garanzia eccedente il credito, sicché, ove questa sproporzione manchi [...] l'illiceità della causa è esclusa*». In tal modo, la Corte sembra sostenere che il divieto del patto commissorio non attinge il patto marciano, giacché, in quest'ultimo, il trasferimento della proprietà della cosa offerta in garanzia al creditore non si verifica se non a prezzo equo, sulla base di una stima imparziale, posteriore all'inadempimento, con eventuale versamento di conguaglio. In sostanza, nella decisione in commento, la nullità del patto commissorio viene fondata su una *ratio* esclusivamente patrimoniale, concernente la sproporzione tra il valore del bene in garanzia e l'entità del credito garantito. Seppur affascinante, tale impostazione rischia di vanificare il divieto del patto commissorio attraverso una impropria *reductio ad aequitatem*. Per cui, è stato giustamente affermato che l'istituto può essere investito di una rinnovata funzione, quale presidio dei valori costituzionali di solidarietà nelle relazioni obbligatorie e dignità nei rapporti economici¹⁶⁴. In ogni caso, la sentenza ingenera la sensazione che quel disagio verso la perentorietà della sanzione della nullità che la dottrina avverte sin dagli anni Novanta del secolo scorso cominci a trovare un riscontro anche da parte della giurisprudenza, che cerca percorsi per attenuare l'operatività dell'art. 2744 c.c., almeno nelle ipotesi in cui, in concreto, non si producono sperequazioni¹⁶⁵.

9. – Come si è anticipato in esordio, il d.l. 3 maggio 2016 n. 59 ha appor-

¹⁶² E. Carbone, *Debitoris suffocatio e patto commissorio*, cit., 1112.

¹⁶³ Cfr. Cass. civ., sez. II, 9 maggio 2013, n. 10986.

¹⁶⁴ Il rilievo è di E. Carbone, *Patto commissorio e patto marciano*, in *Treccani.it*

¹⁶⁵ L'osservazione è di N. Cipriani, *Patto commissorio autonomo: come salvare la validità del finanziamento e della garanzia*, in *Giustiziacivile.com*; v. pure A. Cilento, *Convenzioni commissorie tra integrità del consenso e funzione negoziale*, in *Banca borsa*, 2013, II, 213 ss.

tato novità di rilievo in materia di garanzie reali del credito, al fine di apprestare una maggiore protezione nei confronti del creditore. La reale portata innovativa della riforma in commento consiste nell'aver introdotto uno schema di portata generalizzata di autotutela esecutiva ad opera dello stesso creditore per la realizzazione del valore del bene oggetto della garanzia. Si tratta di una procedura rapida per incentivare gli istituti di credito a concedere finanziamenti in favore di imprenditori iscritti nel registro delle imprese. Nello specifico, il primo comma dell'art. 1 d.l. n. 59/2016 prevede che: *"Gli imprenditori iscritti nel registro delle imprese possono costituire un pegno non possessorio per garantire i crediti loro concessi, presenti o futuri, se determinati o determinabili e con la previsione dell'importo massimo garantito inerenti all'esercizio dell'impresa"*.

Come si nota, i crediti che possono beneficiare di tale garanzia richiedono un presupposto soggettivo, poiché il debitore deve essere un imprenditore iscritto nel registro delle imprese, ed un presupposto oggettivo, dovendo essere afferenti all'esercizio dell'impresa. Onde, non può trattarsi di crediti personali dell'imprenditore o di una diversa impresa. Nell'eventualità, è da ritenere che l'estraneità del credito garantito comporti la nullità della garanzia medesima.

Caratteristica essenziale della tipologia di pegno in esame è la mancanza di spossessamento, che costituisce nell'ambito della figura generale del pegno il requisito di immediatezza della garanzia, poiché indica la diretta soggezione del bene al potere esecutivo del creditore pignoratizio, il quale lo esercita senza il tramite della prestazione del proprietario¹⁶⁶. Per converso, nel pegno non possessorio, la *ratio* del mancato spossessamento risiede nella necessità di mantenere la destinazione dei beni strumentali all'esercizio dell'attività imprenditoriale. In altri termini, il bene oggetto della garanzia continua ad essere destinato all'esercizio dell'impresa, nonostante la costituzione del pegno, con conseguente esclusione dello spossessamento a scapito del debitore-imprenditore.

Per la verità, non mancano nel nostro ordinamento archetipi di contratti di pegno senza spossessamento¹⁶⁷, come l'ipotesi del pegno di prosciutti *ex art. 1* della legge n. 401/1985, in cui l'imprenditore mantiene la disponibilità delle cosce fresche di maiale, con la possibilità per il creditore pignoratizio di poter

¹⁶⁶ Sui caratteri specifici del pegno v. C.M. Bianca, *Diritto civile*, vol. 7, cit., 145 ss., spec. 149.

¹⁶⁷ Già nel diritto romano si ammetteva la costituzione del pegno senza spossessamento del debitore (*pignus conventum*).

apporte, in qualunque fase della lavorazione, di un contrassegno indelebile, in modo da rendere conoscibile ai terzi la garanzia ¹⁶⁸, ferma restando l'annotazione del vincolo su appositi registri vidimati annualmente. Parimenti, è da ricordare il pegno sui prodotti lattiero-caseari ex art. 7 della legge 27 marzo 2001, n. 122. Con riguardo al pegno di crediti, va rilevato che esso non comporta il trasferimento del credito al creditore pignoratizio: il credito resta nella titolarità del concedente, mentre il creditore pignoratizio ha un diritto proprio al suo esercizio e una corrispondente legittimazione esclusiva ¹⁶⁹. In argomento, merita una breve rassegna il pegno di azienda, che ricade sulle componenti mobiliari di quest'ultima, in forza del quale si ha lo spossessamento del debitore ad opera del creditore o di un terzo nominato custode di beni strumentali per l'esercizio dell'impresa. Di contro, appare preferibile la soluzione prescelta dal legislatore francese, già nel 1909, che contempla la figura del pegno delle aziende commerciali e artigianali, senza spossessamento dell'imprenditore. Coerentemente, è da apprezzare il cambiamento di strategia adottato di recente dal nostro legislatore, il quale ammette la pignorabilità di beni mobili destinati all'esercizio dell'impresa, ad eccezione dei beni mobili registrati (che rimangono soggetti ad ipoteca), ma senza spossessamento, così da mantenerne la destinazione d'uso (arg. ex art. 1, comma 2, d.l. n. 59/2016).

Oltre ad essere caratterizzato per l'inerenza dei beni mobili oggetto di garanzia all'attività d'impresa, il pegno non possessorio può avere ad oggetto anche beni futuri. In dottrina, viene discussa la possibilità di costituire un pegno su cosa futura. Secondo una corrente di pensiero il contratto avrebbe carattere preliminare e dovrebbe essere seguito da un contratto definitivo da concludersi al momento in cui la cosa viene ad esistenza e può essere quindi consegnata. Altra dottrina ritiene, invece, che si tratti di un contratto *ab origine* definitivo, sicché la consegna potrebbe risultare simbolica ovvero riguardare la cosa-madre produttiva; come nel caso del pegno sui frutti con consegna iniziale delle piante. Ancora, un'ulteriore ipotesi ricostruttiva (preferibile) è quella proposta da una dottrina autorevole secondo cui il pegno non possessorio individua

¹⁶⁸ Va avvertito che nello spossessamento del debitore si è voluto vedere una sorta di pubblicità del pegno, diretta a rendere nota ai terzi l'esistenza del vincolo. Così, C.M. Bianca, *Diritto civile*, vol. 7, cit., 194; in argomento, v. pure F. Dell'Anna Misurale, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, Napoli, 2004, 58, che ravvisa nello spossessamento del debitore un «meccanismo a valenza signalativa».

¹⁶⁹ *Cfr.*, sul punto, P. Di Pace, *Il pegno dei crediti*, Padova, 1939, 111, 141.

una fattispecie a formazione progressiva, il cui perfezionamento va legato alla consegna della cosa, una volta venuta ad esistenza, sulla base dell'accordo già raggiunto con la conclusione del contratto, il quale produce effetti meramente obbligatori. Con riferimento all'opponibilità del diritto di garanzia ai terzi, occorre prestare attenzione alla regola di cui all'art. 1787 cod. civ., al pari della scrittura di data certa che deve accompagnare la successiva consegna, specie sul fronte fallimentare¹⁷⁰.

Orbene, la peculiarità del pegno non possessorio di cosa futura è rappresentata dalla circostanza che tale garanzia richiede, quale elemento costitutivo della fattispecie, l'iscrizione nel registro dei beni possessori, anche ai fini dell'opponibilità ai terzi, che eventualmente vantino garanzie sullo stesso bene. Nell'ipotesi di sentenza dichiarativa di fallimento può assumere, peraltro, in rilievo il possibile esercizio delle azioni revocatorie ex artt. 66 e 67 l.f., evocate nell'ultimo comma dell'art. 1 del d.l. n. 59/2016.

Le considerazioni svolte appaiono riproducibili in relazione all'ipotesi in cui il pegno non possessorio ha ad oggetto beni determinabili «*anche mediante riferimento a una o più categorie merceologiche o a un valore complessivo*». In tal caso, la fattispecie a formazione progressiva (che si avrebbe, altresì, nell'ipotesi di pegno di cosa indivisa) si perfeziona al momento della determinazione (o della divisione) del bene¹⁷¹.

La disciplina prevede inoltre che, in mancanza di espressa previsione contrattuale, il debitore o il terzo concedente il pegno possano trasformare o alienare, nel rispetto della specifica destinazione economica, i beni oggetto della garanzia o, comunque, disporre¹⁷². Nell'eventualità, il pegno ricadrà, rispettivamente, sul prodotto risultante dalla trasformazione, sul corrispettivo della cessione del bene gravato o sul bene sostitutivo acquistato con tale corrispettivo, senza che ciò comporti la costituzione di una nuova garanzia. In sostanza, è ammessa la c.d. rotatività dei beni oggetto di pegno, secondo un modello già adottato in materia di strumenti finanziari (art. 5, comma 3, d.lgs. n. 170/2004; art. 34, comma 2, d.lgs. n. 213/1998 e art. 87, comma 1, d.lgs. n.

¹⁷⁰ In tal senso, vedasi F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, 667.

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² L'ultima parte della nuova formulazione del comma 2 fa salva, però, la possibilità, in capo al creditore, di promuovere azioni conservative o inibitorie, nelle ipotesi di abuso nell'utilizzo dei beni da parte del debitore e del terzo concedente il pegno.

58/1998) e avallato, recentemente, anche dalla giurisprudenza di legittimità¹⁷³. Beninteso, la peculiare rotatività del pegno non possessorio di cui all'art. 1 del d.l. n. 59/2016 è riconducibile all'intrinseco dinamismo dell'attività d'impresa, nel cui contesto di svolgimento sono funzionalmente collocati i beni oggetto di garanzia.

Quanto alla costituzione della garanzia, il terzo comma dell'art. 1 succitato prevede che il contratto debba risultare da atto scritto, contenente le indicazioni del creditore, del debitore o dell'eventuale terzo concedente il pegno, la descrizione del bene dato in garanzia, del credito garantito e l'indicazione dell'importo massimo garantito. Si tratta, evidentemente, di una forma *ad substantiam*, con conseguente nullità dell'atto in difetto del requisito anzidetto e delle indicazioni richieste.

La fattispecie negoziale, peraltro, non presenta il carattere reale del pegno ordinario, bensì consensuale. Non è tuttavia sufficiente il mero accordo scritto fra creditore e debitore (o terzo datore), necessitando altresì una formalità pubblicitaria di natura costitutiva, come emerge dal tenore letterale del quarto comma della disposizione in commento, secondo cui «*il pegno non possessorio si costituisce esclusivamente con la iscrizione in un registro informatizzato costituito presso l'Agenzia delle entrate e denominato registro dei pegni non possessori*». Ne deriva una duplice formalità sostanziale per la costituzione della garanzia in esame.

Lo stesso comma 4 stabilisce, poi, che dalla data dell'iscrizione il pegno prende il grado ed è opponibile ai terzi e nelle procedure concorsuali, regolamentando così la priorità di soddisfazione sul ricavato della vendita del bene. Un'eccezione è individuata – dal successivo quinto comma – in favore di chi abbia finanziato l'acquisto di un bene determinato che sia destinato all'esercizio dell'impresa e sia garantito da riserva di proprietà o da un pegno anche non possessorio, a condizione che il pegno non possessorio sia iscritto nel registro in conformità al comma 6 e che al momento della sua iscrizione il creditore ne informi i titolari di pegno non possessorio iscritto anteriormente.

L'iscrizione nel registro informatizzato dell'Agenzia delle entrate ha una durata di dieci anni e può essere rinnovata mediante un'iscrizione nel medesimo registro prima della scadenza del termine indicato. La cancellazione dell'iscrizione avviene per effetto dell'accordo dalle parti oppure può essere domandata in via giudiziale.

¹⁷³ Cfr. Cass., sez. I, 1 luglio 2015, n. 13508, in *www.neldiritto.it*

La disciplina demanda, invece, ad un decreto interministeriale – emesso di concerto dal Ministro dell'economia e delle finanze con il Ministro della giustizia – le operazioni d'iscrizione, consultazione, modifica, rinnovo o cancellazione presso il suddetto registro, nonché gli obblighi a carico di chi effettua tali operazioni e le modalità di accesso al registro stesso.

Il settimo comma dell'art. 1, d.l. n. 59/2016, prevede le modalità di escussione del pegno, imponendo un preventivo avviso scritto al datore della garanzia¹⁷⁴ e agli eventuali titolari di un pegno non possessorio iscritto successivamente. Nello specifico, il creditore può procedere: alla vendita dei beni oggetto del pegno trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del credito fino a concorrenza della somma garantita, restituendo contestualmente l'eccedenza; alla escussione dei crediti oggetto di pegno fino alla concorrenza della somma garantita; alla locazione del bene oggetto del pegno, imputando i canoni a soddisfacimento del proprio credito fino a concorrenza della somma garantita. In quest'ultima ipotesi, è chiaro che il contratto dovrà prevedere i criteri e le modalità di valutazione del corrispettivo della locazione. Analogamente, è prevista la facoltà per il creditore di appropriarsi dei beni oggetto del pegno fino a concorrenza della somma garantita, ove siano stabiliti anticipatamente i criteri e le modalità di valutazione del valore del bene oggetto del pegno e dell'obbligazione garantita¹⁷⁵. È interessante notare come il legislatore abbia espressamente previsto, al comma 9 dell'art. 1, d.l. n. 59/2016, una tutela di tipo risarcitorio in presenza della violazione delle modalità stabilite per l'escussione del pegno e la vendita del bene ad un prezzo non corrispondente a quello di mercato.

Infine, in caso di fallimento del debitore, il creditore può procedere a norma del comma 7 alla vendita della cosa oggetto di pegno solo su autorizzazione del giudice delegato, dopo che il suo credito sia stato ammesso al passivo con prelazione; ovvero optare anche per mantenere la *res* nell'ambito della li-

¹⁷⁴ È stato inserito il diritto, in capo al debitore, nonché all'eventuale terzo concedente il pegno, di proporre opposizione nel termine di cinque giorni decorrenti dall'intimazione e, qualora concorrano gravi motivi, il giudice, dietro specifica istanza dell'opponente, può inibire alla parte creditrice di procedere, mediante provvedimento d'urgenza.

¹⁷⁵ In conformità al nuovo comma 7-quater, nelle ipotesi ove il bene, ovvero il credito, già oggetto del pegno iscritto, venga sottoposto ad esecuzione forzata per espropriazione, il giudice dell'esecuzione, dietro istanza della parte creditrice, lo autorizza all'escussione del pegno, stabilendo con proprio decreto tempistiche e modalità di escussione, secondo la normativa. L'eventuale eccedenza verrà corrisposta, poi, in favore della procedura esecutiva, con salvezza dei crediti facenti capo agli aventi diritto a prelazione, anteriore rispetto a quella del creditore istante.

quidazione fallimentare ad opera del curatore. Da quanto detto si ricava che l'autotutela esecutiva del creditore è piena, a differenza di quanto avviene nell'ambito dell'art. 53 l.f., essendo necessario solo il passaggio prodromico dell'accertamento del credito in sede di formazione dello stato passivo.

Passando alla disamina del secondo istituto menzionato nell'*incipit* del presente paragrafo, il d.l. n. 59/2016 (cosiddetto "decreto salva banche") ha codificato una particolare forma di patto marciano. Nello specifico, l'art. 2 del provvedimento legislativo in rassegna prevede che il contratto di finanziamento concluso tra un imprenditore ed una banca (od altro soggetto autorizzato a concedere finanziamenti nei confronti del pubblico) possa essere garantito dal trasferimento, in favore del creditore o di altro soggetto a questi collegato, della proprietà di un immobile o di un altro diritto immobiliare dell'imprenditore o di un terzo, sospensivamente condizionato all'inadempimento del mutuatario. Ciò significa che la banca, in caso di inadempimento del debitore¹⁷⁶, può attivare la procedura per rivalersi sul diritto immobiliare posto a garanzia, notificando la volontà al debitore o al titolare del diritto reale di avvalersi degli effetti del patto di trasferimento, chiedendo al presidente del tribunale del luogo dove si trova l'immobile la nomina di un perito per la stima del diritto immobiliare reale oggetto del patto. Occorre precisare, peraltro, che il trasferimento può avvenire anche quando il diritto reale sia sottoposto ad esecuzione forzata per espropriazione, atteso che, ai fini del concorso tra i creditori, il patto a scopo di garanzia è equiparato all'ipoteca. Quindi, la banca può direttamente vendere l'immobile ad essa trasferito, al fine di compensare il proprio credito, senza doversi dar luogo ad una procedura esecutiva giudiziale; purché al proprietario sia corrisposta l'eventuale differenza tra il valore di stima del diritto e l'ammontare del debito inadempito e delle spese di trasferimento (arg. ex art. 2, comma 2, d.l. n. 59/2016). Qualora il debitore contesti la stima, il creditore ha comunque diritto di avvalersi degli effetti del patto, con la sola conseguenza che l'eventuale fondatezza della contestazione sollevata dal debitore o dal titolare del diritto reale immobiliare inciderà sulla differenza che il

¹⁷⁶Chiarisce l'art. 2, comma 5, d.l. n. 59/2016 che «*si ha inadempimento quando il mancato pagamento si protrae per oltre sei mesi dalla scadenza di almeno tre rate, anche non consecutive, nel caso di obbligo di rimborso a rate mensili; o per oltre sei mesi dalla scadenza anche di una sola rata, quando il debitore è tenuto al rimborso rateale secondo termini di scadenza superiori al periodo mensile; ovvero, per oltre sei mesi, quando non è prevista la restituzione mediante pagamenti da effettuarsi in via rateale, dalla scadenza del rimborso previsto nel contratto di finanziamento*».

creditore dovrà versare.

Il bene oggetto della garanzia può essere di qualsiasi natura (terreno, fabbricato strumentale, fabbricato abitativo), con l'unica eccezione che non può trattarsi dell'abitazione principale del datore di ipoteca, del suo coniuge o di suoi parenti e affini entro il terzo grado.

Anche in questa fattispecie, il bene oggetto di garanzia rimane nella sfera giuridica dell'imprenditore, ma ne viene previsto il passaggio di proprietà alla banca, qualora egli non rimborsi il finanziamento. È ben chiaro, inoltre, che, trascrivendo nei registri immobiliari il trasferimento sotto condizione sospensiva, si impedisce la pubblicazione sul bene di altre formalità pregiudizievoli per la banca mutuante, in quanto, se la condizione di inadempimento si verifica, il passaggio di proprietà alla banca del bene oggetto di garanzia è da intendersi avvenuto nel momento stesso in cui il patto marciano è stato originariamente trascritto, e ciò per effetto del tipico meccanismo retroattivo connesso alla verifica della condizione sospensiva.

Sotto un profilo procedimentale, verificatosi l'inadempimento, la banca creditrice deve notificare all'impresa finanziata una dichiarazione di volersi avvalere degli effetti del patto di trasferimento della proprietà. Decorso sessanta giorni, il creditore chiederà al presidente del tribunale la nomina di un perito per stimare l'immobile e comunicarne il valore agli interessati¹⁷⁷.

La normativa, peraltro, non si applica soltanto ai contratti conclusi successivamente alla sua entrata in vigore, ma anche a quelli in corso, per i quali questa nuova modalità di garanzia venga esplicitamente pattuita per atto notarile. In questo caso, si avrà una rinegoziazione delle condizioni contrattuali.

Da ultimo, si rileva che la nuova legge stabilisce che il patto di trasferimento sospensivamente condizionato prevale sulle formalità trascritte o iscritte nei registri immobiliari successivamente all'iscrizione dell'originaria ipoteca, come se il primo fosse stato trascritto con l'originaria ipoteca e andasse, di fatto, a sostituirla.

¹⁷⁷ Il perito, entro sessanta giorni decorrenti dalla nomina, deve comunicare, mediante posta elettronica certificata, la propria relazione giurata di stima sia al debitore che, qualora non coincidano, al titolare del diritto reale immobiliare, al creditore, a coloro che vantano diritti scaturiti da un titolo iscritto o trascritto sull'immobile. Detti soggetti, nel termine di dieci giorni dalla ricezione della suddetta relazione, possono replicare alla stessa attraverso note, alle quali il perito, entro i successivi dieci giorni, è tenuto a sua volta a fornire gli eventuali chiarimenti.

10. – Esaminate *supra* le alienazioni in funzione di garanzia, occorre ora spostato il centro dell'indagine su alcune fattispecie considerate lecite nel nostro ordinamento.

Una di queste figure, che è stata altresì positivizzata dal legislatore nell'art. 1500 del codice civile, è la vendita con patto di riscatto¹⁷⁸. Tale convenzione consente al proprietario che versi in uno stato di indigenza l'alienazione di un bene con la previsione contestuale della possibilità di riscattare, entro un termine convenzionalmente o legalmente stabilito, la titolarità della cosa alienata, restituendo la somma ricevuta e rimborsando le spese che ha sostenuto l'altra parte¹⁷⁹.

A tal proposito, è utile chiarire le ragioni che hanno spinto il legislatore a ritenere lecita tale figura distinguendola dal divieto del patto commissorio.

Secondo una prima opinione il diverso trattamento riservato al patto in esame risiede nell'esigenza generale di impedire la diffusione di una pattuizione tendenzialmente abusiva a convezione di stile nei rapporti di garanzia¹⁸⁰. Ma, tale affermazione – che attribuisce alla vendita con patto di riscatto una possibile funzione di garanzia, giungendo financo a ravvisare nella figura in esame addirittura il prototipo delle alienazioni *cavendi causa*¹⁸¹ – non appare persuasiva, atteso che i limiti entro cui è possibile stipulare una vendita con patto di riscatto vanno tratti dal diritto positivo attraverso una interpretazione che tenga fra l'altro conto anche dei divieti ricavabili dagli artt. 2741 e 2744 c.c. Nello specifico, se si considera che il concetto tecnico di garanzia presupp-

¹⁷⁸ Per vero, la liceità della figura della vendita con patto di riscatto risale al riconoscimento operato già dal diritto canonico basato sulla funzione di scambio e su ragioni pratiche.

¹⁷⁹ In argomento *cf.* A. Luminoso, *La vendita con riscatto*, in *Comm. cod. civ.* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1987; F. Carnelutti, *Mutuo pignoratizio e vendita con clausola di riscatto*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, II, 156; C. M. Bianca, *Vendita con patto di riscatto e alienazione in garanzia*, in *Foro pad.*, 1969, I, 1239 ss; T. Mancini, *Vendita con patto di riscatto e nullità ex art. 2744 codice civile*, cit., 1118 ss; G. Pugliese, *Nullità del patto commissorio e vendita con patto di riscatto*, cit., 156; P. Carbone, *Nullità. Rilevabilità d'ufficio. Vendita. Patto di riscatto. Divieto del patto commissorio*, cit., 348; G. Oberto, *Vendita con patto di riscatto, divieto del patto commissorio e contratto di lease-back*, in *Quadrim.*, 1984, 347 ss; F. Realmondo, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, in *Foro it.*, 1989, I, 1440 ss; E. Roppo, *Patto di riscatto. Patto commissorio*, cit., 97.

¹⁸⁰ C. M. Bianca, *Vendita con patto di riscatto e alienazione in garanzia*, cit., 1242.

¹⁸¹ *Cfr.*, in tal senso, da ultimo, O.T. Scozzafava, *Note in tema di alienazione a scopo di garanzia*, in *Contratto e impresa*, 2006, spec. 24 ss.

pone la preesistenza di un rapporto obbligatorio garantito, non si potrebbe affermare che la vendita con patto di riscatto assuma necessariamente siffatta funzione¹⁸². Ed invero, tale operazione potrebbe astrattamente assumere questa funzione solo a condizione che il rapporto obbligatorio preesista alla vendita stessa e questa, accompagnata dalla clausola di riscatto, sia effettuata prima della scadenza del debito. Nella prassi negoziale, però, non accade quasi mai che il debitore acconsenta a fornire (soprattutto in pendenza del termine dell'adempimento) una garanzia al creditore sotto forma di un trasferimento commissorio. Nell'ipotesi in cui ciò avvenga, occorrerà comunque verificare attentamente quali finalità abbia il trasferimento del bene e, in particolare, se non sia piuttosto una finalità solutoria sia pure accompagnata dalla previsione (col consenso della controparte) di un eventuale futuro riscatto del bene, anziché quella di fornire una garanzia al creditore. Per converso, nell'ipotesi in cui non sussista un rapporto obbligatorio principale e preesistente, si potrà riconoscere nella vendita con patto di riscatto una funzione generica di finanziamento e, magari, vedere nel trasferimento della proprietà un meccanismo preordinato alla garanzia della restituzione della somma oggetto di tale finanziamento¹⁸³.

Altra parte della dottrina ha individuato, invece, nella debolezza contrattuale del debitore la differenza di trattamento legislativo riservato alla vendita con patto di riscatto rispetto al patto commissorio. In particolare, in quest'ultimo l'abuso di posizione da parte del creditore è certamente maggiore rispetto alla vendita con patto di riscatto in cui il soggetto decide di alienare il proprio bene riservandosi la possibilità di riscattarlo¹⁸⁴.

In realtà, la tutela debitoria in questo caso si riferisce più al lato economico che a quello giuridico dell'operazione, non approfondendo, inoltre, sul piano tecnico-giuridico, le ragioni della maggiore debolezza del debitore.

Un'ulteriore teoria ravvisa il differente trattamento sanzionatorio della vendita con patto di riscatto nei diversi regimi di manleva e di rischio concernente il perimento non imputabile del bene¹⁸⁵. Nel dettaglio, per quanto concerne il primo profilo, nel patto in esame il creditore è assicurato di realizzarsi esclusivamente sul bene oggetto della vendita; viceversa, nel patto commissorio, alla

¹⁸² P. Carbone, *Nullità. Rilevabilità d'ufficio. Vendita. Patto di riscatto. Divieto del patto commissorio*, cit., 349.

¹⁸³ E. Roppo, *Patto di riscatto. Patto commissorio*, cit., 99.

¹⁸⁴ A. Luminoso, *La vendita con riscatto*, cit., 270.

¹⁸⁵ L. Barbiera, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali, Artt. 2740-2744*, cit., 214.

garanzia della vendita si aggiunge la garanzia ex art. 2740 c.c. sul patrimonio del debitore. Per quanto riguarda il secondo profilo, nella pattuizione commissoria il rischio del perimento fortuito è a carico dell'alienante debitore. In tale ipotesi, peraltro, il creditore conserva sempre la possibilità di soddisfarsi aggredendo gli altri beni del debitore; mentre tale rischio è a carico del creditore nella pattuizione commissoria¹⁸⁶. Questa tesi, tuttavia, non considera che il rischio del perimento del bene appare assai remoto, potendo essere lo stesso posto convenzionalmente a carico del creditore anche nella vendita con patto di riscatto, con la conseguenza che il patto commissorio dovrebbe essere considerato lecito; inoltre, la contemporanea presenza della garanzia generica di cui all'art. 2740 e di altra forma di manleva con oggetto più specifico non comporta alcun giudizio di riprovevolezza del sistema¹⁸⁷.

Le considerazioni appena svolte, pertanto, riportano la giustificazione del diverso trattamento della vendita con patto di riscatto rispetto al patto commissorio a criteri che tengano conto dell'esatto fondamento del patto di cui all'art. 2744 c.c. che, tuttavia, come si è ribadito, non presenta unanimità di vedute in dottrina ed in giurisprudenza. Ad ogni modo, la vendita con patto di riscatto presenta caratteri peculiari che la differenziano in modo sostanziale dal patto commissorio. Ciò non toglie che le parti possano approfittarsene cercando di eludere la previsione di cui all'art. 2744 c.c., attraverso la realizzazione di una funzione economico sociale differente da quella delineata dal legislatore all'art. 1500 c.c.

Diversa dalla vendita con patto di riscatto è la vendita con riserva di proprietà. Attraverso tale accordo, le parti, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1526, 2 comma, c.c., possono attribuire al venditore la possibilità di ritenere le rate pagate a titolo di indennizzo, nell'ipotesi di risoluzione del contratto per inadempimento del compratore. Tale pattuizione, analogamente alla vendita con patto di riscatto, mantiene la funzione tipica di scambio del contratto di compravendita.

Ciò posto, occorre evidenziare che anche quest'ultima fattispecie può essere utilizzata dai contraenti per eludere il divieto di patto commissorio. Ed infatti, tale convenzione può essere utilizzata dalle parti per scopi diversi: come, ad esempio, nel caso in cui un soggetto, bisognoso di denaro, trasferisca un pro-

¹⁸⁶F. Realmonte, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, cit. 1443.

¹⁸⁷A. Luminoso, *La vendita con riscatto*, cit., 274.

prio bene ad un altro, il quale, successivamente lo ritrasferisca con patto di riservato dominio al venditore stesso o ad un terzo¹⁸⁸.

A tal riguardo, non può non osservarsi che la vendita con riserva di proprietà debba essere ricompresa fra le alienazioni in garanzia, con la conseguenza che si riterrà violata la previsione di cui all'art. 2744 c.c. ove l'accordo difetti di meccanismi che escludano l'approfittamento della posizione debitoria, ossia della parte debole del rapporto¹⁸⁹. Il pericolo di abuso a carico del debitore è rappresentato, ad esempio, dalla clausola che in caso di inadempimento facoltizza il venditore a risolvere il contratto e ad incamerare a titolo di indennità le rate di prezzo già riscosse¹⁹⁰.

Un'ultima considerazione deve essere fatta per la cessione dei crediti a scopo di garanzia¹⁹¹. Sebbene qui vi sia l'attribuzione di un diritto di credito e non di un diritto reale in capo al creditore, si è posto il problema della liceità di tale operazione con riguardo alla fattispecie commissoria. In realtà, tale fattispecie viene considerata meritevole di tutela da parte del nostro ordinamento. La ragione della sottrazione di tale pattuizione dall'ambito del divieto di cui all'art. 2744 c.c. non è soltanto da ricercare nel mancato pericolo di abuso verso il contraente debole, ma è altresì giustificata dall'applicazione analogica dell'art. 2803 c.c. (in materia di pegno di crediti) e dell'art. 1851 c.c. (in materia di pegno irregolare), che ribadiscono il principio secondo cui il creditore garantito, mediante la costituzione del pegno, deve restituire al debitore l'ecce-

¹⁸⁸ G. Cricenti, *I contratti in frode alla legge*, cit., 97.

¹⁸⁹ F. Realmonte, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, cit. 1445.

¹⁹⁰ Si ricordi, comunque, che il venditore non può risolvere il contratto per il mancato pagamento di una rata che non superi l'ottava parte del prezzo (arg. ex art. 1525 cod. civ.). Il rilievo è di C.M. Bianca, *Diritto civile*, vol. 7, cit., 264.

¹⁹¹ F. Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., 189; M. Sesta, *Le garanzie atipiche*, Padova, 1988, 155; in tema v. anche M. Lascialfari, *La cessione di crediti a scopo di garanzia*, in *Le garanzie rafforzate del credito*, a cura di V. Cuffaro, Torino, 2000, 269; F. Maimeri, *Cessione dei crediti in garanzia e mandato irrevocabile all'incasso*, in F. Mastropaolo (a cura di), *I contratti di garanzia*, I, 885; A.A. Dolmetta – G.B. Portale, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, in *Banca, borsa*, 1999, I, 100; M. Viale, *Le garanzie bancarie*, in *Tratt. Galgano*, Padova, 1994, 109; G. Bavetta, *La cessione dei crediti a scopo di garanzia*, in *Dir. fall.*, 1995, I, 588; G. Guerrieri, *Cessione del credito a scopo di garanzia (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, 1988; T. Mancini, *La cessione del credito con causa di garanzia*, Padova, 2007; D. Valentino, *La circolazione dei beni in funzione di garanzia*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, II, Milano, 2008, 2989; U. Stefini, *La cessione del credito con scopo di garanzia*, Milano, 2007.

denza rispetto al valore del credito garantito¹⁹². È appena il caso di precisare, però, che la cessione del credito si distingue rispetto al pegno di credito in quanto essa trasferisce al cessionario la titolarità del credito, mentre il pegno attribuisce al creditore pignoratizio un vincolo di garanzia su un credito di cui il concedente rimane titolare¹⁹³. Accertare, dunque, se le parti hanno voluto una cessione o un pegno di credito è un problema di interpretazione del contratto¹⁹⁴.

Com'è stato giustamente osservato, la cessione del credito a scopo di garanzia attribuisce al cessionario la titolarità del diritto ceduto ma gli impone, nel contempo, gli obblighi connessi alla funzione di garanzia e, in primo luogo, l'obbligo di non abusare della titolarità trasferendo ad altri il credito stesso¹⁹⁵. Si coglie in ciò il carattere fiduciario della cessione, che attribuisce al cessionario un diritto di cui egli deve disporre nei limiti dello scopo di garanzia¹⁹⁶.

La validità della cessione in garanzia ha avuto un riconoscimento legislativo nella disciplina dei contratti di garanzia fiduciaria, nei quali è espressamente ricompresa la cessione dei crediti. Non si può dubitare, in proposito, che il regolamento contrattuale debba essere ricostruito sulla falsariga del patto marciano, nel senso che è posto a carico del creditore, in caso di inadempimento da parte del debitore, restituire l'eventuale esubero del credito garantito. In caso contrario, se all'inadempimento del debitore conseguisse puramente e semplicemente la definitività dell'effetto traslativo, precludendo la verifica del rapporto di congruità tra credito garantito e credito ceduto, si sarebbe di fronte ad un patto commissorio illecito¹⁹⁷.

¹⁹² In argomento, *cf.* F. Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., 231 ss; G. Bavetta, *La cessione di credito a scopo di garanzia*, in *Dir. fall.*, 1995, I, 588 ss.; C. Varrone, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, cit., 80 ss; B. Inzitari, *Forme di garanzie atipiche e indirette nel fallimento: la cessione del credito a scopo di garanzia*, in *Fallimento*, 2002, 963 ss. C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, 159 ss.

¹⁹³ La notazione è di C.M. Bianca, *Diritto civile*, vol. 7, cit., 266.

¹⁹⁴ Sui risvolti applicativi della distinzione tra pegno e cessione del credito in garanzia v. G. Finazzi, *La cessione del credito*, in *La circolazione del credito*, I, a cura di R. Alessi – V. Mannino, Padova, 2009, 31, il quale rileva, tra l'altro, come in tema di concordato preventivo non debba applicarsi al cessionario l'art. 177, commi 3 e 4, l. fall., che condiziona il diritto di voto alla rinuncia totale o parziale alla prelazione.

¹⁹⁵ Così C.M. Bianca, *Diritto civile*, vol. 7, cit., 266.

¹⁹⁶ Sulla cessione in garanzia quale negozio fiduciario v. P. Perlingieri, *Della cessione dei crediti*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Artt. 1260-1267, Bologna, 1982, 43; Id., *La cessione dei crediti ordinari e "d'impresa"*, Napoli, 1993, 32. *Cfr.* anche B. Inzitari, in *Banca, borsa*, 1997, I, 165, secondo cui «il fenomeno rientra in quello più ampio del *trasferimento fiduciario dei diritti*».

¹⁹⁷ In tal senso *cf.* N. Cipriani, *La cessione di crediti a scopo di garanzia tra patto commissorio*

11. – Un'altra fattispecie da analizzare, con riguardo alle alienazioni in garanzia che possono integrare il divieto di patto commissorio, è il *sale and lease-back*¹⁹⁸. Trattasi di un contratto di origine anglosassone, con il quale un'impresa commerciale vende beni di sua proprietà ad un imprenditore finanziario che ne diventa proprietario pagando un corrispettivo, il quale, dal canto suo, contestualmente lo cede in *leasing* alla stessa venditrice che versa periodicamente dei canoni per una certa durata, con la facoltà di riacquistare la proprietà dei beni venduti, corrispondendo al termine di durata del contratto il prezzo stabilito per il riscatto¹⁹⁹.

A tal proposito, occorre preliminarmente operare una distinzione fra la fattispecie anzidetta ed il *leasing* finanziario²⁰⁰. Quest'ultimo, infatti, presenta una struttura del rapporto trilaterale essendo presenti il concedente, il fornitore e l'utilizzatore. Nel dettaglio, il fornitore è il proprietario del bene, il concedente è costituito dalla società che acquista il bene dal fornitore per concederlo in godimento, mentre l'utilizzatore è colui appunto a cui viene dato in godimento il bene.

Nel concreto, l'utilizzatore avrà il godimento del bene per un certo lasso di tempo verso il corrispettivo di un certo numero di rate e con un diritto finale di opzione mediante il pagamento di una somma differenziale già prefissata.

Al contrario, il *sale and lease-back* mostra una struttura bilaterale in cui sono presenti due soggetti: il primo è il proprietario originario del bene che di-

e patto marciano, in *Riv. dir. impr.*, 2010, 140.

¹⁹⁸ In argomento, v. G. Oberto, *Vendita con patto di riscatto, divieto del patto commissorio e contratto di lease-back*, cit., 347 ss; A.C. Pelosi, *Lease-back, divieto del patto commissorio ed elusione fiscale*, in *Riv. it. leasing*, 1989, 485 ss; C. Varrone, *Leasing finanziario e sale-lease-back*, in *Impresa, ambiente e pubblica amministrazione*, 1975, 657 ss.; M. Bussani, *Il contratto di lease-back*, in *Contr. e impr.*, 1986, 558 ss.; R. De Nictolis, *Considerazioni in tema di lease-back*, in *Quaderni giur. impr.*, 1989, 81 ss.; Id., *Divieto del patto commissorio, alienazioni in garanzia e sale lease back*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, 553.

¹⁹⁹ L'art. 2495-bis, c. 4, cod. civ. designa tale contratto come operazione di compravendita con locazione finanziaria al venditore.

²⁰⁰ A tal proposito, cfr. V. Buonocore, *Leasing*, in *Noviss. Dig. It., App.*, IV, 1983, 797 ss; M. Bussani – P. Cendon, *I contratti nuovi. Casi e materiali di dottrina e giurisprudenza. Leasing, factoring, franchising*, Milano, 1989, 137 ss.; F. Cavazzuti, *Leasing. I) Diritto privato*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990; G. De Nova, *Il contratto di leasing*, III ed., Milano, 1994, 65 ss; G. Tagliavini, *La valutazione del rischio nelle operazioni di leasing: l'individuazione di "impegni credibili"*, in *Riv. it. leasing*, 1989, 289 ss.

venterà utilizzatore; il secondo è colui che, acquistato il bene dal proprietario, concederà contestualmente a quest'ultimo il godimento del bene attraverso la stipulazione di un contratto di *leasing*²⁰¹.

Considerando le differenze fra i due negozi, si osserva che ricorrerà al *lease-back* colui che è proprietario di un bene, ma nel contempo è bisognoso di denaro liquido, il quale vuole continuare ad utilizzarlo, ad esempio per lo svolgimento della propria attività economica: questi potrà farlo vendendo il bene ad un terzo, il quale glielo concederà contemporaneamente in *leasing*, per il quale l'utilizzatore pagherà i canoni ed avrà la possibilità di riacquistare la proprietà del bene tramite il pagamento di una somma differenziale.

Nel *sale and lease-back*, dunque, sono presenti due contratti: un primo, la vendita (*sale*) che ha natura tipica, e un secondo atipico, cioè il *leasing* nella specifica versione del *leasing* di ritorno (*lease-back*).

Sotto un profilo squisitamente giuridico, il trasferimento immediato della proprietà, che è uno dei momenti caratterizzanti l'operazione, e la particolare esaltazione delle potenzialità finanziarie già proprie del *leasing* finanziario sono elementi che hanno consentito in passato a taluni interpreti di avvicinare lo schema contrattuale della locazione finanziaria di ritorno a quello delle illecite alienazioni in garanzia ad effetto traslativo immediato, ponendo il problema dei limiti di validità della fattispecie anzidetta in relazione all'art. 2744 c.c.²⁰².

²⁰¹ Cfr. Cass., 21 gennaio 2005, n. 1273, la quale chiarisce, assai bene, che «il contratto di *sale and lease back* si configura secondo uno schema negoziale, socialmente tipico (in quanto frequentemente applicato, sia in Italia che all'estero, nella pratica degli affari), caratterizzato da una specificità tanto di struttura quanto di funzione (e, quindi, da originalità e autonomia rispetto ai «tipi» negoziali codificati), e concretamente attuato attraverso il collegamento tra un contratto di vendita di un proprio bene di natura strumentale da parte di un'impresa (o di un lavoratore autonomo) ad una società di finanziamento che, a sua volta, lo concede contestualmente in «*leasing*» all'alienante, il quale corrisponde, dal suo canto, un canone di utilizzazione con facoltà, alla scadenza del contratto, di riacquistarne la proprietà esercitando un diritto di opzione per un predeterminato prezzo; manca, pertanto, nella fattispecie de qua quella trilateralità propria del *leasing*, potendo essere due (e soltanto due) i soggetti dell'operazione finanziaria (e, conseguentemente, le parti del contratto), in quanto l'imprenditore assume la duplice veste del fornitore-venditore e dell'utilizzatore».

²⁰² M.L. De Rosa, *Lease back e patto commissorio*, in *Riv. it. leasing*, 1989, 1, 213 ss.; G.M. Galimberti, *Il leasing industriale e il leasing immobiliare*, Milano, 1983; V. Santarsiere, "Sale and lease back" per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela, in *Arch. civ.*, 1997, 47 ss.; R. De Nictolis, *Divieto del patto commissorio, alienazioni e garanzia e sale-lease-back*, in *Quaderni giur. impr.*, II, 1991, 535 ss. In argomento, va senz'altro segnalata la recente sentenza Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625, che ha il merito di aver fatto il punto, in materia di alienazioni a scopo di ga-

Per la verità, va rilevato che prima della pronuncia della Cassazione del 1983, in ambito di alienazioni in funzione di garanzia, la giurisprudenza di merito considerava lecito senza alcun problema il *sale and lease-back*, in ragione del fatto che il trasferimento della proprietà era immediato e non subordinato all'inadempimento dell'obbligazione²⁰³. A seguito della pronuncia anzidetta – che, com'è noto, ha definitivamente equiparato ai fini dell'invalidità delle alienazioni in funzione di garanzia i trasferimenti sospensivamente condizionati a quelli risolutivamente condizionati – sono emerse diverse argomentazioni da parte della giurisprudenza immediatamente successiva e della dottrina che hanno minato la validità della fattispecie in esame.

Una parte della dottrina²⁰⁴ e della giurisprudenza²⁰⁵, infatti, al fine di poter individuare una funzione di garanzia nel mantenimento del diritto di proprietà in capo al proprietario-utilizzatore, così come l'individuazione – nel pagamento dei canoni di *leasing* – di una restituzione rateale della somma mutuata da colui che acquista il bene e lo concede in *leasing*, ha ravvisato una forte corrispondenza tra l'operazione di *lease-back* e la costituzione di un mutuo con garanzia reale atipica sui beni del mutuatario. Da tale analogia consegue che attraverso quest'accordo si arriverebbe alla elusione del divieto di cui all'art. 2744 c.c., per lo più attraverso lo strumento tecnico della frode alla legge e, quindi, all'illeceità di tale negozio²⁰⁶.

Viceversa, altra parte della dottrina ha sostenuto l'ammissibilità del *sale and lease-back*, salvo il caso di un'utilizzazione che, nel concreto, presenti evi-

ranza, circa l'ambito di operatività del divieto dell'art. 2744 c.c. con specifico riguardo al contratto di *sale and lease-back*. La sentenza, da ultimo citata, si trova pubblicata in *Riv. not.*, 2015, 182 ss.; in *Il fallimento*, 7/2015, 791 ss., con nota di M. Spadaro; in *Giur. it.*, 2015, 2341 ss., con nota di V. Viti. Cfr., pure, M. Natale, *Lease-back e strutture utili di patto marciano*, in *Riv. dir. civ.*, 6/2015, 1595 ss.

²⁰³ Cfr. Trib. Roma, 22 marzo 1979, in *Banche e banchieri*, 1982, 467 ss.; Trib. Milano, 3 maggio 1983, in *Riv. notar.*, 1984, II, 601 ss.

²⁰⁴ G. Obero, *Vendita con patto di riscatto, divieto del patto commissorio e contratto di lease-back*, cit., 372.

²⁰⁵ Cfr. App. Cagliari, 3 marzo 1993, in *Riv. giur. sarda*, 1994, 301; Trib. Genova, 30 gennaio 1992, in *Giur. comm.*, 1993, II, 427; Trib. Milano, 19 giugno 1986, in *Riv. it. leasing*, 1986, 786; Trib. Vicenza, 12 luglio 1988, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1250; Trib. Roma 7 maggio 1990, in *Temi romana*, 1990, 137.

²⁰⁶ Cfr. Cass., 6 agosto 2004, n. 15178, in *Giust. civ.*, 2005, I, 1019; Cass., 28 giugno 2006, n. 14903, in *Dir. e prat. soc.*, 2007, 60, con nota di Buonomenna.

denti indici del perseguimento di uno scopo elusivo dell'art. 2744 c.c.²⁰⁷, e si ponga pertanto quale uso "anomalo", *rectius* fraudolento del *lease-back*²⁰⁸. Tale assunto, confermato altresì da una parte della giurisprudenza di merito²⁰⁹, non ravvisa dunque nel *sale and lease-back* un preesistente rapporto di debito-credito tra i soggetti protagonisti dell'operazione; la vendita, quindi, non si presenta come contratto accessorio a scopo di garanzia, ma come contratto strumentalmente collegato a quello di *leasing*, funzionale alla realizzazione dell'assetto di interessi perseguito dalle parti. In tal senso, si è pronunciata la Suprema Corte, con una decisione dell'ottobre del 1995²¹⁰, che ha posto al

²⁰⁷ Cfr. la cit. Cass., 21 gennaio 2005, n. 1273, secondo cui «il negozio di *sale and lease-back* viola la ratio del divieto del patto commissorio sol che (e tutte le volte che) il debitore, allo scopo di garantire al creditore l'adempimento dell'obbligazione, trasferisca a garanzia del credito 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, con un adattamento funzionale dello scopo di garanzia del tutto incompatibile con la struttura e la ratio del contratto di compravendita, mentre l'esistenza di una concreta causa negoziale di scambio (che può riguardare, o meno, tanto il *sale and lease-back* quanto lo stesso *leasing* finanziario) esclude in radice la configurabilità del patto vietato». V. anche Cass., 2 febbraio 2006, n. 2285, in *Giust. civ.*, 2007, I, 700, con nota di E. Giacobbe, *ivi*, 2007, I, 2529, per la quale «deve escludersi che l'art. 2744 c.c. (sul divieto del patto commissorio) costituisca una norma eccezionale, di stretta interpretazione, applicabile unicamente nell'eventualità in cui sia aggiunto al pegno, all'ipoteca, all'anticresi. Il divieto di patto commissorio, infatti, si estende a qualsiasi negozio, ancorché lecito e quale ne sia il contenuto, che venga impiegato per conseguire il risultato concreto, vietato dall'ordinamento, dell'illecita coercizione del debitore a sottostare alla volontà del creditore, accettando preventivamente il trasferimento di proprietà di un suo bene e come conseguenza della mancata estinzione del debito ed applicabile, pertanto, anche con riguardo ad un contratto intercorso tra due società da qualificarsi *sale and lease-back*». In linea con quest'ultimo rilievo appare Cass. civ., sez. II, 3 febbraio 2012; Cass. sez. II, 21 gennaio 2016, n. 1075.

²⁰⁸ G. De Nova, *Il contratto di leasing*, cit., 53; S. D'Ercole, *Sull'alienazione in garanzia*, cit., 228 ss., spec. 253 ss.; A. Frignani, "Leasing". *Qualche passo avanti e qualche battuta d'arresto*, in *Giur. it.*, 1985, IV, cc. 245 ss.; U. Morello, *Frode alla legge*, cit., 515; A. Munari, *Vendita e nullità del sale e lease-back in relazione al divieto del patto commissorio*, in *Riv. it. leasing*, 1986, 172 ss.; A. Luminoso, *Lease back, mercato e divieto del patto commissorio*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 489 ss.

²⁰⁹ Cfr. Trib. Pavia, 1 aprile 1988, in *Giust. civ.*, 1988, I, 716 s.; Trib. Pavia, 16 giugno 1988, in *Riv. it. leasing*, 1988, 438; Trib. Torino, 29 marzo 1988, in *Giur. piem.*, 1988, 679; Collegio arbitrale Palermo, 14 dicembre 1990, in *Riv. arb.*, 1991, 601.

²¹⁰ Cfr. Cass., 16 ottobre 1995, n. 10805, in *Corr. giur.*, 1995, 1360 ss., con nota di V. Carbone, *Le peculiarità del lease back o sale lease back*, 1365 ss.; in *Giur. it.*, I, 1, 1996, cc. 1382 ss., con nota di S.M. Cinquemani, *Sale and lease back tra liceità e frode al divieto del patto commis-*

centro dell'intero dibattito interpretativo (in materia di *lease-back*) le analogie e le differenze tra quest'ultimo modello e quello delle alienazioni in garanzia ad effetto immediato, per stabilire se alla locazione finanziaria di ritorno possa essere riconosciuto un sufficiente margine di autonomia strutturale e funzionale, in grado di legittimare la validità del *sale and lease-back*. Orbene, la Corte dopo aver chiarito che la locazione finanziaria di ritorno costituisce un negozio socialmente tipico e lecito in astratto, catalogabile nell'ambito dei contratti di impresa²¹¹, ha affermato che gli elementi caratterizzanti tale operazione sono tali da integrare un'ipotesi di vendita «a scopo di *leasing*» e non «a scopo di garanzia»²¹². In presenza di tali elementi, quindi, l'operazione illustrata rivela una sufficiente autonomia strutturale e funzionale che ne impedisce la sanzionabilità *ex art. 2744 c.c.* A tal fine, la giurisprudenza di legittimità ha dichiarato che si dovranno tenere in considerazione i seguenti requisiti²¹³: la qualità delle parti contraenti, vale a dire che dovranno essere presenti, da un lato, un'impresa o un lavoratore autonomo, e dall'altro, un'impresa di *leasing*; la

rio, cc. 1381 ss.; in *Contr.*, 1996, 28 ss., con nota di R. De Meo; in *Foro it.*, 1996, I, cc. 3492, con nota di A. Monti; in *Notariato*, 1996, 220 ss.; in *Riv. giur. sarda*, 1996, 346 ss., con nota di A. Luminoso; Cass., 4 marzo 1996, n. 1657, in *Giur. comm.*, 1997, II, con nota di R. Simone, *Dr. Jekyll e Mr. Hide, ovvero la doppia vita del sale and lease back*; essa è seguita in termini analoghi da Cass., 19 luglio 1997, n. 6663, in *Foro it.*, 1997, I, cc. 3586; in *Rass. trib.*, 1998, 805, con nota di S.M. Ceccacci; in *Contr.*, 1998, 395, con nota di A. Maniàci; Cass., 15 aprile 1998, n. 4095, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1820, con nota di R. Simone; in *Giust. civ.*, 1998, I, 3237 ss., con nota di A. Schermi.

²¹¹ Secondo alcuni, peraltro, il contratto sarebbe implicitamente tipizzato all'art. 2425-bis cod. civ. (in tal senso, *cf.* G. Di Rosa, *L'operazione di sale and lease back tra normotipo astratto e fattispecie concreta*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1136 ss., spec. 1137).

²¹² Com'è stato, recentemente, sottolineato la figura risponde all'esigenza, diffusa in ambito imprenditoriale, di permettere l'esercizio dell'attività economica indipendentemente dalla titolarità dei mezzi di produzione e di smobilizzare risorse patrimoniali per utilizzare la liquidità ottenuta in investimenti produttivi e, più in generale, per consentire una gestione agile ed adeguata alle strategie di medio e lungo periodo. *Cfr.*, fra i tanti, G. De Nova, *Il lease-back*, cit., 521 ss.; G. Di Rosa, *L'operazione di sale and lease back tra normotipo astratto e fattispecie concreta*, cit., 1139.

²¹³ Con riguardo agli indici rivelatori del possibile intento fraudolento delle parti che concludono un contratto di *sale and lease-back* si rimanda a F. Lotta, *Gli indici di anomalia del lease back nella recente giurisprudenza*, nota a Trib. S.M. Capua Vetere, 13 marzo 2012, Trib. Milano, 24 gennaio 2021, Trib. Milano, 28 giugno 2010, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, II, 356 ss., spec. 363 ss.; F. Arcari, *Indici di anomalia del lease back*, nota a Cass., 22 marzo 2007, n. 6969, in *I Contratti*, 1/2008, 36 ss.

natura del bene oggetto dell'operazione, che dovrà essere un bene strumentale all'esercizio dell'impresa (di norma funzionale ad un determinato assetto produttivo); il fatto che le condizioni del contratto di utilizzazione si conformino a quelle generalmente praticate nei contratti di *leasing*; la durata del rapporto, che deve essere considerevole; infine, i criteri di determinazione del prezzo della vendita, dei canoni e del prezzo d'opzione, onde evitare una sproporzione tra le prestazioni di ambo le parti ²¹⁴. A questo proposito, torna utile richiamare la citata sentenza del 2015 ²¹⁵, con la quale la Suprema Corte si è pronunciata in merito alla validità del contratto di *sale and lease-back* contenente la clausola marciiana. La decisione ha cura di precisare come la clausola in discorso possa essere strutturata anche diversamente, purché sia comunque realizzata la finalità cui i requisiti anzidetti mirano. Essa sottolinea, infatti, la necessità che «*sin dalla conclusione del contratto di lease-back, siano stati previsti meccanismi oggettivi e procedimentalizzanti che (...9 permettano la verifica di congruenza tra valore del bene oggetto di garanzia, che viene definitivamente acquisito al creditore, ed entità del credito*» (punto 2.5 della motivazione). L'essenziale è – prosegue ancora la sentenza – che risulti dal patto «*che le parti abbiano in anticipo previsto che, nella sostanza dell'operazione economica, il debitore perderà eventualmente la proprietà del suo bene per un prezzo giusto, determinato al tempo dell'inadempimento, perché il surplus gli sarà senz'altro restituito*» (punto 2.5 della motivazione). Pertanto, è possibile subordinare l'acquisto da parte del creditore-acquirente alla condizione sospensiva della restituzione da parte sua dell'eventuale eccedenza tra valore del bene alienato in garanzia e credito, calcolata nei modi e nei tempi anzidetti.

Tentando di comporre il quadro, può dirsi che l'operazione di *sale and lease-back* è caratterizzata da uno schema negoziale tipico nel cui ambito il trasferimento in proprietà del bene all'impresa di *leasing* rappresenta il necessario presupposto per la concessione del bene in locazione finanziaria; sicché, essa non appare preordinata, per sua natura e nel suo fisiologico operare, ad uno scopo di garanzia e, neppure, alla fraudolenta elusione del divieto posto dall'art. 2744 c.c. Tale impostazione ha ricevuto larghi consensi in dottrina e

²¹⁴ G. Rispoli, *Lease back: chiaroscuri applicativi fra funzione di finanziamento e garanzia*, in *Giur. it.*, 2012, 579 ss. La sproporzione tra valore del bene venduto ed entità del credito è ritenuta uno degli indizi di maggior peso da Cass., 9 maggio 2013, n. 10986.

²¹⁵ Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625, cit.

in giurisprudenza ed è, allo stato, ancora la tesi predominante²¹⁶. Ne rappresenta conferma un recente intervento della Cassazione (Cass., sez. II, 7 settembre 2009, n. 19288), in cui viene ribadito pedissequamente l'orientamento espresso dalle Sezioni Unite più di trent'anni or sono, seppur con riguardo alla vendita con patto di riscatto o di retrovendita, atteso che la predetta vendita non incorre nel divieto di patto commissorio qualora venga accertata l'inesistenza, a base del trasferimento, di un rapporto debito-credito tra le parti del contratto e quindi la mancanza di uno scopo di garanzia.

12. – Quanto sinora osservato rivela, senza alcun dubbio, che le pattuizioni commissorie sono generalmente viste con sfavore dal nostro ordinamento. Del resto, gli artt. 1963 e 2744 c.c. comminano la più grave sanzione della nullità della convenzione commissoria, in virtù dell'esigenza di tutela del debitore, quale contraente debole, da possibili abusi del creditore nei negozi di garanzia²¹⁷.

In realtà, la lesione di un simile interesse consente di qualificare il patto commissorio come un contratto illecito, poiché volto a realizzare uno scopo non consentito dalla legge²¹⁸. A tal riguardo, è facilmente intuibile che assume particolare rilevanza la funzione svolta dal regolamento voluto delle parti, che riveste un ruolo fondamentale all'interno del negozio. Tale funzione, indipendentemente dal *nomen iuris* attribuito al contratto, deve essere inquadrata come illecita ex art. 1343 c.c., poiché volta alla concretizzazione di effetti elusivi di interessi tutelati dall'ordinamento. In tale ottica, però, troverebbe applicazione la disciplina dettata in tema di nullità del contratto di cui all'art. 1418, 2° comma, c.c. Il che determinerebbe una serie di conseguenze sul piano pratico: in primo luogo, al cospetto di un negozio nullo per illiceità della causa, nessuna delle parti può legittimamente domandare il risarcimento dei danni,

²¹⁶ Cfr., per tutti, G. De Nova, *Il lease back*, in *Riv. it. Leasing*, 1987, n. 3, 517 ss., spec. 523; in giurisprudenza v., ad esempio, Cass., 22 marzo 2007, n. 6969, in *I Contratti*, 1/2008, 33 ss., con nota di F. Arcari; Cass., 14 marzo 2006, n. 5438, in *Giur. it.*, con note di L. Strona e di M. Lascialfari.

²¹⁷ In argomento cfr. G. Pugliese, *Nullità del patto commissorio e vendita con patto di riscatto*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1945, I, 156 ss; T. Mancini, *Vendita con patto di riscatto e nullità ex art. 2744 codice civile*, in *Foro it.*, 1966, I, 1118 ss; P. Carbone, *Nullità. Rilevabilità d'ufficio. Vendita. Patto di riscatto. Divieto del patto commissorio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, 348 ss; A. Sassi, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999, 413 ss.

²¹⁸ Dalla violazione di norme imperative consegue l'illiceità della causa nel negozio. In tal senso, v. M. Nuzzo, *Negozio giuridico. Negozio illecito*, in *Enc. Giur.*, XX, Roma, 1990, 5 ss.

in quanto tale diritto sorge esclusivamente nell'ipotesi in cui la parte ignorava o poteva ignorare la causa della nullità²¹⁹; in secondo luogo, appare controverso se nella fattispecie in esame possa trovare applicazione la conversione del negozio nullo, ai sensi dell'art. 1424 cod. civ., che consentirebbe la produzione di determinati effetti nel momento in cui ricorrono altre circostanze²²⁰. Al riguardo, parte della dottrina ha precisato che la conversione del negozio nullo potrebbe trovare impiego quando all'interno del contratto nullo ci siano degli elementi essenziali di un negozio valido, che persegua un interesse che – sebbene non voluto direttamente dalle parti – sia in linea con quello desiderato dalle stesse e che rifletta il principio di buona fede ispirandosi ad esigenze di giustizia²²¹. Si tenga presente, però, che non è agevole rinvenire nel patto commissorio elementi tipici delle altre forme di garanzia reali (si pensi, ad esempio, all'ipoteca, la quale, com'è noto, si costituisce a seguito di iscrizione in appositi registri, con la conseguenza che la convenzione commissoria potrebbe al massimo produrre effetti del contratto di concessione)²²².

Peraltro, occorre appurare se l'illiceità attiene ad una singola prestazione ovvero se il contenuto contrattuale possa essere sostituito senza alterare gli interessi dei contraenti. In realtà, tale assunto, sebbene ritenga possibile la conversione della pattuizione commissoria, attraverso la sostituzione dell'assetto di interessi illecito con un assetto conforme all'ordinamento giuridico, sulla base della considerazione che il fine perseguito dalle parti non coincida con un'operazione illecita infungibile, appare difficilmente condivisibile. Ed infatti, lo scopo delle parti nel negozio illecito è totalmente differente da quello perseguito attraverso la costituzione di una garanzia reale. In tal caso, si autorizza il creditore a vendere il bene oggetto della garanzia e a soddisfarsi con un diritto di

²¹⁹ M. Nuzzo, *Negozio giuridico. Negozio illecito*, cit., 6.

²²⁰ Al riguardo, cfr. G. Gitti, *Divieto del patto commissorio, frode alla legge, sale and lease back*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, 457, ss. spec. 489 ss.

²²¹ In tal senso, v. F. Realmonte, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, in *Foro it.*, 1990, I, 1446; F. Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, 425 ss.

²²² Particolari problematiche sorgerebbero, peraltro, in presenza di convenzioni che contengano elementi causali perfettamente leciti, che costituiscono il mezzo per eludere il divieto, realizzando un fine estraneo alla funzione tipica del negozio. In tal caso, è stato giustamente notato che l'illiceità dell'operazione potrebbe venire in rilievo sotto il profilo della frode alla legge di cui all'art. 1344 c.c. *Cfr.*, in proposito, U. Morello, *Frode alla legge*, in *Dig. IV, Disc. Priv., Sez. civ.*, VIII, 1992, 299 ss.

prelazione sul ricavato; nelle pattuizioni commissorie, di contro, si attribuisce a quest'ultimo un diritto di proprietà sul bene nel momento in cui si verifica l'inadempimento da parte del debitore dell'obbligazione garantita.

13. – Appare evidente che alla disposizione normativa in commento (art. 2744) debba essere attribuita un'efficacia proibitiva ampia, in virtù di un'interpretazione estensiva del dettato normativo.

Le fattispecie analizzate consentono, invero, di vedere nel divieto del patto commissorio un vettore sanzionatorio che si dirige contro una figura dalla carica eversiva, che comporta una significativa devianza pattizia dal meccanismo garanzia-inadempimento-esecuzione forzata proprio del pegno e dell'ipoteca. Con il patto commissorio, infatti, creditore e debitore disinnescano l'attivazione della procedura esecutiva nel caso di inadempimento e concordano l'automatica trasformazione della *causa cavendi* dell'attribuzione in *causa solvendi*. Detta trasformazione supera i livelli di guardia ed attiva la scure sanzionatoria dell'art. 2744 c.c. se avviene in mancanza di una riconsiderazione dei valori di credito-acquisto e debito-cessione al momento dell'attribuzione del diritto dominicale in funzione solutoria.

Occorre, quindi, individuare esattamente la 'reale' funzione della convenzione stipulata e cercare di ricondurla alla 'reale' tipologia contrattuale; qualificando così l'operazione negoziale, comunque denominata, sulla base di un criterio di determinazione funzionale²²³. Ciò che rileva, quindi, è il risultato della pattuizione, al di là del fatto che essa venga inquadrata come accessoria od autonoma²²⁴.

Alla base di tale soluzione sta la concezione dell'art. 2744 c.c. come norma "materiale", espressione cioè di una proibizione che l'ordinamento pone non nei confronti di uno specifico istituto, bensì del risultato economico, raggiungibile attraverso congegni negoziali differenti, tipici ed atipici. In altri termini, la norma esprime un divieto "di risultato", con uno spettro di applicazione ampio, non circoscritto alle ipotesi nominate del pegno, dell'ipoteca e

²²³ U. Morello, *Frode alla legge*, cit., 191. I contraenti, infatti, qualificando la pattuizione da loro posta in essere – ad esempio – come vendita con patto di riscatto, potrebbero in verità concludere un'alienazione in garanzia vietata dalla legge. Sul punto, *cf.* G. Cricenti, *I contratti in frode alla legge*, Milano, 1996, 17 ss.

²²⁴ *Cf.* S. Pugliatti, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 314; nonché A. Sassi, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., 416.

dell'anticresi, ma operante nei confronti di qualsiasi fattispecie negoziale la cui causa in concreto miri a realizzare gli effetti del patto vietato.

Non v'è scandalo, allora, nel dire che non tutte le alienazioni in garanzia debbano essere considerate illecite e, conseguentemente, colpite con la sanzione della nullità²²⁵. La violazione del principio di cui all'art. 2744, infatti, dipende da come i contraenti hanno costruito il contratto e, nel caso di collegamento negoziale, bisogna valutare l'interesse sotteso alla più ampia operazione e non già ai singoli contratti in sé considerati.

Va ritenuto, allora, che il limite entro il quale le alienazioni a scopo di garanzia (siano esse la compravendita, il riporto, il *sale and lease back* o altri schemi che l'autonomia privata può congegnare) possano lecitamente operare sia costituito dall'esistenza di un corretto ed equilibrato rapporto tra entità del credito garantito e valore della cosa alienata immediatamente in garanzia. In ogni caso, con il divieto in esame non solo si garantisce il debitore contro illegittimi approfittamenti da parte del creditore al momento della nascita del credito (la cosa data in pegno o su cui è stata iscritta ipoteca potrebbe infatti eccedere di molto il valore del debito), perché il patto è nullo pur se stipulato successivamente (art. 2744 seconda parte), ma si garantiscono anche gli altri creditori, i quali vedono sottratto dal patrimonio del comune debitore un bene su cui, sia pure sussidiariamente, potrebbero rivalersi.

14. – La violazione del divieto di cui all'art. 2744 c.c. determina la nullità della pattuizione (art. 1418, co. 1, cod. civ.).

In tale ottica, primario rilievo assume la figura del debitore che dalla declaratoria di nullità della convenzione trae, senza dubbio, maggiore vantaggio. Purtuttavia, non bisogna ignorare che anche il creditore è legittimato a chiedere l'invalidità della pattuizione. Ed infatti, posto che la nullità dell'atto non può essere domandata da chi vi ha dato origine, tale assunto contrasta però con il dettato normativo e con la natura dell'azione; inoltre, non può sottacersi che anche il debitore ha sottoscritto la pattuizione commissoria, concorrendo all'invalidità del contratto, sicché dovrebbe essere preclusa anche a quest'ultimo la legittimazione all'azione²²⁶. Ad ogni modo, al fine di poter domandare

²²⁵M. Bussani, *Il problema del patto commissorio. Studio di diritto comparato*, I, Torino, 1999, 81 ss.

²²⁶V. Lojacono, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, cit., 44.

la nullità del patto, anche il creditore deve avere un interesse concreto all'invalidità della convenzione commissoria; in caso contrario, difetterebbe della legittimazione attiva di cui al combinato disposto degli artt. 1421 c.c. e 100 c.p.c.

Guardando adesso ai soggetti legittimati passivamente, questi ultimi vengono individuati tramite il ricorso alle finalità del giudizio di legittimità. A tal riguardo, occorre esaminare due distinte ipotesi: nel caso in cui tale giudizio venga inquadrato come uno strumento idoneo a creare un giudicato che non permetta ad altri di riproporre la questione, saranno legittimate passivamente tutte le parti originarie del negozio; viceversa, nel caso in cui lo stesso venga visto quale strumento di difesa delle posizioni giuridiche pregiudicate dall'atto nullo, saranno parti del giudizio (dal lato passivo) esclusivamente i soggetti direttamente ed immediatamente interessati a quella posizione²²⁷. Sul punto, la giurisprudenza sembra propendere per quest'ultima ipotesi, escludendo la possibilità di un litisconsorzio fra le parti originarie del contratto oggetto del giudizio di nullità, riconoscendo la legittimazione passiva al soggetto che abbia interesse alla validità della pattuizione commissoria²²⁸.

In senso opposto, parte della dottrina, per ragioni di certezza del diritto, ritiene che debbano essere coinvolti passivamente nel giudizio tutti quei soggetti che hanno dato origine al regolamento contrattuale di cui si pretende la declaratoria di nullità²²⁹.

Particolari questioni sorgono, invece, relativamente alla questione della rilevabilità della nullità del patto commissorio, di cui all'art. 1421 c.c. Secondo la giurisprudenza prevalente, la disposizione anzidetta deve essere accostata agli artt. 99²³⁰ e 112 c.p.c.²³¹, che esprimono il c.d. principio dispositivo. Da questo deriva, in primo luogo, che la nullità non può essere rilevata sulla base di motivazioni differenti da quelle fatte valere dalla parte in giudizio; in secondo

²²⁷ V. Andrioli, *Divieto del patto commissorio*, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja-G. Branca, artt. 2740–2899, II ed., Bologna–Roma, 1955, 53.

²²⁸ Cfr. Cass., 13 settembre 1991, n. 9581, in *Rep. Giust. Civ.*, voce *Obbligazioni e Contratti*, n. 44.

²²⁹ A. Sassi, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., 426.

²³⁰ Art. 99 c.p.c. “*Chi vuole far valere un diritto in giudizio deve proporre domanda al giudice competente*”.

²³¹ Art. 112 c.p.c. “*Il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa; e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti*”.

luogo, che la rilevabilità viene limitata alla sola ipotesi in cui venga domandata l'esecuzione del contratto nullo, escludendo, pertanto, le ipotesi in cui vengano chiesti l'annullamento, la risoluzione o la rescissione²³². Parte della dottrina, di contro, ha ravvisato che le decisioni in materia di annullamento, rescissione e risoluzione del contratto presuppongano necessariamente la validità e l'efficacia del contratto stesso, fondandosi la pretesa sul titolo negoziale²³³.

In realtà, la soluzione a cui perviene la giurisprudenza, sotto un profilo logico-giuridico, appare discordante con il dettato normativo, che non prevede limiti di sorta, nonché col principio secondo cui il negozio nullo non produce effetti, salvo quelli espressamente previsti dalla legge. Ragionando diversamente, si giungerebbe alla conclusione che il negozio produrrebbe degli effetti, che verrebbero poi rimossi con la pronuncia di annullamento, di risoluzione o di rescissione.

Invero, la rilevabilità d'ufficio delle nullità del contratto, tutte le volte in cui la stessa venga fatto valere in giudizio, non si scontra con il principio di cui all'art. 112 c.p.c., che limita la corrispondenza fra il chiesto ed il pronunciato alle sole eccezioni formulate dalle parti, avendo il legislatore previsto la possibilità di prospettare in giudizio l'esistenza di fatti modificativi, estintivi, o impeditivi del diritto che si assume violato. A ciò si aggiunga che, da un punto di vista prettamente pratico, la tutela approntata dal sistema risulterebbe parziale ed insufficiente. Infatti, se dovesse essere comminata la sanzione della nullità ad una determinata convenzione, in ragione del fatto che la stessa risulti contraria a norme imperative che tutelano specifici interessi, il potere del giudice sarebbe limitato alla rilevazione della nullità e a sanzionare il regolamento stesso²³⁴.

In definitiva, se da una parte la giurisprudenza ha cercato di estendere in maniera costante l'ambito di applicazione del divieto del patto commissorio, dall'altra, essa ha limitato il potere del giudice nella sua funzione di controllo della liceità del regolamento contrattuale voluto dalle parti e della tutela dei valori espressi all'interno del nostro ordinamento. In altre parole, l'illiceità della pattuizione commissoria rimane legata all'attività processuale delle parti ed al limite delle domande proposte nel processo.

²³² Sul punto *cf.* Cass., 9 febbraio 1994, n. 1340, in *Foro it.*, 1995, 611; Cass., 12 ottobre 1985, n.4955, in *Giur. it.*, 1986, 719.

²³³ C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, 119 ss.

²³⁴ A. Sassi, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., 428.

15. – Alla declaratoria di nullità della stipulazione commissoria consegue, come si è visto, il venir meno della garanzia che il creditore aveva preteso ai fini dell'erogazione del credito. A questo proposito, occorre verificare fino a che punto si estende la nullità della pattuizione commissoria e, in particolare, se essa colpisce anche il contratto di prestito ed eventualmente la garanzia reale ad esso accessoria. In altre parole, bisogna verificare se gli effetti della nullità colpiscano l'intera operazione contrattuale, oppure se i negozi ad essa collegati rimangano validi e produttivi di effetti giuridici.

La convenzione commissoria, come già sottolineato in precedenza, avendo una propria causa giuridica, si inserisce pienamente nel regolamento contrattuale, legandosi con il negozio da cui nasce il debito garantito. Pertanto, secondo i principi contenuti nell'art. 1419 cod. civ.²³⁵, concernenti la nullità parziale del contratto, la nullità della pattuizione commissoria dovrebbe estendersi anche al contratto collegato. In tal senso, è stata ritenuto applicabile il primo comma dell'art. 1419 cod. civ., risultando nullo quindi il contratto collegato alla pattuizione commissoria allorquando le parti non lo avrebbero posto in essere in mancanza della garanzia costituita dal patto commissorio²³⁶.

Sotto questo profilo, assume particolare rilevanza il momento in cui viene conclusa l'alienazione in funzione di garanzia. Ed infatti, se tale momento risulta successivo al contratto di finanziamento ed eventualmente alla costituzio-

²³⁵ Art. 1419 c.c.: *“La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità.*

La nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative”.

²³⁶ A tal proposito cfr. V. Lojacono, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, cit., 40 ss. Sul versante giurisprudenziale si rinvia a Cass., 10 novembre 2014, n. 23950, in *CED Cassazione*, la quale sottolinea, ai fini dell'applicazione dell'art. 1419 c.c., l'importanza dell'esame della fattispecie concreta ed afferma che il principio di conservazione del negozio giuridico va temperato con quello dell'autonomia privata e della prevalenza della comune volontà delle parti, sicché per poter stabilire se la nullità di una clausola travolga l'intero contratto occorre considerare gli strumenti negoziali prescelti dalle parti in funzione dell'interesse in concreto perseguito. Ne consegue che, laddove si provi che le parti avrebbero egualmente perfezionato l'accordo, la declaratoria di nullità non può che essere parziale ed interesserà la sola pattuizione commissoria. Sul punto, cfr. A. Luminoso, *Lease back, mercato e divieto del patto commissorio*, cit., 503; v., pure, N. Cipriani, *Patto commissorio autonomo: come salvare la validità del finanziamento e della garanzia*, in *giustiziacivile.com*, 3/2014, 27 maggio 2014.

ne della garanzia reale, è possibile ipotizzare che il finanziamento sarebbe stato erogato a prescindere dalla manleva offerta dall'acquisto della proprietà del bene in caso di mancata restituzione delle somme entro il termine pattuito. Viceversa, nel caso in cui la convenzione commissoria sia posta in essere contemporaneamente al contratto collegato, occorre distinguere se siamo di fronte ad un patto commissorio autonomo o accessorio. In quest'ultimo caso, essendo il creditore garantito da altra forma di manleva, si potrebbe supporre che egli avrebbe comunque concesso il finanziamento; ma, se così fosse, perché mai stipulare una convenzione commissoria ²³⁷? Per quanto concerne il patto commissorio autonomo, invece, non può sostenersi che il creditore avrebbe in ogni caso corrisposto il prestito in difetto della stipulazione del patto.

Parte della dottrina, inoltre, ha osservato che l'applicazione del principio di cui all'art. 1419, 1 comma, cod. civ. comporta spesso la trasformazione di un credito sorto come garantito in uno chirografario, determinando quindi una situazione paradossale ²³⁸. In realtà, se si prende in considerazione il contratto di finanziamento, da cui scaturisce il debito garantito, alla dichiarazione di nullità di tale negozio segue necessariamente l'applicabilità alla fattispecie della disciplina dettata in tema di ripetizione dell'indebito ²³⁹. In tale ottica, parte della dottrina ha circoscritto gli effetti della dichiarazione di nullità alla sola pattuizione commissoria, mediante l'applicazione dei principi di cui all'art. 1419, 2° comma, c.c., che prevede la sostituzione automatica delle clausole nulle con norme imperative, che nella fattispecie in esame avrebbero un contenuto meramente negativo, essendo costituite sulla base della previsione del divieto del patto commissorio ²⁴⁰. Per converso, altra dottrina, riconosciuto che il patto commissorio può inserirsi nel fenomeno del c.d. collegamento negoziale, ha ritenuto che alla nullità del patto commissorio, consegua la nullità di tutti i negozi collegati, sulla base del principio *simul stabunt simul cadent*. Tutto ciò sarebbe confermato dal fatto che, sebbene l'operazione contrattuale sia stata ricondotta nell'ambito del collegamento unilaterale, ove le vicende del negozio avente funzione strumentale si ripercuotono necessariamente sul contratto collegato, l'operazione inversa non

²³⁷ A. Sassi, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., 431.

²³⁸ E. Roppo, *La Responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 572 ss.

²³⁹ F. Realmonte, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, cit., 1446 ss.

²⁴⁰ F. Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, 427 ss.

appare possibile, considerato che il contratto di finanziamento è strumentale alla convenzione commissoria che gli accede ²⁴¹. A ciò si aggiunga che nella fattispecie in esame non sono presenti specifiche disposizioni riguardanti i rapporti fra la pattuizione commissoria ed il contratto di finanziamento. Ambe le stipulazioni, infatti, mantengono inalterata la propria funzione tipica. Conseguentemente, sussiste tra di loro un nesso di causalità funzionale, che può determinare una risposta sia del contratto principale su quello accessorio che viceversa ²⁴². In effetti, se il rapporto di accessorietà giustifica l'influenza del rapporto principale su quello accessorio, ciò non esclude che il rapporto accessorio non possa influenzare il rapporto principale, in quanto vi è la presenza di un collegamento economico tale da far presupporre che gli stessi contraenti lo abbiano tenuto in considerazione al momento della conclusione del rapporto principale. Tale considerazione risulta, peraltro, confermata da alcune previsioni normative che dispongono espressamente riguardo alle conseguenze giuridiche delle vicende dell'accessorio sul principale ²⁴³.

Ad ogni modo, appare evidente che la soluzione a cui perviene parte della dottrina, applicando i principi concernenti il collegamento unilaterale, non può combinarsi in tutte le ipotesi in cui la convenzione commissoria rappresenti il momento centrale del regolamento contrattuale, in assenza della quale le parti non avrebbero stipulato il contratto di finanziamento. Ed inverso, nell'ipotesi anzidetta si realizza una complessa operazione negoziale in cui più negozi interdipendenti vengono posti sullo stesso piano, al fine di conseguire un unico risultato pratico. Da ciò ne deriva che l'illiceità di una singola pattuizione travolgerà inevitabilmente l'intera operazione negoziale, a prescindere dalla liceità dei negozi ad essa collegati, soltanto ove la pattuizione illecita risulta determinante allo scopo finale ²⁴⁴.

Pertanto, occorre soffermarsi sull'elemento obiettivo della fattispecie e non su quello soggettivo, essendo rilevante la sua funzione economica, la quale, nell'ipotesi di collegamento negoziale, non è soltanto quella corrispondente ai singoli negozi, ma quella che si realizza mediante il loro collegamento. Nel

²⁴¹ E. Roppo, *La Responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 572 ss.

²⁴² A. Sassi, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., 436.

²⁴³ In senso contrario si è posto F. Realmonte, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, cit., 1446 ss., il quale ha limitato la nullità al solo contratto di garanzia, pur ammettendo la legittimazione da parte del creditore cui la pattuizione commissoria avrebbe assicurato vantaggi.

²⁴⁴ M. Nuzzo, *Negozio giuridico. Negozio illecito*, cit., 8.

caso in cui si ritenga che la funzione principale dell'intera operazione sia quella di finanziamento del debitore, la convezione commissoria non potrà considerarsi determinante ai fini della realizzazione del risultato, sicché l'illiceità della stessa non invaliderà l'efficacia del negozio di finanziamento ed eventualmente quella del contratto di garanzia reale ad esso collegato. Al contrario, nel caso in cui si assuma che la funzione dell'intera operazione sia quella di fornire al creditore contraente uno strumento che possa agevolarlo ad approfittarsi del debitore, quale parte debole del rapporto, l'illiceità della stipulazione commissoria inficerà necessariamente tutti negozi ad essa collegati ²⁴⁵.

Ad ogni modo, qualunque sia la soluzione prescelta, la questione degli effetti dell'invalidità della convenzione commissoria sui negozi ad essa collegati deve essere valutata caso per caso e, precisamente, concentrandosi sulle condizioni che regolano il finanziamento e che lo rendono più o meno oneroso (per esempio, la previsione del saggio di interesse, oppure i tempi di restituzione dell'importo erogato ²⁴⁶).

In definitiva, l'esame delle fattispecie in cui emerge il possibile approfittamento del creditore rimane ancorato al metodo necessario per stabilire l'incidenza del patto commissorio sul risultato finale, alla cui realizzazione sono volti i negozi collegati ²⁴⁷.

16. – Alla luce di quanto detto, qualora venga dichiarata la nullità del contratto di finanziamento collegato alla convenzione commissoria, conseguirà il venir meno della causa dell'attribuzione del debito. Il debitore sarà tenuto, quindi, alla restituzione dell'importo ricevuto secondo le norme della ripetizione dell'indebito (art. 2033 ss. cod. civ.).

Vengono così in rilievo i rapporti fra l'azione di nullità e l'azione di ripetizione. Appare evidente, infatti, che sussiste uno stretto legame fra la domanda in cui viene richiesto l'accertamento della nullità del contratto e quella di ripe-

²⁴⁵ G. Palermo, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, 36 ss.

²⁴⁶ Beninteso, nel caso in cui la previsione del saggio di interessi e dei tempi di restituzione della somma configurino una situazione molto gravosa a carico del debitore, appare più congruo ritenere nulla l'intera operazione negoziale, con tutte le conseguenze che ne derivano in relazione ai vari contratti collegati.

²⁴⁷ Secondo A. Sassi, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., 429, l'operazione che risultasse in concreto principalmente volta a consentire l'approfittamento del creditore, sarebbe interamente travolta, non essendo meritevole di tutela nel suo complesso.

tizione delle prestazioni eseguite, essendo la prima presupposto necessario per poter esperire la seconda. Ciò significa che il diritto del creditore di chiedere la ripetizione delle prestazioni eseguite nasce conseguentemente alla declaratoria di nullità del titolo ²⁴⁸.

Va, tuttavia, precisato che, seppur strettamente collegate, le due azioni mantengono comunque ciascuna la propria tipicità, poiché il collegamento non incide in alcun modo sulla pretesa del creditore, venendo assorbita la disciplina della non doverosità della prestazione rispetto a quella dell'invalidità.

È noto che l'azione di ripetizione conseguente alla dichiarazione dell'invalidità della pattuizione commissoria e dei contratti ad essa collegati è soggetta al termine di prescrizione di dieci anni (arg. ex art. 2946 cod. civ.). Da ciò deriva un indubbio svantaggio per il creditore, il quale, decorso il termine anzidetto, non sarà più legittimato ad esperire la domanda volta alla richiesta delle somme corrisposte al debitore sulla base del contratto di finanziamento. D'altra parte, la situazione per il debitore si presenta sicuramente più favorevole, potendo lo stesso proporre l'azione di rivendica una volta accertata l'inesistenza della causa di attribuzione del bene al creditore che ha stipulato la convenzione, conseguente alla declaratoria di nullità della stessa.

In definitiva, se la disciplina della ripetizione dell'indebito, da un punto di vista temporale, appare svantaggiosa per il debitore che dovrà restituire le somme prese in prestito indipendentemente dalla stipulazione dichiarata nulla, da un punto di vista economico, quest'ultimo dovrà restituire quanto ricevuto secondo la disciplina della ripetizione dell'indebito, senza dover corrispondere gli interessi convenzionali ²⁴⁹. Ed infatti, la disciplina di cui agli artt. 2033 e ss. cod. civ., che regola l'obbligazione restitutoria, presenta delle peculiarità rispetto alle regole generali in ambito di adempimento del rapporto obbligatorio. Precisamente, assume particolare rilievo la posizione soggettiva del debitore nel momento in cui riceve la prestazione ai fini della determinazione della somma oggetto dell'obbligazione restitutoria. In proposito, l'art. 2033 c.c. prevede che i frutti e gli interessi siano dovuti dal giorno del pagamento se questi era in mala fede, altrimenti dal giorno della domanda. Pertanto, la normativa *de qua* attribuisce una tutela rilevante al debitore in buona fede, il quale è tenuto alla restituzione degli interessi esclusivamente al momento in cui il credi-

²⁴⁸ A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993, 300 ss.

²⁴⁹ E. Roppo, *La Responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 573.

tore esperisce la correlativa azione giudiziaria. Epperò, nell'ipotesi in cui il debitore venisse ritenuto in buona fede, si verrebbe a creare una situazione gravosa per il creditore, che, oltre a non ricevere tutte le tutele previste, acquisirebbe la restituzione del debito senza gli accessori, i quali, con tutta probabilità, costituivano la ragione principale per la quale aveva stipulato la convenzione ²⁵⁰.

Occorre, allora, stabilire con esattezza se il debitore che ha posto in essere il patto commissorio era in mala o in buona fede nel momento in cui ha prestato la garanzia, ai fini dell'applicazione della disciplina relativa al decorso degli interessi di cui all'art. 2033 c.c.

In tale ottica, è stata avanzata la possibilità di un'applicazione analogica dell'art. 2743 c.c. ²⁵¹ con riferimento all'ipotesi del c.d. patto commissorio autonomo. In particolare, è stato osservato che la norma citata legittima il creditore a domandare al debitore la prestazione di un'idonea garanzia o, in mancanza, a pretendere l'immediato pagamento del debito, nel caso in cui il bene oggetto della garanzia si deteriori o perisca completamente, al punto tale da essere totalmente insufficiente a soddisfare il creditore ²⁵².

In realtà, tale soluzione non appare convincente, in quanto l'applicazione della disposizione in esame, da un punto di vista pratico, non produce effetti rilevanti, poiché il creditore risulterà comunque legittimato, in conseguenza della dichiarazione di nullità della pattuizione commissoria e dei negozi ad essa collegati, a chiedere la restituzione immediata della somma prestata secondo la disciplina della ripetizione dell'indebito. Per cui, sono state avanzate soluzioni differenti.

Con specifico riguardo al problema dell'individuazione della buona fede del debitore, un primo indirizzo dottrinale ha ravvisato quest'ultima nell'ignoranza dell'inesistenza di un diritto in capo al debitore di ricevere il pagamento ²⁵³. Secondo tale indirizzo, occorre quindi spostare l'attenzione sul piano probatorio, fermo restando l'estrema difficoltà per il creditore di provare la mala fede del debitore, considerato che si dovrà comunque applicare la regola

²⁵⁰ A. Sassi, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., 443.

²⁵¹ In proposito, l'art. 2743 c.c. dispone che: "qualora la cosa data in pegno o sottoposta a ipoteca perisca o si deteriori, anche per caso fortuito, in modo da essere insufficiente alla sicurezza del creditore, questi può chiedere che gli sia prestata idonea garanzia su altri beni e, in mancanza, può chiedere l'immediato pagamento del suo credito".

²⁵² E. Roppo, *La Responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 573.

²⁵³ Cfr. P. Rescigno, *Ripetizione dell'indebito*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino, 1976, 1233; nonché A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., 307.

generale contenuta nell'art. 1147 c.c., a tenore del quale la buona fede si presume.

Altra parte della dottrina, invece, si è mostrata contraria ad ammettere l'applicabilità della ripetizione dell'indebito nella disciplina in commento, atteso che nella normativa in materia di ripetizione dell'indebito non rileva la buona o mala fede del debitore, alla quale è attribuito un rilievo autonomo²⁵⁴.

17. – Tirando le fila del discorso, non v'è dubbio che gli ultimi anni siano stati connotati dal proliferare di voci dottrinarie tese a sottrarre alle maglie strette dell'art. 2744 cod. civ. i trasferimenti a scopo di garanzia, almeno quando risultino contemplati meccanismi convenzionali di bilanciamento tra il valore del credito garantito ed il bene oggetto della garanzia. In tale direzione, si colloca la direttiva n. 2002/47/CE (attuata nel nostro ordinamento con il d. lgs. 21 maggio 2004 n. 170), sui contratti di garanzia finanziaria, che ha escluso espressamente l'applicabilità del divieto del patto commissorio ai contratti finanziari che prevedano il trasferimento della proprietà di attività finanziarie con funzione di garanzia, ove volti a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie, allorché le parti contraenti rientrino nelle categorie tassativamente elencate. Anche in questo senso, l'illiceità dell'operazione risulta sancita non già dalla funzione di garanzia, bensì dal pericolo per il debitore di perdere la proprietà di un bene che possieda un valore di gran lunga superiore rispetto all'ammontare del credito. Ne deriva che l'ammissibilità del trasferimento a scopo di garanzia (disposta espressamente dallo stesso legislatore) dipende dalla presenza e dall'operare di una regola che stabilisce l'equivalenza tra il valore della garanzia legittimamente trattenibile dal creditore e l'entità del credito garantito, attribuendo di fatto al trasferimento la sola (o preminente) funzione di consentire al creditore la gestione diretta delle conseguenze dell'inadempimento del debitore.

Analogo ridimensionamento alla portata del disposto dell'art. 2744 c.c. deriva dall'art. 28, § 4, dir. 2014/17/UE in tema di contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali. Tale disposizione stabilisce che gli Stati membri «*non impedisc(a)no alle parti di un contratto di credito di convenire espressamente che la restituzione o il trasferimento della garanzia reale o dei proventi della vendita della garanzia reale è sufficiente a rimborsare il creditore*»,

²⁵⁴ A. Sassi, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., 447.

così sdoganando «il pagamento solutorio quale forma di estinzione alternativa dell'obbligazione»²⁵⁵.

Diversamente dal legislatore francese, la cui riforma del 2006 ha sortito l'abrogazione degli artt. 2078 e 2088 *Code Civil* e la correlata eliminazione del divieto del patto commissorio²⁵⁶, il legislatore italiano ha contemplato, negli ultimi anni, diverse fattispecie idonee ad agevolare l'accesso al credito da parte degli operatori del mercato, offrendo al creditore l'escussione della garanzia atipica svincolata dalle lentezze del processo esecutivo. Basti pensare, al riguardo, all'ipotesi introdotta dalla legge 2 aprile 2015, n. 44, in tema di prestito vitalizio ipotecario a favore di persone fisiche di età superiore ai sessant'anni. L'attuale testo dell'art. 11-*quaterdecies*, comma 12°, del d.l. 30 settembre 2005, n. 203 (*"Misure di contrasto all'evasione fiscale e disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria"*) permette al finanziatore, ove il prestito non sia rimborsato entro dodici mesi dal verificarsi degli eventi ivi indicati, di vendere egli stesso l'immobile dato in garanzia ad un valore pari a quello di mercato, determinato da un perito indipendente incaricato dalla medesima parte mutuante, e di trattenere le somme ricavate per estinguere il credito vantato restituendone l'eccedenza.

Da ultimo, la riforma di cui al d.l. n. 59/2016, con le novità introdotte, consente di affermare che nel nostro ordinamento è ormai ammessa l'autotutela esecutiva ad opera del creditore garantito, in presenza di correttivi volti ad evitare l'ingiustificato arricchimento di quest'ultimo²⁵⁷. Una simile tesi appare

²⁵⁵ Il rilievo è di S. Pagliantini, *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della dir. 2014/17/CE*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 195.

²⁵⁶ Parallelamente, all'interno del codice civile francese sono state introdotte una serie di disposizioni che hanno consentito la stipulazioni di molte convenzioni che, attraverso una serie di cautele, hanno evitato l'ingiustificato arricchimento del creditore, il cui mancato rispetto legittimerebbe l'esercizio dell'azione di nullità posta nel solo interesse del debitore. Per la verità, già prima della suddetta Riforma si è avuto in Francia lo sviluppo di una legislazione che ha ammesso generalmente forme di alienazioni in garanzia, strutturate in modo tale che il creditore non riesca ad appropriarsi del bene di proprietà del debitore che abbia un valore di gran lunga superiore al proprio credito. In argomento, *cf.* C. Agabiti, *Recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di patto commissorio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 136.

²⁵⁷ Coglie nel segno la lettura di chi afferma che il diritto vivente si muove nel senso di un superamento della visione del divieto del patto commissorio quale «spirale onnivora». In questi termini, v. A. Monti, nota a Cass., 16 ottobre 1995, n. 10805, in *Foro it.*, con ampi richiami di dottrina e giurisprudenza sui diversi orientamenti.

in linea, d'altronde, con assunti interpretativi già presenti nel dibattito scientifico²⁵⁸, che pongono l'accento sul controllo della proporzionalità del rapporto garantito rispetto al rapporto principale. Benché, come pure è stato osservato dagli interpreti, detto principio di proporzionalità non riesca a proteggere gli eventuali altri creditori che vedrebbero diminuita la garanzia generica di cui all'art. 2740 cod. civ.²⁵⁹.

Ora, sul punto, sembra più giusto ritenere che la *ratio* sottesa al divieto del patto commissorio resti unicamente quella di tutelare il debitore quale parte debole del rapporto obbligatorio; non potendo più riconoscersi, invece, una tutela anche nei confronti della *par condicio creditorum*, stante i numerosi istituti introdotti nel nostro ordinamento, che prevedono forme di autotutela esecutiva ad opera del creditore garantito, così realizzando il soddisfacimento preferenziale di quest'ultimo. In altri termini, se è certo che il divieto del patto commissorio assicura una garanzia anche agli altri eventuali creditori, è altrettanto vero che tale garanzia non rappresenta più una *ratio* del divieto in questione, essendo ormai superato il presupposto della *par condicio creditorum*.

Occorre, comunque, mantenere e difendere il divieto di cui agli artt. 2744 e 1963 cod. civ., quale baluardo di giustizia per il debitore da tutte quelle ipotesi di approfittamento da parte del creditore; senza con ciò sostenere alcuna battaglia di retroguardia con riguardo agli interventi legislativi più recenti e ai principi oramai consolidati in dottrina ed in giurisprudenza.

Il panorama normativo contemporaneo rivela, dunque, un *favor* nei confronti di forme convenzionali di attuazione coattiva del credito da parte del titolare della pretesa, che rende del tutto inattuale l'osservazione con cui esordiva l'asciutta trattazione della materia di Cesare Vivante, secondo cui «il patto commissorio, così utile alla rapidità delle transazioni, ma altrettanto pericoloso pel debitore, è proibito generalmente dai codici vigenti, sia civili che commerciali»²⁶⁰.

²⁵⁸ Al riguardo, *cf.* F. Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., 312 ss.

²⁵⁹ *Cfr.*, in proposito, S. Pagliantini, *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della dir. 2014/17/CE*, cit., 198, secondo cui si registrerebbe così un indebolimento del principio della *par condicio creditorum*.

²⁶⁰ C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale, IV, Le obbligazioni*, Milano, 1926, 281.

ANGELO LUMINOSO
Prof. Emerito dell'Università di Cagliari

PATTO MARCIANO E SOTTOTIPI

SOMMARIO: 1. Problemi e interrogativi sui patti marciiani in materia bancaria. – 2. La disciplina convenzionale delle diverse fasi della vita dell'obbligazione. In particolare la distinzione tra negozi con causa solutoria pura e negozi con causa autosatisfattiva. – 3. L'incompatibilità funzionale tra patto commissorio e patto marciano da un lato, e *datio in solutum* dall'altro. – 4. *Datio in solutum* e tutela del debitore. – 5. Figure speciali di patto marciano nel settore bancario (art. 48 *bis* e art. 120 *quinquiesdecies* TUB). – 5.1. Il patto marciano nel credito ai consumatori (art. 120 TUB). – 5.2. Il patto marciano nel finanziamento alle imprese (art. 48 *bis* TUB). – 6. Dai sottotipi al tipo generale del patto marciano. – 7. Effetti e disciplina del tipo generale. – 7.1. Ammissibilità e liceità del patto marciano. – 7.2. Struttura e congegno effettuale. – 7.3. Variabili di patto marciano. – 7.4. Obbligo del creditore di restituire il supero. – 7.5. Stima del bene. – 7.6. Inadempimento del debitore e automaticità del trasferimento del bene al creditore. – 7.7. Acquisto del bene da parte del creditore e vendita a un terzo. – 7.8. Esclusione di effetti esdebitativi *ex lege*.

1. – Il patto commissorio e soprattutto il patto marciano sono tornati di attualità negli ultimi tempi, avendo il nostro legislatore, nel 2016, previsto e regolato per la prima volta figure negoziali riconducibili allo schema del patto marciano, che in tal modo ha ricevuto espresso riconoscimento nel nostro sistema positivo assurgendo a tipo contrattuale legale.

Ciò è avvenuto grazie a due provvedimenti legislativi con i quali è stato modificato il testo unico bancario (di seguito, TUB) con l'inserimento in esso di due gruppi di norme. Il primo gruppo (collocato negli artt. da 120-*quinquies* a 120-*noviesdecies* di detto testo unico) disciplina una nuova fattispecie di mutuo denominata «credito immobiliare ai consumatori», ed il secondo (concentrato nell'art. 48-*bis* TUB) regola una ulteriore forma di prestito bancario che è stata chiamata dal legislatore «finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di un bene immobile sospensivamente condizionato»⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Si tratta, più precisamente del d.l. 3 maggio 2016, n. 59 convertito nella l. 30 giugno 2016, n. 119, con il quale è stato aggiunto nel TUB un art. 48 *bis* nel quale viene previsto «*il finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di un bene immobile sospensivamente*

In relazione ad entrambe le figure di mutuo, il legislatore ha previsto uno strumento convenzionale di “autotutela esecutiva” che assicura alla banca finanziatrice la possibilità, in caso di inadempimento del finanziato, di incamerare un bene immobile (individuato nel contratto) di proprietà del mutuatario (o di un terzo), allo scopo di soddisfare le sue ragioni creditorie, con l’obbligo di corrispondere a quest’ultimo l’eventuale eccedenza di valore del bene rispetto all’ammontare del credito.

Come è naturale, le discipline testè richiamate hanno attirato l’attenzione della dottrina e riaperto il dibattito sull’ammissibilità e sui limiti di validità dei mezzi di autotutela convenzionale esecutiva in genere e del patto marciano in particolare.

condizionato», e del d. legisl. 21 aprile 2016, n. 72 che ha inserito nel TUB, al titolo VI, un “Capo I bis” intitolato «*Credito immobiliare ai consumatori*» nel quale sono stati collocati gli artt. da 120-*quinquies* a 120-*noviesdecies*, tra il quali va segnalato in particolare l’art. 120-*quinquiesdecies* che disciplina l’inadempimento del consumatore e il patto marciano che le parti possono stipulare.

Per una sintetica illustrazione del contenuto di tali discipline e per il loro inquadramento sistematico, oltre agli aa. citt. *infra* nella nota successiva, cfr., A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in questa *Rivista*, 2017, p. 10 ss., spec. p. 22 ss., ivi indicazioni di dottrina.

In precedenza, con d.l. 30 settembre 2005, n. 203 conv. nella l. 2 dicembre 2005, n. 248, all’art. 11-*quaterdecies*, commi 12-12-*sexies*, è stato introdotto il «*prestito vitalizio ipotecario*» al quale, come si dirà più avanti, non è collegato un patto marciano ma un congegno legale modellato sugli effetti di questo patto. Tale congegno dà vita ad uno strumento di autotutela esecutiva (nel settore dei mutui bancari) non di natura convenzionale ma operante direttamente *ex lege* – il quale si colloca lungo la stessa linea concettuale delle fattispecie previste, in materia di pegno, agli artt. 2796 e 2797 c.c. – diretto ad assicurare l’autosoddisfacimento del creditore in via stragiudiziale. Si tratta di una particolare figura di mutuo con cui una banca – o un intermediario finanziario di cui all’art. 106 TUB – concede un finanziamento a medio o lungo termine, riservato a persone fisiche con età superiore a sessanta anni, il cui rimborso può essere chiesto, in un’unica soluzione, al momento della morte del soggetto finanziato ovvero qualora venga trasferita la proprietà o altro diritto reale di godimento sull’immobile (residenziale) dato in garanzia o vengano compiuti atti che ne riducano significativamente il valore o vengano costituiti diritti reali di garanzia in favore di terzi. Il comma 12-*quater* del citato art. 11-*quaterdecies*, oltre ad un effetto “esdebitativo” a favore del mutuatario, di cui parleremo più avanti, prevede che qualora il finanziamento non sia rimborsato entro dodici mesi dal verificarsi degli eventi anzidetti «il finanziatore vende l’immobile ad un valore pari a quello di mercato, determinato da un perito indipendente incaricato dal finanziatore, utilizzando le somme ricavate dalla vendita per estinguere il credito vantato in dipendenza del finanziamento stesso... In alternativa l’erede può provvedere alla vendita dell’immobile in accordo con il finanziatore... Le eventuali somme ricavate dalla vendita e non portate a estinzione del predetto credito, sono riconosciute al soggetto finanziato o ai suoi aventi causa».

Sulla figura in esame, v. BUZZONETTI-PACELLA, *Il prestito vitalizio*, Milano 2010; successivamente alla modifica del 2015, MANNELLA-PLATANIA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, Milano 2015; T. RUMI, *op. cit.* nella nota seguente.

Stimolato dalle riflessioni sviluppate dalla dottrina sulle normative anzidette, ho pensato di appuntare in queste pagine alcune idee e considerazioni prendendo spunto soprattutto da un volume, pubblicato di recente, che raccoglie i contributi di quattro autori⁽²⁾, dedicati, appunto, allo studio delle figure speciali di patto marciano introdotte di recente nel settore bancario.

Muovendo dalle sollecitazioni ricevute dalla lettura dei contributi dianzi citati, vorrei cominciare con l'indicare quelli che, tra i numerosi temi affrontati nel volume, a me sembrano i problemi di maggior interesse teorico e pratico. Problemi che, a mio modo di vedere, possono così sintetizzarsi:

a) distinzione tra convenzioni con funzione solutoria e convenzioni con funzione autosatisfattiva;

b) linea di demarcazione tra patto commissorio e patto marciano da un lato, e *datio in solutum* dall'altro;

c) in relazione ai patti marciati introdotti dalle recenti discipline sopra richiamate: 1) individuazione dei tratti qualificanti i patti marciati bancari; 2) relazioni tra tali patti e il patto marciano di diritto comune; 3) natura (cogente o dispositiva) della disciplina dei patti marciati bancari e spazio che, rispetto agli stessi, è stato lasciato all'autonomia privata; 4) natura e ambito di operatività del c.d. effetto "esdebitativo" che caratterizza una delle figure in esame.

2. – La prima questione di carattere generale su cui vorrei soffermarmi investe il dibattito, apertosi in dottrina, circa la natura del patto marciano. Dibattito che si riscontra anche nei contributi sopra richiamati, dai quali emerge il contrasto tra l'opinione di uno degli autori del volume il quale qualifica il patto marciano come una "*datio in solutum* preventiva" o "anticipata"⁽³⁾, e l'opinione di un altro autore⁽⁴⁾ secondo il quale invece tale patto «non esibisce una causa *solutionis*», non appartiene cioè «alla dimensione dell'adempimento o dei suoi surrogati» giacché esso «presup-

(2) Mi riferisco al pregevole volume di G.D'AMICO-S. PAGLIANTINI-F. PIRAINO-T. RUMI, *I nuovi marciati*, Torino 2017, nel quale sono raccolti i saggi di: G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, p. 1 ss.; S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B.: il "pasticcio" di un marciato bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, p. 42 ss.; T. RUMI, *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni "marciante" a garanzia del credito immobiliare*, p. 105 ss.; F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciano*, p. 145 ss.

(3) Così S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis*, cit., 54 s.

(4) Così F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto*, cit., p. 196 ss.

pone l'inadempimento ... collocandosi in una fase dell'obbligazione che si pone al di là dell'adempimento e dei suoi surrogati»⁽⁵⁾, dando vita ad «un meccanismo esecutivo di natura privata e dunque stragiudiziale».

La questione – della quale mi ero occupato, sia pur da una diversa angolazione, in altra sede e che avevo risolto nel senso della netta differenza, sotto il profilo funzionale ed effettuale, tra patto commissorio e *datio in solutum*⁽⁶⁾ – merita, a mio avviso, di essere approfondita poiché tocca un aspetto centrale della problematica intesa a individuare, per un verso, la labile linea di confine tra patto commissorio (illecito, *ex art. 2744*) e *datio in solutum* (lecita, *ex art. 1197 c.c.*) e, per altro verso, i caratteri differenziali tra quest'ultima figura e il patto marciano.

Per rendere più chiaro il discorso, è opportuno prendere le mosse dal rilievo che la disciplina legale dell'obbligazione lascia ampio margine all'autonomia privata, avendo gli interessati il potere di modificare e integrare le regole legislative mediante pattuizioni che possono riguardare l'intero arco della vita del rapporto obbligatorio. Una rapida analisi della disciplina positiva e soprattutto delle prassi contrattuali permette infatti di individuare svariate tipologie di convenzioni, talune delle quali gravitano entro il perimetro dell'adempimento, altre nell'area dell'inadempimento, ed altre ancora nella zona della realizzazione coattiva del credito. In quest'ordine di idee, possono essere pertanto isolate pattuizioni dirette a regolare la fase dell'attuazione dell'obbligazione, clausole che disciplinano il profilo dell'inadempimento e delle conseguenze di esso, e infine convenzioni con le quali gli interessati dettano regole sulla responsabilità patrimoniale alla quale soggiace il debitore inadempiente.

Al riguardo, e senza pretesa di completezza, si possono citare i seguenti modelli di convenzioni.

Devono menzionarsi innanzi tutto i *negozi relativi all'attuazione dell'obbligazione (ossia con causa solutoria pura)*. In tali tipologie possono

(5) Ancora F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto*, cit., p. 197, il quale osserva altresì che nella fase successiva all'inadempimento «la posizione debitoria non è più composta dalla prestazione originaria ma dal risarcimento del danno sostitutivo della prestazione e dal risarcimento dei danni consequenziali». Quest'ultima affermazione non sembra tuttavia condivisibile non soltanto in relazione alle obbligazioni pecuniarie ma anche a quelle di “consegnare”, “dare” o “fare”, rispetto alle quali il credito alla prestazione originaria (in natura) persiste anche dopo l'inadempimento, salvi i casi in cui la prestazione stessa sia divenuta impossibile per causa imputabile al debitore, il quale sarà allora tenuto al risarcimento del danno sostitutivo.

(6) V. A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, nel *Comm. Schlesinger*, Artt. 1500-1509, Milano 1987, p. 258 ss.; ID., *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in questa *Rivista*, 1990, I, pp. 221, 234.

inquadarsi, tra le altre, la *datio in solutum*, la compensazione volontaria, le varie specie di convenzioni dirette a regolare l'adempimento di un terzo⁽⁷⁾ e l'indicazione del destinatario del pagamento.

Seguendo un ordine logico-cronologico, vengono poi le *convenzioni concernenti l'inadempimento*. Tra le tipologie configurabili, possono menzionarsi, le clausole definitorie dell'inadempimento rilevante, quelle che fissano il criterio di imputazione dell'inadempimento, le pattuizioni che stabiliscono particolari presupposti o condizioni dell'inadempimento.

Ad una fase più avanzata della vita dell'obbligazione si ricollegano le *convenzioni che disciplinano le conseguenze dell'inadempimento e segnatamente il contenuto della responsabilità e/o i relativi rimedi*. Possono ricomprendersi in questa classe numerose tipologie, tra le quali, ad esempio, le pattuizioni relative alla determinazione della misura del risarcimento del danno, le clausole penali, le clausole che prevedono interessi moratori, la caparra confirmatoria, i patti che contemplano pene private o danni punitivi (ad esempio, le *astreints*), le clausole di esclusione, limitazione o aggravamento della responsabilità, le clausole di esclusione di rimedi legali contro l'inadempimento, le pattuizioni che prevedono rimedi ulteriori rispetto a quelli legali (quali, ad esempio, garanzie aggiuntive), le clausole che disciplinano la risoluzione del contratto (v. ad es., artt. 1456 e 1457 c.c.).

Vengono infine le *convenzioni disciplinanti la realizzazione coattiva del credito (alla prestazione primaria e/o al risarcimento del danno da inadempimento)*. In questo ambito, possono inquadarsi, innanzi tutto, gli strumenti (di natura convenzionale) di autotutela esecutiva, quali, ad esempio, il pegno irregolare, gli accordi cauzionali, la cessione dei beni ai creditori e le cessioni liquidative in genere, il patto commissorio e il patto marciano. Possono ricordarsi, ancora, le convenzioni che modificano il regime della responsabilità patrimoniale, quali, ad esempio, i patti di limitazione o di estensione della responsabilità patrimoniale, il contratto di pegno e quello di concessione di ipoteca, le convenzioni previste nelle procedure concorsuali (come il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione) ovvero gli accordi di composizione di crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio (ai sensi della legge 27 gennaio 2012, n. 3)⁽⁸⁾.

(7) Riguardo alla categoria dei “negozi sull'esecuzione” del rapporto obbligatorio, cfr., di recente, C. DORE, *La delegazione di pagamento nel quadro dei negozi sull'esecuzione del rapporto obbligatorio*, Napoli 2017, spec. pp. 1-32.

(8) È appena il caso di rilevare che la stipulazione del patto marciano o di altro tipo di convenzione con funzione autosatisfattiva non esclude che il creditore debba agire preven-

Il rapido *excursus* che precede mostra che la regolamentazione convenzionale può riguardare tutte le fasi che, nell'arco della sua vita, il rapporto obbligatorio può attraversare e non soltanto il profilo dell'adempimento (ossia quello *stricto sensu* solutorio). La classificazione sopra abbozzata mette in luce soprattutto le differenze di natura funzionale esistenti tra i negozi che dettano regole per ciascuna di tali fasi e, con riguardo a ciascuna fase, la varietà di tipologie di pattuizioni che le parti possono impiegare.

3. – Come ho avuto modo di rilevare in altro lavoro ⁽⁹⁾, le vedute della tradizionale dottrina italiana, che attribuisce al patto commissorio – e, di conseguenza, al patto marciano – una funzione di garanzia ⁽¹⁰⁾, sono state messe in discussione, all'incirca sul finire del secolo scorso, da quegli studiosi che hanno rinvenuto nell'alienazione commissoria una causa non di garanzia bensì solutoria, uno scopo cioè di soddisfacimento del credito ⁽¹¹⁾.

Nel prendere posizione sulla questione, ebbi ad affermare che nella alienazione commissoria e in quella marciانا deve individuarsi «la previsione pattizia di un congegno di autosoddisfacimento a favore del creditore» che esprime la funzione primaria degli stessi ⁽¹²⁾; funzione che mette in luce un ulteriore angolo visuale dal quale le due figure debbono essere riguardate, quello cioè dell'*autotutela esecutiva* di cui esse costituiscono applicazione ⁽¹³⁾.

Debbo però oggi ammettere che, definendo il profilo causale della convenzione commissoria (e del patto marciano) in chiave di “funzione di autosoddisfacimento” ⁽¹⁴⁾, avrei dovuto evitare di affermare che «il patto commissorio ha in comune... con la prestazione in luogo di adempi-

tivamente in giudizio per far accertare l'avvenuto inadempimento del debitore, la prestazione inseguita e/o l'entità dei danni risarcibili, qualora insorga tra le parti controversia su tali fatti.

⁽⁹⁾ Cfr. A. LUMINOSO, *Patto commissorio* ecc. cit., p. 18 s.

⁽¹⁰⁾ Per tale opinione, v., tra gli altri, C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano 1957, p. 136 ss.; A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli 1999, p. 193 ss.

⁽¹¹⁾ Per questa tesi, v. in particolare, F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano 1996, p. 420 ss.; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, Napoli 2000, p. 109 ss.

⁽¹²⁾ Cfr. A. LUMINOSO, *Patto commissorio*, cit., p. 20, ad avviso del quale nel patto commissorio (e nel patto marciano) accanto alla funzione primaria solutoria (*rectius*, auto-satisfattiva) deve ravvisarsi anche una funzione secondaria di garanzia.

⁽¹³⁾ Così, A. LUMINOSO, *Patto commissorio*, cit., p. 20.

⁽¹⁴⁾ Cfr. A. LUMINOSO, *op. loc. ultt. citt.*

mento... il profilo funzionale, perseguendo entrambi i negozi uno scopo solutorio». Affermazione che – quantunque fosse stata da me fatta per marcare la contrapposizione rispetto alla causa di garanzia, al fine di sottolineare come il patto commissorio sia caratterizzato, appunto, da una funzione non di garanzia ma *lato sensu* solutoria – non era esatta, atteso che, come ho cercato di chiarire nel precedente paragrafo, la *datio in solutum* è caratterizzata effettivamente da una *causa solutoria* ⁽¹⁵⁾, mentre la convenzione commissoria e quella marciana assolvono ad una *funzione di autosoddisfacimento del creditore* e perciò ricadono nell'area non dell'adempimento dell'obbligazione bensì in quella della realizzazione (coattiva) privata del credito, ossia dell'autotutela esecutiva.

Occorre tuttavia segnalare che la *communis opinio* non dà il dovuto rilievo alla distinzione tra le due classi di fattispecie ed anzi, non di rado, le colloca sullo stesso piano o addirittura le identifica tra loro.

Appare perciò necessario soffermarsi brevemente sulla questione.

Va chiarito *in limine* che il tratto differenziale tra patto commissorio e prestazione in luogo di adempimento deve essere colto non tanto nella diversa relazione di ordine cronologico rispetto all'inadempimento quanto, a monte, nella diversa causa che – come si è rilevato sopra – caratterizza i due contratti.

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.

Il patto commissorio, invece, non è configurabile dopo l'inadempimento, e l'accordo che prevedesse il trasferimento della proprietà di un *aliud* da parte del debitore già inadempiente a favore del creditore coinciderebbe *tout court* con il contratto di prestazione in luogo di adempimento ⁽¹⁶⁾.

Il patto commissorio deve essere necessariamente anteriore all'inadempimento, poiché il legislatore, configurando nell'art. 2744 c.c. – conforme-

⁽¹⁵⁾ A favore della qualificazione della dazione in pagamento come “negozio solutorio” si pronunzia una parte della dottrina (v., fra gli altri, A. di MAJO, *Dell'adempimento in generale*, nel *Comm. Scialoja-Brancati*, Art. 1177-1200, Bologna-Roma, 1994, p. 347). Le tesi proposte sulla natura di tale contratto sono peraltro numerose e variegate: v. gli aa. citt. *infra* nella nota 20.

⁽¹⁶⁾ Cfr., in senso conforme, in giurisprudenza, Cass. 21 gennaio 2016, n. 1025, in *Nuova g. civ. comm.*, 2016, I, p. 908; Trib. Cagliari, 21 gennaio 2016, in *R. giur. sarda*, 2017/3, in corso di pubblicazione, con nota di Chessa.

mente alla tradizione storica – la convenzione commissoria nei termini di una alienazione sospensivamente condizionata all’inadempimento del debitore⁽¹⁷⁾, assegna a tale contratto una causa autosattisfattiva che colloca l’istituto nell’area dell’autotutela esecutiva. Elemento qualificante del patto commissorio è che il debitore vincoli in via programmatica un bene di sua proprietà al futuro autosoddisfacimento del creditore, conservando – questo è il punto – la possibilità di trattenere (in caso di condizione sospensiva di inadempimento) o di recuperare (in caso di condizione risolutiva di adempimento) la proprietà del bene eseguendo il pagamento del debito. Di qui una delle insidie che concorrono a spiegare la *ratio* del divieto di cui all’art. 2744⁽¹⁸⁾.

Elemento essenziale della *datio in solutum* è invece che il debitore, d’accordo con il creditore, destina a quest’ultimo un suo bene, quale surrogato della prestazione dovuta, programmando una *perdita immediata* – stante la natura reale *quoad constitutionem* di tale contratto e la sua efficacia non obbligatoria – e *definitiva* della proprietà del bene. Perdita “immediata” significa che, poiché il contratto si perfeziona con l’esecuzione della diversa prestazione (art. 1197, comma 1, c.c.), in questo stesso momento si verifica sia il trasferimento dell’*aliud* a favore del creditore sia l’estinzione dell’obbligazione che grava sul debitore, con la conseguenza che non è tecnicamente possibile alle parti sospendere o rinviare il trapasso della proprietà del bene diverso. Perdita “definitiva” significa che il debitore, una volta perfezionato il contratto, non ha la facoltà di evitare il trasferimento della proprietà del bene adempiendo all’obbligazione origi-

(17) Prima la dottrina e successivamente – a partire dal 1983 – anche la giurisprudenza sono giunte peraltro alla conclusione che rientra nel divieto dell’art. 2744 c.c. anche l’alienazione commissoria immediatamente traslativa sottoposta alla condizione risolutiva dell’adempimento del debitore: cfr., per tutti, da ultimo, A. LUMINOSO, *Patto commissorio* cit., p. 11 s., ivi citazz.; A. DOLMETTA, *La ricerca del “marciano utile”*, in questa Rivista, 2017, p. 818; Cass. 28 gennaio 2015, n. 1625, in *R. not.*, 2015, p. 182 ss.

(18) L’insidia che la convenzione commissoria racchiude e che contribuisce a farle negare validità dall’ordinamento positivo dipende dalla previsione, in essa, in alternativa alla programmata attribuzione satisfattiva del bene, della possibilità, lasciata al debitore, di evitare la definitiva acquisizione del bene da parte del creditore pagando il debito. Possibilità che alimenta nel debitore la speranza – e il più delle volte l’illusione – di potersi procurare le somme per adempiere (v. A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, cit., pp. 244 s., 258 ss.; ID., *Alla ricerca degli arcani confini*, cit., pp. 234, 240), che, invece, come sto per chiarire nel testo, non è in grado di ingenerare la prestazione in luogo di adempimento.

Giova notare che identica spiegazione del diverso trattamento riservato dall’ordinamento al patto commissorio (che viene giudicato illecito) rispetto alla *datio in solutum* (che viene invece considerata lecita), si trova nei *Motive* del BGB: cfr. M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, Torino 2000, p. 157 s.

naria: in altre parole, l'attribuzione dell'*aliud* al creditore è incondizionata. Né potrebbe essere altrimenti, stante la causa solutoria della prestazione in luogo di adempimento, nonché la natura reale del contratto e la sua efficacia dispositiva (*rectius*, non obbligatoria) ⁽¹⁹⁾.

Il patto con cui si preveda l'attribuzione da parte del debitore al creditore di un bene diverso da quello dovuto, condizionata sospensivamente all'inadempimento del debitore – anche a voler ammettere che sia compatibile con la natura reale del contratto – o condizionata risolutivamente al suo adempimento (ovvero accompagnata da un patto di riscatto), non è dazione in pagamento ma patto commissorio. La *datio in solutum*, quale negozio solutorio non tollera, come tale, l'apposizione di condizioni in genere ⁽²⁰⁾ ed in particolare di una condizione sospensiva di mancato pagamento del debito originario o una condizione risolutiva di pagamento dello stesso. Conseguentemente, ove una di tali condizioni venisse apposta al patto, l'effettiva funzione dello stesso sarebbe quella propria di uno strumento di autotutela esecutiva ⁽²¹⁾.

Discorso diverso deve essere fatto riguardo alla distinzione tra *datio in solutum* e patto marciano. Tra queste due figure esiste una differenza radicale che ne impedisce qualunque accostamento sostanziale, atteso che la convenzione marciiana contempla l'obbligo del creditore di restituire al debitore l'(eventuale) eccedenza tra il valore del bene e il debito, e che tale obbligo è invece incompatibile con la *datio in solutum*, stante la sua causa solutoria. In altre parole, la *datio in solutum* costituisce un surrogato

⁽¹⁹⁾ Il contratto avente ad oggetto una prestazione traslativa in luogo di adempimento (art. 1197, comma 2 c.c.), stante la sua natura di contratto reale – che si perfeziona con l'esecuzione della prestazione, sia essa di dare, fare o consegnare (v., per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano 1990 p. 432) – e la sua efficacia traslativa (e non obbligatoria) contestuale al suo perfezionamento, non consente alle parti di apporre una condizione sospensiva che subordini il trasferimento della proprietà dell'*aliud* al mancato adempimento dell'obbligazione originaria. Anche se si potesse ritenere, in termini generali che gli effetti di un atto solutorio, per di più reale *quoad constitutionem*, possano venire subordinati ad un evento condizionale, sembra comunque sicuro – per le ragioni che sto per esporre nel testo – che la condizione sarebbe inconciliabile con la *datio in solutum* ove fosse costituita dal mancato pagamento (se sospensiva) o dal pagamento (se risolutiva) dello stesso debito da estinguere.

⁽²⁰⁾ Il problema, peraltro, è controverso: su di esso cfr. A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Milano 1987, p. 249 ss.; v. M. ALLARA, *La prestazione in luogo di adempimento*, in *Ann. gen. giur.*, Palermo 1927, p. 247 s.; R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano 1936, p. 250, nt. 3; S. RODOTA', voce *Dazione in pagamento (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano 1962, p. 738; V. BARBA, *Prestazione in luogo di adempimento*, in *Commentario del cod. civ.* diretto da Gabrielli, Artt. 1173-1217, Torino 2012, p. 566 ss.

⁽²¹⁾ Cfr. A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, cit., p. 200.

dell'adempimento, il patto marciano il surrogato di un'esecuzione forzata sui beni del debitore.

La presenza di tale obbligo nel patto marciano (che esclude di per se sola la sua assimilabilità al patto commissorio, e quindi la illiceità del contratto) ne mantiene inalterata la funzione autosatisfattiva anche nelle ipotesi in cui esso venga stipulato dopo il verificarsi dell'inadempimento del debitore. Ipotesi nella quale la relativa convenzione, non essendo condizionata sospensivamente nei suoi effetti a tale evento, finisce per debordare dai confini del patto marciano e viene a identificarsi *tout court* con una alienazione pura e semplice (ossia non condizionata) a scopo autosatisfattivo⁽²²⁾.

4. – Le differenze di tipo funzionale e strutturale tra convenzione commissoria e *datio in solutum* spiegano il diverso trattamento normativo tra le due figure – ossia la nullità del patto commissorio e la validità del contratto di prestazione in luogo di adempimento – ragioni che, come già ho ricordato (*supra* nella nota 18), riposano sulla speranza (se non l'illusione) che il patto commissorio alimenta nel debitore di potersi procurare in un secondo momento le somme per adempiere e così conservare o recuperare la proprietà del bene.

Come ho rilevato in altro lavoro⁽²³⁾, la soluzione adottata dal legislatore del '42 nel senso di una generalizzata liceità della dazione in pagamento, esige peraltro di essere sottoposta a revisione critica, apparendo essa nella realtà presente scarsamente rispettosa della dialettica degli interessi in gioco.

Attualmente la *datio in solutum* lesiva della posizione del debitore può essere neutralizzata solo mediante l'esperimento dei rimedi generali in materia contrattuale, quali – secondo la dottrina tradizionale – la rescissione e l'annullamento per violenza o dolo, e quindi, in pratica, in casi estremi⁽²⁴⁾. Alla luce dei considerevoli progressi fatti dalle moderne legi-

(22) Tale figura, per i motivi chiariti più sopra, va distinta tanto dal patto marciano in quanto, pur comportando l'obbligo di restituire l'eventuale supero rispetto all'ammontare del debito, non concreta una alienazione sospensivamente condizionata all'inadempimento del debitore, quanto dalla dazione in pagamento poiché l'obbligo di restituzione anzidetto è incompatibile con quest'ultima figura.

(23) Cfr. A. LUMINOSO, *Patto commissorio*, cit., p. 29 s. Di analogo avviso, P. GALLO, *Divieto del patto commissorio*, nel *Commentario del cod. civ.* diretto da Gabrielli, Artt. 2643-2783 *ter*, Torino 2016, p. 974 s.

(24) Cfr. sul punto P. GALLO, *Divieto del patto*, cit., p. 974 s. La rescindibilità peraltro andrebbe esclusa ove si negasse che la *datio in solutum* abbia una causa di scambio: v., sul punto, fra gli altri, A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, cit., p. 348, *ivi citazz.*

slazioni nella tutela del consumatore e più in generale nella difesa del contraente debole, dovrebbe ritenersi giunto il momento di assicurare una maggiore protezione al debitore che – soprattutto se già inadempiente – contratta con il creditore la sua liberazione dal vincolo obbligatorio.

Il principio del divieto di abuso del diritto e la nullità dei negozi stipulati in violazione di esso, secondo recenti tendenze dottrinali e giurisprudenziali, nonché le previsioni legislative di nullità delle pattuizioni che danno luogo a contratti ingiusti – v., ad esempio l'art. 644, comma 3, c.p. (nel testo modificato dall'art. 1 della l. 7 marzo 1996, n. 108) sui contratti con prestazioni sproporzionate stipulati da una parte che si trovi in situazione di difficoltà economica o finanziaria – dovrebbero suggerire al legislatore di introdurre un limite alla validità dell'accordo di *datio in solutum* in relazione ai casi in cui la sproporzione tra l'ammontare del debito e il valore del bene trasferito al creditore si traduca in una iniquità del contenuto del contratto.

Fino a quando il legislatore non interverrà, la giurisprudenza potrebbe sindacare la validità della *datio in solutum* alla luce dell'art. 644, comma 3, c.p. nonché, per i rapporti del tipo *b2c*, sulla base dei principi emergenti dall'art. 33, comma 2, lett. f), c. cons. (che considera abusive le clausole che hanno per oggetto o per effetto, di «imporre al consumatore in caso di inadempimento... il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalente d'importo manifestamente eccessivo») e, per i rapporti *b2b*, alla stregua dell'art. 9, l. 192/1998 che commina la nullità dei patti con cui (nelle ipotesi di dipendenza economica) vengano imposte condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose.

5. – Per quanto attiene alle recenti normative sopra richiamate, come ho accennato più sopra, il primo problema da affrontare concerne la ricostruzione delle figure coniate dal legislatore di settore ed il loro inquadramento nel sistema, soprattutto allo scopo di chiarire i rapporti tra le stesse ed il patto marciano di diritto comune.

5.1. – Dalla disciplina dell'art. 120 *quinquiesdecies* TUB⁽²⁵⁾ emerge che gli elementi costitutivi della convenzione in esso disciplinata sono:

(25) Il «Credito immobiliare ai consumatori» viene descritto nel nuovo art. 120 *quinquiesdecies* TUB come un finanziamento bancario ad un consumatore garantito da un'ipoteca sul diritto di proprietà o su altro diritto reale avente ad oggetto beni immobili residenziali o finalizzato all'acquisto o alla conservazione della proprietà su un terreno o su un immobile

a) l'alienazione da parte del debitore alla banca di un immobile (residenziale) di sua proprietà (gravato da garanzia ipotecaria) sospensivamente condizionata all'inadempimento del debitore;

b) l'obbligo della banca di versare al finanziato l'eventuale eccedenza di valore del bene rispetto al debito garantito;

c) l'esecuzione della stima del bene da eseguirsi dopo l'inadempimento e con modalità che garantiscano l'imparzialità del perito e l'attendibilità della stessa;

d) l'estinzione del debito, qualunque sia il valore dell'immobile al momento del trasferimento dello stesso alla banca o della vendita ad un terzo (c.d. effetto "esdebitativo");

e) la predeterminazione da parte del legislatore di un inadempimento minimo perché possa attuarsi il trasferimento del bene.

I requisiti di cui alle lettere a), b) e c) costituiscono elementi essenziali ed indefettibili della convenzione in esame e – come si dirà più avanti – corrispondono al nocciolo duro del patto marciano di diritto comune.

Per quanto attiene agli altri elementi della fattispecie, occorre rilevare che il requisito di cui alla lettera d) assume la valenza di un elemento qualificante della figura, mancando il quale si uscirebbe dal perimetro del modello legislativo disegnato dall'art. 120/2015 TUB. Altro problema è se le banche possano validamente stipulare, in collegamento con un'operazione di credito immobiliare ai consumatori, un patto marciano privo di tale requisito. Interrogativo al quale dovrebbe darsi una risposta negativa⁽²⁶⁾.

edificato o progettato. Il successivo *art. 120-quinquiesdecies* prevede, al comma 3, che «Fermo quanto previsto dall'art. 2744 c.c., le parti possono convenire, con clausola espressa al momento della conclusione del contratto di credito, che in caso di inadempimento del consumatore, l'acquisizione da parte della banca [la norma, conformemente alla traduzione italiana della direttiva europea, in realtà parla, impropriamente, di «restituzione»] o il trasferimento (a terzi) dell'immobile oggetto di garanzia o dei proventi della vendita del medesimo bene comporta l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore derivante dal contratto di credito anche se il valore del bene immobile o l'ammontare dei proventi sia inferiore al debito residuo. Se il valore dell'immobile come stimato dal perito ovvero l'entità dei proventi della vendita è superiore al debito residuo, il consumatore ha diritto all'eccedenza». Quanto alla stima, il comma 4, lett. d) dello stesso articolo stabilisce che essa è eseguita, in data successiva all'inadempimento, da un perito indipendente scelto dalle parti di comune accordo o in difetto nominato dal Presidente del Tribunale (con le modalità di cui all'art. 696, comma 3, c.p.c.).

Sulla disciplina del patto marciano di cui all'art. 120-*quinquiesdecies* TUB, v., fra gli altri, F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto*, cit., p. 149 ss., ivi citazz. di dottrina; G. D'AMICO, *La resistibile ascesa*, cit., p. 29 ss., ivi citazz. di dottrina.

(26) Sul punto, v. spec. S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis*, cit., p. 82 ss.

Riguardo al requisito di cui alla lettera e), è da ritenere che anch'esso rivesta il carattere di elemento qualificante della figura e che anche tale disposizione abbia natura cogente nell'ambito del credito immobiliare ai consumatori⁽²⁷⁾.

La disposizione in esame prevede quindi uno strumento di autotutela esecutiva, afferente al credito bancario immobiliare ai consumatori, che può qualificarsi come un *sottotipo di patto marciano*.

La disciplina dettata dall'art. 120-*quinquiesdecies* TUB sembra debba definirsi di natura speciale – non eccezionale – e cogente nel senso sopra indicato, tale cioè da escludere la validità, nell'ambito dei finanziamenti bancari ai consumatori (con garanzia ipotecaria su un immobile residenziale), di convenzioni marciiane prive dei requisiti sopra indicati⁽²⁸⁾. Ciò non toglie tuttavia che le parti possano inserire clausole integrative o modificative della disciplina legale, purché compatibili con i tratti caratterizzanti più sopra indicati.

5.2. – Dall'art. 48 *bis* TUB⁽²⁹⁾ emerge che gli elementi caratteristici della convenzione in esso regolata sono:

a) il trasferimento, da parte del debitore in favore della banca, di un immobile (purché non destinato ad abitazione principale del proprietario, del coniuge o dei suoi parenti e affini entro il terzo grado) sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore;

b) l'obbligo della banca di versare al finanziato l'eventuale eccedenza di valore del bene rispetto al debito garantito;

⁽²⁷⁾ Sulla natura (cogente o dispositiva) delle norme in esame, cfr. S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis*, cit., pp. 47 s., 51 s.

⁽²⁸⁾ Sulla natura (speciale od eccezionale, cogente o dispositiva) delle disposizioni in esame, v. S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis*, cit., p. 51.

⁽²⁹⁾ L'art. 48-*bis* TUB regola il «*finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato*» all'inadempimento dell'imprenditore debitore. In caso di inadempimento la banca finanziatrice «ha diritto di avvalersi degli effetti del patto – che non può avere ad oggetto immobili adibiti ad abitazione principale del proprietario, del coniuge o di suoi parenti e affini entro il terzo grado – purché al proprietario sia corrisposta l'eventuale differenza tra il valore di stima del bene e l'ammontare del debito inadempito e delle spese del trasferimento» (comma 3). Tralasciando altri profili della estesa disciplina dettata dall'articolo in parola, è opportuno notare che, in base al sesto comma di tale articolo, la stima è effettuata da un perito nominato dal presidente del Tribunale il quale procede in conformità ai criteri di cui all'art. 568 c.p.c. e che in base al comma 13-*bis*, «il patto a scopo di garanzia di cui al comma 1, ai fini del concorso tra i creditori è, equiparato all'ipoteca».

Sulla disciplina del patto marciano di cui all'art. 48-*bis* TUB, v., fra gli altri, S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis*, cit., p. 42 ss., *ivi* citazz. di dottrina; G. D'AMICO, *La resistibile ascesa*, cit., p. 29 ss., *ivi* citazz. di dottrina.

c) l'esecuzione della stima del bene, da effettuarsi successivamente all'inadempimento, con modalità che garantiscano l'imparzialità del perito e l'attendibilità della stessa;

d) la facoltà della banca finanziante di non avvalersi del patto una volta verificatosi l'inadempimento del debitore;

e) la predeterminazione da parte del legislatore dell'inadempimento minimo necessario perché possa considerarsi avverata la condizione sospensiva cui è subordinato il trasferimento del bene;

f) la fissazione del momento di avveramento della condizione sospensiva in coincidenza della comunicazione, da parte della banca al debitore, del valore di stima ovvero in coincidenza del pagamento al debitore dell'eventuale eccedenza rispetto all'ammontare del debito;

g) un regime di pubblicità del patto marciano e dell'eventuale ipoteca di cui il bene da trasferire sia gravato, che comporta la prevalenza del patto sulle trascrizioni o iscrizioni eseguite da terzi successivamente all'iscrizione ipotecaria sul bene o, a seconda dei casi, sul pignoramento del bene stesso o sul fallimento del proprietario del bene.

Anche in questa ipotesi i requisiti di cui alle lettere a), b) e c) costituiscono elementi essenziali e indefettibili della convenzione in questione, i quali – come già si è notato in relazione all'art. 120-*quinquiesdecies* TUB – corrispondono al nucleo essenziale del patto marciano di diritto comune.

Per quanto attiene agli altri elementi della figura in esame, il requisito di cui alla lettera d) costituisce un tratto peculiare della stessa (senza il quale si uscirebbe fuori dal modello legislativo disegnato dall'art. 48-*bis* TUB), che – come si dirà più avanti – sembra da escludere in relazione al modello generale del patto marciano regolato dal diritto comune⁽³⁰⁾.

⁽³⁰⁾ Considerato, infatti, che il patto marciano – sotto questo aspetto, non diversamente dal patto commissorio – assume i caratteri di una alienazione sospensivamente condizionata all'inadempimento del debitore-alienante, ne consegue, per un verso, che il creditore non può attivare una esecuzione forzata giudiziale prima dell'inadempimento (costituendo esso il presupposto indefettibile della procedura esecutiva), e, per altro verso che, verificatosi l'inadempimento, si avvera la condizione sospensiva con conseguente automatico trasferimento della proprietà del bene nel patrimonio del creditore (al quale resta perciò preclusa la possibilità di instaurare un processo di espropriazione forzata). Diversamente orientato sembrerebbe A. DOLMETTA, *La ricerca del "marciano utile"*, cit., p. 818, secondo il quale «la costituzione della garanzia dominicale, se destina il bene in garanzia al soddisfacimento del creditore, non lo fa diventare canale necessario, e per la verità neppure primario, del soddisfacimento medesimo, ... in altri termini ... lascia inalterati i termini del rapporto garantito, non incidendo né sul potere del creditore di eseguire la prestazione garantita, ...».

Riguardo alla posizione del debitore, deve appena rilevarsi che questi, stipulando il patto marciano, conserva in ogni caso la facoltà di adempiere l'obbligazione fino al momen-

Riguardo al regime di pubblicità di cui alla lettera g), è da ritenere che anch'esso costituisca un profilo qualificante e che la relativa disciplina abbia anch'essa natura cogente nell'ambito del credito all'impresa.

Altrettanto dovrebbe ripetersi per il requisito di cui alla lettera e) ⁽³¹⁾.

Mi parrebbe invece modificabile pattiziamente la disciplina richiamata sopra alla lettera f), relativa alla determinazione dal momento in cui si verifica il trasferimento.

Rimarrebbe da risolvere un altro problema, ossia quello concernente l'applicabilità in via analogica alla fattispecie in esame dell'art. 120-*quiesdecies*, comma 3, TUB nella parte in cui prevede – come si è notato sopra – un effetto “esdebitativo” in favore del debitore.

Come si è accennato più sopra, l'art. 120-*quiesdecies*, comma 3, TUB precisa espressamente che il trasferimento alla banca dell'immobile oggetto del patto marciano comporta l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore finanziato anche se il valore del bene trasferito alla banca (o l'ammontare dei proventi ricavati dalla sua vendita) risultino inferiori al debito residuo ⁽³²⁾. Giova rilevare altresì che la legge 2 dicembre 2005, n. 248, all'art. 11 *quaterdecies*, comma 12-*quater*, nel regolare il “prestito vitalizio ipotecario”, prevede che «l'importo del debito residuo non può superare il ricavato della vendita dell'immobile», e cioè che, eseguita la vendita dell'immobile (gravato da ipoteca), il debito si estingue per intero anche quando il ricavato della stessa sia inferiore all'importo del debito ⁽³³⁾.

Poiché l'art. 48 *bis* TUB non detta una norma analoga, si è posto il problema di stabilire se il suddetto effetto “esdebitativo” a favore del finanziato si verifichi anche nell'ipotesi del patto marciano collegato ad un finanziamento ad un imprenditore regolato dall'art. 48-*bis* TUB. La risposta che viene data dai singoli autori è tendenzialmente di segno positivo. Alcuni studiosi ritengono senz'altro operativo tale effetto anche nell'ipotesi regolata dall'art. 48 *bis* ⁽³⁴⁾, secondo altri l'art. 120-*quiesdecies*

to in cui intervenga il trasferimento del bene in base alle regole generali in materia di negozio sospensivamente condizionato, salve eventuali diverse discipline speciali (come, ad es., quella dettata dall'art. 48 *bis* commi 6, 7 e 8). Sul punto, v. anche S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis*, cit., p. 77 ss.

⁽³¹⁾ Cfr. pure S. PAGLIANTINI, *op. loc. ultt. citt.*

⁽³²⁾ Cfr. in tal senso, G. D'AMICO, *La resistibile ascesa*, cit., p. 92 ss.; S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis T.U.B.: il pasticcio*, cit., p. 65.

⁽³³⁾ V. D'AMICO, *op. ult. cit.*, p. 16.

⁽³⁴⁾ In tal senso, v. S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis*, cit., p. 56 ss.; A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis T.U.B. è davvero il patto marciano?*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1477 ss.

sdecies è applicabile analogicamente al patto marciano collegato ad un finanziamento alle imprese, ma deve riconoscersi alle parti il potere di apporre una clausola in senso contrario, che escluda cioè l'effetto esdebitativo⁽³⁵⁾.

Sussistono peraltro, a mio avviso, serie difficoltà ad applicare analogicamente al patto marciano di cui all'art. 48-*bis* TUB la norma che prevede l'effetto "esdebitativo" di cui dall'art. 120-*quinqüesdecies* TUB. Innanzi tutto, perché tale effetto costituisce una conseguenza non coerente con la causa del patto marciano, atteso che la causa autosatisfattiva, che contraddistingue tale convenzione, comporta il permanere del diritto del creditore ad essere soddisfatto integralmente. Oltre a ciò, vi è da considerare che l'effetto esdebitativo ha natura di una limitazione della responsabilità patrimoniale del consumatore finanziato⁽³⁶⁾, limitazione che, in base alla previsione generale di cui all'art. 2740, comma 2, c.c., deve considerarsi eccezionale e come tale di stretta interpretazione.

È verosimile che tale effetto sia stato previsto dal legislatore in materia bancaria nel settore del credito a favore di consumatori, quale specifico beneficio riservato a tale categoria di clienti – come parrebbe confermare anche la disciplina sopra richiamata sul prestito vitalizio ipotecario – di talché non sembra sussistere neppure una giustificazione sostanziale per la sua estensione ai finanziamenti bancari alle imprese, e ancor meno – come si dirà più avanti – al patto marciano di diritto comune.

La disposizione in esame disegna quindi uno strumento di autotutela esecutiva, afferente al credito bancario (immobiliare) alle imprese, che può essere qualificato anch'esso come un (ulteriore) *sottotipo di patto marciano*.

La disciplina dettata dall'art. 48-*bis* TUB è da qualificare di natura speciale e cogente nel senso in precedenza indicato, tale cioè da escludere la validità, nell'ambito del finanziamento bancario alle imprese, di convenzioni marciiane prive dei requisiti sopra indicati⁽³⁷⁾ (salvo quello di cui alla lett. f). Ciò non toglie tuttavia che le parti possano inserire clausole integrative o modificative della disciplina legale, purché compatibili con i tratti caratterizzanti più sopra indicati.

⁽³⁵⁾ Così G. D'AMICO, *La resistibile ascesa*, cit., p. 17 ss.

⁽³⁶⁾ Per l'identificazione nell'effetto esdebitativo previsto dall'art. 120-*quinqüesdecies*, comma 3, TUB, di una limitazione della responsabilità patrimoniale, v., F. PIRAINO, *L'indebitamento del contratto*, cit., pp. 177, 199 ss.

⁽³⁷⁾ Nello stesso senso, v. S. PAGLIANTINI, *op. loc. ultt. citt.*

6. – La disciplina delle fattispecie speciali di patto marciano sopra esaminate riveste per l'interprete un rilievo significativo, poiché non soltanto offre la conferma della esattezza dell'opinione espressa dalla dottrina e dalla giurisprudenza dominanti circa l'ammissibilità di tale strumento di autotutela esecutiva⁽³⁸⁾ e la conseguente possibilità per le parti di concludere validamente siffatta convenzione indipendentemente da un'espressa previsione legislativa, ma anche perché offre spunti preziosi per la individuazione degli elementi che concorrono a integrare la fattispecie generale e per la determinazione delle regole ad essa applicabili.

La disciplina vigente nel nostro ordinamento presenta tuttavia una singolarità: il modello generale di patto marciano, o, se si preferisce, il patto marciano di diritto comune, è, al momento, un contratto legalmente atipico mentre i suoi sottotipi sono contratti tipizzati dal legislatore. Per di più – come si è osservato in precedenza – questi sottotipi sono governati da norme (tendenzialmente) cogenti che conferiscono una conformazione rigida a tali convenzioni speciali; conformazione che nelle singole fattispecie normative presenta, oltre tutto, caratteri differenti⁽³⁹⁾.

⁽³⁸⁾ Cfr., in tal senso, in dottrina, C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., p. 218 s.; F. ANELLI, *op. cit.*, p. 303 ss.; N. CIPRIANI, *op. cit.*, p. 209 s.; U. CARNEVALI, voce *Patto commissorio*, in *Enc. dir.* XXXII, Milano 1982, p. 505 ss.; P. GALLO, *Divieto del patto commissorio*, nel *Commentario del cod. civ.* diretto da Gabrielli, Artt. 2643-2783 *ter*, Torino 2016, p. 972 s.; U. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto. La causa e il trasferimento dei diritti*, Torino 2000, p. 146 ss.; M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 217 ss.; A. SASSI, *op. cit.*, p. 287 ss. (ivi ulteriori indicazioni bibliografiche); A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano ecc. cit.*, p. 12; M. NATALE, *Lease-back e strutture utili di patto marciano*, in questa *Rivista*, p. 2015, p. 1604; A. DOLMETTA, *La ricerca del «marciano utile»*, cit., p. 816 ss. Per la giurisprudenza, v. Cass. 28 gennaio 2015, n. 1625, in *R. not.*, 2015, p. 182 ss.; Cass. 9 maggio 2013, n. 10986, in *Vita not.*, 2013, p. 719; Cass. 21 gennaio 2005, n. 1273. Nel senso della nullità del patto marciano, v. G. MINNITI, *Garanzia e alienazione*, Torino 2007, p. 29 ss.; V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, in *F. it.*, 1989, I, c. 1428 ss.

⁽³⁹⁾ Le figure sopra esaminate ricevono una disciplina differente, oltre che in relazione alla qualificazione del finanziato – in un caso (art. 120 *quinquiesdecies* TUB) un consumatore e nell'altro (art. 48 *bis* TUB) un imprenditore –, riguardo alla misura dell'inadempimento minimo rilevante, al regime di pubblicità del patto, ai congegni operativi del trasferimento del bene alla banca, alle modalità di realizzazione del credito dell'istituto finanziatore, alla possibilità che il patto possa essere autonomo (come prevede l'art. 48-*bis* TUB) o necessariamente collegato ad una ipoteca (v. art. 120-*quinquiesdecies* TUB), alla possibilità che il trasferimento del bene possa avvenire solo a favore della banca (art. 48-*bis* TUB) o anche a favore di un terzo con conseguente diritto del finanziatore a ricevere i proventi della vendita (art. 120-*quinquiesdecies* TUB) fino a concorrenza del debito residuo, e soprattutto in relazione al fatto che nel credito ai consumatori (v. art. 120-*quinquiesdecies*, comma 3, TUB) il patto marciano, con il trasferimento del bene, produce l'estinzione integrale del debito anche quando il valore dell'immobile trasferito alla banca o al terzo sia inferiore al debito residuo, mentre analogo effetto esdebitativo non è previsto dall'art. 48-*bis* TUB in materia di finanziamento alle imprese.

Siffatte peculiarità della attuale disciplina legislativa pongono più di un problema all'interprete. Tra essi quello, in particolare, relativo all'influenza che le normative speciali dei sottotipi di patto marciano possono avere nella costruzione della disciplina del tipo generale. Non possono sfuggire, in particolare, gli interrogativi che l'interprete deve porsi in merito alla possibilità di considerare taluno degli elementi che compongono la fattispecie contrattuale regolata dall'art. 120-*quinqüesdecies* TUB o quella prevista nell'art. 48-*bis* TUB come "elemento transtipico" veicolabile nel modello generale del patto marciano o in merito alla possibilità di applicare analogicamente al patto marciano di diritto comune alcune norme dettate dalle disposizioni legislative testè richiamate⁽⁴⁰⁾.

È appena il caso di osservare che, data la delicatezza dei problemi indicati, sarebbe auspicabile che intervenisse il legislatore per dettare una disciplina del tipo generale del patto marciano⁽⁴¹⁾. In tal modo, anziché lasciare all'incertezza delle opinioni dottrinali e alla variabilità delle decisioni giurisprudenziali la soluzione dei problemi di ermeneutica legislativa, i teorici e i pratici potrebbero contare su esplicite e, possibilmente, chiare disposizioni normative⁽⁴²⁾.

7. – In mancanza di una regolamentazione legislativa di carattere generale del patto marciano – e sino a quando non interverrà una normativa *ad*

Altro elemento differenziale discende da ciò, che in relazione al credito alle imprese (art. 48-*bis*, comma 5, TUB) la banca finanziatrice ha facoltà di scegliere anche dopo l'inadempimento del debitore se avvalersi dell'autotutela esecutiva fornita dal patto o invece procedere ad una ordinaria espropriazione forzata. Nel credito ai consumatori la banca finanziatrice, per contro, stipulato il patto marciano, perde la facoltà di attivare un'espropriazione forzata giudiziale.

⁽⁴⁰⁾ Sul punto, v. S. PAGLIANTINI *Sull'art. 48 bis* ecc. cit. spec., pp. 47 ss., 51 s.; G. D'AMICO, *La resistibile ascesa*, cit., p. 1 ss.

⁽⁴¹⁾ Analogo auspicio formulano G. D'AMICO-S. PAGLIANTINI (nei contributi sopra citati), e da ultimo A. DOLMETTA, *op. ult. cit.*, pp. 813, 816 e 818.

⁽⁴²⁾ Questione diversa è se le normative introdotte nel settore bancario incontreranno il favore degli operatori o se invece, come la gran parte dei commentatori ha sottolineato e come l'esperienza pratica finora maturata sembra confermare, la farraginosità e complessità della disciplina predisposta dal legislatore per le figure speciali di patto marciano scoraggeranno l'impiego di questi strumenti di autotutela esecutiva. Molti autori manifestano un fondato scetticismo sulla razionalità ed efficienza della disciplina in esame e preconizzano una "fuga" delle banche dalle norme introdotte in tema di patto marciano: v., per tutti D'AMICO, *Sulla resistibile ascesa*, cit., p. 38 s.; S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis*, cit., pp. 81 s., 99, 101. Vien da sé che ove quest'ultima eventualità si verificasse, sarebbe auspicabile che il legislatore introducesse al più presto una disciplina di carattere generale del modello-base di patto marciano.

hoc – compito dell’interprete di diritto italiano⁽⁴³⁾ è quello di elaborare e ricostruire una disciplina del *tipo generale* in base ai principi e alle regole di diritto comune, tenendo conto delle disposizioni speciali dettate dagli artt. 120-*quinqüesdecies* e 48 *bis* TUB più sopra ricordati.

7.1. – Si è rilevato in precedenza (v. *supra*, § 6) come la previsione testuale di sottotipi di patto marciano da parte del nostro legislatore – implicando il riconoscimento che esso è diretto a soddisfare interessi meritevoli di tutela ai sensi dell’art. 1322 c.c. – elimini ogni dubbio sulla ammissibilità di un tipo generale e sulla validità di tale strumento convenzionale di autotutela esecutiva, così avallando la *communis opinio* formatasi in dottrina e in giurisprudenza⁽⁴⁴⁾.

Il problema è, allora, innanzi tutto quello di stabilire, da un lato, quale sia la struttura del negozio marciano e dall’altro quali requisiti la convenzione debba possedere per sottrarsi alla previsione di nullità che l’art. 2744 c.c. commina per il patto commissorio.

7.2. – Occorre prendere le mosse proprio da tale disposizione per fissare il congegno effettuale del patto. Si è già chiarito (v. *supra* § 3) che secondo la dottrina dominante – seguita dalla giurisprudenza – il patto commissorio (e quella sua “variante”, costituita, appunto, dal patto marciano), alla luce della descrizione contenuta nell’art. 2744 c.c., è da configurare come una alienazione in proprietà sospensivamente condizionata all’inadempimento del debitore⁽⁴⁵⁾. L’esattezza di siffatta conclusione trova ora conferma nella norma di cui all’art. 48-*bis* TUB che – come si è visto in precedenza – descrive il patto marciano come un negozio traslativo sottoposto alla condizione sospensiva dell’inadempimento del debitore.

Parallelamente a quanto è stato chiarito dalla dottrina in relazione al patto commissorio, anche riguardo al patto marciano niente si oppone ad ammettere che esso possa rivestire la struttura di una alienazione imme-

⁽⁴³⁾ Sul trattamento normativo riservato al patto commissorio e al patto marciano dalla legislazione di altri Paesi europei, cfr., F. FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica*, in *Europ. e d. priv.*, 2006, p. 1196 s.; M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 155 ss.; A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano*, cit., p. 30 s.; G. BRIANDA, *Le prospettive del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria, lex mercatoria e tradizione*, in *Contratto e impr.*, 2016, p. 816 ss.

⁽⁴⁴⁾ Per citazioni di dottrina e giurisprudenza, v. *supra* la nota 38.

⁽⁴⁵⁾ Così, per tutti, C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., pp. 52, 114 ss.; V. ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, nel *Comm. Scialoja-Branca*, Art. 2740-2899, Bologna-Roma 1945, p. 51.

diatamente traslativa risolutivamente condizionata all'adempimento del debitore⁽⁴⁶⁾ o una struttura ancora diversa⁽⁴⁷⁾.

7.3. – Similmente a quanto si afferma per il patto commissorio⁽⁴⁸⁾, deve riconoscersi che il patto marciano può avere ad oggetto così un bene gravato da ipoteca o pegno a favore del creditore, come un bene non gravato da garanzia reale (c.d. patto marciano autonomo). Tale conclusione trova conferma anche nelle discipline legislative dettate per i sottotipi di contratti marciani, atteso che – come si è visto sopra – l'art. 120 *quinquiesdecies* TUB regola un patto riconducibile al primo modello mentre l'art. 48 *bis* TUB prevede una convenzione corrispondente al secondo modello.

Considerazioni analoghe possono farsi in ordine alla possibilità che – non diversamente da quanto prevede espressamente l'art. 2744 c.c. – il patto marciano venga stipulato, oltre che al momento della conclusione del contratto da cui nasce il credito, in un momento successivo (c.d. patto marciano *ex intervallo*)⁽⁴⁹⁾, come d'altro canto si ricava anche dall'art. 48-*bis*, comma 4, TUB.

7.4. – Requisito qualificante del patto marciano, assolutamente indispensabile per non ricadere nella previsione di cui all'art. 2744 c.c., è che il creditore sia obbligato a restituire al debitore l'eventuale eccedenza del valore del bene alienato rispetto all'ammontare del credito. Tale profilo non richiede particolare illustrazione corrispondendo esso ad una pressoché unanime indicazione da parte della dottrina e della giurisprudenza⁽⁵⁰⁾, che vedono in esso il tratto marcante della figura e al tempo stesso differenziale rispetto al patto commissorio. D'altro canto, tale indicazione è stata recepita – e non poteva non esserlo – dal nostro legislatore nel

(46) Il senso affermativo, v. da ultimo, in relazione al patto marciano, v. A. DOLMETTA, *La ricerca del «marciano utile»*, cit., p. 818 s.

(47) Le parti, ad esempio, potrebbero prevedere con il patto marciano, anziché un'alienazione, un obbligo del debitore di trasferire al creditore il bene in caso di inadempimento del debito (in parallelo al c.d. patto commissorio "obbligatorio"). Sulla varietà strutturale delle fattispecie negoziali traslative a scopo di garanzia, v. A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, cit., p. 232 ss.

(48) Sulla omogeneità funzionale tra patto commissorio accessorio ad una garanzia reale (prevista dall'art. 2744 c.c.) e patto commissorio (c.d.) autonomo, v. per tutti, gli aa. citt. *supra* nelle note 45 e 47.

(49) In ogni caso, la conclusione del patto deve essere anteriore all'inadempimento, poiché in caso contrario, il contratto verrebbe ad identificarsi con una pura e semplice convenzione con scopo autosatisfattivo (v. *supra*, § 3).

(50) Per la dottrina, v. gli avv. citt. *supra* nella nota 38. Per la giurisprudenza cfr. le sentenze citate nella stessa nota; *adde*, Cass. 18 marzo 2015, n. 5440.

disciplinare i sottotipi di patto marciano in materia bancaria (v. sia l'art. 48-*bis*, comma 2 che l'art. 120-*quinquiesdecies*, comma 3, TUB⁽⁵¹⁾).

È discusso se il diritto del debitore all'eventuale "supero" «costituisca un *proprium* del patto marciano o dipenda invece da regole di più vasto respiro, comuni al genere dell'alienazione in garanzia in quanto tale»⁽⁵²⁾: accogliendo la prima configurazione sarebbe necessario inserire nel patto marciano una apposita clausola, accogliendo la seconda il diritto del debitore all'eventuale supero, discenderebbe comunque dalla legge in quanto implicato dalla concreta causa del negozio. Poiché la risposta a tale interrogativo dipende dalla soluzione di problemi di carattere generale tuttora dibattuti⁽⁵³⁾, sembra preferibile accogliere una soluzione ispirata a cautela e chiarezza e ritenere perciò necessaria, ai fini della validità del patto, una clausola che esplicitamente riconosca al debitore il diritto al supero.

7.5. – Si è appena finito di dire che l'obbligo di restituire al debitore l'eventuale eccedenza di valore del bene rispetto all'ammontare del credito costituisce l'effetto della convenzione che più di ogni altro assicura al debitore quella tutela che invece fa difetto nel patto commissorio e che ne evita l'illiceità. D'altro canto, per la determinazione dell'eventuale supero da riconoscere al debitore è necessaria una apposita stima del bene. Si comprendono quindi le ragioni per le quali la dottrina e la giurisprudenza abbiano attribuito alla stima un rilievo di primo piano, segnalando la necessità che essa venga compiuta in un momento successivo all'indebitamento, ad opera di un perito indipendente ed esperto, in tempi certi e con modalità definite (che assicurino il diritto al contraddittorio delle

⁽⁵¹⁾ Il diritto del debitore a ricevere l'eventuale "supero" è previsto anche nei congegni marciano *ex lege* e segnatamente nel prestito vitalizio ipotecario regolato dall'art. 12 *quater* della l. 2 dicembre 2005, n. 248 (v. *supra* nota 1).

⁽⁵²⁾ Cfr. A. DOLMETTA, *La ricerca del «marciano utile»*, cit., p. 815 s., il quale è favorevole alla seconda soluzione, e quindi esclude la necessità di una previsione pattizia del diritto del debitore, pur ritenendo opportuno l'inserimento nel contratto di una clausola esplicita.

⁽⁵³⁾ A soluzione dell'interrogativo è collegata, in particolare, ad un problema a monte di carattere generale che investe la distinzione tra negozio di alienazione con causa di garanzia e negozio di alienazione con causa di autosoddisfacimento e soprattutto la determinazione degli effetti *ex lege* delle alienazioni in questione; problema sul quale v. spec., F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia* cit., 1996, p. 420 ss. (secondo il quale, stante la causa di garanzia del patto commissorio, non sarebbe necessaria una clausola *ad hoc* che preveda il diritto del debitore al supero, diritto che non sorgerebbe solo in presenza di una clausola espressa che lo escludesse, clausola che dovrebbe considerarsi però nulla *ex artt.* 1419 e 2744 c.c.); A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano*, ecc. cit., p. 19 ss.

parti) al fine di individuare il giusto prezzo del bene alienato, ossia il prezzo corrente⁽⁵⁴⁾.

Ancora una volta, tali indicazioni sono state raccolte dal nostro legislatore, il quale, nel disciplinare i patti marciali bancari, ha statuito che il valore del bene sia stimato con perizia successiva all'inadempimento da un perito indipendente scelto dalle parti di comune accordo ovvero, in difetto di accordo, dal Presidente del Tribunale, con le modalità di cui all'art. 696, comma 3, c.p.c. (v. art. 120-*quinquiesdecies*, comma 4, lett. d), TUB) ovvero che il perito, nominato dal presidente del Tribunale proceda alla stima secondo i criteri di cui all'art. 568 c.p.c., comunichi entro sessanta giorni dalla nomina la stima giurata al debitore (e, se diverso, al proprietario del bene), al creditore e agli altri creditori con titolo trascritto o iscritto, i quali possono inviare tempestivamente note al perito (v. art. 48 *bis*, comma 6, TUB). Quest'ultima disposizione inoltre, assai opportunamente, dichiara applicabile alla perizia contrattuale in discorso l'art. 1349, comma 1, c.c.⁽⁵⁵⁾.

Non pare dubitabile che le regole sopra richiamate potranno essere applicate in via analogica al tipo-base fino a quando non intervenga una disciplina di carattere generale.

7.6. – Abbiamo avuto modo di precisare in precedenza⁽⁵⁶⁾ che il trasferimento della proprietà del bene si produce automaticamente al verificarsi dell'inadempimento, costituendo esso condizione sospensiva dell'alienazione.

Deve tuttavia rilevarsi che a questa regola il legislatore apporta una doppia deroga mediante l'art. 48-*bis* TUB in relazione al patto marcialo collegato ad un contratto di finanziamento ad un imprenditore. Difatti dal quinto comma di tale articolo – come già si è ricordato – si desume che, verificatosi l'inadempimento, il creditore non è tenuto ad attivare il patto marcialo e può invece instaurare un'espropriazione forzata giudiziale⁽⁵⁷⁾; l'ottavo comma prevede che la condizione sospensiva di inadempimento si considera avverata al momento della comunicazione al creditore del valore

⁽⁵⁴⁾ Per la dottrina, v. gli aa. citt. *supra* nella nota 38, e in particolare A. DOLMETTA, *La ricerca del «marcialo utile»*, cit., pp. 817, 820 ss.; per la giurisprudenza, cfr. spec. Cass. 28 gennaio 2015, n. 1625, cit. (*supra* nella nota 38).

⁽⁵⁵⁾ Sui rimedi esperibili contro la stima, v. A. DOLMETTA, *op. ult. cit.*

⁽⁵⁶⁾ V. *supra*, § 7.2.

⁽⁵⁷⁾ V. al riguardo, G. D'AMICO, *La resistibile ascesa*, cit., p. 23 ss.

di stima del bene ovvero al momento dell'avvenuto versamento al debitore della eccedenza di valore del bene rispetto all'ammontare del debito.

Come si è accennato in precedenza⁽⁵⁸⁾ le due norme hanno natura speciale e soprattutto prevedono entrambe una disciplina che non è consequenziale alla struttura e alla funzione del patto marciano. È da ritenere pertanto che tali regole non siano estensibili al tipo generale, nell'ambito del quale il congegno condizionale non può che operare secondo i principi di diritto comune⁽⁵⁹⁾ (salvo, naturalmente, diversa volontà delle parti).

7.7. – Il patto marciano, in quanto negozio di alienazione che programma il trasferimento (sospensivamente o risolutivamente condizionato) della proprietà di un bene da parte del debitore in favore del creditore, provoca, in caso di inadempimento, l'acquisto (nell'ipotesi di condizione sospensiva) o il consolidamento dell'acquisto (nell'ipotesi di condizione risolutiva) della proprietà del bene in capo, appunto, al creditore. Ciò significa che «la struttura caratteristica del marciano non richiede... che il bene in garanzia sia... venduto a terzi» con conseguente soddisfacimento del creditore mediante appropriazione del ricavato della vendita⁽⁶⁰⁾.

7.8. – Per le ragioni già indicate in precedenza⁽⁶¹⁾ è da escludere che il patto marciano produca un effetto “esdebitativo” a favore del debitore, ossia un effetto estintivo dell'intero debito anche quando il valore del bene sia inferiore al debito, atteso, per un verso, che siffatta vicenda estintiva

⁽⁵⁸⁾ V. *supra*, § 5.2.

⁽⁵⁹⁾ Riguardo al rischio del perimento del bene, è da condividere l'opinione di A. DOLMETTA, *La ricerca del «patto marciano utile»*, cit., p. 819, nt. 15, il quale osserva che in pendenza della condizione risolutiva (nei casi, appunto, in cui le parti abbiano congegnato il patto marciano secondo la struttura di una alienazione risolutivamente condizionata all'adempimento del debitore) il creditore non sopporta il rischio del perimento del bene in garanzia, stante la causa che regge la relativa attribuzione.

In relazione alle ipotesi in cui il patto marciano sia sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore e il bene perisca in pendenza della condizione, deve ritenersi che il rischio del perimento fortuito ricada sul debitore non solo in base al principio desumibile dall'art. 1465, comma 4, c.c., ma altresì in considerazione della causa (di garanzia e autosatisfattiva) dell'alienazione.

⁽⁶⁰⁾ Così A. DOLMETTA, *op. ult. cit.*, p. 825, il quale rileva che se la vendita a terzi del bene venisse prevista dalle parti, tale clausola darebbe vita ad «una variante anomala nella figura».

L'alternativa tra l'acquisto del bene da parte del creditore e la vendita dello stesso ad un terzo (con conseguente diritto del creditore a ricevere il ricavato della vendita) è prevista esplicitamente dall'art. 120 *quinquiesdecies*, comma 3, TUB in relazione al patto marciano collegato ad un finanziamento immobiliare ai consumatori.

⁽⁶¹⁾ V. *supra*, § 5.2.

non è implicata dalla causa della convenzione e, per altro verso, che la norma dell'art. 120-*quinquiesdecies*, comma 3, TUB – che, come si è visto in precedenza, dispone un effetto esdebitativo – costituisce norma eccezionale insuscettibile di applicazione analogica⁽⁶²⁾. Nulla si oppone tuttavia a che le parti possano inserire nel patto marciano una clausola che preveda il suddetto effetto esdebitativo.

⁽⁶²⁾ Esclude che il patto marciano produca di per sé un effetto esdebitativo, anche A. DOLMETTA, *La ricerca del «marciano utile»*, cit., p. 816 s.



Studio n. 1-2017/C

Recenti riforme in tema di garanzie del credito bancario

Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 3/05/2017)

Approvato dal CNN l'8/06/2017

Lo studio in sintesi (Abstract): *Lo studio svolge un tentativo di sistemazione organica del rinnovato quadro delle garanzie bancarie, portanti una struttura genericamente riconducibile alla figura, di ricostruzione dottrina e giurisprudenziale, del cd. patto marciano. In primo luogo viene esaminata la disciplina del prestito vitalizio ipotecario, nella configurazione risultante dalla recente riforma, con particolare riferimento alle modalità di escussione della specifica garanzia ed alla relazione intercorrente tra ipoteca e legittimazione del creditore a vendere per soddisfarsi sul ricavato. Lo studio passa poi ad analizzare in chiave sistematica le recenti modifiche del testo unico bancario, ed in particolare l'art. 120 quinquiesdecies, di cui ad oggi non risulta tuttavia essere stato ancora emanato il decreto attuativo ex comma 5, e l'art. 48 bis, soffermandosi sull'individuazione della rispettiva fattispecie normativa e del relativo ambito di applicazione, nonché, in particolare, sui concreti presupposti di operatività del c.d. "patto marciano" e sulle sue possibili implementazioni di natura negoziale. Nella parte finale lo studio, premessa una rassegna sull'evoluzione giurisprudenziale in tema di patto commissorio e di patto marciano di diritto comune, esamina l'incidenza della legislazione speciale di nuova introduzione sul possibile residuo ambito applicativo della cessione in garanzia.*

Sommario: 1. Considerazioni generali (R. Lenzi); 2. Il prestito vitalizio ipotecario (R. Lenzi); 3. Le esperienze straniere (R. Lenzi); 4. La riforma (R. Lenzi); 5. Pvi e patto marciano improprio (R. Lenzi); 6. L'effetto esdebitatorio (R. Lenzi); 7. La legittimazione a disporre (R. Lenzi); 8. Concorso tra creditore ex pvi e terzi creditori (R. Lenzi); 9. Considerazioni di sintesi sul pvi (R. Lenzi); 10. L'art. 120 quinquiesdecies, t.u. banc. (M. Tatarano); 11. L'art. 48 bis, t.u. l. banc. (M. Tatarano); 12. Le novità normative e il patto marciano di diritto comune (R. Lenzi); 13. Il patto marciano di diritto comune nell'evoluzione giurisprudenziale (R. Lenzi); 14. Incidenza della disciplina speciale sul patto marciano di diritto comune (R. Lenzi).



1. Considerazioni generali (R. Lenzi)

Le recenti riforme del sistema del credito bancario muovono tutte nella direzione di rendere più agevole e rapido il soddisfacimento delle ragioni del creditore, in caso di difficoltà del debitore nel far regolarmente fronte ai propri impegni. A tal fine sono state tipizzate nuove forme di garanzia, già conosciute e controverse nella loro configurazione atipica, che consentono di evitare gli ordinari meccanismi di esecuzione, accedendo a procedimenti più rapidi per la realizzazione delle ragioni di credito, in quanto sottratti all'affidamento all'autorità giudiziaria e ai tempi di svolgimento del processo di esecuzione. Attraverso la fissazione di precise regole procedurali, sembrerebbe dunque superato, vedremo tuttavia in che limiti, il dogma secondo il quale il soddisfacimento coattivo delle ragioni del creditore deve sempre passare per il procedimento giudiziario di esecuzione, sottraendo quindi all'autonomia privata qualsiasi modalità convenzionale di attuazione del rapporto obbligatorio in caso di mancato adempimento da parte del debitore. Gli accordi tra creditore e debitore, con cui si convengono modalità di autosoddisfacimento delle ragioni creditorie, sono visti con diffidenza dal legislatore italiano, vigile nell'evitare possibili approfittamenti del creditore nei confronti del debitore, e sono quindi consentiti solo nella fase attuativa del rapporto e non nella sua fase genetica. Il divieto del patto commissorio, nell'ampia interpretazione funzionale che ormai ne dà la giurisprudenza, nonostante il dibattito ancora aperto circa le ragioni su cui esso si fonda, è espressione di questo timore per le possibili prevaricazioni del creditore nei confronti del debitore, considerato come il soggetto debole del rapporto. Senonché si è acquisita finalmente coscienza che l'interesse primario del potenziale soggetto debole è proprio quello di poter accedere al credito, al fine di dotarsi, nella maniera più agevole possibile, di mezzi finanziari immediati, con cui far fronte alle primarie esigenze di vita ⁽¹⁾. Un sistema che, al fine di proteggere il debitore al massimo grado, comprime la dialettica del rapporto e rende più difficile, o quantomeno più lento, il soddisfacimento delle ragioni del creditore, determina una restrizione nell'erogazione del credito che ha come prima vittima proprio il soggetto debole, che non riesce altrimenti a trovare, in tempi sufficientemente brevi, i mezzi primari di sostentamento. Da questa nuova consapevolezza si avverte, nei recenti interventi normativi, il passaggio da una disciplina del rapporto obbligatorio caratterizzata da un protezionismo paternalistico, che necessariamente conduceva ad una rigidità dei rapporti di credito, ad una nuova visione del rapporto obbligatorio, in cui si rivaluta il profilo cooperativo della relazione tra creditore e debitore, il tutto ovviamente confermando ed ampliando i doveri di trasparenza e informazione che, pur con tutti i limiti e le insufficienze di cui oggi si prende sempre più generale coscienza, costituiscono un ineludibile presupposto di correttezza del rapporto. Tale comune ragione ispiratrice dei recenti interventi normativi avrebbe dovuto logicamente condurre all'approvazione di una disciplina omogenea, atta a regolare, con l'introduzione di significative novità, i rapporti di credito bancario, mentre il legislatore sorprendentemente ha adottato una



serie di discipline differenziate di cui spesso non risulta facile comprendere le ragioni e soprattutto assai arduo individuare una organicità sistematica che possa orientare l'interprete. In particolare, per ciò che qui particolarmente interessa, l'intervento ha riguardato l'introduzione di modifiche alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario (prima con la legge n. 44 del 2015 e poi con l'approvazione del Regolamento attuativo n. 226 sempre del 2015), l'introduzione dell'art. 48 bis del TUB, a regolazione dei rapporti di credito tra banca e imprenditori e, da ultimo, con il Decreto legislativo 21 aprile 2016, n. 72 l'introduzione dell'art. 120-quinquiesdecies del TUB, ispirata dall'art. 28 della direttiva 2014/17/CE, a regolazione dei rapporti di credito tra banca e consumatori. In tutti tali casi la novità è costituita da nuove modalità di soddisfazione del credito ipotecario vantato dall'istituto di credito.

2. Il prestito vitalizio ipotecario (R. Lenzi)

Nella direzione di creare nuovi strumenti flessibili di accesso al credito già con l'art. 11 quaterdecies della Legge del 02 dicembre 2005, n. 248 era stato introdotto il c.d. prestito vitalizio ipotecario ⁽²⁾. La figura prevedeva la possibilità per gli istituti di credito di concedere finanziamenti a medio e lungo termine, con capitalizzazione annuale di interessi e spese e con rimborso integrale in unica soluzione alla scadenza; doveva trattarsi di finanziamenti assistiti da ipoteca di primo grado su immobili residenziali e riservati a persone fisiche con età superiore ai 65 anni (ora 60). Il rimborso, salvo il caso che vi provvedesse direttamente e volontariamente lo stesso soggetto finanziato, era posto, come adesso, a carico degli eredi, ma senza alcuna speciale limitazione di responsabilità per questi ultimi. Più precisamente, alla morte del beneficiario del prestito, i suoi successori avevano l'alternativa di estinguere il debito per conservare il bene ovvero sopportare la vendita dell'immobile affinché il creditore potesse soddisfarsi sul ricavato. Era prevista anche la possibilità che la Banca finanziatrice concedesse un nuovo mutuo agli eredi, destinando il ricavato ad estinguere il precedente finanziamento. Nella prima versione del pvi, profondamente difforme da analoghi strumenti adottati in ordinamenti stranieri, l'ambito di applicazione era limitato per le restrizioni soggettive (i 65 anni del mutuatario), per il pesante rischio economico a carico degli eredi e per gli inefficienti strumenti di soddisfazione coattiva del credito, propri del nostro ordinamento ⁽³⁾.

3. Le esperienze straniere (R. Lenzi)

Il prestito vitalizio ipotecario costituisce la versione nazionale di un prodotto finanziario che ha iniziato a diffondersi in Gran Bretagna alla fine degli anni '90, ove è noto con le definizioni di *lifetime mortgage* o di *equity release*, e si è poi rapidamente esteso a tutto il mondo anglosassone ⁽⁴⁾. Lo strumento nasce con finalità assistenziali, al fine di consentire a soggetti in età avanzata di utilizzare la proprietà immobiliare come riserva finanziaria per ottenere liquidità senza perdere il bene-casa ⁽⁵⁾. L'abitazione svolge in questo caso una duplice funzione: da un lato soddisfa le



esigenze abitative del titolare, dall'altro costituisce lo strumento per ottenere credito al fine di soddisfare le proprie esigenze di vita. Ovviamente la capacità di credito è limitata ed il finanziamento normalmente non eccede una percentuale minima del valore dell'immobile offerto in garanzia ⁽⁶⁾, tuttavia è indicativo del fatto che aspirazione all'acquisto della casa e esigenze di liquidità per far fronte ai bisogni di vita non debbono necessariamente confliggere bensì possono vicendevolmente sostenersi. Lo strumento è flessibile e consente di non dover ricorrere, in caso di necessità, alla radicale iniziativa di vendere l'abitazione e trasferirsi in locazione. L'evidente peculiarità di tale strumento finanziario, che lo differenzia nettamente, già nella sua prima versione, dal tradizionale mutuo ipotecario, sta nel fatto che l'operazione non prevede alcun obbligo di rimborso a carico del soggetto a cui favore la somma è erogata. Il concedente potrà infatti soddisfarsi attraverso la vendita dell'immobile solo dopo la morte del beneficiario. Sotto il profilo economico si tratta di un contratto con forti elementi di aleatorietà, tali da indurre alcuni commentatori ad individuare connotazioni riconducibili al contratto di assicurazione; questo profilo è ancora più evidente nella versione riformata, che si accosta maggiormente alla versione anglosassone, ove al finanziamento è spesso associata una clausola (nota come "no negative equity guarantee") che limita la responsabilità degli eredi al valore di realizzo dell'immobile concesso in garanzia, assumendosi il creditore il rischio dell'eccedenza, senza possibilità quindi di rivalersi nei confronti degli eredi ⁽⁷⁾. Nell'ordinamento francese è stato recentemente introdotto il "Prêt viager hypothécaire", definito come "un contratto mediante il quale un istituto di credito o un istituto finanziario concede ad una persona fisica un mutuo sotto forma di un capitale o di versamenti periodici, garantiti da un'ipoteca costituita sull'immobile di proprietà del mutuatario e destinato all'esclusivo uso di abitazione di quest'ultimo, il cui rimborso, sia per capitale che per interessi, non sarà esigibile che al decesso del mutuatario o, prima del decesso, al momento dell'alienazione o della costituzione di diritto reale limitato a favore di terzi sull'immobile oggetto di garanzia" ⁽⁸⁾. Anche il legislatore francese ha quindi colto la possibile funzione assistenziale dell'istituto. Tuttavia si tratta di uno strumento di più ampia applicazione rispetto a quello previsto nel nostro ordinamento, sebbene siano fissate alcune specifiche regole tese ad evitare approfittamenti o eccessivi pregiudizi per il debitore; in particolare in ordine ai doveri di informazione, all'obbligatorietà di un adeguato *spatium deliberandi* da parte del soggetto finanziato, all'inapplicabilità ai rapporti d'impresa (quest'ultimo limite indirettamente presente anche nel nostro pvi riformato). La disciplina francese prevede, in pendenza di rapporto, una serie di doveri di comportamento a carico del debitore, il quale è tenuto alla manutenzione, secondo criteri di diligenza, dell'immobile oggetto di garanzia; qualora il debitore, a causa del proprio comportamento, determini la diminuzione della garanzia incorrerà nella decadenza dal beneficio del termine. La medesima sanzione è prevista nel caso in cui egli muti la destinazione del bene ipotecato o rifiuti al creditore l'accesso all'immobile per controllarne lo stato di conservazione ⁽⁹⁾. In particolare nella versione francese il nuovo art. L314-9 ha introdotto un forte elemento a tutela



del debitore, prevedendo che il debito del mutuatario o dei suoi aventi causa, che potrà in ogni caso essere anticipatamente rimborsato, anche parzialmente, non potrà eccedere il valore dell'immobile, accertato al momento della scadenza del termine ⁽¹⁰⁾. Il termine dell'operazione è costituito dall'apertura della successione mortis causa del mutuatario ovvero dall'alienazione a terzi dell'immobile. Nella prima ipotesi gli eredi provvederanno a rimborsare il debito al creditore, entro i limiti del valore dell'immobile concesso in garanzia, come stabilito al giorno dell'apertura della successione (nuovo art. L314-13, co. 1). In mancanza il creditore ipotecario potrà, alternativamente, agire per l'esecuzione secondo le regole di diritto comune, salva la limitazione del debito al valore della garanzia; oppure potrà farsi attribuire la proprietà in pagamento, mediante provvedimento giudiziale ovvero mediante un patto commissorio originariamente convenuto. L'alienazione dell'immobile da parte del mutuatario o dei suoi eredi dovrà attuarsi secondo un rigido procedimento, al fine di evitare che la cessione avvenga in frode al creditore. Basta confrontare l'ampio e articolato assetto normativo francese con le scarse disposizioni del primo testo italiano per comprendere come il legislatore francese, pur intervenuto successivamente, abbia saputo cogliere in pieno le potenzialità della nuova figura, cercando di minimizzarne i difetti e rimuovendo così gli ostacoli ad una sua più ampia utilizzazione, seguito poi da un legislatore domestico più consapevole, nel recente intervento di revisione, delle necessità dell'istituto per una sua effettiva fruibilità.

4. La riforma (R. Lenzi)

Alla luce delle citate esperienze straniere, il legislatore italiano ha riconsiderato la disciplina del prestito vitalizio ipotecario, adattandola alle emergenti esigenze, affinché possa trovare una più ampia ed efficiente applicazione, in particolare regolando più analiticamente il potere del creditore di soddisfarsi direttamente sul bene oggetto di garanzia e soprattutto prevedendo la esdebitazione degli eredi del beneficiario del prestito ⁽¹¹⁾; l'interesse all'acquisto di una casa di abitazione è certamente favorito dalla presenza di uno strumento di credito caratterizzato dalla spontaneità dei rimborsi periodici, finalizzati a conservare il bene acquistato, e che non impone al soggetto finanziato alcun versamento che, nei momenti di necessità, andrebbe a sottrarre risorse ai bisogni primari di vita ⁽¹²⁾. Si tratta in conclusione di uno strumento originale, se non altro per il fatto che l'età avanzata rappresenta un incentivo per il finanziatore, in quanto prefigura una più breve durata del prestito, con riduzione dei rischi sia di un incremento dei tassi di interesse che di un decremento del valore dell'immobile offerto in garanzia; mentre nel tradizionale sistema del credito l'età avanzata costituisce un ostacolo alla concedibilità dei finanziamenti, proprio per la progressiva accentuazione del rischio che il soggetto finanziato, diminuendo via via le proprie capacità lavorative, possa far fronte agli impegni verso l'istituto finanziatore ⁽¹³⁾. Il prestito vitalizio ipotecario, in quanto efficace strumento tecnico per trasformare una parte del patrimonio in reddito disponibile, costituisce quindi una opportunità che contribuisce a colmare le lacune di un



sistema assistenziale e previdenziale sempre più povero e incapace di dare risposte adeguate ai bisogni dei consociati⁽¹⁴⁾.

5. Pvi e patto marciano improprio (R. Lenzi)

Nel prestito vitalizio ipotecario il potere di autosoddisfacimento della banca creditrice è costituito dalla possibilità di vendere, al verificarsi di determinati presupposti, per conto del debitore o dei suoi eredi, il bene oggetto di garanzia, soddisfacendosi sul ricavato e attribuendo al debitore o agli eredi l'eventuale supero⁽¹⁵⁾. Si tratta di una legittimazione a disporre di fonte legale, nell'interesse concorrente di debitore e creditore, senza che si determini un mutamento di titolarità del bene; lo conferma il fatto che il debitore-titolare, seppur nei limiti di cui appresso, e gli eredi del debitore conservano, a loro volta, la facoltà di disporre del bene, seppur, in quest'ultimo caso, in accordo con il finanziatore. Il creditore, pur fornito di questa specifica legittimazione a disporre, di fonte legale, resta un creditore ipotecario. Si discute poi, come vedremo, circa la funzione della garanzia ipotecaria e se il creditore possa, alternativamente, escutere la garanzia ipotecaria attraverso l'ordinario procedimento esecutivo. Nei primi commenti alla disciplina riformata, autorevole dottrina⁽¹⁶⁾ ha prospettato che siamo in presenza di un'ipoteca che non svolge la naturale funzione di garanzia, ma serve esclusivamente a rendere opponibile ai terzi la legittimazione a vendere l'immobile, attribuita *ex lege* al finanziatore. Si sostiene cioè che non siamo in presenza di un'ordinaria ipoteca e di una, separata, legittimazione legale a disporre attribuita al finanziatore, bensì si prospetta un nuovo tipo di garanzia reale, costituita da un'ipoteca con legittimazione a disporre, ove quest'ultima facoltà è parte integrante della garanzia reale, ne costituisce modalità attuativa e ne segue quindi le vicende. Tale ipoteca non svolgerebbe, nella fattispecie, alcuna funzione tipicamente affidata al tradizionale istituto dell'ipoteca, in quanto viene meno lo scopo di garanzia e residua solo quello di opponibilità del potere di alienare attribuito al creditore. L'ipoteca costituirebbe quindi il mezzo per rendere opponibile ai terzi la legittimazione legale a disporre. Si rileva, in senso critico, che, con maggiore chiarezza e organicità sistematica, il legislatore, anziché piegare l'ipoteca a mezzo di opponibilità della legittimazione a disporre, avrebbe potuto introdurre nuovi strumenti a ciò funzionali, modificando le norme in tema di pubblicità ed introducendo nuove tipologie di atti soggetti a trascrizione, secondo quella tendenza che si è inaugurata con la previsione della trascrizione del contratto preliminare e che, anche recentemente, ha prodotto la disciplina sulla trascrivibilità del *rent to buy* e dei vincoli di destinazione⁽¹⁷⁾. Tale ricostruzione, accanto alla considerazione che, nel sistema italiano, l'ipoteca, in taluni casi, già assume una funzione cautelare anziché di garanzia⁽¹⁸⁾, troverebbe decisiva dimostrazione nel fatto che dal testo normativo si desume, invero non troppo esplicitamente, che la legittimazione ad alienare persisterebbe in capo al creditore anche in caso di risoluzione del finanziamento per il compimento da parte del debitore di atti dispositivi del bene oggetto di garanzia. Un potere di disporre quindi che il creditore non perderebbe nemmeno nel caso in cui il



bene venga trasferito a terzi dal titolare-debitore (o terzo datore). Secondo tale interpretazione la legittimazione a vendere sarebbe opponibile a qualsiasi terzo avente causa dal titolare del bene ipotecato, con la conseguenza che, qualora il titolare cedesse, a qualsiasi titolo, il bene a terzi, il finanziatore potrebbe comunque continuare a disporre del bene e l'alienazione effettuata dal creditore, prendendo grado dall'iscrizione dell'ipoteca, andrebbe a prevalere sull'acquisto del terzo avente causa dal titolare, trascritto prima dell'atto di alienazione compiuto dal finanziatore ma dopo l'iscrizione dell'ipoteca. Le modalità espressive con cui il legislatore detta le regole per perseguire il risultato prefigurato impongono all'interprete un significativo contributo integrativo, nel tentativo di assicurare efficienza alla novità normativa nella direzione di una semplificazione e maggiore rapidità nell'attuazione coattiva del rapporto obbligatorio, attraverso l'individuazione di un nuovo punto di equilibrio tra tutela del creditore e interessi del debitore. Tra l'altro la nuova disposizione incide sulla tradizionale prospettiva ricostruttiva di alcuni dei più controversi temi giuridici; si pensi tra questi al principio della responsabilità patrimoniale generica, alla nullità del mandato *post mortem*, al divieto di anatocismo, al divieto del patto commissorio, al patto marciano, alla tutela reale del legittimario. Con la disciplina del prestito vitalizio ipotecario, potere di alienare beni altrui ed ipoteca assumono una originale configurazione, piegandosi a riprodurre meccanismi operativi elaborati in altri contesti giuridici; la funzione di garanzia, per la quale si può pervenire al soddisfacimento del credito, verrebbe assolta in via esclusiva dalla legittimazione *ex lege* ad alienare, che, per effetto dell'iscrizione ipotecaria, potrebbe essere fatta valere anche nei confronti dei terzi, attribuendo quindi al potere di alienare del finanziatore una sorta di diritto di seguito tale che l'eventuale trasferimento a terzi del bene, da parte del debitore titolare, non farebbe venir meno la legittimazione del creditore a vendere il bene e a venderlo libero da vincoli e pesi che possono averlo nel frattempo gravato. Tutto ciò non solo attribuendo all'ipoteca una insolita funzione, ma anche derogando alla tradizionale disciplina del mandato con rappresentanza, secondo la quale l'alienazione a terzi del bene da parte del titolare determina non tanto l'estinzione del potere rappresentativo quanto l'inefficacia dell'atto di vendita posto in essere dal finanziatore, poiché il bene non si trova più nel patrimonio del rappresentato. La dottrina citata rileva al riguardo che il meccanismo legale non ruota intorno all'ipoteca ⁽¹⁹⁾, ma al potere di rappresentanza, di fonte legale, concesso al finanziatore *in rem propriam* (e quindi irrevocabile), esercitabile dopo la morte del debitore, con le finalità e nei casi previsti dalla legge, con una soluzione ricalcata sul modello del *power to sell* che spetta al *mortgagee* di *common law* ⁽²⁰⁾. Tale interpretazione trova referenti letterali non tanto nella prevista possibilità, per il creditore, di procedere all'alienazione dopo l'apertura della successione del soggetto finanziato; in questo caso infatti la persistenza della legittimazione a disporre non è conseguenza originale, determinandosi in concreto in capo al creditore la stessa situazione che consegue ad un mandato *in rem propriam*, che, come noto, ai sensi dell'art. 1723 c.c., esclude il venir meno del potere rappresentativo in caso di morte del mandante. La soluzione prospettata trova invece il più



incisivo argomento a supporto in altre espressioni presenti nel testo normativo. In particolare al comma 12 della nuova disposizione è previsto che il rimborso può essere richiesto al momento della morte del soggetto finanziato o anche anticipatamente “qualora vengano trasferiti, in tutto o in parte, la proprietà o altri diritti reali o di godimento sull'immobile dato in garanzia o si compiano atti che ne riducano significativamente il valore, inclusa la costituzione di diritti reali di garanzia in favore di terzi che vadano a gravare sull'immobile”. Nel successivo comma 12 *quater* si prevede che il finanziatore potrà vendere l'immobile in caso di mancato rimborso del finanziamento entro dodici mesi “dal verificarsi degli eventi di cui al citato comma 12”, senza distinguere tra tali eventi e quindi, si prospetta, sia se il bene risulta sempre nel patrimonio del soggetto finanziato ovvero del defunto, sia nel caso in cui tale bene ne sia uscito per trasferimento *inter vivos* a terzi compiuto dal soggetto titolare del bene in questione. Tale interpretazione risulterebbe confermata da un successivo passaggio testuale, ove si dispone che le eventuali somme residue dalla vendita effettuata dal finanziatore, una volta estinto il proprio credito, “sono riconosciute al soggetto finanziato o ai suoi aventi causa”; il richiamo agli aventi causa, si afferma, rende evidente che il soggetto finanziato conserva la legittimazione a disporre, con prevalenza su ogni atto dispositivo compiuto dal titolare, anche nel caso in cui il titolare abbia disposto *inter vivos* del bene ipotecato. Tale opponibilità *erga omnes* della legittimazione a disporre, e quindi l'indifferenza degli atti dispositivi del titolare rispetto al creditore, sono assicurati, non essendo prevista l'autonoma trascrizione di tale potere dispositivo, dall'ipoteca, qui operante secondo una originale e, secondo alcuni, esclusiva funzione. Si tratta, come detto, di un'interpretazione che cerca di dare senso all'ambiguo testo normativo nella direzione di un efficientamento della garanzia connessa al prestito vitalizio ipotecario, ma che trae da alcuni, invero ambigui, riferimenti testuali, delle conseguenze sotto certi aspetti dirompenti rispetto alla disciplina tradizionale degli istituti in gioco ⁽²¹⁾. Le maggiori perplessità, sempre nella prospettiva funzionale cui l'interpretazione sopra descritta si colloca, riguardano le modalità di distribuzione del supero agli aventi causa del titolare del bene ipotecato, interamente affidate al finanziatore e sottratte, salvo l'instaurarsi di un contenzioso, a qualsiasi controllo giudiziale.

Non manca in dottrina una interpretazione più conservativa secondo la quale gli argomenti addotti non sono conclusivi per pervenire al prospettato efficientamento della garanzia. Secondo quest'ultimo orientamento ⁽²²⁾ la disposizione normativa non prevede espressamente la persistenza del potere di alienare in capo al creditore anche in caso di risoluzione del finanziamento per vendita del bene da parte del debitore, bensì prevede soltanto che l'alienazione a terzi da parte del debitore determina la decadenza dello stesso dal beneficio del termine o, secondo altri interpreti, dà luogo alla risoluzione del contratto di finanziamento, da cui discende il diritto all'immediata restituzione e quindi, in caso di mancato rimborso, la possibilità per il creditore di attivare i meccanismi soddisfatti ⁽²³⁾. Ciò non implica necessariamente, né la disposizione è esplicita in questo senso, che il creditore possa efficacemente procedere in via



diretta alla vendita satisfattiva del bene ipotecato, ormai nella titolarità di un terzo. I suddetti richiami letterali al potere del finanziatore di vendere al “verificarsi degli eventi di cui al comma 12” e alla distribuzione del supero “agli aventi causa” del soggetto finanziato, andrebbero interpretati, secondo tale orientamento, nei limiti di compatibilità con l’operatività del sistema di regole che presidia la circolazione giuridica, la legittimazione a disporre, il sistema della pubblicità in funzione di opponibilità e la funzione tradizionale degli istituti, in particolare dell’ipoteca, cui i suddetti riferimenti testuali non sembrano sufficienti a sviare la funzione e le modalità attuative. Il creditore potrebbe quindi ancora disporre del bene, pur se gravato da diritti reali minori o da garanzie reali a favore di terzi, qualora l’alienazione, pur con tali limitazioni, possa comunque consentire la soddisfazione delle ragioni creditorie; per quanto riguarda gli aventi causa il richiamo deve intendersi in senso generico, riferito cioè a coloro cui spetta il ricavato della vendita, siano essi cessionari del credito al supero o altri creditori del debitore muniti di garanzie reali sul bene in questione ⁽²⁴⁾. Troverebbe spazio quindi una ricostruzione della disciplina ed in particolare del ruolo dell’ipoteca meno eversiva di quella sopra enunciata ⁽²⁵⁾, ma che certamente andrebbe a limitare fortemente le funzionalità applicative del nuovo istituto. L’ipoteca continuerebbe a svolgere la funzione sua propria, costituendo un’alternativa ⁽²⁶⁾ rispetto all’esercizio diretto della legittimazione a disporre attribuito al creditore, potere che tuttavia, pur se di fonte legale, si relaziona con il soggetto debitore e non con il bene in sé, per cui non è opponibile ai terzi e quindi arretra laddove venga meno, in capo al debitore-rappresentato, la titolarità del bene. Il richiamo agli effetti del mandato *in rem propriam* non giustifica una diversa soluzione in quanto il problema non è il venir meno della legittimazione a disporre, che viceversa persiste, ma l’oggettiva impossibilità di operare efficacemente per essere il bene uscito dal patrimonio del soggetto, già titolare, che il finanziatore rappresenta. L’effettività di questa particolare forma di garanzia costituita dal potere di disporre sarebbe così assicurata non attraverso la sua opponibilità bensì attraverso l’affiancamento al tradizionale strumento dell’ipoteca, che il creditore potrà attivare qualora per lui venga meno la possibilità di procedere, per le vie brevi, all’alienazione del bene ipotecato. I fautori di questo secondo questo orientamento obiettano infatti che, se si fosse voluto rendere opponibile anche ai terzi aventi causa il potere di disporre del creditore, sarebbe stato più logico introdurre una nuova estensione dell’art. 2645 c.c. ⁽²⁷⁾ per prevedere la trascrizione del patto marciano, affiancato dalla legittimazione a vendere attribuita al creditore, a ciò non ostando ormai l’asserita natura obbligatoria del patto. Non è quindi facile, in questa fase, offrire una soluzione interpretativa rassicurante sulle modalità attuative del sistema di garanzia connesso al prestito vitalizio ipotecario, anche se la soluzione secondo la quale il creditore conserva il potere di disporre efficacemente del bene una volta che lo stesso è stato, dal debitore, alienato a terzi, ha il pregio di una maggiore efficienza della garanzia connessa e sembra più rispondente alla funzione del nuovo istituto. L’adesione all’orientamento secondo il quale l’ipoteca, lungi dallo svolgere un ruolo di strumento che consente l’opponibilità *erga omnes* della legittimazione legale a disporre



attribuita al finanziatore, opera secondo i propri tradizionali meccanismi ⁽²⁸⁾ frustrerebbe la portata innovatrice della disposizione e ne ridurrebbe gli incentivi all'applicazione da parte del sistema bancario, così depotenziando il contributo che l'istituto può dare all'assistenza patrimoniale alla persona in età avanzata e quindi ad integrare efficacemente il cd. *welfare* privato. E' pur vero che l'ipoteca svolgerebbe comunque una funzione di dissuasione del debitore rispetto ad atti di disposizione del bene che lo sottraggano alla legittimazione ad alienare del creditore, in quanto, in tal caso, il debitore sarebbe comunque soggetto alle conseguenze dell'ipoteca e quindi all'ordinaria azione esecutiva privilegiata sui beni in questione, che non può essere elusa attraverso l'attribuzione a terzi. Inoltre resterebbe comunque ferma la legittimazione ad alienare del creditore per i diritti di cui può ancora efficacemente disporre, come nel caso in cui il bene, pur gravato da garanzia reale a favore di terzi, permanga nella titolarità del soggetto finanziato. Gli stessi fautori di una interpretazione più conservativa pongono in luce come non si tratti certamente dell'esito normativo più efficace per una piena operatività del meccanismo autosatisfattivo ed è certo che l'opponibilità ai terzi della legittimazione ad alienare del creditore sarebbe soluzione più efficiente, ma, a loro avviso, non sembra che il testo normativo offra spunti per una tale interpretazione funzionale ⁽²⁹⁾. Qualora si aderisca all'idea che l'ipoteca non assicuri l'opponibilità *erga omnes* del potere di disporre, merita valutare se l'autonomia privata non possa integrare l'assetto normativo legale con l'introduzione di un vincolo di destinazione di fonte convenzionale, trascrivibile ex art. 2645 ter c.c., collegato con il potere legale ad alienare, al fine di rendere così effettivamente inopponibile al creditore l'eventuale atto di alienazione compiuto dal debitore, permanendo quindi l'effettività della legittimazione ad alienare da parte del finanziatore; se l'obiettivo è quello di rendere opponibile ai terzi la legittimazione della banca, l'apposizione convenzionale di un vincolo di destinazione, trascrivibile ex art. 2645 ter c.c., potrebbe assicurare il risultato voluto, pur con le necessarie considerazioni in ordine alla meritevolezza degli interessi perseguiti. Vi è inoltre, nel fiorire di tentativi ricostruttivi di senso, chi ritiene che l'ipoteca non esaurisce la propria funzione nel rendere opponibile la legittimazione del creditore a disporre, con un ruolo del tutto originale, ma conserva anche i propri caratteri tradizionali, costitutivi di una ragione di preferenza del credito qualora il creditore decida di agire attraverso il normale procedimento esecutivo, di cui il testo normativo non sembra sancire la preclusione, anche se, si afferma, sarà molto raro che il finanziatore, pur avendone la facoltà, ricorra all'esecuzione forzata ordinaria per far valere la prelazione ipotecaria. I sostenitori dell'interpretazione che potremmo definire "tradizionale" adducono un ulteriore argomento a conforto della loro ricostruzione; affermano infatti che se la costituzione sul bene di diritti reali a favore di terzi fosse irrilevante per l'operatività del meccanismo satisfattivo semplificato, non si capirebbe la ragione di sanzionare il debitore con la risoluzione del finanziamento e la conseguente anticipata restituzione, a fronte di un atto privo di alcun rilievo giuridico verso il creditore, improduttivo di pregiudizi nei suoi confronti. Al contempo non è affatto chiaro se la risoluzione consegua solo ad atti volontari di



disposizione del bene ipotecato ovvero se sia determinata anche a seguito di accadimenti indipendenti dalla volontà del debitore, come l'iscrizione di una domanda giudiziale sul bene; più precisamente la disposizione non consente di stabilire con sicurezza se la cessazione del rapporto di finanziamento è determinato dall'oggettiva insorgenza di un gravame sul bene ovvero se la conseguenza costituisce una sanzione a carico del finanziato, con ciò implicando necessariamente la volontarietà dell'atto dispositivo posto in essere dal debitore. In quest'ultimo caso la prevista risoluzione si spiegherebbe come strumento sanzionatorio teso a disincentivare atti dispositivi del soggetto finanziato e quindi eventuali dispersioni patrimoniali, perseguendo così una finalità dissuasiva; nel primo caso invece sarebbe il gravame in sé, oggettivamente inteso, a produrre l'insorgenza immediata dell'obbligo restitutorio, con morfologia più prettamente decadenziale, e ciò avrebbe senso solo se l'atto in questione andasse in qualche modo ad alterare il complesso sistema satisfattivo previsto dalla legge. In questo secondo senso orienta l'espressa previsione, nell'ambito del regolamento attuativo del pvi, all'art. 3 lett.h), dell'ipoteca giudiziale come causa giustificatrice della pretesa alla restituzione immediata da parte del soggetto finanziato. L'obiezione tuttavia non sembra decisiva, in quanto la ragione dell'anticipazione del rimborso del finanziamento non deve necessariamente spiegarsi in termini di riduzione della garanzia del creditore bensì per la sopravvenuta frustrazione degli scopi del finanziamento. Se l'istituto viene considerato nella prospettiva assistenziale che ne ha ispirato l'adozione, segnalata dalla pluralità di presupposti decadenziali che nulla hanno a che fare con la congruità della garanzia o con la sicurezza del credito, quali possono individuarsi nel trasferimento di residenza e nella concessione del godimento a terzi, anche a mero titolo di comodato, le evenienze indicate al comma 12 risultano considerate in quanto incompatibili con la funzione prettamente assistenziale del pvi, così che il venir meno della originaria funzione giustifica l'anticipazione del diritto al rimborso da parte del creditore. Non sembra quindi che sussista a carico del finanziato un obbligo di non porre in essere quanto previsto al comma 12, il cui inadempimento potrebbe esporlo ad ulteriori conseguenze di natura risarcitoria, ma più semplicemente l'esercizio legittimo di tali diritti comporta l'anticipazione della restituzione al finanziatore. Sia che si aderisca alla ricostruzione della fattispecie nei termini da ultimo enunciati e quindi con la sussistenza di una duplicità di strumenti satisfattivi a favore del creditore, costituiti dalla legittimazione a disporre del bene e dall'ordinaria esecuzione immobiliare relativa ad un credito assistito da ipoteca, sia che si ritenga l'ipoteca strumento destinato ad assicurare l'opponibilità della legittimazione ad alienare, si pone il problema, dello spazio riservato all'operatività tradizionale dell'ipoteca. In particolare, per gli aderenti alla teoria che abbiamo definito "tradizionale", si pone il problema se l'alternativa tra attivazione dell'ipoteca e potere di alienare in via diretta sia liberamente utilizzabile dal creditore ovvero se l'esecuzione secondo le regole ordinarie sia ammissibile solo ove venga meno la possibilità di attivare il procedimento semplificato, come nel caso in cui il debitore abbia alienato a terzi il bene ipotecato. Essendo l'intervento normativo programmato per un più rapido



soddisfacimento delle ragioni del creditore, che costituisce anche precipuo interesse del debitore, sia per l'effetto esdebitativo, sia per i minori oneri derivanti da una procedura più rapida, sembra più convincente l'idea che il creditore sia tenuto ad utilizzare il procedimento semplificato autosatisfattivo e solo in caso di impossibilità di operare in tal senso potrà agire secondo le ordinarie regole che assistono il credito ipotecario.

L'adesione, qui privilegiata, alla tesi dell'opponibilità *erga omnes* della legittimazione a disporre assicurata dall'iscrizione ipotecaria, impone di svolgere alcune ulteriori considerazioni, sia come prova di resistenza della tesi prospettata sia per meglio definire le problematiche operative conseguenti a tale soluzione. Un primo problema nasce dal raccordo con le ulteriori ipotesi speciali di patto marciano legislativamente introdotte con l'art. 48 bis e 120 quinquiesdecies TUB, che verranno specificamente trattate nel seguito del presente studio. Dal raffronto con tale disciplina si deve rilevare che, in tali ipotesi, l'opponibilità del patto marciano è assicurata non mediante l'iscrizione dell'ipoteca ma con la trascrizione della cessione in garanzia alla banca creditrice, secondo quindi il normale operare del sistema della trascrizione e laddove si è voluto attribuire all'ipoteca una funzione non di opponibilità del patto ma meramente prenotativa e attributiva del grado in sede di riparto, si è espressamente affermato "Qualora il finanziamento sia già garantito da ipoteca, il trasferimento sospensivamente condizionato all'inadempimento, una volta trascritto, prevale sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite successivamente all'iscrizione ipotecaria". La particolare relazione tra ipoteca e patto è quindi in tale disposizione chiaramente esplicitata. Inoltre l'art. 48 bis, tiene in espressa considerazione, seppur offrendo una soluzione non agevolmente decifrabile, il fatto che la garanzia marciانا, a differenza delle altre garanzie reali, sottrae al concorso degli altri creditori il bene oggetto di garanzia, per cui la disposizione detta a tal fine le regole di un complesso procedimento attuativo del credito, finalizzato ad evitare ingiustificati pregiudizi alle ragioni degli altri creditori. Non solo l'art. 48 bis Tub prevede doveri di informazione dal creditore assistito dal patto agli altri soggetti che vantano diritti sul bene; non solo regole di trasparenza, quale il deposito del supero su apposito conto corrente bancario; ma soprattutto il comma 10 dispone che nel caso in cui il bene sia sottoposto ad esecuzione forzata per espropriazione da parte di altri creditori, la procedura di autosoddisfacimento viene meno e tutto ritorna sotto il controllo giudiziale. La disciplina derivante dall'art. 48 bis evidenzerebbe quindi come il legislatore, continuando a valutare con prudenza, se non con diffidenza, le formule che consentono al creditore di soddisfarsi senza il *medium* giudiziale, limita la piena operatività degli speciali meccanismi di autotutela ai casi in cui la relazione si esaurisce tra creditore e debitore; viceversa, quando sul bene concorrono anche interessi terzi, recupera il ruolo del giudice e non affida completamente al creditore, titolare del diritto all'autosoddisfacimento attraverso la cessione del bene del debitore, anche la tutela delle ragioni degli altri creditori intervenuti sul bene o comunque di altri titolari di diritti sul bene stesso, mediante distribuzione del supero attuata al di fuori di qualsiasi controllo giudiziale. La tesi dell'opponibilità *erga omnes* del potere di



disporre assicurato dall'ipoteca condurrebbe, si dice, alla conseguenza che un terzo creditore che promuove una azione esecutiva sul bene oggetto di garanzia in un contratto di pvi, vedrebbe disinnescata la propria azione esecutiva a causa della vendita effettuata dal finanziatore, che esercita la propria legittimazione a disporre. Che l'azione esecutiva promossa da terzi creditori sia consentita risulta poi evidente dalla previsione dell'art. 3 lett.h) del Regolamento attuativo della legge sul pvi, che dispone la decadenza dal beneficio del termine nel caso in cui l'immobile oggetto di garanzia sia assoggettato a "procedimenti esecutivi di importo pari o superiore al venti per cento del valore dell'immobile concesso in garanzia". In questo caso al finanziatore alienante sarebbe affidata non soltanto la restituzione del supero al prestatore della garanzia ma anche la distribuzione dell'eccedenza ricavata a favore degli altri creditori precedenti o inseriti nell'esecuzione ovvero dotati di garanzia reale. Verrebbe così meno, in questa delicata fase, la garanzia derivante dall'intervento del giudice nella fase dell'esecuzione. È questo il profilo più delicato della disciplina del pvi, anche per la responsabilità affidata al finanziatore di gestire il ricavato della vendita, in particolare per la misura eccedente quanto necessario per soddisfare il prestito vitalizio. Si pone in particolare il problema se la banca finanziatrice debba semplicemente custodire la somma, tenendola comunque separata dal proprio patrimonio, affinché su di essa gli eventuali altri creditori che hanno compiuto atti di esecuzione sul bene possano soddisfarsi secondo le ordinarie procedure ovvero se debba provvedere essa stessa alle attività di riparto tra gli aventi diritto; il riferimento agli aventi causa come percettori del supero, risultante dall'enunciato normativo, induce a ritenere questa seconda soluzione più aderente al testo della disposizione. Le cautele espresse quindi dal legislatore nel fissare la disciplina dell'art. 48 bis TUB, anche a costo di rendere meno efficiente il meccanismo di autosoddisfacimento, verrebbero del tutto disattese nel pvi, laddove si aderisca alla tesi, pur così densa di suggestioni, anche testuali, dell'opponibilità *erga omnes* della legittimazione ad alienare, assicurata mediante l'iscrizione ipotecaria. Sul punto torneremo più diffusamente in seguito. Merita inoltre considerare un ulteriore argomento interpretativo. Dopo la morte del soggetto finanziato il legislatore precisa che gli eredi del defunto possono disporre del bene oggetto di garanzia solo "in accordo con il finanziatore". Affronteremo successivamente il problema della natura di tale consenso del creditore, ma merita osservare che l'espressa previsione del necessario accordo con il creditore per consentire agli eredi di disporre appare poco coerente con la prospettata opponibilità *erga omnes* della legittimazione a vendere del creditore. Poco senso avrebbe un trattamento differenziato tra titolare ed eredi quando il creditore è in ogni caso tutelato dalla possibilità di far valere verso chiunque la vendita del bene da lui effettuata in funzione satisfattiva, essendosi assicurato, con l'iscrizione di ipoteca, l'opponibilità *erga omnes* del suo potere dispositivo.

6. L'effetto esdebitatorio (R. Lenzi)



La disposizione introduce poi un rilevante meccanismo di esdebitazione, prevedendo che “l'importo del debito residuo non può superare il ricavato della vendita dell'immobile, al netto delle spese sostenute”. Una volta venduto il bene oggetto di garanzia il debitore è automaticamente liberato. Qui la regola esdebitatoria non sembra ispirata al criterio del *fresh starting*, che invece si sostiene essere alla base della nuova disciplina delle procedure concorsuali, bensì alla finalità di rimuovere eventuali remore all'accesso al finanziamento bancario costituite dal presumibile desiderio del finanziato stesso di non trasmettere il debito ai propri eredi, desiderio che spesso costituisce anche la remora per cui l'anziano è restio a promuovere operazioni di credito. Emerge qui, con palese evidenza, la funzione assistenziale dell'istituto del prestito vitalizio ipotecario, che, salvo diversa volontà degli eredi, esaurisce le dinamiche del rapporto obbligatorio con riferimento al solo specifico bene oggetto del finanziamento, cosicché, unitamente alla possibilità che l'adempimento sia interamente differito *post mortem debitoris*, si viene a creare, in capo al finanziato, una sorta di responsabilità senza debito. Nell'ipotesi estrema di differimento integrale dell'obbligo restitutorio si sostiene che la specificità del prestito vitalizio ipotecario sta nel fatto che non nasce, nell'immediato, alcun rapporto obbligatorio, in quanto non sorge, a carico del soggetto finanziato, alcuna obbligazione di restituire quanto ricevuto a titolo di capitale, né di corrispondere gli interessi corrispettivi (salvo per questi ultimi la possibilità di un diverso accordo). Niente è dovuto dal finanziato, se non nelle ipotesi eventuali e residuali previste dalla legge che determinano l'anticipata insorgenza dell'obbligo restitutorio. Certo, su un rigoroso piano ricostruttivo potrebbe dirsi che il rapporto obbligatorio sorge, che il finanziato è immediatamente debitore di quanto previsto nel contratto di finanziamento e solo il termine di adempimento è differito, nella fisiologia del rapporto, ad un momento successivo alla morte del soggetto finanziato. Ma se a ciò si aggiunge che il debitore non soggiace al principio della responsabilità patrimoniale generica in quanto il ricavato della vendita del bene ipotecato esaurisce le ragioni di credito della banca, non consentendo quindi al creditore di agire anche, sussidiariamente, sui residui beni del finanziato, si assiste, di fatto, al sorgere di un rapporto ove il debitore non è tenuto ad adempiere né risponde con l'intero suo patrimonio; il finanziato si riduce sostanzialmente ad un datore di ipoteca, garanzia ulteriormente assistita dalla legittimazione del creditore a disporre del bene ipotecato. Se l'ipoteca è esclusivamente funzionale a conferire efficacia reale alla legittimazione a disporre, si pone poi il problema della sorte di tale potere nel caso di una iscrizione invalida ovvero nel caso di una successiva cancellazione dell'ipoteca senza che vi sia estinzione del debito; in tali casi infatti si potrebbe dubitare se il creditore conservi comunque la legittimazione a disporre ovvero se tale potere venga meno con il venir meno dell'ipoteca cui accede, con un risultato che sembra più convincente e più coerente con la complessiva soluzione ricostruttiva adottata. Certamente sussiste una stretta correlazione tra potere di disporre ed ipoteca che, se anche non giungesse ad integrare quest'ultima in un originale meccanismo di garanzia, certamente evidenzia una legittimazione a disporre il cui oggetto è



individuato *per relationem* con l'oggetto dell'ipoteca e la cui persistenza sembrerebbe correlata alla persistenza della garanzia ipotecaria. Se l'ipoteca e la legittimazione a disporre vengono considerate come due separate prerogative del creditore, senza che l'una sia accessoria all'altra, si dovrebbe conseguentemente dedurre che il creditore può alternativamente e liberamente decidere se utilizzare, per la soddisfazione delle proprie ragioni di credito, il potere di alienare, con propria iniziativa, il bene ipotecato ovvero promuovere l'ordinario procedimento esecutivo per via giudiziaria. Viceversa deve ritenersi che sussista una stretta connessione tra legittimazione a disporre ed ipoteca, e questo anche nel caso in cui si ritenga che quest'ultima operi secondo i tradizionali meccanismi, costituendo uno strumento accessorio alla garanzia prevalente e caratterizzante costituita dalla legittimazione a disporre. Vi è quindi chi ritiene che la garanzia ipotecaria possa essere attivata solo nelle ipotesi in cui la legittimazione a disporre non potrà operare. Ma anche nel caso in cui l'ipoteca funzioni come strumento di opponibilità della legittimazione a disporre, non sembra possa escludersi che essa continua a svolgere il suo ruolo tradizionale, consentendo al finanziatore di optare per l'ordinario procedimento esecutivo, in qualità di creditore ipotecario. Ma le perplessità interpretative non sono esaurite: se, nelle ipotesi da ultimo prospettate, il creditore decide di promuovere l'ordinario procedimento esecutivo, si pone l'ulteriore problema se l'effetto esdebitativo, per cui, con la vendita, si estinguono le ragioni di credito non soddisfatte, operi anche in tal caso, oppure se la disposizione normativa intende limitare l'eccezionale effetto estintivo del debito eccedente alla sola ipotesi di esercizio, da parte del finanziatore, della propria legittimazione a disporre. A quest'ultimo problema tuttavia sembra ragionevole dare risposta positiva, nel senso che, per la natura del finanziamento, le ragioni del creditore non possono trovare soddisfazione oltre il ricavato della vendita del bene ipotecato, qualunque sia la modalità con cui si perviene alla realizzazione della garanzia, sia essa l'alienazione ad opera del creditore ovvero ad opera degli eredi, d'accordo con il creditore, o, ancora, anche nel caso in cui l'alienazione avvenga attraverso la procedura esecutiva ordinaria, sempre che, secondo quanto sopra prospettato, la si ritenga una modalità attuativa utilizzabile⁽³⁰⁾. Il prestito vitalizio ipotecario è un contratto di finanziamento significativamente caratterizzato da rilevanti elementi di aleatorietà che penetrano nella funzione stessa del contratto; offrire al finanziato la possibilità di accedere ad un finanziamento che gli permette di ottenere credito con la sicurezza che il proprio rischio, e soprattutto quello dei suoi eredi, è limitato alla perdita del bene offerto in garanzia, ma non potrà gravare oltre tale valore, costituisce un carattere essenziale del pvi e certamente tale profilo non può essere rimesso alla scelta del finanziatore, che potrebbe evitare l'effetto esdebitativo semplicemente optando per la procedura esecutiva ordinaria, obliterando così il profilo di aleatorietà che caratterizza il pvi. Il problema della portata dell'effetto esdebitativo si pone anche, forse con maggior problematicità, nel caso in cui, per il verificarsi di una delle varie cause previste dalla legge, sorga in capo al finanziatore il diritto di esigere immediatamente il credito; può dubitarsi cioè se, stante l'eccezionalità della norma che, in deroga al principio dell'art.



2740 c.c., dispone la limitazione di responsabilità, questo beneficio venga meno nel caso in cui il finanziato non si conformi ai doveri di comportamento che la disciplina del particolare finanziamento ottenuto gli impone, così che la funzione sanzionatoria che determina la risoluzione del rapporto si estende anche agli altri benefici che tale disposizione prevede, con la conseguenza che il creditore potrà agire anche per l'eccedenza, essendo venuto meno, a causa dell'inadempimento, anche il beneficio dell'esdebitazione. Sembra tuttavia ragionevole immaginare che la limitazione di responsabilità al solo ricavato dalla vendita del bene ipotecato costituisce effetto caratterizzante il tipo, che, come tale, sorge automaticamente con la conclusione del contratto e che resta quindi indifferente alle successive vicende del rapporto. Non si tratta di estendere l'ambito applicativo di una norma eccezionale ma soltanto di considerare la limitazione di responsabilità come elemento che caratterizza il prestito vitalizio ipotecario, e che deroga al principio generale proprio per la funzione assistenziale svolta dal tipo contrattuale. Inoltre la disposizione normativa non qualifica l'eventuale alienazione da parte del titolare, così come le altre cause di decadenza, come un inadempimento né prevede espressamente un obbligo di non alienare, cui potrebbe conseguire una risoluzione per inadempimento e quindi una revisione, in funzione sanzionatoria, degli effetti del contratto di pvi. L'alienazione del bene da parte del titolare, destinatario del finanziamento, è considerata come evento fisiologico, rilevante quindi solo in quanto onere, senza nessuna restrizione della libertà di disporre, con l'unica conseguenza di determinare l'immediata esigibilità del credito restitutorio, essendo sostanzialmente venuta meno la funzione assistenziale dell'istituto e, secondo quanto sopra esposto, di poter soccombere a causa del legittimo esercizio del potere di disporre da parte del creditore⁽³¹⁾. In considerazione delle particolari modalità attuative del rapporto, per cui la garanzia e il potere di legittimazione a disporre del bene si protraggono oltre la morte del soggetto finanziato, appare conseguente e ragionevole l'espressa previsione normativa per cui "Nei confronti dell'acquirente dell'immobile non hanno effetto le domande giudiziali di cui all'articolo 2652, primo comma, numeri 7) e 8), del codice civile trascritte successivamente alla trascrizione dell'acquisto"; tale disposizione è funzionale ad evitare che le dinamiche successorie, ed in particolare il robusto assetto normativo posto a tutela dei legittimari, possano interferire con l'effettività della garanzia e quindi dissuadere i finanziatori dall'utilizzazione dello strumento del pvi. L'opponibilità ai terzi, che caratterizza l'azione di riduzione e la collegata azione di restituzione verso i terzi aventi causa, viene disinnescata dalla disposizione in commento, con la conseguenza che l'acquisto del terzo, conseguente all'alienazione effettuata dal finanziatore o dagli eredi, non rimarrà esposto ai rischi di azioni da parte dei legittimari lesi o pretermessi. La stabilità dell'acquisto, in deroga alla normale ampia operatività della tutela del legittimario, è assicurata al fine di favorire l'adozione dello strumento del pvi. E' stato osservato che l'avvertito bisogno di tale disposizione sembrerebbe riconfermare che ipoteca e legittimazione a disporre operano autonomamente e il potere dispositivo del creditore non trova il proprio fondamento nell'ipoteca,



poiché in tal caso sarebbe bastato far risalire gli effetti dell'atto di alienazione da parte del creditore al momento dell'iscrizione dell'ipoteca (soluzione tra l'altro adottata nel disposto dell'art. 48 bis Tub), o quantomeno rendere l'atto di alienazione opponibile anche ai legittimari in quanto ricollegabile all'iscrizione ipotecaria sorta contro il *de cuius* antecedentemente all'apertura della successione. Non può tuttavia escludersi che il legislatore abbia semplicemente voluto chiarire espressamente la rilevanza dell'esercizio della garanzia sul sistema di tutela dei legittimari, al fine di assicurare la stabilità dell'acquisto e rafforzare così l'efficienza del pvi. Si tratta tuttavia di una disposizione che determina un profondo varco nella protezione dei legittimari, che potrebbe orientare ad utilizzazioni dell'istituto funzionali ad eludere la normativa di tutela; basti pensare che la vendita effettuata dall'erede testamentario, tale in forza di attribuzione lesiva delle ragioni dei legittimari, di un bene già oggetto di un pvi, non potrebbe essere oggetto di azione restituzionale, venendo così meno, quantomeno relativamente al bene in oggetto, la tradizionale tutela reale del legittimario. Il pvi quindi, pur nel suo limitato ambito operativo, consente di superare l'annoso problema della sicurezza della circolazione dei beni di provenienza successoria. Il legislatore, in questa particolare figura negoziale, ha introdotto profonde deroghe al vigente sistema ordinamentale. In primo luogo con l'attribuzione legale al finanziatore del potere di disporre del bene, così superando le perplessità circa una possibile riconduzione al divieto del patto commissorio ed altresì con la sostanziale deroga all'operatività del principio della responsabilità patrimoniale generica, di cui si esclude l'applicazione nel momento in cui si prevede che il credito si riduce alla misura del ricavato dalla vendita del bene ipotecato, con ciò escludendo la possibilità di agire su altri beni del debitore. Ma non da meno è la deroga al sistema di tutela forte dei legittimari; al riguardo non si può non evidenziare come in questa specifica figura negoziale è stato accantonato quel vigente modello di tutela dei legittimari che non è invece stato scalfito da incisive riforme, nonostante le innumerevoli sollecitazioni provenienti dalla prassi e dalla dottrina, consapevoli delle insicurezze indotte al sistema della circolazione giuridica dei beni di provenienza donativa o successoria. Patto commissorio, responsabilità patrimoniale generica, tutela reale del legittimario: sembra proprio che il legislatore abbia reputato talmente rilevante assicurare la funzionalità dello strumento del prestito vitalizio ipotecario, in funzione della sua finalità assistenziale, al punto di superare, nella fattispecie, alcuni degli inderogabili pilastri del nostro sistema giuridico. Il raffronto quindi con le altre modalità di realizzazione del credito deve quindi essere svolto nella consapevolezza della specificità del prestito vitalizio ipotecario, in considerazione delle sue preminenti funzioni assistenziali e del favore con cui esso è visto dal legislatore⁽³²⁾.

7. La legittimazione a disporre (R. Lenzi)

Il prestito vitalizio è quindi caratterizzato dall'attribuzione al creditore della legittimazione a disporre del bene ipotecato al fine di consentirgli di soddisfarsi sul ricavato; legittimazione tuttavia



che non è sottratta al titolare, il quale continua a poter disporre del bene (con la conseguenza dell'obbligo di anticipata restituzione e dell'inopponibilità alla vendita eventualmente effettuata legittimamente dal creditore), né, dopo la morte del debitore, ai suoi eredi, che tuttavia possono disporre solo in accordo con il creditore. Su quest'ultimo punto si prospetta un ulteriore profilo di problematicità nel definire le conseguenze di un'alienazione effettuata dagli eredi senza il necessario accordo con il finanziatore. Chi esclude che, attraverso l'ipoteca, la legittimazione a disporre del finanziatore possa esser fatta valere *erga omnes*, attribuisce al consenso del finanziatore una rilevanza coerente con il principio affermato all'art.1379 c.c., per cui qualsiasi limitazione a disporre imposta al titolare del bene produce effetti soltanto tra le parti del rapporto, con esclusione di qualsiasi rilevanza verso i terzi e quindi sugli effetti dell'atto dispositivo. Conseguentemente viene ritenuto che l'alienazione da parte degli eredi, in assenza di accordo con il creditore, costituisce un illecito contrattuale che determina sole conseguenze risarcitorie a carico degli eredi inadempienti e, tuttalpiù, a carico del terzo acquirente consapevole e quindi concorrente all'illecito, seppur a titolo di responsabilità extracontrattuale. D'altro canto, secondo tale orientamento, il creditore, essendo munito di garanzia ipotecaria, conserverebbe per il suo tramite la tutela reale delle proprie ragioni potendo attivare l'ordinaria operatività dell'esecuzione giudiziale, essendogli preclusa ormai, per l'efficacia dell'atto dispositivo, la possibilità di poter procedere direttamente, per le vie brevi, all'alienazione del bene. Si tratta di una soluzione che non si concilia con il diverso orientamento, secondo il quale il finanziatore, investito del potere di disporre, può farlo valere verso qualunque avente causa del soggetto finanziato, ivi compresi i suoi eredi. Questa soluzione rende tuttavia ancor più complesso spiegare il previsto concorso di finanziatore ed eredi qualora questi ultimi intendano disporre del bene oggetto di garanzia, ancor più considerando che il consenso del finanziatore non è invece richiesto nel caso in cui sia l'originario finanziato a disporre del bene in questione, con un singolare e non facilmente giustificabile trattamento differenziato tra titolare ed eredi. Più convincente l'idea che, trattandosi di una limitazione a disporre di fonte legale e non meramente convenzionale, il richiesto accordo con il finanziatore costituisca una sorta di autorizzazione a disporre, che sembra incidere, limitandola, sulla capacità di agire degli eredi, con la conseguenza che l'atto di alienazione potrebbe essere efficace ma annullabile su istanza del creditore o eventualmente dallo stesso convalidabile. Trattandosi di una causa di incapacità legale di agire, seppur a rilevanza speciale, dovrebbe ritenersi altresì che l'annullamento è opponibile anche ai successivi terzi aventi causa, ai sensi dell'art. 1445 c.c. Ulteriore soluzione prospettabile è invece quella di una mera inefficacia originaria dell'atto dispositivo, venendo la disposizione normativa ad istituire una legittimazione complessa a disporre del bene ipotecato frutto del concorso del creditore ipotecario e degli eredi proprietari del bene; inefficacia quindi per difetto di legittimazione.

8. Concorso tra creditore ex pvi e terzi creditor (R. Lenzi)



Il nuovo sistema delle garanzie, quantomeno prima delle modifiche intervenute in sede di conversione in legge del cd. decreto banche, si occupava solo marginalmente e parzialmente di un problema assai rilevante, costituito dalla posizione che vengono ad assumere gli altri creditori del soggetto finanziato a seguito dell'attivazione della clausola marciana. Con alcune modifiche intervenute in sede di conversione all'art. 48 bis sembra che il legislatore intenda recuperare il tradizionale orientamento, ostile ad affidamenti convenzionali a strumenti di autotutela esecutiva, in primo luogo limitando la possibilità concessa al creditore di accertare la sussistenza dell'inadempimento, pur con il rigido procedimento formale previsto. Riecheggia qui quell'orientamento dottrinale secondo il quale il fondamento del divieto del patto commissorio risiede non tanto e non solo nel tutelare, sul piano sostanziale, il debitore da possibili approfittamenti, quanto nella volontà di garantire un ruolo preminente allo Stato nella gestione della contesa privata, sulla base della presunta esistenza di un generale principio per il quale non può essere sottratta in via definitiva al potere pubblico la funzione di accertare l'inadempimento contrattuale. Ciò impone una graduazione delle forme di autotutela privata previste dall'ordinamento, secondo meccanismi di verifica e riequilibrio che consentono al potere pubblico di esercitare la propria funzione giurisdizionale a tutela di interessi terzi rispetto alle parti del rapporto. In presenza ed a tutela di altri creditori la legge fissa in maniera rigorosa la procedura di realizzazione del credito, sottraendola al potere privato del creditore. In presenza di un evidente conflitto con altri creditori, che non restano inerti bensì azionano gli strumenti recuperatori del credito che la legge gli riconosce, anche il patto marciano, strumento di semplificazione dell'attuazione del rapporto obbligatorio mediante meccanismi di autotutela satisfattiva, deve recuperare quel minimo di garanzia *lato sensu* giurisdizionale che l'ordinamento richiede quando si controverta in materia di inadempimento contrattuale. La terzietà del perito, l'attualità del valore e la restituzione del supero sono sufficienti a consentire una cauta operatività del patto marciano quando si ha riguardo alla situazione soggettiva del debitore, onde evitarne approfittamenti, ma non sono considerati più sufficienti a sottrarre il procedimento attuativo alla guida giudiziale laddove si deve tener conto delle ragioni di terzi creditori. Nel prestito vitalizio ipotecario fino a quando il finanziatore non proceda alla vendita i creditori potranno iscriverne ipoteca di grado successivo sui beni ovvero promuovere ordinaria azione esecutiva, con ciò rendendo inservibile, per alcuni, la legittimazione a vendere in funzione satisfattiva, attribuita al creditore: tutto quindi viene ricondotto all'ordinaria operatività degli istituti in gioco. D'altro canto la legge prevede espressamente, come fatto che attiva il diritto alla restituzione anticipata, la costituzione di diritti reali di garanzia in favore di terzi che vadano a gravare sull'immobile. Qualora invece si ritenga, secondo l'interpretazione alternativa prospettata, che l'ipoteca svolge qui la sola funzione di rendere opponibile ai terzi il potere di alienazione del creditore, rendendo così il bene insensibile, rispetto al finanziatore in forza del pvi, ad eventuali diritti di garanzia assunti da un terzo sul bene stesso, il problema della tutela dei terzi si pone con forza. La disciplina legale



prevede infatti che, nel caso in cui il creditore proceda alla vendita soddisfattiva, il ricavato non portato ad estinzione del suo credito è riconosciuto al soggetto finanziato o ai suoi aventi causa. Qualora il finanziatore faccia valere la propria legittimazione a disporre e proceda all'alienazione del bene, si pone il problema di individuare i soggetti da annoverare nella categoria degli aventi causa. Eventuali ipoteche o alienazioni successive disposte dal debitore non sarebbero opponibili al terzo acquirente dal creditore legittimato a disporre, con la conseguenza che il terzo acquisterebbe il bene libero.

Il finanziatore, una volta soddisfatto, dovrebbe restituire il supero individuando, in conformità al disposto normativo, gli aventi diritto, tra il soggetto finanziato, l'eventuale terzo acquirente del bene stesso o anche di diritti parziali, quale avente causa dal debitore, e l'eventuale creditore ipotecario di grado successivo, qualora si voglia ricomprendere anch'esso nella categoria degli aventi causa evocata nel comma 12, come risultato di una sintesi verbale compiuta dal legislatore. Qualora il supero competesse in ogni caso all'originario concedente la garanzia, gli aventi causa dal finanziato, si intendano per tali il terzo acquirente, anche di un diritto reale minore, o il creditore ipotecario di grado successivo, verrebbero pregiudicati da una eventuale dispersione da parte del finanziato dell'eccedenza ricevuta dal finanziatore e ciò anche nel caso in cui il supero sia ampiamente sufficiente a soddisfare le ragioni dei terzi creditori. Ma vi è di più. Con un tale meccanismo operativo, il finanziato, attraverso una operazione di prestito vitalizio ipotecario, vedrebbe posto al riparo da qualsiasi altro creditore il bene oggetto di garanzia, anche se di valore ampiamente eccedente il debito derivante dal prestito vitalizio. Il pvi, indipendentemente dal rapporto tra credito e oggetto di garanzia, consentirebbe di sottrarre quest'ultimo alla garanzia patrimoniale generica nei confronti della generalità dei creditori del titolare del bene stesso. L'istituto si presterebbe quindi ad una possibile utilizzazione abusiva. In questo senso deve quindi intendersi, e interpretarsi in senso ampio, la disposizione che impone al creditore la restituzione del supero agli aventi causa. La norma, nel fare riferimento agli aventi causa, non si limita a regolare il caso in cui il finanziato sia venuto meno o abbia ceduto a terzi il proprio diritto all'eccedenza, bensì intenda invece imporre al finanziatore di disporre dell'eccedenza secondo i diritti che i terzi hanno acquistato sul bene in oggetto, seppur non opponibili, per quanto attiene alla circolazione del bene, al terzo che ha acquistato dal creditore, nell'esercizio del proprio potere legale di disporre. Il creditore deve quindi provvedere a distribuire l'eccedenza del ricavato agli aventi causa del garante, secondo un ordine di graduazione che egli sarebbe tenuto a ricostruire. Si tratta di una soluzione non esente da rilievi critici ⁽³³⁾. Ciononostante la disciplina del pvi prospetta, pur tra le esposte difficoltà interpretative, un procedimento di esecuzione privata affidato al creditore legittimato alla vendita ⁽³⁴⁾.

La disposizione tuttavia non detta alcuna regola che illumini circa il comportamento che il creditore, cui è affidata l'esecuzione, dovrà osservare nell'ambito di tale attività. La questione ovviamente non pone alcuna difficoltà laddove il titolare, originario concedente la garanzia



marciana, non abbia compiuto atti di disposizione del bene stesso e il finanziatore sia l'unico creditore. In tal caso il finanziatore vende, trattiene il dovuto e restituisce il supero al concedente la garanzia o ai suoi eredi. La questione già diviene più complessa quando il concedente la garanzia abbia alienato a terzi il bene in questione; in tal caso la disposizione prevede che il creditore, una volta esercitata la sua persistente legittimazione a disporre, dovrà attribuire l'eventuale supero all'avente causa dal titolare. Ma le vere complicazioni nascono qualora il garante abbia compiuto atti dispositivi di diritti reali minori (es. la costituzione di diritti di usufrutto sul bene oggetto di garanzia). In tal caso la norma sembra affidare comunque al creditore alienante la distribuzione del supero, che dovrà essere distribuito tra i vari titolari di diritti sul bene in questione. Il livello di problematicità si innalza ulteriormente in caso di iscrizioni ipotecarie successive all'iscrizione che assiste il pvi, come nel caso in cui siano stati promossi da altri creditori atti di esecuzione sul bene in oggetto. Se, in via interpretativa, si estende il concetto di aventi causa anche al creditore ipotecario di grado successivo, il finanziatore dovrà distribuire il supero anche avendo riguardo ai creditori ipotecari ed a quelli che hanno promosso azione esecutiva. Ma anche se non si giunge ad estendere il concetto di aventi causa, espressamente richiamato nella disciplina del pvi, qualora si riconosca nel finanziatore alienante l'affidatario di un procedimento di esecuzione privata, non sembra che lo stesso possa semplicemente attribuire il supero al garante titolare del bene senza tenere in alcuna considerazione le eventuali ipoteche di grado successivo o gli atti di esecuzione promossi sul bene oggetto di garanzia. Delle due l'una: o la legittimazione a disporre non è opponibile ai terzi, siano essi aventi causa, creditori ipotecari o creditori esecutanti, e quindi il creditore potrà soltanto far valere la propria garanzia ipotecaria, secondo quella che abbiamo sopra definito teoria "tradizionale", oppure il creditore, in quanto legittimato a disporre con un potere opponibile *erga omnes*, diventa affidatario del procedimento esecutivo, attuato in forma privata, e quindi responsabile della corretta distribuzione del supero agli aventi diritto. Conservare al creditore un'intangibile legittimazione a disporre ed al contempo esimerlo da qualsiasi considerazione in ordine ad una distribuzione perequata del supero vorrebbe dire, come già sopra evidenziato, che il bene oggetto di garanzia di un pvi sarebbe al riparo da qualsiasi azione esecutiva o iscrizione ipotecaria da parte di altri creditori del garante, con sottrazione del bene in questione alle regole di responsabilità verso gli altri creditori, indipendentemente dall'ammontare del credito derivante dal prestito vitalizio ipotecario, rimanendo ai creditori la sola possibilità di agire sul credito eventuale del garante alla restituzione del supero, nella forma quindi del pignoramento del credito. Il creditore del garante quindi, per non dover attendere il naturale svolgersi del prestito vitalizio ipotecario, dovrebbe iscrivere ipoteca sul bene in oggetto, consapevole della sua inefficacia in termini di garanzia, al solo scopo di provocare la decadenza dal beneficio del termine ai sensi del comma 12, e contemporaneamente pignorare il credito eventuale al supero, al fine di evitare che il debitore, in conseguenza dell'alienazione da parte del finanziatore, possa percepire direttamente il supero e disperderlo in pregiudizio delle ragioni dei



creditori in subordine. Il problema non riguarda tanto, o soltanto, la controversa questione della pignorabilità di un credito futuro ed eventuale ⁽³⁵⁾, quanto il fatto che al prestito vitalizio ipotecario conseguirebbe una forma particolare di garanzia reale, potenzialmente sproporzionata rispetto al credito e tale da eludere, di fatto, il principio della responsabilità patrimoniale generica, con pregiudizio dei creditori ulteriori del concedente la garanzia. Se quindi si ritiene che al finanziatore sia affidato il compito di attuare lo speciale procedimento di esecuzione privata, si pone il problema di individuare le regole di comportamento cui il creditore, una volta soddisfatto, deve attenersi nell'esecuzione di tale ufficio e quindi nella gestione del supero e nella sua distribuzione. In questo senso, al di là del generico dovere di comportamento secondo buona fede nell'attuazione del rapporto, indici significativi per definire corrette regole attuative possono trarsi in parte dal procedimento disciplinato all'art. 48 bis Tub, che pure costituisce un'ipotesi di autotutela soddisfattiva del creditore, con particolare riferimento alle disposizioni concernenti i doveri informativi e di trasparenza dell'attività svolta e la necessità di separazione delle somme costituenti il supero ⁽³⁶⁾. Più incisivamente il finanziatore potrà fare riferimento alle disposizioni dettate dal codice di procedura civile in tema di esecuzione, nei limiti di compatibilità con il procedimento di esecuzione privato di cui il finanziatore è investito; in particolare il riferimento è alle disposizioni che stabiliscono i doveri dei delegati (art. 591 bis c.p.c.) e la possibilità di rivolgersi al giudice in situazioni perplesse, ai sensi dell'art. 534 ter c.p.c. ⁽³⁷⁾

In attesa della distribuzione il finanziatore diventa quindi non mero debitore del supero bensì custode della somma relativa, da mantenere separata, mediante l'adozione di strumenti idonei, dal proprio patrimonio generale, anche affidandone a sua volta la custodia a soggetto terzo, affidabile ed indipendente (tra i vari strumenti, anche il deposito presso il notaio rogante l'atto di alienazione), come indice di correttezza nell'attuazione del rapporto, nei casi in cui la distribuzione del supero non possa essere immediata per l'insorgenza di particolari difficoltà nella definizione del progetto di distribuzione. Bisogna poi tenere conto che, nel profilarsi di situazioni complesse, il finanziatore può decidere di optare, per la soddisfazione del proprio credito, per l'ordinario procedimento di esecuzione immobiliare anziché far valere il meccanismo semplificato dell'alienazione diretta, affidando così alle valutazioni del giudice la definizione di un piano di riparto particolarmente complicato e che potrebbe quindi esporlo ad eventuali contestazioni.

9. Considerazioni di sintesi sul pvi (R. Lenzi)

Le problematiche interpretative sopra evidenziate, non consentono, in questa fase, di pervenire a definitive soluzioni ricostruttive della disciplina del pvi; tuttavia la soluzione che riconosce la prevalenza degli atti di vendita posti in essere dal creditore legittimato a disporre del bene stesso in funzione soddisfattiva rispetto agli atti dispositivi posti in essere dal soggetto finanziato, titolare del bene, sembra preferibile sul piano dell'efficienza e funzionalità della garanzia ⁽³⁸⁾. Quali indicazioni operative possono quindi offrirsi in attesa di un più definito quadro



ricostruttivo? In primo luogo sembra necessario dare conto della legittimazione a disporre del finanziatore in sede di iscrizione dell'ipoteca afferente un pvi, trattandosi di ipoteca con effetti speciali, che determina cioè l'opponibilità *erga omnes* del potere dispositivo attribuito dalla legge al finanziatore; allo stato ciò può ottenersi mediante indicazione nel quadro D, auspicando la rapida adozione di uno specifico codice identificativo (ipoteca a garanzia di pvi). L'atto dispositivo da parte del soggetto finanziato, titolare del bene, sarebbe ricevibile ed efficace ma soccomberebbe rispetto all'alienazione successivamente effettuata dal creditore legittimato a disporre, in presenza dei presupposti che a ciò lo autorizzano. Per evitare tale possibilità ed assicurare la stabilità dell'acquisto del terzo da parte del debitore titolare, è necessario che venga eseguito sollecitamente l'integrale rimborso del credito derivante dal pvi, così che il termine annuale, il cui inutile decorso legittima il creditore a disporre, non venga scalfito. Con la prova dell'estinzione del debito la legittimazione legale a disporre in capo al creditore viene automaticamente a cessare. Il problema si accresce di complessità sul piano applicativo qualora il finanziatore, decorso un anno dal verificarsi di uno degli eventi, intenda procedere alla vendita del bene e sia necessario accertare la condizione del bene stesso e l'inesistenza di gravami. In tal caso, aderendo alla tesi dell'opponibilità *erga omnes* della legittimazione a disporre, le trascrizioni effettuate successivamente all'iscrizione di ipoteca saranno irrilevanti e non opponibili al terzo acquirente, mentre prevarrà l'atto dispositivo effettuato dal finanziatore ed il bene verrà venduto libero da tutto ciò che possa averlo gravato successivamente all'iscrizione dell'ipoteca a garanzia del pvi.

Pur con tutte le evidenziate ambiguità e reticenze del testo normativo, si può cercare di trarre alcune considerazioni di sintesi dal tentativo qui svolto di offrire una ricostruzione organica e funzionale del nuovo istituto e precisamente:

In caso di vendita del bene oggetto di garanzia da parte del titolare, in capo al finanziatore permane (in presenza dei presupposti previsti) la legittimazione a disporre, che prescinde dalla mutata titolarità del bene, non opponibile al finanziatore.

Il finanziatore può quindi vendere il bene e venderlo libero da diritti reali minori o ipoteche che possono averlo gravato successivamente all'iscrizione dell'ipoteca a garanzia del pvi

L'eventuale supero deve essere distribuito dal finanziatore agli aventi diritto (titolare del bene, aventi causa, creditori ipotecari di grado successivo) secondo un procedimento di esecuzione privata affidato al finanziatore, di cui debbono essere definite le modalità attuative secondo generali parametri di buona fede e regole che possono dedursi, nei limiti di compatibilità, dalla disciplina del procedimento esecutivo giudiziale.

In alternativa alla vendita diretta il finanziatore può optare per la procedura esecutiva ordinaria, facendo valere la sua qualità di creditore ipotecario

In ogni caso, qualunque sia il procedimento di esecuzione adottato, opera il meccanismo di esdebitazione previsto dalla legge (il credito non potrà mai eccedere il valore di realizzo), in



quanto tale effetto è collegato al tipo negoziale e non al procedimento di attuazione del credito adottato dal finanziatore.

10. L'art. 120 *quinquiesdecies*, t.u. banc. (M. Tatarano)

L'art. 120 *quinquiesdecies*, t.u. l. banc., rientra nel nuovo Capo I-bis, intitolato "Credito immobiliare ai consumatori", del Titolo VI del t.u. l. banc., dedicato alla "Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti", il tutto ivi introdotto dal d.lg. 21 aprile 2016, n. 72, con cui si è data attuazione alla Direttiva europea 2014/17/UE del 4 febbraio 2014, d'ora in avanti MCD ⁽³⁹⁾, la quale ha a sua volta definito un «quadro comune per alcuni aspetti delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti» i contratti di credito concessi «ai consumatori» ⁽⁴⁰⁾ per l'acquisto o la ristrutturazione di un immobile residenziale ⁽⁴¹⁾ «e garantiti da ipoteca o altrimenti» (art. 1).

La normativa di cui si discute presenta un ambito applicativo rigorosamente perimetrato ⁽⁴²⁾ non solo sotto il profilo soggettivo (deve trattarsi di contratti stipulati tra un «finanziatore» ex art. 120 *quinquies*, comma 1, lettera e, t.u. l. banc. ⁽⁴³⁾, ed un «consumatore» ex art. 120 *quinquies*, comma 1, lettera b, t.u. l. banc.), ma pure sotto il profilo oggettivo (deve trattarsi di un «contratto di credito», quale definito dall'art. 120 *quinquies*, comma 1, lettera c, t.u. l. banc. ⁽⁴⁴⁾), al di fuori del quale essa non potrà trovare diretta applicazione ⁽⁴⁵⁾.

In particolare, la norma in commento dà attuazione all'art. 28, MCD, intitolato «Morosità e pignoramenti», che si apre imponendo agli Stati membri di adottare «misure per incoraggiare i creditori ad esercitare un ragionevole grado di tolleranza prima di dare avvio a procedure di escussione della garanzia», finalità che il nuovo art. 120 *quinquiesdecies*, comma 1, t.u. l. banc., che fa salvo il disposto dell'art. 40, comma 2, t.u. l. banc. ⁽⁴⁶⁾, ha perseguito imponendo alla banca finanziatrice di adottare «procedure per gestire i rapporti con i consumatori in difficoltà nei pagamenti», per il resto rinviando il tutto a delle future disposizioni di attuazione emanate dalla Banca d'Italia avendo «riguardo agli obblighi informativi e di correttezza del finanziatore, nonché ai casi di eventuale stato di bisogno o di particolare debolezza del consumatore».

Allo stesso modo, l'art. 28, comma 2, MCD, che consente agli Stati membri di «imporre che, qualora al creditore sia consentito definire e imporre al consumatore oneri derivanti dall'inadempimento, tali oneri non siano superiori a quanto necessario per compensare il creditore dei costi sostenuti a causa dell'inadempimento», ha trovato un'attuazione pressoché letterale nell'art. 120 *quinquiesdecies*, comma 2, t.u. l. banc. ⁽⁴⁷⁾, circostanza quest'ultima che pare, conseguentemente, aver precluso l'esercizio della facoltà pure spettante allo Stato italiano in forza dell'art. 28, comma 3, MCD, di «consentire ai creditori di imporre oneri aggiuntivi al consumatore in caso di inadempimento», nel qual caso sarebbe stato comunque necessario «fissare un limite massimo per tali oneri».



Certamente maggiore interesse suscita, almeno in questa sede, l'attuazione dell'art. 28, commi 4 e 5, MCD, concretizzatasi nelle previsioni dell'attuale art. 120 *quinqüesdecies*, commi 3 ss. ⁽⁴⁸⁾, t.u. l. banc., che consente alle parti del contratto di convenire mediante apposita clausola che «in caso di inadempimento del consumatore la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del medesimo bene» comporti «l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore», e ciò «anche se il valore del bene immobile restituito o trasferito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita» fossero inferiori, appunto, «al debito residuo».

Occorre innanzitutto chiarire che, pur non essendo previste formule sacramentali, la clausola di cui si discute deve essere «espressa», ed inoltre deve essere contenuta sin dall'origine nel contratto di credito, non essendone possibile una introduzione successiva mediante modifica o rinegoziazione del contratto stesso, e ciò per ovvie ragioni di tutela del consumatore finanziato il quale, in condizioni di difficoltà nel rimborso del prestito, potrebbe essere agevolmente persuaso dalla banca ad accettare una siffatta clausola ⁽⁴⁹⁾.

Quanto poi ai presupposti che devono necessariamente ricorrere al fine di consentire alla banca di far valere il meccanismo di autotutela di séguito descritto, se il comma 3 dell'art. 120 *quinqüesdecies*, t.u. l. banc., parla genericamente di «inadempimento», il successivo comma 4, lettera c), offre una tipizzazione dell'inadempimento a tal fine rilevante, consistente nel «mancato pagamento di un ammontare equivalente a diciotto rate mensili» ⁽⁵⁰⁾, peraltro chiarendo che «non costituiscono inadempimento i ritardati pagamenti che consentono la risoluzione del contratto ai sensi dell'articolo 40, comma 2», t.u. l. banc.

Dal combinato disposto della norma in commento con quella da ultimo citata, si deduce quindi che, in ipotesi di mutuo fondiario, l'eventuale ritardato pagamento (eseguito cioè «tra il trentesimo e il centottantesimo giorno dalla scadenza della rata») verificatosi «almeno sette volte, anche non consecutive», abiliterà la banca a risolvere il contratto per inadempimento, ma non le consentirà di fare ricorso alla «nuova forma di tutela, per avvalersi della quale avrà invece bisogno di un inadempimento protratto per almeno diciotto mesi, anche senza che sia preceduto da altri inadempimenti» ⁽⁵¹⁾.

La circostanza rivela la preoccupazione del legislatore di calibrare la tutela del soggetto finanziatore in base alla gravità del mancato pagamento da parte del debitore nei termini stabiliti, e ciò in una logica di proporzionalità dei rimedi ⁽⁵²⁾ che rappresenta probabilmente la chiave di lettura dell'intera materia che qui interessa, e non solo, essendo il principio di proporzionalità di portata applicativa generale nel sistema ⁽⁵³⁾.

Una volta verificatosi il suddetto inadempimento qualificato, non pare che il meccanismo di autotutela di cui si discute debba rappresentare necessariamente una conseguenza automatica ed inevitabile dello stesso, e che tale avvenimento operi pertanto alla stregua dell'unico evento condizionante dedotto all'interno di un meccanismo rigidamente, appunto, condizionale ⁽⁵⁴⁾. Se



non altro in un'ottica di valorizzazione dell'autonomia privata delle parti, la norma ⁽⁵⁵⁾ sembra invece consentire di prevedere che spetti al finanziatore di valutare liberamente se avvalersene o meno, in base ad un meccanismo *lato sensu* riconducibile a quello della condizione unilaterale ⁽⁵⁶⁾ o, secondo alcuni ⁽⁵⁷⁾, della clausola risolutiva espressa (apposta al contratto di mutuo), essendo comunque presupposto logico-giuridico nel caso di specie ⁽⁵⁸⁾ che il contratto possa ritenersi risolto affinché sorga il diritto della banca di pretendere l'immediata restituzione del credito per capitale ed interessi maturati, con conseguente facoltà di attivare l'autotutela di cui si discute ⁽⁵⁹⁾.

In alternativa, volendo prescindere dall'ipotizzato meccanismo risolutorio, dovrebbe sostenersi che, parallelamente al contratto di finanziamento, le parti stipulino, subordinatamente alla condizione sospensiva avente ad oggetto l'inadempimento qualificato di cui si è detto, un ulteriore contratto che, a seconda dei casi, potrebbe assumere le sembianze di un mandato ad alienare *in rem propriam*, oppure di un contratto con funzione solutoria analogo, sul piano effettuale, alla *datio in solutum*, in entrambi i casi venendo sterilizzato il rischio commissorio dalla previsione del patto marciano di cui si dirà tra breve.

Quanto al contenuto della clausola di cui si discute, essa prevede letteralmente che «in caso di inadempimento del consumatore la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del medesimo bene comporta l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore derivante dal contratto di credito anche se il valore del bene immobile restituito o trasferito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è inferiore al debito residuo» (art. 120 *quinqüesdecies*, comma 3, t.u. l. banc.).

Il che significa che conseguenza dell'inadempimento di cui si è detto, potrebbe essere, alternativamente, a seconda di quanto sarà stato contrattualmente stabilito:

a) che l'immobile dato in garanzia sia oggetto di «restituzione» al soggetto finanziatore, fattispecie che sembra presupporre ⁽⁶⁰⁾ la pregressa titolarità da parte di costui del diritto di proprietà sull'immobile poi in ipotesi ceduto al consumatore il quale, per poter effettuare l'acquisto, ha contratto con la stessa banca proprietaria il finanziamento garantito. A tale specifico riguardo può segnalarsi che una fattispecie di questo tipo potrebbe in concreto configurarsi pure all'esito di un rapporto derivante da contratto di *leasing* abitativo di cui all'art. 1, commi 76 ss., l. 28 dicembre 2015 n. 208 ⁽⁶¹⁾, ipotesi negoziale alla quale, ricorrendone tutti i presupposti di legge, ben potrebbero applicarsi gli artt. 120 *quinqües* ss., t.u. l. banc. ⁽⁶²⁾;

b) che l'immobile oggetto di garanzia sia oggetto di «trasferimento» al soggetto finanziatore, il quale potrà poi, nell'esercizio del suo diritto di proprietà, pure decidere di venderlo a terzi, così come potrà pure utilizzarlo in proprio.

In entrambe le suddette ipotesi, dunque, l'autotutela della banca finanziatrice di fronte all'inadempimento qualificato di cui si è detto consiste nel poter tornare (lettera *a*) o diventare (lettera *b*) proprietaria dell'immobile oggetto di garanzia, circostanze queste che concreterebbero una palese violazione del divieto del patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c. se non fosse per



l'espressa previsione del patto marciano ⁽⁶³⁾ di cui si dirà tra breve, mediante il quale si assicura al consumatore la restituzione dell'eccedenza del valore stimato rispetto all'importo del debito residuo. Mancando nei suddetti casi, almeno nell'immediato, un'operazione di compravendita a favore di terzi (rispetto al finanziatore ed al consumatore finanziato), ciò che rileva ai fini della determinazione dell'eventuale eccedenza di cui il debitore avrà diritto alla restituzione, non potrà essere il prezzo di vendita (poiché, si ripete, vendita non v'è), ma sarà il valore determinato nella perizia di stima di cui si dirà tra breve;

c) che l'immobile oggetto di garanzia non sia oggetto di trasferimento alla banca, ma quest'ultima abbia tuttavia (pur essendo lo stesso ancora di proprietà del consumatore) il potere di venderlo a terzi sul mercato, effetto agevolmente realizzabile mediante apposita procura ⁽⁶⁴⁾ all'uopo contenuta nel contratto di finanziamento, a meno che non si voglia ipotizzare un trasferimento alla banca sottoposto alla condizione sospensiva dell'alienazione dell'immobile da parte di quest'ultima a terzi, secondo la ricostruzione tuttora più accreditata in tema di mandato ad alienare senza rappresentanza ⁽⁶⁵⁾.

Certo è che in tale ultimo caso la banca, nel vendere l'immobile, persegue contestualmente un interesse proprio oltre che un interesse del consumatore finanziato (nonché di suoi eventuali ulteriori creditori postergati), e ciò in quanto:

da una parte, l'estinzione del debito si avrà soltanto quando la banca avrà incassato il prezzo di vendita dell'immobile fino ad allora ancora di proprietà del consumatore,

dall'altra, se, come si dirà, è vero che anche qualora il prezzo ricavato sia inferiore al debito residuo il consumatore sarà comunque liberato, è tuttavia anche vero che, in caso contrario, la banca dovrà restituire a costui l'eccedenza, tant'è che, ai sensi del comma 3 della norma in commento, deve adoperarsi «con ogni diligenza per conseguire dalla vendita il miglior prezzo di realizzo».

Parrebbe insomma a prima vista profilarsi un diverso funzionamento della tutela marciana a seconda che la clausola preveda, per il caso di inadempimento:

- l'acquisto (o la restituzione) della proprietà del bene da parte della banca (v., *supra*, le precedenti lettere *a* e *b*), nel qual caso la tutela della posizione del mutuatario verrebbe assicurata mediante un meccanismo riconducibile al patto marciano in senso stretto ⁽⁶⁶⁾, in quanto il valore dell'immobile, che funge da parametro rispetto al quale valutare l'eventuale eccedenza dello stesso rispetto al debito residuo (la quale sarà come sopra oggetto di restituzione al consumatore), viene determinato mediante stima successiva alla scadenza del debito all'uopo redatta «da un perito indipendente scelto dalle parti di comune accordo ovvero, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo, nominato dal Presidente del Tribunale territorialmente competente con le modalità di cui all'art. 696, comma 3, c.p.c.» ⁽⁶⁷⁾,

- la facoltà della banca di procedere alla vendita dell'immobile a terzi (v., *supra*, la precedente lettera *c*), nel qual caso la tutela della posizione del mutuatario (e dei suoi eventuali



ulteriori creditori) potrebbe in teoria ritenersi sostanzialmente rimessa alla capacità della banca di spuntare sul mercato il miglior prezzo di realizzo, il quale rappresenterebbe a sua volta, nell'ipotesi considerata, l'importo rispetto al quale valutare l'eventuale eccedenza dello stesso rispetto al debito residuo (la quale sarà, si ripete, oggetto di restituzione al consumatore). In altre parole potrebbe ipoteticamente dedursi dalla lettera della legge che, in tale specifico caso, non vi sia una stima successiva all'inadempimento (come avviene nel patto marciano in senso stretto) che determini il valore del bene (nella fattispecie, il prezzo al quale effettuare l'alienazione a terzi), ma soltanto una tendenziale convergenza di interessi tra banca, consumatore ed ulteriori creditori di quest'ultimo nella realizzazione del miglior prezzo. Ebbene tale convergenza di interessi non sembra tuttavia rappresentare una sufficiente garanzia per consumatore e suoi ulteriori creditori, in quanto l'interesse della banca⁽⁶⁸⁾, in realtà, si arresta al conseguimento di un prezzo almeno pari al debito residuo, laddove quello del consumatore (e di suoi eventuali altri creditori) giunge fino al conseguimento dell'eventuale eccedenza del prezzo rispetto, appunto, al debito residuo, rilievo quest'ultimo che è pertanto lecito auspicarsi che trovi una qualche risposta nelle disposizioni di attuazione che, ai sensi dell'art. 120 *quinquiesdecies*, comma 5, t.u. l. banc., è chiamato ad emanare «il Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro della giustizia, sentita la Banca d'Italia».

Nelle more, comunque, un'interpretazione della norma secondo i richiamati principi di ragionevolezza e proporzionalità impone di considerare necessario che, anche in tale ultimo caso, debba essere predisposta una stima successiva all'inadempimento per determinare il prezzo al quale eseguire la vendita a terzi, come peraltro suggerito dallo stesso tenore letterale dell'art. 120 *quinquiesdecies*, comma 4, lettera d), t.u. l. banc., che, come anticipato, impone la stima da parte di un perito indipendente «agli effetti del comma 3», senza distinguere tra l'ipotesi di acquisto del bene da parte della banca o da parte di terzi aventi causa da quest'ultima. D'altronde, se dovesse concludersi diversamente, non solo verrebbe a configurarsi un'intollerabile disparità di trattamento rispetto all'ipotesi in cui si preveda contrattualmente l'acquisto dell'immobile da parte dello stesso finanziatore, ma verrebbe pure di fatto a mancare quella proporzionalità, tra debito garantito e sacrificio economico-giuridico sopportato dal debitore in caso di inadempimento, che riesce a differenziare il patto marciano dal patto commissorio.

Secondo la ricostruzione tuttora prevalente, infatti, il divieto del patto commissorio si giustifica con esigenze di tutela del debitore contro il rischio di abusi da parte del creditore, tant'è che, come si è visto, il patto marciano si reputa valido in quanto «impone in definitiva al debitore una perdita patrimoniale proporzionata al debito garantito»⁽⁶⁹⁾.

Ebbene, se si dovesse prescindere dalla stima del bene e lasciare che la banca venda liberamente sul mercato, rimettendo a quest'ultima, di fatto, la tutela del debitore, troppo forte sarebbe il rischio di sacrifici sproporzionati rispetto all'importo del debito garantito, perché in concreto non vi sarebbe alcuna verifica sul reale valore di mercato del bene oggetto di garanzia.



La bontà della conclusione risulta peraltro confermata dalla disciplina prevista in tema di prestito ipotecario vitalizio (art. 11 *quaterdecies*, comma 12 *quater*, d.l. 30 settembre 2005, n. 203, convertito in legge dalla l. 2 dicembre 2005, n. 248), la quale, come si è avuto modo di osservare nei paragrafi precedenti, prevede a determinate condizioni la legittimazione della banca a vendere l'immobile oggetto di garanzia «ad un valore pari a quello di mercato, determinato da un perito indipendente incaricato dal finanziatore».

A ciò si aggiunga che la tutela del consumatore risulta ulteriormente affievolita dalla circostanza che, sulla base del tenore letterale della norma, affinché si verifichi l'effetto primario proprio della clausola di cui si discute (a seconda dei casi, si ripete, consistente nel conseguimento da parte della banca della titolarità del bene o del potere di alienarlo a terzi), è sufficiente che si verifichi l'inadempimento rilevante del debitore nei termini anzidetti ⁽⁷⁰⁾, senza che occorra attendere la materiale redazione della perizia di stima né tantomeno, in presenza dell'eccedenza di cui si è detto poc'anzi, il conseguimento della stessa da parte del debitore medesimo, il che significa di fatto rendere tali ultime circostanze, che sono poi gli elementi essenziali del patto marciano, del tutto inopponibili ai terzi aventi causa dalla banca, così svuotando di fatto l'effettività della tutela ⁽⁷¹⁾.

Nell'auspicio che la questione venga risolta ragionevolmente dalle disposizioni attuative di cui si attende tuttora l'emanazione ex art. 120 *quinquiesdecies*, comma 5, t.u. l. banc., anche qui si impone un'interpretazione della norma secondo i richiamati principi di ragionevolezza e proporzionalità che porti a ritenere avverata la condizione da cui dipende l'attivazione dell'autotutela bancaria solo al momento della comunicazione della stima ovvero, in ipotesi di eccedenza del valore stimato rispetto al debito garantito, soltanto al momento di restituzione al debitore dell'eccedenza, analogamente a quanto previsto dall'art. 48 *bis*, comma 8, t.u. l. banc., per l'ipotesi ivi contemplata.

Che la norma ponga un problema di fisiologico squilibrio di posizioni contrattuali, d'altronde, è parso chiaro pure al legislatore, il quale, nell'ultima versione della norma in commento (cfr. art. 120 *quinquiesdecies*, comma 4, lettere *a* e *b*, t.u. l. banc.), ha introdotto degli accorgimenti volti, da una parte, ad impedire possibili pressioni a danno del consumatore da parte della banca (cui è fatto divieto di «condizionare la conclusione del contratto di credito alla sottoscrizione della clausola» di cui si discute), dall'altra, a favorire una consapevole prestazione del consenso da parte del consumatore (il quale è assistito a titolo gratuito da un consulente «al fine di» valutare «la convenienza» della clausola stessa) ⁽⁷²⁾.

Allo stesso modo, sempre nell'ottica di attenuare l'oggettivo vantaggio derivante alla banca dall'introduzione nel contratto della clausola in commento, si spiega l'espressa previsione in base alla quale, anche se il valore stimato dell'immobile o, a seconda dei casi, i proventi tratti dalla sua vendita a terzi, risultino di importo inferiore al debito residuo, il consumatore, se da una parte avrà perso ormai definitivamente la titolarità dell'immobile, dall'altra risulterà comunque liberato



dalla propria esposizione debitoria nei confronti della banca (c.d. “esdebitazione” ⁽⁷³⁾), configurandosi, com’è stato felicemente osservato, un «trasferimento solutorio [...] costituente un *surrogato satisfattivo atipico* dell’adempimento» ⁽⁷⁴⁾, con conseguente deroga al principio di responsabilità patrimoniale perpetua espresso dall’art. 2740 c.c.

Trattandosi, come anticipato, di un meccanismo volto ad attenuare lo squilibrio contrattuale derivante dalla previsione dell’autotutela *ex art. 120 quinquiesdecies*, t.u. l. banc., l’esdebitazione non funzionerà «nei casi, diversi da quelli di cui al comma 3, in cui il finanziatore fa ricorso all’espropriazione immobiliare» (comma 6) ⁽⁷⁵⁾.

Il che significa che in tale ultimo caso, qualora, «a séguito dell’escussione della garanzia, residui un debito a carico del consumatore», quest’ultimo resterà obbligato al relativo pagamento. Ad ogni modo anche in tal caso è prevista una misura favorevole al consumatore, e ciò in quanto, sempre ai sensi del comma 6 della norma in commento, «il relativo obbligo di pagamento decorrerà dopo sei mesi dalla conclusione della procedura esecutiva».

11. L’art. 48 bis, t.u. l. banc. (M. Tatarano)

Se, come anticipato, la clausola di cui all’art. 120 *quinquiesdecies*, t.u. l. banc. risulta applicabile soltanto in ipotesi di contratto di finanziamento concluso da un consumatore, qualora il soggetto finanziato sia un’impresa (individuale o collettiva), un’ipotesi di patto marciano può configurarsi nella fattispecie attualmente disciplinata dall’art. 48 *bis*, t.u. l. banc., di recente introdotto dall’art. 2, comma 1, d.l. 3 maggio 2016, n. 59, convertito, con modificazioni, dalla l. 30 giugno 2016, n. 119.

La norma da ultimo citata non disciplina semplicemente una clausola, bensì una specifica ipotesi di contratto, denominato di «finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato», che viene innanzi tutto definito sul piano soggettivo, nel senso che esso può essere stipulato soltanto «tra un imprenditore» ⁽⁷⁶⁾ «e una banca o altro soggetto autorizzato a concedere finanziamenti nei confronti del pubblico» ai sensi dell’art. 106 t.u. l. banc. ⁽⁷⁷⁾ (comma 1).

Ebbene, la particolarità del contratto di cui si discute, sul piano oggettivo, consiste nella previsione ⁽⁷⁸⁾ che il credito del soggetto finanziatore venga garantito mediante il trasferimento a favore dello stesso o di una sua società controllata o collegata ⁽⁷⁹⁾ «della proprietà di un immobile o di un altro diritto immobiliare dell’imprenditore o di un terzo», il tutto sotto la condizione sospensiva dell’inadempimento (comma 1), e sempre che non si tratti di «immobili adibiti ad abitazione principale del proprietario, del coniuge o di suoi parenti e affini entro il terzo grado» (comma 3) ⁽⁸⁰⁾.

Al contrario di quanto avviene per il patto marciano di cui all’art. 120 *quinquiesdecies*, t.u. l. banc., nell’ipotesi *ex art. 48 bis*, t.u. l. banc., si consente poi che l’operazione venga stipulata in un unico contesto (concessione del finanziamento e contemporaneo trasferimento condizionato a



scopo di garanzia ⁽⁸¹⁾), oppure venga suddivisa in due diverse fasi, ipotesi quest'ultima in concreto configurabile non solo per i contratti di finanziamento ancora da stipulare (i quali, in tal caso, potrebbero pure a loro volta condizionare l'erogazione del finanziamento alla concessione della garanzia *de qua*), ma pure per quelli già in corso all'entrata in vigore del d.l., mediante apposita «modificazione delle condizioni contrattuali» (comma 4).

Affinché si configuri inadempimento rilevante ai fini dell'avveramento dell'evento dedotto nella condizione cui è subordinata l'efficacia del trasferimento a scopo di garanzia, occorre che il mancato pagamento si protragga per un periodo ⁽⁸²⁾:

- di nove mesi, decorrenti dal momento specificato nel comma 5, che varia a seconda della tipologia di piano di rimborso rateale del mutuo,

- di dodici mesi, sempre decorrenti dal momento specificato nel comma 5, «qualora alla data di scadenza della prima delle rate, anche non mensili, non pagate [...] il debitore abbia già rimborsato il finanziamento ricevuto in misura almeno pari all'85 per cento della quota capitale».

Emerge dunque anche qui, così come nella fattispecie art. 120 *quinquiesdecies*, t.u. l. banc., la preoccupazione del legislatore di dare attuazione al fondamentale principio di proporzionalità in punto di commisurazione delle conseguenze dell'inadempimento alla gravità del medesimo, mediante una tipizzazione delle fattispecie rilevanti ai fini dell'attivazione del sistema di autotutela, che prende in considerazione nei termini anzidetti pure l'entità del debito residuo.

L'affermazione in prima battuta dell'avvenuto inadempimento che, come si vedrà, è solo uno degli eventi condizionanti di una fattispecie condizionale (il cui avveramento è) a formazione progressiva, è di fatto rimesso alla sola banca creditrice ⁽⁸³⁾, la quale dovrà notificare a tutti i controinteressati individuati dallo stesso comma 5 la propria dichiarazione di volersi avvalere del patto di cui si discute, precisando l'ammontare del credito per cui procede ⁽⁸⁴⁾.

A quel punto decorre un termine di sessanta giorni, scaduto il quale il creditore chiede al Presidente del Tribunale competente per territorio la nomina di un perito per la stima del bene oggetto della garanzia, il quale, in qualità di terzo arbitratore *ex art. 1349, comma 1, c.c.* ⁽⁸⁵⁾, determina con relazione giurata il valore di stima *ex art. 568 c.p.c.* e lo comunica entro sessanta giorni dalla nomina a tutti i soggetti indicati nel comma 6 dell'art. 48 *bis*, t.u. l. banc. ⁽⁸⁶⁾, precisandosi al comma 8 che «la condizione sospensiva di inadempimento» ⁽⁸⁷⁾, «verificatisi i presupposti di cui al comma 5, si considera avverata», a seconda dei casi:

- qualora il valore stimato sia inferiore o pari al debito residuo inadempito, comprensivo di tutte le spese ed i costi del trasferimento, «al momento della comunicazione al creditore del valore di stima», per la quale peraltro non si prevede tuttavia una forma vincolata (la posta elettronica certificata è prescritta dal comma 6 solo «ove possibile»). È chiaro tuttavia che, essendo il finanziatore necessariamente un'impresa, come tale soggetta ad iscrizione nel registro delle imprese, essa è obbligata a munirsi di un univoco indirizzo di posta elettronica certificata ⁽⁸⁸⁾, sicché appare agevole giungere in via interpretativa alla conclusione che la comunicazione della



stima, almeno per quanto riguarda il creditore, debba necessariamente essere eseguita mediante posta elettronica certificata, se non altro in una logica di applicazione del principio di buona fede oggettiva. Trattandosi infatti di evento rilevante ai fini dell'avveramento della condizione di cui trattasi, e quindi, come tale, destinato ad incidere sulla posizione di terzi (debitore ed eventuale terzo garante innanzi tutto), questi ultimi devono essere messi in condizione di conoscere con certezza da che momento dovrà, appunto, ritenersi avverato l'evento condizionante. Nell'ipotesi considerata, dunque, ancorando l'avveramento della condizione alla circostanza che la comunicazione della stima sia stata fatta al creditore (e non invece pure al debitore ed all'eventuale terzo garante), emerge la volontà del legislatore, da una parte, di assicurare che una stima vi sia stata (in mancanza di essa, infatti, si configurerebbe un patto commissorio vietato), dall'altra di degradare eventuali contestazioni da parte del debitore a mere pretese obbligatorie verso il creditore (cfr. comma 7), senza che cioè le stesse possano in alcun modo rilevare sul piano dell'avveramento della condizione, né, quindi avere una qualsivoglia efficacia nei confronti di eventuali terzi (si pensi alla società controllata dal finanziatore che abbia beneficiato del trasferimento)⁽⁸⁹⁾,

- «ovvero», in caso contrario, «al momento dell'avvenuto versamento all'imprenditore della differenza», appunto, tra il valore di stima e l'ammontare del debito inadempito, comprensivo di tutte le spese ed i costi del trasferimento. In quest'ultima ipotesi, dunque, la comunicazione della stima non vale di per sé a far considerare avverata la condizione sospensiva, ma degrada a mero coelemento perfezionativo di un avveramento a formazione progressiva, che si conclude soltanto con la corresponsione al debitore della suddetta differenza, circostanza, quest'ultima sì, agevolmente accertabile, essendo previsto espressamente che «il contratto di finanziamento» contenga «l'espressa previsione di un conto corrente bancario senza spese, intestato al titolare del diritto reale immobiliare, sul quale [...] accreditare l'importo pari alla differenza tra il valore di stima e l'ammontare del debito inadempito» (comma 8). Come anticipato, il debitore può contestare la stima, ma ciò non impedisce al creditore («di avvalersi degli effetti del patto di cui al comma 1» e quindi) di ottenere il trasferimento dell'immobile⁽⁹⁰⁾, poiché «l'eventuale fondatezza della contestazione incide» soltanto «sulla differenza da versare al titolare del diritto reale immobiliare» (comma 7).

È chiaro che la riconduzione del fenomeno nell'ambito del meccanismo condizionale, se, da una parte, consente di colmare le lacune normative mediante il rinvio alla disciplina di cui agli artt. 1353 ss., c.c., dall'altra implica degli automatismi che potrebbero necessitare di appositi accorgimenti negoziali al fine di rendere l'istituto più adatto ai concreti interessi delle parti. In particolare, come anticipato, se è vero che l'attivazione del patto marciano è già di per sé rimessa all'iniziativa del finanziatore, integrando una sorta di condizione unilaterale, e quindi come tale "rinunciabile" dal soggetto interessato (che potrebbe infatti decidere di seguire la procedura esecutiva ordinaria invece della speciale forma di autotutela di cui si discute), non è tuttavia



escluso che, una volta reso noto il valore stimato dal tecnico incaricato dal Presidente del Tribunale, insistere nell'attivazione del patto marciano possa al finanziatore non apparire più conveniente. Se è chiaro che l'assenza di ogni ulteriore pattuizione (originaria o sopravvenuta) al riguardo non potrà che implicare la piena operatività del principio di automaticità del meccanismo condizionale, con conseguente inesorabilità dell'autotutela marciana al verificarsi di uno degli eventi condizionali come sopra legislativamente contemplati (comma 8), non pare diversamente precluso che le parti, nell'esercizio della loro autonomia privata, possano pattiziamente stabilire una diversa disciplina convenzionale della vicenda.

Così potrà essere implementato il meccanismo condizionale mediante:

- una clausola con cui si stabilisca che, in ipotesi di stima sproporzionata (in un senso o nell'altro) oltre una certa soglia prestabilita rispetto al valore determinato dalle parti al momento del contratto, automaticamente resterà preclusa la speciale autotutela di cui si discute (ferma restando l'esperibilità della procedura esecutiva ordinaria): si tratterebbe sostanzialmente di dedurre in condizione un'ulteriore evento (casuale) da cui far dipendere la definitiva inefficacia del contratto di cessione a scopo di garanzia accessorio rispetto al contratto di finanziamento, che resta efficace,

- clausola con cui si stabilisca che, in ipotesi di stima ritenuta sproporzionata (anche non oltre una certa soglia predeterminata), una sola delle parti (o ciascuna di esse) ⁽⁹¹⁾ possa decidere entro un determinato termine ed unilateralmente di impedire la speciale forma di autotutela di cui si discute (ferma restando l'esperibilità della procedura esecutiva ordinaria): si tratterebbe anche qui di un'ulteriore evento condizionante (non meramente potestativo ⁽⁹²⁾) da cui far dipendere la definitiva inefficacia del contratto di cessione a scopo di garanzia accessorio rispetto al contratto di finanziamento, che resta efficace.

D'altronde, se si considera che, ai sensi del comb. disp. comma 2 e comma 8, in ipotesi di valore di stima superiore all'ammontare del debito inadempito, comprensivo di tutte le spese ed i costi del trasferimento, la condizione potrà dirsi avverata soltanto nel momento in cui sia stata versata la differenza di cui al comma 2 cit., non pare potersi escludere la possibilità per le parti di inserire una clausola che abiliti il finanziatore, che ritenga la suddetta stima eccessiva, a rinunciare entro un determinato termine all'autotutela marciana per fare ricorso alla procedura esecutiva ordinaria. In particolare, potrebbe pure prevedersi che, se il finanziatore non procede entro il suddetto termine al versamento della differenza, dovrà considerarsi automaticamente rinunciante (e fare quindi ricorso alla procedura esecutiva ordinaria), ed in pendenza del termine potrebbe pure ipotizzarsi, mediante apposita procura *in rem propriam*, la facoltà del finanziatore di vendere l'immobile (ancora di proprietà del garante) sul mercato ad un prezzo non inferiore a quello periziato, soddisfarsi sul ricavato e restituire l'eccedenza, non parendo che la mancata previsione normativa di tale soluzione (come invece avviene nell'ipotesi *ex art. 120 quinquiesdecies*, t.u. l. banc.) sia di per sé preclusiva della stessa ⁽⁹³⁾.



È chiaro che tutte le ipotizzate soluzioni negoziali dovrebbero essere adottate, oltre che nel rigoroso rispetto della generale normativa sulla trasparenza dei contratti bancari (cfr. artt. 115 ss., t.u. l. banc. e relative disposizioni attuative), pure nel rispetto del generale principio di buona fede, che, come anticipato, impone l'individuazione di termini certi per l'esercizio delle correlative facoltà di deroga alla disciplina legale, e che inoltre potrebbe giustificare delle pattuizioni volte a compensare l'ampliamento delle facoltà negoziali del finanziatore (ad esempio in termini di rilascio dell'ipotizzata procura a vendere per un determinato periodo di tempo) con delle previsioni favorevoli al finanziato (ad esempio in termini di sospensione degli interessi moratori per tutto il periodo durante l'ipotizzato termine di esecuzione della procura a vendere, od in termini di accollo degli oneri fiscali connessi alla permanenza interinale della proprietà dell'immobile in capo al debitore).

Insomma, appare chiaro come la normativa in oggetto consegnata agli operatori del settore uno strumento che, adeguatamente implementato con accorgimenti di matrice negoziale nell'equilibrio delle reciproche posizioni contrattuali, potrebbe in concreto prestarsi a soddisfare delle esigenze da tempo avvertite nella prassi degli affari ma finora rimaste inesaudite.

È allo stesso tempo chiaro però che, in tutte le ipotesi sopra considerate, all'eventuale mancata attivazione (*rectius*, disattivazione) della tutela marciaria non dovrà corrispondere la degradazione del finanziatore allo *status* di mero creditore chirografario, poiché ciò significherebbe di fatto condannare l'istituto ad un clamoroso insuccesso.

In quest'ottica potrebbe in linea di principio sostenersi che la prelazione del finanziato che abbia deciso di non avvalersi del patto marciano sia comunque assicurata dall'equiparazione *ex art. 48 bis*, t.u. l. banc., comma 13 *bis*, «ai fini del concorso tra i creditori [del] patto a scopo di garanzia di cui al comma 1 [...] all'ipoteca», anche se ciò significherebbe ammettere la sopravvivenza della corrispondente formalità, sia pure con una rinnovata funzione, rispetto al patto da essa originariamente pubblicizzato, ormai definitivamente inefficace sul piano sostanziale (per effetto del mancato avveramento degli eventi condizionali rispettivamente contemplati).

Diversamente, facendo leva sul comma 4 che, come si dirà tra breve, prevede un'ipotesi di coesistenza successiva tra ipoteca e patto marciano (finanziamento originariamente stipulato come ipotecario per poi essere posteriormente garantito pure dal trasferimento condizionato), potrebbe più agevolmente ipotizzarsi anche nel caso di specie la concessione di un'ipoteca, questa volta contestualmente alla stipula del patto marciano, e ciò proprio per consentire al finanziatore che non si sia avvalso del patto marciano di far valere nella procedura esecutiva ordinaria la propria prelazione ipotecaria. A ciò si aggiunga che, nel caso di specie, non essendo il bene oggetto di garanzia destinato ad essere acquisito dal finanziatore, non si verrebbe nemmeno a configurare una fattispecie di ipoteca su bene proprio, come invece avverrebbe in ipotesi di attivazione del patto marciano stipulato su bene ipotecato⁽⁹⁴⁾.



Tornando alla disciplina legale dell'istituto di cui si discute, si rileva che nell'art. 48 *bis*, t.u. l. banc., ancora una volta al contrario di quanto avviene nella diversa ⁽⁹⁵⁾ ipotesi di cui all'art. 120 *quinquiesdecies*, t.u. l. banc., non si prevede alcun effetto di "esdebitazione" a favore dell'imprenditore finanziato per l'ipotesi in cui il valore di stima risulti inferiore alla sommatoria di debito residuo e relative spese di trasferimento, con la conseguenza che, in assenza di una deroga espressa al principio di cui all'art. 2740 c.c., il debitore non potrà che restare obbligato per la differenza ⁽⁹⁶⁾. Ciò non impedisce ovviamente che le parti possano, nell'esercizio della loro autonomia privata, concordare che l'attivazione del patto marciano, con conseguente acquisto della titolarità dell'immobile da parte del finanziatore, implichi la totale estinzione dell'obbligazione anche se il valore del bene risulti inferiore all'importo del debito residuo, secondo un meccanismo in parte analogo, sul piano effettuale, a quello della *datio in solutum*. In particolare, una pattuizione di questo tipo instaurerebbe una sorta di "doppio binario", in quanto:

- qualora la stima riconosca all'immobile un valore superiore al debito residuo, il debito risulterebbe estinto ma varrebbe il regime ordinario della restituzione dell'eccedenza, essenziale al fine di evitare lo sconfinamento nel patto commissorio vietato, non potendosi quindi tecnicamente in tal caso proprio parlare di *datio in solutum* (che, com'è noto prescinde per definizione dal rapporto di valore tra prestazione dovuta e prestazione diversa eseguita: cfr. art. 1197, comma 1, c.c.),

- in caso contrario, il meccanismo sarebbe, sia pure solo sul piano effettuale, riconducibile a quello, appunto, della *datio in solutum*, ed ovviamente non si porrebbe alcun problema di restituzione dell'eccedenza, poiché nell'ipotesi contemplata essa, appunto, mancherebbe (mentre il patto commissorio viene evitato a monte tramite la previsione della stima).

Il contratto di cui trattasi, avendo ad oggetto il trasferimento di diritti reali a scopo di garanzia sottoposto a condizione sospensiva, deve essere sin dall'origine trascritto con menzione nella nota di trascrizione della condizione (cfr. art. 2659, comma 2, c.c.) ⁽⁹⁷⁾, il che rende necessario:

- una volta avveratosi l'evento condizionante nei termini anzidetti, procedere alla cancellazione della menzione stessa ai sensi e per gli effetti dell'art. 2668, comma 3, c.c., norma quest'ultima tuttavia in parte derogata dall'art. 48 *bis*, comma 9, t.u. l. banc., che consente al «creditore, anche unilateralmente» (e quindi non alla «parte in danno della quale la condizione sospensiva si è avverata»), di procedere a tale adempimento pubblicitario mediante apposito atto notarile ricognitivo dell'avveramento della condizione, contenente «una dichiarazione, a norma dell'articolo 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, con cui attesta l'inadempimento del debitore a norma del comma 5, producendo altresì estratto autentico delle scritture contabili di cui all'articolo 2214 del codice civile» ⁽⁹⁸⁾,

- in ipotesi di corretto adempimento da parte del debitore, procedere all'annotazione del mancato avveramento della condizione sospensiva (che ne deriva), formalità pubblicitaria la cui



esecuzione viene (inspiegabilmente) rimessa all'iniziativa della banca creditrice, la quale deve provvedervi, mediante atto notarile, «entro trenta giorni dall'estinzione dell'obbligazione garantita» (comma 13). La norma in commento che, come anticipato, prevede una nuova ipotesi di finanziamento bancario, pone evidentemente l'esigenza di coordinare a livello sistematico per quanto concerne la possibile convivenza del trasferimento a scopo di garanzia (sospensivamente condizionato) con la garanzia ipotecaria, ipotesi in relazione alla quale è peraltro espressamente previsto che «qualora il finanziamento sia già garantito da ipoteca, il trasferimento sospensivamente condizionato all'inadempimento, una volta trascritto, prevale sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite successivamente all'iscrizione ipotecaria» (comma 4) ⁽⁹⁹⁾, così di fatto riconoscendosi a quest'ultima un'efficacia prenotativa degli effetti della trascrizione dell'atto di trasferimento a favore della banca, che diverrà titolare del diritto reale oggetto di garanzia prevalendo rispetto ad eventuali terzi aventi causa dal debitore o rispetto ad altri suoi creditori che abbiano trascritto od iscritto il proprio titolo dopo l'iscrizione ipotecaria, anche se prima della trascrizione dell'atto di trasferimento condizionato ⁽¹⁰⁰⁾.

Sempre ai sensi del comma 4, poi, tale ultimo principio, applicabile pure qualora l'immobile sia già «stato sottoposto ad espropriazione forzata in forza di pignoramento trascritto prima della trascrizione del patto di cui al comma 1 ma successivamente all'iscrizione dell'ipoteca» (nel qual caso, come si dirà tra breve, si applica il comma 10), trova un limite tuttavia nell'ipotesi in cui tale procedimento espropriativo abbia già dato luogo all'«aggiudicazione, anche provvisoria», od all'«assegnazione», circostanza che, nel bilanciamento di interessi che, com'è noto, il legislatore è chiamato ad operare con proporzionalità e ragionevolezza ⁽¹⁰¹⁾, segna il momento a decorrere dal quale risulta prevalente quello del terzo aggiudicatario od assegnatario rispetto a quello del finanziatore precedente. Come anticipato, potrebbe accadere che, nonostante la presenza del patto di cui all'art. 48 *bis*, comma 1, t.u. l. banc., il bene oggetto del trasferimento condizionato sia stato sottoposto ad esecuzione forzata per espropriazione, circostanza quest'ultima che, se, da una parte, non impedisce alla banca di acquistare la titolarità del bene, sia pure all'interno della procedura esecutiva, dall'altra, tuttavia, incide significativamente sulla disciplina in concreto applicabile. In tal caso, infatti, «l'accertamento dell'inadempimento del debitore è compiuto, su istanza del creditore» direttamente «dal giudice dell'esecuzione», che nomina un esperto per provvedere alla stima, ed accerta l'inadempimento mediante ordinanza con cui fissa il termine entro il quale «il creditore deve versare una somma non inferiore alle spese di esecuzione e, ove vi siano, ai crediti aventi diritto di prelazione anteriore a quello dell'istante ovvero pari all'eventuale differenza tra il valore di stima del bene e l'ammontare del debito inadempito» (comma 10). Nell'ipotesi da ultimo contemplata, poi, la condizione si considera avverata solo a séguito dell'avvenuto versamento da parte della banca delle somme di cui sopra, del che dà atto (non il creditore con atto notarile, ma) il giudice dell'esecuzione mediante apposito decreto, che è annotato a margine della trascrizione dell'atto di trasferimento ex art. 2668 c.c. La predetta



procedura può infine essere impiegata, nei limiti della compatibilità, pure nelle ipotesi di esecuzioni ex d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602 (comma 11) ed in caso di fallimento del titolare del diritto reale immobiliare intervenuto successivamente alla trascrizione del patto di cui al comma 1, nel quale ultimo caso, se la banca creditrice è stata ammessa «al passivo, può fare istanza al giudice delegato perché, sentiti il curatore e il comitato dei creditori, provveda a norma del comma 10, in quanto compatibile» (comma 12).

Quanto infine ai conflitti della trascrizione del patto marciano (con menzione della condizione ex art. 2659, comma 2, c.c.) rispetto ad eventuali formalità pregiudizievoli iscritte o trascritte successivamente ad essa (o, nell'ipotesi di cui al comma 4, successivamente all'iscrizione ipotecaria) contro lo stesso dante causa, la relativa risoluzione non può che essere affidata ai normali meccanismi di cui agli artt. 2644 ss., c.c., non essendo prevista alcuna purgazione analoga a quella ex art. 586 c.p.c. (mancando, almeno di regola, l'intervento del giudice), né alcun rimedio speciale analogo a quello di cui all'art. 13, comma 4 *quinquies*, d.l. 22 ottobre 2016, n. 193, convertito in legge dalla l. 1° dicembre 2016, n. 225, ai sensi del quale «le iscrizioni o trascrizioni pregiudizievoli sui terreni di proprietà dell'ISMEA in favore dei creditori del compratore ai sensi dell'articolo 1523 del codice civile sono da considerarsi nulle e sono cancellate dalla competente conservatoria dei registri immobiliari su semplice richiesta dell'Istituto e senza oneri per lo stesso».

12. Le novità normative e il patto marciano di diritto comune (R. Lenzi)

Si assiste quindi, nei vari interventi normativi sopra illustrati, all'introduzione della disciplina positiva di un istituto che, come noto, la giurisprudenza ha da tempo ammesso, fissandone i caratteri necessari al fine di salvaguardarne la legittimità, nel confronto con il persistente divieto del patto commissorio⁽¹⁰²⁾. Oltre a fissare l'elemento essenziale che caratterizza il patto marciano, per cui al debitore è dovuta l'eventuale differenza di valore, le disposizioni normative sopra indicate prevedono una serie di limitazioni e contrappesi necessari per l'ammissibilità della suddetta struttura autosatisfattiva; in particolare si stabilisce quando l'obbligazione possa ritenersi inadempita e si attribuisce al debitore il diritto di veder stimato il bene da un soggetto terzo ed in epoca successiva all'inadempimento. Si tratta in alcuni casi di un patto marciano nella sua versione paradigmatica, in cui il creditore acquista, a seguito dell'inadempimento, la proprietà della cosa, mentre in altri, in particolare nel pvi, è prevista la variante in cui al creditore è consentito di alienare a terzi il bene, al fine di soddisfarsi sul ricavato. Emerge così una delle più rilevanti incongruenze presenti nel nuovo assetto delle garanzie bancarie immobiliari: nel pvi il creditore è legittimato ad alienare il bene del debitore ma non può acquistarlo direttamente, a meno che non si voglia ritenere che il rigoroso procedimento che conduce alla vendita determini una predeterminazione degli elementi del contratto di vendita tale da escludere il conflitto di interessi; nel finanziamento all'imprenditore di cui all'art. 48 bis del TUB il creditore può acquistare il bene



ma non può autonomamente alienarlo a terzi, salvo che si ammetta che la Banca creditrice possa stipulare anche per persona da nominare, soluzione di cui è lecito dubitare in quanto l'elencazione dei soggetti che possono acquistare, contenuta nella disposizione, orienta verso una tassatività delle categorie di soggetti ivi indicati; nel finanziamento al consumatore di cui all'art. 120 q. del TUB si deve invece ritenere che il creditore, attraverso l'introduzione di clausole pattizie che, per le loro caratteristiche, restino esterne al perimetro del divieto del patto commissorio, può sia acquistare in via satisfattiva il bene sia alienarlo a terzi per soddisfarsi sul ricavato⁽¹⁰³⁾. Le tre figure quindi possono accomunarsi in quanto ciascuna contiene, in formulazioni diverse, il riconoscimento della legittimità delle formule riconducibili al patto marciano, essenzialmente caratterizzato da due elementi necessariamente ricorrenti:

la restituzione del supero al debitore

la determinazione del valore del bene aggiornata ad un momento successivo all'inadempimento ed affidata ad un soggetto terzo.

Le figure si distinguono invece, oltre che per la disciplina che, riduttivamente, potremmo definire di dettaglio, soprattutto per la minore o maggiore efficacia della garanzia e per i limiti più o meno ampi di autonomia del creditore nel perseguire la soddisfazione delle proprie ragioni. Si distinguono altresì per il fatto che nel finanziamento tra banche e imprenditori non è prevista la possibilità di introdurre una clausola di esdebitazione del debitore e quindi di una sua limitazione di responsabilità in deroga al principio della responsabilità patrimoniale generica, come invece è previsto per il pvi e per il finanziamento al consumatore. Se quest'ultimo elemento di distinzione è spiegabile per la diversa natura dei soggetti finanziati, per gli altri elementi non è facile per l'interprete individuare il fondamento razionale di un trattamento differenziato. Tuttavia dal quadro complessivo delle disposizioni emerge nitidamente, come più significativo dato ricostruttivo, il riconoscimento della legittimità del patto marciano e la definizione degli elementi che, per la sua validità, debbono caratterizzarlo. Resta tuttavia da sciogliere il dubbio circa la portata sistematica del nuovo assetto normativo del sistema delle garanzie e l'incidenza della nuova disciplina legale sul patto marciano di diritto comune.

13. Il patto marciano di diritto comune nell'evoluzione giurisprudenziale (R. Lenzi)

Poco prima del recente intervento normativo, la Suprema Corte aveva riconosciuto, in continuità con i provvedimenti più recenti, la generale ammissibilità del patto marciano, fissando l'ambito di operatività del divieto del patto commissorio e definendone gli elementi caratterizzanti, in linea con la tendenza attuale alla progressiva erosione del divieto, andando così a riequilibrare l'orientamento giurisprudenziale che, attraverso una lettura funzionale dell'art. 2744 c.c., ne aveva dilatato l'ambito applicativo⁽¹⁰⁴⁾. La Corte individua l'elemento qualificante la disposizione commissoria nella preordinazione da parte del finanziatore di un disegno diretto a realizzare, sfruttando la condizione di bisogno del debitore, uno scopo di garanzia finalizzato



all'appropriazione, a seguito dell'inadempimento, di un bene di valore sensibilmente superiore all'ammontare del debito garantito. La Suprema Corte conferma che il divieto sancito dall'art. 2744 cod. civ. può *"estendersi a qualsiasi negozio, ancorché astrattamente lecito, che venga impiegato per conseguire il concreto risultato, vietato dall'ordinamento"*, con ciò confermando la rilevanza funzionale del divieto. Ogni struttura negoziale tale da determinare la potenziale coercizione del debitore, da parte del creditore, di trasferire la proprietà di un bene, in conseguenza della mancata estinzione di un debito, può rientrare nel perimetro applicativo del divieto, con la conseguenza che non è possibile individuare in astratto una categoria negoziale idonea ad integrare una stipulazione commissoria. La Corte tuttavia definisce l'ambito applicativo del divieto, fissandone con chiarezza i presupposti ed aprendo quindi ad una diffusione di strutture atipiche di garanzia poste al riparo del divieto, una volta che, con la precisa definizione dell'ambito di operatività della disposizione commissoria, si manifesta la tendenza al superamento del clima di diffidenza verso quegli schemi negoziali che potrebbero, in astratto, essere piegati agli scopi vietati. Si conferma quindi l'interpretazione consolidata che riconosce al divieto natura di "norma materiale", diretta, cioè, a vietare il risultato concreto perseguito dalle parti indipendentemente dalla struttura negoziale adottata per pervenire a tale risultato. La disposizione divietante è quindi applicabile ad ogni contratto con il quale si sia voluto costituire un nesso strumentale tra un bene ed il contratto di finanziamento, tale da determinare il trasferimento della proprietà del bene al creditore come conseguenza del mancato adempimento dell'obbligo restitutorio da parte del debitore. Si tratta dell'esito cui si è giunti definitivamente con due celebri sentenze gemelle delle S.U. ⁽¹⁰⁵⁾, ma attraverso un processo che ha condotto in primo luogo alla svalutazione del dato letterale, con conseguente ridimensionamento del profilo strutturale e estensione del divieto anche al patto autonomo, fino alle prime inversioni in senso funzionalista della giurisprudenza della Corte degli anni '80. Esemplare la giurisprudenza che in più occasioni ha manifestato indifferenza all'accertamento della congruità tra il valore del debito garantito e quello del bene definitivamente trasferito al creditore a seguito dell'inadempimento. Si era così determinato un ampliamento della portata del divieto, tale da indurre negli operatori il timore che, in un eccesso di generalizzazione, vi venissero ricomprese tutte le situazioni in cui la funzione di scambio diveniva strumentale ed accessoria rispetto alla preminente funzione di garanzia, con una incertezza tale da amputare il sistema anche di un uso misurato di strutture atipiche di garanzia. Tale lettura radicale del divieto rischiava di travolgere non solo le figure paradigmatiche del patto vietato ma anche, di fatto, contratti tipici come la vendita con patto di riscatto, scoraggiando anche la possibile utilizzazione del patto marciano, nonostante la giurisprudenza e la dottrina prevalenti ne avessero ammesso la legittimità. Emblematica nel senso di un orientamento costante nel riconoscere validità al patto marciano è l'interpretazione giurisprudenziale in materia di *sale and lease-back* dove, in una logica di tutela della proporzionalità del sinallagma, l'illiceità del contratto viene costantemente esclusa in presenza di



una clausola mirante «*ad impedire che il concedente, in caso di inadempimento si appropri di un valore superiore all'ammontare del suo credito*»⁽¹⁰⁶⁾. La previsione di una valida pattuizione marciiana ha consentito di riconoscere validità ad un mandato irrevocabile a vendere conferito ad una banca in funzione di garanzia del finanziamento concesso⁽¹⁰⁷⁾, rispetto a precedenti interventi in cui la Suprema Corte⁽¹⁰⁸⁾ aveva affermato che la procura a vendere un immobile, conferita dal mutuatario al mutuante contestualmente alla stipulazione del mutuo, può integrare la violazione del divieto del patto commissorio, qualora si accerti che tra il mutuo e la procura sussista un nesso funzionale, precisando ulteriormente che l'indagine circa la sussistenza di tale nesso non deve limitarsi ad un esame formale degli atti posti in essere dalle parti bensì deve considerarne la causa in concreto. In alcune occasioni, tra gli indici ritenuti idonei ad escludere la violazione della disposizione commissoria⁽¹⁰⁹⁾, è stata ricompresa la proporzionalità tra misura del finanziamento e valore del bene alienato. In realtà, nella fase genetica del patto, tale elemento non sembra di per sé rilevante nel definire il quadro configurativo del patto marciiano in quanto tale profilo resta assorbito dalla previsione della restituzione del supero. Il problema della sproporzione, se non rileva ai fini di una deviazione del patto verso l'area del divieto, può invece rilevare, al pari di un abuso di ipoteca, nel senso che può essere indice di un approfittamento del creditore e quindi rivelatore di un comportamento di quest'ultimo non orientato a buona fede. Viceversa, nella fase attuativa, il riconoscimento della legittimità della clausola marciiana, passa anche, all'esito dei complessi percorsi interpretativi della dottrina più recente, sull'asserita conformità al principio costituzionale di solidarietà ed a quello comunitario di proporzionalità: la pattuizione, assicurando programmaticamente l'equilibrio tra valore del bene trasferito in garanzia ed importo del debito garantito, assume tale equivalenza a contenuto stesso dell'operazione negoziale. La giurisprudenza sembra quindi orientata a conservare al divieto del patto commissorio un ambito di operatività che si fonda sulla tutela del debitore quale parte debole, esposta alla coartazione del creditore. Per non ricadere nel divieto gli indici che concorrono ad una valutazione complessiva della vicenda devono essere tali da escludere «l'illecita coercizione del debitore», in quanto i giudici sembrano attribuire assorbente rilievo all'insidia e all'approfittamento del creditore, che potrebbe appropriarsi di un bene di valore sensibilmente superiore all'importo del credito garantito, così disvelando che è la coartazione, unitamente all'approfittamento, il vero elemento su cui si appunta il disvalore delle operazioni colpite dal divieto. Ed è proprio in questa prospettiva che deve ritenersi destinato a trovare coerenza e fondamento il riconoscimento della validità del patto marciiano il quale, assicurando programmaticamente l'equivalenza tra le prestazioni mediante la clausola di stima, evita «il pericolo di abuso sinallagmatico», imponendo in definitiva al debitore una perdita patrimoniale proporzionata al credito garantito. Il divieto del patto commissorio implica altresì una valutazione negativa dell'ordinamento nei confronti di una regolamentazione anticipata e definitiva delle modalità di attuazione della responsabilità debitoria, nell'ipotesi di inadempimento, che non prevede alcuna modalità di determinazione, alla



scadenza dell'obbligazione, del valore della *res* e della sua proporzionalità con il credito garantito, talché l'illiceità va verificata in concreto sul piano dell'equilibrio negoziale e della causa concreta quale emerge dal collegamento funzionale tra le pattuizioni poste in essere dai contraenti, come afferma la giurisprudenza ove ritiene che, *in caso di operazione complessa, i singoli atti debbono essere valutati alla luce di un loro potenziale collegamento funzionale, con apprezzamento di ogni circostanza di fatto relativa agli atti compiuti e del risultato concreto che l'operazione nel suo complesso era idonea a produrre ed ha in concreto prodotto*»⁽¹¹⁰⁾. Tra l'altro una prima apertura normativa al patto marciano, come antecedente logico ai recenti interventi, si è avuta con il d. legis. 21.5.2004, n. 170, come modificato dal d. legis. 24.3.2011, n. 48, di attuazione della dir. n. 44/2009 CE, in materia di garanzie finanziarie, ove all'art. 6, comma 2°, è riconosciuta la legittimità dei contratti di garanzia finanziaria che prevedono il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia, «indipendentemente dalla loro qualificazione», con espressa previsione che il trasferimento avvenga secondo il modello del patto marciano, e cioè fino a concorrenza del valore dell'obbligazione garantita e con restituzione dell'eccedenza.

14. Incidenza della disciplina speciale sul patto marciano di diritto comune (R. Lenzi)

Alla luce di tale percorso definitorio, non sembra quindi che si possa affermare che le nuove disposizioni, insieme al riconoscimento della legittimità del patto marciano, ne fissano anche i limiti di applicazione, nel senso che, tipizzandone la morfologia, ne escludono ogni ulteriore utilizzazione al di fuori delle ipotesi eccezionali ivi previste⁽¹¹¹⁾. Per alcuni autori solo la natura altamente professionale dei soggetti coinvolti legittima il patto, in quanto esclude possano realizzarsi quegli squilibri contrattuali che stanno alla base del divieto. Secondo questa ricostruzione, le disposizioni di nuova introduzione, consentendo il patto marciano alle specifiche condizioni, oggettive e soggettive, positivamente fissate, ne escluderebbe ogni altra possibile utilizzazione; così l'alienazione in garanzia o il mandato ad alienare conferito al creditore non potrebbero essere utilizzati nei finanziamenti tra privati ovvero per garantire obbligazioni diverse da quelle pecuniarie, ricadendo in tal caso nel generale divieto del patto commissorio. Anche se per alcuni primi commentatori la fattispecie positivizzata si caratterizza per una tipicità che non tollera la divagazione in un'atipicità convenzionale, non sembra tuttavia che il nuovo assetto normativo conduca a tali risultati; anzi, la disciplina in questione, pur frastagliata e disorganica, conforta l'orientamento giurisprudenziale che ammette, in via generale, la legittimità del patto marciano e la sua autonomia dal patto commissorio vietato. Prevale quindi l'idea che sia sempre consentito un marciano di diritto comune quale surrogato soddisfacente dell'adempimento, per cui con le leggi speciali si avrebbe soltanto una epifania settoriale di una regola generale⁽¹¹²⁾. La novità del marciano bancario sarebbe quindi ad integrazione e non preclusiva di quelle tecniche pattizie variamente affidanti una funzione di garanzia alla correlazione tra finanziamento e cessione del bene. L'analitica disciplina delle tre figure sopra sinteticamente tratteggiate è precipuamente



rivolta alle banche finanziatrici e mira a fissare i limiti regolamentari che esse incontrano nell'adottare e disciplinare queste specifiche modalità di soddisfazione dei loro crediti secondo meccanismi semplificati di attuazione. L'assetto normativo fissa quindi il perimetro di operatività dei finanziatori professionali nelle particolari figure del prestito vitalizio ipotecario, del credito ai consumatori e dei finanziamenti alle imprese. Vi è viceversa chi prospetta che un finanziamento garantito da un trasferimento solutorio di diritto comune, anche a volerne riconoscere connotati di generale ammissibilità attraverso la previsione del giusto prezzo ⁽¹¹³⁾, sarebbe comunque affetto, nella versione paradigmatica, da invalidità, e ciò sia per il fatto che l'inadempimento qualificato previsto dalla normativa speciale non è requisito derogabile pattiziamente dai contraenti ed altresì per la necessaria attuazione procedimentalizzata della garanzia, prevista anch'essa nella regolazione delle varie figure tipiche, che pure costituirebbe requisito essenziale per la validità del patto, anche di diritto comune. In realtà la vera questione sta proprio nello stabilire quale grado di preclusività convenzionale consegua alla tipizzazione ⁽¹¹⁴⁾. In questo senso si sostiene che l'articolato sistema prodotto dagli statuti speciali non esclude né limita l'autonomia dei contraenti nel disegnare figure atipiche di garanzia, ma in ogni caso l'autonomia incontra il persistente limite della rilevanza qualificata dell'inadempimento e dell'inderogabilità del formalismo procedimentale di cui commi 5°, 6° ed 8°. Un argomento che sembrerebbe escludere l'effetto configurativo della normativa speciale sul marciano di diritto comune sta nella sussistenza di una pluralità di statuti normativi, con la conseguenza che resterebbe comunque incerto il paradigma orientativo da assumere; se cioè occorre riferirsi, pur con tutte le sue asperità interpretative ⁽¹¹⁵⁾, al marciano dell'art. 120 quinquiesdecies t.u.b., riferito all'area consumeristica, ovvero al regolamento dell'art. 48 bis TUB, che tuttavia opera nell'ambito dei finanziamenti all'impresa. Vi è chi comunque prospetta, come requisito transtipico, la necessaria sussistenza di un inadempimento grave, senza tuttavia individuare con sicurezza la più adeguata categoria di riferimento nella plurale configurazione offerta dalla normativa speciale. In particolare si è obiettato che le disposizioni speciali, ed in particolare l'art. 48 bis del Tub, ammettono l'operatività del patto marciano solo a seguito di un inadempimento qualificato, per cui, in ogni caso, anche nelle applicazioni di diritto comune, il patto potrebbe essere legittimamente utilizzato solo prevedendo una rilevante soglia di inadempimento qualificato ⁽¹¹⁶⁾. Non sarebbe consentito quindi, secondo tale opinione, di prevedere l'operatività del patto per ogni caso di inadempimento: dalle disposizioni speciali quindi si dovrebbe dedurre l'applicazione di un criterio di rilevanza analogo a quello che informa il disposto dell'art. 1455 c.c. In ogni caso il modello legale di patto marciano, contribuendo indirettamente all'identificazione degli interessi che la disposizione divietante è diretta a tutelare, può costituire un efficace parametro di riferimento nel costruire figure atipiche di garanzia ad applicazione generalizzata, ampliando così il novero delle garanzie reali ed aprendo il nostro sistema al concetto di proprietà-garanzia, già da tempo conosciuto ed applicato in altri ordinamenti. In Francia tra l'altro si è posto l'analogo problema dell'applicabilità pattizia della



disciplina civilistica in tema di cessione in garanzia ai contratti d'impresa, disciplinati dal *Code du commerce*, con un regolamento che estende, in tale settore, l'ambito applicativo del divieto, risolto con un nuovo intervento del legislatore nel 2016 che, a fronte di una giurisprudenza fortemente contraria ad una ultrattività della normativa civilistica, ha riallineato il *Code du commerce* alla normativa di diritto comune ⁽¹¹⁷⁾. Dai modelli tipici possono senz'altro trarsi utili elementi per una più sicura applicazione generalizzata del patto marciano di diritto comune, anche oltre le ipotesi speciali positivamente regolate, considerando che, nonostante le recenti aperture giurisprudenziali, le difficoltà di una sicura definizione di un modello applicativo al riparo dal divieto, hanno fin qui indotto gran parte degli operatori a non utilizzare tale strumento di garanzia, a causa dei persistenti margini di incertezza circa la sua validità. Dall'esame dello statuto normativo positivamente introdotto si possono individuare invece alcuni parametri la cui adozione assicura la legittimità del patto marciano: non solo ovviamente la restituzione del supero e la previsione di un procedimento di valutazione del bene oggetto di garanzia che assicuri, al massimo grado, una valutazione aggiornata e svolta da soggetti indipendenti e competenti, ma anche la previsione di un procedimento attuativo che assicuri sicurezza, tempestività e proporzionalità nell'escussione della garanzia e nella restituzione del supero, riducendo al minimo anche l'eventuale pregiudizio per le altre categorie di creditori. Merita inoltre segnalare che l'assetto normativo che deriva dai pur disorganici interventi non si limita a considerare la posizione del debitore, evitandone l'approfittamento e assicurando la proporzionalità dell'operazione, ma prende in considerazione anche la posizione dei creditori concorrenti, come appare evidente nel disposto dell'art. 48 bis tub, in particolare al comma 10, ove si consente ai creditori ipotecari di concorrere all'azione sul bene oggetto del patto, con quella che potrebbe apparire, secondo alcune interpretazioni, una significativa deroga alle regole di opponibilità, in quanto la cessione condizionata del bene oggetto di garanzia dovrebbe sottrarlo nella sua interezza all'azione esecutiva degli altri creditori e non semplicemente creare titolo di preferenza sul ricavato. Qualora, rispetto ad una interpretazione più conforme ai principi, dovesse consolidarsi invece un'interpretazione eversiva nel senso anzidetto, potrebbero affacciarsi nuove problematiche anche in ordine all'ammissibilità di un patto marciano di diritto comune. Si dovrebbe cioè indagare la sua legittimità anche sotto il profilo della tutela della *par condicio creditorum*, nel senso di verificare se il sistema ritenga comunque escluso dall'ambito del divieto un patto marciano convenzionale che, pur conforme al modello che tutela il debitore da approfittamenti, non offre alcuno strumento a tutela dei creditori concorrenti, che dal patto potrebbero risultare pregiudicati per la sottrazione all'azione esecutiva di beni consistenti, anche eccedenti le ragioni del creditore assistito dal patto. Non sembra tuttavia che l'attenzione del legislatore speciale ai creditori concorrenti possa giungere a restrizioni circa l'ammissibilità di un marciano di diritto comune, in primo luogo per l'argomento che una lettura dell'art. 2744 c.c. quale norma preposta alla tutela delle altre ragioni creditorie, sebbene conti più di un sostenitore, mai si è mostrata davvero



persuasiva ⁽¹¹⁸⁾. La legislazione speciale, per la natura specialistica e professionale del creditore, offre un modello articolato e complesso che cerca di realizzare il massimo contemperamento degli interessi coinvolti, ma questo non deve indurre a eccessive ed ingiustificate restrizioni dell'autonomia privata nell'ambito del diritto comune, anche considerando che l'ordinamento offre comunque un assetto rimediabile costituito dall'azione revocatoria, per quanto attiene alla specifica tutela dei creditori, e dal più generale controllo funzionale mediante il filtro dell'abuso e della frode. In ogni caso i creditori concorrenti, pur privati dell'azione esecutiva sul bene oggetto del patto marciano proprio, strutturato quindi come cessione condizionata, se non nei limiti della controversa esecuzione di diritti condizionati, potranno agire esecutivamente sul credito costituito dal supero, che il creditore assistito dal patto dovrà restituire in caso operatività della garanzia a seguito dell'inadempimento. L'analisi della concreta fattispecie consentirà di individuare gli strumenti idonei alla tutela dei creditori concorrenti senza che da tale astratta considerazione possano trarsi conseguenze repressive di una utilizzazione generalizzata del patto marciano, anche oltre i rapporti bancari disciplinati dal recente intervento normativo ⁽¹¹⁹⁾.

Raffaele Lenzi e Marco Tatarano

-
- 1) Non manca tuttavia la dottrina critica della cd. "economia del debito"; di recente M. Lazzarato, *La fabbrica dell'uomo indebitato. Saggio sulla condizione neoliberalista*, Roma, 2012. Tuttavia se il problema può porsi in termini sociologici e macroeconomici, nell'attualità l'introduzione di tali nuovi strumenti mira ad intercettare dei bisogni effettivi.
 - 2) Per alcune prime considerazioni C. Caccavale, *Contratto e successioni, Il prestito vitalizio ipotecario*, in Trattato del contratto a cura di Roppo, VI, Interferenze, Milano, 2006, 525 ss.
 - 3) In questo senso F. Chessa, *Il prestito vitalizio ipotecario*, in Immobili & Proprietà, n. 5/2006, 305 ss.;
 - 4) Nel Regno Unito, per favorire lo sviluppo degli *equity releases* (l'omologo inglese del nostro "prestito vitalizio ipotecario") nel 1991 viene adottato il *Safe Home Income Plans* (SHIP), un codice di condotta per gli operatori del settore, poi affiancato da ulteriori istituti regolatori e nel 2008 viene costituita una associazione tra gli intermediari finanziari specializzati, al fine di migliorare il livello di comprensione del prodotto. Significativamente lo SHIP prevedeva, tra l'altro, la *No Negative Equity Guarantee*, una clausola che limita la responsabilità degli eredi del soggetto finanziato al valore dell'immobile ipotecato e che, riducendo il rischio, ha grandemente favorito la diffusione del prodotto; G. Hosty, *Pricing, risk and potential in the equity release market*, CML Housing Finance, 2005
 - 5) E. Bacciardi, *La tutela civile degli anziani alla luce dell'art. 25 della Carta di Nizza*, in Nuova Giur. Civ. comm., 2015, 302 ss.; già L. Mengoni, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in Riv. Trim. dir. e proc. Civ., 1982, 1127
 - 6) P. Buzzonetti – C. Pacella, *Il prestito vitalizio: funzionamento e caratteristiche del "mutuo al contrario" per over 65*, Milano, 2010, 18 ss.
 - 7) Cfr. A.D. Eschtruth e L. C. Tran, *A Primer on Reverse Mortgages*, Boston College, Center for Retirement Research, 2004
 - 8) La riforma risale al 2008 con l'introduzione dei nuovi artt. L314-1 - L314-20 del code de la consommation
 - 9) In questo senso il nuovo art. L314-8; sulla disciplina francese F. Ogg, *Le pret viager hypothecaire*, in Retraite et société, 2012, 169 ss.



- 10) F. Fiorentini, *La riforma francese delle garanzie reali*, in *Notariato*, 4, 2006, 501
- 11) T. Rumi, *La nuova disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *I Contratti* 10/2015, 937 ss.
- 12) S. Cherti, *Prime note sulle modifiche alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *Corriere giuridico*, 2015, 1099 ss.
- 13) A. Agabiti, *Ordine pubblico di protezione e mercato del credito. L'evoluzione del credito al consumo*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2010, 619, ove evidenzia che generalmente nell'erogazione del credito, anche al consumo, vi è una discriminazione nei confronti delle persone anziane, mediante la previsione di limiti massimi di età.
- 14) Il problema dell'anziano house rich and cash poor è fortemente avvertito e nella pratica vengono adottati vari strumenti per fronteggiare il problema; cfr. J. Long, *La contrattualizzazione dell'assistenza vitalizia agli anziani: dalla rendita vitalizia al contratto di mantenimento*, in *Nuova giuris. civ. comm.*, 2010, II, 603
- 15) G. O. Mannella-G. Platania, *Il prestito vitalizio ipotecario*, Milano, 2015, 25 ss.
- 16) A. Chianale, *L'inutilità dell'ipoteca nel "prestito vecchietti"*, in *Notariato*, 2016, 358 ss.
- 17) Configurazione apparentemente analoga si ha anche nell'equivalente francese, dove però, con sostanziale differenza, al creditore non è attribuito il potere di vendere il bene ma soltanto la scelta tra l'ordinaria esecuzione forzata ipotecaria e l'assegnazione dell'immobile in pagamento, sia mediante sentenza sia mediante un patto marciano traslativo eventualmente stipulato al momento del mutuo.
- 18) A. Chianale, *L'inutilità cit.*, 359
- 19) La centralità dell'ipoteca è invece enfatizzata da Mannella - Platania, *op. cit.*, 118 ss.
- 20) per il diritto inglese v. il Law of Property Act, 1925, sects. 101-107
- 21) Nel senso del testo sembra anche A. Iuliani, *Il prestito vitalizio ipotecario nel nuovo "sistema" delle garanzie reali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 728 ss.
- 22) Mannella-Platania, *op. cit.*, p. 140 ss.
- 23) In dottrina si tende a preferire una ricostruzione in termini di decadenza dal beneficio del termine, in quanto determinata da "circostanze estranee al rapporto obbligatorio e legate al sopravvenire di fatti esterni che incidono sulla situazione patrimoniale complessiva del debitore"; così A. Iuliani, *op. cit.*, p. 729. La risoluzione invece si fonda sull'inadempimento di una obbligazione contrattuale idonea a giustificare lo scioglimento del rapporto.
- 24) Così Mannella-Platania, *op. cit.*, p. 146 ss.
- 25) Si tratta dell'acuta ricostruzione svolta da A. Chianale, *op. cit.*, p. 358 ss.
- 26) G. Petrelli, *Rassegna delle recenti novità normative di interesse notarile, Primo semestre 2015*, p. 63 ss., ritiene che il creditore sia facoltizzato ad adottare l'una o l'altra forma di tutela esecutiva.
- 27) Dopo quelle, note, dell'art. 2645 bis c.c. per la trascrizione del contratto preliminare, dell'art. 2645 ter c.c. per la trascrizione del vincolo di destinazione e dell'art. 2645 quater c.c. per la trascrizione dei vincoli verso la Pubblica Amministrazione.
- 28) Vi sono certamente delle differenze rispetto alla disciplina generale dell'ipoteca; basti pensare alla necessaria disapplicazione dell'art. 2855, comma 2, c.c., che limita la prelazione ipotecaria a due annate di interessi, mentre nel pvi l'ipoteca deve coprire tutte le annualità degli interessi, capitalizzati dal finanziatore, che, nell'ipotesi più radicale, vanno pagati in unica soluzione al momento del rimborso; così Mannella e Platania, *op. cit.*, 122 s. Per A. Chianale, *L'inutilità cit.*, p. 359, l'intero credito è protetto dalla prelazione ipotecaria indipendentemente dall'ammontare dell'ipoteca, in virtù della specialità della normativa.
- 29) Anche se non può non rilevarsi che laddove si è cercato di prevedere un marciano opponibile, come nel caso dell'art. 48 bis, le avvertite esigenze di tutela dei creditori terzi hanno condotto ad una disciplina farraginosa e densa di perplessità interpretative, in particolare con l'introduzione del comma 10
- 30) In questo senso anche Mannella - Platania, *op. cit.*, 178 s.
- 31) Certo non si può mancare di notare che in tal modo, salva l'applicazione di rimedi quali l'abuso o addirittura la frode, il finanziato potrebbe optare per il prestito vitalizio ipotecario al solo scopo di acquisire definitivamente la limitazione di responsabilità e, successivamente alla sua conclusione, far venire scientemente meno alcuni dei presupposti che ne giustificano la persistenza, quali il trasferimento a terzi del bene o la sua locazione a



terzi estranei che vi prendano la residenza o l'esecuzione di opere sullo stesso che ne diminuiscano il valore o ne riducano la commerciabilità; ma in tali casi comunque il rapporto obbligatorio esaurirebbe la sua fase fisiologica e il creditore potrebbe comunque agire per ottenere l'immediata restituzione di quanto gli compete.

- 32)** Si tratta di uno strumento più flessibile rispetto ad altre situazioni riscontrabili nella prassi, come la vendita con riserva di usufrutto o il vitalizio assistenziale, e di maggior tutela per il mutuatario e la sua famiglia.
- 33)** Si sostiene che il problema della gestione del supero verso gli aventi causa, in presenza di situazioni complesse e plurali, dà supporto alla tesi per cui con il pvi non si sono alterati i normali meccanismi operativi dell'ipoteca da un lato e dell'attribuzione di potere rappresentativo a disporre dall'altro, che concorrono a definire l'assetto di garanzia del credito senza tuttavia pervenire all'introduzione di un nuovo tipo di garanzia reale; Mannella-Platania, *cit.*, 64 ss.
- 34)** T. Rumi, *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni "marciante" a garanzia del credito immobiliare*, in *I nuovi marcianti*, a cura di G. D'Amico, S. Pagliantini, F. Piraino, T. Rumi, Torino, 2017, 109, rileva che occorre "discostarsi dall'idea che lo Stato abbia il monopolio della funzione esecutiva", ma il suo abbandono deve avvenire nei casi e nei modi previsti dalla legge.
- 35)** sul punto vedi Cass. 26.10.2002, n. 15141; Cass., 10.9.2009, n. 19501, in *De Jure*
- 36)** si pensi al comma 8 dell'art. 48 bis che prevede la necessità di un apposito conto corrente bancario ove depositare le somme, senza spese per l'avente diritto.
- 37)** Anche considerando l'accelerazione che l'esecuzione giudiziale ha subito con le recenti riforme; cfr. A. Tedoldi, *Le novità in materia di esecuzione forzata nel d.l. n. 83/2015... nell'attesa della prossima puntata...*, in *Corr. Giur.* n. 2/2016, 173 ss.; P. Farina, *L'ennesima espropriazione immobiliare "efficiente" (ovvero accelerata, conveniente, rateizzata e cameralizzata)*, in *Riv. Dir. proc.*, n.1/2016, 136 ss.
- 38)** La soluzione quindi preferibile secondo criteri di interpretazione logica e teleologica e, seppur con i limiti della trasfusione all'interpretazione dei documenti normativi di regole dettate per l'interpretazione del contratto, anche secondo criteri di interpretazione funzionale; cfr. R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, 65 ss.
- 39)** Acronimo di *Mortgage Credit Directive*.
- 40)** Quali definiti all'art. 3, lett. a), Direttiva 2008/48/CE (v. art. 4, n. 1, della direttiva del 2013, il cui Considerando n. 10 precisa che tale «direttiva dovrebbe applicarsi a prescindere dal fatto che il creditore o l'intermediario del credito sia una persona giuridica o una persona fisica», senza tuttavia «pregiudicare il diritto degli Stati membri di limitare, conformemente al diritto dell'Unione, il ruolo del creditore o dell'intermediario del credito ai sensi della direttiva stessa alle sole persone giuridiche o a talune tipologie di persone giuridiche»). Sul punto v. tuttavia l'art. 120 *quinquies*, comma 1, lettera b), t.u. l. banc., che, ai fini della normativa di cui si discute, definisce «"consumatore" [...] una persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta».
- 41)** Ma v. il Considerando n. 13, ai sensi del quale «la [...] direttiva non osta a che gli Stati membri estendano le misure adottate in conformità della stessa per proteggere i consumatori con riguardo a contratti di credito relativi ad altre forme di beni immobili, o disciplinino altrimenti tali contratti di credito». A tale specifico riguardo v. l'art. 120 *quinquies*, comma 1, lettera c), t.u. l. banc., che, ai fini della normativa di cui si discute, definisce «"contratto di credito" [...] un contratto di credito con cui un finanziatore concede o si impegna a concedere a un consumatore un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra facilitazione finanziaria, quando il credito è garantito da un'ipoteca sul diritto di proprietà o su altro diritto reale avente a oggetto beni immobili residenziali o è finalizzato all'acquisto o alla conservazione del diritto di proprietà su un terreno o su un immobile edificato o progettato». Dalla norma non emerge chiaramente se la disciplina di cui si discute debba ritenersi applicabile pure al prestito vitalizio ipotecario (di cui all'art. 11 *quaterdecies*, comma 12 *quater*, d.l. 30 settembre 2005, n. 203, convertito in legge dalla l. 2 dicembre 2005, n. 248), anche se depone in senso contrario il Considerando n. 16 della MCD, ai sensi del quale «la presente direttiva non dovrebbe applicarsi» a «prodotti basati su prestito vitalizio ipotecario (*equity release*) o» ad «altri prodotti specializzati equivalenti».
- 42)** Cfr., sul punto, M. LEO, C. LOMONACO, L. PICCOLO e F. TRESCA, *I nuovi obblighi informativi per i contratti di credito*, in *Segnalazioni novità normative del 4 novembre 2016*, in *webrun.notariato.it*.



- 43)** E cioè «un soggetto che, essendo abilitato a erogare finanziamenti a titolo professionale nel territorio della Repubblica, offre o stipula contratti di credito».
- 44)** V., *retro*, nota 38.
- 45)** Per una sintetica casistica delle ipotesi pertanto escluse dall'ambito applicativo della normativa in commento v. A. BULGARELLI, *La fase patologica dei contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali, trasferimento dell'immobile ed esdebitazione. Note a margine del D. lgs. 72/2016 di attuazione della Direttiva 17/2014/EU, 2016*, in www.dirittobancario.it, p. 1 ed *ivi* nota 1.
- 46)** Norma dettata in tema di mutuo fondiario, la quale, com'è noto, consente alla banca di invocare «come causa di risoluzione del contratto il ritardato pagamento quando lo stesso si sia verificato almeno sette volte, anche non consecutive», *ivi* precisandosi che «costituisce ritardato pagamento quello effettuato tra il trentesimo e il centoottantesimo giorno dalla scadenza della rata».
- 47)** La norma, nel riferirsi agli «oneri, derivanti dall'inadempimento», sembra alludere ad eventuali voci di spesa aggiuntive richieste indebitamente dall'istituto finanziatore, senza così precludere l'ordinaria applicazione degli interessi moratori (*contra* F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori*, in AA.VV., *I nuovi marciatori*, Torino, 2017, p. 186 s., secondo il quale tale norma implicherebbe che «il mancato rispetto del termine di pagamento della rata, in quanto ritardo, fa scattare gli interessi moratori ma calcolati al tasso previsto per gli interessi corrispettivi»).
- 48)** A tale riguardo deve essere preliminarmente chiarito che, da una parte, ai sensi dell'art. 3, comma 1, d. lg. 21 aprile 2016, n. 72, la clausola di cui all'art. 120 *quinquiesdecies*, comma 3, t.u. l. banc., «non può essere inserita nei contratti aventi a oggetto la rinegoziazione di un contratto di credito» (come definito dall'art. 120 *quinquies*, comma 1, lettera c, t.u. l. banc.), concluso anteriormente alla data di entrata in vigore del medesimo decreto, dall'altra, i commi 3 e 4 dell'art. 120 *quinquiesdecies*, t.u. l. banc., «si applicano decorsi 60 giorni dall'entrata in vigore delle disposizioni di attuazione previste dal comma 5 del medesimo articolo, da adottarsi entro 180 giorni dall'entrata in vigore del [...] decreto» da ultimo citato.
- 49)** Alla stessa ratio di tutela pare ispirata pure l'espressa inapplicabilità della clausola in commento in ipotesi di surrogazione nel contratto di credito ex art. 120 *quater*, t.u. l. banc., poiché, anche in questo caso, la medesima avrebbe potuto agevolmente essere imposta dalla banca interessata a concedere il finanziamento con surrogazione quale condizione per attivare il relativo procedimento di c.d. «portabilità» (condizionamento vietato pure nell'ipotesi ammessa di stipulazione contestuale al finanziamento originario: cfr. l'art. 120 *quinquiesdecies*, comma 4, lettera a, t.u. l. banc.). Sul punto cfr. A. BULGARELLI, *o.u.c.*, p. 2.
- 50)** Chiaramente, se l'ammortamento del finanziamento fosse diverso da quello mensile, perché possa configurarsi inadempimento rilevante ai fini che qui interessano, occorrerebbe il mancato pagamento di un numero di rate corrispondente al medesimo periodo di tempo legislativamente considerato (ad es., in ipotesi di piano di rimborso a rate trimestrali, occorrerebbe il mancato pagamento di sei rate).
- 51)** Così, correttamente, A. BULGARELLI, *o.l.u.c.*
- 52)** Emerge pure l'esigenza di evitare che il debitore debba abbandonare troppo rapidamente i propri beni (oggetto di garanzia), nella consapevolezza che, una volta iniziata la fase dell'autotutela, essa si esaurirà in un tempo presumibilmente molto più breve rispetto ad un ordinario procedimento esecutivo immobiliare (E. BRODI, *Il sistema delle garanzie in Italia: una lettura economica delle disposizioni in materia di privilegio, pegno e ipoteca*, 2016, in www.bancaditalia.it, p. 35 s., che sottolinea come la tutela indifferenziata della classe debitrice finisca per favorire pure debitori in concreto non bisognosi di protezione).
- 53)** Principio operante sia in senso verticale, e cioè tra pubblica amministrazione e privati (cfr. A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, *passim*), sia in senso orizzontale, e cioè nei rapporti tra privati, ove funge da parametro di regolazione dell'accordo privato, essendovi riferimenti a detto principio nella stessa Carta costituzionale (si pensi agli artt. 36 e 53 cost.: sul punto v., per tutti, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, p. 384, ed *ivi* ulteriori riferimenti), così come nel codice civile (cfr. artt. 1384, 1455, 1525, 1941 e 2873) e nella normativa speciale, *ivi* inclusa quella relativa ai contratti bancari (cfr. art. 39, comma 5, t.u. l. banc. Sul problema della necessaria proporzionalità delle garanzie prestate rispetto al credito garantito v., per tutti, P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 2, p. 345), in una logica di



attuazione del più generale principio di uguaglianza di cui all'art. 3 cost. (Corte cost., 15 aprile 1993, n. 163, in *Giur. cost.*, 1993, p. 1189; Corte cost., 23 novembre 1993, n. 409, *ivi*, p. 3398 ss.; Corte cost., 25 novembre 1993, n. 417, *ivi*, p. 3447 ss.), di cui sono proiezione pure i (contigui ma distinti) principi di ragionevolezza ed adeguatezza (sul collegamento tra i suddetti principi v., per tutti, P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo*, cit., p. 340 ss.).

- 54)** Sulla operatività automatica della condizione a séguito dell'avveramento dell'evento in essa dedotto v., per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, 2ª ed., Milano, 2015, p. 557 ss.
- 55)** Pare militare in questa direzione pure l'art. 120 *quinquiesdecies*, comma 6, t.u. l. banc., che detta una disciplina specifica per l'ipotesi in cui il finanziatore faccia ricorso all'ordinario procedimento di espropriazione immobiliare (così quindi parendo implicitamente ammettere che la relativa scelta sia rimessa all'autonomia della banca), con riferimento ai casi «diversi da quelli di cui al comma 3» (il che potrebbe tuttavia, in senso contrario, essere formalisticamente letto nel senso di escludere il ricorso all'espropriazione immobiliare in ipotesi di previsione contrattuale della clausola di cui, appunto, al comma 3 della norma in commento).
- 56)** Sulla natura giuridica della condizione unilaterale v. G. TATARANO, *La condizione*, in G. TATARANO e C. ROMANO, *Condizione e modus*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2009, p. 163 ss.
- 57)** Così A. BULGARELLI, o.u.c., p. 1 s., che parla di «clausola risolutiva espressa» implicitamente contenuta nel contratto di finanziamento cui acceda la clausola *ex art. 120 quinquiesdecies*, comma 3, t.u. l. banc.
- 58)** Al di fuori dell'ipotesi considerata dalla norma in commento, esistono comunque casi in cui il diritto della banca di pretendere immediatamente l'integrale restituzione del debito residuo prescinde del tutto dalla preventiva risoluzione del contratto: si pensi alla decadenza dal beneficio del termine di cui all'art. 1186 c.c., applicabile solo al ricorrere degli indici presuntivi del futuro inadempimento previsti dalla norma. Nella fattispecie normativa in commento nel corpo del testo, invece, l'inadempimento deve già essersi configurato (nei termini *ivi* precisati) affinché possa attivarsi l'autotutela di cui al comma 3 dell'art. 120 *quinquiesdecies*, t.u. l. banc.
- 59)** Nello stesso senso G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, in AA.Vv., *I nuovi marciari*, cit., p. 11 ed *ivi* nota 22, sia pure con riferimento all'art. 48 *bis*, t.u. l. banc.
- 60)** In tema v. però le riflessioni di A. LUPOI, *Le direttive non vanno prese alla lettera (breve nota alla Direttiva 17/2014)*, 2016, in *dirittobancario.it.*, secondo il quale, sul punto, «il Decreto ha letteralmente riportato, senza ulteriormente specificare, alcune parole chiave dell'art. 28 della Direttiva (come “restituzione” del bene immobile, che non so quale applicazione possa avere nel nostro ordinamento) senza approfittare dello spazio necessariamente lasciato dal legislatore europeo». Sul punto v. pure S. PAGLIANTINI, *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della dir. 2014/17/UE*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 1, p. 195, che intravede delle ambiguità «più nella (lasca) traduzione italiana che in quella inglese – *return or transfer to the creditor of the security or proceeds from the sale of the security is sufficient to repay the credit*».
- 61)** Ove peraltro è già prevista un'ulteriore ipotesi di patto marciano, anche se lì il bene oggetto di garanzia è di proprietà del creditore e non dell'utilizzatore (cfr. art. 1, comma 78, l. 28 dicembre 2015 n. 208).
- 62)** Così S. BONFATTI, *Dal leasing abitativo giovanile la riforma della disciplina della locazione finanziaria*, 2016, in *dirittobancario.it.*
- 63)** In giurisprudenza cfr. Cass. Sez. un., 3 aprile 1989, n. 1611, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, c. 104, che ha superato i precedenti orientamenti restrittivi di Cass., 14 dicembre 1978, n. 5967, in *Mass. Giur. it.*, 1978; Cass., 26 gennaio 1980, n. 642, in *Mass. Giur. it.*, 1980. Sulla riconsiderazione del fenomeno alla luce della teoria della causa concreta (G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 355 ss.), v., *ex multis*, Cass., 9 marzo 2011, n. 5583, in *Giur. it.*, 2012, 3, c. 575, con nota di G. RISPOLI, *Lease back: chiaroscuri applicativi fra funzione di finanziamento e garanzia*; Cass., 22 marzo 2007, n. 6969, in *Mass. Giur. it.*, 2007; Cass., 7 maggio 1998, n. 4612, in *Mass. Giur. it.*, 1998. Per un'analisi in concreto degli indici rivelatori di un patto commissorio all'interno di una compravendita con patto di riscatto v. S. SIDERI, *Indici identificativi della “vendita con patto di riscatto”*, *Studio n. 668-2009/C*, in *webrun.notariato.it.* È ormai da tempo opinione consolidata in dottrina (v., in luogo di tanti, N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, Napoli, 2000; A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999; D. VALENTINO, *La circolazione dei beni in funzione di garanzia*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, II, Milano, 2008, p. 3009) ed in giurisprudenza (di



legittimità: Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Fallimento*, 2015, 7, p. 791; Cass., 9 maggio 2013, n. 10986, in *Vita not.*, 2013, 2, p. 719; Cass., 27 novembre 1951, n. 2696, in *Foro it.*, 1952, I, c. 11; e di merito: App. Roma, 26 gennaio 2006, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*; Trib. Monza, 24 maggio 1988, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1271) quella che ritiene inapplicabile il divieto dell'art. 2744 c.c. al patto marciano, e ciò in quanto esso, assicurando al debitore la restituzione dell'eccedenza di valore del bene trasferito in garanzia rispetto all'importo del debito residuo, varrebbe a paralizzare *ex ante* ogni possibile locupletazione del creditore a danno del debitore stesso. D'altronde, già nel codice civile sono presenti ipotesi di realizzazione coattiva del credito che risultano ammesse solo in quanto sono ivi previsti dei sistemi volti ad evitare che il creditore consegua più di quanto gli è dovuto: cfr. artt. 1851, 1982, 2798 e 2803, c.c. All'obiezione, poi, che il patto commissorio è vietato dalla norma codicistica da ultimo citata indipendentemente da ogni sua possibile fattuale convenienza dal debitore, si replica che «la differenza tra patto commissorio non svantaggioso per il debitore – illecito – e patto marciano – 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» (R. DE NICTOLIS, *Divieto del patto commissorio, alienazioni in garanzia e lease-back*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, 5, p. 540). È chiaro che una siffatta soluzione presuppone l'individuazione del fondamento del divieto del patto commissorio, alternativamente, nella necessaria proporzionalità delle garanzie rispetto al diritto di credito garantito (L. LORDI, *Del pegno*, in *Comm. c.c. d'Amelio e Finzi*, Firenze, 1943, p. 649; ne ravvisa un'applicazione del principio di solidarietà N. CIPRIANI, *Patto commissorio*, cit., p. 157; sul punto v. pure S. NARDI, *Appunti in tema di patto commissorio e violazione del principio di solidarietà*, in *Giust. civ.*, 2005, 9, p. 329), oppure nella «dannosità sociale del patto in quanto suscettibile di diffondersi in tutte le dazioni di beni in garanzia con indebito approfittamento a carico del debitore» (così C.M. BIANCA, *Diritto civile, VII, Le garanzie reali. La prescrizione*, Milano, 2012, p. 283, di cui si riporta il corsivo presente nel testo citato; in senso analogo v. pure V. ROPPO, *Il divieto del patto commissorio*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, 19, I, 2^a ed., Torino, 1997, p. 560), rischi che verrebbero entrambi eliminati *in nuce* dal patto marciano, che «impone in definitiva al debitore una perdita patrimoniale proporzionata al debito garantito» (C.M. BIANCA, *o.u.c.*, p. 288). Diversamente, più difficilmente appare conciliabile il divieto *de quo* con l'affermata ammissibilità del patto marciano qualora si ravvisi il fondamento del divieto ex art. 2744 c.c. nell'inderogabilità della procedura esecutiva, riservata all'autorità giudiziaria, mediante forme convenzionali di autotutela (E. BETTI, *Sugli oneri e sui limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazioni di obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, p. 689) o nella tutela della *par condicio creditorum*, che verrebbe comunque compromessa dal patto di cui si discute, in quanto, per effetto della sua attuazione, il bene che ne forma oggetto verrebbe sottratto alla pretesa soddisfattiva dei creditori non aderenti al patto (F. CARNELUTTI, *Note sul patto commissorio*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, II, p. 888 ss.; ID., *Mutuo pignoratorio e vendita con clausola di riscatto*, in *Riv. trim.*, 1946, II, p. 156). Ad ogni modo va osservato che, se è vero che il patto marciano impedisce al creditore di appropriarsi indebitamente di un *surplus* di ricchezza rispetto a quanto gli spetta legittimamente, deve anche essere vero che esso consente implicitamente di tutelare pure gli altri creditori, i quali ben potranno soddisfarsi su tale *surplus* una volta che lo stesso sia stato restituito al debitore. Sul punto v. pure F. MASTROPAOLO, *Divieto legale e nullità di patti per ragioni di garanzia*, in *Tratt. contr.* Gabrielli e Rescigno, 5, II, p. 1799 ss., secondo il quale, se è vero che «tutti i patti commissori [...] vanificherebbero ogni controllo giudiziario dell'esecuzione» ed «il *par concursus* di altri creditori» (p. 1802 s.), è tuttavia pur vero che «il patto marciano» dovrebbe comunque «essere ritenuto legittimo perché non consente una totale trasmissione di beni, ma solo una trasmissione proporzionata, [...] e la cui valutazione non sfugge al controllo giudiziale, anche se effettuata mediante intervento arbitrale» (stante il sistema delle impugnative dell'arbitraggio di cui all'art. 1349 c.c.). In giurisprudenza la validità del patto marciano viene affermata nel presupposto 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» (Cass., 9 maggio 2013, n. 10986, cit.); nello stesso senso v., da ultimo, Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625, cit., secondo la quale «fondamento dell'effetto salvifico» del patto marciano «è, da un lato, l'idoneità della clausola a ristabilire l'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni del contratto [...] (requisito svalutato da chi reputa che l'art. 2744 c.c. non esiga alcuna sproporzione dei valori, ma dovendosi invece ribadire che l'ordinamento presume detta sproporzione nel meccanismo vietato), e, dall'altro lato, la sua



capacità di scongiurare che l'attuazione coattiva del credito avvenga senza alcun controllo dei valori patrimoniali in gioco».

- 64) Così pure, da ultimo, G. D'AMICO, *o.u.c.*, p. 31 ed *ivi* nota 69. Al di fuori dell'ipotesi considerata dalla norma in commento o, più in generale, in assenza di patto marciano (cfr. Cass., 18 marzo 2015, n. 5440, in *Ced. Cass.*), pure la procura a vendere conferita dal mutuatario al mutuante potrebbe in concreto violare il divieto di cui all'art. 2744 c.c.: Cass., 8 luglio 2014, n. 15486, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1, p. 10062, con nota di G. Buset, *Anche una procura a vendere può violare il divieto del patto commissorio?*; Cass., 10 marzo 2011, n. 5740, in *Foro it.*, 2012, IV, 1, c. 1172; Cass., 5 marzo 2010, n. 5426, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*; Cass., 1 giugno 1993, n. 6112, in *Riv. dir. comm.*, 1994, II, p. 135.
- 65) In questa direzione v., per tutti, L. CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947, p. 87 s.; più di recente v. A. LUMINOSO, *Il mandato e la commissione*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, VIII, Torino, 2007, p. 475 (*contra* R. CALVO, *La proprietà del mandatario*, Padova, 1996, p. 189 ss., il quale ipotizza che dal conferimento del mandato ad alienare senza rappresentanza non derivi nei rapporti interni alcun effetto reale, bensì derivi il conferimento al mandatario della legittimazione a disporre del bene, che resta di titolarità del mandante, in base ad un modello autorizzatorio che ricalca quello previsto dal § 185 BGB); in giurisprudenza, *ex multis*, Cass., 5 maggio 2004, n. 8512, in *Gius*, 2004, p. 3600. *Contra*, tuttavia, Cass., 27 maggio 2003, n. 8393, in *Contratti*, 2004, 1, p. 70, la quale, nel presupposto che «non esiste un aggancio testuale sul quale fondare l'idea che il mandato è capace di spiegare effetti traslativi e che la «causa mandati» non è idonea a giustificare un trasferimento di diritti tra mandante e mandatario», conclude per l'inammissibilità del «mandato senza rappresentanza ad alienare, in modo particolare per quanto concerne i beni immobili ed i beni mobili registrati». La sentenza è stata di recente criticata da R. CALVO, *La proprietà del mandatario*, in *Tratt. contr.* Rescigno e Gabrielli, XIX, Torino, 2016, p. 79 s.
- 66) Ossia «il patto che conferisce al creditore il diritto di soddisfarsi su un determinato bene del debitore o di un terzo secondo giusta stima successiva alla scadenza del debito» (così, letteralmente, C.M. BIANCA, *o.u.c.*, p. 287, di cui si riporta il corsivo presente nel testo citato).
- 67) In tal caso, ai sensi dell'art. 120 *quinquiesdecies*, comma 4, lettera d), t.u. l. banc., si applica l'art. 120 *duodecies*, t.u. l. banc., il quale, da una parte, impone ai soggetti finanziatori di assicurare che i terzi cui viene affidata la valutazione degli immobili oggetto di garanzia adottino standard affidabili, dall'altra prescrive per i periti dei requisiti di professionalità ed indipendenza, deferendo ad ogni modo alla Banca d'Italia l'emanazione delle relative disposizioni di attuazione, anche tenendo conto della banca dati dell'Osservatorio del mercato immobiliare dell'Agenzia delle entrate (in relazione al quale v. art. 120 *septiesdecies*, t.u. l. banc.). A tale specifico riguardo si ricorda che le disposizioni relative alla valutazione dei beni immobili, contenute nel § 2.2, allegato A, capitolo 3, Titolo IV, parte prima, della Circolare della Banca d'Italia n. 285 del 17 dicembre 2013, come aggiornata in data 27 settembre 2016 (aggiornamento n. 17), nonché nel § 2.5, Titolo III, capitolo 1, sez. VII, della Circolare della Banca d'Italia n. 288 del 3 aprile 2015 (aggiornamento n. 2), si applicano a partire dal 1° novembre 2016, mentre le valutazioni degli immobili effettuate prima di tale data saranno aggiornate, in base ai criteri ed agli standard previsti nelle citate disposizioni, in occasione della prima verifica del loro valore.
- 68) Per quanto sia tenuta *ex art. 120 quinquiesdecies*, comma 3, t.u. l. banc. ad adoperarsi «con ogni diligenza per conseguire dalla vendita il miglior prezzo di realizzo».
- 69) C.M. BIANCA, *o.u.c.*, p. 288.
- 70) Soluzione ritenuta ad ogni modo lecita dalla più recente giurisprudenza di legittimità: cfr. Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625, cit., secondo la quale «non è [...] necessario che la clausola marciana subordini [...] alla condizione del pagamento della differenza l'acquisizione del bene da parte del creditore: invero, così come per il divieto *ex art. 2744 c.c.*, anche la clausola marciana può essere in concreto articolata non solo nel senso di ancorare all'inadempimento il trasferimento della proprietà del bene, ma pure il consolidamento dell'effetto traslativo già realizzato, che si verificherà solo ove sia corrisposta l'eventuale differenza».
- 71) Sul punto v., per tutti, R. LENZI, *La cessione in garanzia*, *Studio n. 341-2009/C*, in *webrun.notariato.it*.
- 72) Con riferimento agli obblighi informativi del soggetto finanziatore v. pure l'art. 5, comma 5, d.m. 29 settembre 2016, che impone al finanziatore di fornire al consumatore «informazioni sul contenuto specifico della



clausola» ex art. 120 quinquiesdecies, comma 3, t.u. l. banc., «sulle caratteristiche dell'inadempimento di cui al comma 4, lettera c), del medesimo art. 120 *quinquiesdecies* e sui possibili effetti per il consumatore».

- 73)** Sull'opportunità di un ulteriore intervento normativo volto a coordinare la disciplina in commento con quella della procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento di cui agli artt. 6 ss., l. 27 gennaio 2012, n. 3, ove è contemplata un'ipotesi di (vera e propria, in quanto di natura concorsuale) esdebitazione, ricorrendo i presupposti di cui all'art. 14 *terdecies*, l. ult. cit., v. A. LUPOI, *o.l.u.c.*
- 74)** Così, testualmente, S. PAGLIANTINI, *I misteri del patto commissorio*, cit., p. 197, che correttamente osserva come tale circostanza ponga una delicata questione di «giustizia esterna, cioè [di] *par condicio creditorum*», poiché «il discorso su di un mancato approfittamento, assicurato dalla regola della proporzionalità, tiene fin quando il mutuante sia il solo creditore, molto meno allorché i creditori siano più d'uno e l'immobile attribuito rappresenti il solo cespite o comunque quello più capiente sul quale potersi soddisfare».
- 75)** Com'è stato felicemente osservato, «si tratta» insomma «di un modello ibrido: che a scelta delle parti può trasformarsi in "*recourse*"», e quindi consentire alla banca di avviare il procedimento esecutivo ordinario pretendendo l'eventuale pagamento del residuo o «"*non-recourse*"», che, a fronte della speciale autotutela concessa alla banca, consente al cliente di estinguere il debito trasferendo la proprietà del *collateral*, e cioè del bene oggetto di garanzia (E. BRODI, *o.u.c.*, p. 15 ed *ivi* nota 36).
- 76)** Anche non commerciale: così S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella l.n. 119/2016: il c.d. patto marciano*, in *ilcaso.it*, 2016, p. 2.
- 77)** Il che, com'è stato correttamente osservato, rende il relativo contratto di finanziamento incredibile a soggetti diversi da quelli contemplati dalla norma (così S. AMBROSINI, *o.l.u.c.*, che non esclude però del tutto la cessione a costoro del credito garantito).
- 78)** Contemporaneamente alla stipula del contratto di finanziamento «o, anche per i contratti in corso alla data di entrata in vigore» della normativa di cui si discute, «per atto notarile, in sede di successiva modificazione delle condizioni contrattuali» (comma 4). Per «data di entrata in vigore» sembra doversi intendere quella del decreto legge, e ciò in quanto il testo del d.l., prima della legge di conversione, già prevedeva testualmente che «il patto di cui al comma 1 può essere stipulato al momento della conclusione del contratto di finanziamento o, anche per i contratti in corso al momento dell'entrata in vigore del presente decreto, per atto notarile, in sede di successiva modificazione delle condizioni contrattuali», sicché non pare trattarsi di disposizione per la prima volta introdotta con la legge di conversione. In particolare, se pure il testo modificato dalla legge di conversione si riferisce oggigiorno alla «data di entrata in vigore della presente disposizione», appare evidente come tale norma non possa considerarsi innovativa *in parte qua* e non possa pertanto ritenersi rientrare tra quelle «modifiche eventualmente apportate al decreto-legge in sede di conversione» che, ai sensi dell'art. 15, comma 5, l. 23 agosto 1988, n. 400, «hanno efficacia dal giorno successivo a quello della pubblicazione della legge di conversione, salvo che quest'ultima non disponga diversamente».
- 79)** La norma, nel prevedere l'indicazione *ab initio* del soggetto beneficiario del trasferimento (sotto condizione sospensiva dell'inadempimento), sembrerebbe sul piano letterale precludere la possibilità di ipotizzare la previsione contrattuale del trasferimento a favore di un soggetto diverso inizialmente non determinato, come avviene nella fattispecie di cui al comb. disp. artt. 588 e 590 *bis*, c.p.c., non essendo quivi previsto un meccanismo analogo a quello *ivi* contemplato. Allo stesso modo, sembra preclusa sul piano generale la previsione di una riserva di nomina da parte del finanziatore secondo lo schema del contratto per persona da nominare (artt. 1401 ss., c.c.), ma ciò non tanto sulla base del tenore letterale dell'art. 48 *bis*, comma 1, t.u. l. banc., quanto piuttosto in considerazione dell'accessorietà del rapporto contrattuale con causa di garanzia rispetto al contratto di finanziamento, che di per sé sembra impedirne una circolazione se non unitamente, appunto, al rapporto creditizio cui accede, ovviamente nel rispetto dei requisiti soggettivi di cui si è detto. Così ragionando, la prescrizione di cui all'art. 48 *bis*, comma 1, t.u. l. banc., sembrerebbe allora avere la limitata portata di imporre al finanziatore di determinare sin dall'inizio se a beneficiare del trasferimento debba essere esso stesso oppure una sua società controllata o collegata, secondo uno schema che appare pertanto riconducibile a quello del contratto a favore del terzo ex art. 1411 c.c. (in cui, pur essendovi, almeno di regola, l'indicazione sin dall'inizio del soggetto beneficiario, non manca chi ne ammette una designazione successiva), piuttosto che al contratto per persona da nominare (la società controllata o collegata eventualmente



beneficiaria acquisterà infatti la titolarità dell'immobile oggetto di garanzia, ma non la relativa posizione contrattuale), e tutto ciò anche ai fini dell'esecuzione della trascrizione immediata del trasferimento (con menzione della condizione *ex art. 2659, comma 2, c.c.*). A séguito di tale designazione, il soggetto beneficiario sarà comunque titolare di un diritto subordinato a condizione sospensiva (dell'inadempimento), sicché, applicando i principi generali, non può aprioristicamente escludersene una successiva cessione a favore di terzi (cfr. art. 1357 c.c.).

- 80)** La circostanza deve ovviamente essere verificata al momento della stipula del contratto di finanziamento, dovendosi ritenere del tutto irrilevante, salvo diversa previsione pattizia che comunque non inciderebbe sulla validità del contratto, che i soggetti di cui all'art. 48 *bis*, comma 3, t.u. l. banc., trasferiscano successivamente la residenza nell'immobile precedentemente fatto oggetto di garanzia.
- 81)** Come tale, ove ricorrano i presupposti di cui all'art. 15 d.P.R. 29 settembre 1973, n. 601, non soggetto ad alcuna imposta aggiuntiva oltre all'imposta sostitutiva già corrisposta in sede di finanziamento *ex art. 17, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 601*.
- 82)** Su tale specifico punto v. M. LEO, *D.l. n. 59/2016: la cessione dei beni in garanzia nel contratto di finanziamento tra banche e imprenditori (nuovo art. 48 bis TUB)*, in *Segnalazioni novità normative del 15 aprile 2016*, in webrun.notariato.it.
- 83)** In tale direzione v., in particolare, M. LEO, *o.l.u.c.*, che sottolinea come «nell'ipotesi in cui l'istituto di credito intenda avvalersi degli effetti del patto, non [sembri] essere prevista nessuna procedura "indipendente" che conduca all'accertamento dei presupposti dell'inadempimento del debitore», sicché pare mancare «una fase di accertamento dell'inadempimento del debitore nella procedura stragiudiziale», al contrario di quanto avviene «nell'ipotesi in cui il diritto reale immobiliare sia sottoposto ad esecuzione forzata, in cui è invece rimesso espressamente al Giudice dell'Esecuzione quell'accertamento».
- 84)** La norma tace sull'eventuale contestazione da parte del debitore della sussistenza stessa dell'inadempimento affermato unilateralmente dalla banca, sicché dovrebbe in teoria dedursene (così S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B.: il "pasticcio" di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, in *AA.VV., I nuovi marciatori*, cit., p. 55 ed *ivi* nota 61) la facoltà del debitore stesso di «agire in sede ordinaria per vedere accertato l'adempimento (o l'inadempimento "sotto soglia")», circostanza che, qualora fosse idonea «a bloccare il procedimento di stima e il successivo trasferimento alla banca», si porrebbe tuttavia «in flagrante contrasto con le esigenze di celerità nel recupero del credito cui è dichiaratamente improntato l'istituto» (S. AMBROSINI, *o.u.c.*, p. 10 s.). Diversamente, in ipotesi di fallimento, «l'accertamento della ricorrenza o meno dell'inadempimento viene effettuato [...] dal giudice delegato, con conseguente reclamabilità del provvedimento *ex art. 26 l. fall.*» (S. AMBROSINI, *o.u.c.*, p. 17 s.).
- 85)** Sul punto v. G. FALCONE, *Le altre "particolari operazioni di credito"*, in M. RISPOLI FARINA e G. FALCONE, *Le operazioni bancarie speciali*, in *Tratt. contr. Gabrielli e Rescigno*, XXI, Torino, 2016, p. 1462, per il quale «non è del tutto chiaro il senso del richiamo compiuto all'art. 1349 c.c.: è possibile che l'intenzione del legislatore sia stata quella di individuare, per mezzo di detto richiamo, i rimedi contro la valutazione "manifestamente iniqua o erronea"». In tale direzione, da ultimo, A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis T.U.B. è davvero il patto marciano?*, in *Corriere giur.*, 2016, 12, p. 1487.
- 86)** I quali «possono, entro dieci giorni dalla [...] comunicazione, inviare note al perito» che, a sua volta, «entro i successivi dieci giorni, effettua una nuova comunicazione della relazione rendendo gli eventuali chiarimenti» (comma 6).
- 87)** L'espressa qualificazione normativa della fattispecie in termini di «condizione sospensiva di inadempimento» viene sminuita da S. PAGLIANTINI, *La progressiva erosione dell'art. 2744 e le alchimie del legislatore. Per una prima lettura dell'art. 48 bis T.U.B.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 931 ss., secondo il quale «se davvero fosse una condizione sospensiva di inadempimento, ed infatti non lo è, allora il suo avveramento dovrebbe coincidere con la scadenza dell'ultima rata non versata o del nono mese a partire dalla data convenuta per il rimborso, con un prodursi *ipso iure* della vicenda traslativa ovvero potestativamente, a volerla intendere come una condizione unilaterale *lato sensu* rinunziabile».
- 88)** Cfr. Circolare del Ministero dello Sviluppo Economico in data 9 maggio 2014, prot.n. 77684, in www.sviluppoeconomico.gov.it.



- 89)** Nell'attribuire al finanziato la facoltà di contestazione di cui al comma 7 in commento, la norma sembra prendere in considerazione l'eventualità che la stima dia luogo ad una valutazione ritenuta da quest'ultimo inadeguata rispetto al valore reale dell'immobile. Diversamente, nulla si dice con riferimento all'ipotesi in cui la stima dia luogo ad una valutazione ritenuta eccessiva rispetto al valore reale dell'immobile, circostanza dalla quale deriverebbe l'obbligo del finanziatore di restituire un'eccedenza considerata troppo elevata a fronte dell'acquisto della titolarità di un bene per un valore che non ritiene congruo. La norma tuttavia, come anticipato, richiama l'art. 1349, comma 1, c.c., che consente comunque di adire il giudice in ipotesi di determinazione «manifestamente iniqua o erronea», tutela che deve ritenersi spettante pure al finanziatore in base alla predetta norma generale. Così ricostruito il sistema, potranno pertanto aversi i seguenti scenari: - se la stima è ritenuta inadeguata, il debitore potrà contestarla in base alla norma speciale ex art. 48 *bis*, comma 7, t.u. l. banc., ma ciò non impedirà al creditore di procedere con la speciale forma di autotutela, e quindi di acquistare la titolarità dell'immobile versando la differenza sulla base della stima di cui al comma 2 (benché contestata ex comma 7): parallelamente, se in autonomo giudizio viene data ragione al finanziato, quest'ultimo avrà diritto alla restituzione della differenza; - se la stima è ritenuta eccessiva, il creditore potrà chiedere al giudice di determinare il valore stimato in base alla norma generale dell'art. 1349 c.c. e questa volta, in mancanza di norma speciale (come quella ex comma 7 di cui sopra), deve ritenersi che tale autonomo giudizio sospenda gli effetti del patto marciano fino alla sua definizione, a meno che le parti non abbiano ritenuto di convenire diversamente (mediante una clausola che, salve le inderogabili norme di legge, consenta al finanziatore di acquistare comunque la proprietà dell'immobile al valore stimato, versando la relativa eccedenza, promuovere autonomo giudizio ex art. 1349, comma 1, c.c., e quindi chiedere indietro l'eventuale differenza).
- 90)** Potrebbe, diversamente, opinarsi che poiché, come anticipato, la contestazione incide sulla differenza da versare al titolare del diritto reale immobiliare, indirettamente essa dovrebbe incidere pure sull'avveramento dell'evento condizionante, che dovrebbe potersi ritenere configurato soltanto dopo la corresponsione dell'eccedenza come definita a séguito della contestazione, il cui esito verrebbe sostanzialmente a sostituire il contenuto della perizia di stima. Una lettura di questo tipo pare tuttavia eccessivamente garantista per il debitore (che potrebbe sfruttare tale facoltà di contestazione al solo fine di allungare i tempi dell'autotutela bancaria) e sembra contrastare con il dettato letterale della norma in commento che, come anticipato, da una parte, riconosce al creditore il diritto di avvalersi comunque «degli effetti del patto di cui al comma 1» (comma 7), e dall'altro, nell'ancorare l'avveramento della condizione al versamento della differenza, per individuare quest'ultima fa espresso riferimento al comma 2 (comma 8), e non pure, appunto, al comma 7.
- 91)** Sarebbe invece del tutto inutile una clausola con cui si stabilisca che, in ipotesi di stima ritenuta sproporzionata (anche non oltre una certa soglia predeterminata), entrambe le parti possano convenzionalmente impedire il proseguimento della speciale forma di autotutela di cui si discute, dovendosi sempre e comunque ritenere possibile un mutuo dissenso dal contratto di cessione a scopo di garanzia accessorio rispetto al contratto di finanziamento, che resterebbe comunque efficace, e fermi restando ovviamente in tal caso eventuali diritti di terzi nel frattempo acquisiti.
- 92)** Sul punto v., in particolare, E. BRODI, *brevi note sull'utilizzabilità dell'art. 48-bis t.u.b. per la gestione delle sofferenze bancarie*, in *ilcaso.it*, p. 15 ed *ivi* nota 40.
- 93)** Come invece sembra ritenere G. D'AMICO, *o.u.c.*, p. 33.
- 94)** Sul punto v., infatti, M. LEO, *o.l.u.c.*
- 95)** Nello stesso senso v. S. AMBROSINI, *o.u.c.*, p. 12, secondo il quale «le peculiarità sottese alla legislazione consumeristica [...] rendono alquanto disagevole invocare [...] una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 48-bis diretta a scongiurare un'ingiustificata disparità di trattamento».
- 96)** Così pure M. LEO, *o.l.u.c. Contra* S. PAGLIANTINI, *La progressiva erosione dell'art. 2744, cit.*, il quale, coerentemente all'assunto da cui parte, e cioè quello della riconducibilità del patto di cui si discute alla figura della *datio in solutum*, sia pure nella fattispecie stipulata in via anticipata, così argomenta: «contro l'immagine di un art. 48 *bis* legittimante un patto – titolo per un'estinzione parziale militano almeno tre argomenti: tecnico il primo (l'anomalia di concepire una *datio in solutum* parziale), assiologici il secondo ed il terzo (la *ratio* della novella non è, come si diceva, scopertamente quella di abbattere il contenzioso dell'esecuzione forzata ? Quale



vantaggio poi trarrebbe da detto patto un imprenditore che neanche potesse contare sulla circostanza che il trasferimento o i proventi della vendita almeno realizzeranno la sua esdebitazione? Ed inoltre: non è forse vero che, in caso contrario, gli artt. 48 *bis* e 120 *quinqüesdecies* darebbero un senso troppo diverso al principio (?) della *par condicio creditorum*? Gli è infatti che un'estinzione parziale non spoglierebbe il mutuante, avvalendosi degli effetti del patto, della garanzia generica sui beni residui del debitore, nonostante questi rappresentino all'evidenza i soli cespiti su cui gli altri creditori, chirografari o con un titolo di prelazione postergato, possano pensare di soddisfarsi. In via esclusiva però e non in concorso col primo, già avvalendosi di un diverso adempimento» (corsivo presente nel testo citato). È chiaro che lo scenario cambierebbe del tutto qualora si dovesse ravvisare nel patto di cui si discute una figura tipica autonoma rispetto alla *datio in solutum*, poiché in questo caso la sua attuazione potrebbe ben non avere efficacia liberatoria per il debitore in ipotesi di valore del bene inferiore all'importo del debito garantito. Né deve stupire che tale circostanza non risulti assolutamente vantaggiosa per l'imprenditore, non essendo quest'ultimo il protagonista della vicenda legislativa, se non indirettamente, in quanto, nelle intenzioni del legislatore, la novella dovrebbe invogliare le banche a concedere maggior credito alle imprese, assicurando alle medesime una tutela particolarmente forte. Se così è, si spiega anche la partecipazione della banca al concorso con gli altri creditori sul patrimonio del debitore residuo a séguito dell'alienazione a scopo di garanzia, circostanza che, sia detto per inciso, sembra pure essere confermata dal comma 13 *bis* dello stesso art. 48 *bis*, t.u. l. banc., che, come anticipato, testualmente equipara «ai fini del concorso tra i creditori, il patto a scopo di garanzia di cui al comma 1 [...] all'ipoteca» (così riconoscendo al patto la natura di causa legittima di prelazione *ex art. 2741*, comma 2, c.c.) il che, per quanto qui di interesse, si tradurrebbe innanzi tutto nell'applicazione alla banca dell'art. 2911 c.c. Ulteriore proiezione applicativa di tale equiparazione è poi rappresentata, oltre che dalla necessità che la nota di trascrizione del patto di cui al comma 1 contenga gli elementi di cui all'art. 2839, comma 2, nn. 4), 5) e 6), c.c., pure dal riconoscimento a tale trascrizione degli stessi effetti di cui all'art. 2855 c.c. con conseguente estensione della copertura della garanzia pure ad interessi ed accessori per le due annualità precedenti, con l'unica differenza che qui dovrà aversi riguardo non al pignoramento, bensì alla notificazione della dichiarazione di volersi avvalere del patto *ex art. 48 bis*, comma 5, t.u. l. banc. (comma 13 *ter*).

- 97) Oltre che degli elementi di cui all'art. 2839, comma 2, nn. 4), 5) e 6), c.c., stante quanto disposto dall'art. 48 *bis*, comma 1, t.u. l. banc.
- 98) Sul punto v., ancora M. LEO, *o.l.u.c.* Pur non essendo detto espressamente come invece avviene nelle ipotesi di cui all'art. 13, comma 4 *bis*, d.l. 22 ottobre 2016, n. 193, convertito in legge dalla l. 1° dicembre 2016, n. 225, con riferimento ai contratti stipulati dall'ISMEA ai sensi dell'art. 1523 c.c., la suddetta dichiarazione di avveramento dell'evento condizionante contemplato nel contratto di finanziamento, se in forma di atto pubblico (l'art. 48 *bis*, t.u. l. banc., comma 9, c.c., parla d'altronde di «atto notarile»), dovrebbe valere pure a perfezionare un titolo esecutivo per il rilascio dell'immobile, ricorrendo i requisiti di cui all'art. 474 c.p.c. (in relazione ai quali v., per tutti, AA.Vv., *Questioni in tema di titolo esecutivo per il rilascio*, Studio n. 7-2007/E, in *webrun.notariato.it*; E. ASTUNI, *Novità in materia di titolo esecutivo*, Studio n. 8-2006/E, *ivi*).
- 99) Come anticipato, l'ipotesi presa in considerazione dalla norma è esclusivamente quella di coesistenza successiva tra ipoteca e patto marciano, a séguito di apposita modificazione delle precedenti condizioni contrattuali, il che fa chiaramente pensare ad un successivo contratto tra gli stessi soggetti (imprenditore e finanziatore originario), piuttosto che ad una surrogazione da parte di un finanziatore terzo *ex art. 120 quater*, t.u. l. banc. (sempre possibile in ipotesi di micro-imprese: cfr. art. 120 *quater*, comma 9, lettera a *bis*, t.u. l. banc.) cui si accompagni la previsione per la prima volta del patto marciano (così pure M. LEO, *o.l.u.c.*). Non sembra tuttavia potersi escludere in assoluto la possibilità, da una parte, che in relazione allo stesso finanziamento sia prima stipulata una surroga a séguito di nuovo mutuo e poi si proceda alla modificazione di quest'ultimo mediante introduzione di un patto marciano (nel qual caso si porrebbe il problema di coordinare l'effetto prenotativo di cui all'art. 48 *bis*, comma 4, t.u. l. banc., con gli effetti dell'annotazione *ex art. 2643 c.c.*), così come non appare astrattamente da escludere che un finanziamento già assistito da ipoteca e da patto marciano sia fatto oggetto di surrogazione (nel qual caso si porrebbe l'ulteriore problema di come realizzare sul piano della pubblicità immobiliare il subentro anche nella garanzia marciana).
- 100) Com'è stato acutamente osservato (S. PAGLIANTINI, *La progressiva erosione dell'art. 2744*, cit.), la norma solleva, con riferimento ai «contratto pendenti alla data di entrata in vigore della novella», «una (delicata) questione di



diritto intertemporale, una prevalenza del marciano andando qui palesemente a detrimento dei diritti dei creditori concorrenti, i quali abbiano sì iscritto o trascritto dopo l'ipoteca dell'istituto, ma facendo affidamento, nel valutare la solvibilità del comune debitore, sulle risultanze pubblicitarie correnti al momento dell'iscrizione del loro titolo, ove di detto marciano non v'era evidentemente traccia».

- 101)** Come insegna la migliore dottrina (P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 582 s.), da una parte, il brocardo *in claris non fit interpretatio* poggia «sul presupposto che la norma sia un'unità logica ben isolata empiricamente», dall'altra, «la norma non è mai sola, ma esiste ed esercita la sua funzione all'interno dell'ordinamento, e il suo significato muta con il dinamismo e la complessità dell'ordinamento medesimo; sì che s'impone un'interpretazione evolutiva della legge» e «gli enunciati normativi espressi non sono in sé conclusivi: essi vanno esplicitati in conformità a ciò che dispone la tavola dei valori a fondamento dell'ordinamento».
- 102)** A. Chianale, *Qualche pensiero sulle recenti vicende del patto marciano*, in Riv. Not., 2016, III, 754, segnala che, per il mutuo ai consumatori, la nuova disposizione precisa espressamente che la nuova disposizione opera “fermo quanto previsto dall'art. 2744 c.c.”
- 103)** Perplessità interpretative suscita poi l'ambigua formula “restituere” utilizzata nel testo dell'art. 120 quinquiesdeciesTub
- 104)** Sul divieto del patto commissorio la letteratura, anche recente, è amplissima. Fra tutti C. M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957; G. Pugliese, *Nullità del patto commissorio e vendita con patto di riscatto*, in Giur. Compl. Cass. civ., 1945, I, 161; G. Pugliese, *Intorno alla validità della vendita a scopo di garanzia*, in Riv. Dir. Civ., 1956, I, 1071; S. Pugliatti, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1950, 335 ss., ora in *Diritto Civile. Metodo, teoria e pratica*, Milano, 1951, 360 ss.; G. Tucci, *Garanzie sui crediti dell'impresa e tutela dei finanziamenti. L'esperienza statunitense ed italiana*, Milano, 1974; G. Tucci, voce *Garanzia. III) Diritti di garanzia – dir. comp. e stran.*, in Enc. Giur., XIV, Roma, 1989; E. Gabrielli, *Il pegno “anomalo”*, Padova, 1990; G. Piepoli, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, Napoli, 1980; F. Carnelutti, *Note sul patto commissorio*, in Riv. dir. Comm. 1916, II, 887 ss.; N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000; F. Anelli, *Alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996; A. Sassi, *Garanzie del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999; O. T. Scozzafava, *Note in tema di alienazione a scopo di garanzia*, in *Contratto e impresa*, 2006, 16 ss. In giurisprudenza Cass. 3 giugno 1983, n. 3800, in Nuova giur. civ. comm., 1985, I, 97, con nota di E. Roppo; Cass. 12 dicembre 1986, n. 7385, in Nuova giur. civ. comm., 1987, I, 742; Cass. Sez. Un. 29 aprile 1989, n. 1907, in Giust. civ., 1989, I, 1821, con nota di M. Costanza, *Sulla alienazione in garanzia e il divieto del patto commissorio*; Cass. 6 luglio 1990, n. 7161, in Corr. giur., 1990, 1137, con nota di A. Busani, *La Cassazione ritorna sull'alienazione in garanzia*; Cass. 19 settembre 1992, n. 10749, in Giust. civ., 1993, I, 3055; Cass. 16 ottobre 1995, n. 10805, in Corr. giur., 1995, 1360; Cass. 4 novembre 1996, n. 9540, in Riv. Not., 1998, 1013; Cass. 27 maggio 2003, n. 8411, in Giust. civ., 2004, I, 3121; Cass. 21 luglio 2004, n. 13580, in Giust. civ. Mass., 2004, 7; Cass. 11 giugno 2007, n. 13621, in Giust. civ., 2007, 12, 2716.
- 105)** Cass., sez. un., 3.4.1989, n. 1611; Cass., sez. un., 21.4.1989, n. 1907 in De Jure
- 106)** Cass. 28.1.2015, n. 1625; nello stesso senso Cass. 9.5.2013, n. 10986 in De Jure
- 107)** Cass. 18.3.2015, n. 5440 in De Jure
- 108)** Cass. 10.3.2011, n. 5740 in De Jure
- 109)** Cass., 17.3.2014, n. 6175 in De Jure
- 110)** Cass., 10.3.2011, n. 5740, cit.
- 111)** Nel senso del testo, pur evidenziando come si tratti di un problema aperto, A. Chianale, *Qualche pensiero cit.*, 754 ss.
- 112)** così dubitativamente S. Pagliantini, *La progressiva erosione dell'art. 2744 e le alchimie del legislatore. Per una prima lettura dell'art. 48 bis T.U.B.*, in Nuove leggi civ. comm., 2016, 948
- 113)** A. Sassi, *Garanzie del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999, 309 ss.
- 114)** S. Pagliantini, op. ult. cit., 965
- 115)** S. Pagliantini, op. ult. cit., 966, nota 121



CONSIGLIO
NAZIONALE
DEL
NOTARIATO

- 116)** S. Pagliantini, *op. ult. cit.*, 965
- 117)** S. Pagliantini, *op. ult. cit.*, 967
- 118)** Così S. Pagliantini, *op. ult. cit.*, 955, che richiama L. Barbiera, *Responsabilità patrimoniale, cit.*, 213 ss.
- 119)** Certamente non sfugge che il meccanismo potrebbe essere utilizzato in frode ai creditori concorrenti; basti pensare ad una concessione di credito a lungo termine, che rinvia ad un tempo futuro assai remoto il momento restitutorio e quindi la definizione dell'esito delle garanzie, con la conseguenza che ai creditori concorrenti, pur dotati di crediti scaduti ed esigibili, sarebbe di fatto preclusa una azione esecutiva immediata sui beni in questione ed anche sull'eventuale supero, con un inevitabile differimento della soddisfazione delle loro ragioni creditorie.

(Riproduzione riservata)