



CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN
DISCIPLINE GIURIDICHE

CURRICULUM
DIRITTO PRIVATO PER L'EUROPA

XXX CICLO

**“LE PROSPETTIVE DEL DIVIETO DEL PATTO COMMISSORIO
TRA PATTO MARCIANO, NORMATIVA COMUNITARIA E
TRADIZIONE”**

Dottoranda:
Dott.ssa Simona Birritteri

Tutor:
Chiar.mo Prof. Salvatore Mazzamuto

Coordinatore:
Chiar.mo Prof. Giuseppe Grisi

A. A. 2016/2017

*Ai miei genitori,
sostegno dei miei giorni ed esempio
di amore puro ed incondizionato*

*A nonna Maria,
il mio angelo custode,
nel vivo ricordo del suo dolce sorriso*

INDICE

<i>Introduzione</i>	p. 4
---------------------------	------

CAPITOLO PRIMO

“LA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE TRA *LEX COMMISSORIA* ED AUTONOMIA PRIVATA”

1. La responsabilità patrimoniale generica e l'autonomia privata.....	p. 7
2. Genesi ed evoluzione storica dell'istituto del patto commissorio: dal diritto romano alla codificazione del 1942.....	p. 18
3. Struttura, ambito di applicazione ed effetti del divieto <i>ex art. 2744 c.c.</i>	p. 24
4. La teleologia del divieto del patto commissorio: tra norma materiale e generalità. La questione della <i>ratio</i>	p. 31
5. Il patto commissorio e le alienazioni a scopo di garanzia: il problema della causa.....	p. 38

CAPITOLO SECONDO

“LE PATTUZIONI COMMISSORIE NELLA PRASSI: TRA FATTISPECIE ELUSIVE E CORRETTIVI DI LICEITÀ”

1. Il patto commissorio nelle applicazioni giurisprudenziali: tra pratiche elusive e fattispecie strutturalmente affini ma estranee all'ambito di operatività del divieto.....	p. 48
1.1. Patto commissorio e <i>datio in solutum</i>	p. 51
1.2. Patto commissorio, vendita con patto di riscatto e vendita con riserva di proprietà.....	p. 53
1.3. Patto commissorio e cessione dei crediti a scopo di garanzia.....	p.56
1.4. Patto commissorio e contratto di riporto.....	p. 57
1.5. Il mutuo su polizza assicurativa.....	p. 58
1.6. Patto commissorio e conferimento al creditore del mandato a vendere.....	p. 59
1.7. L'alienazione in garanzia da parte del terzo e il patto commissorio occulto. Il patto commissorio a effetti obbligatori.....	p. 60
1.8. Il <i>trust</i>	p. 62
1.9. Il <i>sale and lease back</i>	p. 65
2. Gli elementi ricorrenti per l'individuazione del confine di liceità <i>ex art. 2744 c.c.</i>	p. 75
3. Il patto marciano come correttivo di liceità del patto commissorio.....	p. 79

CAPITOLO TERZO

“IL PATTO MARCIANO NELLE NUOVE GARANZIE FINANZIARIE: TRA TIPICITA’ ED ATIPICITA’”

1. La crisi del processo esecutivo e la clausola marciana nella nuova disciplina europea delle garanzie finanziarie: la *Collateral Directive* e il contratto di garanzia finanziaria.....p. 91
2. Il prestito vitalizio ipotecario.....p. 101
3. La *Mortgage credit Directive*: l’art. 120-*quinquiesdecies* T.U.B. e la garanzia del credito immobiliare ai consumatori.....p. 109
4. Il Decreto “salva banche”: il marciano “b2b” di cui all’art. 48-*bis* T.U.B. e il pegno non possessorio.....p. 116

CAPITOLO QUARTO

“PATTO COMMISSORIO E PATTO MARCIANO NELL’ESPERIENZA EUROPEA: UNO SGUARDO D’INSIEME E PROPOSTE INTERPRETATIVE”

1. L’autotutela privata nell’ordinamento italiano.....p. 129
 2. L’esperienza tedesca.....p. 136
 3. L’esperienza francese e la riforma delle garanzie reali tipiche.....p. 143
 4. Spunti di riflessione per il tentativo di costruzione di un “2744-*bis*” intorno all’*aestimatio*.p. 151
- Conclusioni*.....p. 158
- Bibliografia*.....p. 164

INTRODUZIONE

È noto che l'apertura dei mercati nazionali all'economia ed alla finanza globalizzata ha determinato una crescente tensione, sotto una duplice forza motrice: da un lato, l'esigenza di offrire agli operatori economici strumenti negoziali efficaci ed efficienti; dall'altro, l'insopprimibile necessità di garantire la certezza del diritto.

In questo contesto assume un ruolo emblematico il problema della tutela del credito, giacché quanto più l'ordinamento sarà in grado di offrire una garanzia dell'obbligazione snella ed affidabile, consentendo rapidi e fruttuosi strumenti sia di accesso al credito sia di attuazione della pretesa creditoria, tanto più ne trarranno beneficio le imprese, i consumatori ed il mercato del credito nel suo complesso.

Non sempre, però, snellezza ed affidabilità sono sinonimi di coerenza sistematica anche rispetto alle tradizioni giuridiche nazionali. In tale prospettiva, non pochi interrogativi ha posto (e pone), nell'ambito della disciplina delle garanzie reali, il problema "della mobilitazione del patrimonio costituente la garanzia" allo scopo di consentire al creditore di godere di forme di attuazione e soddisfacimento del credito più semplici e rapide di quelle di diritto comune.

Ed infatti, l'esigenza di rafforzamento delle garanzie del credito e, quindi, di protezione del creditore dal rischio di inadempimento, deriva dal sempre più evidente "disamore" per le tradizionali garanzie del pegno e dell'ipoteca, perché eccessivamente condizionate dal rigido formalismo e dalle eccessive lungaggini del processo esecutivo.

Proprio la crisi del processo esecutivo ha consentito, infatti, l'emersione nella prassi negoziale di figure atipiche quali il mandato irrevocabile ad alienare, il *sale and lease back*, le alienazioni a scopo di garanzia e, da ultimo, i patti marciali che, pur nelle costanti affermazioni giurisprudenziali che fanno di tali istituti vere e proprie manifestazioni del diritto vivente, pongono rilevanti perplessità, sistematiche ed interpretative, per lo più conseguenti alla necessità di fare i conti con principi radicati nella nostra tradizione giuridica, quali la tipicità dei diritti reali, la *par condicio creditorum* ed il divieto del patto commissorio.

Non v'è, poi, da stupirsi del fatto che tale evoluzione ha principalmente interessato la materia finanziaria, giacché essa proprio per la naturale estrema velocità che caratterizza la cessione dematerializzata dei capitali, rappresenta il terreno più fertile per verificare la tenuta (e la bontà) delle scelte legislative in materia di tutela del credito.

Dunque, prendendo le mosse da questi necessari presupposti, l'intento che anima il presente lavoro è comprendere se, nel mutato contesto economico, le epifanie legislative in materia di garanzie finanziarie, che sembrano riconoscere l'utilizzo della proprietà in funzione di garanzia, abbiano o meno comportato la definitiva abrogazione del divieto del patto commissorio o se, piuttosto, ne ammettano la deroga al ricorrere di precise condizioni.

In altri termini, l'art. 2744 c.c. può ancora ritenersi una norma che codifica come "irragionevoli", sulla scorta di una presunzione assoluta di coercizione del debitore, le alienazioni per via commissoria, oppure nella trama di questa norma è possibile interpolare un *quid* scriminante che ammette la validità di un "pagamento traslativo" vestito con i panni di quello che la dottrina comunemente definisce patto marciano?

La risposta a tali interrogativi non può che passare dall'indagine sulla *ratio* del divieto del patto commissorio che sin dalla sua prima codificazione ha diviso la dottrina tra teorie soggettivistiche, che radicano il fondamento del divieto nell'esigenza di scongiurare la c.d. *debitoris suffocatio*, teorie pubblicistiche che vi ravvedono la massima espressione del principio di inderogabilità della tutela giudiziaria dei diritti, e teorie miste che a tali esigenze aggiungono anche la tutela della *par condicio creditorum* ed il rispetto del principio di tipicità delle cause legittime di prelazione.

Nel primo capitolo, pertanto, nel più ampio contesto dei rapporti tra il principio della responsabilità patrimoniale generica e le forme di manifestazione dell'autonomia privata, si darà atto della genesi storica del divieto del patto commissorio e della sua evoluzione dal diritto romano sino alla codificazione del 1942, per poi esaminarne la struttura e l'ambito di applicazione alla luce della *vexata quaestio* della *ratio*, tematiche che incrociano la più ampia problematica dell'ammissibilità delle alienazioni a scopo di garanzia in rapporto al problema della causa dello scambio.

Nel secondo capitolo, tenuto conto delle fondamenta della disciplina codicistica, si esamineranno le pattuizioni commissorie nella prassi dei traffici giuridici, dando atto dell'evoluzione giurisprudenziale che, facendo leva sulla natura di norma materiale dell'art. 2744 c.c. proibitiva di un determinato risultato economico a prescindere dallo schema negoziale concretamente adottato dalle parti, ne ha propugnato un'interpretazione estensiva in chiave funzionale, finendo col dilatare eccessivamente le maglie della norma ben oltre le ipotesi tipiche del patto accedente al pegno, all'ipoteca ed all'anticresi. In tale contesto, in considerazione delle diverse fattispecie che sono state passate in rassegna

dalle corti di merito e di legittimità, si tenterà di distinguere tra fattispecie elusive del divieto del patto commissorio e fattispecie lecite, cercando di individuare ed isolare, al di là della peculiarità del caso concreto, i ricorrenti indici di liceità che hanno consentito alla giurisprudenza di sottrarre il negozio alla sanzione della nullità *ex art. 2744 c.c.* in considerazione della meritevolezza degli interessi perseguiti.

Il terzo capitolo è, invece, interamente dedicato all'analisi dei nuovi interventi legislativi che allo scopo di rimuovere la discrasia tra la staticità degli ordinamenti giuridici e la flessibilità e dinamicità tipica dell'economia, hanno riconosciuto nuovi spazi all'autonomia privata nel settore della tutela del credito introducendo istituti che sembrano confliggere con quelli tipici della nostra tradizione giuridica, primo fra tutti quello della tipicità dei diritti reali di garanzia e dell'incompatibilità tra la causa di garanzia e l'atto traslativo della proprietà. Si passeranno, così, in rassegna la disciplina del contratto di garanzia finanziaria introdotta in attuazione della c.d. *Collateral Directive*, del prestito vitalizio ipotecario, dei contratti di credito immobiliare ai consumatori di cui al nuovo art. 120-*quinquiesdecies* T.U.B., del finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di un bene immobile sospensivamente condizionato di cui al nuovo art. 48-*bis* T.U.B., nonché del pegno mobiliare non possessorio. L'indagine verrà, in particolare, condotta allo scopo di tratteggiarne i tratti comuni, onde verificarne la compatibilità con la disciplina di diritto comune ed il rapporto, in termini di regola e contro-regola, con il divieto del patto commissorio.

Infine, nel capitolo conclusivo, dopo aver tratteggiato il ruolo dell'autotutela privata nell'ordinamento italiano, i cui spazi sembrano ulteriormente ampliarsi alla luce della nuova disciplina delle garanzie finanziarie, si tenterà di offrire uno sguardo di insieme sull'esperienza degli altri ordinamenti europei, in particolare di Germania e Francia che, pur muovendo dalla medesima tradizione giuridica di *civil law*, sembrano aver affrontato il problema della compatibilità delle tradizionali categorie giuridiche con le nuove istanze del mercato del credito, adottando soluzioni opposte a quelle del legislatore italiano. In tale prospettiva si tenterà, quindi, di riannodare le fila dell'indagine offrendo, davvero in punta di piedi, degli spunti interpretativi utili ad una ricostruzione del problema delle deroghe al divieto del patto commissorio in chiave di ricostruzione sistematica.

CAPITOLO PRIMO

“LA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE TRA *LEX COMMISSORIA* ED AUTONOMIA PRIVATA”

SOMMARIO: 1. La responsabilità patrimoniale generica e l'autonomia privata. 2. Genesi ed evoluzione storica dell'istituto del patto commissorio: dal diritto romano alla codificazione del 1942. 3. Struttura, ambito di applicazione ed effetti del divieto *ex art. 2744 c.c.* 4. La teleologia del divieto del patto commissorio: tra norma materiale e generalità. La questione della *ratio*. 5. Il patto commissorio e le alienazioni a scopo di garanzia: il problema della causa.

1. La responsabilità patrimoniale generica e l'autonomia privata.

Nelle codificazioni moderne dei sistemi giuridici di *civil law*, in particolare in quelli che hanno aderito alle opzioni di fondo del *Code Napoléon* del 1804, il rapporto tra creditori e debitori è stato costruito intorno ai principi dell'universalità della responsabilità patrimoniale e della *par condicio creditorum*.

In particolare, la responsabilità patrimoniale¹ è storicamente intensa quale espressione del principio della garanzia legale del creditore, in virtù del quale il debitore risponde dell'adempimento delle proprie obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri, con la conseguenza che l'intero suo patrimonio resta assoggettato all'esecuzione forzata del creditore, cui spetterà, per il caso di inadempimento, il diritto di espropriarli per conseguire la realizzazione coattiva della propria pretesa².

¹ Sull'istituto della responsabilità patrimoniale cfr., fra gli altri, R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, in *Comm. Scialoja – Branca*, Bologna-Roma, 1955, p. 1 e ss.; D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale - Il pegno*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da F. VASSALLI, XIV, tomo I, 2ª ed., Torino, 1949, p. 5 e ss.; C.M. PRATIS, *Della tutela dei diritti: artt. 2740-2783*, in *Comm. c.c.*, 6.2., Torino, 1976, p. 1 e ss.; M. D'AMELIO, *Codice civile - Libro della Tutela dei Diritti*, *Comm.*, a cura di M. D'AMELIO, W. D'AVANZO et. al., Firenze, 1943; F.S. GENTILE, *Il nuovo codice civile commentato, libro sesto, Della tutela dei diritti, sub art. 2740 c.c.*, Napoli, 1958, p. 194 e ss.; G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, Napoli, 1966, pag. 1 e ss.; V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. Rescigno*, XIX, Torino, 1997, p. 485 e ss.; L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale - Disposizioni generali*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1991, p. 3 e ss.; F. LAPERTOSA, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, II, p. 491 e ss.; C. MIRAGLIA, *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, p. 1 e ss.; G.A. MONTELEONE, *Per un chiarimento sul concetto di responsabilità patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, I, p. 315 e ss.; A. NERVI, *La responsabilità patrimoniale dell'imprenditore - Profili civilistici*, Padova, 2001, p. 9 e ss.; U. NATOLI - L. BIGLIAZZI GERI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale (Le azioni surrogatoria e revocatoria): appunti delle lezioni*, Milano, 1974, p. 2.; A. DI MAJO, *Responsabilità e patrimonio*, Torino, 2005, p. 17, che osserva «*Del resto, il concetto di "garanzia generica" che è il termine attivo della nozione di responsabilità patrimoniale, sta proprio a dimostrare, con il predicato "generica", che la garanzia investe l'intero patrimonio, i beni presenti e futuri, ma senza dare luogo ad una particolare condizione normativa di esso, che è l'unica a poter consentire di parlare di "regime"*».

² In particolare, M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1951, p. 157, spiega come il debitore soggiace a due tipi di responsabilità, l'uno di natura personale *ex art. 1218 c.c.*, costituito dall'obbligo del risarcimento del danno arrecato a causa dell'inadempimento, l'altro di natura patrimoniale *ex art. 2740 c.c.*, costituito dalla soggezione dei suoi beni all'azione del creditore. Ancora, A. CICU, *L'Obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milano, 1948, p. 228, chiarisce che il credito è un bene giuridico in quanto

La responsabilità patrimoniale (od oggettiva), si osserva, è del resto un aspetto strettamente consequenziale e necessario dell'obbligazione, “*segue il debito come un'ombra*”³: essa, unitamente alla c.d. responsabilità personale o soggettiva (che consegue all'inadempimento *ex art.* 1218 c.c. e che sostituisce l'obbligazione risarcitoria a quella principale) concorre a realizzare la tutela giuridica del credito. Senza responsabilità, infatti, mancherebbe quella “*garanzia sociale in cui si esprime la giuridicità del precetto normativo*”⁴, poiché un obbligo senza sanzione è e resta irrilevante per il diritto, risolvendosi in una mera obbligazione naturale al più sanzionabile sul piano dell'etica morale.

Proprio perché l'obbligazione è lo strumento mediante il quale si svolgono le relazioni commerciali e civili, la sua giuridicità necessita di essere assicurata con strumenti di tutela privata che consentono al creditore l'attuazione del proprio diritto di credito, al di fuori ed a prescindere da qualsivoglia intervento punitivo di tipo pubblicistico. Ebbene, le norme di diritto positivo sulla responsabilità, personale e patrimoniale, si radicano proprio su questa esigenza di tutela e mirano ad assicurare: da un lato, che il debitore non sia reso immune da tale responsabilità; dall'altro, che le

garantito dai beni del debitore, sicché si ha debito in quanto vi è responsabilità e, correlativamente, si ha credito in quanto v'è la garanzia patrimoniale.

³ LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil*, Munchen, 1982. L'autore è richiamato da C. M. Bianca, *L'obbligazione*, in *Diritto Civile*, IV, Milano, 1993, p. 27.

⁴ C. M. Bianca, *L'obbligazione*, cit., p. 26. L'autore ricorda come la necessaria connessione tra debito e responsabilità sia stata oggetto di una serrata critica da parte dei fautori della c.d. teoria “del debito e responsabilità” (*Schuld und Haftung*) che ebbe largo seguito in Germania agli inizi del secolo scorso, trovando taluni consensi anche tra la dottrina italiana (v. tra gli altri, G. PACCHIONI, *Trattato delle obbligazioni*, p. 9; nonché, per un'attenta ricostruzione della dottrina tedesca, C. GANGI, *Debito e responsabilità. Riassunto e valutazione critica della dottrina tedesca*, in *Studi sassaresi*, 1921, p. 178). Secondo tale tesi, il debito e la responsabilità sarebbero posizioni distinte e separabili, in quanto il debito potrebbe esistere senza responsabilità, e la responsabilità potrebbe sussistere senza debito. Ne deriverebbe, rivedendo la stessa concezione dell'obbligazione, che la responsabilità patrimoniale costituisce il fulcro del rapporto obbligatorio, rispetto al quale il debito potrebbe anche non sussistere ed avere un significato comunque marginale; sicché il diritto di credito consisterebbe in un diritto sui beni del debitore, accanto al quale si pone, autonomamente distinta, la pretesa all'adempimento che è ridotta ad una mera aspettativa nominale. La prevalente dottrina ha, invece, mantenuto ferma la concezione del diritto di credito quale diritto alla prestazione, e delle responsabilità patrimoniale quale strumento accessorio di garanzia del credito. Così, E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia, 1920, p. 18. Sul punto, v. anche S. MAZZAMUTO, *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, in *Europa e Diritto Privato*, 3, 2014, p. 713, che proprio con riferimento alla responsabilità patrimoniale generica ricorda come in passato all'art. 2740 c.c. sia stata riconosciuta “una tale pervasività da influenzare addirittura l'oggetto dell'obbligazione, alimentando quelle concezioni note come teorie patrimonialistiche dell'obbligazione, le quali, nelle formulazioni più radicali, identificano l'oggetto del diritto di credito nella pretesa su una parte del patrimonio del debitore. Queste letture dell'obbligazione sono state giustamente accantonate a causa della loro eccessiva attenzione alla fase patologica del rapporto obbligatorio, finendo per esaurirne il contenuto a quella somma di danaro corrispondente al valore della prestazione e ricavata dall'escussione del patrimonio del debitore”.

limitazioni alla responsabilità siano circoscritte ad ipotesi tassative che facciano salvo un minimo inderogabile di tutela del credito.

Nel sistema delineato dal codice civile tali principi sono scolpiti all'art. 2740⁵, che, non a caso, è la norma di apertura del Titolo III del Libro IV, deputato alla disciplina “Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale”, sulla quale si è costruito “il dogma della responsabilità patrimoniale” secondo cui: la garanzia patrimoniale generica dei creditori è unica, indivisibile, sottratta alla libera disponibilità dell'autonomia privata e suscettibile di essere derogata soltanto nelle ipotesi prescritte dalla legge.

Dunque, se al primo comma dell'art. 2740 c.c., a mente del quale “*Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri*”, spetta il merito di avere segnato il superamento della c.d. concezione personalistica⁶ della responsabilità per inadempimento (collocando sul piano patrimoniale le conseguenze dell'inattuazione del vincolo obbligatorio ed affermando il principio della universalità della garanzia patrimoniale), è al secondo comma che si deve, invece, la cristallizzazione del principio della indisponibilità della garanzia generica “*...Le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge*”⁷.

La garanzia⁸ è, per l'appunto, definita generica proprio per indicare il vincolo di assoggettamento dei beni del debitore alla realizzazione delle pretese di tutti creditori, da

⁵ L'art. 2092 del Code Napoléon del 1804 dispone: «*Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir*». La norma è stata poi specularmente ripresa dall'art. 1948 del codice civile italiano del 1865 e poi dall'art. 2740, co. 1, del codice civile del 1942. Tuttavia, solo nella codificazione del 1942, il nostro ordinamento ha introdotto espressamente, accanto al principio dell'universalità della responsabilità patrimoniale, il principio in forza del quale «*le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge*» (cfr. art. 2740, co. 2, c.c.).

⁶ Si tratta di una concezione di origine romanistica (attraverso l'istituto del *nexum*, il debitore concedeva in garanzia sé stesso, assoggettandosi al potere del creditore per il caso di inadempimento) che influenzò il codice civile del 1865 (che contemplava forme di arresto del debitore inadempiente per una somma di denaro superiore a 500 lire) in forza della quale il diritto del creditore era concepito come una vera e propria signoria sulla persona del debitore alla quale si sono nel tempo contrapposte, segnandone il definitivo superamento, le c.d. teorie patrimonialistiche che esaltando il lato attivo del rapporto obbligatorio hanno tentato di identificare l'oggetto del diritto di credito non più con l'elemento personale, ma con l'elemento economico -patrimoniale (il valore della prestazione, del bene dovuto, o dell'intero patrimonio del debitore).

⁷ Il principio dell'indivisibilità del patrimonio introdotto espressamente soltanto con la codificazione del 1942.

⁸ Il concetto di garanzia è molto spesso collegato a quello di responsabilità. Il codice civile, tuttavia, non ne offre una definizione in senso tecnico, ma utilizza il termine “garanzia” in diversi ambiti e con diverse accezioni: si pensi all'obbligo del venditore di garantire che la cosa venduta sia immune da vizi o all'obbligo dell'appaltatore di garantire difformità e vizi dell'opera, ovvero alle garanzie di buon funzionamento nei contratti del consumatore, ovvero ancora alle garanzie che il codice di rito predispone a tutela del conduttore a fronte di vizi o pericolosità alla salute cagionati dalla cosa locata; in tali ipotesi la finalità del legislatore è però quella di associare al termine “garanzia” l'effettività del risultato traslativo. Con tutta evidenza, si

attuarsi secondo le forme dell'esecuzione forzata stabilite dal codice di rito per l'ipotesi di inadempimento⁹. Quella prevista dal 1° comma dell'art. 2740 c.c. è, chiaramente, una garanzia in senso atecnico, giacché tale potere di assoggettamento è posto indistintamente in capo a tutti i creditori, escludendosi l'esistenza di un diritto di garanzia vero e proprio che presuppone la differenziazione della posizione di quei creditori cui è attribuito il diritto di prelazione¹⁰.

Il secondo comma dell'art. 2740, invece, rafforza il principio di universalità facendo divieto al debitore di escludere determinati beni dalla garanzia generica e subordinando l'ammissibilità di tali limitazioni della responsabilità patrimoniale all'esistenza di un espresso precetto normativo. Le ipotesi previste dalla legge sono variegata e costituiscono il risultato di un equo bilanciamento degli interessi in gioco risolti in favore del debitore, il cui interesse è ritenuto dall'ordinamento prevalente su quello del creditore all'attuazione della propria pretesa¹¹.

tratta di un concetto foriero di incertezze sia perché vi si fanno confluire fattispecie tra loro non omogenee, sia perché è assai complessa l'individuazione dei criteri di configurazione teorica, tant'è che la dottrina è solita attribuirgli una definizione di ampia portata: può definirsi garanzia "ogni mezzo destinato a rendere più sicuro il godimento di un diritto o l'attuazione di un obbligo". In questi termini, G. TUCCI, *Garanzia*, in *Dig. Discipl. Priv.*, Torino, 1992, p. 581, ma si veda anche V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, Torino, 1997, p. 494, che evidenzia i diversi significati del rapporto tra responsabilità patrimoniale e garanzia.

⁹ A. AURELIANO, *Responsabilità patrimoniale del debitore ed esecuzione per rilascio di cose immobili nei confronti del fallito*, in *Giur. Comm.*, VI, 2006, p. 880 e ss., osserva che la correlazione tra responsabilità patrimoniale ed obbligazione è esaminata sotto diversi punti di vista, dipendenti dal modo di concepire temi generali: per una parte della dottrina il principio di responsabilità patrimoniale del debitore esprime un carattere complementare, se non coesenziale, alla struttura dell'obbligazione, ponendo la regola secondo cui, in caso di inadempimento, il patrimonio dell'obbligato soggiace alle iniziative del creditore, così R. NICCOLO', op. cit. Altri, invece, osservano che la responsabilità patrimoniale costituisce il presidio esterno al corretto funzionamento del rapporto obbligatorio, in vista della soddisfazione dell'interesse ad esso sotteso, in tal senso v. M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, op. cit.; S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, XX, Torino, 1985, p. 196.

¹⁰ In tal senso G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Europa e dir. Priv.*, 3, 2012 p. 813 e ss.; C. M. BIANCA, *Le garanzie reali, La prescrizione*, VII, *Diritto civile*, Milano, 2012, p. 4, osserva, invece, che garanzia patrimoniale e responsabilità patrimoniale sono due facce dello stesso istituto: l'uno designa più in particolare il lato attivo della garanzia - il diritto dei creditori - mentre l'altra ne designa il lato passivo, ossia la soggezione del patrimonio del debitore sul quale la garanzia è fondata.

¹¹ Alcune limitazioni alla responsabilità patrimoniale generica vengono giustificate e autorizzate dall'ordinamento a cagione della particolare natura di determinati beni, ovvero alla qualità dei creditori, od ancora della congiunta considerazione della qualità dei beni e della qualità dei creditori. Così taluni beni sono impignorabili per la particolare funzione di sostentamento che essi svolgono (artt. 514 e 515 c.c.), ovvero perché destinati esclusivamente ai bisogni della famiglia (art. 170 c.c.) o comunque riconducibili ai rapporti familiari (artt. 187, 188, 189, 190 c.c.), mentre l'indisponibilità dei beni demaniali discende dalla natura pubblicistica dell'interesse ad essi sotteso (art. 823 c.c.). In taluni altri casi, le deroghe legislative discendono dal fenomeno della c.d. separazione patrimoniale che imprime su determinati beni un vincolo di specifica destinazione, sottraendoli al potere espropriativo dei creditori personali di chi imprime il vincolo (così accade nel fondo patrimoniale ex art. 160 c.c., nel trust come istituito dalla L. n- 364 del 1989, nei patrimoni societari destinati di cui all'art. 2447-bis o negli atti di destinazione ex art. 2645-ter).

Gli studiosi che, a vario titolo, si sono occupati del rapporto tra la responsabilità patrimoniale e l'autonomia privata¹² hanno in un primo momento individuato la *ratio* del 2° comma dell'art. 2740 c.c. nell'esigenza di garantire la giuridicità del rapporto obbligatorio, osservando come le limitazioni convenzionali fra debitore e creditore comprometterebbero il meccanismo di attuazione del rapporto obbligatorio rappresentato dalla responsabilità patrimoniale¹³. Secondo gli approdi della dottrina maggioritaria, invece, l'illiceità di tali pattuizioni deriverebbe dalla loro contrarietà all'ordine pubblico, giacché esse sarebbero idonee a produrre esiti socialmente non desiderabili, alterando il piano dell'economia e compromettendo la circolazione dei beni¹⁴. Si tratta, del resto, di un'evoluzione dogmatica che è il frutto del dibattito accesi nell'ultimo quarto del XIX

¹² G. ROJAS ELGUETA, op. cit., osserva come il principio della indivisibilità del patrimonio sia solo uno dei possibili riflessi del problema della limitazione convenzionale della responsabilità patrimoniale. Secondo questo autore, infatti, il rapporto tra responsabilità patrimoniale e autonomia privata può essere ricondotto all'origine di due fenomeni distinti: da un lato, il divieto di cui all'art. 2740, co. 2, evoca le limitazioni opponibili a tutti i creditori, aventi quindi efficacia reale o se si preferisce *erga omnes*, primo fra tutti il fenomeno della separazione patrimoniale in cui il complesso dei beni del debitore è sottratto alla garanzia dei creditori ordinari e destinato a garantire i creditori che rispetto ai beni separati si possono definire "titolati", dall'altro le limitazioni convenzionali possono essere pensate come il frutto di un accordo tra debitore e creditore diretto a restringere l'oggetto della garanzia patrimoniale ed avente efficacia *inter partes* e che secondo la dottrina maggioritaria non sarebbero ammesse nel nostro ordinamento. Sul divieto delle limitazioni convenzionali della responsabilità patrimoniale in forza dell'art. 2740, co. 2, c.c., cfr. C. VOCINO, *Contributo alla dottrina del beneficio di inventario*, Milano, 1942, p. 139; M. D'AMELIO, *Codice civile – Libro della tutela dei diritti*, in *Comm.*, a cura di M. D'AMELIO, W. D'AVANZO, et. Al., Firenze, 1943, p. 438; F. VASSALLI, *Della tutela dei diritti (Libro VI Codice civile) - Lezioni del Prof. Filippo Vassalli*, a cura di C.A. FUNAIOLI, Roma, 1946, p. 125; R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, op. cit., p. 11; F. S. GENTILE, *Il nuovo codice civile commentato, libro sesto, Della tutela dei diritti, sub art. 2740 c.c.*, Napoli, 1958, p. 196; G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, Napoli, 1958, p. 151; M. GIORGIANNI, *L'obbligazione - La parte generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1968, p. 175; L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971, p. 71 e ss.; e, più recentemente, Id., *Responsabilità patrimoniale, - Disposizioni generali*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1991, pp. 6, 59 e 74; V. ROPPO, *Sulle limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore, - Spunti sistematici intorno all'art. 2740 2° co., c.c.*, in *Giur. Comm.*, 1982, I, p. 252; ID., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. Rescigno*, XIX, Torino, 1997, p. 510 s.; C. MIRAGLIA, *Responsabilità patrimoniale*, enc. *Giur.*, XXVII, Roma, 1991, p. 8; C. M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova 1996, p.188 e ss.; G. TUCCI, *Responsabilità patrimoniale e cause di prelazione: disposizioni generali*, in *Casi e questioni di diritto privato (XIV - La tutela di diritti)*, a cura di G. BORRÈ e V. CARBONE et. al., 7ª ed., Milano, 1997, p. 134; L. SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, Padova, 2001, p. 12 e ss.; A. NERVI, *La responsabilità patrimoniale dell'imprenditore - Profili civilistici*, Padova, 2001, p. 61; P. IAMICELI, *Unità e separazione dei patrimoni*, Padova, 2003, p. 172 e ss.; A. DI MAJO, *Responsabilità e patrimonio*, Torino 2005, p. 48 s.

¹³ In questi termini, R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, op. cit., p. 11 s.; V. ROPPO, *Sulle limitazioni*, op. cit., p. 250 e Id., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., p. 508, ove si afferma che l'obiettivo della disposizione in esame sia evitare che venga vanificato il meccanismo fondamentale per l'attuazione del rapporto obbligatorio e che siano compromesse le basi di un sistema di libero scambio fondato sulla promessa; C. MIRAGLIA, *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., p. 8.; P. IAMICELI, *Unità e separazione*, op. cit., p. 173; A. DI MAJO, *Responsabilità e patrimonio*, op. cit., p. 48.

¹⁴ Il rinvio al concetto di ordine pubblico si legge, invece, in L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., p. 75; ID., *Garanzia del credito*, op. cit., p. 73; L. SALAMONE, *Gestione e separazione*, op. cit., p. 12, 49 e 394; secondo M. D'AMELIO, *Codice civile*, op. cit., p. 438, il divieto contenuto nel co. 2 dell'art. 2740 c.c. sarebbe l'indicatore del carattere di ordine pubblico del principio espresso nel co. 1 dell'art. 2740 c.c.; più di recente cfr. A. MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, trust, e responsabilità del debitore*, Milano, 2007, p. 43 e ss.

secolo intorno alla stessa struttura del rapporto obbligatorio, sull'onda delle forti reazioni alle suggestioni suscitate dalla c.d. teoria del debito e della responsabilità¹⁵, che guardava alla responsabilità come ad un elemento interno al rapporto obbligatorio, che ha portato ad affermare, al contrario, la natura strumentale della responsabilità e quindi, di elemento esterno al rapporto obbligatorio¹⁶.

Peraltro, tale evoluzione dogmatica si è riflessa nella stessa struttura del codice civile, se solo si considera che mentre il progetto preliminare del libro Primo ("Delle obbligazioni") si proponeva si collocare al suo interno (in particolare all'art. 2) l'istituto della responsabilità, il codice civile del 1942 ne ha sancito la collocazione nel libro VI e,

¹⁵ Il riferimento è alla nota teoria di matrice tedesca che, come dapprima ricordato, ha costruito il rapporto obbligatorio come un corpo composto da due fattori: il debito (Schuld) e la responsabilità (Haftung) tra loro ritenuti distinti ed indipendenti. Mentre secondo le teorie personalistiche il dovere del debitore rappresenta il correlativo del diritto del creditore (diritto ad una attività del debitore), secondo la teoria del debito e della responsabilità, l'obbligazione sarebbe la risultanza di due distinti rapporti: il rapporto di debito ed il rapporto di responsabilità. Il rapporto di debito sarebbe costituito dal dovere del debitore, concepito come uno stato di pressione psicologica che gli imporrebbe di eseguire la prestazione. Al dovere del debitore corrisponderebbe non il diritto del creditore ma una legittima aspettativa di questo a vedere eseguita la prestazione dovuta. Il rapporto di responsabilità, a sua volta, sarebbe costituito da uno stato di assoggettamento di una o più cose o dell'intero patrimonio a cui corrisponderebbe il diritto del creditore a far valere tale assoggettamento al fine di porre rimedio all'insoddisfazione conseguente all'inadempimento del debitore. Fra i contributi più autorevoli della dottrina tedesca, si vedano K. AMIRA, *Nordgermanisches Obligationenrecht*, I, Leipzig, 1882, e Id., *Grundriss des germanischen Rechts*, Strasburgo, 1913; P. PUNTSCHART, *Schuldvertrag und Treugelöbniss im Sächsischen Recht des Mittelalters*, Leipzig, 1896; VON O. GIERGKE, *Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht, Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte*, Breslau, 1910. Fra la dottrina italiana, si vedano G. PACCHIONI, *Trattato delle obbligazioni secondo il diritto civile italiano*, Torino, 1927, p. 11 ss. e Id., *Delle obbligazioni in generale, in Diritto civile italiano*, II, 1, Padova, 1941, p. 12, C. GANGI, *Debito e responsabilità nel diritto privato odierno*, Roma, 1914; A. ROCCO, *Studi sulla teoria generale del fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1910, p. 682 e ss.; E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, op. cit., Sulla derivazione della teoria del debito e della responsabilità dalle teorie c.d. patrimoniali, oltre a M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, op. cit., p. 155 e 176; V. ROPPO, *Sulle limitazioni*, op. cit., p. 486. Più di recente, sulla crisi che nei primi anni del XX secolo investe la teoria dell'obbligazione, cfr. N. IRTI, *Un dialogo tra Betti e Carnelutti (intorno alla teoria dell'obbligazione)*, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007.

¹⁶ La teoria pubblicistica, dilatata sino alle sue estreme conseguenze, aveva condotto i processual-civilisti a mortificare la natura della responsabilità patrimoniale, identificandola con l'esecuzione forzata: la responsabilità del debitore veniva concepita non più come soggezione nei confronti creditore, bensì dello Stato, unico soggetto titolare dell'azione esecutiva; con la conseguenza che il creditore non vanta una pretesa verso il debitore, ma un diritto verso lo Stato a che si proceda all'esecuzione forzata sui beni del debitore. Secondo questa prospettiva, dunque, la relazione fra creditore e debitore esistesse fin tanto che il rapporto obbligatorio ha regolare esecuzione mediante l'adempimento; al contrario, ogni qualvolta si entri in una fase patologica a causa dell'inadempimento, la relazione tra le parti del rapporto obbligatorio viene interrotta dalla mediazione dello Stato cui spetta il monopolio dell'esercizio dell'azione esecutiva. In tal senso v. F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi di diritto processuale in onore di G. Chiovenda*, Padova, 1927, pp. 27 e 324, ove si legge che «la responsabilità per esecuzione sta all'obbligo come l'azione esecutiva sta al diritto e così la responsabilità è il rovescio dell'azione esecutiva»; E.T. LIEBMAN, *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione*, Roma 1931, p. 157, ove la responsabilità patrimoniale è definita come «l'esatto contrapposto» dell'azione esecutiva; S. SATTA, *Premesse generali alla dottrina della esecuzione forzata*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, I, p. 368, ove si afferma espressamente che tutti i mezzi di tutela appartengono, in via esclusiva, allo Stato e che, di conseguenza, il debitore si trova in uno stato di soggezione verso quest'ultimo. Per un'analisi critica, cfr. A. Rocco, *Studi sulla teoria generale del fallimento*, op. cit., p. 688 e ss.; Id., *Il fallimento: teoria generale ed origine storica*, Milano-Torino-Roma, 1917, p. 37 e ss.

quindi, nell'ambito della tutela dei diritti, sancendone definitivamente la natura strumentale di mezzo deputato all'attuazione del vincolo obbligatorio¹⁷.

In altri termini, la responsabilità discende da un rapporto di natura sostanziale tra debitore e creditore che si concreta: da un lato, nell'attribuzione al creditore del diritto potestativo ad avvalersi dei mezzi legali e processuali per la soddisfazione del suo interesse con conseguente modificazione della situazione giuridica soggettiva del debitore; dall'altro, nella speculare posizione di soggezione del debitore che si trova esposto, in ipotesi di inadempimento, all'ingerenza del creditore nella propria sfera patrimoniale¹⁸.

Struttura speculare all'art. 2740 c.c. presenta l'art. 2741 c.c., che come attenta dottrina¹⁹ ha sottolineato, ne costituisce la diretta riproposizione sul piano soggettivo, giacché sancisce l'eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore, a prescindere dalla causa e dalla anteriorità del loro credito. La norma è espressione del c.d. principio della *par condicio creditorum*, ma non ha portata assoluta poiché fa espressamente salve le cause legittime di prelazione che, siano esse di origine legale o convenzionale, fanno sì che il diritto del creditore che ne è titolare sia preferito (ed anteposto in sede di riparto del ricavato della vendita dei beni sottoposti ad espropriazione forzata) a quello dei creditori semplici o chirografari. Il secondo capoverso dell'art. 2041 scolpisce, poi, il principio di tipicità delle cause di prelazione prevedendo che sono tali: i privilegi, il pegno e le ipoteche.

Dunque, anche in attuazione dei principi di cui all'art. 2741 c.c. gli atti di espressione dell'autonomia privata che comportino alterazione della *par condicio creditorum* non sono ammessi se non nei casi espressamente previsti dalla legge. In tale contesto, ruolo di capitale importanza assumono il pegno e l'ipoteca, che costituiscono il *numerus clausus* dei diritti reali di garanzia ed offrono al creditore che ne è titolare oltre al diritto di prelazione anche il diritto di seguito, essendo contraddistinti dal carattere della realtà che consente ai creditori privilegiati di aggredire il bene in tutti i suoi passaggi di proprietà, e quindi anche nei confronti di un soggetto terzo e diverso dal debitore, a

¹⁷ Sul punto cfr. M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, op. cit., p. 177, mentre sulla scelta del legislatore del 1942 cfr. R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, op. cit., p. 3.

¹⁸ Così L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., p. 24, ma la categoria del diritto potestativo è richiamata anche da C. M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, op. cit., p. 407.

¹⁹ Il riferimento è a V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, Torino, 1997, p. 494.

differenza dei creditori chirografari la cui tutela in siffatte ipotesi è esclusivamente rimessa al vittorioso esperimento dell'azione revocatoria²⁰.

Muovendo da queste necessarie premesse, è possibile affermare che nel sistema delineato dal codice civile in tema di garanzie, il creditore gode di una molteplicità di strumenti: alla tutela offerta dalla garanzia patrimoniale generica di cui all'art. 2740 c.c. si affiancano i rimedi specifici ed ulteriori previsti dalla disciplina delle obbligazioni e dei contratti²¹. In questa molteplicità di rimedi il creditore può perseguire il proprio interesse attraverso due diverse modalità: l'una, di tipo attivo, consiste nell'attuazione dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale generica che mirano all'inefficacia dell'atto dispositivo lesivo dell'interesse creditorio (artt. 2900 e 2901 c.c.)²²; l'altra di tipo meramente passivo, in virtù della quale, a fronte dell'inadempimento della controparte, il creditore deve semplicemente astenersi dall'eseguire la propria controprestazione in attesa che il debitore adempia ovvero che l'inadempimento divenga definitivo²³.

Ciononostante, l'evoluzione dei rapporti obbligatori e l'apertura dei mercati verso forme di economia globalizzata hanno visto sviluppare nella prassi nuove forme di tutela del credito attraverso l'esercizio dell'autonomia privata fino ai limiti massimi consentiti dall'ordinamento. È un dato inconfutabile che negli ultimi cinquant'anni si è assistito ad una vera e propria crisi delle garanzie reali tipiche, retaggio di un'esperienza socio economica ormai arretrata e non in grado di rispondere alle nuove istanze di tutela del

²⁰ E. GABRIELLI, *Garanzia e garanzie reali*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO – E. GABRIELLI, Milano, 2006 evidenza come nelle garanzie reali il carattere della realtà si esprime nella creazione, a favore del creditore pignoratorio od ipotecario, di una riserva *ad rem*: il diritto non investe l'intero patrimonio del debitore ma si cristallizza su di un bene determinato assoggettandolo ad una riserva di utilità, conseguibile in un momento logicamente e cronologicamente successivo a quello della creazione della riserva, tramite l'esercizio dei poteri esecutivi riconosciuti al creditore sul bene oggetto della garanzia, e tale utilità, una volta acquisita, costituisce per il creditore procedente il risultato della consumazione dei poteri stessi, a seguito del loro esercizio.

²¹ Sul punto si veda, A. DAVOLA, *Le Garanzie negative dell'obbligazione*, in *Resp. Civ. e previdenza*, 4, 2013, p. 1089 e ss. L'autore richiama F. MACARIO – M. LOBUONO, *Le modificazioni del patrimonio del debitore fra scenari normativi e autonomia privata*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2004, p. 513 e ss.

²² L'azione revocatoria e surrogatoria, come è stato osservato, sono strumenti destinati ad operare "in una fase dell'attuazione del rapporto obbligatorio che non può ancora dirsi toccata dalla patologia dell'inadempimento, e la loro funzione può essere conservativo – tutelare". Il riferimento è a U. NATOLI – L. BIGLIAZZI GERI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale: appunti delle lezioni*, Milano, 1974.

²³ Si tratta delle disposizioni in materia di inadempimento contrattuale, ove assumono rilievo capitale gli artt. 1460 e 1461 c.c. che, tuttavia, presuppongono l'esistenza di prestazioni sinallagmatiche tra le parti e pongono il problema della valutazione da parte del creditore dell'entità della modificazione patrimoniale del debitore, valutazione che deve essere operata secondo il canone della buona fede, sebbene esso sia espressamente richiamato soltanto dall'art. 1460 c.c. Sul punto si veda C. MIRABELLI, *Contratti generali*, in *Commentario Utet*, Torino, 1980, p. 639. Contra: V. CALANDRA BUONAURA, *Il mutamento delle condizioni patrimoniali dei contraenti*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1972; L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, Milano, 1974.

mercato che richiedono forme sempre più agili di accesso e tutela del credito e di circolazione della ricchezza rispetto alle quali l'immobilismo e le rigidità che contraddistinguono gli istituti codicistici appaiono enormemente inadeguati²⁴.

Del resto, la stretta correlazione tra strumenti di garanzia e realtà economica è nota sin dalle prime codificazioni e fa sì che ogni scelta di un sistema giuridico in materia di garanzie dell'obbligazione influenzi in misura determinante l'affidabilità e l'efficienza del mercato del credito: le garanzie contengono i rischi legati all'inadempimento del debitore ed attenuano la necessità del creditore di cautelarsi da comportamenti opportunistici del debitore, parallelamente il costo del finanziamento è modulato proprio in ragione del tasso di rischio del debitore ed è mantenuto costante nel tempo. In tale contesto, la garanzia interviene proprio sotto tale profilo, ossia mitigando il rischio di condotte opportunistiche o scorrette del debitore e sollevando il creditore dai costi di monitoraggio dell'entità del patrimonio del debitore e, quindi, producendo un triplice effetto positivo sulle condizioni dell'offerta di finanziamento e sull'andamento dell'economia reale: l'agevolazione dell'accesso al credito; la compressione dei tassi di interesse; la riduzione del rischio di deterioramento del bene ed il conseguente aumento del potenziale valore di realizzo²⁵.

In buona sostanza, le esigenze di potenziamento della tutela del credito e di celerità della circolazione della ricchezza imposte dall'economia moderna, fanno sì che il vincolo obbligatorio debba essere modellato non sulla posizione di soggezione del debitore, ma sull'immediato soddisfacimento della pretesa creditoria. Del resto, come è stato

²⁴ Alla medesima esigenza di risolvere la discrasia tra l'immobilismo dei tradizionali modelli giuridici e la dinamicità della realtà economica, si deve la nascita nella prassi di forme atipiche di garanzia definite "garanzie negative dell'obbligazione" sviluppatesi mediante l'esercizio dell'autonomia privata. Si tratta di una categoria estremamente eterogenea di previsioni contrattuali accomunate dalla finalità non già di costituire garanzie specifiche a favore del creditore, bensì forme di limitazione della libertà di disposizione del debitore del proprio patrimonio, mantenendolo inalterato in modo da favorire, alla scadenza del termine pattuito, l'adempimento. In linea generale può dirsi che le garanzie negative costituiscono lo strumento mediante il quale il finanziatore, a fronte della rinuncia a godere di garanzie specifiche, stabilisce di concerto con il creditore, una serie articolata di limiti alla libera disposizione del suo patrimonio, subordinando il compimento di determinati atti dispositivi alla espressa approvazione del creditore (ne costituiscono un esempio lo *strict negative pledge*; il *sonderformer*, la *discoloursure covenant pladges*, l'*equal security clause*, etc.). Il termine "garanzie negative" è stato desunto dalla disciplina tedesca e francese, ove al fenomeno è stata data attenzione già a partire dagli anni 70, v. HARRIES, *Die negatikklausel*, in *Wertpapiermitteilungen*, 1978, p. 1146 e ss.; MERKEL, *Die negatikklausel*, Berlin, 1985; CHAPUT, *Les sûretés négatives*, in *Annales Clermont*, 1974, p. 167 e ss.; DE VALLOS –DE LAENDER, *Les sûretés négatives*, Paris, 1998. Fra la dottrina italiana, C. PIEPOLI, *Le garanzie negative*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, I, p. 431; DE NICTOLIS, *Nuove garanzie personali e reali*, Padova, 1998; S. GATTI, *Manuale del project financing*, Roma, 2006.

²⁵ Il rapporto tra strumenti di garanzia e realtà economica è affrontato da E. BRODI, *La tutela del credito in Italia: spunti per una lettura gius-economica delle cause di prelazione*, in *Vita Notarile*, 3, 2016, p. 1397, che richiama gli approdi della dottrina statunitense.

osservato, si tratta di esigenze che, a bene vedere, erano già avvertite nel passato ed hanno condotto alla codificazione dei primi strumenti di autotutela privata, atti a consentire al creditore un rafforzamento della propria pretesa a prescindere ed indipendentemente dal ricorso agli strumenti di esecuzione forzata e, quindi, alla protezione dell'autorità giudiziaria. Tali sono le disposizioni del codice civile che prevedono la decadenza dal beneficio del termine del debitore divenuto insolvente o che ha diminuito le garanzie date o non ha dato quelle promesse (art. 1186 c.c.), nonché la possibilità di chiedere un supplemento di garanzia (artt. 1184, 1850, 1943 c.c.) ovvero di sospendere l'esecuzione della prestazione allorquando le condizioni patrimoniali della controparte siano tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione (art. 1461 c.c.)²⁶.

Tale contesto ha favorito l'emersione di due fenomeni distinti, ma paralleli: da un lato, la sempre maggiore fiducia che l'ordinamento sembra riporre nell'istituto della separazione patrimoniale (inteso quale strumento che consente la dissociazione tra titolarità del diritto di proprietà ed interesse per cui il diritto è esercitato e che impedisce che determinati beni, vincolati ad uno specifico scopo, possano essere aggrediti da creditori estranei allo scopo perseguito)²⁷; dall'altro l'emersione nella prassi di garanzie atipiche²⁸ finalizzate a porre rimedio alle rigidità della disciplina codicistica della

²⁶ Le espressioni sono di L. CAVALLO, *Garanzie finanziarie e poteri di autotutela del collateral taker*, in *Rassegna dir. civ.*, 4, 2015 p. 1143 e ss. L'autrice evidenzia come "...la tendenza dell'autonomia privata a ricorrere ad ulteriori forme di autotutela del credito idonee a ridurre le conseguenze negative in caso di insolvenza del debitore, dimostra come sia i sopra ricordati rimedi di natura preventiva sia la generica tutela accordata dalla responsabilità patrimoniale, che si risolve nell'esecuzione forzata, non garantiscono più efficienza e certezza del credito. Il creditore, infatti, ha interesse a non subire le conseguenze dell'inadempimento mediante forme di garanzia immediatamente esperibili idonee a tenerlo indenne e a non immobilizzare la ricchezza".

²⁷ Cfr. G. ROJAS ELGUETA, op. cit. Contra: F. GAZZONI, *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagatelle)*, in *Riv. Not.*, II, p. 1252; A. GALLARATI, *La galassia del trust in Common law una questione di (ottimale) path dependence*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2008, suppl., p. 182. Parte della dottrina distingue il fenomeno della "segregazione" da quello della "separazione patrimoniale", così M. LUPOI, *Trust*, Milano, 2001, p. 565 ss. Secondo l'Autore, mentre la separazione patrimoniale sarebbe una vicenda che coinvolge un complesso di posizioni soggettive attive e passive, la segregazione potrebbe essere riferita anche solo a una singola posizione soggettiva di qualunque genere, anche ad una mera aspettativa di fatto e, in *common law*, ad un *equitable interest*. Inoltre, la segregazione sarebbe caratterizzata dalla completa incomunicabilità fra i beni segregati ed il soggetto che ne è titolare. Dunque non sarebbe possibile, in tale ipotesi, una commistione fra responsabilità dal patrimonio generale a quello separato, né la potenziale comunicazione degli arricchimenti dal patrimonio separato a quello generale.

²⁸ In quest'ottica si spiega l'emersione nella prassi di istituti elastici realizzati mediante emendamenti a schemi codicistici tipici, come la fideiussione omnibus, ovvero attraverso la comparazione con sistemi giuridici stranieri finalizzata all'importazione di garanzie atipiche, come accaduto nel caso delle garanzie autonome a prima richiesta, del contratto autonomo di garanzia o della lettera di patronage. Il fenomeno ha interessato in particolar modo il settore bancario, dando origine a nuove discipline organiche come quella del credito al consumo, della responsabilità degli intermediari finanziari e delle clausole di controllo nelle operazioni di *project financing*. Cfr. U. DRAETTA, *Le garanzie bancarie come forma di tutela dei contratti internazionali*, in *Le garanzie contrattuali*, a cura di U. DRAETTA – C. VACCA', Milano, 1994; G.

responsabilità patrimoniale, che ha persino portato taluni a dubitare della natura di norme di ordine pubblico dei principi che governano la materia²⁹.

Mentre nel settore delle garanzie personali, nonostante gli iniziali tentennamenti della dottrina e della giurisprudenza, il fenomeno ha subito una rapida espansione portando, mediante l'adattamento di schemi codicistici tipici o la comparazione con sistemi giuridici stranieri, all'emersione di figure come la fideiussione *omnibus*, il contratto autonomo di garanzia, le garanzie autonome a prima richiesta o la lettera di *patronage*; il settore delle garanzie reali è stato caratterizzato da un'ostinata difesa dei dogmi dell'inderogabilità della *par condicio creditorum*, della tipicità delle cause di prelazione e delle garanzie reali medesime, che sembrano eliminare a priori qualsiasi spazio di operatività all'autonomia privata.

Ciononostante, la spinta delle esigenze della moderna economia ha finito con l'incidere tutte le garanzie reali tipiche: particolarmente serrata è stata la critica al requisito, tipico del pegno, dello spossessamento; così come si è criticata la scelta del legislatore di non prevedere che l'ipoteca possa circolare autonomamente dal credito garantito, nonché la rigida formalità unita alle lungaggini ed all'elevato costo della procedure esecutive giudiziali che di fatto finiscono con rendere più onerosa la soddisfazione della pretesa dei finanziatori e, conseguentemente, l'accesso al credito.

La prassi ha del resto dimostrato (ed è in tal senso emblematica l'evoluzione maturata intorno al pegno rotativo) che una moderna strutturazione delle garanzie dell'obbligazione impone di considerare, al di là degli schemi formali imposti dalla tradizione, il fine perseguito e il complessivo assetto di interessi in gioco, onde modellare strumenti di tutela e rafforzamento del credito che siano in grado di assicurare, al contempo, una celere attuazione del diritto di credito senza alterare l'originario vincolo obbligatorio.

In buona sostanza, anche nel settore delle garanzie dell'obbligazione, spetta alla all'autonomia privata il merito di aver offerto soluzioni concrete per il superamento delle

CARRIERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, in *Trattato di dir. priv.*, diretto da L. BESSONE, XXXI, Torino, 2009; A. GORGONI, *Il credito al consumo*, Milano, 1994.

²⁹ Talune voci della dottrina parlano di "crisi della responsabilità patrimoniale" a fronte del moltiplicarsi delle ipotesi di separazione patrimoniale consentite dalla legge. Tale fenomeno, in sostanza avrebbe prodotto una inversione di ruoli, nel senso che dovrebbe riconoscersi il tramonto del principio, e della connessa *par condicio creditorum*, e prendere atto che ormai vi sono regole alternative poste sullo stesso piano di quella di cui all'art. 2744 c.c.

criticità derivanti dalla inattualità degli istituti codicistici a far fronte alle nuove esigenze di tutela del mercato del credito.

Nel prosieguo si tenterà, dunque, di analizzare se e come queste nuove forme di garanzie atipiche possano dialogare con il divieto posto dall'art. 2744 c.c. che, come noto, è la norma di chiusura delle disposizioni generali in tema di responsabilità patrimoniale e sancisce la nullità del c.d. patto commissorio, ossia del patto con cui creditore e debitore convengono, per il caso di inadempimento, che la proprietà della cosa data in pegno o in ipoteca, passi in capo al creditore. Tale indagine avrà lo scopo di verificare se tali incisioni della autonomia privata ne hanno segnato il definitivo superamento o piuttosto la riaffermazione, sebbene entro nuovi e precisi limiti.

2. Genesi ed evoluzione storica dell'istituto del patto commissorio: dal diritto romano alla codificazione del 1942.

Il divieto posto dall'art. 2744 c.c. affonda le sue radici nel diritto romano di età classica, dove la *lex commissoria*, secondo la definizione data da Ulpiano, consisteva nella “...*clausola apposta al contratto di compravendita che determina, in caso di mancato pagamento del prezzo entro il termine prestabilito, la restituzione della cosa venduta*”³⁰, la cui liceità era pacificamente ammessa³¹.

Tale clausola, idonea ad essere apposta a tutti i contratti a prestazioni corrispettive (in particolare nell'*emptio venditio* ove fu inquadrata come clausola accidentale tipica che subordinava l'efficacia del contratto all'avvenuto pagamento del prezzo, in funzione, dapprima, sospensiva e, poi, risolutiva con conseguente sopportazione del *periculum rei* in capo al compratore), trovò particolare diffusione con riguardo alla *fiducia cum creditore* ed al *pignus*. Nel *pignus* la *lex commissoria* rilevava in funzione satisfattiva reale con conseguente trasferimento della proprietà del bene in capo al creditore per l'ipotesi di inadempimento e veniva intesa quale limitazione all'arbitrio del creditore rispetto all'esperibilità cumulativa dello *ius retinendi* e dell'*actio crediti*. Nella *fiducia cum creditore* (l'archetipo delle alienazioni a scopo di garanzia) costituiva, invece, non una specifica clausola, ma un vero e proprio elemento strutturale inerente il contenuto del

³⁰ D. 18.3.1. (Ulp. 28 ad Sab.): “*Si funditus commissoria longevenierit, magis est, sub conditione resolvitur emptio, quam sub conditione contrahi videatur*”.

³¹ Sull'evoluzione storica della *lex commissoria* (innestata nella *fiducia cum creditore* e nel *pignus*), v., tra gli altri, G. MINNITI, *Garanzia e alienazione*, Torino, 2007, p. 5 ss.; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, Napoli, 2000, p. 35; A. BURDESE, in *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pegno*, Torino, 1949, p. 204.

pactum fiduciae che obbligava il creditore a restituire il bene alienato qualora il debitore fosse risultato adempiente.

Successivamente, il rischio che il debitore potesse patire la perdita della *res* anche quando il suo valore fosse di gran lunga superiore a quello del debito rimasto inadempito, spinse il legislatore romano ad introdurre il c.d. *pactum vendendi*³², clausola che obbligava il creditore alla restituzione dell'eccedenza di valore (il *superflum*) tra il ricavato della vendita del bene dato in garanzia e l'ammontare del debito. Solo l'esatto rispetto delle condizioni previste dal *pactum vendendi* consentiva il legittimo trasferimento della proprietà del bene oggetto del *pignus* ed ove la vendita fosse avvenuta *a non iure* il sistema romanistico approntava una serie di rimedi a tutela del debitore: le *rei vindicatio* e l'*exceptio doli*.

Con la dinastia dei Severi gli interventi di politica economica si mostrarono sempre più sensibili alle esigenze di protezione del debitore: il riconoscimento della rescindibilità dell'*emptio venditio* gravata da *laesio ultra dimidium*, il passaggio dal *certum pretium* allo *iustum pretium*, nonché il ricorso ai *tria praecepta iuris ulpianei* (*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*), costituirono, infatti, il fondamento sul quale si poggiò l'elaborazione del patto marciano, storicamente inteso quale correttivo della *lex commissoria* e la cui paternità è attribuita al giurista Elio Marciano, vissuto intorno al II-III sec. d.c.³³. In forza di detto patto le parti convenivano che per il caso di inadempimento la *res* data in garanzia (pignorizia o ipotecaria) passasse in proprietà al creditore purché nei limiti della corrispondenza di valore tra il credito garantito ed il bene oggetto della garanzia, da stimarsi ad opera di un terzo e con l'obbligo del creditore di restituire al debitore l'eventuale eccedenza. Il patto marciano rappresenta, dunque, il frutto della contaminazione in età classica tra la *lex commissoria* ed il *pactum vendendi*, ove l'effetto tipico della restituzione del *superfluum* viene esteso non soltanto alle ipotesi di cessione della *res*, ma anche di trattenimento del bene.

Ben presto, però, l'applicazione pratica della *lex commissoria* finì col confliggere con le esigenze di tutela del debitore e nel 324 d.c. con il celebre editto di Costantino inserito nel *Codex Theodosianum*³⁴, si sancì la nullità dei negozi costitutivi di pegno in

³² La prima menzione del *pactum vendendi*, è testimoniata in D. 47.10.15.32 (Ulp. 77 ad ed.) e si fa risalire al giurista Servio: "*Item si quis pignus proscripterit venditurus, tamquam a me acceperit, infamandi mei causa, Servius ait iniurarum agi posse*".

³³ D. 20.1.16.9 (Marc. l.s. ad form. hyp.): "*Potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem, iusto pretio tunc aestimandam; hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio*".

³⁴ CTh. 3.2.1 "*Imperator Costantinus A. Ad populum. Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri*".

cui le parti avevano convenuto che, per il caso di inadempimento, la proprietà della cosa data in garanzia sarebbe passata in capo al creditore. Il divieto appariva conforme ai nuovi orientamenti etico-religioso che ripudiavano fenomeni usurari³⁵ potenzialmente celati dietro pattuizioni commissorie, ritenute *contra bonos mores*, sull'onda dei quali furono emanati il noto editto di Milano ed altri provvedimenti dell'età di Costantino a tutela degli indigenti e diretti a salvaguardare i principi di carità ed eguaglianza in ossequio ai precetti del cristianesimo³⁶. Tuttavia, l'editto costantiniano del 324 d.c. non colpiva con la sanzione della nullità i patti costitutivi di pegno sorti posteriormente al contratto in cambio del pagamento, la vendita del bene oppignorato al creditore, e tutte le altre figure di vendita in garanzia che risultavano rispettose del correttivo introdotto con il patto marciano. L'obiettivo era, in sostanza, quello di evitare un ingiustificato arricchimento del creditore ai danni del debitore e non colpire *ex sé* la ritenzione della *res* in pagamento; circostanza che, del resto, giustificava la permanente liceità di istituti come l'*impetratio domini* e l'*interdictum Salvianum* caratterizzati dalla determinatezza del valore del bene attribuito al creditore in caso di inadempimento.

I principi del diritto romano furono recepiti anche nel diritto bizantino e nel diritto canonico. Il riconoscimento dell'illiceità del patto commissorio si rinviene, infatti, nella costituzione pontificia "*Ad nostram noveris audientiam*" di Innocenzo III³⁷, poi confermata dalle *Decretales* di Gregorio IX.

È, però, oggi consolidata l'opinione secondo cui vi fu un intervallo tra l'età romana e quella contemporanea ove la convenzione commissoria fu nuovamente ritenuta lecita perché sostanzialmente coincidente con il pegno germanico (ove la *lex commissoria*

Si quis igitur tali contractu laborat hac sanctione respiret, quae cum praeter itis quoque depellit, et futura prohibet; creditores enim re amissa recipere iubemus quod dederunt. La disposizione, fu in seguito recepita nella compilazione giustiniana in C. 8.34(35).3, sotto la rubrica "*De pactis pignorum et de commissoria lege in pignoribus rescindenda*". Il Codice teodosiano, dunque, non conteneva una definizione espressa del patto commissorio, ma individuava unicamente il contenuto che lo ha caratterizzato nella tradizione. Cfr. C. M. BIANCA, voce *Patto commissorio*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1976, XII, p. 712. Altri, v. G. GIORGI, in *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, ed. 1903, p. 851 e più di recente E. SACCHI, in *Lex commissoria e divieto del patto commissorio in Ius Antiquum*, 19/2007, hanno sostenuto che la nullità del patto commissorio avesse origini ancor più risalenti rispetto al provvedimento costantiniano, trovandosene tracce nei commentari catoniani ed in Cicerone. V. anche PIOLA, voce *patto commissorio*, in *Digesto Italiano*, Torino, 1906-1910, vol. XVIII, parte I, p. 1029 ss., il quale osserva che il patto si presumeva come tacitamente convenuto tra le parti e, pertanto, veniva comunemente definito patto commissorio tacito.

³⁵ Sulla stretta connessione tra proibizione della vendita con patto di riscatto e provvedimenti volti a sanzionare l'usura v. M. BUSSANI, *Patto di riscatto e patto commissorio. La porta stretta dei codificatori*, 2003, P. 354 E 359.

³⁶ Così si legge nelle opere dei primi glossatori Pietro di Bellapertica, Cino, Alberico, Paolo Castrense.

³⁷ C. M. BIANCA, *Patto commissorio*, op cit., p. 712 ss., legge nella decisione di Innocenzo III la volontà di vietare anche le vendite risolutivamente condizionate qualora in esse si nasconda "*un'anormale funzione di garanzia*", che è da considerare come presupposto per l'operatività del divieto, a prescindere dalla valutazione in concreto del carattere sperequativo degli atti e dall'ottenimento effettivo di interessi usurari.

rappresentava l'essenza stessa della garanzia pignoratizia). Ad esempio, quantomeno fino al XVII secolo, la dottrina maggioritaria è concorde nel ritenere pacifica la liceità del c.d. patto commissorio *ex intervallo*, ossia stipulato dopo la concessione della garanzia pignoratizia, sulla scorta del tradizionale rilievo secondo cui, una volta concessa la garanzia, il debitore non si troverebbe più in quella situazione di soggezione, o in uno stato di bisogno, che potrebbe minare la sua effettiva *voluntas* e farne una merce nelle mani del mutuatario. In tale prospettiva, tenuto conto anche della sopravvivenza di altri istituti come gli *sponsalia*, i *contratti dotali* o le transazioni, taluni ritengono che il divieto non avesse all'epoca portata generale³⁸.

Nelle codificazioni dell'età moderna fu per primo il *Code Napoléon* del 1804 a sancire la nullità del patto commissorio (*rectius* della *clause de voie parée*) all'art. 2078³⁹ con riguardo al pegno ed all'art. 2088⁴⁰ con riguardo all'anticresi. Due disposizioni dal contenuto sostanzialmente simile: da una parte, si faceva espresso divieto al creditore di disporre od appropriarsi del bene dato in pegno nell'ipotesi di inadempimento del debitore, salva la facoltà di richiederne giudizialmente la ritenzione in pagamento sino alla concorrenza del debito e previa stima del valore ad opera di un terzo; ovvero di procedere alla vendita all'incanto, sancendo la nullità di ogni patto tra creditore e debitore che consentisse l'espropriazione o la disposizione del pegno con modalità diverse da quelle espressamente previste; dall'altra, si prevedeva che il creditore non potesse conseguire la proprietà dell'immobile per il solo mancato pagamento del debito entro il termine convenuto, sanzionando con la nullità tutte le clausole contrarie ed affidando la tutela del creditore alla sole procedure di espropriazione giudiziale.

Il divieto, quantomeno inizialmente, non fu invece riproposto in materia di ipoteca ove, come osserva acuta dottrina, il patto commissorio non aveva ragione di esistere perché era stato lo stesso legislatore a prevedere, con disposizioni particolarmente rigorose, le modalità di attuazione della garanzia ipotecaria sottraendole al potere privato

³⁸ Il riferimento è a H. LEOTARDUS, *Liber singularis de usuris et contractibus usurariis coercendis*, Lugduni 1699, 493 ss.; F. MANTICA, *Vaticanae lucubrationes de taciti set ambiguï conventionibus I*, Colonia e Allobrogum, 1621, 269 ss. V. anche. A. PRONZATO, *La lex commissoria pignorum e la sua invalidità in diritto romano*, Torino 1912, p. 41.

³⁸J. GODOFREDO DE JENA, *De lege commissoria*, Francofurt ad Oderam, 1663, p. 92, ove si legge: "porro lex ult. C. 8.34 loquitur generaliter; ergo generaliter est intelligenda".

³⁹ Questo il testo dell'art. 2078 del *Code Napoléon* del 1804 nella sua formulazione originaria: «Le créancier ne peut, à défaut de paiement, disposer du gage; sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement et jusqu'à concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères. Tout clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus, est nulle»

⁴⁰ Questo il testo dell'art. 2088 del *Code Napoléon* del 1804 nella sua formulazione originaria «Le créancier ne devient point propriétaire de l'immeuble par le seul défaut de paiement au terme convenue; toute clause contraire est nulle: en ce cas, il peut pour suivre l'expropriation de son débiteur par le voies légales».

del creditore⁴¹. Tuttavia, anche tale scelta legislativa, sembrata ai più eccessivamente raffinata, scontò le problematiche applicative e le diatribe in ordine alla derogabilità della procedura esecutiva, sicché il legislatore francese finì per estendere la nullità della *clause de voie parée* anche all'ipoteca modificando l'art. 742 del *Code de procédure civile*.

I principi di tradizione romanistica furono recepiti anche nella codificazione tedesca (il BGB lo accolse al par. 1229 in materia di pegno e al par. 1149 in materia di ipoteca), spagnola, svizzera e olandese.

Quanto all'ordinamento italiano, con il codice civile del 1865 si è sostanzialmente recepita la struttura del codice napoleonico, sancendo la nullità del patto commissorio in materia di pegno ed anticresi rispettivamente agli artt. 1884 e 1894.

Nella disciplina del pegno si consentiva così al creditore di trattenere il bene oppignorato in pagamento sino alla concorrenza del debito e previa stima del suo valore. L'art. 1884 c.c. prevedeva, infatti, che: *“Il creditore non può disporre del pegno pel non effettuato pagamento; ha però il diritto di far ordinare giudizialmente che il pegno rimanga presso di lui in pagamento e fino alla concorrenza del debito secondo la stima da farsi per mezzo di periti, oppure che sia venduto all'incanto. È nullo qualunque patto che autorizzi il creditore ad appropriarsi del pegno od a disporre senza le formalità sopra stabilite”*. Disposizione analoga era contenuta nel codice di commercio del 1882 all'art. 459 con riguardo al pegno commerciale.

Per i beni immobili oggetto di anticresi ai sensi dell'art. 1894 operava un divieto assoluto secondo cui *“il creditore non diventa proprietario dell'immobile per la sola mancanza del pagamento nel termine convenuto: qualunque patto contrario è nullo. In mancanza di pagamento può domandare, coi mezzi legali, la espropriazione del suo debitore”*.

Anche nell'esperienza italiana, come in quella francese, l'estensione del divieto del patto commissorio alla garanzia ipotecaria fu oggetto di un vivace dibattito⁴² tra dottrina e giurisprudenza che vide la prima sostenere l'inammissibilità di un'interpretazione analogica dell'art. 1884 c.c. in quanto norma eccezionale e la seconda, invece, ammetterla sulla scorta dell'interesse pubblico del monopolio della tutela esecutiva in capo allo Stato, alla cui protezione la norma si riteneva deputata. Detto orientamento giurisprudenziale subì, però, un'inversione di rotta con la sentenza della Suprema Corte di Cassazione del

⁴¹ C. M. BIANCA, *Patto commissorio*, op. cit. p. 713.

⁴² Sui problemi interpretativi in ordine alla portata del divieto del patto commissorio nel vigore del codice del 1865 cfr. G. MINNITI, *Garanzia e alienazione*, Torino, 2007, p. 35 ss; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, Napoli, 2000, p. 35.

28 luglio 1923⁴³ che, facendo proprie le riflessioni della dottrina maggioritaria, attribuì all'art. 1884 c.c. carattere di norma eccezionale e, pertanto, non estensibile al patto commissorio accedente alla garanzia ipotecaria.

L'ammissibilità del patto commissorio ipotecario⁴⁴ fu, quindi, unanimemente sostenuta fino alla codificazione del 1942 ed in giurisprudenza si giunse perfino ad affermare, principalmente con riguardo all'istituto della vendita con patto di riscatto, la liceità delle pattuizioni commissorie su beni immobili slegate da garanzie ipotecarie. Questo assetto rimase pressoché immutato sino al 1945, allorquando, con un nuovo mutamento di rotta, la Corte di Cassazione con la sentenza n. 259 del 16 aprile 1945⁴⁵ sancì (ancora) la nullità del patto commissorio ipotecario.

Il codice civile del 1942 ha accolto il millenario⁴⁶ divieto del patto commissorio all'art. 2744 estendendolo, a differenza del codice del 1865, oltre che al pegno sia all'ipoteca sia al c.d. patto commissorio *ex intervallo*, ossia alla pattuizione commissoria stipulata successivamente alla concessione della garanzia: *“È nullo il patto con il quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore. Il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno”*.

Analoga previsione è prevista con riguardo al patto commissorio anticretico nell'attuale art. 1963 c.c. che commina con la nullità *“...qualunque patto, anche posteriore alla conclusione del contratto, con cui si conviene che la proprietà dell'immobile passi al creditore nel caso di mancato pagamento del debito”*.

Anche il legislatore del 1942 nulla ha, invece, disposto con riguardo al patto commissorio autonomo, al patto commissorio obbligatorio ed al patto marciano lasciando persistere, anche nella disciplina vigente, le problematiche ed i dubbi interpretativi che già animavano dottrina e giurisprudenza nel vigore del codice civile del 1865⁴⁷.

Ciò spiega perché, come è stato osservato, il patto commissorio pur avendo nella previsione legislativa una precisa connotazione, appare piuttosto come *“il risultato*

⁴³ Cass. Civ. 28.07.1923, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1924, II, 233 ss.

⁴⁴ C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, p. 81.

⁴⁵ Cass. Civ. sentenza n. 259 del 16.04.1945 in *Foro It.*, 1945.

⁴⁶ L'espressione è di A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Rivista di diritto civile*, I, 2017, p. 11.

⁴⁷ Più specificatamente, per i problemi interpretativi cui aveva dato luogo la normativa codicistica nel vigore del codice del 1865 si vedano i cenni riassuntivi di G. PUGLIESE, *Nullità del patto commissorio e vendita con patto di riscatto*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1945, p. 156; ID., *Ancora sul divieto del patto commissorio in relazione alla vendita con patto di riscatto*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1946, I, p. 87; ID., *Nuovo orientamento giurisprudenziale in tema di patto di riscatto*, in *Foro it.*, 1947, p. 813; V. ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca, artt. 2740-2899*, II ed., Bologna-Roma, 1955, p. 51 ss.

*trahitio di una determinata evoluzione storica avvenuta con successive stratificazioni*⁴⁸ che hanno dato origine a continui esercizi interpretativi volti ad estendere la portata del divieto ben oltre il dato testuale e dei quali nelle pagine che seguono si cercherà di dare atto.

3. Struttura, ambito di applicazione ed effetti del divieto ex art. 2744 c.c.

Dato atto dell'evoluzione storica del divieto, si può affermare che nell'attuale configurazione legislativa per aversi patto commissorio occorre: che esista un'obbligazione principale (generalmente nascente da un contratto di mutuo) da adempiere entro un certo termine; che esista un rapporto accessorio di garanzia, ossia che il debitore (o un terzo)⁴⁹ abbiano garantito il rapporto principale mediante la costituzione di pegno, ipoteca o anticresi (*ex art. 1963 c.c.*) su un bene determinato; infine, che al negozio di garanzia venga aggiunta contestualmente (patto commissorio *in continendi*) o successivamente (patto commissorio *ex intervallo*) una specifica pattuizione (quella commissoria) in forza della quale si prevede il trasferimento della proprietà del bene oggetto della garanzia del credito, per l'ipotesi di inadempimento dell'obbligazione principale entro il termine pattuito.

Secondo tale connotazione strutturale il patto commissorio assume, dunque, le vesti di una convenzione accessoria ad una garanzia reale nominata (od al contratto di anticresi secondo l'analoga previsione di cui all'art. 1963 c.c.), avente ad oggetto l'alienazione del diritto di proprietà del bene su cui insiste la garanzia, sospensivamente condizionata al mancato pagamento del debito⁵⁰.

⁴⁸ C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, op. cit., p. 85 ss. L'autore è richiamato da M. IACUANIELLO BRUGGI, voce *Patto Commissorio*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1990, p. 1.

⁴⁹ Con riguardo al problema della nullità del patto commissorio anche nelle ipotesi in cui la garanzia sia costituita da un terzo, si è osservato che la legge vieta l'automatico trasferimento della cosa al creditore, ma non prende affatto in considerazione se essa sia di proprietà del debitore o di un terzo, il patto deve quindi essere considerato nullo, indipendentemente da chi abbia costituito la garanzia. V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, 1952, p. 40; V. ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, op. cit., p. 54. Tra le prime pronunce giurisprudenziali si veda Cass. Civ., 3.06.1983, n. 3800, in *Foro it.*, 1984, I, p. 212; in *Giust. Civ.*, 1983, I, p. 2953 ed in *Vita not.*, 1983, I, p. 600.

⁵⁰ Così S. MAZZAMUTO, in *Manuale del diritto privato*, AA. (a cura di) S. MAZZAMUTO, Torino, 2016, p. 537-538. Secondo alcuni autori il riferimento alla proprietà contenuto nell'art. 2744 c.c. deve intendersi in senso lato come riferito ad un «trasferimento del diritto gravato dalla garanzia», con la conseguenza che il divieto del patto commissorio trova applicazione anche all'ipotesi in cui ad essere gravati da ipoteca siano i diritti di usufrutto, enfiteusi, il correlativo diritto del concedente, ovvero il diritto di superficie. V. ANORIOLI, *Divieto del patto commissorio*, op. cit., p. 55; C. M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, t. 2, in *Comm. c.c.*, Torino, 1976, p. 97; E. ROPPO, *Note sopra al divieto del patto commissorio*, in *Riv. Not.*, 1981, p. 399.

Già nelle prime applicazioni giurisprudenziali, si osservava infatti che: “...*Il patto commissorio ha come indefettibile presupposto l'esistenza di un'obbligazione il cui inadempimento determinerà il passaggio in proprietà del creditore della cosa datagli in garanzia. Pertanto, qualora si accerti che al momento della vendita, che si assume dissimulare un patto commissorio, la preesistente obbligazione sia stata realmente estinta, tale accertamento, facendo venir meno il presupposto del patto commissorio, lo rende logicamente e giuridicamente inconcepibile, non potendosi più verificare l'inadempimento del credito ormai estinto*”⁵¹.

Al contrario dell'inadempimento dell'obbligazione principale, già le prime pronunce giurisprudenziali non qualificavano come presupposti necessari per l'operatività del divieto *ex art. 2744 c.c.* la fissazione del termine per l'adempimento e l'esatta quantificazione dell'ammontare della somma mutuata.

Quanto al primo elemento, negando che la preventiva fissazione di un termine per l'adempimento dell'obbligazione principale da parte del debitore sia essenziale perché si possa parlare di patto commissorio, si è giunti a sostenere la nullità anche del patto aggiunto ad un mutuo che non preveda un termine per la restituzione della somma mutuata⁵². Del pari, si è ritenuto che la mancata esatta individuazione sia dell'ammontare della somma mutuata sia di quella da restituire, non incidessero sulla sussistenza del debito, che è l'unico elemento richiesto per la configurabilità del patto commissorio⁵³.

Sebbene non siano mancate talune isolate voci di segno contrario⁵⁴, l'operatività del divieto di cui all'art. 2744 c.c. è stata pacificamente ammessa dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritarie con riguardo al patto commissorio stipulato tra creditore e terzo proprietario del bene offerto in garanzia, ciò sul duplice rilievo secondo cui: da un

⁵¹ Cfr. Cass. Civ., 8.01.1972 n. 40, in *Giust. Civ., Mass.*, 1972, p. 16. Si vedano anche Cass. Civ., 29.4.1980 n. 2854, in *Giur. it., Mass.*, 1980, p. 717; Cass. Civ., 11.8.1982 n. 4539, in *Arch. Civ.* 1983, p. 283; Cass. Civ., 12.11.1982 n. 6005, in *Giur. It., Mass.*, 1982, p. 1438, che ha negato l'operatività del divieto del patto commissorio nel caso di trasferimento della proprietà della cosa pattuito a posteriori per soddisfare un precedente credito rimasto insoluto.

⁵² Cfr. Cass. Civ., 11.3.1954 n. 696, in *Giust. Civ.*, 1954, p. 519 ss.; Cass. Civ., 3.6.1983 n. 3800, in *Foro it.*, 1984, I, p. 212, in *Giust. Civ.*, 1983, I, p. 2953 e in *Vita not.*, 1983, I, p. 600. In tal caso, la richiesta fatta al giudice per la fissazione di un termine ai sensi dell'art. 1817 c.c. e la successiva intimazione di pagamento valgono a mettere in mora il mutuatario per la restituzione, ma al mancato pagamento nel termine non farà seguito il trasferimento del bene, data la nullità del patto commissorio, così C. M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, op. cit., p. 97.

⁵³ Cfr. Cass. Civ., 3.6.1983 n. 3800, in *Foro it.*, 1984, I, p. 212, in *Giust. Civ.*, 1983, I, p. 2953 e in *Vita not.*, 1983, I, p. 600; Cass. Civ., 5.8.1985 n. 4387, in *Giur. It., Mass.*, 1985, p. 833.

⁵⁴ Cfr. Cass. Civ., 12.02.1993 n. 1787, in *Foro it.*, 1993, I, p. 63 ss. con nota di A. MORACE PINELLI, che rileva come se lo scopo della norma è quello di evitare forme di coazione morale del debitore tali per riguardo al terzo cui quest'ultimo spinto dalla necessità di ottenere un finanziamento e confortato dalla speranza di poter conservare il bene offerto in garanzia, potrebbe addivenire alla stipulazione di un patto commissorio, tale coazione morale del creditore non potrebbe operare.

lato, la legge non opera alcuna distinzione tra garanzia offerta dal creditore e garanzia offerta dal terzo; dall'altro, se il fine perseguito dalla norma è quello di scongiurare il pregiudizio sociale del prevalere di queste forme di garanzia e degli inconvenienti ad esse legati, non v'è motivo di distinguere tra le due ipotesi⁵⁵.

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

Secondo una parte della dottrina, rimasta minoritaria, il patto commissorio obbligatorio deve ritenersi lecito in quanto nella promessa di vendita manca quell'acquisto automatico della *res* "senza alcuna altra formalità" su cui si poggia invece l'art. 2744 c.c., e l'effetto traslativo opera *ex nunc* a seguito della conclusione del negozio traslativo cui è obbligato il debitore, ovvero a seguito della sentenza *ex art.* 2932 c.c.⁵⁶. L'opinione maggioritaria⁵⁷, invece, ritiene nullo anche tale patto sia perché medesima è l'esigenza di tutela del debitore e dei creditori concorrenti sia perché "*...il patto commissorio presenta, sia nel caso di un'efficacia reale che in quello di un'efficacia*

⁵⁵ Si veda G. M. PELLEGRINI, *In tema di alienazioni in garanzia e patto commissorio*, *Giur. It.*, 1991, I, p. 1208; G. AZZARITI, Nota a Cass. Civ., 3.06.1983 n. 3800, in *Giust. Civ.*, 1983, I, p. 2958; V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, in *Foro. It.*, 1989, I, p. 1428. In giurisprudenza cfr. Cass. Civ. 16.08.1990 n. 8325, in *Giur. It.*, I, p. 1208; cass. Civ., 3.06.1983 n. 3800 in *Giust. Civ.*, 1983, I, p. 2958.

⁵⁶ Così, G. STOLFI, *Promessa di vendita e patto commissorio*, in *Foro pad.*, 1957, I, p. 767.

⁵⁷ Per la dottrina v. C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, op. cit., p. 177 ss. e 716; F. DALMAZZO, *Divieto del patto commissorio e promessa di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. Dir. comm.*, 1958, II, p. 180; M. FRAGALI, *Del mutuo*, in *Comm. Scialoja-Branca, sub. artt. 1813-1822*, II ed., 1966, p. 249; C. M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, op. cit., p. 98; U. CARNEVALI, *Patto commissorio*, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 505; R. TRIOLA, *Il problema della liceità del c.d. patto commissorio obbligatorio*, in *Giur. Agr. it.*, 1989, II, p. 89. In giurisprudenza cfr. App. Venezia, 5.9.1916, in *Riv. Dir. comm.*, 1917, II, p. 706; App. Bari, 15.12.1955, in *Foro it.*, 1956, I, p. 1589; Cass. Civ., 24.6.1957 n. 2402, in *Giur. It.* 1958, I, p. 463, in *Riv. dir. comm.*, 1958, II, p. 180, con nota di F. DALMAZZO, *Divieto del patto commissorio e promessa di vendita a scopo di garanzia*, in *Giust. civ.*, 1957, I, p. 1960, con annotazione di R. GRANATA, in *Foro pad.*, 1957, I, p. 767, con nota di G. STOLFI, *Promessa di vendita e patto commissorio*, op. cit., p. 767; Trib. Firenze, 15.6.1966, in *Giur. It.*, 1967, I, 2, p. 508, in *Giur. tosc.*, 1967, p. 168, in *Riv. dir. comm.*, 1967, II, p. 157; Trib. Savona, 31.12.1980, in *Giur. mer.*, 1981, p. 599; Cass. Civ. 12.11.1982 n. 6005, in *Giur. it. Mass.*, 1982, p. 1438; Cass. Civ., 9.6.1986 n. 3815, in *Giur. it. Mass.*, 1986, p. 649. Tra i sostenitori della tesi dell'illiceità del patto commissorio obbligatorio non v'è, però, unanimità di venute circa il tipo di invalidità che colpirebbe il trasferimento della proprietà attuato in sua esecuzione: secondo alcuni si tratterebbe di annullabilità per errore di diritto (ossia per erronea convinzione circa la doverosità giuridica del patto); secondo altri, invece, si tratterebbe di nullità per mancanza di causa (attesa la illiceità del patto che si vuole eseguire).

obbligatoria, l'identico contenuto, di attribuzione di un determinato bene a diretto soddisfacimento del creditore per l'eventualità che l'obbligazione non sia adempiuta"⁵⁸. Del resto, come è stato correttamente osservato, nella promessa di vendita la mancanza di un automatico trasferimento di proprietà perde di rilievo a fronte della possibilità di un'esecuzione in forma specifica *ex art. 2932 c.c.* che soddisfa integralmente l'interesse del creditore. Semmai l'unica differenza rispetto all'ipotesi del patto commissorio ad effetti reali risiede nella possibilità che il debitore con il patto commissorio obbligatorio, prima della scadenza dell'obbligazione, potrebbe alienare a terzi il bene oggetto della garanzia⁵⁹.

La disposizione contenuta nell'ultimo inciso dell'art. 2744 c.c. (e, parallelamente dell'art. 1963 c.c.) ha, invece, posto definitivamente fine alla tormentata questione della liceità del patto commissorio *ex intervallo* che aveva animato il dibattito degli interpreti nel vigore del codice previgente⁶⁰. Se allora la pattuizione commissoria stipulata successivamente alla costituzione della garanzia reale era dai più ritenuta valida, oggi ne è indiscussa la nullità⁶¹. Deve, tuttavia, darsi atto all'interno della dottrina maggioritaria delle posizioni⁶² di chi esclude la configurabilità del patto commissorio nell'ipotesi di vendita della *res* successiva alla costituzione della garanzia, stipulata prima o dopo la scadenza del debito, con la contemporanea estinzione della garanzia, e sempre che si tratti di vendita reale. Questi stessi autori, però, finiscono con l'ammettere la possibilità che dietro simili pattuizioni possa celarsi un patto commissorio vietato, soprattutto se si considera che la progressiva dilatazione della norma oltre i confini che le sono propri ha indotto gli interpreti a considerare nulle anche le pattuizioni commissorie slegate dal rilascio di una garanzia reale tipica (c.d. patto commissorio autonomo). Al contrario,

⁵⁸ L'espressione è di C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, op. cit., p. 183 ss.

⁵⁹ Così si esprime M. IACUANIELLO BRUGGI, voce *Patto Commissorio*, op. cit., p. 2.

⁶⁰ Sul punto, per il codice civile abrogato v. per tutti B. BRUGGI, *Patto commissorio ex intervallo*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, II, p. 396 ss.; E. ENRIETTI, *Patto commissorio ex intervallo*, in *Riv. dir. priv.*, 1939, I, p. 21 ss.; nonché i riferimenti di V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, op. cit., p. 49 ss.; C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio* op. cit., p. 206 ss.

⁶¹ In questi termini, *inter alia*, C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio* op. cit., p. 206 s.; C. M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, p. 111 ss., che adducono differenti *rationes* ispiratrici della norma. Per la giurisprudenza v. Cass. Civ., 31.7.1954, in *Foro pad.*, 1955, I, p. 1034, secondo la quale il patto è nullo pure se convenuto in occasione della concessione di una proroga alla scadenza dell'obbligazione garantita; Cass. Civ., 30.4.1952 n. 1207, in *Foro it.*, 1953, I, p. 49; Cass. Civ., 18.2.1955 n. 486, in *Giur. it. Mass.*, 1955, p. 106; Cass. Civ., 21.7.1956 n. 2828, in *Giur. it. Mass* 1956, p. 590, che affrontano il problema del carattere innovativo o meno della disposizione; in tema v. anche Cass. Civ., 2.4.1979 n. 1868, in *Giur. it. Mass.*, 1979, p. 495.

⁶² V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, op. cit., p. 80 ss.; C. M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, op. cit., p. 112. Contra M. D'AMELIO, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale: disposizioni generali*, in *Comm. D'Amelio-Finzi*, libro *Della tutela dei diritti*, Firenze, 1943, p. 453.

sembra più pacificamente esclusa la configurabilità del patto commissorio nell'ipotesi della consegna (o dell'obbligo di consegna) del bene in pagamento avvenuta dopo la scadenza del debito, giacché in tali ipotesi sembrerebbe più corretto parlare di *datio in solutum*⁶³.

Il problema della forma del patto *ex art. 2744 c.c.* non ha, invece, destato particolare attenzione da parte della dottrina, probabilmente perché, come è stato osservato, si tratterebbe di uno sforzo interpretativo eccessivo, quando non anche inutile, accertare quale forma deve rivestire un patto destinato alla declaratoria di nullità. Ciononostante, si è ritenuto che quantomeno il patto commissorio che accede alla garanzia ipotecaria debba rivestire forma scritta *ad substantiam ex art. 1340 c.c.*⁶⁴

Sebbene sia indubbio che con la codificazione del 1942 si siano compiuti significativi passi avanti nel tentativo di superare le incertezze interpretative in ordine alla struttura ed all'ambito di applicazione del divieto di cui all'art. 2744 c.c., l'attuale formulazione della norma deve ritenersi ancora inadeguata⁶⁵ a ricomprendere tutte quelle fattispecie che, stando alla logica dell'ordinamento e come dimostrato dalle istanze della prassi, sono suscettibili di ricadere nell'orbita del divieto.

Emblematica è in tal senso l'osservazione secondo cui non vi sarebbero ragioni per ritenere non configurabile il patto commissorio allorquando oggetto del trasferimento sia non già il diritto di proprietà (di cui parla espressamente la norma), ma un diritto reale minore come l'usufrutto, l'enfiteusi od il diritto di superficie che pure sono frequentemente oggetto della garanzia ipotecaria⁶⁶. Così come già i primi commentatori del nuovo codice civile hanno sostenuto l'applicabilità del divieto anche al patto con cui si dispone che, per il caso di inadempimento, la proprietà del bene oggetto di privilegio speciale passi automaticamente in capo al creditore per l'effetto del mancato pagamento entro il termine pattuito⁶⁷.

Parimenti criticata è stata la scelta del legislatore del 1942 di non aver regolamentato gli effetti del divieto del patto commissorio sul negozio di garanzia, lasciando ancora una

⁶³ Così sempre V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, op. cit., p. 80; C. M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, op. cit., p. 113; U. CARNEVALI, *Patto commissorio*, op. cit., p. 505. Per un interessante caso di specie, si veda anche Cass. Civ., 30.3.1968 n. 995, in *Giur. it. Mass.*, 1968, p. 346; ma anche Cass. Civ., 12.11.1982 n. 6005, in *Giur. it. Mass.*, 1982, p. 1438; Cass. Civ., 18.4.1984 n. 2544, in *Giur. it. Mass.*, 1984, p. 514.

⁶⁴ Il riferimento è a V. ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, op. cit.,

⁶⁵ Si esprime in termini di adeguatezza E. ROPPO, *Divieto del patto commissorio*, op. cit.

⁶⁶ In tal senso, V. ANORIOLI, *Divieto del patto commissorio*, op. cit., p. 55; C. M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, op. cit., p. 97; E. ROPPO, *Note sopra al divieto del patto commissorio*, op. cit., p. 399.

⁶⁷ Sul punto v. L. TARANTINO, *Patto commissorio, alienazioni in garanzia ed autonomia privata: alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Contratti*, 2012 p. 1030.

volta agli interpreti il compito di chiarire se la nullità prescritta dall'art. 2744 c.c. investa unicamente la clausola commissoria ovvero si propaghi fino ad imporre la nullità dell'intero contratto di garanzia cui esso accede. È opinione diffusa che al riguardo debba farsi ricorso all'art. 1419 c.c., ma si dibatte se ad essere richiamata debba essere la disposizione di cui al primo od al secondo comma.

Nell'immediatezza dell'entrata in vigore del codice del 1942, una parte della dottrina, in forza del primo comma dell'art. 1419 c.c., ha sostenuto che la nullità del patto commissorio comportasse la caducazione dell'efficacia anche del negozio di garanzia ogni volta che si fosse accertato che i contraenti non lo avrebbero concluso senza la clausola commissoria, con la conseguenza che il creditore sarebbe ritornato tra la schiera dei chirografari⁶⁸. Tale tesi, tuttavia, è stata criticata da quella parte della dottrina⁶⁹ secondo cui dall'applicazione del primo comma dell'art. 1419 c.c. deriverebbero conseguenze difformi dalla reale volontà delle parti tali per cui il creditore intenzionato ad ottenere un rafforzamento della garanzia si troverebbe retrocesso al rango di chirografario, mentre quello che pur essendo addivenuto alla stipulazione della clausola commissoria si sarebbe comunque accontentato della sola garanzia reale, continuerebbe a godere del diritto di prelazione. Secondo questa prospettiva l'unico legittimato a far valere la nullità del negozio di garanzia sarebbe pertanto il creditore e la domanda di nullità da parte del debitore andrebbe respinta perché contraria a buona fede o basata su un'*exceptio doli*; tale conclusione però non tiene conto del fatto che la disciplina generale in materia di invalidità legittima all'azione di nullità chiunque vi abbia interesse.

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

⁶⁸ Così V. ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, op. cit., p. 56, che però non ritiene giustificato il richiamo all'art. 1419 c.c. in caso di patto non contestuale, perché esso non sarebbe connesso alla restituzione della garanzia, ma alla proroga del termine, travolgendolo nella nullità; Contra V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, op. cit., p. 40 ss. Con specifico riguardo all'anticresi si veda V. TEDESCHI, *L'Anticresi*, in *Tratt. Vassalli*, rist., Torino, 1954, p. 65; M. D'ORAZI FLAVONI, *Fideiussione. Mandato di credito. Anticresi*, in *Tratt. Grosso-Santoro Passarelli*, V, Milano, 1961, p. 71; M. FRAGALI, *Dell'anticresi*, in *Comm. Scialoja-Branca, sub. Artt. 1960-1991*, II ed., Bologna-Roma, 1974, p. 200 ss. In giurisprudenza cfr. Cass. Civ., 17.4.1980 n. 2546, in *Giur. it. Mass.*, 1980, p. 645, ove si legge che lo stabilire se i contraenti avrebbero o meno concluso il contratto senza la parte affetta da nullità costituisce valutazione di fatto rimessa al giudice di merito e insindacabile in sede di legittimità.

⁶⁹ E. ROPPO, *Il divieto del patto commissorio*, in *Tratt. Dir. Priv.*, diretto da P. RESCIGNO, XXIX vol., Torino, 1985, p. 446.

Per scongiurare, però, le conseguenze paradossali cui si giungerebbe seguendo questa prospettiva, altro indirizzo dottrinario⁷⁰ ha optato per la salvaguardia del negozio di garanzia nonostante la nullità del patto commissorio negando qualsivoglia collegamento negoziale tra le due fattispecie.

Più di recente, altra parte della dottrina⁷¹ ha prospettato il superamento del problema dell'estensione della nullità *ex art. 2744 c.c.* al negozio di garanzia in forza del secondo comma dell'art. 1419 c.c. a mente del quale, come noto, la nullità di singole clausole non comporta la caducazione dell'intero contratto quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative; sicché la sanzione della nullità rimarrebbe circoscritta alla sola clausola commissoria che si considererebbe come non apposta ed il creditore resterebbe comunque sufficientemente tutelato dalla garanzia personale *ad rem*⁷².

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

Ad ogni modo, gli sforzi interpretativi in ordine all'individuazione della struttura e dell'ambito di operatività del patto commissorio sono, come taluno ha osservato, soltanto il primo indice di "un certo malessere"⁷³ che si fa ancor più acuto allorquando, come appresso si vedrà, si tenta di indagarne la *ratio*.

⁷⁰ Così, BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, in *Comm. cod. civ. Schlesinger*, sub art. 2744, Milano, 1991.

⁷¹ In tal senso N. CIPRIANI, *Nuovi scenari in tema di patto commissorio autonomo*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, p. 414. Bisogna considerare, in sostanza, che quando la nullità di un determinato patto connesso a una fattispecie contrattuale è sancita espressamente, ciò vuol dire che si è voluto soltanto la nullità di quel determinato patto e non dell'intero negozio, così C. M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, op. cit., p. 34 ss.. Per un'attenta analisi delle diverse soluzioni prospettabili v., da ultimo, E. ROPPO, *Note sopra al divieto del patto commissorio*, op. cit., p. 408 ss.; ID., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. Rescigno*, 19, Torino, 1985, p. 445 ss.; per spunti interessanti F. REALMONTE, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, in *Foro it.*, 1989, I, p. 1446. In giurisprudenza la Cass., 12.3.1983, n. 1866, in *Giur. it. Mass.*, 1983, 486, ha affermato che l'invalidità del patto commissorio non si estende al relativo contratto di anticresi. L'orientamento è più di recente condiviso anche da Cass., 25 maggio 2000, n. 6864, in *Foro It.*, 2000, I, 3156 ove si legge "...ove sia stato stipulato un contratto costitutivo di società dissimulante un mutuo garantito da patto commissorio, la nullità di quest'ultimo non produce alcuna conseguenza sull'obbligazione del mutuatario, derivante dal contratto dissimulato di mutuo, di restituire il denaro e gli interessi legali"; nonché da Cass. Civ., 1201.2009 n. 437.

⁷² E' stato pure osservato che ammesso che la nullità del patto commissorio non importa nullità né del mutuo, né del relativo negozio di garanzia, niente vieta, tuttavia, che il creditore pignoratorio, a norma dell'art. 2798 c.c., possa domandare al giudice che la cosa gli venga attribuita in pagamento fino alla concorrenza del debito, così come il creditore ipotecario può far ricorso alla procedura espropriativa *ex art. 2808 c.c.* e artt. 555 ss. c.p.c., e in particolare, potrà anche farsi aggiudicare l'immobile nella vendita con incanto *ex art. 585, 2° co.*, c.p.c.. Il riferimento è a M. IACUANIELLO BRUGGI, voce *Patto Commissorio*, op. cit., p. 3.

⁷³ L'espressione è di M. IACUANIELLO BRUGGI, voce *Patto Commissorio*, op. cit., p. 4.

4. La teleologia del divieto del patto commissorio: tra norma materiale e generalità. La questione della *ratio*.

Per comprendere e tentare di risolvere le difficoltà dogmatiche incontrate nella ricostruzione della struttura e dell'ambito di applicazione del divieto del patto commissorio, nonché i dubbi interpretativi emersi nella prassi, occorre necessariamente interrogarsi sulla *ratio* dell'art. 2744 c.c. che sin dalla sua entrata in vigore ha impegnato per anni gli interpreti, tanto che quasi un secolo fa fu detto che trattare del patto commissorio e della sua *ratio* “*somiglia più ad un'opera vana, non potendosi far altro che evocare gli insegnamenti ricevuti, soprattutto quelli dei maestri del diritto comune*”⁷⁴.

Ciò non toglie, però, che è proprio l'individuazione del fondamento del divieto a rivelarsi il punto nodale delle problematiche che ruotano intorno al patto commissorio: è sulla base della *ratio* dell'art. 2744 c.c. che si spiega la liceità delle figure affini del pegno irregolare e del patto marciano, che se ne è estesa l'applicabilità al patto commissorio obbligatorio e che si tenta di spiegare se la norma abbia natura materiale⁷⁵ (nel senso cioè di vietare un dato risultato economico a prescindere dalla forma giuridica concretamente adottata dai contraenti) o piuttosto eccezionale perché attinente al solo patto commissorio “tipizzato” e non già alle pur numerose figure affini idonee a produrre i medesimi effetti (con evidenti ripercussioni sulla problematica delle alienazioni a scopo di garanzia e, in particolare, sulla vendita con patto di riscatto).

Le teorie più antiche fondano la *ratio* del divieto del patto commissorio nella necessità, già avvertita al tempo dei romani, di scongiurare fenomeni usurari, tesi che in età moderna si è poi sviluppata e tradotta, dapprima, nell'esigenza di ordine generale di evitare la c.d. *debitoris suffocatio*⁷⁶, ossia che la volontà del debitore in stato di bisogno non fosse soggetta a forme di coazione del creditore, successivamente, nell'esigenza di

⁷⁴ L'espressione è di CHIRONI, *Ipoteca e patto commissorio*, in *Riv. Dir. comm.*, 1917, II, p. 706. L'autore è richiamato da E. CARBONE, *Debitoris suffocatio e patto commissorio*, in *Rim. Trim. dir. proc. civ.*, 4, 2012, p. 1087.

⁷⁵ L'inclinazione teleologica riflette l'essenza del patto commissorio annoverabile tra le norme materiali. La categoria, nelle parole del suo teorico, rileva quando la norma non si dirige contro una particolare forma giuridica (*spezielle Rechts form*), ma preclude, per il tramite del divieto di quella, un certo risultato economico in sé e per sé (*okonomische Resultat selbst*). Così KOHLER, *Studien uber Mentalreservation und Simulation*, in *Jherings jahrbuchen*, 1878, p. 144.

⁷⁶ In questi termini è anche la Relazione al Re, n. 1127 illustrativa del codice civile del 1942. In dottrina v. V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, op. cit., p. 32 ss; L. LORDI, *Del pegno*, in *Comm. D'Amelio-Finzi*, libro *Della tutela dei diritti*, Firenze, 1943, p. 649; F. MARTORANO, *Cauzione e pegno irregolare*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, I, p. 115 ss.; D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, II ed., rist., Milano, 1971, p. 1027. In giurisprudenza v. Cass. Civ., 5.4.1960 n. 776, in *Foro pad.*, 1961, I, p. 49; Cass. Civ., 19.7.1967 n. 1848, in *Giur. Mass.*, 1967, p. 707; Cass. Civ., 18.4.1984 n. 2544, in *Giur. it. Mass.*, 1984, p. 514.

impedire la conclusione di un patto a condizioni inique con indebito vantaggio per il creditore, laddove l'iniquità è intesa come sproporzione tra il valore del bene dato in garanzia e l'ammontare del credito garantito⁷⁷. Si è, però, facilmente obiettato che se davvero il legislatore avesse voluto unicamente tutelare l'interesse del debitore non avrebbe fatto ricorso alla categoria della nullità per sanzionare l'invalidità del patto, poiché essa è posta a presidio di interessi generali, ma piuttosto a quella della annullabilità⁷⁸, considerato peraltro che alla tutela delle situazioni in cui si registra notevole sproporzione tra il debito ed il credito è deputata l'azione di rescissione per lesione di cui all'art. 1448 c.c.⁷⁹

Già nel vigore del codice del 1865 prese, poi, corpo la teoria di stampo pubblicistico che individuava la ratio dell'art. 2744 c.c. in un generale principio di inderogabilità della procedura giudiziale esecutiva con conseguente condanna di ogni forma di assoggettamento convenzionale del debitore ad un potere di autotutela e di auto-soddisfacimento del creditore⁸⁰. Anche tale ricostruzione dogmatica è stata efficacemente criticata sul rilievo dell'esistenza nel nostro ordinamento di una serie di istituti, primo fra tutti l'art. 1977 c.c. sulla cessione dei beni ai creditori, che invece depongono nel senso

⁷⁷ In questo ultimo senso, si vedano, in particolare: P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1977, p. 611; A. LUMINOSO, *La vendita con patto di riscatto*, in *Commentario al codice civile* diretto da P. SCHLESINGHER, Milano, 1987, p. 242 ss.; F. REALMONTE, *Stipulazioni commissorie*, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi, in *Foro it.*, 1989, I, p. 1440, nota a Cass. Civ. S. U., 3.04.1989 n. 1611, che vi ricollega il principio per cui nel nostro ordinamento non sarebbe lecito assumere, a fronte del bisogno di denaro, sia il rischio per il perimento del bene ceduto in garanzia sia quello per l'eventuale sproporzione tra il valore del bene medesimo e l'ammontare del debito; G. CRISCENTI, *I contratti in frode alla legge*, Milano, 1996, p. 52.

⁷⁸ Obiettano che la sanzione della nullità stabilita dagli artt. 2744 e 1963 c.c. appare rimedio eccessivo, laddove in casi simili l'ordinamento commina la semplice annullabilità o la rescissione per lesione V. ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, op. cit., p. 53; C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, op. cit., p. 204 ss.; M. FRAGALI, *Del mutuo*, in *Comm. Scialoja-Branca, sub. Artt. 1813-1822*, II ed., Bologna-Roma, 1966, p. 252 s.; C. VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli, 1968, p. 51 ss. G. M. DANUSSO, *Patto commissorio e vendita a scopo di garanzia*, in *Vita Notarile* 1983, pp. 966 ss.

⁷⁹ Così V. ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, op. cit., p. 51, osserva "se l'invalidità del patto commissorio fosse stata fondata sulla tutela degli interessi del debitore, essa sarebbe stata rilevabile solo da quest'ultimo e l'art. in esame (ndr art.2744 c.c.) avrebbe sussunto la situazione non sotto la categoria della nullità, ma in quella dell'annullabilità; e, peraltro, se fosse esatta la ratio prospettata dalla relazione, l'art. in esame rappresenterebbe un doppione degli art. 1447 (rescissione del contratto concluso in istato di pericolo) o 1448 (azione generale di rescissione per lesione)".

⁸⁰ Per tutti v. E. BETTI, *Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, p. 689 ss.; U. MIELE, *Sul patto commissorio immobiliare*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, II, p. 69 ss.; M. FRAGALI, M., *Del mutuo*, op. cit., p. 254; a tale impostazione si avvicina, anche se con precisazioni e sfumature diverse, R. ZANNA, *Osservazioni in tema di patto commissorio*, in *Temi*, 1966, p. 3 ss.; v. da ultimo anche U. CARNEVALI, *Patto commissorio*, op. cit., p. 501. Per un inquadramento del patto commissorio nell'ambito della c.d. autotutela esecutiva v. anche G. BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984, p. 98 ss., 128 ss., 148 ss.

dell'inesistenza di una norma generale che vieti la preventiva espressa rinuncia alle forme di espropriazione giudiziale⁸¹.

Maggiore seguito hanno avuto, invece, quelle posizioni che fondano il divieto del patto commissorio nell'esigenza di tutela della *par condicio creditorum* che sarebbe irrimediabilmente lesa se si ammettesse la liceità di un patto che consente la costituzione di una garanzia atipica attraverso il trasferimento della proprietà di un bene del debitore ad un creditore specifico, sottraendolo alla garanzia patrimoniale generica *ex art. 2740 c.c.*⁸². Tuttavia, si è osservato che anche rispetto a tale fondamento la sanzione della nullità appare un rimedio eccessivo, tant'è vero che contro il rischio del compimento da parte del debitore di atti in pregiudizio dei creditori, il sistema codicistico appresta già il rimedio dell'inefficacia relativa e dell'inopponibilità ai creditori lesi con l'azione revocatoria ordinaria⁸³.

Non sono nemmeno mancate teorie miste che hanno ravvisato la *ratio* del divieto del patto commissorio nel perseguimento di un duplice fine, per così dire "morale e tecnico", di tutela doppiamente soggettiva *ex later debitoris ed ex latere creditorum*. Sicché, talora si accentua la libertà morale, sostenendo che il divieto mira a preservare il debitore dalle illegittime pressioni che il creditore potrebbe esercitare per ottenere l'adempimento; talaltra si accentua l'elemento patrimoniale e, quindi, la necessità di evitare che al debitore ed ai creditori chirografari sia sottratta una parte di patrimonio maggiore di quella già destinata al soddisfacimento dei creditori privilegiati⁸⁴. Anche dette posizioni sono state

⁸¹ V. C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, op. cit., p. 187 ss.; F. MARTORANO, *Cauzione e pegno irregolare*, op. cit., p. 115 s.; C. VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, op. cit., p. 57 ss.).

⁸² F. CARNELUTTI, *Note sul patto commissorio*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, II, p. 887 ss.; STOLFI, *Patto commissorio ed ipoteca*, in *Foro It.*, 1926, II, p. 282 ss; successivamente V. ANDRIOLI, *Tutela dei diritti, artt. 2740-2899, sub art. 2744*, in *Comm. Del Codice Civile* (a cura di SCIALOJA e BRANCA), Bologna, 1955, p. 52 ss.; U. MIELE, *Sul patto commissorio immobiliare*, op. cit., p. 65; F. TALASSANO, *Divieto del patto commissorio*, in *Giur. Compl., Cass., Civ.*, 1947, p. 367 ss; L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., p. 213-220; G. STOLFI, *Promessa di vendita e patto commissorio*, in *Foro pad.*, 1957, I, p. 767; V. ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, op. cit., p. 53; T. MANCINI, *Vendita con patto di riscatto e nullità ex art. 2744 codice civile*, in *Foro it.*, 1966, I, p. 1120. In giurisprudenza v. Cass. Civ., 6.3.1978 n. 1104, in *Giust. Civ.*, 1978, I, p. 886; Cass. Civ., 18.2.1977 n. 736, in *Giur. it. Mass.*, 1977, p. 176.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1993, p. 1039.

⁸³ Cfr. C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, op. cit., p. 214 ss.; V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, op. cit., p. 28; F. MARTORANO, *Cauzione e pegno irregolare*, op. cit., p. 116; VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, op. cit. p. 55 ss..

⁸⁴ F. CARNELUTTI, *Note sul patto commissorio*, op. cit., p. 890. V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, op. cit., p. 39; o meglio ancora, nella duplice ragione di tutela del debitore da indebite pressioni del creditore e di difesa della *par condicio creditorum* cfr. S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, p. 316; G. PUGLIESE, *Ancora sul divieto del patto commissorio e vendita con patto di riscatto*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1945, p. 1066; C. M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, op. cit., p. 93; E. CAPUTO, *Vendita a scopo di garanzia e patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 886. In giurisprudenza si veda App. Trento, 18.2.1975, in *Giur. mer.*, 1975, I, p. 424; Trib. Savona, 31.12.1980, in *Giur. mer.*, 1981, p. 599; da ultimo Cass. Civ., S.U., 3.4.1989

criticate sul rilievo che, così procedendo, rispetto ad un medesimo atto negoziale si finirebbe con l'avere nullità fondate sulla tutela di un interesse e nullità fondate sulla tutela di un interesse diverso e con il primo confligente⁸⁵.

In epoca più recente, parte della dottrina ha tentato di superare gli esiti incerti delle precedenti ricostruzioni dogmatiche, facendo leva sui punti più qualificanti di tali teorie per individuare un diverso principio generale cui ancorare il fondamento dell'illiceità del patto commissorio: per il tramite dell'art. 2744 c.c. l'ordinamento ripudia il danno sociale che deriverebbe dal diffondersi del patto commissorio quale "clausola di stile" che, sostituendosi al sistema delle garanzie legali tipiche, diverrebbe uno strumento generalizzato di abuso ai danni del debitore⁸⁶.

Secondo una diversa impostazione, la funzione del divieto del patto commissorio va spiegata in relazione all'evoluzione storica dei diritti reali di garanzia e dello stesso concetto di responsabilità patrimoniale. Sicché, il patto *ex art. 2744 c.c.* contrasterebbe con l'attuale disciplina positiva delle garanzie reali, presidiata da norme inderogabili, e con il loro stesso contenuto rappresentato anzitutto dal diritto di prelazione, che qualora se ne ammettesse la liceità verrebbe inevitabilmente alterato per identificarsi nel diritto del creditore di espropriare il bene garantito senza tener conto del suo esatto valore⁸⁷. Si

n. 1611 e Cass. Civ., S.U., 21.4.1989 n. 1907, in *Foro it.*, 1989, I, p. 1428 e in *Foro it.*, 1990, I, p. 205. Più di recente, nel solco delle teorie miste sembra collocarsi anche S. PAGLIANTINI, *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della dir. 2014/17/UE*, in *Nuove legg. Civ. e comm.*, 2015, p. 190, che più precisamente parla di *ratio* composita che si dipana attraverso almeno due elementi sintomatici: l'insidia e la sproporzione.

⁸⁵ Così L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., P. 225.

⁸⁶ C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, op. cit., p. 717, secondo cui "il divieto comminante la nullità radicale del patto commissorio non ha il suo fondamento nell'esigenza di tutela di un contraente più debole (o di altri interessi) contro le possibili inique condizioni di un contraente più forte ma, come crediamo, nell'esigenza generale di impedire la possibile diffusione di un patto tendenzialmente abusivo a convenzione di stile nei rapporti di garanzia reale". V. anche E. ROPPO, *Note sopra al divieto del patto commissorio*, op. cit., p. 401. Diretto corollario di detta opinione è l'estensione del divieto *ex art. 2744 c.c.* anche al c.d. patto commissorio autonomo, ossia a quelle convenzioni che ne ricalcano la struttura ma che non accedono ad una garanzia reale tipica. Critici avverso tale ricostruzione sono F. MARTORANO *Cauzione e pegno irregolare*, op. cit., p. 118; C. VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, op. cit., p. 58, secondo cui il tentativo di Bianca "non sembra del tutto riuscito"; L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., p. 257, che parla di un interesse "di cui resta celata la fisionomia"; G. ORBERTO, *Vendita con patto di riscatto, divieto del patto commissorio e contratto di sale and lease back*, in *Quadrimestre*, 1984, p. 356 ss.

⁸⁷ C. VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, op. cit., p. 60 ss., che però premette delle osservazioni critiche alle impostazioni più risalenti di Chironi, Redenti e Carnelutti che, sebbene su premesse differenti, pure fondavano la nullità del patto commissorio sulla incompatibilità dello stesso con la struttura dei diritti di garanzia. L'autore, in particolare, considera colpita da nullità assoluta la convenzione autonoma dalle garanzie reali, non in base all'art. 2744 c.c., ma perché in contrasto con il disposto dell'art. 2740, 2° co., c.c., in quanto essa attuerebbe un'illecita limitazione di responsabilità del debitore, sostanziata nella sottrazione del bene al potere di aggressione degli altri creditori. È evidente che una tale opinione risulta strettamente legata a un'interpretazione restrittiva degli artt. 2744 e 1963 c.c., da considerare, quindi, applicabili alle sole ipotesi in cui il patto commissorio sia aggiunto al pegno, all'ipoteca e all'anticresi. Nei medesimi termini sembra esprimersi anche F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Milano, 1997, p. 122.

è obiettato, tuttavia che tale teoria non tiene conto della progressiva estensione della portata applicativa del divieto, nonché del fatto che nella prassi i contratti atipici di garanzia hanno ormai maggiore diffusione di quelli tipici e se ne ammette pacificamente la liceità in ragione della meritevolezza dell'interesse perseguito e purché non contrastanti con i principi generali di ordine pubblico⁸⁸.

Non sono nemmeno mancate le posizioni di chi⁸⁹ per indagare la *ratio* dell'art. 2744 c.c. ha ritenuto necessario uscire dai confini che le sono propri per individuare, *a contrario*, dal sistema positivo gli elementi utili a ricostruire la fattispecie vietata. Si osserva, quindi, che nel nostro ordinamento vi sono una serie di norme, come l'art. 1851 c.c. sul pegno irregolare e l'art. 1197 c.c. sulla *datio in solutum*, affini al patto commissorio, ma al contrario di questo lecite, idonee a descriverne i limiti esterni. Sicché, la *ratio* dell'art. 2744 c.c. andrebbe individuata nella volontà di proteggere il debitore da due specifiche insidie: da un lato, il pericolo di subire una perdita economica sproporzionata all'entità del debito, dall'altro, il rischio che il debitore, pressato dalla necessità di avere liquidità, sia indotto a vincolare un proprio bene al potere di auto-soddisfacimento del creditore nella speranza, vana, di evitarne la perdita definitiva attraverso il pagamento del debito.

Da ultimo, in dottrina sembra farsi strada la tesi che individua la *ratio* del divieto del patto commissorio nel principio di ordine pubblico economico che commisura la soggezione del patrimonio del debitore all'ammontare del debito e che, quindi, costituisce un limite all'autonomia privata nei settori dei diritti di garanzia. Ne deriverebbe che l'art. 2744 c.c. è da considerarsi come espressione di questo principio generale e sua applicazione ad un caso concreto (quello espressamente individuato dalla norma), ma ben altre ipotesi possono essere ricomprese nel raggio di applicazione di tale regola generale e sanzionate con la nullità. In altri termini, secondo questa prospettiva, ad essere vietati sarebbero soltanto quei contratti atipici di garanzia (o quelle alienazioni in garanzia) ove

⁸⁸ I rilievi critici sono mossi in particolare da C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, op. cit., p. 9 ss. e p. 26 ss.

⁸⁹ In questi termini, A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1987, p. 242 ss.; A. C. PELOSI, *Sale and lease back e frode alla legge*, in *Riv. it. Leasing*, 1985, p. 447 ss., precisa che la *ratio* dell'art. 2744 c.c. risiede nel duplice aspetto dell'appropriamento del bisogno e del rischio di sproporzione dei valori. Due rischi individua anche F. REALMONTE, *Le garanzie immobiliari*, in *Jus*, p. 16 ss., ossia quello del perimento del bene e quello della sproporzione. L'autore osserva che vietata dalla legge, attraverso il divieto del patto in parola, sarebbe l'assunzione di ambedue i rischi in capo ad un medesimo soggetto, ovvero il debitore. Traspare da queste impostazioni l'intento di superare e di perfezionare la tesi di Bianca e di evitare le accuse di genericità rivolte alle formulazioni di altri autori, ma il tentativo non appare ancora del tutto riuscito.

è preclusa *tout court* la possibilità di un controllo tra il valore del bene dato in garanzia e l'ammontare del credito⁹⁰.

A tutt'oggi, le difficoltà riscontrate nella individuazione del fondamento del divieto *ex art. 2744 c.c.* sono tutt'altro che superate, considerate non soltanto le risultanze di una codificazione sempre meno omogenea, frutto dell'opera di recepimento e stratificazione di istituti di diversa origine, ma ancor di più la mutata e mutevole realtà economico-sociale che, in un processo in continua evoluzione, offre sempre nuove esigenze di tutela di cui gli interpreti e gli operatori del diritto non possono non tener conto.

Ciò spiega perché in tale contesto, ove sempre più frequentemente il divieto del patto commissorio si scontra con la più vasta problematica delle alienazioni a scopo di garanzia, tradizionalmente avversata ma sempre più diffusa, taluno ha persino osservato che l'art. 2744 c.c. (ed il gemello art. 1963 c.c.) è forse sprovvisto di una specifica *intentio legis* e rappresenta, piuttosto, il “*portato tralaticio di convenzioni anteriori*”⁹¹, il frutto di una tradizione storica millenaria contraria alla validità del patto che è stata acriticamente recepita, quasi per inerzia, senza valutarne l'opportunità⁹².

Ad ogni modo, pur nella diversità di spiegazioni e di conclusioni raggiunte, ciascuna delle teorie sopra richiamate converge su di un unico aspetto: gli artt. 2744 e 1963 c.c. sono norme materiali, proibitive di un determinato risultato economico, tipizzato nel loro contenuto, ma ritenuto illecito quale che sia lo strumento giuridico concretamente adoperato dalle parti per raggiungerlo⁹³.

⁹⁰ In questi termini: U. CARNEVALI, voce *Patto commissorio*, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 502; MORELLO, voce *Frode alla legge*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 1992, p. 514. E' stato osservato che tale teoria avrebbe il pregio di giustificare sia l'estensione della portata applicativa dell'art. 2744 c.c. al di là del caso espressamente previsto sia la gravità della sanzione comminata dal legislatore per il caso della sua violazione (la nullità), permettendo al tempo stesso di accreditare ulteriormente la riconosciuta generale liceità del patto marciano che, per l'appunto, costituisce una alienazione in garanzia sospensivamente o risolutivamente condizionata all'inadempimento, ove la determinazione del valore del bene è rimessa ad un terzo, con l'obbligo per il creditore di restituire l'eventuale eccedenza di valore rispetto al credito garantito. Il riferimento è a L. MATTIANGELI, *Divieto del patto commissorio, ratio, fondamento ed analisi delle posizioni di dottrina e giurisprudenza*, in *Vita Notarile*, II, 2006, p. 1095.

⁹¹ L'espressione è di M. IACUANIELLO BRUGGI, voce *Patto Commissorio*, op. cit., p. 6.

⁹² A. BUTERA, *Patto commissorio e mutuo semplice*, in *Foro it.*, 1943, I, p. 412, qualifica il patto commissorio come istituto arcaico, sopravvissuto nel nostro sistema per la sola e unica forza d'inerzia. Di difficoltà ad individuare una *ratio* parlano anche G. DE NOVA, *Il lease back*, in *Riv. it. leasing*, 1988, p. 518; V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, op. cit., p. 1436, che avverte che il divieto “ha portata generale, ma ha fondamento tenue”. Anche C. M. BIANCA, *Divieto del patto commissorio*, op. cit., p. 216 ha ipotizzato, ma per respingerla subito, una soluzione che riconosca un'incongruenza della legge e la spieghi nella tradizionale sanzione di nullità del patto commissorio; A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999, p. 216.

⁹³ Così, A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, op. cit., p. 277 (ivi a nt. 512 ampie citazioni bibliografiche) e più di recente ID., *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2017, p. 14, E. CARBONE, *Debitoris suffocatio e patto commissorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2012, p. 1088, che ricorda che “*nell'impero del nuovo codice, l'epifania della frode alla legge quale paradigma d'invalidità esalta la categoria della norma materiale, unica realmente frodabile, poiché solo*

È proprio in ragione della natura di norma materiale dell'art. 2744 c.c. che: da un lato, si giustifica l'ampliamento dell'area di operatività del divieto al di là del mero confine letterale, affermandone l'applicabilità anche al patto commissorio autonomo, al patto commissorio obbligatorio ed al patto commissorio immediatamente traslativo risolutivamente condizionato all'inadempimento del debitore, nonché alla vendita con patto di riscatto a scopo di garanzia; dall'altro, si riconosce validità al patto marciano, poiché esso consente di tutelare il debitore dal rischio di perdere il bene per un valore superiore al credito garantito.

Questione che interseca quella della materialità, è il problema della natura generale od eccezionale del divieto del patto commissorio. Ed infatti, l'eccezionalità del divieto, che ne precluderebbe l'applicazione analogica, impedirebbe al tempo stesso di affermarne la natura di norma materiale, estensibile oltre i confini letterali; del pari, la formalità in uno ad una struttura negoziale tipizzata, ne escluderebbe la generalità. In altri termini, se l'unione di materialità e generalità consentirebbe l'estensione massima del divieto; quella tra formalità ed eccezionalità ne ridurrebbe al minimo il raggio applicativo⁹⁴.

Sul punto la dottrina ha iniziato ad interrogarsi quando, come è stato osservato⁹⁵, sul finire degli anni ottanta e gli inizi degli anni novanta del secolo scorso, consci che le disquisizioni intorno alla *ratio* del divieto si erano il più delle volte risolte in un mero esercizio teorico di confutazione delle tesi altrui, gli studiosi hanno preferito passare ad indagarne i confini applicativi sul terreno squisitamente normativo. I sostenitori della tesi dell'eccezionalità richiamano il principio della libertà contrattuale, espressione dell'autonomia privata, cui il divieto del patto commissorio farebbe appunto eccezione e rilevano che il nostro ordinamento conosce una serie di istituti tipici di stampo appropriativo corredati ad una generica funzione di garanzia, come la vendita con patto

l'equivalenza economica tra risultato negoziale e risultato vietato denuncia un atto elusivo di norma imperativa ex art. 1344, in fraudem legi, anziché un atto contrario a norma imperativa ex art. 1343, contra legem. Il divieto sancito dagli artt. 1963 e 2744 si qualifica come norma materiale, proibitiva di un risultato elusivo della libertà e del patrimonio del debitore tipicamente prodotti nella forma indicata da quei disposti, ma producibile anche tramite strutture negoziali differenti". In giurisprudenza, v. Cass., Civ., S. U., 3 aprile 1989, n. 1611; Cass. Civ. 3 febbraio 2012, n. 1675; Cass. Civ. 21 gennaio 2016, n. 1075, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 908 ss. Le posizioni dottrinali ostili alla materialità dei divieti ex artt. 2744 e 1963 c.c. sono rimaste largamente minoritarie, tra queste cfr. D. RUBINO, *Il negozio giuridico indiretto*, Milano, 1937, p. 171; T. MANCINI, *Compravendita sottoposta a condizione sospensiva e patto commissorio*, in *Foro it.*, 1961, I, p. 1158 e ss.

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

⁹⁴ Così, E. CARBONE, *Debitoris suffocatio e patto commissorio*, op cit., p. 1088.

⁹⁵ Il riferimento è a A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, op. cit., p. 15.

di riscatto e la *datio in solutum* che assolverebbero proprio ad una funzione di contenimento del perimetro applicativo del divieto⁹⁶. La tesi della generalità, invece, è stata tradizionalmente spiegata sulla base dello stesso impianto codicistico: si osserva, infatti, che con la scelta di estendere il divieto all'ipoteca, unificandolo in un'unica norma valevole per tutte le garanzie reali, ed al tempo stesso mantenendolo per la garanzia personale *ad rem* costituita dall'anticresi, il legislatore ha voluto introdurre una regola e non già un'eccezione, vieppiù considerato che l'art. 2744 c.c. si colloca tra le disposizioni generali sulla responsabilità patrimoniale⁹⁷.

Tuttavia, la generalità allineata alla materialità della norma proibitiva può ritenersi, ormai, una consapevolezza acquisita negli approdi dottrinari e giurisprudenziali più recenti⁹⁸: si esclude che il divieto del patto commissorio costituisca norma eccezionale applicabile alla sola convenzione aggiuntiva al pegno, all'ipoteca ed all'anticresi, giacché la proibizione concerne ogni negozio diretto al risultato vietato con conseguente venir meno del divieto di applicazione analogica degli artt. 2744 e 1963 c.c. che ne ha storicamente condizionato l'individuazione del piano di applicazione.

5. Il patto commissorio e le alienazioni a scopo di garanzia: il problema della causa.

L'individuazione dei confini di applicabilità del divieto del patto commissorio, e la distinzione con le figure simili ma connotate da liceità, è divenuta più traballante quando nell'evoluzione dogmatica si è iniziato ad indagare il patto commissorio come un problema di struttura e funzione, finendo con l'intrecciarsi con la questione, di pari complessità, dell'ammissibilità dei trasferimenti della proprietà in funzione di garanzia di un rapporto obbligatorio.

⁹⁶ Cfr. G. PUGLIESE, *Nullità del patto commissorio, e vendita con patto di riscatto*, in *Giur. Compl. Cass. civ.*, 1945, I, p. 161; ID, *Intorno alla validità della vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, p. 1070.

⁹⁷ Si v. S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1950, p. 317 e 318.; G. AMORTH, *Divieto del patto commissorio apposto a un mutuo ipotecario*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1949, p. 718; U. MIELE, *Sul patto commissorio immobiliare*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, II, p. 65 ss.

⁹⁸ Negano la natura eccezionale del divieto: C. M. BIANCA, *Patto commissorio*, in *Novissimo dig. It.*, XVI, Torino, 1965, p. 714; U. CARNEVALI, voce *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 502; E. ROPPO, *Note sul divieto del patto commissorio*, in *Riv. not.*, 1981, p. 434; F. REALMONTE, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, in *Foro it.*, 1989, I, p. 1440; DE MARTINIS, *Estensione del divieto del patto commissorio a fattispecie procedurali*, in *Riv. not.*, 1998, p. 1022, nota a Cass. Civ. 4 novembre 1996 n. 9540; A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, op. cit., p. 15.

Si tratta, per meglio dire, di quell'insieme di schemi contrattuali che la dottrina ha unanimemente raggruppato nella categoria delle alienazioni a scopo di garanzia⁹⁹, intesa come *species* del più ampio *genus* delle garanzie reali atipiche, ove convergono una diversità di figure - quali le vendite sospensivamente o risolutivamente condizionate all'inadempimento del debitore, o le vendite con annesso patto di ricompera, di riscatto o di retrovendita - tutte accomunate dal fatto di costituire strumenti piegati dalle parti per la realizzazione di un fine di garanzia del credito che si attua non mediante la costituzione di uno *ius prelationis* in capo al creditore, ma attraverso il trasferimento a quest'ultimo del pieno diritto di proprietà.

Le opinioni tradizionali assegnano, infatti, al patto commissorio funzione di garanzia¹⁰⁰, giacché, si osserva, nello schema legislativo esso risponderebbe ad una

⁹⁹ Cfr. G. GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione*, op. cit., p. 28 ss., che riconosce al fenomeno del trasferimento di proprietà in funzione di garanzia di un rapporto obbligatorio antica origine, rinvenendone testimonianze anche in organizzazioni assai primitive ove la prima forma di sicurezza per il creditore, al di là della fiducia nella persona del debitore e quindi nel suo spontaneo adempimento, risiedeva nella possibilità di ricorrere alla compravendita di un bene modificandone, mediante l'apposizione di patti accessori, la funzione di scambio in funzione di garanzia. È noto che nelle codificazioni moderne il fenomeno ha assunto una fortissima espansione. Esempi significativi se ne traggono, in particolare, dal sistema tedesco che in materia di garanzie mobiliari tipiche presenta le stesse problematiche che affliggono il sistema italiano, e rappresenta un esempio illuminante di come il diritto pretorio possa superare in modo efficiente la rigidità del dato codicistico. 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'impasse, 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 BGB) - che nelle loro forme c.d. "prolongate" 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 (formalizzato anche nel sistema tedesco dai §§ 1149 e 1229 BGB in relazione alle ipoteche e al pegno, ma di fatto incapace di bloccare le alienazioni a scopo di garanzia sul piano operativo). Per i riferimenti, in lingua italiana, si vedano M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio. Studio di diritto comparato*, I, Torino, 1999, p. 81 ss.; A. BRAUN, *I trusts di garanzia in Germania*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 1, 2000, p. 56 ss.; 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, p. 781 ss.; A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, p. 218; F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, p. 398. Nella dottrina tedesca, si veda, in particolare, per le note figure dell'Eigentumsvorbehalt, della Sicherungsübertragung e della Sicherungsabtretung, R. SERICK, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, I–VI, Heidelberg, 1963–1986; U. DROBNIG, *Sicherungsrechte im deutschen Konkursverfahren*, in *Rablesz*, 1980; B. RIMMELSPACHER, *Juristen Zeitung*, 1995; H. WEBER, *Juristen Zeitung*, 1995; in prospettiva comparatistica v. E.M. KIENINGER, *Mobiliarsicherheiten im Europäiscen Binnenmarkt*, Baden–Baden, 1996.

¹⁰⁰ La funzione di garanzia contraddistingue quegli strumenti negoziali o legali che soddisfano l'aspettativa di realizzazione del credito attraverso la predisposizione di strumenti ulteriori a quelli che l'ordinamento ricollega *ex lege* alla presenza di un rapporto obbligatorio ed è tradizionalmente distinta dalla funzione solutoria che, invece, qualifica quegli strumenti negoziali o legali che assicurano con certezza il soddisfacimento dell'interesse finale sottostante al diritto di credito. La distinzione è richiamata di recente da A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, op. cit., p. 19; ma si veda anche F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, op. cit., p. 420 ss.; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, op. cit., p. 106 ss.; C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*,

alienazione sospensivamente condizionata¹⁰¹ all'inadempimento del debitore ove il trasferimento della proprietà costituisce garanzia del credito¹⁰². Anzi, secondo la lettura più tradizionale e severa che si offre dell'art. 2744 c.c., che si rifà agli studi classici sull'autotutela¹⁰³, il divieto sanzionerebbe proprio le alienazioni in garanzia *tout court*, ossia vieterebbe che il diritto reale di garanzia possa, per volontà delle parti, espandersi in proprietà. In altri termini, la causa di garanzia non sarebbe idonea a giustificare un'attribuzione patrimoniale poiché, avveratasi la condizione dell'inadempimento dell'obbligazione garantita, il trasferimento della proprietà si risolverebbe nel potere di auto-soddisfacimento del creditore, incompatibile con lo statuto delle garanzie reali così come consegnatoci dal legislatore, che non consente nemmeno ai creditori pignorati ed ipotecari di sottrarsi al concorso con gli altri creditori, effetto che invece si produrrebbe laddove si consentisse, quand'anche pattiziamente, di riservare un determinato bene all'azione esecutiva di un solo creditore¹⁰⁴.

op. cit., 136 ss.; A. SASSI, *Garanzie del credito e tipologie commissorie*, op. cit., p. 13 ss.; G. BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984, p. 98.

¹⁰¹ Sul punto V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, op. cit.; *contra* C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, op. cit., che osserva che la qualificazione del patto commissorio come vendita condizionata non è mai stata oggetto di particolari dimostrazioni.

¹⁰² In particolare, E. ROPPO, *Divieto del patto commissorio*, op. cit., p. 562, sottolinea che la funzione di garanzia del credito determina l'inquadramento del patto commissorio nell'ambito delle alienazioni in garanzia, senza che possa frapporsi a tale riconduzione il fatto che questa figura sia generalmente identificata con i trasferimenti fiduciari di proprietà, ossia con fattispecie caratterizzate da un immediato effetto traslativo, mentre invece il patto commissorio – in quanto alienazione sospensivamente condizionata – rinvia il trasferimento della proprietà ad un momento futuro ed incerto, dato che l'acquisto sospensivamente condizionato presenta carattere di realtà ed è opponibile ad ogni terzo. Anche in giurisprudenza si è sottolineato il criterio distintivo tra vendita fiduciaria a scopo di garanzia e vendita dissimulante un mutuo con patto commissorio nullo ai sensi dell'art. 2744: "... *nella prima la proprietà si trasferisce immediatamente al creditore, il quale può assumere l'impegno, derivante da accordo interno con efficacia meramente obbligatoria, di ritrasferire il bene al venditore, se questi estinguerà il debito garantito entro il termine previsto, mentre nella seconda le parti, pur dichiarando formalmente di volere comperare e vendere, concordano in concreto che il creditore-compratore diventerà proprietario soltanto se il debitore-venditore non estinguerà il debito nel termine stabilito, così ponendo in essere una vendita sotto condizione sospensiva*". Cfr. Cass. Civ. n. 4816 del 1998; ma già anche Cass. Civ. n. 3843 del 1993; Cass. Civ. n. 2795 del 1984; Cass. Civ. n. 6005 del 1982; Cass. Civ. n. 642 del 1980; Cass. Civ. n. 5967 del 1978; Cass. Civ. n. 1800 del 1976. In particolare, in Cass. Civ., n. 642 del 1980, si legge "... *Pertanto il venditore-debitore, il quale agisce in giudizio, deducendo che la vendita conclusa, avente scopo di garanzia, è simulata, dissimulando un mutuo con patto commissorio, ha l'onere di provare che la vendita era sottoposta a condizione sospensiva e tale prova deve essere precisa e univoca, specialmente quando la vendita con trasferimento immediato della proprietà sulla cosa sia consacrata in un documento*".

¹⁰³ Il riferimento è agli studi di S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 298 ss.; C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, op. cit., p. 79 ss.; E. BETTI, voce *Autotutela (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1959, p. 535, che osserva "*In siffatto divieto (del patto commissorio, ndr) si denuncia un orientamento ostile all'assoggettamento del debitore a poteri di autotutela soddisfattoria. 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), quando piuttosto la stessa possibilità di un autosoddisfacimento da parte del creditore*".

¹⁰⁴ Così O. T. SCOZZAFAVA, *Note in tema di alienazioni a scopo di garanzia*, in *Contratto e Impresa*, 2006, p. 31, ove si legge "*la garanzia nella sua configurazione classica è destinata a creare effetti instabili, subendo la stessa le incerte vicende del rapporto obbligatorio, laddove i negozi, a cui è deputata la funzione*

Ebbene, il suddetto *trend* dottrinario ha trovato per lungo tempo l'avallo della giurisprudenza che, pur nella innegabile diffusione nella prassi delle alienazioni in garanzia, vi ha riservato a fatica spiragli di liceità invocando proprio la violazione del divieto del patto commissorio.

Tuttavia, a bene vedere, quasi mai le fattispecie che si sono presentate al vaglio delle corti sono state esattamente sovrapponibili alla lettera dell'art. 2744 c.c.

Va, anzitutto, ricordato il caso della vendita stipulata tra debitore alienante e creditore acquirente sospensivamente condizionata all'inadempimento del debitore che coincide, piuttosto, con la figura del patto commissorio autonomo, ossia slegato dalla costituzione di una garanzia pignorizia od ipotecaria che è, invece, espressamente invocata dall'art. 2744 c.c. Ciononostante, la giurisprudenza ha a più riprese sancito la nullità di tali forme di alienazioni in garanzia sul rilievo che dette pattuizioni assolverebbero alla stessa funzione del patto commissorio tipizzato, ammettendone un'interpretazione estensiva ed analogica non bisognevole di particolari dimostrazioni¹⁰⁵.

A conclusioni diametralmente opposte, invece, si addiveniva con riguardo alla vendita stipulata sempre tra debitore alienante e creditore acquirente, ma risolutivamente condizionata all'inadempimento del debitore; fattispecie che nelle applicazioni pratiche si presentavano sotto le vesti di vendita con patto di riscatto o di compravendita con patto di retrovendita. La liceità di tali pattuizioni è stata sostenuta dalla giurisprudenza più tradizionale sulla base di un criterio c.d. strutturale o cronologico che enfatizzava il momento del compiersi dell'effetto traslativo: l'immediatezza del trasferimento della proprietà rendeva lecita la vendita con patto di riscatto e le altre figure di alienazioni in garanzia risolutivamente condizionate; mentre dalla postposizione dell'effetto traslativo

di determinare il trasferimento di proprietà ... almeno tendenzialmente, devono produrre effetti stabili e, dunque, definitivi". In senso parzialmente difforme, v. G. F. MINNITI, *Patto marciano e ragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, p. 26 ss., che pur ritenendo che il divieto del patto commissorio sia teso a sanzionare con la nullità la causa di garanzia di un trasferimento della proprietà, giunge a tale conclusione argomentando dall'estraneità del trasferimento in garanzia rispetto al rapporto obbligatorio e non dalla disciplina delle garanzie reali che possono assistere il credito. L'autore afferma, infatti, che *"Tra i due sistemi, la disciplina del rapporto creditizio e quella del trasferimento della proprietà, si pone appunto il divieto dell'alienazione in garanzia, ad impedire che si possa, per così dire, sconfinare da un sistema ad un altro, e tutelare un interesse creditizio attraverso uno strumento, l'attribuzione di un diritto, qual è quello di proprietà, che il legislatore ha configurato e "tarato" in un certo modo al fine di garantire la soddisfazione di esigenze di tipo diverso, nell'ambito di un conflitto di interessi affatto alieno alla problematica del credito"*.

¹⁰⁵ Si vedano Cass. Civ., 4 agosto 1950, n. 2373, in *Giur. it.*, 1951, I, p. 114 ss.; Cass. Civ., 31 marzo 1955, n. 956, in *Rep. Foro it.*, 1955, voce *"Patto commissorio"*, nn. 1-2; Cass. Civ., 30 luglio 1957, n. 3229, in *Mass. Foro it.*, 1957, p. 631. L'iter giurisprudenziale è richiamato da C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, op. cit., p. 77 ss., nt. 110 - 112.

all'evento futuro ed incerto dell'inadempimento derivava la sanzione della nullità della convenzione pattizia¹⁰⁶.

In altri termini, solo i negozi sospensivamente condizionati all'inadempimento si ritenevano nulli in virtù del combinato disposto degli artt. 1428 e 2744 c.c. perché integranti la fattispecie del negozio in frode alla legge (*sub specie* della violazione del divieto del patto commissorio), ovvero perché costituenti negozi con causa illecita in ragione dell'alterazione della causa tipica della compravendita (lo scambio di cosa dietro un prezzo) in causa di garanzia, oppure perché diretti a realizzare interessi non meritevoli di tutela *ex art.* 1322 c.c.¹⁰⁷ Al contrario, nessuna commistione con il divieto del patto commissorio si riteneva inverata nel caso delle vendite in garanzia risolutivamente condizionate ove lo scambio di cosa contro prezzo avveniva realmente e con effetti reali immediati, salvo cristallizzarsi definitivamente solo a seguito della mancata restituzione del prezzo versato dal creditore acquirente ma fungente da erogazione finanziaria (*rectius* del mancato esercizio del riscatto *ex art.* 1500 c.c. che delle alienazioni a scopo di garanzia costituisce l'archetipo). Più precisamente, si argomentava che il rafforzamento del credito lasciasse in tali ipotesi inalterata la configurazione causale della vendita che, anche se piegata ad una funzione di garanzia, rimaneva pur sempre un negozio di scambio, mentre la finalità di assicurare l'adempimento dell'obbligazione rappresentava al più il motivo dell'operazione negoziale.

In tale prospettiva, ciò che si voleva evitare era la sostanziale coincidenza tra il momento dell'inadempimento ed il momento perfezionativo dell'effetto traslativo, in forza della tradizionale esigenza di tutelare il debitore da qualsivoglia pressione creditoria nella fase dell'adempimento. Conseguentemente, le alienazioni in garanzia risolutivamente condizionate si ritenevano anch'esse colpite dal divieto *ex art.* 2744 c.c.

¹⁰⁶ In tal senso vedi, *ex pluris*, G. PUGLIESE, *Nullità del patto commissorio, e vendita con patto di riscatto*, op. cit. In giurisprudenza così si esprimono Cass. Civ., 30 marzo 1967, n. 689, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, p. 52; dello stesso tenore le motivazioni di Cass. Civ., 14 dicembre 1978, n. 5967, in *Arch. civ.*, 1979, p. 462; Cass. Civ., 10 marzo 1979, n. 1493, in *Rep. Giur. It.*, 1979, voce "Patto commissorio", n. 4; Cass. Civ., 26 gennaio 1980, n. 642, in *Arch. civ.*, 1980, p. 681; Cass. Civ., 29 aprile 1980, n. 2854, *Rep. Giur. it.*, 1980, voce "Patto commissorio", n. 1; Cass. Civ., 14 aprile 1981, n. 2245, *ivi*, 1981, voce "Vendita", n. 73; Cass. Civ., 12 novembre 1982, n. 6005, *ivi*, 1982, voce "Patto commissorio", n. 2; Cass. Civ., 6 giugno 1983, n. 3843, *ivi*, 1983, voce "Vendita", n. 75; Cass. Civ., 18 aprile 1984, n. 2544, *ivi*, 1984, voce "Patto commissorio", n. 4; Cass. Civ., 8 maggio 1984, n. 2795, *ivi*, 1984, voce "Vendita", n. 51; Cass. Civ., 12 dicembre 1986, n. 7385, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, c. 1230).

¹⁰⁷ La problematica è sapientemente illustrata da V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, op. cit., p.105 ss. Mentre, P. CARBONE, in *Nuova giur. Civ. Comm.*, 1989, p. 353 ss., critica il richiamo al negozio in frode alla legge, sottolineando che in tali fattispecie non è ravvisabile alcun negozio "mediato", ma al contrario con queste tipologie di alienazioni si è voluto perseguire in via diretta ed immediata il fine di garanzia proprio del patto commissorio.

nella sola ipotesi in cui fossero risultate simulatorie di un rapporto di finanziamento, ossia ogniqualvolta la restituzione del prezzo non costituiva l'onere per l'esercizio del riscatto *ex art. 1500 c.c.*, quanto piuttosto l'adempimento dell'obbligazione *ex mutuo*, poiché in tali casi la reale volontà delle parti non era quella di trasferire la proprietà di un bene, ma garantire, proprio mediante detto trasferimento, la restituzione della somma che il creditore aveva versato non già quale corrispettivo della compravendita, ma quale vera e propria erogazione finanziaria¹⁰⁸.

Di tutt'altro avviso era, invece, la dottrina che negava che l'intento pratico di rafforzamento del credito potesse essere perseguito mediante lo schema negoziale nominato della vendita sul rilievo che la *causa vendendi* è totalmente estranea all'alienazione in garanzia ove pure si attua “*un immediato trasferimento del bene*” ma “*non si configura alcun elemento di cui possa discutersi se rappresenti il prezzo dell'alienazione*”; sicché la funzione di rafforzamento del credito non costituisce mero motivo dell'operazione negoziale ma assurge a causa del trasferimento “*causa peraltro inconciliabile con quella della vendita*”¹⁰⁹.

Quest'assetto di cose è radicalmente mutato quando, proprio sulla spinta delle critiche mosse dalla migliore dottrina, a partire dalla celebre sentenza della Corte di Cassazione n. 3800 del 3 giugno 1983¹¹⁰, seguita a breve distanza da due pronunce a Sezioni Unite n. 1611 del 3 aprile 1989 e n. 1907 del 29 aprile 1989, si è dato il via ad un nuovo filone interpretativo, ancora oggi dominante, che predica la nullità per violazione del divieto del patto commissorio, di tutte le alienazioni a scopo di garanzia, siano esse sospensivamente o risolutivamente condizionate.

L'orientamento giurisprudenziale inaugurato con il *revirement* del 1983 ha imposto il superamento del criterio strutturale-cronologico quale strumento di individuazione del confine di liceità delle alienazioni in garanzia in favore del criterio c.d. funzionale, in forza del quale il divieto del patto commissorio si estende a qualsivoglia negozio concretamente adoperato dalle parti per ottenere il risultato vietato dall'ordinamento:

¹⁰⁸ Critico rispetto al ricorso alla simulazione è, invece, U. MORELLO, voce *Frode alla legge*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 1992, p. 212 ss.

¹⁰⁹ Le espressioni sono di C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, op. cit., p. 117 ss.

¹¹⁰ In dottrina vi è stato chi ha definito tale pronuncia come una delle poche occasioni in cui in materia di responsabilità patrimoniale e garanzie reali il formante dottrinale ha assunto un ruolo di guida degli sviluppi del dibattito giurisprudenziale. Il riferimento è a F. FIORENTINI, *Garanzie reali atipiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 253 ss. che ricorda, peraltro, come tale *revirement* abbia determinato uno sviluppo di soluzioni che si discostano radicalmente da quelle seguite da altri paesi occidentali, anche di *civil law*, criticato da una parte della dottrina tra cui M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, Torino, 2000, p. 205 ss.

l'attribuzione al creditore del pieno diritto di proprietà del bene allo scopo di assicurare il soddisfacimento del credito per il caso di inadempimento del debitore.

La suddetta colorazione causale, secondo l'opinione della Suprema Corte, sarebbe sufficiente a rivelare un intento elusivo del divieto sancito dall'art. 2744 c.c., con la conseguenza che l'alienazione in garanzia è *ex se* nulla, senza che possa assumere rilievo il momento in cui si produce l'effetto traslativo della proprietà: in entrambi i casi, come si legge nelle motivazioni delle Sezioni Unite, *“si realizza ... un onere per il debitore, identico a quello che la legge vuol vietare allorché detta il divieto del patto commissorio con la conseguenza che le due situazioni impongono allo stesso modo l'intervento della tutela legislativa in favore del debitore privato della libertà di contrarre”*¹¹¹.

In sostanza, sia che l'effetto traslativo si produca solo subordinatamente al verificarsi dell'inadempimento, sia che si produca immediatamente per consolidarsi definitivamente con il mancato pagamento del debito, ciò che rileva è il collegamento funzionale tra trasferimento della proprietà e mancato adempimento dell'obbligo scaturente da un preesistente rapporto di debito, ovvero sia che il negozio persegua una causa di garanzia incompatibile con quella propria della vendita e perciò nulla.

Si tratta di una nuova lettura giurisprudenziale su cui ha evidentemente inciso l'evoluzione maturata in dottrina intorno alla causa del contratto¹¹², non più intesa come “funzione economico-sociale”, ma come “causa in concreto”, ossia come scopo realmente perseguito dalle parti che impone di tenere conto, al di là della struttura negoziale prescelta, dei reali interessi dedotti in contratto e degli intenti soggettivi concretamente perseguiti¹¹³.

¹¹¹ Occorre precisare che secondo le Sezioni Unite il conflitto con l'art. 2744 c.c. è indiretto, poiché realizzato attraverso lo strumento del negozio in frode alla legge *ex art.* 1344 c.c.

¹¹² Di recente, per una sapiente e completa ricostruzione del problema della causa del contratto si veda M. BARCELLONA, *Della causa, Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padova, 2015, che osserva: *“La causa negoziale, dunque, funge da “controllo di qualità” di quel che la forma negoziale e l'implicazione in essa di ricchezza farebbero entrare nel campo della patrimonialità, onde espungerne quei contratti che, non corrispondendo al paradigma utilitario ed alle sue condizioni, non concorrono alla riproduzione di quell'ordine generale, che soltanto spinge l'ordinamento a presidiare con la forza l'esercizio della privata autonomia”*. Merita soltanto accennare che una delle principali critiche mosse alla tradizionale impostazione oggettiva di causa ruota intorno alla impossibilità di una valutazione circa l'illiceità della causa nei contratti tipici.

¹¹³ Il riferimento alla causa in concreto potrebbe, peraltro, ritenersi avallato anche dalla stessa Relazione al Re sul libro delle obbligazioni, ove al n. 80 si legge che: *“È stato detto da qualcuno che causa illecita deve equivalere a causa mancante, in un sistema che eleva a causa del contratto lo scopo ritenuto degno di tutela dall'ordinamento giuridico. Ciò è vero se si ha riguardo al concetto di causa astratta e tipica di un contratto; ma in ogni singolo contratto deve essere controllata la causa che in concreto il negozio realizza per riscontrare non solo se essa corrisponda a quella tipica del rapporto, ma anche se la funzione in astratto ritenuta degna dall'ordinamento giuridico possa veramente attuarsi, avuto riguardo alla concreta situazione sulla quale il contratto deve operare. Tale controllo può rilevare che lo schema causale astratto non si può realizzare perché vi ostano circostanze oggettive peculiari alla fattispecie concreta, le quali, essendo incompatibili con quello schema, rendono illecito ciò che sarebbe astrattamente lecito”*.

Tuttavia, come suggerito da più parti¹¹⁴, pur essendo indubbiamente apprezzabile il contributo evolutivo offerto dal *revirement* del 1983 si è probabilmente persa l'occasione per fare chiarezza intorno all'ammissibilità ed al ruolo nel nostro ordinamento dei negozi traslativi con causa di garanzia, questione ancora foriera di criticità e non priva di conseguenze pratiche.

Ed infatti, alcuni hanno rilevato che dal nuovo filone giurisprudenziale sembrerebbe doversi desumere che non vi può essere alcuno spazio per le alienazioni in garanzia, poiché negozi in frode alla legge ovvero del divieto del patto commissorio¹¹⁵.

A tali assunti autorevole dottrina ha obiettato che, a ben vedere, una tale “*crociata contro il patto commissorio*” ha condotto alla “*deplorable conseguenza che si è perso di vista che tale patto ha una configurazione normativa ben precisa, dalla quale non si può prescindere, se non al rischio di far subire all'istituto uno sviluppo ipertrofico, come tale non rispondente a quella che possiamo considerare la lettera e lo spirito della legge*”¹¹⁶.

In sostanza, dall'art. 2744 c.c. non sarebbe desumibile *tout court* un principio generale di inammissibilità delle alienazioni a scopo di garanzia, poiché questi trasferimenti della proprietà devono, al contrario, ritenersi legittimi allorché realizzano la causa tipica del contratto stipulato tra le parti, sicché lo scopo di garanzia degrada a mero motivo od intento secondario del negozio. Del resto non può negarsi, che il fenomeno della sovrapposizione all'elemento causale di uno o più motivi rilevanti è piuttosto diffuso nei traffici giuridici, ove quasi mai le ragioni che spingono due soggetti a contrarre si identificano esclusivamente con il perseguimento dello scopo tipizzato dal legislatore¹¹⁷.

¹¹⁴ Invero, già all'indomani delle pronunce delle Sezioni Unite del 1989 non pochi autori hanno espresso il timore che il nuovo indirizzo giurisprudenziale finisse per penalizzare schemi negoziali elaborati dalla prassi commerciale e meritevoli di protezione. Così M. COSTANZA, *Sulle alienazioni in garanzia e il divieto del patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 1825 e M. G. CUBEDDU, *Patto commissorio e vendita con patto di riscatto: la risposta delle Sezioni Unite*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1990, II, p. 628 ss.

¹¹⁵ In questo senso si veda V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, op. cit., p. 1430; G. RISPOLI, *Ai confini del divieto del patto commissorio*, in *Giur. It.*, 2013, p. 2026, che rileva, persino, che se la *ratio* del divieto del patto commissorio risiede davvero nell'incompatibilità tra funzione di garanzia e causa di vendita, allora nell'alveo del divieto dovrebbe rientrare anche il patto marciano che pure realizza un'alienazione in garanzia.

¹¹⁶ Il riferimento e le espressioni sono di O. T. SCOZZAFAVA, *Note in tema di alienazioni a scopo di garanzia*, op. cit., p. 19.

¹¹⁷ In questi termini è ancora O. T. SCOZZAFAVA, *ibidem*, p. 31 ss. L'autore, in particolare, si concentra sull'istituto della vendita con patto di riscatto che, osserva, costituisce l'archetipo delle alienazioni in garanzia, ed afferma che la sanzione della nullità con cui il secondo comma dell'art. 1500 c.c. colpisce, per l'eccedenza, il patto con cui si conviene un prezzo del riscatto maggiore di quello stipulato per la vendita, mira proprio ad evitare che la vendita con patto di riscatto si trasformi in un contratto di credito o, se si preferisce, a scongiurare una commistione tra funzione di scambio e funzione di garanzia. Se non si fosse previsto detto divieto, la differenza tra il prezzo della vendita ed il prezzo del riscatto avrebbe finito con il rappresentare il corrispettivo (a titolo di interessi) per l'attribuzione ad un terzo (il venditore) di una somma di denaro (il prezzo della vendita) per un tempo determinato, con la conseguenza che la causa della vendita

La questione è allo stato dell'evoluzione dogmatica tutt'altro che risolta, tant'è vero che, più di recente, è stato rilevato¹¹⁸ che il *proprium* del patto commissorio è piuttosto rappresentato dalla predeterminazione, in un momento antecedente alla scadenza dell'obbligazione garantita, del trasferimento della proprietà di un bene in funzione solutoria¹¹⁹, mentre ad esso rimane estranea, in quanto negozio traslativo in funzione satisfattiva, una funzione di garanzia del bene al soddisfacimento delle ragioni creditorie che consegue semmai ad altri negozi che presentano strutture formali idonee a determinare un vincolo di indisponibilità del bene opponibile a terzi sui quali il patto commissorio si innesta. Nel solco di questo nuovo filone interpretativo v'è anche chi¹²⁰ ha ritenuto che in questi stessi termini andrebbe risolto il problema della esatta individuazione della funzione del patto marciano, poiché in quest'ultimo, così come nel patto commissorio, accanto ad una "funzione primaria solutoria" sarebbe possibile riscontrare una "funzione secondaria di garanzia", poiché la previsione di un meccanismo pattizio di auto-soddisfacimento del creditore non può non implicare un rafforzamento della aspettativa di realizzazione del credito e, dunque, una funzione tipica di garanzia.

sarebbe stata snaturata accentuando la funzione di un negozio che realizza allo stesso tempo funzione di scambio e funzione di garanzia. Al contrario con la previsione di cui al secondo comma dell'art. 1500 c.c. la causa della vendita con patto di riscatto resta quella tipica dello scambio di cosa con prezzo, e gli altri intenti dei contraenti restano confinati a meri motivi del contratto, comuni ad entrambi, tanto da essere formalizzati con la previsione della facoltà per il creditore di esercitare il riscatto.

¹¹⁸ Ci si riferisce a F. ANIELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, p. 420. L'autore precisa che nel patto commissorio autonomo "si riproducono gli elementi di fattispecie del patto vietato dalla legge, cioè la previsione ex ante del futuro trasferimento al creditore della proprietà di un bene del debitore quale effetto del mancato adempimento del debito". E soprattutto che nel patto sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore si può effettivamente riconoscere un risultato pratico di garanzia – poiché l'opponibilità *erga omnes* dell'acquisto della proprietà da parte del creditore fondata sull'art. 1357 c.c. realizza un vincolo "reale" (cioè opponibile) del bene al soddisfacimento del credito – mentre, il patto commissorio obbligatorio non appresta alcuna forma di "garanzia" reale poiché la pretesa del creditore soccombe di fronte agli atti di disposizione eventualmente compiuti *medio tempore* dal debitore, e il patto è comunque nullo in quanto integra una convenzione commissoria.

¹¹⁹ La funzione solutoria, come si è in precedenza ricordato, contrassegna tutti quegli strumenti che assicurano senz'altro il soddisfacimento dell'interesse finale sotteso al diritto di credito ed è tradizionalmente contrapposta alla funzione di garanzia che, invece, è propria di quegli strumenti, di fonte convenzionale o legale, che aggiungono elementi ulteriori a quelli che l'ordinamento ricollega al rapporto obbligatorio rafforzandone la funzione di garanzia dell'adempimento.

¹²⁰ In tal senso, A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, op. cit., p. 19 e 20. L'autore, in particolare, osserva che "l'enucleazione nel patto commissorio di una funzione satisfattiva, oltre ad aprire la strada ad una migliore comprensione degli effetti della figura, mette in luce un ulteriore angolo visuale dal quale la fattispecie in esame e quella del patto marciano debbono essere riguardate, quello cioè dell'autotutela esecutiva, di cui costituiscono applicazioni". Detta categoria, a dire dell'autore, rivestirebbe un significativo rilievo, teorico e pratico, soprattutto in un sistema giudiziario come quello italiano dove la tutela esecutiva giurisdizionale dei diritti presenta criticità notevoli ed appare contrassegnata da una lentezza e da un rigidismo incompatibile con le istanze di tutela del mercato del credito.

In definitiva, anche dopo aver colto i frutti della soprarichiamata *vis* espansiva cui, come è stato osservato¹²¹, si deve il compimento del processo di lenta ma progressiva e massima dilatazione dei confini del divieto *ex art. 2744 c.c.*, permane una certa incertezza che ha indotto taluno¹²² a dubitare persino della stessa liceità del patto marciano di cui, come si vedrà, ne è invece sempre stata indubbia l'ammissibilità proprio quale correttivo lecito del patto commissorio; nonché a dibattere, alla luce delle recenti normative europee, intorno alla compatibilità del nostro sistema civilistico con le nuove forme di garanzia finanziaria¹²³.

¹²¹ Così C. DE MENECH, *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto del patto commissorio*, in *I Contratti*, 8/9, 2015, p. 830-831.

¹²² C. DE MENECH, *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto del patto commissorio*, op. cit., p. osserva che "leggendo la motivazione delle sezioni unite, sembra infatti che il divieto del patto commissorio dipenda dall'esigenza di salvaguardare il debitore - non già da uno scambio economicamente squilibrato, bensì - da un trasferimento illiberale in quanto programmato come effetto automatico dell'inadempimento. Ora, è chiaro che, se tale fosse la spiegazione dell'art. 2744 c.c., non vi sarebbe modo di ritagliare uno spazio di validità per il patto marciano: l'apprezzamento della *res* da parte di un perito imparziale incide semmai sull'equilibrio dello scambio; ma non può certo porre rimedio all'ineluttabilità del trasferimento, posto che quest'ultima è indissolubilmente legata alla funzione di garanzia". L'autrice ricorda, inoltre, come tale ragionamento abbia alimentato nel corso degli anni novanta la preoccupazione di un imminente *overruling* giurisprudenziale in merito all'ammissibilità delle convenzioni marciiane che aveva persino indotto taluno a suggerire ai notai l'adozione, quale mezzo di rafforzamento del credito, del più sicuro mandato a vendere a scopo di garanzia, sul punto cfr. D. DENNI, *Mandato ad alienare con scopo di garanzia*, in *Notariato*, 1998, I, p. 61 ss.

Così G. RISPOLI, *Ai confini del divieto di patto commissorio*, in *Giur. it.*, 2013, p. 2026, afferma che la tesi secondo cui la ratio del patto commissorio "sarebbe l'incompatibilità fra la causa di vendita e quella di garanzia" conduce "a ritenere nullo anche il patto marciano"; in senso conforme anche F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, op. cit., p. 436; e L. RAGAZZINI, *Vendita con patto di riscatto. Patto commissorio. Patto marciano*, in *Riv. not.*, 1991, I, 142.; V. Mariconda, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, op. cit., p. 1422, in particolare osserva che l'art. 2744 c.c. intende evitare che il debitore consenta al creditore di incamerare il bene automaticamente al momento dell'inadempimento, sopravvalutando la propria capacità di restituire il finanziamento ricevuto e tale rischio non viene meno per il sol fatto che il creditore debba restituire il *surplus*; sicché una differenza di trattamento tra patto commissorio e patto marciano apparirebbe difficilmente sostenibile alla luce del principio costituzionale di ragionevolezza (argomentando *ex art. 3*, comma 1, Cost.); G. F. MINNITI, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 29 e 58, riconduce il disvalore del patto commissorio all'esigenza obiettiva di salvaguardare la coerenza logica dell'ordinamento, che non contempla la funzione di garanzia tra i fondamenti causali idonei a sorreggere l'attribuzione di un bene in proprietà, con la conseguenza che l'atto dispositivo posto in essere a garanzia di un credito sarebbe irragionevole, ed afferma così che ciò giustificerebbe l'illiceità della convenzione commissoria ed altresì del patto marciano, che al pari di quella rappresenta "una *species* del più ampio *genus* delle alienazioni in funzione di garanzia"; del resto la circostanza che nel secondo "sia garantita ab origine la corrispondenza dei valori del bene alienato e del credito garantito", non può "supplire alla rilevata insufficienza della causa di garanzia a fondare [...] l'attribuzione del bene in proprietà".

¹²³ Si veda MURINO, *L'autotutela nell'escussione della garanzia finanziaria pignoratoria*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2010, p. 28.

CAPITOLO SECONDO

“LE PATTUZIONI COMMISSORIE NELLA PRASSI: TRA FATTISPECIE ELUSIVE E CORRETTIVI DI LICEITÀ”

SOMMARIO: 1. Il patto commissorio nelle applicazioni giurisprudenziali: tra pratiche elusive e fattispecie strutturalmente affini ma estranee all’ambito di operatività del divieto. 1.1. Patto commissorio e *datio in solutum*. 1.2. Patto commissorio, vendita con patto di riscatto e vendita con riserva di proprietà. 1.3. Patto commissorio e cessione dei crediti a scopo di garanzia. 1.4. Patto commissorio e contratto di riporto. 1.5. Il mutuo su polizza assicurativa. 1.6. Patto commissorio e conferimento al creditore del mandato a vendere. 1.7. L’alienazione in garanzia da parte del terzo e il patto commissorio occulto. Il patto commissorio a effetti obbligatori. 1.8. Il *trust*. 1.9. Il *sale and lease back*. 2. Gli elementi ricorrenti per l’individuazione del confine di liceità *ex art. 2744 c.c.* 3. Il patto marciano come correttivo di liceità del patto commissorio.

1. Il patto commissorio nelle applicazioni giurisprudenziali: tra pratiche elusive e fattispecie strutturalmente affini ma estranee all’ambito di operatività del divieto.

Si è visto che con il ricorso alla nozione di norma materiale (o di risultato) la giurisprudenza ha nel tempo eretto il divieto del patto commissorio a norma programmatica¹²⁴, emersione di un generale ripudio dell’ordinamento verso un determinato risultato economico¹²⁵ ritenuto immeritevole di tutela e pertanto tale da imporre di sanzionare con la nullità non soltanto i negozi che contravvengono in via diretta l’art. 2744 c.c., ma anche tutte quelle soluzioni pattizie che pur formalmente estranee alla struttura della norma, e quindi lecite, ne eludono concretamente la portata applicativa.

Ed infatti, le maglie dell’art. 2744 c.c. sono state dilatate fino a ricomprendervi: le pattuizioni che prevedono il trasferimento al creditore della proprietà dei beni soggetti a privilegio (legale o convenzionale); tutte quelle ipotesi ove oggetto del trasferimento non è un diritto di proprietà ma un diritto reale minore come l’usufrutto, l’enfiteusi o la superficie; il c.d. patto commissorio autonomo, ove ad essere trasferita è la proprietà di un bene che non è oggetto di una garanzia reale tipica; il c.d. patto commissorio obbligatorio, ove il debitore assume soltanto l’obbligo di trasferire la proprietà del bene per il caso di inadempimento; quelle pattuizioni che prevedono che oggetto del trasferimento sia un bene di proprietà di un terzo; il c.d. patto commissorio reale, che

¹²⁴ L’espressione è di N. A. VECCHIO, *Il divieto del patto commissorio e la causa delle alienazioni*, nota a Cass. Civ., 21 gennaio 2016, n. 1075, in *I Contratti*, 5, 2016, p. 438.

¹²⁵ Il risultato economico vietato dall’ordinamento, come si legge nella motivazione di Cass. Civ., 21 gennaio 2016, n. 1075, è costituito “*dall’assoggettare il debitore all’illecita coercizione da parte del creditore, sottostando alla volontà del medesimo di conseguire il trasferimento della proprietà di un suo bene, quale conseguenza della mancata estinzione di un debito*”.

configura le ipotesi di alienazione in garanzia con effetto traslativo immediato, ma risolutivamente condizionata all'inadempimento¹²⁶.

Ciò farebbe sì, come è stato osservato¹²⁷, che nell'attuale assetto ordinamentale ogni forma di garanzia atipica prima di poter essere sottoposta al giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti, necessità di superare il vaglio di ammissibilità *ex art. 2744 c.c.*

A bene vedere, però, non si tratta di un risultato originario imposto dalla lettera della legge, riferita soltanto al patto accedente ad una garanzia reale tipica di cui rappresenta una estrinsecazione illecita¹²⁸, ma piuttosto di un prodotto della "ragione artificiale dei giudicanti"¹²⁹ che in pochi altri settori dell'ordinamento hanno contribuito in maniera così significativa a modificare la portata applicativa di un istituto senza mai incidere il testo.

Un simile criterio selettivo, del resto, trova prima di tutto un fondamento logico se si considera che nella prassi è assai difficile che le parti stipulino un patto perfettamente aderente allo schema tipico della norma, poiché ne sarebbe praticamente certa la nullità. Al contrario è assai più frequente che la volontà negoziale venga modellata mediante il ricorso a patti "nudi" o "autonomi" che rappresentano un *quid alii* rispetto al patto commissorio vietato¹³⁰. Di talché, se si ammettesse la liceità di tali pattuizioni si giungerebbe al paradosso di ritenere ammissibile un risultato economico sostanzialmente identico a quello vietato dalla norma, legittimando forme di arbitrio del creditore a seconda che pretenda o meno il rilascio di una garanzia atipica¹³¹. Ma v'è per la migliore

¹²⁶ Si v. S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato*, op. cit., p. 538

¹²⁷ È stato osservato: "Ogni qualvolta l'autonomia dei privati delinea forme che possano consentire il trasferimento della proprietà di un bene collegato all'adempiimento del rapporto obbligatorio, l'art. 2744 c.c. viene utilizzato come rimedio rapido ed efficace per impedire gli effetti divisati", così D. VALENTINO, *Il trasferimento dei beni in garanzia*, in D. Valentino (a cura di), *I contratti di vendita*, I, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno - E. Gabrielli, Torino, 2007, 726. Di vera e propria spirale onnivora del divieto parla A. MONTI, in nota a Cass. Civ. 16 ottobre 1995, n. 10805, in *Foro it.*, 1996, I, p. 3492.

¹²⁸ Osserva C. M. BIANCA, *Patto commissorio*, op. cit., p. 715: "L'impostazione data al divieto è quella tradizionale: il legislatore ha continuato ad intendere la norma nella prospettiva della proibizione di certe alterazioni delle garanzie reali nominate; finendo così per attribuire al divieto il significato di un limite esterno a tutela di questi rapporti". Sull'ampio tema del patto commissorio c.d. autonomo, si veda di recente N. CIPRIANI, *Patto commissorio autonomo: come salvare la validità del finanziamento e della garanzia*, in *Giustizia civile.com*, 2014, 3, 27 maggio 2014.

¹²⁹ Così si esprime N. A. VECCHIO, *Il divieto del patto commissorio e la causa delle alienazioni*, op. cit., p. 438.

¹³⁰ È stato osservato che l'ermeneutica deve tener conto non solo del testo (il quale fa riferimento solo al pegno ed all'ipoteca), ma anche dell'interazione complessa fra testo e rubrica (ove si vieta il patto commissorio in sé e per sé). Così N. A. VECCHIO, *Il divieto del patto commissorio e la causa delle alienazioni*, op. cit. p. 439, che richiama A. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, 1977, p. 111.

¹³¹ "L'oggetto della sanzione si rivela concretamente come una convenzione autonoma, la quale deve essere colpita non in quanto si accompagni a garanzie tipiche ma perché piuttosto tenderebbe a sostituirsi ad esse". Così ancora C. M. BIANCA, *Patto commissorio*, op. cit., p. 715, che osserva altresì, come sarebbe del pari incongruente un patto commissorio valido perché accedente ad un'ipoteca nulla per vizio di forma, in *Il divieto del patto commissorio*, op. cit., p. 67, richiamato da U. CARNEVALI, *Patto commissorio*, op. cit., p. 502.

dottrina anche una ragione di natura tecnica: il patto commissorio non è assimilabile ad una garanzia tipica poiché difetta tanto il diritto di prelazione, poiché il creditore non fa valere un diritto di preferenza ma l'automatico o già conseguito acquisto del bene, quanto il diritto di sequela, poiché ciò che il creditore oppone ai terzi è che il bene è già entrato nel suo patrimonio¹³². In altri termini, è lo stesso patto *ex art. 2744 c.c.* che può considerarsi come fattispecie autonoma in cui la connessione con una garanzia reale tipica è requisito eventuale ed irrilevante¹³³.

Ebbene, proprio tale processo di progressiva massima dilatazione dei confini della norma, e soprattutto di riconoscimento dell'illiceità del patto commissorio autonomo, pone il problema dell'individuazione e della validità degli schemi giuridici tipici o socialmente tipizzati adoperati dalle parti per raggiungere lo scopo vietato *ex lege*, nonché della sua distinzione con le figure tipiche o atipiche che pure sembrano richiamarne la struttura, ma che sono invece ritenute lecite.

Quel che sembra potersi sin d'ora affermare è che nelle varieguate applicazioni giurisprudenziali¹³⁴ la fattispecie di cui all'art. 2744 c.c., pur estesa sino a ricomprendere ogni patto o negozio che la dissimuli, presuppone che due parti, creditore e debitore, abbiano stipulato due distinti negozi, ossia un contratto di finanziamento ed un negozio traslativo della proprietà di un bene del debitore tra loro indipendenti, ma collegati allo scopo di garantire il credito e purché il debitore sia costretto al trasferimento a tacitazione di una obbligazione preesistente. Conseguentemente, l'essenza del patto commissorio andrebbe rinvenuta in un'impropria realizzazione del diritto di credito, mentre dovrebbe escludersi quando il negozio traslativo della proprietà appare in concreto volto a realizzare un distinto e diverso programma negoziale.

¹³² Il creditore non fa valere una mera preferenza nell'ordine di soddisfazione, bensì l'automatico (e già conseguito) acquisto del bene, parimenti il patto commissorio non concede al creditore che ne sia titolare il diritto di seguito sui beni del debitore, bensì la possibilità di opporre ai terzi che quel bene è già entrato nel suo patrimonio, sebbene nella forma della vendita sospensivamente condizionata all'evento futuro ed incerto dell'inadempimento. In tal senso U. CARNEVALI, *Patto commissorio*, op. cit., p. 502.

¹³³ In questi termini, C.M. BIANCA, *Patto commissorio*, op. cit., p. 714, ove l'Autore aggiunge che il patto commissorio ipotecario, ossia l'ipotesi non tipizzata e più dibattuta sotto il vigore del codice abrogato, "nella realtà della pratica giurisprudenziale riguardava quasi sempre esclusivamente un contratto di alienazione non accompagnato da alcun vincolo ipotecario". L'accessorietà si spiegava nell'esperienza storica romana, ove le forme di garanzia implementate dal patto non importavano (o, almeno, non essenzialmente) un potere di soddisfacimento del creditore; mentre nel nostro ordinamento il patto *de quo* non realizza il contenuto delle garanzie, cui effettivamente accede solo in ipotesi assolutamente marginali, realizzando autonomamente i suoi effetti essenziali o tipici, senza necessità di rinvenire in tali ipotesi un "sostegno" al dispiegarsi della propria efficacia.

¹³⁴ Di recente, per una puntuale disamina degli orientamenti giurisprudenziali si veda S. DEL CORE, *Il divieto del patto commissorio nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Vita notarile*, 3, 2016, p. 1415 ss.

1.1. Patto commissorio e *datio in solutum*.

Nell'alveo delle fattispecie lecite sebbene astrattamente assimilabili al patto commissorio, viene anzitutto in rilievo la *datio in solutum*, istituto che ai sensi dell'art. 1197 c.c. facoltizza il debitore, dietro consenso del creditore, ad estinguere l'obbligazione mediante l'esecuzione di una prestazione diversa da quella originariamente dovuta, anche qualora di valore maggiore a quest'ultima e dunque economicamente svantaggiosa. Il secondo comma dell'art. 1197 c.c. fa, poi, espresso riferimento all'eventualità che la nuova prestazione consista nel trasferimento della proprietà o di un altro diritto reale.

Il consolidato orientamento giurisprudenziale¹³⁵ per distinguere tra prestazione in luogo dell'adempimento e patto commissorio vietato guarda al momento della stipulazione: il patto ex art. 2744 c.c. si configura solo nella fase di costituzione o di attuazione (nel caso del patto commissorio *ex intervallo* collegato a richieste di dilazione di pagamento) del negozio di finanziamento e non in relazione a tutti quegli accordi intervenuti tra debitore e creditore successivamente alla scadenza del debito od alla proroga della durata del finanziamento. In quest'ultime fattispecie, infatti, il debitore ha facoltà di disporre liberamente dei propri beni a tacitazione delle proprie obbligazioni e può godere delle ordinarie azioni di annullamento del contratto nell'eventualità in cui sia soggetto a forme di coercizione psicologica del creditore. Al contrario, nel caso del patto commissorio, poiché il trasferimento del bene è pattuito prima della scadenza del debito, inверatosi l'inadempimento, l'atto traslativo non può considerarsi il frutto di una libera scelta del debitore, come accade nell'ipotesi della *datio in solutum* o nel caso in cui esprima l'esercizio di una facoltà precostituita al sorgere dell'obbligazione ex art. 1286 c.c., ma rappresenta piuttosto l'esecuzione di un atto contrattualmente dovuto.

In altri termini, nella *datio in solutum* la prestazione ha funzione di adempimento (o meglio solutoria) estintiva di una pregressa prestazione già inadempita e non già di garanzia che presuppone, invece, che il debito non sia scaduto come accade nel patto commissorio ove il trasferimento della proprietà è condizionato, sospensivamente o risolutivamente, all'evento futuro ed incerto dell'inadempimento.

Sulla scorta di tali considerazioni è stata così negata la configurabilità del patto commissorio nel caso di una vendita in cui una porzione del corrispettivo era stata

¹³⁵ In questi termini: Cass. Civ., 7 aprile 1995, n. 4064; Cass. Civ. 6 novembre 1996, n. 9675; Cass. Civ. 3 febbraio 1999, n. 893; Cass. Civ. 26 giugno 2001, n. 8742; Cass. Civ. 7 luglio 2003, n. 10702; Cass. Civ. 20 giugno 2008, n. 16953.

immediatamente utilizzata per estinguere un mutuo stipulato tra le medesime parti, sul rilievo che la compravendita non aveva assunto in concreto lo scopo di garantire la restituzione della somma mutuata, ma eventualmente di fornire la provvista per il pagamento del debito scaduto¹³⁶.

Tuttavia, una parte della dottrina ha posto in luce come anche la *datio in solutum* possa in concreto adoperarsi in funzione elusiva del divieto del patto commissorio ogni qualvolta alla stessa venga apposto un patto di riscatto, ovvero qualora sia condizionata risolutivamente o sospensivamente al pagamento di un debito già estinto. In tali ipotesi, si osserva, anche nella prestazione in luogo dell'adempimento sarebbe ravvisabile una funzione di garanzia, perché il debitore trasferisce al creditore un bene ad estinzione di un debito già scaduto, riservandosi la facoltà di riscattarlo o riacquistarne la proprietà per il caso di pagamento della somma originariamente dovuta¹³⁷.

Più di recente, una parte della dottrina sul rilievo secondo cui anche nel patto commissorio sarebbe ravvisabile una funzione solutoria, giunge ad affermare che l'incondizionata liceità della *datio in solutum*, adottata dal legislatore del '42 meriterebbe di essere rivista, poiché molto spesso essa appare, nella realtà dei traffici giuridici, scarsamente rispettosa degli interessi in gioco¹³⁸. Si osserva, in tale prospettiva, che nell'attuale sistema codicistico la *datio in solutum* che appaia pregiudizievole per il debitore può essere neutralizzata solo mediante il ricorso ai tradizionali rimedi della materia contrattuale, come l'azione per rescissione o di annullamento per violenza o dolo, e quindi solo in casi estremi, richiedenti un corredo probatorio spesso di difficile dimostrazione. Mentre, nell'era della normativa consumeristica, e più in generale di tutela del contraente debole, in cui si sono affermati il principio dell'abuso del diritto e della nullità delle clausole gravemente inique nei rapporti tra debitore e creditore, occorrere introdurre un limite di validità alla prestazione in luogo dell'adempimento in tutti quei casi in cui la sproporzione tra l'ammontare del debito ed il valore del bene trasferito in proprietà si traduca in una iniquità del contenuto negoziale.

¹³⁶ Si veda Cass. Civ. 28 giugno 2006, n. 14903.

¹³⁷ Così V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, op. cit.

¹³⁸ Così A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di tutela esecutiva*, op. cit., p. 29.

1.2. Patto commissorio, vendita con patto di riscatto e vendita con riserva di proprietà.

Nella casistica giurisprudenziale il mezzo elusivo del patto commissorio più frequentemente adoperato è la vendita con patto di riscatto (o di retrovendita) che, come dapprima si ricordava, costituisce l'archetipo delle alienazioni in garanzia e consente al debitore alienante (che evidentemente versa in una situazione di difficoltà finanziaria) di trasferire la proprietà di un bene, riservandosi di riscattarla entro un termine legale o convenzionale, attraverso la restituzione del prezzo pagato dall'acquirente maggiorato delle spese che questi ha sostenuto, fermo restando il divieto, sancito dal secondo comma dell'art. 1500 c.c., di convenire per il riscatto un prezzo maggiore di quello pattuito per la vendita, presidiato dalla sanzione della nullità.

Una compravendita che presenta tale struttura rimane entro i confini di liceità delineati dall'art. 1500 c.c. finché la causa del negozio è lo scambio di cosa contro prezzo, mentre lo scopo di garanzia che pure anima la volontà negoziale delle parti resta relegato nella sfera dei motivi, come tali irrilevanti per quanto comuni ad entrambe le parti¹³⁹.

Al contrario, essa appare dissimulante un patto commissorio allorché si innesta in un rapporto credito-debito tra venditore e acquirente, tanto da far ritenere che essa persegua in concreto non la causa tipica della compravendita (scambio di cosa con prezzo) bensì una funzione di rafforzamento della pretesa creditoria e, quindi, di garanzia, suscettibile di determinare la definitiva acquisizione del bene nel caso di mancato pagamento del debito garantito.

La giurisprudenza, in particolare, ha fatto ricorso ai suddetti assunti in fattispecie in cui la vendita con patto di riscatto veniva stipulata tra debitore alienante e creditore acquirente per garantire un mutuo, sicché lo scopo di garanzia lungi dall'assurgere a motivo del contratto, costituiva piuttosto la causa dell'immediato trasferimento della proprietà del bene al creditore mutuante, che diventava definitivo solo a seguito dell'inadempimento del mutuato, causa inconciliabile con quella tipica della vendita. In tali ipotesi, infatti, il denaro non costituisce il corrispettivo per l'acquisto della proprietà,

¹³⁹ Così LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Schlesinger, Milano, 1987, p. 243; V. ROPPO, *ibidem*, p. 564, nel descrivere l'orientamento giurisprudenziale previgente osserva che era considerato decisivo solo il momento in cui, secondo la previsione delle parti, si attuava il trasferimento della proprietà: il trasferimento immediato della proprietà integrava una vendita con patto di riscatto perfettamente lecita, rispetto alla quale l'eventuale esercizio del diritto potestativo di riscatto da parte dell'alienante operava come condizione risolutiva dell'acquisto intanto efficacemente intervenuto in capo al compratore; nel caso di differimento dell'effetto traslativo ad un momento coincidente con l'eventuale inadempimento del debitore-alienante, allora la pattuizione, comunque denominata dalle parti, configurava un illecito patto commissorio.

ma erogazione di un finanziamento, ed il trasferimento non è attribuzione del diritto di proprietà, ma l'atto costitutivo di una garanzia suscettibile di espandersi in diritto assoluto di proprietà solo nel caso di definitivo inadempimento all'obbligo di restituire la somma mutuata alla scadenza pattuita. Ed è proprio questa temporaneità ed instabilità dell'effetto traslativo che, nelle opinioni della giurisprudenza di legittimità, è uno degli indici rivelatori della pattuizione commissoria illecita¹⁴⁰.

In tale prospettiva, il principale elemento sintomatico di un patto commissorio occulto è stato rinvenuto nella sproporzione tra l'entità del debito ed il valore del bene dato in garanzia che, nelle opinioni della Suprema Corte, si ritiene presunto dal legislatore nel patto *ex art. 2744 c.c.*, sicché ove questa sproporzione manchi l'illiceità della pattuizione, come accade nel pegno irregolare, nel patto marciano o nel riporto finanziario, deve dirsi esclusa¹⁴¹.

I suddetti principi sono stati ribaditi dalla dottrina anche rispetto alla vendita con riserva di proprietà che, come noto, in forza del meccanismo previsto dall'art. 1523 c.c., pur consentendo all'acquirente l'immediato godimento del bene, differisce l'effetto traslativo al momento del pagamento dell'ultima rata del prezzo ed al contempo predisporre, appunto attraverso la clausola di riserva della proprietà (opponibile ai creditori dell'acquirente purché risultante da atto scritto avente data certa), la garanzia per l'alienante di riacquisto del bene nel caso di inadempimento dell'acquirente. Si è ritenuto, infatti, che in una tale struttura negoziale difetti la funzione di garanzia e lo scopo di finanziamento comune ad entrambi i contraenti e che, pertanto, mantenuta la causa tipica della compravendita, in essa non possa celarsi una pattuizione elusiva del divieto del patto commissorio¹⁴².

¹⁴⁰ Si vedano Cass. Civ., 4 marzo 1996 n. 1657; Cass. Civ. 20 luglio 2001 n. 9900; Cass. Civ. 19 maggio 2004, n. 9466; Cass. Civ. 15 marzo 2005, n. 5635; Cass. Civ. 4 agosto 2006, n. 17705; Cass. Civ. 8 febbraio, n. 2725; Cass. Civ. 12 gennaio 2009, n. 437; Cass. Civ. 17 aprile 2014, n. 8957. In particolare, per Cass. Civ. n. 19288 del 2009 “...la vendita con patto di riscatto o di retrovendita, anche quando sia previsto il trasferimento effettivo del bene, è nulla se stipulata per una causa di garanzia (piuttosto che per una causa di scambio) nell'ambito della quale il versamento del denaro, da parte del compratore, non costituisca pagamento del prezzo ma esecuzione di un mutuo ed il trasferimento del bene serve solo per costituire una posizione di garanzia provvisoria capace di evolversi a seconda che il debitore adempia o non l'obbligo di restituire le somme ricevute, atteso che la predetta vendita, in quanto caratterizzata dalla causa di garanzia propria del mutuo con patto commissorio, piuttosto che della causa di scambio propria della vendita, pur non integrando direttamente un patto commissorio, vietato dall'art. 2744 c.c., costituisce un mezzo per eludere tale norma imperativa ed esprime perciò una causa illecita che rende applicabile l'art. 1344 c.c.”. Più di recente, senza pretese di esaustività, cfr. Cass. Civ. n. 8957 del 2014; Cass. Civ. n. 10986 del 2013; Cass. Civ. n. 13621 del 2007; Cass. Civ. n. 1657 del 1996; Cass. Civ. n. 10648 del 1994; Cass. Civ. n. 7890 del 1994.

¹⁴¹ Così Cass. Civ. 9 maggio 2013, n. 10926 con nota di T. TRIOLA, in Vita notarile, 2013, p. 719 ss.

¹⁴² Così C.M. BIANCA, *Patto commissorio*, op. cit.

In tempi recentissimi, la Suprema Corte proprio in relazione ad una fattispecie¹⁴³ in cui veniva invocata la nullità di una vendita con patto di riscatto per violazione degli artt. 1344 e 2744 c.c., ha colto l'occasione per riprendere le fila del dibattito in ordine all'ammissibilità delle alienazioni in garanzia. I primi commentatori hanno sottolineato che le difficoltà interpretative riscontrate in argomento potrebbero trovare in questa pronuncia "una chiave di volta"¹⁴⁴, giacché la Suprema Corte, pur prendendo le mosse dall'ormai pacifico diritto vivente teso ad ampliare il rimedio invalidante dell'art. 2744 c.c., sembra offrire al giurista indicazioni di non poco rilievo sulle modalità e sugli strumenti attraverso cui orientare il vaglio di liceità di quelle alienazioni che non appaiono *ictu oculi* connotate esclusivamente da una causa di scambio.

Ed infatti, sebbene non sia sfuggito agli Ermellini che nella fattispecie lo scopo di garanzia connotava i rapporti tra le parti, poiché gli alienanti erano debitori dell'amministratore della società acquirente, è stato tuttavia escluso che il collegamento negoziale tra il contratto di mutuo e la vendita con patto di riscatto avesse prodotto una alterazione della causa di scambio. Ciò in quanto il prezzo della compravendita era stato parzialmente pagato mediante il ripianamento di debiti già esistenti all'atto della vendita, con la conseguenza che per il relativo ammontare la compravendita non ha in concreto assolto ad una funzione di garanzia, ma ha solamente fornito agli alienanti la provvista per estinguere i debiti scaduti. Ebbene, la chiave di volta nelle opinioni dei commentatori risiede nella circostanza che la Suprema Corte ha ritenuto che la pur complessa operazione negoziale posta in essere dalle parti rispondeva alle leggi economiche della compravendita anche se in un contesto connotato da un parallelo *enforcement* del credito. Conseguentemente, è la non esclusività dello scopo alieno allo scambio che consente al

¹⁴³ Ci si riferisce a Cass. Civ. 21 gennaio 2016, n. 1075. Nella fattispecie sottoposta all'esame della Suprema Corte, una società aveva acquistato un appartamento prevedendo che gli alienanti avrebbero conservato il godimento dell'immobile a titolo di comodato gratuito, con accollo gratuito di tutte le spese di riparazione e manutenzione ordinaria e straordinaria sino ad un termine prefissato. Veniva inoltre statuito il riscatto dell'immobile, previa restituzione del prezzo di acquisto rivalutato ed il rimborso delle spese contrattuali. Tuttavia, alla scadenza del termine pattuito, gli alienanti, pur omettendo di esercitare il riscatto, non davano seguito al formale invito di consegnare l'immobile. Convenuti in giudizio, eccepivano che il contratto era affetto da nullità per violazione degli artt. 1344 e 2744 c.c. adducendo che la causa concreta dell'accordo era esclusivamente garantire la restituzione di un precedente debito con la società acquirente. A sostegno delle loro tesi, gli alienanti rappresentavano: (i) che l'immobile era stato venduto per un corrispettivo ben inferiore al suo valore di mercato; (ii) la sussistenza di ulteriore scrittura privata, contestuale al contratto, che imponeva alla società acquirente di versare la parte residua del prezzo ad altri enti con il medesimo legale rappresentante, a garanzia di altre cessioni di pagamento; (iii) gli intervenuti pagamenti effettuati e quietanzati dagli amministratori della società. Sia il Tribunale di prime cure sia la Corte d'Appello rigettavano, tuttavia, la prospettazione attorea rilevando l'insufficienza di un compendio probatorio idoneo a rivelare la sussistenza di un'ipotesi di patto commissorio.

¹⁴⁴ L'espressione è di A. VECCHIO, *Il divieto di patto commissorio e la causa delle alienazioni*, Nota a Cass. Civ. 21 gennaio 2016, n. 1075, in *I Contratti*, 5, 2016, p. 448.

meccanismo negoziale di sottrarsi alla sanzione della nullità *ex art. 2744 c.c.* e tale possibilità si lega, nelle opinioni della giurisprudenza di legittimità, sia alla scarsa intensità del collegamento negoziale, sia alla possibilità, pacificamente riconosciuta, di perseguire con la medesima struttura negoziale una pluralità di *utilitas* giuridicamente rilevanti (lo scambio e la garanzia)¹⁴⁵.

1.3. Patto commissorio e cessione dei crediti a scopo di garanzia.

Si è, altresì, posto il problema dell'elusione del patto commissorio attraverso il meccanismo della cessione del credito¹⁴⁶ *ex art. 1260 e ss. c.c.* attuata a scopo di garanzia¹⁴⁷, cui sempre più frequentemente gli imprenditori commerciali ricorrono nella prassi degli affari al fine di garantire il finanziamento ricevuto da una banca mediante la cessione di un credito vantato nei confronti di un terzo.

Si è ritenuto che la cessione dei crediti in garanzia sia sottoposta alla condizione risolutiva dell'inadempimento del debitore ceduto, con la conseguenza che verificatosi detto evento il credito ceduto ritorna nella titolarità del cedente, mentre per il caso di mancato avveramento della condizione la somma sarà imputata ad estinzione del debito principale tra creditore cedente ed il finanziatore cessionario¹⁴⁸.

Per una parte della dottrina la nullità *ex art. 2744 c.c.* deriverebbe dall'attribuzione al creditore di un inammissibile diritto di prelazione atipico¹⁴⁹. Altri, invece, osservano che l'ammissibilità della figura andrebbe indagata alla luce della natura pecuniaria o meno del credito ceduto, giacché solo per i crediti pecuniari la cessione in garanzia può giustificarsi mediante il richiamo all'art. 2803 c.c. che autorizza il creditore pignoratorio a trattenere le somme ricevute in pegno, per il caso di inadempimento, sino alla

¹⁴⁵ Nella sentenza in commento così si legge: “*non vi è alcuna prova che i vari rapporti negoziali siano stati concepiti e voluti come funzionalmente connessi e tra loro interdipendenti, in modo da risultare idonei al raggiungimento di un comune scopo di garanzia*”. In altre precedenti occasioni la Suprema Corte aveva, invece, individuato nel peculiare meccanismo del collegamento uno strumento in grado di violare la norma materiale o di risultato di cui all'art. 2744 c.c. cfr. da ultimo, Cass. 19 maggio 2004, n. 9466, in *I Contratti*, 2004, 11, p. 979, con commento di L. CILIA, *Divieto del patto commissorio e negozi collegati*; nonché in *Riv. dir. civ.*, 2006, 2, p. 509 ss. con nota di M.V. VERDI e in *Guida dir.*, 2004, 39, p. 70 ss..

¹⁴⁶ I dubbi sulla natura causale ed astratta della cessione del credito, nonché sull'esistenza o meno di un autonomo tipo contrattuale sono ormai superati. È, infatti, opinione ormai consolidata, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, che la cessione del credito non costituisce un tipo contrattuale a sé stante, ma piuttosto uno dei possibili modi in cui può attuarsi un'alienazione caratterizzata dall'aver come oggetto un diritto anziché un bene. In tal senso cfr. F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, Padova, 2004, p. 100.

¹⁴⁷ Per un migliore e completo inquadramento della tematica si veda U. STEFINI, *La cessione del credito con causa di garanzia*, Padova, 2007.

¹⁴⁸ Cfr. A. DOLMETTA e G.B. PORTALE, *Profili della cessione dei crediti in garanzia*, in *Vit. Not.*, 1985, II, p. 258.

¹⁴⁹ F. BATTISTONI FERRARA, *Cessione di credito “a garanzia” e fallimento del cedente*, in *Foro It.*, 1961, p. 1449.

concorrenza del proprio credito. Al contrario, per le cessioni in garanzia di crediti non pecuniari opererebbe l'art. 2744 c.c.¹⁵⁰.

1.4. Patto commissorio e contratto di riporto.

Anche il contratto di riporto è stato sottoposto al vaglio di legittimità *ex art. 2744 c.c.* in quanto negozio che ai sensi dell'art. 1548 c.c. consente al riportato di trasferire in proprietà al riportatore titoli di credito di una medesima specie per un prezzo determinato, con l'obbligo per il riportatore, alla scadenza del termine pattuito, di trasferire a sua volta al riportato la proprietà di altrettanti titoli di credito della stessa specie dietro il rimborso del prezzo pagato aumentato o diminuito nella misura convenuta.

È stata qualificata come riporto a scopo di garanzia una fattispecie in cui in base ad uno specifico patto, distinto dal formale contratto di riporto, si vietava al riportatore di disporre dei titoli di credito per tutta la durata del contratto. In tale occasione sono stati rinvenuti gli estremi del patto commissorio sotto il profilo del contratto in frode alla legge e della *fiducia cum creditore*¹⁵¹.

Si è tuttavia obiettato che anche a voler ammettere che in tali ipotesi ricorra uno scopo di garanzia, mancherebbe il potere di autotutela del creditore che si ritiene stia alla base del divieto del patto commissorio. Infatti, il divieto di alienazione posto in capo al riportatore discende dall'obbligo di restituire i titoli di credito *in individuo*, con la conseguenza che in caso di inadempimento del riportato, egli potrà unicamente chiedere la liquidazione coattiva secondo le leggi della borsa¹⁵².

Anche la tesi che ravvisa un intento elusivo dell'art. 2744 c.c. nella circostanza che le parti abbiano inteso precostituire una garanzia mediante l'attribuzione irrevocabile dei titoli di credito in capo al riportatore è stata criticata sul rilievo che il trasferimento definitivo della proprietà conseguente all'inadempimento è un effetto della disposizione

¹⁵⁰ In questi termini A, D'ADDA, *La cessione del credito ed il factoring*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Roppo-Benedetti, Milano, 2014, p. 190 ss. L'Autore osserva che in materia di garanzie reali atipiche esiste un'autentica "disparità di trattamento" a seconda che oggetto del trasferimento sia un diritto di credito o un diritto reale: mentre la cessione del credito in garanzia è pacificamente ammessa, alle alienazioni in garanzia di un diritto reale viene riservato un trattamento decisamente più severo. Negli stessi termini anche T. MANCINI, *La cessione dei crediti futuri a scopo di garanzia*, Milano, 1968, p. 11 ss. In giurisprudenza si vedano Cass. Civ., 13 novembre 1973, n. 3004, in *Giur. il. Mass.*, 1973, p. 1029, che inquadra l'istituto nello schema dei negozi indiretti; App. Bologna, 19 dicembre 1972, in *Giur. mer.*, 1973, I, p. 386, nonché in *Dir. fall.*, 1973, II, p. 173, che ritiene che non dà origine a patto commissorio vietato la dazione in pegno di cambiale con girata in bianco.

¹⁵¹ In tal senso G. MINERVINI, *Su un preteso caso di riporto a scopo di garanzia*, in *Banca borsa*, 1952, II, p. 385 ss., nota a Cass. Civ. 6 giugno 1951, n. 1441.

¹⁵² Ci si riferisce a M. FRAGALI, *Del mutuo*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, artt. 1813-1822, II ed., Bologna-Roma, 1966, p. 251.

di cui all'art. 1551 c.c., non già il frutto di un accordo simulatorio teso all'indiretta violazione del divieto del patto commissorio¹⁵³.

1.5. Il mutuo su polizza assicurativa.

Nell'ambito delle assicurazioni sulla vita la prassi conosce il fenomeno del c.d. mutuo (o prestito, o anticipazione) su polizza che risponde all'esigenza di assicurare il transitorio bisogno di liquidità dell'assicurato.

In forza di una apposita clausola contrattuale si conviene, quindi, che l'assicuratore consegni all'assicurato, che ne abbia fatto richiesta, una somma di denaro nei limiti del valore maturato. In caso di inadempimento dell'assicurato dell'obbligo, a seconda dei casi, di pagare i premi assicurativi successivi oltre interessi sulla somma mutuata, ovvero di restituzione della somma medesima, l'assicuratore avrà il diritto di esercitare il c.d. riscatto d'ufficio, che opera quale recesso dal contratto di assicurazione, e trattenere il valore del riscatto della polizza, ossia compensando il credito derivante dal mutuo con il debito contratto nei confronti dell'assicurato in forza del contratto di assicurazione. È fatto, però, obbligo all'assicuratore di restituire all'assicurato l'eventuale differenza fra il valore del riscatto e l'ammontare del credito *ex mutuo*.

Per alcuni questa struttura negoziale celerebbe un intento elusivo del divieto *ex art.* 2744 c.c. sia perché l'assicuratore trattiene per il caso di inadempimento l'assicurazione che gli è stata data in garanzia, sia perché il valore del riscatto non viene determinato obiettivamente, giacché vi provvede lo stesso assicuratore che è parte del rapporto¹⁵⁴.

Altri, propendono per la tesi contraria ed ammettono la liceità della figura sul rilievo che anche a volerla considerare quale mutuo garantito da pegno del credito derivante dal contratto di assicurazione (e non, come sarebbe più opportuno, un mutuo garantito dal collegamento negoziale esistente fra il mutuo stesso ed il contratto di assicurazione), l'assicuratore non diventa cessionario del credito, ma si limita a ritenere la polizza sino alla concorrenza massima del suo credito e fermo l'obbligo di restituire l'eccedenza¹⁵⁵.

¹⁵³ Così. DI PAOLO, *Patto commissorio*, in *Noviss. DI*, 2006, p. 309.

¹⁵⁴ In questi termini, V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, op. cit., p. 81 ss.; M. D'AMELIO, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, op. cit., p. 454; G. UGHI, *Essenzialità dei termini per il pagamento dei premi di assicurazione e prestito su polizza*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, II, p. 73; R. ZANNA, *Osservazioni in tema di patto commissorio*, in *Temi*, 1966, p. 6.

¹⁵⁵ Si veda, in particolare, G. CASTELLANO, *Vicende del rapporto di assicurazione sulla vita*, Padova, 1963, p. 165 ss. e p. 178 ss. Tra gli autori che negano l'esistenza di un patto commissorio cfr. N. GASPERONI, *Le assicurazioni*, in *Tratt. Grosso - Santoro Passarelli*, Milano, 1966, p. 204; M. FRAGALI, *Del Mutuo*, op. cit., p. 261 ss.; L. LORDI, *Del pegno*, in *Comm. D'Amelio-Finzi*, libro *Della tutela dei diritti*, Firenze, 1943, p. 652.

1.6. Patto commissorio e conferimento al creditore del mandato a vendere.

Un ulteriore schema negoziale che è stato sottoposto al vaglio delle Corti è quello del mandato conferito al creditore mutuante, contestualmente alla stipula del mutuo, ad alienare un bene immobile di proprietà del debitore nel caso di inadempimento dell'obbligo di restituire la somma mutuata.

La giurisprudenza ne ha sottolineato la diversità strutturale rispetto al patto commissorio su di un duplice rilievo: da un lato, il trasferimento della proprietà non opera quale automatico effetto dell'inadempimento, ma consegue all'esecuzione di un mandato orientata al canone della diligenza del buon padre di famiglia; dall'altro, il prezzo dell'alienazione non viene predeterminato *ex tunc* in relazione alla somma mutuata, ma *ex nunc*, cioè al momento della compravendita e sulla base dei valori di mercato¹⁵⁶.

Non sono però mancate voci discordanti¹⁵⁷ che hanno ravvisato un intento elusivo del divieto del patto commissorio in relazione a quelle fattispecie in cui risultava rinvenibile un collegamento funzionale tra il conferimento della procura a vendere e la stipulazione del contratto di mutuo, ritenendo irrilevanti in senso contrario (e quindi a favore della validità dello schema negoziale) sia la circostanza che il bene fosse stato venduto ad un prossimo congiunto del debitore, sia il fatto che la procura a vendere, sebbene rilasciata contestualmente alla stipula del mutuo, fosse stata eseguita successivamente.

Anche la dottrina maggioritaria¹⁵⁸ si è espressa nel senso dell'ammissibilità di tale struttura negoziale qualificandola, più propriamente, come una lecita deroga alle procedure di espropriazione forzata. Si osserva, in particolare, che il mandato *in rem propriam* conferito al creditore avrebbe il pregio di evitare la sproporzione tra garanzia e credito senza al contempo ledere la *par condicio creditorum*, giacché il creditore ha diritto

¹⁵⁶ In questi termini cfr. Cass. Civ., 5 dicembre 1979, n. 766, in *Riv. not.*, 1979, p. 619; Trib. Roma, 24 marzo 1969, in *Dir. fall.*, 1969, II, p. 468. Più specificamente, per l'ammissibilità della vendita simulata assolvente l'unica funzione di garanzia di sottrarre l'intestazione formale della cosa al debitore-venditore e di attribuirla fittiziamente al creditore-acquirente, v. Cass. Civ., 30 giugno 1969, n. 2380, in *Giust. civ.*, 1970, I, p. 1279; Cass. Civ., 11 dicembre 1956, n. 4406, in *Foro pad.*, 1958, I, p. 455, con nota di C. M. BIANCA, *Garanzia mediante alienazione simulata e conferimento al creditore di un mandato a vendere*, nonché in *Giust. civ.*, 1957, I, p. 627, con osservazione di R. GRANATA, *Intestazione fittizia di proprietà a scopo di garanzia*.

¹⁵⁷ Cass. Civ. 1 giugno 1993. N. 6112; Cass. Civ. 5 marzo 2010, n. 5426; Cass. 10 marzo 2011, n. 5740; Cass. Civ., 8 luglio 2014, n. 15486.

¹⁵⁸ C. M. BIANCA, *Divieto del patto commissorio*, op. cit., p. 187 ss.; ID., *Garanzia mediante alienazione simulata e conferimento al creditore di un mandato a vendere*, op. cit., p. 455 ss.; ID., *Patto commissorio*, in *Novissimo D.I.*, XII, Torino, 1965, p. 718; M. FRAGALI, *Del mutuo*, op. cit., p. 250; M. IACUNIELLO BRUGGI, *Patto commissorio*, in *Enc. giur.*, 1990, Roma, p. 7. In senso contrario si vedano V. ANORIOLI, *Divieto del patto commissorio*, op. cit., p. 57; C. M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, op. cit., p. 110; R. ZANNA, *Osservazioni in tema di patto commissorio*, op. cit., p. 6. Quest'ultimi autori ravvisano un patto commissorio dissimulato nel caso in cui per il creditore-mandatario non vi sia obbligo di rendiconto.

di rivalersi sul prezzo ricavato dalla vendita fino alla concorrenza del proprio credito, ma con l'obbligo di restituire al debitore l'eventuale eccedenza che, dunque, ritornando al patrimonio del debitore, potrà essere efficacemente aggredita dagli altri creditori conservandone integre le ragioni di credito¹⁵⁹.

1.7. L'alienazione in garanzia da parte del terzo e il patto commissorio occulto. Il patto commissorio a effetti obbligatori.

Sul rilievo che il divieto sancito dall'art. 2744 c.c. mira a salvaguardare non solo il debitore dal rischio di coercizioni morali del creditore, ma anche il diritto dei creditori a non vedere illegittimamente alterata la garanzia patrimoniale generica *ex art. 2740 c.c.* al di fuori delle cause legittime di prelazione *ex art. 2741 c.c.*, la giurisprudenza di legittimità ha in un primo momento escluso la configurabilità del patto commissorio allorquando ad essere alienato fosse stato un bene non del debitore, ma di un terzo¹⁶⁰.

Successivamente, in forza dell'interpretazione in chiave funzionalistica dell'art. 2744 c.c. che consente di ritenere elusivo del divieto qualunque negozio, quand'anche strutturalmente lecito, diretto a perseguire il risultato vietato dall'ordinamento, si è definitivamente consacrata la tesi opposta.

Più in particolare, in relazione a tali fattispecie la giurisprudenza di legittimità ha parlato di "patto commissorio occulto", laddove il terzo proprietario del bene alienato assume le vesti di venditore a garanzia di un debito altrui¹⁶¹.

Il medesimo criterio ermeneutico di tipo funzionale ha permesso alla giurisprudenza di sanzionare con la nullità anche quelle pattuizioni che ricalcavano la struttura dell'art. 2744 c.c., ma prevedevano esclusivamente effetti obbligatori e non già reali.

Si è, così, osservato che anche un preliminare di compravendita può incorrere nel divieto del patto commissorio laddove risulti che l'intento primario delle parti è quello di costituire con il bene promesso in vendita una garanzia reale in funzione dell'adempimento delle obbligazioni contratte dal promittente alienante in forza di un

¹⁵⁹ Sul punto, in particolare, v. R. GENGHINI, *Patto commissorio e procura a vendere*, in *Contr. e impr.*, 1, 1995, p. 260 ss. e p. 285. *Contra* V. ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, op. cit., p. 51 ss.; C.M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, op. cit., p. 89 ss. e 110; P. DE MARTINIS, *Estensione del divieto del patto commissorio a fattispecie procedurali*, nota a Cass. Civ., 4 novembre 1996, n. 9540, in *Riv. notar.*, 1998, p. 1022 ss.

¹⁶⁰ Così Cass. Civ., 12 febbraio 1993, n. 1787.

¹⁶¹ In questi termini si esprimono Cass. Civ. 3 giugno 1983, n. 3800; Cass. Civ. 29 agosto 1998, n. 8624; Cass. Civ. 7 marzo 2000, n. 2541; Cass. Civ. 5 marzo 2010, n. 5426, in *Vita Notarile*, 1983, p. 600 e ss., con nota di G. NAPOLEONE, *Un improvviso revirement della Suprema Corte sulla vendita a scopo di garanzia*.

separato negozio al primo strutturalmente collegato in modo da consentire la definitiva acquisizione del bene solo subordinatamente all'inadempimento.

Più in particolare, in tali fattispecie (ove si parla di patto commissorio obbligatorio o ad effetti obbligatori) si ravvisa un patto commissorio dissimulato da una promessa di vendita che realizza non una funzione di scambio, ma una funzione di garanzia allo scopo di conseguire un'illecita sottomissione della volontà del debitore, promittente alienante, a quella del creditore, promittente acquirente¹⁶².

Il patto commissorio obbligatorio è stato, altresì, individuato anche in relazione ad una clausola, pattuita contestualmente al rinnovo di un debito scaduto, con la quale le parti prevedevano che, alla scadenza del nuovo termine per la restituzione della somma mutuata, fosse facoltà del creditore esercitare l'opzione di acquisto di un bene immobile del debitore ad un prezzo prestabilito ed in ogni caso inferiore al valore di mercato del bene medesimo¹⁶³.

Va, tuttavia, ricordato che la differenza strutturale tra il patto commissorio vietato *ex art. 2744 e 1963 c.c.*, che postula l'immediato effetto reale, ed il patto commissorio ad effetti meramente obbligatori ha indotto autorevole dottrina a sostenere la validità di tale ultima figura sul rilievo che essa attribuisce al creditore solamente "*il potere di comprare non di pretendere*", circostanza che esclude il potere di autotutela privata che si mira a sanzionare con il divieto del patto commissorio. In tali fattispecie, in sostanza, il creditore dovrebbe comunque far ricorso ad un mezzo di tutela legale per ottenere la definitiva assegnazione in proprietà (come il meccanismo di cui all'art. 2932 c.c.) contro il quale il debitore potrebbe esperire i normali rimedi della materia contrattuale (prima fra tutti l'azione di rescissione per lesione)¹⁶⁴. Parimenti, non potrebbero riscontrarsi lesioni della *par condicio creditorum* perché il bene viene trasferito *ex nunc* e non con efficacia retroattiva che vanificherebbe le pretese di eventuali terzi creditori¹⁶⁵.

Si è, però, obiettato che tali tesi, per quanto efficacemente sostenute, ignorano le esigenze di tutela del debitore che, anzi, proprio in ragione dello strumento coattivo di cui all'art. 2932 c.c. potrebbe risultare esposto a forme di coazione morale del creditore ed obbligarsi alla vendita, confidando di adempiere il proprio debito¹⁶⁶.

¹⁶² Cfr. Cass. Civ. 16 agosto 1990, n. 8325; Cass. Civ. 23 ottobre 1999, n. 11924; Cass. Civ. 19 maggio 2004, n. 9466; Cass. Civ. 16 settembre 2004, n. 18655; Cass. Civ. 21 maggio 2013, n. 12462.

¹⁶³ Il riferimento è a Cass. Civ. 10 febbraio 1997, n. 1233.

¹⁶⁴ Così F. CARNELUTTI, *Note sul patto commissorio*, op. cit., p. 892.

¹⁶⁵ Così G. STOLFI, *Promessa di vendita e patto commissorio*, in *Foro pad.*, 1957, I, p. 767 ss.

¹⁶⁶ In questi termini E. CARBONE, *Debitoris suffocatio e patto commissorio*, op. cit., p. 1895, che richiama M. FRAGALI, *Del mutuo*, op. cit., p. 249.

1.8. Il *trust*.

Nel trattare dell'evoluzione delle tecniche di garanzia reale del credito non può tacersi il riferimento al *trust* che la dottrina comparatistica ha definito come il prodotto più peculiare dell'esperienza giuridica di *common law*¹⁶⁷.

Sebbene il tema esuli dallo scopo precipuo della presente indagine, si ricorda che il *trust* configura uno schema negoziale, caratterizzato da una estrema duttilità ed avente normalmente struttura trilaterale, attraverso il quale un soggetto (il *settlor*, cioè colui che costituisce il *trust*) trasferisce uno o più beni ad altro soggetto (il *trustee*) che ne acquista la proprietà *fiduciae causa* con l'obbligo di amministrarli non nel proprio interesse, ma nell'interesse di un terzo che è detto beneficiario (il *beneficiary*), ovvero per il perseguimento di uno scopo specifico.

Proprio per la sua estrema duttilità, che ha portato taluno a definirlo come un “*possente strumento dell'autonomia privata*”¹⁶⁸, questo schema negoziale può essere piegato al soddisfacimento dei più disparati interessi, ivi compreso lo scopo di garanzia, onde consentire al creditore di godere, per il caso di inadempimento del debitore, di forme molto più rapide ed efficaci di soddisfacimento del proprio interesse, sottraendosi alle lungaggini ed all'eccessivo formalismo delle procedure di esecuzione forzata.

Sotto tale profilo, l'esame dell'istituto in rapporto al patto commissorio diviene una scelta obbligata se si considera che con la Legge 16 ottobre 1989 n. 364 l'ordinamento italiano ha provveduto alla ratifica ed esecuzione della Convenzione dell'Aja del 1 luglio

¹⁶⁷ Si veda A. GAMBARO, *Il “trust” in Italia e Francia*, op. cit., p. 497; R. RODIÈRE, *Introduction au droit comparé*, Paris, Dalloz, 1979, p. 31; M. FROMONT, *Les grands systèmes de droit contemporaines*, Paris, Dalloz, 1987, p. 56; E. AGOSTINI, *Droit comparé*, Paris, 1988, p. 204. Cfr. anche i saggi raccolti nel volume collettaneo apparso a cura di R. H. HELMHOLZ E R. ZIMMERMANN, *Itinera fiduciae—Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlin, 1998, ed *ivi*, in particolare, il contributo di M. GRAZIADEI, *The Development of fiducia in Italian and French Law from the 14th century to the End of the Ancien Régime*, pp. 327 ss. Taluni Autori hanno individuato nel *trust* una delle più macroscopiche differenze tra sistemi di *common law* e di *civil law*, così K. ZWEIGERT–H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3a ed., Tübingen, 1996, p. 71; J. GORDLEY, “*Common Law*” v. “*Civil Law*”. *Una distinzione che va scomparendo?*, in *Scritti in onore di R. Sacco*, I, Milano, 1994, p. 559 ss., p. 583 ss.

¹⁶⁸ L'espressione è di A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, op. cit., p. 643; che rileva come il *trust* sia in grado di risolvere una serie di rilevanti problemi nella moderna economia mobiliare che richiede di costituire patrimoni separati destinati a diversi scopi determinati. Sulla duttilità del *trust* v. anche C. M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996. M. GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui. Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*, cit., p. 155 ss. Il vantaggio del *trust* è del resto di immediata evidenza, in primo luogo, sotto il profilo del risparmio economico, già considerando come esso eviti i pesanti costi di mantenimento delle strutture organizzative collegati alla creazione di nuove persone giuridiche, strumento quest'ultimo con il quale negli ordinamenti di *civil law* tradizionalmente si cercano di raggiungere i medesimi risultati perseguiti dal *trust* nell'area di *common law*. Per il profilo della competitività del *trust*, sotto l'aspetto civilistico ed economico, si vedano A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, op. cit., p. 643; C. M. BIANCA, *Vincoli di destinazione*, op. cit., p. 89.

1985 sulla legge applicabile ai trust ed al loro riconoscimento¹⁶⁹. Ebbene, la legge di ratifica, da un lato, prevede che il *trust* è regolato dalla legge dello stato di costituzione e che sono inderogabili le norme imperative previste dalla legge del foro; dall'altro, all'art. 15 indica espressamente tra le disposizioni "domestiche" inderogabili proprio quelle in materia di "trasferimento della proprietà e garanzie reali"¹⁷⁰.

Del resto, 10 anni dopo la ratifica della Convenzione dell'Aja ed in attuazione del disposto di cui all'art. 12, l'ammissibilità alla trascrizione dell'acquisto in *trust* di un immobile da parte di un *trustee* italiano (che nonostante le diverse tesi prospettate sembrerebbe oggi potersi attuare *ex art.* 2645-ter c.c., essendo il *trust* un tipico atto di destinazione¹⁷¹) ha comportato un significativo passo avanti verso il riconoscimento dell'istituto, che non può più ritenersi sconosciuto al nostro ordinamento.

¹⁶⁹ Per una migliore trattazione del tema si vedano i contributi di M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 1997; ID., *Trusts. I) Profili generali e diritto straniero*, in *Enc. giur.*, Roma, 1995; ID., *Trusts. II) Convenzione dell'Aja e diritto italiano*, *ivi*; A. GAMBARO–A. GIARDINA–G. PONZANELLI, *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento*, in *Leggi civ. comment.*, 1993, p. 1211 ss.; A. GAMBARO, *Trust*, in *Dig. IV, Disc. Priv.*, Sez. civ., XIX, Torino, 1999; ID. *Il trust in Italia e in Francia*, in *Studi in onore di R. Sacco*, I, Milano, 1994, p. 495 ss.; ID., *Problemi in materia di riconoscimento degli effetti dei trusts nei paesi di civil law*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1984, I, pp. 93 ss.; M. GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui. undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*, Trento, 1995; ID., *Trusts in Italian Law: a matter of property or of obligation?*, in *Italian national Reports to the XVth International Congress of comparative law*, Milano, 1998, p. 189 ss.; T. ARRIGO–S. CAVANNA–E. MARÈ, *Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile ai trusts ed al loro riconoscimento*, in *Commentario breve al codice civile: leggi complementari*, a cura di G. Alpa e P. Zatti, Padova, 1999, p. 7 ss.; R. LUZZATTO, "Legge applicabile" e "riconoscimento" di trusts secondo la Convenzione dell'Aja, in *Trusts e attività fiduciarie*, 1, 2000, p. 7 ss.; V. SALVATORE, *Il trust*, Padova, 1996; I. BENVENUTI, *I trusts in Italia oggi*, Milano, 1996; S. MAZZAMUTO, *Il trust nell'ordinamento italiano dopo la convenzione dell'Aja*, in *Vita not.*, 1998, 2, p. 754 ss.; ID., *The Italian Law of Trusts in the aftermath of the Hague Convention*, in *Europa e diritto privato*, 3, 1998, p. 781 ss. Alle origini del dibattito della civilistica italiana intorno alla figura del *trust* si pongono, come è noto, i contributi di R. FRANCESCHELLI, *Il trust nel diritto inglese*, Padova, 1935; C. GRASSETTI, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 548. Per un'efficace sintesi circa l'evoluzione della dottrina italiana negli ultimi cinquant'anni si veda P. RESCIGNO, *Notazioni a chiusura di un seminario sul trust*, in *Riv. dir. comm.*, 2, 1998, p. 453 ss.

¹⁷⁰ Più precisamente, l'art. 15 della Legge 16 ottobre 1989 n. 364 di ratifica ed esecuzione della Convenzione dell'Aja prevede testualmente che: "La Convenzione non ostacolerà l'applicazione delle disposizioni di legge previste dalle regole di conflitto del foro, allorché non si possa derogare a dette disposizioni mediante una manifestazione della volontà, in particolare nelle seguenti materie: a) la protezione di minori e di incapaci; b) gli effetti personali e patrimoniali del matrimonio; c) i testamenti e la devoluzione dei beni successori, in particolare la legittima; d) il trasferimento di proprietà e le garanzie reali;

e) la protezione di creditori in casi di insolvibilità; f) la protezione, per altri motivi, dei terzi che agiscono in buona fede. Qualora le disposizioni del precedente paragrafo siano di ostacolo al riconoscimento del trust, il giudice cercherà di realizzare gli obiettivi del trust con altri mezzi giuridici".

¹⁷¹ Per un'analitica e più compiuta descrizione delle modalità scelte dalla prassi notarile per fare risultare la qualità di *trustee* dell'acquirente dell'immobile si vedano P. AMATI–P. PICCOLI, *Trascritto un immobile in trust*, in *Notariato*, 6, 1999, p. 594 s. Parte della dottrina si era già precedentemente espressa a favore della trascrivibilità nel nostro ordinamento dei trusts immobiliari, così M. LUPOI, *Trusts*, op. cit., p. 497; P. PICCOLI–E. CORSO–M. DOLZANI, *La trascrizione degli atti riguardanti "trusts"*, in *Riv. del notar.*, 1995, p. 1389 ss.; P. PICCOLI, *Troppi timori in tema di trascrivibilità del "trust" in Italia*, in *Notariato*, 1995, p. 616 ss.

Ed infatti, soprattutto la prassi dei mercati finanziari ha mostrato un significativo interesse verso il *trust* allo scopo di supplire alle inefficienze del sistema delle garanzie reali, affidando all'autonomia privata il compito di costituire forme nuove di garanzia alternative agli schemi codicistici.

In tal senso, è particolarmente significativo il contributo offerto dalla pronuncia del Tribunale di Milano del 27 dicembre 1999¹⁷² che ha omologato una delibera assembleare straordinaria istitutiva di un *trust* a garanzia di un prestito obbligazionario. Nella fattispecie ad una società milanese si era posta l'alternativa se garantire l'emissione delle proprie obbligazioni attraverso un vincolo ipotecario su beni immobili, oppure mediante la costituzione degli stessi in *trust* di scopo (nella specie di garanzia).

La società ha optato per quest'ultima soluzione attuando una complessa operazione economica mediante la quale ha trasferito la titolarità degli immobili ad una società controllata inglese che, a sua volta, ha emesso azioni per un ammontare corrispondente al valore degli immobili stessi, istituendole in *trust* regolato dalla legge di Jersey e nominando quale *trustee* una società fiduciaria italiana. Scopo del *trust* era quello di destinare tali azioni al rimborso degli obbligazionisti che avrebbero sottoscritto i titoli emessi dalla società milanese. A tal fine, infatti, l'atto istitutivo del *trust* prevedeva che la restituzione delle azioni da parte del *trustee* alla società emittente sarebbe avvenuta solo in seguito all'integrale rimborso degli obbligazionisti, e la restituzione degli immobili alla società emittente solo previo accertamento dell'avvenuto pagamento degli stessi.

I vantaggi apportati dalla costituzione del *trust* in luogo della garanzia immobiliare tipica sono di tutta evidenza: da un lato, gli obbligazionisti ottengono una garanzia specifica, poiché la società emittente riacquista la proprietà degli immobili solo a seguito dell'integrale rimborso del prestito obbligazionario; dall'altro, l'emittente gode di una maggiore flessibilità di manovra rispetto ai tradizionali istituti di *civil law*. Al tempo stesso si scongiurano i costi e le lungaggini delle procedure di esecuzione forzata per il caso di inadempimento dell'emittente all'obbligo di rimborso degli investitori ed il *trustee* può sfruttare gli immobili sul mercato (ad esempio mediante il reinvestimento dei canoni di locazione) per incrementare il patrimonio del *trust* medesimo. Detti risultati, sarebbero, invece, rimasti preclusi laddove si fosse optato per la costituzione della garanzia ipotecaria, che avrebbe sottratto gli immobili a qualsiasi potere dispositivo a

¹⁷² Cfr. Tribunale di Milano, 27 dicembre 1999, in *Le Società*, 1997, p. 585 ss. Il decreto di omologa è pubblicato in *La giurisprudenza italiana sui trust*, in *Trust e attività fiduciarie*, Milano, 2009.

tutela delle ragioni dei creditori, persino con il rischio di una decurtazione del loro valore a causa dell'insistenza su di essi del vincolo ipotecario.¹⁷³

Il filone interpretativo inaugurato dalla pronuncia del Tribunale di Milano ha avuto seguito anche in successive e più recenti pronunce delle corti di merito che si sono espresse in termini di liceità del *trust* a scopo di garanzia anche nell'ipotesi di c.d. *trust* autodichiarato (o *shum trust*), ove cioè v'è coincidenza tra disponente e *trustee*¹⁷⁴.

In dottrina, tuttavia, è stato correttamente rilevato che se tale sigillo di legittimità appare giustificato anche dall'esigenza di non isolare il nostro ordinamento dalle soluzioni operative del panorama europeo ed internazionale, occorre al contempo saggiarne la tenuta caso per caso, alla luce dei limiti dettati della liceità della causa, dell'intento elusivo di norme imperative e della compatibilità con i principi di ordine pubblico che caratterizzano la tutela civilistica del ceto creditorio¹⁷⁵.

1.9. Il *sale and lease back*.

Contributi estremamente significativi nella ricostruzione dei confini di operatività del divieto *ex art. 2744 c.c.* sono stati offerti dal dibattito che ha animato dottrina e giurisprudenza intorno all'ammissibilità del *sale and lease back* (o locazione finanziaria di ritorno).

Si tratta di un contratto atipico di origine anglosassone¹⁷⁶, diffusosi a partire dagli anni '70 nel mondo degli affari ed ormai socialmente tipizzato¹⁷⁷, che si ritiene riconducibile alla categoria del *leasing* finanziario¹⁷⁸. In forza di questo schema negoziale

¹⁷³ Questi aspetti sono messi in luce da M.E. D'ORIO, *Un trust a garanzia di un prestito obbligazionario. Percorsi e tendenze nella dottrina sui trusts*, in *Giur. comm.*, 1998, I, p. 235 ss.; P. PICCOLI, *I trusts e figure affini in diritto civile. Analogie e differenze*, in *Vita Notarile*, 2, 1998, p. 785 ss., 797 ss. Si osserva, altresì, che in caso di mancata soddisfazione dei diritti degli obbligazionisti, il *trustee* potrebbe procedere ad una vendita stragiudiziale della parte del complesso immobiliare necessaria allo scopo, in tempi relativamente brevi e percependo un ricavato generalmente superiore a quello ottenibile in seguito all'esperienza delle procedure giurisdizionali.

¹⁷⁴ Tribunale Massa 12 aprile 2016; Trib. Forlì, ord. 16. febbraio 2015; Trib. Genova, 18 febbraio 2015; Trib. Sassari, 20 febbraio 2015). In materia tributaria, si veda, da ultimo, Cass. Civ. 24 ottobre 2016, n. 21614.

¹⁷⁵ In questi termini, M. ATONE, *Destinazione di beni allo scopo. Fattispecie ed effetti*, Torino, 2010, p. 129.

¹⁷⁶ La prima operazione di *lease back* si registra negli Stati Uniti nel 1945 ad opera della Allied Stores Corporation che, mediante una vendita trentennale di beni immobili nei confronti di una fondazione universitaria, ottenne poi il godimento degli stessi e per lo stesso lasso di tempo. In Italia la sua prima apparizione risale al 1976 e venne concluso tra la S.I.L. (società italiana *leasing* s.p.a. di Genova) e la STANDA, oggetto del contratto ventennale era un ipermercato.

¹⁷⁷ F. CARIMINI, in *Leasing e lease back, Trattato del diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da PERLINGIERI, Napoli, 2008, si mostra dubbiosa sulla "tipizzazione sociale" che, pur essendo molto diffusa nella prassi, deve essere operata con prudenza, potendo risultare uno strumento discutibile sul piano metodologico.

¹⁷⁸ L'inquadramento del *lease back* nel *genus* del *leasing* finanziario (ed in particolare nella sottocategoria del *leasing* immobiliare) è ormai un dato acquisito in letteratura. Si vedano, tra i tanti, V. BUONOCORE,

un'impresa od un lavoratore autonomo (*lessee*) trasferisce, dietro un prezzo determinato, un bene di sua proprietà (nelle ipotesi più frequenti un immobile) ad una società di leasing (*lessor*) che ne acquista la proprietà concedendolo contestualmente in *leasing* all'alienante, che ne conserva quindi la materiale disponibilità per un tempo determinato e dietro versamento di un canone periodico. La peculiarità della figura risiede nell'attribuzione all'alienante (divenuto l'utilizzatore) della facoltà di riacquistare la proprietà del bene alla scadenza del contratto di *leasing* mediante l'esercizio del riscatto e per il prezzo predeterminato dalle parti¹⁷⁹.

Lo scopo economico dell'operazione, che presenta peraltro notevoli vantaggi tributari¹⁸⁰, è evidente: risponde alle esigenze organizzative e finanziarie di un'impresa che necessita di liquidità, ma vuole evitare grandi smobilitazioni di denaro. Tale schema

Leasing, in *Noviss. Dig. It.*, App., IV, 1983, p. 797 ss.; ID., *Cassazione e leasing: riflessioni sulla giurisprudenza dell'ultimo quinquennio*, in *Contr. e impr.*, 1994, p. 143 ss.; M. BUSSANI-P. CENDON, *I contratti nuovi. Casi e materiali di dottrina e giurisprudenza. Leasing, factoring, franchising*, Milano, 1989, p. 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, p. 65 ss.; Id., *I nuovi contratti*, Torino, 1990; G. FERRARINI, *La locazione finanziaria*, Milano, 1977; C. VARRONE, *Leasing finanziario e sale lease back*, in *Impresa, ambiente e pubblica amministrazione*, 1975, p. 657 ss. Per la classificazione della locazione finanziaria di ritorno nell'ambito dei contratti di impresa si vedano, in particolare, G. DE NOVA, *Il contratto di leasing*, cit., p. 49; G. TAGLIAVINI, *La valutazione del rischio nelle operazioni di leasing: l'individuazione di "impegni credibili"*, in *Riv. it. leasing*, 1989, p. 289 ss.

¹⁷⁹ Per una compiuta disamina degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali intorno alle principali questioni poste dal *sale and lease back*, nonché in merito alla nozione di *sale and lease back*, ai dettagli dell'operazione e ai rapporti tra essa ed il patto commissorio si veda M. BUSSANI, *Il contratto di lease back*, in *Contr. e impr.*, 1986, p. 558 ss.; ID., *Proprietà garanzia e contratto. Formule e regole nel leasing finanziario*, Trento, 1992, p. 147 ss.. Senza pretesa di esaustività vanno altresì ricordati i contributi di 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, p. 47 ss.; A. DOLMETTA, *Lease-back e patto commissorio: un rapporto complesso*, in *Giur. Comm.*, 2002, I, p. 306 ss.; F. DE FRANCESCO, *Sale and lease-back e divieto del patto commissorio*, in *Contratti*, 2003, p. 1156; M. IMBRENDA, *Leasing e lease back*, Napoli, 2008; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, p. 1237; G. DE NOVA, *Il contratto di leasing*, Milano, 1995, p. 299; contra R. CLARIZIA, *Il lease back tra tipicità legale e tipicità giurisprudenziale*, in *Riv. Italiana Leasing*, 1991, p. 522, il quale dubita della riconducibilità del *lease back* nell'alveo del *leasing* finanziario, sulla base della considerazione che mancherebbe la struttura trilaterale tipica del *leasing*; M.L. DE ROSA, *Lease back e patto commissorio*, in *Riv. it. leasing*, 1989, 1, p. 213 ss.; R. DE NICTOLIS, *Nuove garanzie personali e reali*, Padova, 1998, p. 441, osserva che "sebbene l'operazione sia senz'altro bilaterale sul piano economico, da un punto di vista giuridico può ben essere considerata trilaterale perché l'utilizzatore-fornitore ha due ruoli, e la sua qualità giuridica nei rapporti con il concedente cambia, dunque, a seconda della natura dei problemi". Tra l'altro il fatto che il bene è acquistato allo scopo di darlo in *leasing*, la messa a disposizione dell'utilizzatore dietro pagamento di un corrispettivo di canoni periodici e l'opzione finale di acquisto rappresentano elementi in comune con il *leasing* finanziario; ID., *Considerazioni in tema di lease-back*, in *Quaderni giur. impr.*, 1989, p. 81 ss.;

¹⁸⁰ La legislazione tributaria, infatti, permette l'intera deducibilità dei canoni di *leasing* dal reddito dell'utilizzatore. A fronte di una possibile doppia imposizione indiretta, il concessionario in *lease back* viene a godere, oltre all'introito del prezzo di vendita, del vantaggio di poter dedurre interamente il costo del *leasing* dal suo reddito d'impresa. Proprio per questo motivo la giurisprudenza tributaria ha avuto modo di occuparsi del problema della qualificazione giuridica dell'operazione in quanto l'Amministrazione finanziaria contestava agli operatori che il corrispettivo pagato dal concedente all'utilizzatore per l'acquisto del bene dovesse qualificarsi quale mutuo (di cui i canoni erano la restituzione) e che il trasferimento del diritto di proprietà dall'utilizzatore al concedente avvenisse soltanto fiduciarmente a scopo di garanzia.

negoziale consente, infatti, la monetizzazione di beni strumentali all'esercizio dell'impresa di cui la stessa non può privarsi¹⁸¹.

Del pari evidenti sono le differenze con il *leasing* ordinario ove l'imprenditore persegue lo scopo di assicurarsi beni strumentali al processo produttivo della propria impresa, mentre nel *sale and lease back* viene prevalentemente perseguito uno scopo di finanziamento¹⁸². In quest'ultimo, poi, venditore del bene ed utilizzatore coincidono; coincidenza che è invece assente nel *leasing* ordinario¹⁸³.

Dal punto di vista strutturale, la circostanza che il perfezionamento dell'operazione¹⁸⁴ avviene per fasi successive ha posto il problema della configurabilità di un "collegamento negoziale" ovvero di una "fattispecie unitaria atipica". È indubbio, infatti, che nel *sale and lease back* ricorrono due distinte figure negoziali: quella tipica della vendita (*sale*) e quella atipica del *leasing* nella specifica forma della locazione finanziaria di ritorno (*lease back*).

¹⁸¹ Mediante il *sale and lease back* si consente al medesimo imprenditore di smobilizzare beni della sua attività, normalmente immobili o beni comunque di ingente valore economico e pertanto non facilmente collocabili e commercializzabili sul mercato, a causa del loro collegamento funzionale con una particolare azienda e ciclo produttivo. La successiva facoltà di riscattare il bene al termine del rapporto, esercitando l'opzione di acquisto, consente poi all'alienante-utilizzatore di riacquistare il medesimo bene per un corrispettivo diminuito in funzione della perdita di valore determinata dall'obsolescenza tecnologica. In questi termini F. SCARDINO, *Il contratto di sale and lease back tra causa in concreto e cautela marciana*, nota a Cass. Civ. 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Il Corriere giuridico*, 4, 2016 p. 490; F. DE FRANCESCO, *Sale and lease back e divieto del patto commissorio*, in *Contratti*, 2003, 1157.

¹⁸² La sussistenza di uno scopo di finanziamento è opinione della dottrina dominante. Cfr. R. FANTAUZZI, *Lo sviluppo della giurisprudenza di merito sulla liceità del lease-back*, in *Giust. civ.*, 1992, p. 485; R. NICTOLIS, *Nuove garanzie personali e reali*, op. cit., p. 555; F. MUNARI, *Validità e nullità del sale and lease back in relazione al divieto del patto commissorio*, in *Riv. It. Leasing*, 1986, p. 174.

¹⁸³ M. BESSONE, *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 2013, p. 901; G. RISPOLI, *Lease back: chiaroscuri applicativi fra funzione di finanziamento e garanzia*, in *Giur. it.*, 2012, p. 576; P. IAMICELI, *Leasing*, in *Trattato dei contratti*, a cura di V. Roppo, *Cessione e uso di beni*, II, Milano, 2014, p. 1294; C. COSTABILE, *Il divieto di patto commissorio*, in *Immobili e proprietà*, 2014, p. 706; F. ARCARI, *Indici di anomalia del lease back*, in *Contratti*, 2008, p. 37; R. DE MEO, *Il contratto di lease back normale e anomalo*, in *Contratti*, 1996, p. 28; G. TARANTINO, *Patto commissorio, alienazioni in garanzia ed autonomia privata: alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Contratti*, 2012, p. 1027.

¹⁸⁴ Non può tralasciarsi di ricordare che la dottrina tende a distinguere varie tipologie di *lease back*: il *leasing adossé*, contratto di origine francese con il quale un produttore di beni aventi un basso valore unitario, ovvero di largo consumo, cede i medesimi ad una società con la quale stipula, successivamente, un contratto di *leasing* avente ad oggetto gli stessi beni; il *lease back* tecnico, contratto mediante il quale l'utilizzatore acquista, con provvista della società concedente, un bene all'estero importandolo in Italia per poi ottenerne la locazione finanziaria; il *lease back* parziale, fattispecie avente ad oggetto un bene immobile da costruire con la quale una società concedente acquista il terreno su cui sorgerà il manufatto ed il futuro utilizzatore, da cui la società concedente procede all'acquisto; il *lease back* di cosa futura, con il quale la società di *leasing* acquista dal futuro utilizzatore l'immobile di futura esistenza, il quale formerà oggetto della locazione finanziaria e, a sua volta l'utilizzatore stipula il contratto di appalto per la realizzazione dell'opera assumendo formalmente il ruolo di committente; il *lease back* di beni immateriali, la cui struttura è invariata e si caratterizza per l'oggetto che possono essere il *software*, i brevetti industriali, i marchi d'impresa, o ancora i diritti di utilizzazione delle opere dell'ingegno; ed infine il *lease back* da parte di enti pubblici, operazione con cui il soggetto pubblico vende un bene mobile o immobile ad una società di *leasing*, dietro versamento di un prezzo e, contestualmente, la società di *leasing* concede in *leasing* il medesimo bene al venditore, verso il pagamento di un canone periodico.

I sostenitori della tesi della figura unitaria atipica¹⁸⁵ rilevano che la causa del contratto è quella di finanziamento e la vendita è legata al *leasing* come suo necessario presupposto, perciò sarebbe impossibile scindere l'operazione in negozi separati. Altri, invece, intravedono tra la vendita ed il leasing un nesso di necessaria interdipendenza giustificato dallo scopo di finanziamento, in forza del quale il contratto di vendita non ha natura accessoria, ma strumentale alla successiva stipulazione della locazione finanziaria di ritorno¹⁸⁶.

Gli elementi strutturali consentirebbero, poi, di distinguere il *sale and lease back* dal *leasing* finanziario propriamente detto, di cui il primo costituisce una *species*. Ed infatti, il leasing finanziario presenta struttura trilaterale¹⁸⁷, poiché all'operazione partecipano il fornitore (proprietario del bene), la società di leasing (che lo acquista per concederlo in godimento) e l'utilizzatore (che lo riceve in godimento dietro il versamento di un canone periodico). Al contrario, per l'opinione prevalente, il *sale and lease back* è un contratto bilaterale¹⁸⁸ poiché coinvolge esclusivamente il proprietario del bene, che ne diviene utilizzatore a titolo di *leasing*, e la società di *leasing* che ne acquista la proprietà per poi darlo in godimento all'originario proprietario.

Ora, il trasferimento immediato della proprietà che è uno dei momenti sintomatici dell'operazione, unito all'esaltazione della funzione di finanziamento già propria del *leasing* ordinario, ha indotto gli interpreti ad interrogarsi sulla liceità del *sale and lease back* in rapporto al divieto di cui all'art. 2744 c.c. Si osservava (e si osserva), infatti, che lo spettro della sua violazione potrebbe manifestarsi qualora, a fronte del mancato pagamento dei canoni del *leasing*, l'utilizzatore perda la facoltà di esercitare il riscatto con definitiva cristallizzazione dell'effetto traslativo in capo al finanziatore concedente.

Nel tempo la giurisprudenza ha assunto posizioni non univoche. Un primo e più risalente orientamento individuava nell'operazione così strutturata un contratto di mutuo

¹⁸⁵ OBERTO, *Vendita con patto di riscatto, divieto del patto commissorio e contratto di lease-back*, in *Quadrimestre*, 1984, p. 372.

¹⁸⁶ GITTI, *Divieto del patto commissorio, frode alla legge, sale and lease back*, in *Riv. Trim. Dir. e proc. Civ.*, 1993, p. 456.

¹⁸⁷ Per una parte della dottrina la trilateralità del *leasing* si tradurrebbe meramente nell'opportunità di una distinzione di soggetti tra il fornitore e la società di *leasing*, sì che ben può qualificarsi *leasing* finanziario quel negozio in cui la società è già proprietaria del bene che concede. Nel *lease back*, invece, la confusione dei soggetti è dal lato dell'utilizzatore, il quale, ad un tempo è pure fornitore. Sì che, se è vero che nel *lease back* i soggetti sono due, è parimenti vero che l'utilizzatore riveste un duplice ruolo di fornitore nella vendita e di utilizzatore nel contratto di leasing. Così F. CARIMINI, *Leasing lease back*, in *Trattato del diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da Perlingeri, Napoli, 2008, p. 243.

¹⁸⁸ In questi termini si veda R. CLARIZIA, *I contratti di finanziamento: leasing e factoring*, Torino, 1989, p. 70; G. DE NOVA, *Nuovi contratti*, Torino, 1990, p. 215. *Contra* N. CORBO, *Autonomia privata e causa di finanziamento*, Milano, 1990, p. 192; D. PURCARO, *La locazione finanziaria: leasing*, Padova, 1998, p. 24, che hanno reputato di ricostruire la fattispecie come contratto plurilaterale senza comunione di scopo.

assistito da garanzia reale atipica e, pertanto, un negozio in frode alla legge perché in violazione del divieto del patto commissorio. Più in particolare, si osservava come il prezzo dell'alienazione del bene rappresentasse in realtà l'erogazione di un finanziamento a fronte del quale il trasferimento immediato della proprietà del bene costituiva una garanzia reale atipica con funzione di *enforcement* della pretesa creditoria alla restituzione della somma mutuata, con la conseguenza che i canoni del leasing altro non erano se non le rate del mutuo¹⁸⁹.

Questa posizione è stata fortemente criticata dalla dottrina maggioritaria che, sulla scorta di un'attenta analisi della struttura dell'operazione, ha escluso la sua assimilabilità alle alienazioni a scopo di garanzia per difetto dei requisiti tipici di quest'ultima. Si è obiettato, infatti, che nel *sale and lease back* manca un precedente rapporto di credito-debito tra l'utilizzatore alienante ed il finanziatore concedente; la vendita non si presenta come un contratto accessorio a scopo di garanzia, ma come negozio strutturalmente collegato al contratto di *leasing* e funzionale all'assetto di interessi perseguito dalle parti; inoltre la compravendita si presenta come pura e semplice e non sottoposta a condizione ed il patto di opzione spettante all'utilizzatore accede non già alla vendita, ma al contratto di *leasing*¹⁹⁰.

Sull'onda di questi sforzi interpretativi si è, così, fatto strada un diverso orientamento giurisprudenziale¹⁹¹ che ne ha confermato la bontà ammettendo la liceità del *sale and lease back* qualora, all'esito di un'indagine concreta sulle ragioni sottese all'operazione negoziale, potesse ragionevolmente escludersi che il trasferimento della proprietà del bene, quand'anche immediato, assolvesse ad una funzione di garanzia del creditore concedente¹⁹².

¹⁸⁹ In giurisprudenza cfr. Trib. Milano 19 giugno 1986, in *Foro pad.*, 1987, p. 408; Trib. Pavia 1° aprile 1998, in *Riv. it. leasing*, 1988, p. 203; Trib. Vicenza 12 luglio 1988, in *Fall.*, 1989, p. 728; Trib. Verona 15 dicembre 1988, in *Foro it.*, p. 1251; App. Brescia 29 giugno 1990, in *Riv. not.*, 1991, p. 181; App. Cagliari 3 marzo 1993, in *Giur. comm.*, 1994, p. 662; Trib. Genova, 30 gennaio 1992, in *Giur. comm.*, 1993, II, p. 427; Trib. Roma 7 maggio 1990, in *Temi romana*, 1990, p. 137; Trib. Cosenza, 14 febbraio 1994, in *Il consulente dell'impresa comm. e ind.*, 1995, p. 2090, che ha ritenuto illecito il *lease back* in quanto contratto atipico che non persegue interessi meritevoli di tutela alla luce dei principi dell'ordinamento, e pertanto *ex art. 1322 c.c.* Ha aperto uno spiraglio di validità per il *lease back* qualora vi sia apposto il correttivo del patto marciano Trib. Monza, 24 maggio 1988, in *Foro it.*, 1989, I, p. 1271. Per la dottrina si v. S. CLERICÒ, *Il controverso rapporto tra sale and lease back e patto commissorio*, in *Riv. not.*, 2006, 1577.

¹⁹⁰ L. TESTINI, *Lease back e divieto di patto commissorio*, in *Notariato*, 1995, p. 589; P. BONTEMPI, *Divieto di patto commissorio e lease back*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, p. 908; F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, p. 472; D. MEFFIS, *Analisi in astratto e in concreto della validità del lease back*, in *Contratti*, 1994, 435; E. CALICE, *Sale and lease back: la Suprema Corte riafferma la tendenziale liceità*, in *Contratti*, 2014, p. 1013.

¹⁹¹ Trib. Milano 13 giugno 1985, in *Riv. it. leasing*, 1986, p. 172; Trib. Milano 3 marzo 1988, *ivi*, 1988, p. 445; Trib. Torino 29 marzo 1988, *ivi*, 1989, p. 213; Trib. Pavia 16 giugno 1988, *ivi*, 1988, p. 438.

¹⁹² Anche i successivi orientamenti giurisprudenziali confermeranno la bontà di questa soluzione interpretativa. Si veda la prima pronuncia del Suprema in materia di *lease back* Cass. Civ., 16 ottobre 1995,

È solo nel 1995 che la Corte di Cassazione interviene per la prima volta in argomento con una pronuncia destinata a diventare vero e proprio *leading case* in materia, giacché dopo aver sancito che la locazione finanziaria di ritorno è un negozio atipico, socialmente tipizzato e di per sé lecito, la Suprema Corte si preoccupa di elencare, da un lato, gli elementi in presenza dei quali l'operazione posta in essere dalle parti presenta una sufficiente autonomia strutturale e funzionale tale da escluderne la sanzionabilità *ex art. 2744 c.c.*; dall'altro, gli indici rivelatori della frode al divieto del patto commissorio.

In parte motiva si legge che nel *sale and lease back* “...la vendita non è posta in essere a scopo di garanzia, bensì di leasing, costituendo il necessario presupposto della locazione finanziaria medesima, la quale, altresì, si inserisce in una più ampia operazione economica avente la specifica funzione di procurare all'imprenditore, nel quadro di un determinato disegno economico di potenziamento dei fattori produttivi, una certa liquidità, attraverso l'alienazione di un suo bene strumentale, conservandone tuttavia l'uso e la facoltà di riacquistarne la proprietà al termine del rapporto”.

In tale prospettiva, sulla quale si è sostanzialmente arrestata anche la giurisprudenza successiva, il contratto di compravendita e la complessa operazione negoziale cui essa si ascrive non può considerarsi contraria al divieto del patto commissorio, poiché presenta una propria autonomia quale contratto di impresa¹⁹³ con connotati suoi propri non contrastanti con la ratio che si ritiene sottesa al patto commissorio sotto il duplice aspetto della tutela del debitore da forme di coazione morale del creditore e di tutela della *par condicio creditorum*.

Anche in tale occasione, dunque, la Suprema Corte mostra di aderire ad una lettura funzionale dell'art. 2744 c.c., sulla scorta della teoria della causa in concreto¹⁹⁴ ritenuta in linea con l'attuale regime costituzionale che ruota intorno al principio di libertà

n. 10805, in *Corr. giur.*, 1995, p. 1360 ss., con nota di V. CARBONE, *Le peculiarità del lease back o sale lease back*, p. 1365 ss.; in *Giur. it.*, I, 1, 1996, p. 1382 ss., con nota di S.M. CINQUEMANI, *Sale and lease back tra liceità e frode al divieto del patto commissorio*, p. 1381 ss.; in *Contr.*, 1996, p. 28 ss., con nota di R. DE MEO; in *Foro it.*, 1996, I, p. 3492, con nota di A. MONTI; in *Notariato*, 1996, p. 220 ss.; in *Riv. giur. sarda*, 1996, p. 346 ss., con nota di A. LUMINOSO; Cass. Civ., 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*. Quest'ultima è seguita in termini analoghi da Cass. Civ., 19 luglio 1997, n. 6663, in *Foro it.*, 1997, I, p. 3586; in *Rass. trib.*, 1998, p. 805, con nota di S.M. CECCACCI; in *Contr.*, 1998, p. 395, con nota di A. MANIÀCI; Cass. Civ., 15 aprile 1998, n. 4095, in *Foro it.*, 1998, I, p. 1820, con nota di R. SIMONE; Cass. Civ. 7 maggio 1998, n. 4612, in *Riv. dir. trib.*, 1998, II, p. 668 ss., in *Corr. giur.*, 9, 1998, p. 1039 ss., a proposito di liceità civilistica e trattamento fiscale del *lease back*.

¹⁹³ In termini di contratto di impresa si esprime R. DE NICTOLIS, *Divieto del patto commissorio, alienazioni in garanzia, sale and lease back*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1991, p. 535 ss.

¹⁹⁴ V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo?*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 957. In particolare, l'autore analizza svariate sentenze evidenziando le ipotesi in cui il concetto di “causa concreta” è stato opportunamente evocato dalla giurisprudenza e quelle in cui, di contro, vi è stato “un uso poco sorvegliato della categoria”, dove, cioè, “la causa concreta è stata evocata in modi ridondanti”.

economica dei privati, ma temperato dal ricorso al generale precetto di solidarietà sociale *ex art. 2 Cost*¹⁹⁵.

In buona sostanza, può dirsi sancito il principio di diritto secondo cui il *sale and lease back* è un contratto atipico di per sé lecito di cui va, al contrario, dichiarata la nullità qualora all'esito di un'indagine sulla causa concreta sottesa all'operazione economica, avente cioè ad oggetto tutte le finalità che sono “*entrate in contratto*”, sia possibile affermare che lo schema negoziale è stato piegato dalle parti per perseguire un fine elusivo del divieto del patto commissorio¹⁹⁶.

Ebbene, gli indici rivelatori di questo intento elusivo si sostanziano a parere della Suprema Corte (ma l'opinione è condivisa dalla dottrina): nell'esistenza di un rapporto di debito-credito tra l'utilizzatore e la società di leasing, preesistente o contestuale alla stipula della compravendita; nella sproporzione tra l'entità del debito ed il valore del bene trasferito in proprietà; infine, nella situazione di difficoltà economica dell'utilizzatore nota alla controparte. Si tratta di elementi di cui, per poter sostenere la nullità del *sale and lease back*, dev'essere provata la concorrente esistenza.

Nonostante si tratti di un'opinione ormai consolidata, non sono mancate le voci critiche¹⁹⁷ che sottolineano, in particolare, come in concreto potrebbe risultare tutt'altro che pacifica la dimostrazione della sussistenza sia di un rapporto di debito-credito sia di una sproporzione tra valore del bene ed entità del debito, soprattutto se si considera che nella casistica giurisprudenziale il *sale and lease back* quasi mai appare impiegato in situazioni caratterizzate dalla pendenza di un rapporto obbligatorio. Così come, per alcuni appare discutibile il requisito della difficoltà finanziaria dell'utilizzatore poiché sganciato da parametri oggettivi e difficilmente verificabile¹⁹⁸.

Non è mancato chi ha proposto di considerare elementi sintomatici della frode al divieto del patto commissorio, requisiti ulteriori come la mancanza di un interesse in capo

¹⁹⁵ Sul tema v. S. CINQUEMANI, *Sale and lease back tra liceità e frode al divieto di patto commissorio*, in *Giur. it.*, 1996, 7; L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, Bologna, 2015, p. 128 ss..

¹⁹⁶ Così M. MARTINO, *L'expressio causae: contributo allo studio dell'astrazione negoziale*, Torino, 2011, p. 169; ID., *Il divieto del patto commissorio: norma materiale e qualificazione del negozio*, in *Giur. comm.*, 2013, II, P. 667; C. M. BIANCA, *Il contratto*, Milano, 2002, p. 425; C. CHESSA, *Sale and lease back: qualificazione dell'operazione e interferenze con il divieto di patto commissorio*, in *Giur. comm.*, 1994, 673.

¹⁹⁷ P. IAMICELI, *Leasing*, op. cit., p. 1299; A. DOLMETTA, *Lease back*, in *Giur. comm.*, 2002, p. 310; R. CLARIZIA, *I contratti*, Torino, 2002, p. 338.

¹⁹⁸ In questi termini v. I. RIVA, *Il contratto di sale and lease back*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 305; F. ARCARI, *Indici di anomalia*, in *Contratti*, 2008, p. 4. Gli autori osservano rispettivamente che la valutazione non possa essere compiuta a posteriori, in quanto ciò che rileva è la sussistenza dello stato di debolezza economica esistente al momento della conclusione del contratto e che, in tale ottica, non appare sufficiente dedurre il fallimento intercorso a una breve distanza temporale dal momento perfezionativo del contratto medesimo.

all'utilizzatore del bene dedotto in contratto, ovvero la previsione di un prezzo di vendita non corrispondente ai valori di mercato, oppure la circostanza che il bene trasferito in proprietà sia diverso da quelli normalmente utilizzati nel ciclo produttivo dell'impresa¹⁹⁹.

Per contro, nelle opinioni della dottrina e della giurisprudenza maggioritaria costituiscono indici caratterizzanti il normotipo lecito del *sale and lease back*: la qualità di imprenditore (individuale od in forma societaria) o di lavoratore autonomo dell'utilizzatore; la qualità di intermediario finanziario o bancario dell'acquirente; la natura di bene strumentale all'impresa dell'oggetto del contratto di compravendita; la durata considerevole del rapporto, l'omogeneità dei criteri di determinazione del prezzo di vendita, dei canoni del leasing, e del prezzo dell'opzione di riacquisto; la conformità delle condizioni contrattuali che regolano il rapporto al generale contenuto del contratto di leasing finanziario²⁰⁰.

In sostanza, il *discrimen* tra *sale and lease back* lecito ed illecito è affidato all'indagine "sul primario intento delle parti", "sullo scopo pratico del negozio" inteso quale "sintesi di interessi che questo è diretto a realizzare", che non può ovviamente ridursi ad un accertamento degli intenti psicologici individuali delle parti, che restano irrilevanti per il diritto, ma deve esteriorizzarsi in modo tale da connotare, sulla base di una valutazione oggettiva, la stessa causa del contratto²⁰¹. Si tratta, chiaramente, di un'indagine rimessa alle valutazioni del giudice di merito che, secondo i criteri che governano l'interpretazione del contratto, deve essere condotta caso per caso avuto riguardo non soltanto alle singole clausole contrattuali, ma al contesto di fatto in cui l'operazione si inserisce²⁰².

Il suddetto compito si è, però, spesso rivelato di non facile assolvimento, ecco perché anche successivamente al *leading case* del '95, la principale preoccupazione della giurisprudenza è stata quella di tracciare precise linee guida per l'interprete per predeterminare i criteri alla stregua dei quali condurre il vaglio di liceità *ex art. 2744 c.c.*²⁰³

¹⁹⁹ Si veda L. TESTINI, *Lease back e divieto del patto commissorio*, in Notariato, 1995, p. 588; nonché in giurisprudenza Cass. Civ. 16 ottobre 1995, n. 10805.

²⁰⁰ E. BERGAMO, *Brevi note sul divieto di patto commissorio*, in *Giur. it.*, 2000, p. 8; R. CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento dell'impresa*, Torino, 2002, p. 186; L. STRONA, *In tema di sale and lease back*, in *Giur. it.*, 2007, p. 1954. In giurisprudenza si vedano Cass. Civ. 6 agosto 2004, n. 15178, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, p. 7; Cass. Civ. 21 gennaio 2005, n. 1273, in *Giust. civ.*, 2006, p. 177; Cass. Civ. 16 ottobre 1995, n. 10805, cit.

²⁰¹ Ci si riferisce alle espressioni che si leggono in Cass., SS.UU., 6 marzo 2015, n. 4628, in *Guida dir.*, 2015, 42, 13; nonché in I. RIVA, *Il contratto di sale and lease back e il divieto di patto commissorio*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 308.

²⁰² F. DE FRANCESCO, *Sale and lease back*, in *Contratti*, 2003, p. 1156.

²⁰³ Rileva il punto I. Riva, *Il contratto di sale and lease back*, op. cit.

In tale contesto si inserisce la sentenza della Corte di Cassazione n. 1625 del 28 gennaio 2015²⁰⁴ che, per i fini che qui interessano, riveste un'importanza dirimente poiché riconosce effetto salvifico alla clausola marciana apposta al contratto di *sale and lease back* in quanto idonea, da un lato, “*a ristabilire l’equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni del contratto*” e, dall’altro, “*a scongiurare che l’attuazione coattiva del credito avvenga senza controllo alcuno dei valori patrimoniali in gioco*”.

Affinché la clausola marciana possa assolvere la sua funzione di “valvola di sicurezza”²⁰⁵ del *sale and lease back* potenzialmente anomalo, occorre che essa preveda, per usare le parole della Suprema Corte, “*per il caso ed al momento dell’inadempimento, ossia quando si attuerà coattivamente la pretesa creditoria, un procedimento volto alla stima del bene, entro tempi certi e con modalità definite, che assicurino la presenza di una valutazione imparziale, in quanto ancorata a parametri oggettivi automatici, oppure affidata a persona indipendente ed esperta la quale a detti parametri farà riferimento al fine della corretta determinazione dell’an e del quantum della eventuale differenza da corrispondere all’utilizzatore*”.

Una clausola di tale tenore, purché espressamente pattuita dalle parti e risultante dal contratto, costituisce per la giurisprudenza di legittimità un vero e proprio correttivo di liceità perché esclude in radice il pericolo di una perdita sproporzionata rispetto all’entità del debito, garantendo una perfetta simmetria tra il dato ed il ricevuto²⁰⁶.

²⁰⁴ Nella fattispecie sottoposta al vaglio della Suprema Corte una società di *leasing* proponeva opposizione allo stato passivo del fallimento di una sua debitrice per mancata ammissione, tra le altre, della domanda di pagamento dei canoni di *leasing* e di restituzione dell’immobile relativi ad un contratto di *sale and lease back* immobiliare. Il giudice di primo grado aveva respinto l’opposizione al passivo rilevando la nullità del contratto per frode all’art. 2744 c.c. ritenendo decisive l’esposizione debitoria della società utilizzatrice nei confronti della concedente, maturata già all’epoca della stipulazione del contratto di *sale and lease back*, nonché la sproporzione tra il valore dell’immobile alienato alla concedente prima della stipula della locazione di ritorno ed il corrispettivo da quest’ultima dovuto per la vendita. La società di *leasing* proponeva ricorso negando la sussistenza dei predetti indici rivelatori di un intento elusivo del divieto del patto commissorio e facendo principalmente leva sull’esistenza all’interno del contratto di *sale and lease back* di una clausola marciana in forza della quale doveva ritenersi escluso il perseguimento del risultato che la legge intende vietare con l’art. 2744 c.c. La Corte di Cassazione ha accolto il ricorso sulla base dell’assunto che la cautela marciana è suscettibile di superare i possibili profili di illiceità del *sale and lease back* mediante la previsione, al momento dell’inadempimento o dell’attuazione coattiva della pretesa creditoria, di un procedimento di stima del valore del bene trasferito in proprietà idoneo ad assicurare una valutazione imparziale, nonché la corretta determinazione dell’an e del quantum dell’eventuale eccedenza di valore rispetto al debito dell’utilizzatore. Conseguentemente, la Suprema Corte ha rinviato al giudice del merito affinché valutasse se nel caso di specie la clausola marciana pattuita tra le parti potesse o meno consentire al contratto di *sale and lease back* di superare il vaglio di liceità ex art. 2744 c.c. Cfr. Cass. Civ. 28 gennaio 2015 n. 1625, in *Il Corriere giuridico*, 4, 2016 con nota di F. SCARDINO, *Il contratto di sale and lease back tra causa in concreto e cautela marciana*, op. cit., p. 489 ss.; richiamata anche da M. NATALE, *Lease-back e strutture utili di patto marciano*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2015, p. 1595 ss..

²⁰⁵ L’espressione è di F. ANELLI, *L’alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, p. 487.

²⁰⁶ In questi termini v. L. RAGAZZINI, *Vendita in garanzia con patto di riscatto*, in *Riv. notariato*, 1991, p. 133.

È stato osservato²⁰⁷ che con tale pronuncia la Suprema Corte sembra richiamare quegli orientamenti dottrinari²⁰⁸ che avevano affrontato il problema della liceità del *sale and lease back* secondo una prospettiva diversa da quella della dottrina tradizionale, che muovendo da una ridefinizione del concetto e dei confini del patto commissorio lo riteneva non perfettamente assimilabile alle alienazioni a scopo di garanzia. Si affermava così che ad essere vietata non era l'alienazione in garanzia *tout court* ma il solo effetto commissorio che produceva un'incontrollata attribuzione del diritto di proprietà in funzione di soddisfacimento di una pretesa creditoria; con la conseguenza che anche senza una espressa pattuizione della clausola marciana, mediante un'interpretazione salvifica del contenuto negoziale, si sarebbe potuto evitare il pregiudizio in danno del creditore, riconoscendo l'obbligo in capo al concedente di restituire l'eventuale eccedenza di valore tra il valore del bene e l'ammontare del credito²⁰⁹.

Tale teoria è stata oggetto di serrate critiche²¹⁰ in dottrina, in ragione della forzatura che si verrebbe a determinare mediante l'introduzione di una simile pattuizione anche in difetto di un'espressa dichiarazione di volontà delle parti. Ciononostante le si è riconosciuto il merito di aver riportato al centro del dibattito sulla liceità del *sale and lease back*, la clausola marciana quale strumento idoneo a "sterilizzare" qualsivoglia forma di sopraffazione economica ed intento elusivo del patto commissorio²¹¹.

Del resto, come è stato osservato, l'idea di eliminare non la garanzia *ex sé*, ma esclusivamente il *surplus* di valore che si ritiene discendente dal patto commissorio, può considerarsi una scelta sistematica coerente con l'impianto del codice civile²¹²; circostanza di cui, a ben vedere, sembra avvedersi la medesima pronuncia in commento, laddove a giustificazione della liceità intrinseca della clausola marciana richiama diversi

²⁰⁷ Ci si riferisce a F. SCARDINO, *Il contratto di sale and lease back tra causa in concreto e cautela marciana*, op. cit., p. 494.

²⁰⁸ Si veda la posizione di F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, p. 460.

²⁰⁹ Alcuni autori, più in particolare, ritengono che l'obbligo per il creditore di restituire al debitore un'eventuale eccedenza sia direttamente desumibile dalle regole dettate in tema in attuazione delle garanzie reali, applicabili anche in assenza di un esplicito richiamo nel testo negoziale. In tal senso P. SCHLESINGER, *Leasing: la risoluzione non investe i canoni già pagati*, in *Il Corriere giuridico*, 1986, p. 858. Altra dottrina, per contro, ravvisa la fonte di tale obbligo in tutte quelle regole, presenti all'interno dell'ordinamento, che mirano ad assicurare un oggettivo equilibrio delle prestazioni, così V. ZENO ZANCOVICH, *L'equivalenza nelle prestazioni nei contratti di leasing*, in *Riv. it. leasing*, 1986, p. 247, ovvero, infine, nelle norme che vietano l'indebito arricchimento, così E. LUCCHINI, *La risoluzione del leasing finanziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 507.

²¹⁰ In prospettiva critica si veda A. SCHERMI, *Leasing finanziario, lease back e patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 1996, p. 1749. L'Autore ritiene che "l'istituto del patto marciano ha avuto sporadiche (quasi nulle) applicazioni concrete, sicché dovrebbe escludersi che abbia una tipicità sociale, e, conseguentemente, una rilevanza giuridica".

²¹¹ S. CLERICÒ, *Il controverso rapporto*, in *Riv. not.*, 2006, p. 1580.

²¹² A. DOLMETTA, *Lease back*, op. cit., 2002, p. 313.

istituti codicistici - quali gli artt. 1851, 1982, 2798, 2803 e 2804 c.c. – che subordinano l’attuazione della pretesa creditoria al rispetto del diritto del debitore a pagare quanto effettivamente dovuto²¹³.

Sembra, dunque, possibile affermare che anche tale pronuncia si inserisce nel solco della tendenza tipica del diritto postmoderno ad ammettere forme di garanzie atipiche che presuppongono un trasferimento del pieno diritto di proprietà, in tutti quei casi in cui esse accedano a schemi negoziali idonei ad escludere *ab origine* ogni forma di abuso in danno del debitore, mediante una palese dimostrazione della ragionevolezza economica dell’operazione.

2. Gli elementi ricorrenti per l’individuazione del confine di liceità ex art. 2744 c.c.

Nelle pronunce successive al *revirement* del 1983 l’interpretazione funzionale dell’art. 2744 c.c., stigmatizzata dalle Sezioni Unite del 1989, è talvolta apparsa più radicale, prospettando una lettura della *ratio* del divieto fondata sulla tutela della libertà morale del debitore e scissa dal requisito della sproporzione tra il valore del bene dato in garanzia e l’entità del credito e persino dalla ricorrenza di un effettivo pregiudizio per il debitore. Tant’è vero che un autore ha persino parlato di “*una foresta pietrificata del patto commissorio in Cassazione*”²¹⁴.

In tre diverse pronunce, infatti, la Suprema Corte ha sancito: l’illiceità del trasferimento di un immobile anticretico nonostante la congruità del prezzo stabilito per il trasferimento²¹⁵; la nullità *in re ipsa* di una procura irrevocabile a vendere quand’anche realizzata a prezzo di mercato sul rilievo che la riduzione del prezzo ai limiti del debito non neutralizza l’irrevocabilità della vicenda traslativa²¹⁶; l’elusività di una vendita finalizzata alla costituzione di una garanzia provvisoria subordinata all’inadempimento del debitore ritenendo irrilevante il momento del verificarsi dell’effetto traslativo²¹⁷.

²¹³ Il rilievo è colto anche da S. DEL CORE, *Il divieto del patto commissorio nell’evoluzione giurisprudenziale*, op. cit. p. 1421.

²¹⁴ L’espressione è di S. PAGLIANTINI, *I misteri del patto commissorio, le precompensioni degli interpreti ed il diritto europeo della direttiva 17/2014*, in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, II, (a cura di) G. Gitti – F. Delfini – D. Maffei, Milano, 2015, p. 2283.

²¹⁵ Cass. Civ. 12 gennaio 2009, n. 437, in *Contratti*, 2009 p. 803 ss. con nota di M. GALATI, *Divieto del patto commissorio e contratti di anticresi*.

²¹⁶ Cass. Civ. 5 marzo 2010, n. 5426, in *www.dejure.it*.

²¹⁷ Cass. Civ. 17 aprile 2014, n. 8957 in *www.dejure.it*.

Nella trama di questi *iter* argomentativi, come è stato osservato²¹⁸, sembrerebbero potersi desumere tre distinti e concorrenti principi: è irragionevole disporre in funzione di garanzia; v'è una presunzione assoluta di coercizione del debitore che aliena per via commissoria; il requisito della proporzionalità tra l'ammontare del credito ed il valore del bene dato in garanzia, sebbene non espressamente richiesto dall'art. 2744 c.c., andrebbe interpolato ermeneuticamente poiché ciò che la disposizione sanziona con la nullità è la creazione di garanzie reali atipiche. Conseguentemente, anche il patto marciano, pur se non se ne presume l'illiceità, sarebbe un indice rivelatore della *debitoris suffocatio*, giacché se esclude il pericolo di uno squilibrio sinallagmatico tra le prestazioni non è idoneo a scongiurare l'illiberalità di un effetto traslativo irreversibile.

Si tratta, tuttavia, di un'interpretazione che contrasta con quell'insieme di fattispecie già proprie della nostra tradizione giuridica, o come si vedrà di nuova emersione sulla scorta dell'esperienza europea, che ammettono il potere dell'autonomia privata di creazione di forme alternative di estinzione del credito²¹⁹. Si obietta, infatti, che ciò che il patto commissorio vieta è, a bene vedere, la previsione di un trasferimento solutorio in un momento che precede l'inadempimento²²⁰, sicché la questione della sua validità va risolta in termini di previsione di un giusto prezzo dell'alienazione e non di contrasto con le finalità tipiche dello schema negoziale nel concreto adoperato dalle parti²²¹. In altri termini, la previsione di una garanzia reale che si trasforma, a seguito dell'inadempimento, in un trasferimento della proprietà è tendenzialmente ammissibile per il nostro ordinamento purché sia retta dal principio dell'equivalenza²²².

Una tale lettura radicale dell'art. 2744 c.c. è stata messa fortemente in discussione da una più recente pronuncia della Cassazione²²³, di pochi anni precedente a quella

²¹⁸ Così, ancora, S. PAGLIANTINI, *I misteri del patto commissorio, le precompensioni degli interpreti ed il diritto europeo della direttiva 17/2014*, op. cit., p. 2284.

²¹⁹ Si veda ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, p. 89.

²²⁰ È in ciò che risiede la *novitas* della prospettiva di ANELLI, op. cit., p. 303 ss., che viene reinterpretata in chiave costituzionalmente orientata da N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, p. 23 ss., 116 ss., 295 ss. e rieditata da G. D'AMICO, *Alienazioni a scopo di garanzia*, op. cit., 586 che osserva che l'alienazione in garanzia mima, col distinguo scriminante di un'automaticità, il *modus operandi* di una *datio in solutum* convenuta *ex ante*.

²²¹ Così SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. Sacco*, I, Torino, 1993, p. 565 che osserva che “*se quella vendita ha partorito una garanzia, ciò significa che la vendita può indifferentemente generare l'acquisto di una proprietà o una garanzia*”.

²²² Sostiene che il divieto del patto commissorio sia posto a garanzia del fatto che il creditore non riceva più di quanto gli è dovuto E. NAVARRETTA, *sub art. 1344*, in Navarretta-Orestano (a cura di), *Dei contratti in generale*, Torino, 2011, p. 689, ove si legge che “*l'automatismo dell'illiceità rischia di estendere in maniera eccessiva il divieto dell'art. 2744 c.c., sino ad insinuare un'incongruenza sistematica*”.

²²³ Cass. Civ., 9 maggio 2013, n. 10986, in *Vita Notarile*, 2013 p. 719 ss. con nota redazionale di R. TRIOLA.

dapprima ricordata sulla clausola marciana quale bandiera di liceità del *sale and lease back*, che nel tentativo di tracciare gli elementi sintomatici di una vendita con patto di riscatto dissimulante un patto commissorio, sembra segnare un progressivo superamento dell'interpretazione funzionale dell'art. 2744 c.c.

Nel proprio *iter* motivazionale, infatti, la Suprema Corte piuttosto che compiere un'indagine intorno agli intenti soggettivi delle parti che hanno connaturato la causa del negozio al di là del *nomen iuris*, si preoccupa di individuare dati obiettivi sintomatici di un approfittamento della fragilità finanziaria del debitore, quali l'esistenza di un rapporto di debito-credito tra le parti, preesistente o contestuale alla vendita, e la sproporzione tra entità del debito e valore del bene dato in garanzia. La Corte giunge a tali assunti argomentando, in senso conforme a quanto rilevato dalla migliore dottrina, *a contrario* dall'esistenza nel nostro ordinamento di una serie di schemi negoziali (come il pegno irregolare, il riporto finanziario e, per l'appunto, il patto marciano) che pur prevedendo la costituzione di una garanzia che postula il trasferimento della proprietà, sono perfettamente leciti proprio perché eliminano in radice il rischio di un abusivo squilibrio tra le prestazioni.

A parere della Suprema Corte, non vale a smontare la validità di una tale ricostruzione obiettare che l'art. 2744 c.c. non prevede espressamente detti requisiti, poiché nel prevedere il divieto del patto commissorio il legislatore ha presunto alla stregua dell'*id quod plerumque accidit* che nella convenzione commissoria il creditore pretende il rilascio di una garanzia eccedente il valore del credito.

Altre successive pronunce²²⁴ si muovono lungo questa stessa traiettoria rivenendo nell'assenza di uno squilibrio sinallagmatico, ovvero nella previsione dell'obbligo per il creditore di restituire l'eventuale eccedenza di valore del bene ottenuto in proprietà rispetto all'ammontare del proprio credito, gli elementi che escludono la sussistenza del patto commissorio. Non è mancato chi ha addirittura parlato di "portata rivoluzionaria" di questo nuovo filone giurisprudenziale che impone una rivisitazione della prospettiva tradizionale sulla *ratio* del divieto ed al contempo costituisce un efficace freno

²²⁴ Ci si riferisce, in particolare, a Cass. Civ. 17 marzo 2014, n. 6175 e a Cass. Civ. 21 gennaio 2016, n. 1075. Nonché alla sopra richiamata Cass. Civ. 28 gennaio 2015, n. 1625 e a Cass. Civ. 18 marzo 2015, n. 5440 che ha riconosciuto la validità di un mandato irrevocabile a vendere titoli di stato conferito ad un istituto di credito in funzione di garanzia del finanziamento concesso ad una società controllata dalla mandante. In tale fattispecie l'intento elusivo del divieto del patto commissorio è stato escluso proprio in ragione del fatto che all'istituto di credito era stato concesso, nell'ipotesi di inadempimento della società debitrice, di trattenere solo un importo corrispondente all'entità del credito con l'obbligo di restituire alla debitrice l'eccedenza.

all'eccessiva dilatazione delle maglie dell'art. 2744 c.c. fino ad ora resa possibile dall'interpretazione funzionale.

In tale rinnovata prospettiva, dunque, il fondamento del patto commissorio (ed al contempo l'indice di liceità dell'operazione laddove se ne dimostri l'assenza) diventa la rottura del sinallagma tra le prestazioni di un'obbligazione finanziaria, giacché l'interesse protetto dalla norma non è la libertà assoluta ed incondizionata di disporre dei propri beni, ma piuttosto quella di non disporre a condizioni inique²²⁵. Ne conseguirebbe, quindi, la definitiva perdita di rilevanza di quei concetti che, di volta in volta, sono stati assunti a *ratio* del divieto, come la tutela della libertà morale del debitore, la *par condicio creditorum* ed il monopolio statale della tutela esecutiva²²⁶.

Una parte della dottrina²²⁷ ha, tuttavia, osservato che se l'interpretazione funzionale pecca indubbiamente per eccesso, questo nuovo filone interpretativo sembra obiettabile in senso esattamente opposto, poiché manca di considerare che la *ratio* dell'art. 2744 c.c. è composita e consta di almeno due elementi: "l'insidia" e la "sproporzione". Sicché sentenziare che manca l'illiceità laddove non v'è prova di un ingiustificato arricchimento del creditore non spiegherebbe a dovere la questione a fronte di quelle posizioni²²⁸ di chi ritiene che il patto commissorio è vietato poiché causa uno snaturamento dell'obbligazione ove gli effetti dell'inadempimento vengono cancellati da un trasferimento solutorio.

Più correttamente, si osserva, la questione sta nel comprendere entro che limiti la legge può tollerare questo "snaturamento" dell'obbligazione e nel considerare che il concetto di un'obbligazione deformata da un fine di garanzia vale nelle sole ipotesi in cui il creditore persegue un fine acquisitivo (cioè di soddisfazione delle proprie ragioni su di

²²⁵ Il riferimento è a S. DEL CORE, *Il divieto del patto commissorio nell'evoluzione giurisprudenziale*, op. cit., p. 1425 e 1426.

²²⁶ In questi termini si esprime ancora S. DEL CORE, *Il divieto del patto commissorio nell'evoluzione giurisprudenziale*, op. cit., p.1426. In particolare, l'Autore osserva che questa nuova lettura dell'art. 2744 c.c. risponde alla più che comprensibile esigenza di ridimensionarne la portata applicativa e ridurre gli effetti travolgenti della sanzione della nullità almeno con riferimento a tutti quei trasferimenti in garanzia ove è dato rilevare la congruità tra i valori economici in gioco. L'Autore ricorda ancora come in questa prospettiva sembrerebbe muoversi anche Cass. Civ. SS. UU. 5 luglio 2011, n. 14650 che chiamata a pronunciarsi sull'applicabilità in Italia di una normativa straniera che ammetta il trasferimento della proprietà in conseguenza di un patto commissorio ha escluso che l'art. 2744 c.c. costituisca un principio fondante l'ordine pubblico internazionale, proprio per la sua assenza in una rilevante parte dell'Unione Europea.

²²⁷ Ci si riferisce a S. PAGLIANTINI, *I misteri del patto commissorio, le precompensioni degli interpreti ed il diritto europeo della direttiva 17/2014*, op. cit., p. 2296. L'Autore conduce un'analitica verifica della correttezza dell'impianto argomentativo di Cass. Civ. 9 maggio 2013, n. 10986

²²⁸ In questo senso O.T. SCOZZAFAVA, Note in tema di garanzia, in *Contr. Impr.*, 2008, p. 857, che rileva "un'inconciliabilità della stipulazione commissoria con la struttura dell'obbligazione"; G. D'AMICO, *Alienazioni a scopo di garanzia*, op. cit., p. 591.

un bene determinato) e non quando si tratti di un fine di realizzo che è normalmente sottostante alle prestazioni traslative estintive dell'obbligazione. Peraltro, non può negarsi che questa forma di "esecuzione privata" può risultare vantaggiosa anche per il debitore che consegue prima il *surplus* di valore rispetto agli ordinari tempi delle procedure di esecuzione forzata che peraltro costringono ad un'immobilizzazione non redditizia del bene medesimo. È il principio dell'equivalenza che, piuttosto, giustifica un'alienazione estintiva dell'obbligazione ed alternativa all'adempimento. La liceità dell'operazione discende da un trasferimento in garanzia per un importo corrispondente al valore del credito e tale proporzione esclude un vizio della volontà del debitore²²⁹.

In altri termini, difetto di libertà e sproporzione sono elementi inscindibili, l'uno presupponente l'altro, e necessari dell'operatività del divieto *ex art. 2744 c.c.* di cui fondano la *ratio* composita: conseguentemente, laddove uno solo manchi difetta la nullità perché c'è una fattispecie, sia essa nominata o atipica, pienamente valida che giustifica il diritto del creditore ad una garanzia che si realizza mediante l'alienazione della proprietà in funzione della ragionevolezza commerciale dell'operazione.

3. Il patto marciano come correttivo di liceità del patto commissorio.

Se è vero che in chiave di progressivo superamento dell'interpretazione funzionale dell'art. 2744 c.c. la *ratio* della norma dev'essere rinvenuta nell'esigenza di tutela del

²²⁹ Così, ancora, S. PAGLIANTINI, *I misteri del patto commissorio, le precompensioni degli interpreti ed il diritto europeo della direttiva 17/2014*, op. cit., p. 2303. In, particolare, l'Autore osserva: "In realtà l'impressione è che, senza accreditare dei falsi storici, per il conio di un art. 2744 c.c. in veste rinnovata potrebbe bastare un'interpretazione retrospettiva, riattualizzando segnatamente quel dibattito dottrinale della prima metà del Novecento che mostrava di maneggiare finemente la *lex commissoria*. È uno spaccato che si apre nel 1914, conosce l'intermezzo del 1926 e si chiude nel 1943". Il riferimento è anzitutto agli studi di Francesco Ferrara che nel 1914 aveva collocato il patto commissorio, all'epoca circoscritto dall'art. 1884 c.c. al pegno, tra i patti contrari all'equità, rilevando che nessuna nullità è indipendente dal reale pregiudizio del debitore che se può ottenere l'eccedenza di valore è come se desse vita ad una vendita condizionata *pro solvendo*, v. F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1914, p. 125. Con l'espressione "intermezzo del 1926" l'Autore intende, invece, ricordare gli studi di Giuseppe Stolfi per il quale la clausola marciana è provvista di una ineccepibile giustificazione perché non ci può essere una volontà dimidiata quando si rimette ad un terzo il compito di fissare il prezzo dopo che il mutuo è stato stipulato, v. G. STOLFI, *Patto commissorio ed ipoteca*, in *Foro it.*, 1926, p. 283. In sostanza, ricorda Pagliantini, Ferrara e Stolfi non propugnavano l'idea di una illecità *tout court* dell'alienazione in garanzia in *facultate solutionis*, indipendentemente dall'entità del prezzo rispetto all'entità del debito, sulla base di una presunzione assoluta di coercizione della volontà del debitore; al contrario rilevavano che senza l'estremo della lesione patrimoniale ben vi può essere trasferimento solutorio alternativo all'adempimento. La "chiusura" del 1943 fa, invece, riferimento agli studi di Carraro sull'allora "nenonato" art. 2744 c.c. che osservava che se è vero che nella trama della norma è *in re ipsa* l'idea che chi contrae con patto commissorio lo fa perché costretto da uno stato di bisogno, è altrettanto vero che questa volontà dimidiata si lega in maniera indissolubile alla circostanza che "la parte economicamente più forte cerchi di procurarsi un vantaggio sproporzionato approfittando dello stato di bisogno dell'altra", dunque, non vi può essere mancanza di libertà dove non c'è lesione dell'interesse patrimoniale, v. L. CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943, p. 233.

principio di proporzionalità tra le prestazioni di un'operazione negoziale, occorre ora indagare l'istituto che, nelle opinioni degli interpreti e nelle applicazioni pratiche, assolve alla funzione di correttivo di liceità della convenzione commissoria: il patto marciano.

Ed infatti, come è stato efficacemente osservato, “*mentre nel patto commissorio la vantaggiosità del negozio per l'equivalenza tra valore del bene e valore del credito garantito è del tutto casuale, nel patto marciano essa è assunta a contenuto stesso del contratto*”²³⁰.

Il patto marciano, per l'interpretazione prevalente, costituisce un negozio innominato di origine romanistica²³¹ in forza del quale le parti convengono che nel caso di inadempimento di un debito, il creditore acquisti la proprietà di un bene del debitore con l'obbligo di restituirgli l'eventuale eccedenza di valore tra l'ammontare del credito ed il valore del bene come risultante dalla stima di un terzo²³².

Trattandosi di un negozio atipico, dunque, anche il patto marciano soggiace agli stessi limiti cui è sottoposta qualsiasi forma di manifestazione dell'autonomia privata, ossia il controllo sulla meritevolezza degli interessi perseguiti e l'indagine in ordine alla liceità dell'operazione economica²³³.

Sotto al primo profilo, è innegabile che dall'adozione di tale schema negoziale derivano vantaggi per entrambe le parti²³⁴: il creditore ottiene una più rapida soddisfazione della propria pretesa rispetto alle lungaggini del processo esecutivo; il debitore evita l'immobilizzazione del bene e la conseguente perdita di redditività ed al tempo stesso di sopportare le spese della procedura esecutiva; per non dire, poi, che

²³⁰ L'espressione è di C. M. BIANCA, voce *Patto commissorio*, in *Nov. D.*, XII, Torino, 1957, p. 718.

²³¹ Si è già in precedenza ricordato che le pattuizioni commissorie furono vietate, anche sotto l'influenza del cristianesimo, con una costituzione di Costantino del 324 d.C. (C. Th. 3,2,1). Per evitare di incorrere nel divieto si diffusero istituti e rimedi quali il c.d. patto marciano, la cui paternità è storicamente attribuita al giurista Elio Marciano (D. 20, 1, 16, 9, *Marcianus lib. singul. Ad Jormulam hypothecariam*: “*Potest itafieri pignoris datio, hypothecaeve, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem, iusto pretio tunc aestimandam; hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio. Et ita divus Severus et Antoninus rescripserunt*”). Si ritiene però che il passo non riproduca il testo originale attribuibile al giurista, in quanto al tempo in cui visse Marciano (fine II, inizio III secolo d.C.) il patto commissorio non era ancora vietato. Sul punto v. M. EBNER, voce *Patto marciano*, in *Enc. giur. Treccani*, 2007, p. 1. Il passo tramandatoci sarebbe, piuttosto, il frutto di interpolazioni dei compilatori giustinianeî che avrebbero aggiunto l'inciso “*iusto pretio tunc aestimandam*” ed il riferimento all'ipoteca. Ad ogni modo, è indubbio che il patto marciano sin dal diritto romano è sempre stato legato al patto commissorio ed utilizzato proprio quale rimedio alla invalidità di quest'ultimo.

²³² Offre questa definizione della figura, comune alle opinioni della dottrina e della giurisprudenza maggioritaria, M. EBNER, voce *Patto marciano*, op. cit., p. 1.

²³³ In questi termini C. DE MENECH, *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, in *I Contratti*, 8-9, 2015, p. 825.

²³⁴ In senso contrario si veda M. SESTA, *Le garanzie atipiche*, I, Padova, 1988, p. 104, secondo cui l'alienazione in garanzia potrebbe talora non superare il controllo di meritevolezza ex art. 1322 c.c. poiché in contrasto con il parametro dell'utilità sociale di cui all'art. 41, cpv., Cost..

normalmente il ricavato della vendita forzata risulta di gran lunga inferiore rispetto al valore di mercato del bene²³⁵.

È piuttosto il secondo profilo, quello della liceità dell'operazione economica²³⁶, ha risultare maggiormente problematico, tanto che qualcuno ha ritenuto di includere il patto marciano “in una zona grigia”²³⁷ presidiata, da un lato, dal divieto del patto commissorio e, dall'altro, da una serie di istituti codicistici che, per quanto leciti, sembrano produrre i medesimi effetti.

Si osserva, infatti, che la nozione di patto commissorio risultante dalla rubrica e dal testo dell'art. 2744 c.c. è alquanto generica e non opera alcuna distinzione tra l'ipotesi in cui le parti abbiano programmato *ex ante* un meccanismo di liquidazione in favore del debitore dell'eccedenza tra entità del credito e valore del bene dato in garanzia ed il diverso caso in cui sia stato convenuto un automatico trasferimento della proprietà indipendente da tale congruità di valori²³⁸. Sicché, quantomeno astrattamente, il divieto di cui all'art. 2744 c.c. potrebbe riferirsi anche alla clausola marciana poiché anch'essa prevede il trasferimento della proprietà del bene dato in garanzia per l'ipotesi di inadempimento del debitore²³⁹.

²³⁵ Così C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, op. cit., p. 196 ss. e p. 221; ID., *Autotutela*, in *Enc. Dir.*, Agg., IV, 2000, p. 136 ss, che qualifica la clausola marciana come una forma di “autotutela convenzionale esecutiva”; V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, 1952, p. 72, ove si legge che “*trovandosi nell'impossibilità di pagare, il debitore dovrebbe essere [...] contento di soddisfare in tale modo il creditore e di non esporsi al danno materiale e morale di una vendita agli incanti, i cui rischi sono tristemente noti*”.

²³⁶ La duplicità del giudizio di compatibilità tra esercizio dell'autonomia privata ed ordinamento giuridico deriva dall'abbandono della concezione dirigitica della causa quale funzione economico sociale del negozio, che dissolveva il giudizio di liceità in quello di utilità sociale, e dall'affermarsi della concezione liberale della causa come concreta funzione economico individuale che tende a separare tali valutazioni: sul punto v. i precisi rilievi di U. STEFINI, *La cessione del credito con causa di garanzia*, Padova, 2007, p. 29 ss., nt. 86.

²³⁷ Ci si riferisce a C. DE MENECH, *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, op. cit., p. 826.

²³⁸ Così G. F. MINNITI, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 58.

²³⁹ Non è un caso, infatti, che, nella letteratura che si è occupata della qualificazione dogmatica del patto marciano, esso costituisca per lo più il corollario del risultato raggiunto nell'ambito delle riflessioni svolte in ordine alla configurazione funzionale del patto commissorio. Per l'opinione prevalente la convenzione marciana è un'alienazione in funzione di garanzia, si vedano, *ex multis*, C. M. BIANCA, *Diritto civile. Le garanzie reali. La prescrizione*, Milano, 2012, p. 288; G. F. MINNITI, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, op. cit., p. 29; U. CARNEVALI, *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 505; V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, op. cit., p. 75 ss. Altri ritengono che il patto marciano rappresenti piuttosto uno tra i possibili criteri di regolamentazione del soddisfacimento coattivo del creditore: sicché il patto marciano (al pari del patto commissorio) presupporrebbe l'esistenza di una situazione di garanzia (tipica oppure atipica), senza confondersi con questa e rivestendo invece una funzione solutoria. La paternità di questa ricostruzione è di L. RAAPE, *Die Verfallklausel bei Pfand und Sicherungsubereignung*, Berlino, 1913, p. 24 ss. La tesi del giurista tedesco è stata ripresa da N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, Napoli, 2000, p. 62 ss.; da F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, p. 443 ss., con nuove argomentazioni volte a scardinare la critica rivolta *medio tempore* da C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, op. cit., p. 136 ss. alla teoria del Raape.

Parimenti, secondo alcuni non può nemmeno considerarsi del tutto risolutivo per la liceità del patto marciano il raffronto con le fattispecie che diversamente collocate nel codice civile consentono il trasferimento della proprietà del bene dato in garanzia: come l'art. 1851 c.c. sul pegno irregolare che prevede l'alienazione in garanzia al creditore del denaro o dei titoli oppignorati, salvo l'obbligo di restituire il *tantundem eiusdem generis* nel caso di adempimento, ovvero di restituire l'eccedenza rispetto all'entità del credito per l'ipotesi opposta di inadempimento del debitore; ovvero ancora l'art. 2803 c.c. che in materia di pegno di crediti consente al creditore di riscuotere le somme e trattenerle sino alla concorrenza del credito e con l'obbligo di restituire l'eventuale differenza di valore al debitore²⁴⁰. Si è obiettato, infatti, che tutte queste ipotesi costituiscono norme speciali in ragione della particolare natura del bene dato in garanzia il cui valore è obiettivo o facilmente accertabile e quindi comparabile con più facilità con l'ammontare del credito²⁴¹.

Se anche l'analisi dei dati normativi non consente di sciogliere con certezza la questione della liceità dell'operazione posta in essere in esecuzione della clausola marciana, non resta allora che ritornare ad indagare la disposizione entro cui è interpolato il divieto del patto commissorio allo scopo di individuare il disvalore che ne determina l'illiceità e la cui assenza consacra, invece, la validità del patto marciano²⁴². Ciò spiega, perché, nei tentativi di ricostruzione dogmatica dell'istituto il problema del patto marciano si è anzitutto posto come problema della *ratio* del divieto *ex art. 2744 c.c.*²⁴³

Lungo questa prospettiva di indagine si è così osservato che se la *ratio* dell'art. 2744 c.c. fosse davvero quella di tutelare la *par condicio creditorum*, evitando che un bene sia sottratto alla garanzia patrimoniale generica e destinato alla soddisfazione prioritaria di un solo creditore, ovvero la libertà contrattuale e morale del debitore, che spinto dal bisogno di liquidità si costringerebbe ad un trasferimento della proprietà in garanzia,

²⁴⁰ L'opinione che ravvisa in queste disposizioni altrettante deroghe al divieto sancito dall'art. 2744 c.c. è superata. In tal senso, si pronunciava anticamente F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1947, p. 111. Contra M. CIRULLI, *Pegno irregolare costituito dal fideiussore a garanzia dei crediti scaduti e fallimento del debitore principale*, in *Giur. Mer.*, 1991, I, p. 712, e F. MARTORANO, *Cauzione e pegno irregolare*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, I, p. 119 s. Quest'ultimi autori affermano che semmai può parlarsi di limite al divieto del patto commissorio.

²⁴¹ In tal senso v. C. DE MENECH, *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, op. cit., p. 827.

²⁴² In questi termini, cfr. M. EBNER, voce *Patto marciano*, op. cit., p. 3;

²⁴³ Sul punto v. C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, op. cit., p. 204; C. LICINI, *Le tecniche moderne di garanzia nella prassi notarile*, in *Riv. not.*, 1996, p. 1001; R. ORESTANO, *Marciano Elio*, in *Nss. D.I.*, X, Torino, 1964, I, p. 261; C. DE MENECH, *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, op. cit., p. 827; P. LAGNI, *L'effetto legittimante della proporzionalità nel contratto di sale and lease back tra meccanismi convenzionali e "giusto rimedio"*, in *Rass. dir. civ.*, XXXVII; 4, 2016, p. 1262.

ovvero ancora di preservare il monopolio dello Stato nell'esercizio della tutela esecutiva, allora anche la clausola marciiana non potrebbe operare alcun effetto salvifico.

Ed infatti, se in ogni trasferimento della proprietà a scopo di garanzia si ritiene insita una presunzione assoluta di volontà dimidiata del debitore, è evidente che essa non potrebbe essere eliminata neanche per il tramite della clausola marciiana che ricalca la medesima struttura²⁴⁴. Anche la *par condicio creditorum* potrebbe risultare lesa, poiché se la convenzione marciiana evita la lesione dell'interesse patrimoniale del debitore mediante la previsione di un meccanismo in grado di riequilibrare i valori in gioco, non esclude invece che il bene sia sottratto alla garanzia generica *ex art. 2740 c.c.*²⁴⁵. Ancora, se si ritiene che per il tramite del divieto *ex art. 2744 c.c.* si sia inteso sancire l'ineludibilità della tutela giudiziale esecutiva, la sanzione della nullità dovrebbe colpire anche la clausola marciiana che pure realizza una forma di autotutela convenzionale esecutiva²⁴⁶.

Se davvero queste *rationes* si fossero imposte quali fondamento del divieto del patto commissorio probabilmente avrebbero finito con l'intaccare anche la tralatizia opinione di validità del patto marciiano²⁴⁷. Tuttavia, salvo talune voci isolate²⁴⁸, così non è stato,

²⁴⁴ Il rilievo è sottolineato da C. DE MENECH, *Il patto marciiano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, op. cit., p. 828.

²⁴⁵ Lo osserva F. REALMONTE, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, in *Foro it.*, 1989, I, p. 1444.

²⁴⁶ Sul punto v. ancora C. M. BIANCA, *Autotutela*, op. cit., p. 137.

²⁴⁷ Osserva criticamente G. F. MINNITI, in *Patto marciiano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, op. cit., p. 30 s. che “*ove si consideri che, secondo autorevole ed incontrastata dottrina, il problema del patto marciiano si pone (...) innanzitutto come problema della ratio del divieto del patto commissorio, l'univocità dell'orientamento di dottrina e giurisprudenza, concordi nel ritenere lecito il primo, non può non suscitare qualche perplessità, a fronte dello stato di profonda incertezza e continua controversia in cui le stesse versano, si può dire da sempre, in ordine all'individuazione della ratio, e conseguentemente dell'estensione del secondo*”. Nello stesso senso, in precedenza, R. DE NICTOLIS, *Divieto del patto commissorio, alienazioni in garanzia e sale-lease -back*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, p. 540.

²⁴⁸ Si è già dapprima ricordato che sull'onda della *vis* espansiva dell'art. 2744 proclamata dalle Sezioni Unite, una parte della dottrina ha trovato il coraggio di discostarsi dall'opinione tradizionale che propugnava la validità del patto marciiano. Si osservava, infatti, che se davvero la ratio dell'art. 2744 c.c. doveva rinvenirsi nell'esigenza di salvaguardare il debitore non già da uno scambio economicamente squilibrato, bensì da un trasferimento illiberale in quanto programmato come effetto automatico dell'inadempimento, allora non si sarebbe potuto ritagliare uno spazio di validità nemmeno per il patto marciiano. Così G. RISPOLI, *Ai confini del divieto di patto commissorio*, in *Giur. it.*, 2013, p. 2026, afferma che la tesi secondo cui la ratio del patto commissorio “*sarebbe l'incompatibilità fra la causa di vendita e quella di garanzia*” conduce “*a ritenere nullo anche il patto marciiano*”; in senso conforme anche F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, op. cit., p. 436; e L. RAGAZZINI, *Vendita con patto di riscatto. Patto commissorio. Patto marciiano*, in *Riv. not.*, 1991, I, 142.; V. Mariconda, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, op. cit., p. 1422, in particolare osserva che l'art. 2744 c.c. intende evitare che il debitore consenta al creditore di incamerare il bene automaticamente al momento dell'inadempimento, sopravvalutando la propria capacità di restituire il finanziamento ricevuto e tale rischio non viene meno per il sol fatto che il creditore debba restituire il *surplus*; sicché una differenza di trattamento tra patto commissorio e patto marciiano apparirebbe difficilmente sostenibile alla luce del principio costituzionale di ragionevolezza (argomentando *ex art. 3, comma 1, Cost.*); G. F. MINNITI, *Patto marciiano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 29 e 58, riconduce il disvalore del patto commissorio all'esigenza obiettiva di salvaguardare la coerenza logica dell'ordinamento, che non contempla la funzione di garanzia tra i fondamenti causali idonei a sorreggere

anzi anche nelle più recenti applicazioni pratiche l'istituto ha trovato riaffermazione e nuova espansione²⁴⁹.

La rassegna delle decisioni giurisprudenziali dell'ultimo ventennio dimostra, infatti, che sono state dichiarate nulle soltanto le alienazioni in garanzia connotate da un'effettiva sproporzione tra l'ammontare del debito ed il valore del bene dato in garanzia, mentre non è mai stata dichiarata la nullità di un trasferimento in garanzia risultato economicamente equilibrato²⁵⁰.

l'attribuzione di un bene in proprietà, con la conseguenza che l'atto dispositivo posto in essere a garanzia di un credito sarebbe irragionevole, ed afferma così che ciò giustificerebbe l'illiceità della convenzione commissoria ed altresì del patto marciano, che al pari di quella rappresenta “*una species del più ampio genus delle alienazioni in funzione di garanzia*”; del resto la circostanza che nel secondo “*sia garantita ab origine la corrispondenza dei valori del bene alienato e del credito garantito*”, non può “*supplire alla rilevata insufficienza della causa di garanzia a fondare [...] l'attribuzione del bene in proprietà*”.

²⁴⁹ Osserva efficacemente C. DE MENECH, *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, op. cit., p. 829, nt. 38, che tale persistente vitalità del patto marciano si spiega in ragione del fatto che le ricostruzioni alternative del fondamento del patto commissorio non si sono dimostrate del tutto immuni da vizi logici e sistematici, sì da candidarsi a sostituire definitivamente la ratio della tutela del debitore. La giustificazione della tutela della *par condicio creditorum* è stata criticata sulla base dei seguenti argomenti (su cui v. U. CARNEVALI, patto commissorio, in Enc. dir., XXXII, Milano, 1982, 505, p. 501): i) il patto commissorio non crea alcuna causa di prelazione *contra legem*, laddove s'innesta su una garanzia reale, e, laddove ciò non accade, è ancora tutto da dimostrare che esso crei una causa di prelazione atipica; ii) la salvaguardia degli interessi dei creditori è affidata dall'ordinamento a strumenti diversi dalla nullità, su tutti l'azione revocatoria. La tutela del monopolio statale della funzione esecutiva è stata criticata osservando che vi sono molteplici ipotesi espressamente previste dall'ordinamento, e dunque lecite, in cui ai privati è consentito predisporre meccanismi negoziali di auto-soddisfacimento del credito o di attuazione convenzionale della responsabilità del debitore, sul tema v. *amplius* G. BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984. Alla tesi secondo cui il patto commissorio sarebbe vietato poiché in contrasto con il principio desumibile dall'art. 1384 c.c. si è obiettato che non sfuggirebbe certamente alla nullità un patto commissorio con effetti obbligatori anziché reali, così A. LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in Riv. dir. civ., 1990, I, p. 225.

²⁵⁰ Cfr. Cass. Civ. 5 marzo 2010, n. 5426, in *www.leggiditalia.it*; Cass. Civ. 21 gennaio 2005, n. 1273, in *www.leggiditalia.it*; Cass. Civ. 2 febbraio 2006, n. 2285, in *Obbl. e contr.*, 2006, 6, p. 549, con nota di G. GENNARI. Al più, l'irrilevanza dell'equilibrio dello scambio viene predicata in relazione ad una coincidenza non programmata, ma che si è verificata per puro caso. In questo senso v. Cass. Civ. 12 gennaio 2009, n. 437, in *I Contratti*, 2009, 8-9, p. 803 ss., con nota di M. GALATI che dichiara la nullità di un patto accedente ad anticresi così formulato: “*se per caso non pensato e non voluto il C. e la di lui moglie signora P. non dovessero restituire la somma al sig. Co. si procederà alla vendita del fondo per il prezzo di L. 1.200.000 a tumulo*”. Secondo i giudici di legittimità l'eventuale congruità del prezzo indicato dalla pattuizione commissoria con il valore corrente di mercato non può in ogni caso fare venire meno l'illiceità del trasferimento in garanzia comunque programmato. Osserva F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, op. cit., p. 420, che le pronunce gemelle delle Sezioni Unite del 1989 hanno lasciato irrisolto il problema “*dell'individuazione dei criteri adottabili al fine di discernere, in concreto, se un determinato negozio sia o meno improntato ad una funzione giuridica di garanzia*”. Pertanto, già a metà degli anni novanta, Cass. Civ. 16 ottobre 1995, n. 10805, in *I Contratti*, 1996, 1, con nota di R. DE MEO, affermava in riferimento ad un contratto di *lease back* che il mero fatto che le parti abbiano programmato l'automatico trasferimento del bene al creditore in caso di inadempimento non consente di affermare che l'attribuzione è in frode all'art. 2744 c.c., essendo invece necessaria un'analisi approfondita al fine di accertare se lo strumento negoziale tipico sia stato effettivamente piegato alla causa di garanzia; indagine che dev'essere condotta attraverso vari elementi sintomatici, tra cui riveste un ruolo essenziale il profilo della sproporzione tra entità del debito e valore del bene alienato in garanzia. Nella fattispecie, i giudici avevano riscontrato un notevole concreto squilibrio tra le prestazioni dedotte in contratto e hanno così dichiarato la nullità dell'operazione poiché in frode all'art. 2744 c.c. Tale metodo viene costantemente riproposto in tutte le sentenze che hanno ad oggetto la validità del *lease back*: v., *ex pluribus*, Cass. Civ. 22 marzo 2007, n. 6969, in *www.leggiditalia.it* e Cass. Civ. 21 gennaio 2005, n. 1273, in *www.leggiditalia.it*. Recentemente, questo criterio operativo è stato esteso anche ad altri negozi immediatamente traslativi della proprietà

Ed è proprio nell'affermazione del principio di proporzionalità che risiede la chiave di volta di questo nuovo filone interpretativo che abbandona l'interpretazione funzionale per riaffermare le visioni più classiche²⁵¹ della *ratio* del patto commissorio: l'art. 2744 c.c. è espressione del "*principio generale che impone l'equilibrio, sul piano economico ma anche normativo*" di qualsivoglia rapporto negoziale, tipico o atipico che sia, nel quale "*una delle parti versi in situazione di debolezza*"²⁵².

Diretti corollari dell'affermazione del principio di proporzionalità sono, non soltanto l'affermazione della liceità della clausola marciana, ma anche la sua diversità strutturale e funzionale rispetto al patto commissorio.

Si tratta, peraltro, di conclusioni che la dottrina e la giurisprudenza prevalenti ritengono confortate sul piano sistematico dal complesso dei dati normativi in tema di espropriazione forzata e di procedure fallimentari che danno atto dell'esistenza di più istituti in cui il legislatore ha subordinato la realizzazione coattiva del diritto di credito all'osservanza di specifiche procedure finalizzate a preservare il debitore dal pagare più di quanto effettivamente dovuto.

Il riferimento è, evidentemente, al pegno irregolare di cui all'art. 1851 c.c. che impone all'istituto di credito di restituire al debitore la somma o la quota parte delle merci o dei titoli che eccedono l'ammontare del credito garantito; all'art. 1982 c.c. sulla cessione dei beni ai creditori che - dopo aver previsto che i creditori debbono ripartire le somme ricavate dalla liquidazione delle attività del debitore in proporzione dei rispettivi crediti e nel rispetto delle cause di prelazione - espressamente impone la restituzione al debitore del residuo; all'art. 2798 c.c. che facoltizza il creditore pignoratizio a richiedere l'assegnazione del bene oppignorato in pagamento fino alla concorrenza del debito, secondo una stima da farsi con perizia o secondo il prezzo di mercato qualora la natura

risolutivamente condizionati all'adempimento: cfr. Cass. Civ. 9 maggio 2013, n. 10986, in *Vita not.*, 2013, 2, p. 719.

²⁵¹ Si è ricordata dapprima l'opinione di Pagliantini che richiama gli studi di Ferrara, Stolfi e Carraro, cfr. nota 229.

²⁵² Le espressioni sono di N. CIPRIANI, *Patto commissorio*, op. cit., p. 156 che prosegue rilevando che "*non sembra di poter dubitare del fatto che anche il soggetto che deve ricorrere al credito si trova, normalmente, in una situazione di ontologica debolezza rispetto a chi concede il credito medesimo. Pertanto, nei contratti di finanziamento, sembra implicito il pericolo di uno squilibrio della forza contrattuale delle parti. Tale squilibrio può evidentemente tradursi in un regolamento eccessivamente gravoso per la parte più debole, si che a questo rischio l'ordinamento reagisce con un insieme di disposizioni che trovano la loro giustificazione nel principio di solidarietà costituzionale: tra queste, vengono in particolare rilievo le norme in materia di usura e quelle che pongono il divieto di patto commissorio*". L'autore è richiamato da P. LAGNI, *L'effetto legittimante della proporzionalità nel contratto di sale and lease back tra meccanismi convenzionali e "giusto rimedio"*, op. cit., p. 1263 che mostra di condividerne il pensiero.

del bene lo consenta; all'art. 2803 c.c. che ammette la riscossione del credito dato in pegno alla scadenza del credito garantito e precisa che il denaro può essere trattenuto solo fino al soddisfacimento del credito con l'obbligo di restituire al debitore il residuo; all'art. 2804 c.c. che prevede che il creditore pignoratizio può in ogni caso chiedere che gli sia assegnato in pagamento il credito ricevuto in pegno fino alla concorrenza del suo credito. Ma potrebbe anche richiamarsi l'art. 2874 c.c. che consente la riduzione dell'ipoteca, legale o giudiziale, qualora i beni compresi nell'iscrizione abbiano valore eccedente la cautela somministrata, ovvero quando la somma determinata dal creditore nell'iscrizione eccede di un quinto quella che l'autorità giudiziaria dichiara dovuta²⁵³.

Questa nuova prospettiva, come da più parti rilevato²⁵⁴, consente di muovere un passo ulteriore: l'impossibilità di desumere l'esistenza nel nostro ordinamento di un principio di aprioristica illiceità delle alienazioni a scopo di garanzia. Anche in questo caso, come accade per il patto marciano, il problema non deve essere risolto prendendo ad esclusivo riferimento il divieto di cui all'art. 2744 c.c., bensì sul piano dell'idoneità strutturale dell'operazione posta in essere dalle parti²⁵⁵, con la conseguenza che,

²⁵³ In giurisprudenza si veda, in particolare, Cass. Civ., 28 gennaio 2015, n. 1625, p. 794, che muovendo dai richiamati riferimenti sistematici giunge ad affermare la validità della clausola marciana individuando il fondamento dell'effetto salvifico nella sua idoneità *“a ristabilire l'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni del contratto di lease back (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), nonché nella sua «capacità di scongiurare che l'attuazione coattiva del credito avvenga senza alcun controllo dei valori patrimoniali in gioco”*. In precedenza, anche se *incidenter tantum*, cfr. Cass. Civ., 9 maggio 2013, n. 10986, in *Vita not.*, 2013, p. 719. G. DEROSA, *L'operazione di sale and lease back tra normotipo astratto e fattispecie concreta*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 147, che evidenzia come la logica del patto marciano sia presente nel nostro sistema civilistico nazionale, essendo ravvisabile, con riferimento specifico al contratto di *leasing*, nell'art. 72-*quater*, comma 2, della legge fallimentare, per come riformata dal d.lg. 9 gennaio 2006, n. 5, in cui si prevede che *“in caso di scioglimento del contratto, il concedente ha diritto alla restituzione del bene ed è tenuto a versare alla curatela l'eventuale differenza fra la maggiore somma ricavata dalla vendita o da altra collocazione del bene stesso avvenute a valori di mercato rispetto al credito residuo in linea capitale”*. A ciò fa riscontro una previsione dal tenore analogo nel successivo comma 3, in cui viene stabilito che *“il concedente ha diritto di insinuarsi nello stato passivo per la differenza fra il credito vantato alla data del fallimento e quanto ricavato dalla nuova allocazione del bene”*. Con riferimento alle altre fattispecie codicistiche, si vedano anche G. TUCCI, *Cauzione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, II, Torino, 2008, p. 255 ss.; U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2^a ed., Torino, 1961, p. 1586 ss.; E. GABRIELLI, in G. BONILINI, A. CHIZZINI (a cura di), *Della tutela dei diritti*, in *Comm. c.c.* Gabrielli, Torino, 2015, 5^{ub} artt. 2798, 2803, 2084, p. 271 ss.

²⁵⁴ Così, *ex multis*, P. LAGNI, *L'effetto legittimante della proporzionalità nel contratto di sale and lease back tra meccanismi convenzionali e “giusto rimedio”*, op. cit., p. 1266.

²⁵⁵ Parte della dottrina descrive questo cambiamento di rotta come *“vera e propria rivoluzione copernicana”*, v. C. DE MENECH, *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, op. cit., p. 836. L'autrice in particolare ricorda che detto filone dottrinale ha ritenuto di poter dimostrare l'ammissibilità di *“un negozio effettivamente traslativo del diritto conformato, quanto al fondamento ed agli effetti, [...] dalla causa di garanzia, che assume quindi autonoma connotazione e rilevanza giuridica”*, così F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, op. cit., op. cit., p. 178. In altri termini, questa parte della dottrina osserva che se è vero che la causa di garanzia non può costituire idonea giustificazione causale dell'attribuzione di un diritto pieno e definitivo al creditore, tuttavia l'intento di rafforzamento del credito può rappresentare causa sufficiente di un trasferimento della proprietà strumentale, poiché connesso alle

indipendentemente dallo schema negoziale prescelto, l'illiceità potrà essere desunta solo nelle fattispecie in cui non è garantito l'equilibrio dello scambio in danno del debitore.

Sulla scorta di quanto sin ora esposto sembra, dunque, possibile affermare che è alla redazione della clausola marciiana ed alle modalità di determinazione dell'eccedenza di valore che occorrerà avere riguardo onde assicurare effetto salvifico a quell'atto di autonomia privata che prevede l'alienazione di un bene in funzione di garanzia di un determinato credito, indipendentemente dalla forma con cui le parti lo hanno nel concreto rivestito.

Occorre, in sostanza, che la clausola marciiana preveda con assoluta nitidezza i tempi, i modi ed i criteri con cui dovrà essere calcolato il *surplus* di valore oggetto dell'obbligo restitutorio in favore del debitore.

Sotto al profilo temporale è opinione condivisa che tale valutazione deve essere compiuta prendendo in considerazione il valore effettivo del bene garantito in un momento successivo all'inadempimento²⁵⁶, ossia in quello dell'attuazione coattiva della pretesa creditoria²⁵⁷, in ragione sia dell'esigenza di evitare forme di incentivazione dell'inadempimento che potrebbero derivare da una predeterminazione *ex ante* che si rivela più favorevole al debitore al momento della scadenza dell'obbligazione²⁵⁸, sia del tradizionale sfavore dell'ordinamento verso forme di regolamentazione precostituita della fase patologica del rapporto obbligatorio²⁵⁹.

vicende di un rapporto obbligatorio, oltreché precario in quanto suscettibile di venire meno al tempo dell'estinzione dell'obbligazione. U. STEFINI, *La cessione del credito con causa di garanzia*, Padova, 2007, p. 35. Si è, poi, precisato che quanto precede non basta a dimostrare l'ammissibilità dell'alienazione con causa di garanzia, ma consente semplicemente di rivelare che il principale ostacolo alla sua liceità è rappresentato dal principio di tipicità dei diritti reali e dai conseguenti limiti alla creazione *ex negotio* di situazioni proprietarie funzionali all'attuazione del diritto di credito. Tuttavia, anche questo baluardo può essere abbattuto, facendo leva sui noti ripensamenti del carattere necessariamente unitario del diritto di proprietà e considerando che gli effetti dell'attribuzione con causa di garanzia non comportano una conformazione dei diritti delle parti sulla *res* tale da alterare il contenuto tipico del diritto reale trasferito in misura maggiore di quanto solitamente avviene in schemi negoziali nominati quali l'alienazione sottoposta a condizione, la vendita con riserva di proprietà o con patto di riscatto. In tal senso v. F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, op. cit., p. 335, ed in particolare nt. 58.

²⁵⁶ In particolare, M. NATALE, *Lease-back e strutture utili di patto marciiano*, in *Rivista di diritto civile*, 2015, VI, p. 1609, rileva che "non si può dare rilievo al "giusto prezzo", determinato *ex ante* al momento della conclusione del contratto, quale parametro per verificare, in un momento successivo, la congruenza tra valore del bene e valore del credito ... Il "giusto prezzo" non può essere considerato un criterio oggettivo di stima né un termine di raffronto per valutare la correttezza della stima effettuata".

²⁵⁷ Così A. DOLMETTA, *Lease-back e patto commissorio*, op. cit., che sottolinea l'opportunità che la determinazione temporale vada inserita nei testi contrattuali nei termini più puntuali possibili.

²⁵⁸ Sul punto si veda, M. FRAGALI, *Del mutuo*, op. cit., p. 257.

²⁵⁹ Così, C. DE MENECH, *Il patto marciiano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, op. cit., p. 839. L'autrice ricorda che soltanto di rado la giurisprudenza si sofferma sulla giustificazione di tale criterio temporale, come nel caso di Trib. Monza 24 maggio 1988, in *Foro. It.*, 1989, I, p. 1271 ss., ove si legge che il rinvio dell'*aestimatio* ad un momento successivo all'inadempimento sarebbe imposto dalla natura assoluta della presunzione legale di iniquità dello scambio posta alla base dell'art. 2744 c.c., fondata sulla soggezione del debitore nei riguardi del creditore. Tuttavia, può obiettarsi che la determinazione

Quanto al profilo soggettivo, il terzo incaricato della stima deve risultare in possesso dei requisiti di imparzialità ed indipendenza, sicché la nomina non può che essere rimessa alla scelta condivisa delle parti o, in difetto, all'autorità giudiziaria. Si è osservato, invero, che anche la scelta di rimettere la nomina del valutatore all'accordo delle parti potrebbe comportare il rischio di abusi da parte del creditore, che profittando della situazione di debolezza del debitore ormai (non più in odore ma) definitivamente inadempiente, potrebbe imporre la propria scelta con un accordo meramente apparente, così minando l'obiettività della valutazione. A tali rilievi critici si è, tuttavia, obiettato che a scongiurare un tale rischio soccorrono i parametri oggettivi cui deve essere ancorata la valutazione e che fanno sì che essa, essendo rimessa all'equo apprezzamento dell'arbitratore, possa essere impugnata *ex art. 1349 c.c.* nei casi di manifesta iniquità od erroneità²⁶⁰.

Con riguardo, infine, ai parametri oggettivi, è necessario che la clausola marciana indichi espressamente i parametri che devono guidare il terzo nell'*aestimatio* e che necessariamente dipendono dalla natura del bene (mobile od immobile), dall'esistenza di un valore ufficiale di mercato e dalla particolare situazione giuridica in cui lo stesso si trova. Ad esempio per i beni immobili potrebbero rilevare la presenza di servitù, di garanzie, di limitazioni nell'utilizzo del bene, così come l'assenza delle necessarie certificazioni urbanistiche²⁶¹.

Tra i criteri oggettivi utilizzabili per la stima del *surplus* parte della dottrina richiama anche l'art. 2798 c.c. che, con riferimento all'escussione del pegno di beni mobili, facoltizza il creditore a chiedere al giudice l'assegnazione della *res* in pagamento sino alla concorrenza del debito, "*secondo la stima da farsi con perizia o secondo il*

dell'equilibrio contrattuale ad opera di un terzo imparziale, quand'anche effettuata al momento della costituzione della garanzia, è di per sé sufficiente a rendere irrilevante la coartazione eventualmente esercitata dal creditore nei riguardi del debitore e, dunque, a mettere fuori gioco il fondamento della presunzione legale sottesa all'art. 2744 c.c. In tal senso è anche M. BREGLIA, *Patto commissorio*, in *Dizionario pratico del diritto privato*, V, a cura di V. Scialoja-Vallardi, Milano, 1937-1939, p. 335.

²⁶⁰ In tal senso v. U. CARNEVALI, *Patto commissorio*, op. cit., p. 505; C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, op. cit., p. 223, che estende la legittimazione all'impugnativa *ex art. 1349 c.c.* anche ai creditori. Il riferimento all'art. 1349 c.c. si legge anche in giurisprudenza. Cfr. App. Trento 18 febbraio 1975, in *Giur. mer.*, 1975, I, p. 424 secondo cui, in caso di nomina unilaterale, "*il terzo ripeterebbe i suoi poteri esclusivamente da una volontà unilaterale [...] con la conseguenza che, trovando qui applicazione i principi relativi alla disciplina propria dell'arbitraggio, male potrebbe prospettarsi [...] l'impugnativa cui, sul piano meramente negoziale, si fatto arbitraggio andrebbe soggetto da entrambe le parti*". L'applicabilità dell'art. 1349 c.c. alla determinazione del terzo è affermata anche da Cass. Civ. 28 gennaio 2015, n. 1625, in www.leggiditalia.it.

²⁶¹ Cfr. M. NATALE, *Lease-back e strutture utili di patto marciano*, op. cit., p. 1610 che rileva come alcuni criteri e requisiti specifici da assumere alla base della stima del valore di mercato dei beni immobili sono dettagliatamente descritti nelle Linee guida per la valutazione degli immobili in garanzia delle esposizioni creditizie, reperibile in www.abi.it, condivise tra gli ordini professionali dei periti, le principali società di valutazione immobiliare e Tecnoborsa.

prezzo corrente se la cosa ha un prezzo di mercato". Si tratta, peraltro, di un parametro che è stato richiamato anche dalla giurisprudenza di legittimità proprio per giustificare la necessità di un controllo dei valori oggetto di scambio per non incorrere nella violazione del divieto del patto commissorio²⁶². Altri hanno osservato che nell'ipotesi in cui il bene abbia un prezzo di mercato facilmente accertabile, ovvero in tutte quelle ipotesi più semplici in cui appare superfluo il ricorso ad un perito, la stima potrebbe essere affidata alla stessa autorità giudiziaria²⁶³

In sostanza, dunque, pare potersi condividere l'opinione di chi, in termini generali, descrive la stima del terzo in termini di vera e propria perizia contrattuale perché consistente in un apprezzamento di carattere puramente tecnico, privo di discrezionalità, che le parti si impegnano ad accettare mediante un'espressa manifestazione di volontà²⁶⁴.

In conclusione, una clausola che espressamente preveda l'obbligo per il creditore di restituire al debitore il *surplus* tra il valore del bene oggetto della garanzia, di cui si trasferisce al primo la proprietà, e l'entità del credito garantito secondo la valutazione operata da un terzo indipendente, al momento dell'inadempimento, sulla base di criteri oggettivi predeterminati al momento della conclusione del contratto, fa salva l'alienazione in garanzia perché equa ed economicamente ragionevole²⁶⁵.

²⁶² Lo ricorda, ancora, M. NATALE, *Lease-back e strutture utili di patto marciano*, op. cit., p. 1611, precisando che il richiamo all'art. 2798 c.c. è stato operato unitamente al riferimento agli artt. 1851, 1982 e 2083 c.c. in tema, rispettivamente, di pegno irregolare, cessione dei beni ai creditori e riscossione del credito dato in pegno.

²⁶³ In tal senso v. F. DEL'ANNA MISURALE, *Commento all'art. 2789 c.c.*, in *Codice Civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di Perlingeri, Napoli, 2010, p. 522.

²⁶⁴ Così M. NATALE, *Lease-back e strutture utili di patto marciano*, op. cit., p. 1610 che richiama, per il profilo qualificativo della perizia contrattuale in termini di arbitrato o arbitraggio, F. FESTI, *la Convenzione di arbitrato irrituale e la perizia contrattuale*, in *Trattato dei contratti*, diretto da V. Roppo, Milano, 2014, p. 1252 ss.

²⁶⁵ C. DE MENECH, *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, op. cit., p. 840, offre un esempio di corretta redazione della clausola marciana nei seguenti termini: "Tizio trasferisce la proprietà del bene x (identificato come segue: ...) a Caio, allo scopo di garantire l'adempimento dell'obbligazione assunta da Tizio nei confronti di Caio in base al contratto di ... stipulato tra loro in data ... Le parti convengono che, in caso di adempimento della predetta obbligazione da parte di Tizio, quest'ultimo riacquisterà nuovamente la titolarità del bene x; e che all'opposto, in caso di inadempimento da parte di Tizio, Caio diverrà definitivamente titolare del bene x a tacitazione delle sue pretese creditorie solo se e nel momento in cui abbia adempiuto l'obbligo di restituire al cedente il supero di valore del bene rispetto al credito garantito. Tale supero dovrà essere accertato: i) da un terzo che verrà nominato tra gli iscritti all'albo dei ... da almeno ... anni / dal signor Sempronio; ii) in una data successiva al giorno di scadenza dell'obbligazione di Tizio e comunque entro ... giorni; iii) facendo riferimento al valore effettivo del bene al momento dell'inadempimento, accertato secondo i seguenti parametri: a)... b)... c)... In ogni caso, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1349 c.c., la determinazione del supero s'intende assegnata all'arbitrium boni viri del terzo". Fatta chiaramente salva la possibilità di inserire ulteriori clausole, non indispensabili ai fini della validità della pattuizione, ma comunque utili a prevenire l'insorgenza di eventuali controversie.

Si può, così, affermare che nel costante dialogo tra formante legislativo e formante giurisprudenziale il patto marciano si riconferma la “sicura panacea” di un sistema codicistico inadeguato di garanzie reali e reso ancor più “ingessato” dal divieto del patto commissorio.

In questa stessa direttrice, del resto, si muove anche il Draft of Common Frame of Reference che nel progetto di codificazione europea dei contratti al libro IX par. 7:05, da un lato accoglie il divieto del patto commissorio (scelta non scontata data la sua inesistenza in gran parte degli ordinamenti europei); dall’altro, esclude dall’area dell’illiceità l’ipotesi in cui le parti abbiano concordato il trasferimento al creditore del bene in garanzia sulla base di un procedimento di stima con l’obbligo di restituzione al debitore del valore eccedente l’ammontare del credito.

Tale tendenza trova oggi ulteriore conferma nella nuova disciplina europea delle garanzie finanziarie ove, come appresso meglio si dirà, sembra potersi finalmente trovare un primo riconoscimento legislativo del patto marciano.

CAPITOLO TERZO

“IL PATTO MARCIANO NELLE NUOVE GARANZIE FINANZIARIE: TRA TIPICITA' ED ATIPICITA'”

SOMMARIO: 1. La crisi del processo esecutivo e la clausola marciiana nella nuova disciplina europea delle garanzie finanziarie: la *Collateral Directive* e il contratto di garanzia finanziaria. 2. Il prestito vitalizio ipotecario. 3. La *Mortgage credit Directive*: l'art. 120-*quinquiesdecies* T.U.B. e la garanzia del credito immobiliare ai consumatori. 4. Il Decreto “salva banche”: il marciano “b2b” di cui all'art. 48-*bis* T.U.B. e il pegno non possessorio.

1. La crisi del processo esecutivo e la clausola marciiana nella nuova disciplina europea delle garanzie finanziarie: la *Collateral Directive* e il contratto di garanzia finanziaria.

Nelle pagine che precedono si è tentato di dare atto della sempre più crescente tendenza dell'autonomia privata a ricorrere a forme ulteriori di autotutela del credito, idonee a supplire all'inadeguatezza dei tradizionali rimedi codicistici²⁶⁶ (che si risolvono nell'esecuzione forzata sui beni del debitore) a fronte delle esigenze di snellezza, efficienza e certezza del diritto imposte dal mercato del credito²⁶⁷.

Negli ultimi anni, nel tentativo di rimuovere la discrasia tra la staticità dei modelli domestici e la dinamicità propria dell'economia, il legislatore comunitario è intervenuto a più riprese con una serie di direttive che interessano il settore delle garanzie e mirano a:

²⁶⁶ In particolare, L. CARCAVALLO, *Garanzie finanziarie e poteri di autotutela del collateral taker*, in *Rass. dir. civ.*, 4, 2015, p. 1143, osserva che “L'insufficiente tutela del credito, conseguentemente alla tradizionale responsabilità patrimoniale, non è un dato nuovo se si considera che sin dalle prime codificazioni sono stati formalizzati molteplici strumenti di autotutela privata, volti in via preventiva al rafforzamento del diritto del creditore indipendentemente dal ricorso alla protezione accordata dallo Stato per il tramite dei suoi organi giurisdizionali”. L'Autrice richiama in tal senso le disposizioni che prevedono la decadenza dal beneficio del termine del debitore divenuto insolvente o che ha diminuito le garanzie date o non ha dato quelle promesse (art. 1186 c.c.); la possibilità di chiedere un supplemento di garanzia (artt. 1184, 1850, 1943 c.c.); oppure di sospendere l'esecuzione della prestazione dovuta quando le condizioni patrimoniali dell'altro contraente siano tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione (art. 1461 c.c.). Sul punto si veda anche L. FERRARA, *Istituzioni di diritto privato*, I, Torino, 1939, p. 244 ss., il quale ricorda, ad esempio, la clausola penale e la vendita con patto di riserva di proprietà; L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, Milano, 1971, p. 19, che ravvisa lo scopo primario dell'autotutela nell'evitare il verificarsi del danno. Si osserva come possa rientrare nella nozione di tutela preventiva del credito anche il ricorso a misure inibitorie che garantiscano l'adempimento in futuro ove sussista il pericolo che l'inadempimento possa ripetersi. Così A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. c.c. Sciaoloja-Branca*, Bologna, 1995, p. 147; R. FADDA, *La tutela preventiva dei diritti di credito*, Napoli, 2012, *passim*.

²⁶⁷ La dottrina già da tempo ha messo in luce l'inadeguatezza delle fattispecie tradizionali rispetto all'evoluzione del mercato e del credito d'impresa: si veda, per tutti, E. GABRIELLI, *Autonomia privata e diritto comune europeo delle garanzie mobiliari*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 643 ss. La tradizionale garanzia generica delineata dall'art. 2740 c.c. e, nel complesso, tutto l'impianto delle disposizioni generali in tema di responsabilità patrimoniale (artt. 2740-2744 c.c.) - essendo preordinate all'esecuzione forzata e quindi al processo - non costituiscono un sistema ottimale di garanzia né per il creditore, che non è disposto ad affrontare i tempi lunghi di un giudizio innanzi a un tribunale, né per il debitore, che con il ricorso alle tradizionali fattispecie di garanzie reali vede parte del suo patrimonio immobilizzato. Cfr., C. MIGLIO, *L'autonomia privata nel rapporto di finanziamento bancario*, in *Giust. civ.*, 2013, p. 473 ss.

garantire la certezza dei traffici giuridici nei rapporti di credito²⁶⁸; rimuovere l'asimmetria tipica del rapporto finanziato-finanziatore²⁶⁹; mitigare il rischio di credito insito nei contratti finanziari; uniformare il regime giuridico dei contratti di garanzia finanziaria allo scopo di scongiurarne la declaratoria di invalidità nei rapporti transfrontalieri a fronte di discipline nazionali incompatibili²⁷⁰.

In questo contesto²⁷¹ si inserisce la direttiva 2002/47/CE sui *Financial Collateral arrangement*, meglio nota come "*Collateral Directive*", che ha contribuito a ridisegnare il regime giuridico delle garanzie mobiliari discostandosi nettamente dalla nostra tradizione giuridica, tanto che, sebbene l'ambito di applicazione²⁷² sia limitato ai soli rapporti tra

²⁶⁸ Cfr. E. GABRIELLI, *Contratti di garanzia finanziaria*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Agg.*, Torino, 2007, pp. 306-307; ID., *Garanzie del credito e mercato: il modello comunitario e l'Antitrust*, in *Giust. civ.*, 2011, p. 167 ss.

²⁶⁹ V. A. SIRONI, *Le proposte del comitato di Basilea per la riforma del sistema di adeguatezza patrimoniale: quali evidenze della ricerca passata e quali implicazioni per la ricerca futura*, in *Banca impr. soc.*, 2010, 2, p. 211; A. LOLLI, *La crisi delle banche ed i possibili rimedi tra patrimonio di vigilanza e regole di trasparenza*, in *Contr. Impr.*, 2013, p. 158; E. PILUTTI, *Le Agenzie di "rating" come strumento di controllo sulla "Global Governance"*, in *Riv. coop. giur. intern.*, 2012, 42, p. 181 ss..

²⁷⁰ In realtà il legislatore comunitario era già intervenuto allo scopo di garantire l'uniformità del regime giuridico delle garanzie mobiliari con la direttiva 98/26/CE (recepita con il D.lg. 12 aprile 2001, n. 210), che concerne la definitività degli ordini immessi in un sistema di pagamento o di regolamento titoli cui partecipano banche e altri intermediari qualificati i quali si accordano per costruire un sistema con "regole comuni" per l'esecuzione degli ordini di pagamento tra i partecipanti. Detta direttiva c.c. *Settlement finality* prevede un *corpus* di regole poi recepite dalla direttiva *Collateral*, come la definizione di "garanzie finanziarie" funzionale alle esigenze di collateralizzazione proprie dei sistemi di pagamento e regolamento titoli; enumera forme diverse di prestazione delle garanzie venendo incontro alla diversità di disciplina degli ordinamenti degli Stati membri. In argomento, cfr. A. SCIARRONE ALIBRANDI, *La direttiva comunitaria n. 98/26 concernente il carattere definitivo del regolamento nei sistemi di pagamento e nei sistemi di regolamento titoli*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, I, p. 373 ss.; F. MOLITERNI, *I sistemi di pagamento dalla direttiva 98/26/CE a Target (sistema transeuropeo automatizzato di trasferimento espresso con regolamento lordo in tempo reale)*, in *Dir. comm. int.*, 2000, p. 703; G. FERRARINI e P. GIUDICI, *Le garanzie su strumenti finanziari nel diritto comunitario: orientamenti e prospettive*, in *Fallimento*, 2002, p. 1002. La direttiva 2009/44/CE ha poi modificato la direttiva 98/26/CE *settlement finality* ed introdotto la nozione di sistemi interoperabili per la cui funzionalità sono necessarie regole uniformi che fissano il momento in cui diventa irrevocabile ed incondizionato il regolamento delle reciproche prestazioni fra le banche partecipanti ai diversi sistemi di pagamento interconnessi. Il regolamento consiste nell'operazione di accreditamento della somma spettante a ciascuna banca partecipante al sistema.

²⁷¹ La direttiva *Collateral* si differenzia rispetto alla precedente direttiva *settlement finality* perché concerne le garanzie finanziarie bilaterali prestate anche al di fuori dei sistemi di pagamento e regolamento titoli. Al riguardo cfr., F. ANNUNZIATA, *Verso una disciplina comune delle garanzie finanziarie*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2003, II, p. 177 ss.; A. GOGGIOLI e G. RIDI, *La legge comunitaria 2002: tutela dei consumatori (art. 6), OICVM (art. 22) e contratti di garanzia finanziaria (art. 31)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2003, p. 504; A. GROSSI, *La Direttiva 2002/47/CE sui contratti di garanzia finanziaria*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, I, p. 249 ss.; F. MACARIO, *I contratti di garanzia finanziaria nella direttiva 2002/47/CE*, in *Contratti*, 2003, p. 85; E.M. MASTROPAOLO, *La nuova normativa europea sui contratti di garanzia finanziaria (direttiva 2002/47/CE del 6 giugno 2002)*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 519 ss..

²⁷² In particolare, osserva C. ABATANGELO, *Alienazioni in garanzia e meccanismo sotteso al patto marciano: riflessioni a seguito della direttiva collateral*, in *Dialogo tra corti e principio di proporzionalità, Atti del I Convegno dei Colloquia dei Ricercatori della Scuola di Giurisprudenza dell'università di Padova*, (a cura di) M. Bianchi e G. Gioia, Milano, 2013, p. 141, nt. 2, che dal punto di vista soggettivo, possono beneficiare della disciplina "le persone diverse dalle persone fisiche, incluse le imprese e le associazioni prive di personalità giuridica, purché la controparte sia un ente definito ai numeri da l) a 4)" (art. 1, comma 1, lett. d), n. 5 del D.Lgs. 170/2004, ossia un ente finanziario o assicurativo e, quindi, una controparte

imprese o associazioni (anche prive della personalità giuridica) ed enti finanziari o assicurativi, all'indomani della sua attuazione la dottrina italiana ne ha sottolineato l'estrema rilevanza nell'ambito del processo di riorganizzazione delle garanzie reali²⁷³.

Ed infatti, la *Collateral Directive* ha introdotto la figura del trasferimento a scopo di garanzia sia nella sua forma diretta, quale accordo in forza del quale le parti convengono a garanzia dell'adempimento l'alienazione di un bene del debitore al c.d. *collateral taker*, ma anche nella forma per così dire processuale di attribuzione al *collateral taker* del potere di esercitare in autotutela il diritto di appropriazione del bene (c.d. *appropriation*) per l'ipotesi di inadempimento dell'obbligazione finanziaria.

Ebbene, il legislatore italiano con il D.Lgs. 21 maggio 2004 n. 170, nel dare attuazione alla *Collateral Directive*, non si è avvalso della facoltà di *opt out*, pure prevista all'art. 4, che esonerava gli Stati membri che non contemplavano la figura dell'*appropriation* dall'obbligo di recepirla in sede attuativa, ma ha scelto di riconoscerla espressamente²⁷⁴.

qualificata. Dal punto di vista oggettivo, invece, l'art. 1, comma, 1, lett. c) del Decreto attuativo individua le attività finanziarie suscettibili di formare oggetto di contratti di garanzia nel “*il contante e gli strumenti finanziari e, con riferimento alle operazioni connesse con le funzioni del sistema delle banche centrali europee e dei sistemi di cui all'articolo 1, comma 1, lettera r), del Decreto legislativo 12 aprile 2001, n. 210, le altre attività accettate a garanzia di tali operazioni*”. L'Autrice ricorda, inoltre, come si sia evidenziato che grazie all'estensione del concetto di attività finanziaria alle altre attività accettate a garanzia delle operazioni del sistema delle banche centrali europee e dei sistemi di regolamento, la nozione di *collateral* è in grado di abbracciare anche beni diversi dagli strumenti finanziari e dal contante, così ricomprendendo pure, ad esempio, i metalli preziosi relativamente al Sistema Europeo delle Banche Centrali, in tal senso F. MURINO, *L'autotutela nell'escussione della garanzia finanziaria pignoratoria*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2010, p. 15 ss.

²⁷³ Si vedano F. MACARIO, *Modificazioni del patrimonio del debitore, poteri di controllo del creditore e autotutela*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, Milano, 2006, IV, p. 204; ID., *I contratti di garanzia finanziaria nella direttiva 2002/47/CE*, in *Contratti*, 1, 2003, p. 768; F. MACARIO, M. LOBUONO, *Le modificazioni del patrimonio del creditore fra scenari normativi e autonomia privata*, in *Riv. dir. priv.*, 3, 2004, p. 513; E. GABRIELLI, *Contratti di garanzia finanziaria, stabilità del mercato e procedure concorsuali*, *ibidem*, 2005, 3, p. 509, per il quale “*gli effetti della nuova disciplina saranno significativi, al punto tale da aprire un nuovo capitolo nella storia degli istituti, così che diviene allora importante che i suoi profili vengano analizzati e ricostruiti, anzitutto sul piano sistematico secondo il metodo proprio del civilista*”; F. ANNUNZIATA, *Verso una disciplina comune delle garanzie finanziarie. Dalla Convenzione dell'Aja alla Collateral Directive (Direttiva 2002/47/CE)*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2003, I, p. 213; G.B. PORTALE, *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 1 ss.; P. CARRIERE, *La nuova normativa sui contratti di garanzia finanziaria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2005, 2, 186, il quale ritiene che “*il sistema italiano sia veramente nei guai. Ciò perché esso perde molta coerenza sistematica*”; ALB. CANDIAN, *Le garanzie finanziarie dopo il D.lgs. 170/2004*, in P. Perlingieri (a cura di), *Temi e problemi della civilistica contemporanea. Venticinque anni della Rassegna di diritto civile*, Napoli 2005, p. 39.

²⁷⁴ In ordine al recepimento della *Collateral Directive* nell'ordinamento italiano, si vedano V. AGNESE, *I contratti di garanzia finanziaria nel diritto civile*, Torino, 2009; F. BAGGIO e G. REBECCA, *Garanzie finanziarie: le novità degli accordi di Basilea 2*, in *Dir. prat. soc.*, 2005, p. 22 ss.; S. BARATII, *Le garanzie finanziarie nell'insolvenza transnazionale*, in *Riv. dir. int. privo proc.*, 2004, p. 841 ss.; F. BONFANTI, *Commento alla normativa sui contratti di garanzia finanziaria prevista dal d.lg. n. 170 del 2004: spunti civilistici*, in *Studium iuris*, 2007, p. 509 e 669 ss.; A. CANDIAN, *Le garanzie finanziarie dopo il D.Lgs. 170/2004*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Temi e problemi della civilistica contemporanea. Venticinque anni della Rassegna di diritto civile*, Atti del Convegno di Telesse Terme, 16-18 dicembre 2004, Napoli,

L'art. 1, lettera d) definisce, infatti, come contratto di garanzia finanziaria: “*il contratto di pegno o il contratto di cessione del credito o di trasferimento della proprietà di attività finanziarie con funzione di garanzia, ivi compreso il contratto di pronti contro termine, e qualsiasi altro contratto di garanzia reale avente ad oggetto attività finanziarie e volto a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie*”.

Si introduce, così, un concetto assai ampio di garanzia, caratterizzato sotto il profilo funzionale dell'operazione economica piuttosto che per la sua struttura formale, circostanza che impone all'interprete di valutare la meritevolezza degli interessi perseguiti in base ad un riscontro in concreto della causa di garanzia dell'operazione economica posta in essere dalle parti²⁷⁵.

Il legislatore comunitario (ma non se ne discosta quello nazionale) ha, infatti, optato per la tecnica della “definizione per categorie” o “del raggruppamento per contratti” ad ulteriore conferma del fatto che, come è stato rilevato, il moderno diritto delle garanzie del credito risponde ad una funzione che opera verso una molteplicità di direzioni e ciò “*al di là della fissità dell'oggetto sul quale il vincolo si concretizza e, perfino, a prescindere dalla sua materiale esistenza; per un altro verso può manifestarsi mediante fattispecie tra loro strutturalmente diverse nel modello legale ma caratterizzata dall'unicità di funzione perseguita in concreto*”²⁷⁶.

Già dalla mera lettura del dato normativo appare evidente come si sia inteso riconoscere maggiore potere all'autonomia privata nella costruzione di nuovi modelli di

2005, p. 39; P. CARRIERE, *La nuova disciplina dei contratti di garanzia finanziaria*, in *Dir. prat. soc.*, 2004, p. 37 ss.; E. GABRIELLI, *Il pegno*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 2005, p. 261; ID., *Contratti di garanzia finanziaria, stabilità del mercato e procedure concorsuali*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 507 ss.; A. V. GUCCIONE, *I contratti di garanzia finanziaria (d.lgs. 21 maggio 2004 n. 170)*, in *Nuove leggi civ.*, 2008, p. 799 ss.; G. LA SORDA, *La nuova disciplina in materia di contratti di garanzia finanziaria*, su www.tidona.com, del 18 ottobre 2004; F. MAZZINI, *Con direttiva e decreto di attuazione ridotte le norme interne sull'insolvenza*, in *Guida dir.*, 2004, 37, p. 47 sS.; G. MOLLE, L. DESIDERIO, *Manuale di diritto bancario e dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 2005, p. 291 ss.; L. PROSPERETTI, *Eccesso e riduzione di garanzia nel pegno rotativo di strumenti finanziari*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2005, p. 376 ss.; G. SARDO, *La disciplina del contratto di garanzia finanziaria: appunti sul D.Lgs. 21 maggio 2004, n. 170*, in *Contratti*, 2005, p. 617 ss.; F. SAR-TORI, *I contratti di garanzia finanziaria nel D.Lgs 21 maggio 2004, n. 170: prime riflessioni*, su www.dirittobancario.it del 18 marzo 2005; G. TARZIA, *Le garanzie atipiche (e l'attuazione della direttiva europea sui contratti di garanzia finanziaria)*, in *Fallimento*, 2005, p. 485 ss. Per gli aspetti economici della disciplina, cfr. A. LANZAVECCHIA e G. TAGLIAVINI, *Garanzie opportune, garanzie controproducenti*, in *Banca impr. soc.*, 2005, p. 445 SS.

²⁷⁵ Così, L. CARCAVALLO, *Garanzie finanziarie e poteri di autotutela del collateral taker*, in *Rass. dir. civ.*, 4, 2015, p. 1146.

²⁷⁶ E. GABRIELLI, *Le garanzie finanziarie. Profili generali*, in *I contratti del mercato finanziario*, II, in *Trattato dei contratti*, diretto da RESCIGNO-GABRIELLI, Milano, 2011. L'Autore, in particolare, osserva che tale direzione multifunzionale trova conferma sia nella stessa nozione legislativa di contratto di garanzia finanziaria, sia nell'art. 6 del decreto di recepimento laddove afferma che i contratti di garanzia finanziaria che prevedono il trasferimento della proprietà con funzione di garanzia hanno effetto “*in conformità ai termini in essi stabiliti, indipendentemente dalla loro qualificazione*”.

garanzia mobiliare. Tuttavia, la portata applicativa della disciplina appare circoscritta sia sotto il profilo soggettivo sia sotto il profilo oggettivo.

Anzitutto, affinché possa parlarsi di contratto di garanzia finanziaria è necessario che le parti del rapporto rientrino in una delle categorie previste dall'art. 1, lett. d). Da una parte, le autorità pubbliche (inclusi gli istituti incaricati della gestione del debito pubblico o che intervengano in essa o che siano stati autorizzati a detenere i conti dei clienti, ivi comprese le imprese assistite da garanzia pubblica), le banche centrali, la Banca Centrale Europea, la Banca dei regolamenti internazionali, le banche multilaterali di sviluppo, il Fondo Monetario Internazionale e la banca europea degli investimenti; gli enti finanziari sottoposti a vigilanza prudenziale incluse le imprese di investimento, gli enti finanziari, le imprese di assicurazione, gli organismi di investimento collettivo in valori mobiliari e le società di gestione; controparti centrali, agenti di regolamento o stanze di compensazione. Dall'altra, soggetti diversi dalle persone fisiche, incluse imprese e assicurazioni prive di personalità giuridica, purché la controparte sia un ente definito alle lettere a) e d)²⁷⁷.

Dunque, la disciplina non trova applicazione nei rapporti c.d. di consumo, ove una delle parti abbia natura di persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività professionale eventualmente svolta. Secondo alcuni, poi, sembrerebbe potersi escludere anche l'imprenditore individuale, dovendosi limitare l'applicazione ai soli imprenditori commerciali che esercitano la propria attività in forma di impresa collettiva²⁷⁸.

Quanto al profilo oggettivo, invece, il contratto deve avere ad oggetto "attività finanziarie" ed ai sensi del medesimo art. 1, lett. c), per tali si intendono "*il contante, gli strumenti finanziari, i crediti [ndr. in denaro derivanti da un contratto con il quale un ente creditizio concede credito sotto forma di prestito]*²⁷⁹ e con riferimento alle operazioni connesse con le funzioni del sistema delle banche centrali europee e dei sistemi di cui

²⁷⁷ La definizione adottata dal decreto di recepimento ricalca perfettamente quella di cui all'art. 1 della Direttiva 2002/47/CE.

²⁷⁸ Così G. COTRONE, *Contratti di garanzia finanziaria, causa di finanziamento e deroga al divieto del patto commissorio*, in *Trattato di diritto dell'economia - I contratti per il finanziamento dell'impresa*, vol. VII, (a cura di DINACCI e PAGLIANTINI), Padova, 2010, p. 315.

²⁷⁹ L'estensione dell'oggetto del contratto di garanzia finanziaria ai crediti si deve alla direttiva 2009/44/CE recepita nell'ordinamento italiano con il D.lgs. n. 48 del 24 marzo 2011 che ne ha trasposto la definizione senza però stabilire quale sia la forma di escussione applicabile a tali *asset*, ossia se quella prevista per i contratti di garanzia finanziaria, oppure quella di cui al regime codicistico ed in particolare agli artt. 2796 e 2797 c.c. ed agli artt. 2803 e 2804 c.c. Si è osservato, tuttavia, che la disciplina delineata dalla *Collateral Directive* consentirebbe al creditore di godere di procedure molto più snelle e semplificate di quelle di diritto comune, giacché sarebbe ammesso a vendere le attività finanziarie del debitore senza necessità di intimare il pagamento e con la facoltà di trattenere le somme sino alla concorrenza del valore dell'obbligazione garantita. In tal senso si veda, L. CARCAVALLO, *Garanzie finanziarie e poteri di autotutela del collateral taker*, op. cit., p. 1155.

all'articolo 1, comma 1, lettera r), del decreto legislativo 12 aprile 2001, n. 210, le altre attività accettate a garanzia di tali operazioni”.

Affinché la disciplina possa trovare applicazione l'art. 2 del decreto attuativo impone, altresì, che il contratto di garanzia finanziaria abbia forma scritta *ad probationem*, ossia che la garanzia finanziaria sia stata effettivamente prestata e che tale prestazione risulti da atto scritto, intendendosi per tale anche la forma elettronica e qualsiasi altro supporto durevole in conformità alla normativa vigente, che dia atto della data di costituzione e della tipologia di attività finanziaria oggetto del contratto. L'art. 3 esclude il rispetto di ulteriori formalità anche qualora previste dalla normativa di riferimento, ivi compreso lo spossessamento (che è invece requisito tipico della disciplina codicistica). La garanzia si intende prestata, infatti, allorché risultino rispettate le condizioni di cui all'art. 1, lett. q), ossia: *“l'avvenuto compimento degli atti, quali la consegna, il trasferimento, la registrazione delle attività finanziarie, in esito ai quali le attività finanziarie stesse risultino nel possesso o sotto il controllo del beneficiario della garanzia o di persona che agisce per conto di quest'ultimo o, nel caso di pegno o di cessione del credito, la consegna per iscritto di un atto al beneficiario della garanzia contenente l'individuazione del credito”.*

Mediante l'adozione di tale schema negoziale, in sostanza, si consente al debitore di scegliere fra due modalità alternative di garanzia del credito: la tradizionale garanzia pignorizia (i c.d. *security financial collateral*), ovvero il trasferimento della proprietà del bene al *collateral taker* in funzione di garanzia dell'adempimento dell'obbligazione finanziaria (i c.d. *title transfer financial collaterals*)²⁸⁰. In entrambi i casi il *collateral taker* gode di strumenti attuativi della propria pretesa creditoria di intensità di gran lunga maggiore rispetto ai tradizionali rimedi codicistici.

Nel caso di *security financial collateral*, quindi di opzione per la garanzia pignorizia, l'istituto dell'*appropriation*, regolato all'art. 4, consente al creditore, verificatosi l'evento che determina l'escussione della garanzia (ossia l'inadempimento o qualsiasi altro evento ad esso analogo *ex lege* o *ex contractu*), di procedere

²⁸⁰ I contratti di garanzia finanziaria sono, quindi, distinti in due tipologie: da un lato i *security financial collaterals*, ovvero le garanzie che non determinano il trasferimento della proprietà dei beni, e i *title transfer financial collaterals*, nei quali viene invece trasferita la proprietà del bene dato in garanzia. Nella prima ipotesi, l'alienazione o l'appropriazione delle attività avviene in forza dei poteri dispositivi su un bene di proprietà altrui, mentre nella seconda avviene *ex iure proprietatis*. Sul punto, si veda A. CANDIAN, *Le garanzie finanziarie*, cit., p. 37. La costituzione di una garanzia reale mediante attribuzione al creditore del potere di disposizione ha, pertanto, la funzione di creare l'immediata liquidità del *collateral* in favore del beneficiario. In proposito, cfr. G. FERRARINI e P. GIUDICI, *Le garanzie su strumenti finanziari*, op. cit., p. 1004; E. GABRIELLI, *Le garanzie finanziarie*, op. cit., p. 1739; ID., *Contratti di garanzia finanziaria, stabilità del mercato*, op. cit., p. 959 ss.

alternativamente: alla vendita delle attività finanziarie oggetto del pegno, trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del proprio credito, fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita; oppure, se diverse dal contante, alla loro appropriazione fino alla concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita, a condizione che tale facoltà sia prevista nel contratto di garanzia finanziaria e che lo stesso ne preveda i criteri di valutazione; all'utilizzo del contante oggetto della garanzia per estinguere l'obbligazione finanziaria garantita.

Non è previsto alcun obbligo per il creditore di preventiva intimazione del debitore, né è riconosciuto a quest'ultimo il diritto di proporre opposizione, così come è espressamente previsto che l'*appropriation* sia opponibile anche nel caso in cui il debitore sia sottoposto ad una procedura di risanamento o di liquidazione. Gli unici presìdi posti a tutela della liceità dell'operazione consistono, infatti, nell'obbligo per il creditore di trattenere una somma od appropriarsi di un valore corrispondente all'entità del proprio credito e di orientare il calcolo dei valori secondo criteri di ragionevolezza commerciale²⁸¹.

Tra le disposizioni degne di rilievo, per i fini che qui interessano, vi è senza dubbio l'art. 5 che attribuisce al *collateral taker* il c.d. *right to use*, ossia il diritto di disporre, anche mediante alienazione, delle attività finanziarie oppignorate, sempreché il diritto sia stato espressamente previsto in contratto e venga esercitato secondo le modalità *ivi* previste. L'esercizio di tale facoltà comporta per il creditore il solo obbligo di ricostituzione di una garanzia equivalente a quella originaria entro la data di scadenza dell'obbligazione garantita, che si considera effettuata alla data di prestazione della garanzia originaria e non quale nuova garanzia. Il *right to use* appare evidentemente difforme dalla disciplina del pegno di cui agli artt. 2784 e ss. c.c. se solo si considera che

²⁸¹ In particolare, C. ABATANGELO, *Alienazioni in garanzia e meccanismo sotteso al patto marciano: riflessioni a seguito della direttiva collateral*, op. cit., p. 162, ricorda come la *Collateral Directive* preveda all'art. 4, par. 4, l'obbligo per gli Stati membri di non subordinare l'escussione della garanzia non solo all'intervento del tribunale o di un pubblico ufficiale, ma anche alla preventiva comunicazione dell'intenzione di voler procedere al realizzo. L'Autrice sotto quest'ultimo profilo richiama la rilevanza di quella che sinora è l'unica decisione in tema di disciplina europea delle garanzie finanziarie, ossia la decisione della *Court of Appeal of the British Virgin Islands* del 22 aprile 2008 sul caso *Cukurova Financial International Ltd and another versus Alfa Telecom Turkey Ltd*. In tale pronuncia si è affermato che vi sono ipotesi nelle quali la comunicazione preventiva dell'intenzione di procedere all'escussione della garanzia appare necessaria alla luce della correttezza commerciale, come ad esempio nei casi in cui la garanzia gravi su di un pacchetto azionario di controllo e dalle clausole contrattuali del contratto di garanzia si desuma la volontà delle parti di mantenere il controllo della società in capo al debitore nonostante la costituzione della garanzia (le parti hanno, ad esempio, convenuto che il diritto di voto spetti al debitore, che gli strumenti finanziari non possano essere sostituiti, etc.). In casi come questo, è il generale criterio della buona fede ad imporre al creditore di avvertire il debitore dell'imminente escussione, per consentire il pagamento del debito e, conseguentemente, per evitare la vendita del pacchetto azionario sottoposto a garanzia e, con essa, la perdita del controllo societario.

questa è caratterizzata dall'imposizione di un vincolo di indisponibilità assoluta del bene oppignorato su cui gravano specifici obblighi di custodia quand'anche affidata allo stesso creditore²⁸².

Sembrerebbe, quindi, che la disciplina dei contratti di garanzia finanziaria si ponga in contrasto con taluni principi cardine della nostra tradizione giuridica tra cui, in particolare, quello della tipicità dei diritti reali di garanzia, strettamente connessa alla inderogabilità della *par condicio creditorum*²⁸³.

In tal senso appare particolarmente rilevante la disposizione di cui all'art. 6 del decreto attuativo, ovvero, con riguardo ai c.d. *title transfer financial collateral*, il trasferimento della proprietà del bene al *collateral taker* in funzione di garanzia dell'adempimento dell'obbligazione finanziaria che viene giustificata sul rilievo che “*Ai contratti di garanzia finanziaria che prevedono il trasferimento della proprietà con funzione di garanzia, compresi i contratti di pronti contro termine, non si applica l'articolo 2744 del codice civile*”.

Dunque, l'ammissibilità di tale forma di garanzia reale atipica discenderebbe dall'espressa esclusione di tali fattispecie contrattuali dall'ambito di operatività del divieto del patto commissorio, deroga che, a sua volta, troverebbe giustificazione nella previsione di una serie di peculiari modalità di vendita, appropriazione ed utilizzo delle attività finanziarie che impongono al creditore di soddisfarsi solo “*fino alla concorrenza del valore dell'obbligazione garantita*” (art. 4, comma 1, lett. b) ed a patto che le condizioni di realizzo ed i criteri di valutazione dell'attività finanziaria appaiano conformi al principio della “*ragionevolezza commerciale*” (art. 8), che si ritiene presunta nel caso in cui le clausole contrattuali concernenti le condizioni di realizzo ed i criteri di valutazione risultino conformi agli schemi contrattuali individuati dalla Banca d'Italia, d'intesa con la CONSOB, in relazione alle clausole di garanzia elaborate nell'ambito della prassi internazionale²⁸⁴.

²⁸² Il *right to use*, comportando in sostanza un'assimilazione della struttura del pegno a quella propria delle tecniche di garanzia che comportano il pieno trasferimento del diritto di proprietà, rappresenta uno strumento in grado di far aumentare l'efficienza stessa dell'istituto pignoratizio. In tal senso v. A. GROSSI, *op. cit.*, che proprio sul rilievo che l'adempimento dell'obbligo di ricostituzione della garanzia conseguente all'esercizio del right of use, escluse in ogni caso la costituzione di una nuova garanzia, sottolinea come il decreto attuativo della *Collateral Directive* sia un'ulteriore conferma della validità nel nostro ordinamento della garanzia rotativa.

²⁸³ In tal senso cfr. G. COTRONE, *Contratti di garanzia finanziaria, causa di finanziamento e deroga al divieto del patto commissorio*, *op. cit.*, p. 313. L'Autore osserva che il sistema delle garanzie reali era già da tempo in crisi per l'elaborazione delle alienazioni a scopo di garanzia: “*In tali fattispecie contrattuali la garanzia si attuerebbe, non attraverso la concessione dello ius prelationis al creditore tutelato, bensì attraverso il trasferimento a titolo provvisorio del pieno diritto di proprietà*”.

²⁸⁴ La conformità delle clausole del contratto di garanzia finanziaria agli schemi elaborati dalla Banca d'Italia implica una presunzione di ragionevolezza *iuris tantum*, che opera soltanto dal punto di vista

Si tratta, quindi, di uno meccanismo di controllo del potere di autotutela esecutiva del creditore improntato sul modello del patto marciano poiché la previsione dell'obbligo di restituzione al debitore dell'eccedenza di valore rispetto all'ammontare del credito garantito, unito alla predeterminazione di criteri che assicurino la ragionevolezza economica dell'operazione, assicura quel correttivo di liceità che esclude la violazione dell'art. 2744 c.c.²⁸⁵

In tale prospettiva, la nuova disciplina dei contratti di garanzia finanziaria è stata salutata con favore dalla dottrina, che da questo complesso di norme ha tratto la dimostrazione di come siano praticabili, *de iure condendo*, soluzioni idonee a conciliare le esigenze di mercato con le ragioni di tutela della libertà contrattuale del debitore²⁸⁶. Più in particolare, si è osservato che la *Collateral Directive* riflette una rivincita della *lex mercatoria* sulle codificazioni di matrice napoleonica in ordine ai rapporti tra l'autonomia privata e le forme di autotutela del creditore, poiché ne amplia gli spazi di operatività sia in senso unilaterale (vendita ed utilizzo della *res pignorat* nei *security financial collateral*), sia in senso consensuale (appropriation nei *title transfer financial collaterals*) in prevalente funzione soddisfattoria²⁸⁷.

processuale determinando un'inversione dell'onere della prova dal creditore al debitore. Pertanto, in base ai principi probatori nel settore della responsabilità da inadempimento, il debitore può normalmente limitarsi a dedurre l'inadempimento all'obbligo di protezione; nel caso di presunzione *iuris tantum* di ragionevolezza, invece, il debitore dovrà altresì provare la violazione del canone ad opera del creditore. In proposito, cfr. A.v. GUCCIONE, *I contratti di garanzia finanziaria*, cit., p. 172; E. GABRIELLI, *Le garanzie finanziarie*, cit., p. 1730 ss.; R. MARINO, *Recepimento della direttiva 2002/47/CE*, cit., p. 1190.

²⁸⁵ N. CIPRIANI, *La nuova disciplina delle garanzie finanziarie e il sistema italiano delle garanzie reali*, in AA.VV., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, in Atti del 10 Convegno Nazionale S.I.SDi.C., Capri 7-9 aprile 2005, Napoli, 2006, p. 805.

²⁸⁶ In tal senso, L. CARCAVALLO, *Garanzie finanziarie e poteri di autotutela del collateral taker*, op. cit., p. 1151 che richiama G. ALPA, *Il diritto commerciale tra lex mercatoria e modelli di armonizzazione*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 86 ss.; N. VARDI, *Verso una lex mercatoria finanziaria?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 473; P. PERLINGIERI, *Diritto dei contratti e dei mercati*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 877 ss.

²⁸⁷ Fino al recepimento della direttiva *Collateral* il nostro ordinamento considerava del tutto eccezionali le misure di autotutela alla luce del disposto dell'art. 2907 c.c. che affida all'autorità giudiziaria ordinaria la tutela giurisdizionale dei diritti, unitamente agli artt. 101 e 102 Cost. che sanzionano penalmente la c.d. «ragion fattasi» (art. 392 e 293 c.p.). Sul punto, cfr. F.D. BUSNELLI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Comm. c.c. Utet*, VI, 4, Torino, 1964, *sub art. 2907 c.c., passim*; C.M. BIANCA, *Autotutela*, in *Enc. dir.*, Agg., IV, Milano, 2000, p. 131. In particolare, si ricorda che la dottrina fa rientrare nel concetto di autotutela unilaterale sia l'eccezione d'inadempimento sia il diritto di ritenzione. Gli elementi costitutivi dell'eccezione d'inadempimento sono: la presenza di una posizione giuridicamente rilevante, di un fatto lesivo che influisce su tale posizione, di una situazione soggettiva attiva in conseguenza di quel fatto tale da permettere all'interessato di sortire, con il proprio comportamento, un determinato effetto nella sfera giuridica del soggetto che ha provocato la lesione. Il diritto di ritenzione è una forma di autotutela in grado di indurre il debitore ad adempiere al fine di rientrare nella disponibilità della cosa; non attribuisce alcun potere sul bene, di cui il creditore non acquista la proprietà né la disponibilità né l'uso; il rifiuto del *retentor* alla restituzione deve trovare giustificazione nell'inadempimento del debitore; viene conseguentemente meno tutte le volte in cui abbia luogo l'estinzione del diritto di pegno. Sul punto, E. BASSOLI, *Il diritto di ritenzione*, in R. CLARIZIA (a cura di), *Garanzie reali e personali. Costituzione, tutele sostanziali e strategie processuali*, Torino, 2011, pp. 678-679; A. DE SANCTIS RICCIARDONE, *L'autotutela civile*, Napoli, 2011, p. 31 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VII, *Le garanzie reali. La prescrizione*, Milano,

Si potrebbe obiettare che, a ben vedere, i presìdi che la *Collateral Directive* appresta per la tutela dell'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni si discostano dallo schema vero e proprio del patto marciano, ove la determinazione del *surplus* oggetto dell'obbligo restitutorio in favore del debitore è affidata ad un terzo e non, come accade nel caso dell'*appropriation*, allo stesso creditore che potrebbe influenzare la valutazione al ribasso e, quindi, in danno del debitore.

Al riguardo si è, però, osservato che ad escludere il rischio di valutazioni discrezionali del *collateral taker* soccorre lo stesso criterio della ragionevolezza commerciale che, nella fase dell'attuazione della garanzia, consiste in un vero e proprio obbligo comportamentale posto a presidio dell'interesse non soltanto del debitore, ma anche degli altri creditori, alla conservazione dell'integrità del suo patrimonio²⁸⁸. Del resto, per le ipotesi in cui le parti non abbiano predeterminato i criteri di valutazione delle attività finanziarie, ovvero questi non risultino conformi alle prescrizioni dell'autorità ed il *collateral taker* abbia svenduto o sottovalutato il valore delle attività finanziarie oggetto della garanzia, la direttiva, al 16° considerando, facoltizza il debitore all'esercizio dell'azione di contestazione della violazione della ragionevolezza commerciale, che è esclusa solo qualora il creditore abbia esercitato il *right of use* nella forma della alienazione con obbligo di ricostituzione della garanzia che può essere, se del caso, compensato con il diritto del debitore di ricevere quanto dovuto dal *collateral taker* secondo il meccanismo della clausola "*close out netting*"²⁸⁹.

Va segnalato, tuttavia, che la direttiva non ha espressamente previsto le sanzioni applicabili in caso di violazione delle sue disposizioni, sicché la scelta della soluzione rimediabile deve essere operata sulla base dei meccanismi di diritto interno, dando rilievo agli interessi in concreto perseguiti dalle parti in un'ottica di equo bilanciamento. Si è, così, osservato che potrebbe apparire adeguato il rimedio risarcitorio per responsabilità contrattuale conseguente alla violazione di un obbligo di protezione (qui consistente nell'obbligo del *collateral taker* di realizzare la garanzia evitando un danno al patrimonio

2012, p. 254.

²⁸⁸ Così ancora L. CARCAVALLO, *Garanzie finanziarie e poteri di autotutela del collateral taker*, op. cit., p. 1158 che ricorda come di tale tendenza del diritto europeo si trovi conferma anche nel *Draft Common Frame of Reference* riguardo all'escussione della garanzia reale su beni mobili (*Book IX: Proprietary security rights in movable assets*) la quale impone al creditore beneficiario l'obbligo di escutere la garanzia in modo che risulti ragionevole dal punto di vista commerciale e che, per quanto possibile, sia concordato con il datore della garanzia (*Book IX -7:103*).

²⁸⁹ Secondo la clausola di *close out netting* al verificarsi di uno degli eventi contrattualmente ritenuti idonei a determinare l'escussione delle garanzie, i rapporti tra le parti si scioglieranno e saranno estinti tramite compensazione fino a concorrenza, ferma l'obbligazione per il saldo a carico della parte che risulterà essere debitrice.

del debitore nel rispetto del criterio di ragionevolezza delle condizioni di realizzo) che consente di perseguire lo scopo di tutela del debitore anche senza il necessario ricorso alla sanzione estrema della nullità²⁹⁰.

2. Il prestito vitalizio ipotecario.

La disciplina del prestito vitalizio ipotecario, ispirata principalmente dall'esperienza dei paesi di *common law*²⁹¹, risulta dall'art. 11-*quaterdecies*, comma 12-*quater*, del D.L. n. 203/2005, introdotto dalla L. 2 aprile 2015, n. 44²⁹², ed inaugura l'era

²⁹⁰ Sul punto cfr. G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, 2^a ed., Napoli, 2011, p. 7 ss; ID., *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità*, Napoli, 2013, p. 124, che osserva che la scelta del rimedio più adeguato non è più rimessa al solo legislatore ma sempre più anche all'interprete il quale non dovrà valutare liberamente ma ricondurre la singola disposizione al sistema, in modo da individuare, tra più interpretazioni e soluzioni possibili, quella più conforme ai principi ed ai valori che l'ordinamento giuridico vigente intende preservare.

²⁹¹ Il riferimento è anzitutto ai paesi anglosassoni ove ancora oggi l'istituto trova maggiore diffusione. In Inghilterra l'equivalente del prestito vitalizio ipotecario è il *lifetime mortgage*, ossia un finanziamento garantito da ipoteca su un bene immobile di proprietà del mutuatario che ha il diritto di convertirne parte del valore in contanti per soddisfare le proprie esigenze di liquidità (personali o di consumo), senza dover per questo rinunciare alla proprietà e senza alcun obbligo di rimborso rateale del prestito. Infatti, capitale ed interessi vengono capitalizzati periodicamente, ma pagati alla fine del contratto che coincide con la morte del mutuatario. Negli Stati Uniti l'istituto è noto come *reverse mortgage* ("mutuo al contrario") e si può strutturare secondo due diverse forme: gli *home equity conversion mortgage* (HECM) che sono regolamentati da un programma federale e vengono richiesti dai proprietari di immobili medio-piccoli di modico valore e i *jumbo reverse mortgage* che, invece, sono destinati ai proprietari di immobili di pregio e per i quali sono previste limitazioni agli importi finanziati. In ambito europeo si segnala il *prêt viager hypothécaire* introdotto in Francia nel 2006 e l'*hipoteca inversa* spagnola. Per una più compiuta disamina delle forme di prestito vitalizio ipotecario nel panorama finanziario europeo ed internazionale si veda F. CHESSA; *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *Immobili & Proprietà*, 2006, 5, p. 305 ss.; G. GIGLIOTTI, *Il prestito vitalizio ipotecario: un reverse mortgage all'italiana?*, in *Corr. Merito*, 2011, 7, p. 677; P. BUZZONETTI-C. PACELLA, *Il prestito vitalizio*, Milano, 2010.

²⁹² In realtà, l'istituto era già stato codificato dall'art. 11-*quaterdecies*, comma 12, del D.L. 30 settembre 2005, n. 203, convertito con modificazioni dalla L. 2 dicembre 2005, n. 248 (legge finanziaria 2006). Tuttavia, tale disposizione non dettava una vera e propria disciplina, ma si limitava per lo più a descrivere la figura, consistente in un finanziamento a medio e lungo termine con capitalizzazione annuale degli interessi e spese e rimborso integrale in un'unica soluzione, rilasciato da banche, istituti di credito ed intermediari finanziari regolamentati dal D.Lgs. n. 385 del 1993 in favore di persone fisiche di età superiore a sessantacinque anni compiuti e garantito da ipoteca di primo grado su beni immobili residenziali. In particolare, tale forma di finanziamento consentiva al finanziato di convertire parte del valore dell'immobile in contanti allo scopo di soddisfare la propria esigenza di liquidità, senza che lo stesso fosse costretto a lasciare l'abitazione data in ipoteca ovvero a ripagare il capitale e gli interessi fino alla scadenza del contratto. La L. 2 aprile 2015, n. 44 è intervenuta proprio per supplire a tale carenza di disciplina, introducendo all'art. 11-*quaterdecies* i commi dal 12-*bis* al 12-*sexies*, rivitalizzando l'istituto anche attraverso talune agevolazioni fiscali.

In senso critico sulla disciplina del 2005, D. CERINI, *Il prestito vitalizio ipotecario: legal transplant in cerca di definizione*, in *Dir. economia assicur.*, II, 2006, p. 503, che afferma "La novella legislativa italiana, dunque, pur mirando ad introdurre il reverse mortgage, ne descrive il funzionamento in modo incompleto, il che sorprende se si pensa che già prima dell'approvazione della Finanziaria 2005 non vi era certamente un'impossibilità assoluta di utilizzare tale strumento in Italia e che la sua diffusione avrebbe richiesto, più che un avallo legislativo, un alleggerimento degli fardelli normativi esistenti. Se da un lato la descrizione dell'art. 11-*quaterdecies* impinge nell'ovvio (precisando, ad esempio, che il finanziamento è rimborsabile a medio o lungo termine), dall'altro lato essa non contempla aspetti fondamentali dell'operazione: non chiarisce, ad esempio, che il termine di restituzione dovrà coincidere (volendo proteggere l'anziano debitore) con la sua morte; non si disciplinano, coordinandole con la materia dell'esecuzione, le modalità soddisfattive per il creditore, che potrebbero risultare alquanto onerose; non si

delle soluzioni marciane a garanzia del credito immobiliare che saranno poi meglio specificate e “tipizzate” negli artt. 120-*quinquiesdecies* e 48-*bis* T.U.B.²⁹³.

Lo scenario di fondo può ritenersi il medesimo che ha animato le novità legislative in materia di garanzia mobiliare: la crisi economica se, da un lato, rende più crescente il bisogno di liquidità e, quindi, di forme più accessibili di accesso al credito, dall’altro impone di assicurare strumenti di più rapida soddisfazione della pretesa creditoria che consentano, al tempo stesso, di ridurre i costi del finanziamento; esigenze che rivelano entrambe la totale inadeguatezza degli ordinari strumenti codicistici.

Nel settore immobiliare dette necessità si avvertono con maggiore tensione sia perché si tratta di un settore nevralgico dell’economia sia perché la natura del bene richiede forme di garanzia più incisive, così come, parallelamente, aumentano le esigenze di tutela del debitore soprattutto se, come nel caso qui in esame, si tratta delle fasce più anziane della popolazione.

Non è un caso, del resto, se è stato osservato che il settore delle garanzie immobiliari è quello che meglio riflette lo sforzo del civilista di “*conservare ... la razionalità e l’organicità del sistema, nella salvaguardia dei suoi valori fondamentali, pur di fronte al continuo modificarsi delle norme provocato dalle sempre nuove esigenze della società che muta*”²⁹⁴.

L’ambito di applicazione è così individuato: “*Il prestito vitalizio ipotecario ha per oggetto la concessione da parte di banche nonché di intermediari finanziari*²⁹⁵ ... *di finanziamenti a medio e lungo termine, con capitalizzazione annuale di interessi e di*

incide sull’allocazione del rischio di c.d. cross-over, vale a dire il rischio di sovraesposizione tale per cui il debito accumulato al momento della morte superi il valore dell’immobile (a meno di non voler assegnare alla locuzione “rimborso integrale” un significato che probabilmente esula dagli intendimenti del legislatore)). Tra i primi commentatori della disciplina introdotta nel 2015 v. C. LOMONACO- A, MUSTO- M. LEO, *Segnalazioni Novità normative, La riforma del prestito vitalizio ipotecario, Note a prima lettura*, in *Notizie del Consiglio Nazionale del Notariato*, 23 aprile 2015.

²⁹³ Con riferimento a tali fattispecie parlano di patti marciati tipizzati come esempi rappresentativi di contratti della crisi economica: G. ALPA, *Appunti sulla legislazione volta a governare la crisi economica*, in *Riv. it. scienze giur. (nuova serie)*, n. 5, 2014, p. 73 ss. e p. 83 ss.; G. D’Amico, *Introduzione*, in *Contratti*, 2015, 11, p. 1029 che vi accenna con specifico riferimento al *rent to buy*. In particolare, G.O. MANNELLA – C. PLATANIA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *Quaderni del notariato*, Milano, 2015, rilevano come nel vigore della prima disciplina del 2005 in Italia, e più in generale in Europa, si è assistito ad una espansione del mercato immobiliare e dei mutui ipotecari, sicché la principale esigenza era quella di stimolare i consumi degli ultrasessantacinquenni, attraverso la monetizzazione del maturato incremento di valore della propria abitazione. La situazione è, invece, radicalmente mutata nell’ultimo decennio, a seguito della gravissima crisi finanziaria che ha investito il nostro Paese, sicché il rilancio del prestito vitalizio ipotecario si caratterizza per nuovi compiti, legati principalmente alla carenza di liquidità.

²⁹⁴ L’espressione è di F. MACARIO, *Circolazione e cessione dei diritti in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 361 e ss.

²⁹⁵ Di cui all’articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni (T.U.B.)

spese, riservati a persone fisiche con età superiore a sessanta anni compiuti ... garantiti da ipoteca di primo grado²⁹⁶ su immobili residenziali” (commi 12 e 12-quater).

Dalla definizione legislativa non emerge la finalità meramente consumeristica dell’operazione di finanziamento, come invece previsto nella disciplina francese del *prêt viager hypothécaire*²⁹⁷, sicché alcuni ritengono che il mero riferimento alla persona fisica non valga ad escludere l’accesso allo strumento negoziale anche al richiedente o ai suoi aventi causa che svolgono attività di impresa in forma individuale o di microimprese; sicché non potrebbero avervi accesso le sole persone giuridiche anche in considerazione del fatto, oltre alla lettera *legis*, che il rimborso del prestito è ancorato alla morte del finanziatore²⁹⁸.

Il rimborso del finanziamento può essere chiesto in un’unica soluzione alla morte del finanziato; ovvero quando 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 (comma 12). In ciò risiede il carattere *reverse* del finanziamento e la sua principale differenza rispetto al mutuo ordinario: non è previsto alcun rimborso durante la vita del finanziamento.

È fatta salva la possibilità per il debitore di concordare, al momento della stipulazione del contratto, modalità di rimborso graduale della quota di interessi e spese

²⁹⁶ Particolarmente discussa è stata la possibilità che il finanziamento venga garantito da un terzo datore di ipoteca fino all’emanazione del D.M. n. 226/2015 che al comma 1, lett. c), include tra le cause di rimborso integrale e immediato del prestito l’ipotesi in cui siano imputabili a terzi datori di ipoteca atti compiuti con dolo o colpa che abbiano significativamente ridotto il valore del bene. Il decreto ministeriale specifica ulteriormente che per terzi datori di ipoteca si intendono esclusivamente i componenti della famiglia nucleare del finanziato e, nello specifico, *“i figli, il coniuge o convivente more uxorio e il personale regolarmente contrattualizzato che convive con il soggetto finanziato per prestare a lui o alla sua famiglia i suoi serviti”*.

²⁹⁷ Ai sensi dell’art. L. 314-2 del codice di consumo francese *“A peine de nullité, le prêt viager hypothécaire ne peut être destiné à financer les besoins d’une activité professionnelle”*. Osserva in particolare A. IULIANI, *Il prestito vitalizio ipotecario nel nuovo sistema delle garanzie reali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 4, 2016, p. 725, che la scelta operata dal legislatore francese è maggiormente rispettosa della ratio dell’istituto in quanto l’età avanza e le motivazioni dei richiedenti il prestito *“conferiscono alla causa una spiccata coloritura in senso consumeristico”*.

²⁹⁸ Così T. RUMI, *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni “marciiane” a garanzia del credito immobiliare*, in *I nuovi marciiani*, G. D’AMICO – S. PAGLIANTINI – F. PIRAINO – T. RUMI, Torino, 2017, p. 122. In particolare, secondo l’Autrice la possibilità di estendere l’applicabilità della disciplina all’imprenditore individuale ed alle microimprese troverebbe conferma nell’espresso richiamo all’art. 39, comma 4, T.U.B. a mente del quale *“Le ipoteche a garanzia dei finanziamenti non sono assoggettate a revocatoria fallimentare quando siano state iscritte dieci giorni prima della pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento. L’art. 67 della legge fallimentare non si applica ai pagamenti effettuati dal debitore a fronte di crediti fondiari”*.

prima della verifica dei suddetti eventi. In tal caso non trova applicazione la capitalizzazione annuale degli interessi²⁹⁹ (comma 12-bis).

Dunque, quanto al profilo strutturale, il prestito vitalizio ipotecario può essere definito come un finanziamento a medio e lungo termine ed essenzialmente oneroso. Alcuni ne hanno anche sostenuto la natura aleatoria sul rilievo che subordinando il rimborso del prestito all'evento futuro ed incerto della morte del finanziato, si renderebbe estremamente difficoltosa per le parti la predeterminazione degli oneri e dei vantaggi reciproci³⁰⁰. Si è, però, efficacemente obiettato che l'art. 2 del D.M. n. 226 del 2015 prevedendo l'obbligo di allegare al contratto due prospetti contenenti la simulazione del piano di ammortamento anno per anno, l'uno, che tenga conto del tasso d'interesse vigente al momento della stipula e, l'altro, che ne ipotizza e ne simula un aumento, scongiurerebbe il rischio di aleatorietà dell'operazione finanziaria³⁰¹.

La disposizione più significativa attiene all'inadempimento del mutuatario ed è contenuta nel comma 12-quater: “...*Qualora il finanziamento non sia integralmente*

²⁹⁹ Tale disposizione consente al finanziato di evitare il c.d. fenomeno dell'anatocismo, la cui validità è stata da sempre molto discussa nel nostro ordinamento, proprio perché comporta un aumento graduale, di anno in anno, della quota di interessi e comporta una deroga alle disposizioni di cui all'art. 1283 c.c. con l'evidente effetto di aggravare la posizione del debitore. Tuttavia le banche vi hanno sempre fatto costante ricorso, confortate dall'avallo degli ordinamenti giurisprudenziali nonché dal D.Lgs. n. 342 del 1999 che, introducendo un nuovo comma all'art. 120 del D.Lgs. 385 del 1993 (T.U.B.) ha previsto la possibilità di stabilire, tramite un'apposita delibera del CICR (Comitato interministeriale per il Credito e Risparmio), le modalità ed i criteri di produzione degli interessi sugli interessi, maturati nell'esercizio dell'attività bancaria, purché fosse rispettata la medesima periodicità nel conteggio sia dei saldi passivi che di quelli attivi. Quest'assetto è poi mutato con la nota sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 21095 del 2004 che ha affermato l'illegittimità, anche per il passato, degli addebiti bancari per anatocismo rilevando che le clausole di capitalizzazione trimestrale degli interessi debitori precedenti al 1999 non sono mai state rispondenti ad un uso normativo ma negoziale, quindi in contrasto con il principio dell'art. 1283 c.c. L'uso normativo consiste, infatti, nella “ripetizione generale, uniforme, costante e pubblica di un determinato comportamento, accompagnato dalla convinzione che si tratta di comportamento giuridicamente obbligatorio, in quanto conforme ad una norma che già esiste o che si ritiene debba far parte dell'ordinamento giuridico”. E le clausole anatocistiche sono state accettate non perché gli utenti fossero convinti della loro rispondenza a principi dell'ordinamento giuridico, ma piuttosto perché costretti ad accettarle per poter accedere ai servizi bancari. Detto orientamento è stato, poi, ribadito ed ulteriormente declinato dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 9127/2015. Tuttavia, in tempi più recenti il dibattito sull'anatocismo è ritornato in auge tra gli interpreti a seguito di una nuova modifica del testo dell'art. 120 del D.Lgs. 385 del 1993 (T.U.B.) introdotta con il D.L. 14 febbraio 2016 n.18, che sembra averlo reintrodotta. Con la nuova formulazione della norma, in sostanza, si consente che il correntista possa autorizzare preventivamente (quindi prima della scadenza e non *ex post* come previsto dall'art. 1283 c.c.) l'addebito diretto degli interessi solutori sul conto corrente al momento in cui questi divengono esigibili, trasformando detti interessi in sorte capitale, produttiva, a sua volta di ulteriori interessi. Tale possibilità sembrerebbe celare, dunque, una sorta di “imposizione” atteso che l'obbligo di liquidazione degli interessi passivi solutori entro 60 giorni se non rispettato dal correntista si tramuta sostanzialmente in una legittimazione ed automatizzazione dell'anatocismo annuale e poco vale nella realtà delle cose l'aver previsto che “l'autorizzazione è revocabile in ogni momento, purché prima che l'addebito abbia avuto luogo”.

³⁰⁰ In questi termini v. G.O. MANNELLA – G.C. PLATANIA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, Milano, 2015 p. 71 ss.

³⁰¹ T. RUMI, *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni “marciiane” a garanzia del credito immobiliare*, in *I nuovi marciiani*, op. cit., p. 124.

rimborsato entro dodici mesi dal verificarsi degli eventi di cui al citato comma 12, [id est: morte del finanziato, trasferimento della proprietà o altro diritto reale o di godimento sull'immobile dato in garanzia o compimento di atti che ne riducano significativamente il valore] 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”.

Trascorsi ulteriori 12 mesi senza che sia stata perfezionata la vendita, la norma prevede due diverse possibilità: il valore risultante dalla perizia del terzo viene decurtato del 15% per ogni 12 mesi successivi fino al perfezionamento della vendita medesima; in alternativa, l'erede può provvedere alla vendita dell'immobile, in accordo con il finanziatore, purché la compravendita si perfezioni entro i 12 mesi dal conferimento dello stesso.

In ogni caso, si prevede che le somme eventualmente eccedenti, ossia ricavate dalla vendita e non portate a deconto ed estinzione del credito, debbano essere restituite al soggetto finanziato od ai suoi aventi causa e che l'importo del debito residuo non può superare il ricavato della vendita dell'immobile, al netto delle spese sostenute. Si evita, così, che gli eredi sopportino il c.d. rischio di *cross border*, cioè di debito che supera il valore del bene³⁰².

La novella del 2015 completa la nuova fisionomia del prestito vitalizio ipotecario prevedendo, oltre a specifiche agevolazioni fiscali³⁰³, che nei confronti dell'acquirente dell'immobile non hanno effetto le domande giudiziali di cui all'articolo 2652, 1 co., numeri 7) e 8), c.c. [ossia le domande con le quali si contesta il fondamento di un acquisto a causa di morte e le domande di riduzione delle donazioni e delle disposizioni testamentarie per riduzione delle quote di legittima] trascritte successivamente alla trascrizione dell'atto di acquisto.

Assicurando protezione al terzo acquirente da ogni contestazione sul trasferimento ereditario dell'immobile si mira a rendere più “appetibile” tale forma di finanziamento³⁰⁴, allo scopo di smobilizzare una parte cospicua di ricchezza e far fronte alle esigenze di

³⁰² Così T. RUMI, *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni “marciante” a garanzia del credito immobiliare*, op. cit. p. 116.

³⁰³ Il nuovo comma 12-ter formula espresso rinvio alla disciplina dell'imposta sostitutiva sui finanziamenti, una disciplina fiscale alternativa a quella ordinaria che ammette, al ricorrere di certi presupposti, l'esonero dal pagamento di tutti gli altri tributi indiretti tipici della tassazione ordinaria delle operazioni di finanziamento bancarie, come l'imposta di registro, l'imposta di bollo, tasse sulle concessioni governative ed imposta ipotecaria.

³⁰⁴ Così T. RUMI, *La nuova disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *Contratti*, 10, 2015, p. 944 ss.

liquidità ed ai bisogni sociali degli anziani che di norma incontrano maggiori difficoltà di accesso al credito sia perché gli istituti eroganti impongono limiti di età, qui inesistenti poiché la durata del contatto è collegata alla vita del finanziato, sia perché hanno più difficoltà a dimostrare la sostenibilità nel tempo del prestito³⁰⁵.

È stato, altresì, rilevato che l'estrema duttilità del prestito vitalizio ipotecario consente di coglierne i vantaggi rispetto ad altri istituti quali la vendita di nuda proprietà, i contratti di mutuo ordinario, i finanziamenti dietro cessione della pensione o le fidejussioni personali, giacché: non si priva il finanziato dell'abitazione; non sono previsti limiti di età per il soggetto finanziato; non vi sono obblighi di rimborso rateale; il prestito non ha la forma di una anticipazione di liquidità da scontare subito con minori flussi di cassa nel mese successivo; non v'è esposizione al rischio di ingenti perdite patrimoniali³⁰⁶. Dette caratteristiche fanno, piuttosto, sì che tale forma di finanziamento risulti particolarmente indicata quando si ha la necessità di procurarsi *“un'importante somma di denaro, non vi sia la capacità di rimborso necessaria ed al tempo stesso non si voglia rinunciare alla proprietà dell'immobile”*³⁰⁷.

L'art. 12-*quinques* demanda, poi, al Ministero dello Sviluppo Economico, sentite l'ABI e le Associazioni dei consumatori, il compito di emanare con proprio decreto il regolamento recante: la disciplina dell'offerta dei prestiti vitalizi ipotecari; l'individuazione dei casi e delle formalità che comportano una riduzione significativa del

³⁰⁵ In questo senso anche S. CHERTI, *Prime note sulle modifiche alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *Corr. Giur.*, n. 8-9, 2015, p. 1099 ss. La finalità sociale si rinviene anche nella disciplina spagnola dell'*hipoteca inversa*, ove la prima Disposizione Addizionale della Ley 7 dicembre 2007 n. 41 prevede che il richiedente e i beneficiari che questi può nominare devono persone di età uguale o superiore ai sessantacinque anni, ovvero affetti da *“dependencia severa”* o *“gran dependencia”*. Si vedano anche F. FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie reali*, in *Notariato* 2006, 4, p. 501; ID. *La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, 3, p. 1191 ss.; G.O. BUZZONI- G.C. PACELLA, *Il prestito vitalizio*, Milano, 2010, p. 21.

³⁰⁶ Nella vendita con riserva di usufrutto, invece, al vantaggio di realizzare una liquidità maggiore tanto più elevata è l'età dell'alienante, corrisponde lo svantaggio dell'uscita definitiva dell'immobile dal suo patrimonio, che è invece evitato nel prestito vitalizio ipotecario dove l'operazione appare maggiormente vantaggiosa anche sotto il profilo dei costi del finanziamento, Osserva, infatti, S. CHERTI, *Prime note sulle modifiche alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, op. cit., p. 1107 che *“a parità di condizioni il costo complessivo del prestito vitalizio è proporzionale alla durata della vita del richiedente e dipende dalla natura e dal tasso di interesse concordato; mentre nella vendita con riserva di usufrutto si assiste ad una sorta di scommessa sull'aspettativa di vita dell'alienante, e il tasso di aleatorietà dell'operazione risulta molto maggiore”*.

³⁰⁷ L'espressione è di G.O. BUZZONI – G.C. PACELLA, *Il prestito vitalizio*, op. cit., p. 21 ss. Gli Autori, tuttavia, sconsigliano il ricorso al prestito vitalizio qualora il proprietario dell'immobile possa contare su soluzioni alternative (la vendita di una seconda casa o la sua concessione in locazione per ricavarne liquidità) ciò in ragione dell'elevato costo delle spese notarili proporzionale alla durata del finanziamento, che potrebbero anche far ritenere non vantaggiosa l'operazione. Rispetto alle esigenze tipiche cui risponde la fisionomia del prestito vitalizio ipotecario si coglie la differenza rispetto al sistema anglosassone ove, invece, esso appare rispondente all'esigenza di migliorare la qualità della vita e solo in minima parte a far fronte a debiti pregressi ovvero ai bisogni della famiglia. Così, ancora, BUZZONI-PACELLA, *Il prestito vitalizio*, op. cit., p. 40.

valore di mercato dell'immobile, tale da giustificare la richiesta di rimborso integrale del finanziamento; l'individuazione dei criteri che garantiscono la trasparenza e certezza dell'importo del finanziamento, dei termini di pagamento, degli interessi e di ogni altra spesa dovuta. Il Ministero dello Sviluppo Economico vi ha provveduto con il già ricordato D.M. del 22 dicembre 2015 n. 226 che contiene disposizioni di elevato dettaglio che incidono soprattutto sulla fase precontrattuale e mirano a rafforzare gli obblighi informativi gravanti sulla banca finanziatrice, con particolare riguardo alla distinzione tra capitale ed interessi ed alla percentuale di valore di perizia dell'immobile dato in garanzia.

Dall'analisi delle disposizioni di legge sembrerebbe che il prestito vitalizio ipotecario costituisca la prima espressa codificazione del patto marciano, poiché si consente alla banca creditrice trascorsi dodici mesi dall'apertura della successione o dagli altri eventi previsti al comma 12, di procedere, in deroga alle norme sull'esecuzione forzata immobiliare di cui agli artt. 555 e ss. c.p.c., alla vendita dell'immobile ipotecato ad un prezzo pari a quello di mercato determinato da un terzo indipendente, utilizzando il ricavato della vendita per estinguere il debito e con l'obbligo di restituire l'eccedenza di valore al finanziatore od ai suoi aventi causa³⁰⁸.

A ben vedere, però, a differenza di quanto accade, come si vedrà, negli artt. 120-*quinquiesdecies* e 48-*bis* T.U.B., il prestito vitalizio ipotecario non ripropone esattamente la struttura della clausola marciana.

Ed infatti, al momento della conclusione del contratto di finanziamento non vi è alcun trasferimento in garanzia della proprietà dell'immobile ipotecato, sospensivamente condizionato all'inadempimento del mutuatario. Sicché, si osserva, la disciplina parrebbe piuttosto quella di un mutuo ipotecario cui è sotteso un mandato a vendere *post mortem exequendum* conferito alla banca finanziatrice, non di una alienazione in garanzia che rappresenta, invece, l'elemento centrale del patto marciano³⁰⁹. Per altra parte della

³⁰⁸ Detto meccanismo riprende le regole che governano l'escussione dell'immobile concesso in garanzia nei paesi di *common law* dove al *mortgagor* (il mutuante) spetta per legge il potere di vendere l'immobile a garanzia del *mortgage* (c.d. *power of sell*) e soddisfarsi sul ricavato della vendita, salvo l'obbligo di restituire al debitore l'eventuale eccedenza di valore del bene rispetto al debito scaduto. In questi termini cfr. MANNELLA-PLATANIA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, op. cit., p. 175.

³⁰⁹ In particolare, si focalizza sul meccanismo sotteso al potere di vendita attribuito al creditore A. BULGARELLI, *La disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *www.ilcaso.it*, p. 9 ss. L'Autore esclude che la banca agisca quale proprietaria del bene, non essendovi alcun passaggio automatico di proprietà che rischierebbe di contrastare con il divieto di patto commissorio. Semmai, osserva, "*L'ipotesi più plausibile pare dunque quella che essa vi provveda in nome e per conto dell'esecutato, a ciò legittimata da un mandato gratuito ad alienare (eventualmente anche post mortem) in rem propriam (art. 1723 comma 2 c.c.), previsto implicitamente dalla legge istitutiva del prestito ipotecario*". Gli effetti del mandato si verificherebbero in capo al mandante debitore, benché defunto, in forza della prosecuzione del mandato anche al verificarsi di tale evento estintivo. Il finanziatore sarebbe, così, assoggettato alla disciplina di cui agli artt. 1703 ss., secondo cui il mandatario ha non solo l'obbligo di agire con la diligenza richiesta dall'art. 1719, ma anche

dottrina, invece, il riferimento al mandato poco si addice alla figura del prestito vitalizio ipotecario dove il potere di vendita non è esercitato in esecuzione di un accordo tra le parti, ma è un potere regolamentato ed attribuito al creditore dalla stessa legge³¹⁰.

Ad ogni modo il “*power to sell*” attribuito alla banca finanziatrice, sia che lo si configuri come mandato a vendere *post mortem exequendum* sia che lo si inquadri come potere conferito *ex lege* al finanziatore, unito alla previsione della perizia del terzo e della restituzione dell'eccedenza al debitore, assolve alla medesima funzione e produce il medesimo risultato della clausola marciانا: assicurare un controllo esterno ed imparziale sull'esercizio di un potere di autotutela privata conformata che permetta il riequilibrio delle proporzioni tra le prestazioni, necessario tutte le volte in cui si discute di inadempimento contrattuale³¹¹.

A ciò si aggiunga, peraltro, che la deroga alle forme ordinarie di esecuzione forzata immobiliare è consentita non già ad un chirografario, ma ad un creditore privilegiato, perché assistito da ipoteca di primo grado, e dunque essa non opera sul piano sostanziale creando nuove forme di prelazione, bensì sul piano processuale. Inoltre, detta deroga non opera automaticamente, ma è comunque rimessa alla scelta del creditore che resta libero di scegliere la procedura esecutiva ordinaria³¹².

Il discorso non cambia, nella sostanza, neanche quando l'erede, come espressamente previsto, decida di provvedere direttamente alla vendita dell'immobile in accordo con il finanziatore, anche in questa ipotesi, infatti, il credito viene soddisfatto mediante una procedura di natura privatistica che sostituisce la ordinaria procedura esecutiva ma è presidiata da meccanismi di controllo esterno sulla ragionevolezza economica dell'operazione.

Ciononostante, permangono diversi profili di criticità della disciplina, principalmente connessi ad una serie di deviazioni dallo schema “tipico” della clausola marciانا: la previsione secondo cui il valutatore sia scelto dal finanziatore, potrebbe

l'obbligo di rendiconto *ex art. 1713 comma 1*. Quanto precede, a parere dell'Autore, scongiurerebbe il rischio di ricadere nella sanzione della nullità *ex art. 2744 c.c.*

³¹⁰ Così T. RUMI, *La nuova disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, op. cit., p. 131.

³¹¹ In questa stessa direzione, cioè di validità del mandato ad alienare connesso ad un patto marciانا, si muove la giurisprudenza più recente che ha escluso dalla violazione del divieto del patto commissorio “la previsione, contestuale alla stipula di un mutuo fondiario, della vendita di immobile del mutuatario previo conferimento di procure a vendere e con destinazione al mutuante del ricavato, qualora dagli accordi intervenuti fra le parti e negli atti da esse compiuti, non consti un meccanismo che consenta a quest'ultimo di lucrare indebitamente il maggior valore dei beni rispetto all'importo mutuato. Così App. Bologna 7 dicembre 2015, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 5, 2016 p. 738 con nota di G. BUSET. Ma è una traiettoria seguita anche dalla giurisprudenza di legittimità, in particolare da Cass. Civ. 18 marzo 2015, n. 5440, ove si afferma la validità di un mandato ad alienare a scopo di garanzia in ragione dell'insussistenza, nel concreto, di un meccanismo che favorisce condotte abusive del creditore mandatario.

³¹² Così, ancora, T. RUMI, *La nuova disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, op. cit., p. 134 e 135.

minare l'imparzialità del professionista ed aprire il tema del conflitto di interesse; la previsione secondo cui trascorsi 12 mesi senza che si sia perfezionata la vendita il valore del bene subisce una decurtazione del 15%, rischia di far sì che gli eredi del mutuatario perdano il bene per la soddisfazione di un credito di entità notevolmente inferiori al valore del bene medesimo, senza che residui alcuna differenza tra il ricavato della vendita e l'importo del credito estinto, oggetto dell'obbligo restitutorio; ancora, la previsione espressa della capitalizzazione annuale degli interessi rischia di far lievitare in misura esponenziale le somme dovute alla banca, mentre è proprio il fenomeno anatocistico la causa principale dell'aumento del costo del credito che integra il pregiudizio che si vuole evitare in danno del mutuatario.

3. La *Mortgage credit Directive*: l'art. 120-*quinquiesdecies* T.U.B. e la garanzia del credito immobiliare ai consumatori.

Un patto marciano propriamente detto, giacché si innesta su una garanzia reale tradizionale consistente nell'ipoteca concessa alla banca sul bene oggetto del patto, è invece previsto dall'art. 120-*quinquiesdecies* TUB introdotto dal D.lgs. n. 72/2016 che ha recepito nel nostro ordinamento la direttiva 2014/17/UE, c.d. *Mortgage credit Directive* (o "Direttiva Mutui"), recante la disciplina dei contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali.

L'intervento del legislatore europeo si è reso necessario a seguito della recessione economica causata dalla bolla immobiliare del 2007 che ha determinato un forte incremento degli inadempimenti ai contratti finanziari ed un conseguente esponenziale ricorso alle procedure di espropriazione forzata³¹³. In tale contesto, lo scopo che si prefigge la *Mortgage credit Directive*, espresso al 15° considerando³¹⁴, è quello di

³¹³ Lo ricordano S. PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte i Giustizia, Corte costituzionale ed ABF: "il mondo di ieri" o un trompe l'oeil concettuale?*, in S. PAGLIANTINI, *Nuovi profili del diritto del contratti. Antologia di casi e questioni*, Torino, 2014; ID., *Statuto dell'informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/2014/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi ai beni immobili residenziali)*, in «*Contratto e impresa Europa*», 2014, fasc. 2, p.523; F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciano*, in *I nuovi marciiani*, G. D'AMICO – S. PAGLIANTINI – F. PIRAINO – T. RUMI, Torino, 2017, p. 149.

³¹⁴ Il 12° considerando prevede testualmente che la direttiva si prefigge l'obiettivo di "...garantire un elevato livello di protezione dei consumatori che sottoscrivano contratti di credito relativi a beni immobili. Dovrebbe pertanto applicarsi ai crediti garantiti da beni immobili, indipendentemente dalle finalità del credito, ai contratti di rifinanziamento o altri contratti di credito che aiutano chi abbia la proprietà integrale o parziale di un bene immobile o di un terreno a mantenerla e ai crediti utilizzati per acquistare un bene immobile in alcuni Stati membri, compresi i prestiti che non richiedono il rimborso del capitale o, a meno che gli Stati membri non dispongano un quadro alternativo adeguato, quelli il cui fine è il finanziamento temporaneo tra la vendita di un bene immobile e l'acquisto di un altro e a crediti garantiti per la ristrutturazione di un bene immobile residenziale"

incrementare la fiducia dei consumatori nel mercato del credito garantendo un elevato grado di protezione, arginare l'innalzamento dell'esposizione debitoria verso gli istituti di credito e favorire la creazione di un mercato interno armonizzato, più trasparente, efficiente e competitivo mediante l'introduzione di disposizioni uniformi sui contratti di credito, più flessibili ed eque³¹⁵.

Si tratta di obiettivi che vengono perseguiti, da un lato, mediante la promozione dell'educazione finanziaria del consumatore³¹⁶; dall'altro, mediante l'imposizione di specifiche regole di condotta ai finanziatori, agli intermediari finanziari ed ai loro rappresentanti, principalmente imperniate sull'onestà, la professionalità e l'assolvimento dei tradizionali obblighi informativi³¹⁷ e di trasparenza³¹⁸, cui si affianca l'obbligo di fornire al consumatore spiegazioni adeguate tanto in ordine al contratto di credito quanto in ordine ai servizi accessori³¹⁹. In sostanza, ciò che si intende favorire, come è stato osservato, è “*la personalizzazione del rapporto tra consumatore e creditore così da bilanciare la personalizzazione della fase informativa sempre più anonima a causa del ricorso a moduli prestampati uniformi*”³²⁰,

L'ambito di applicazione della *Mortgage credit Directive* è circoscritto non solo sotto il profilo soggettivo, perché destinata ai soli consumatori³²¹, ma anche sotto il profilo

³¹⁵ L'obiettivo dichiarato dal 6° considerando è quello di “*realizzare un mercato interno più trasparente, efficiente e competitivo, grazie a disposizioni uniformi, flessibili ed eque per i contratti di credito relativi a beni immobili, promuovendo sostenibilità nell'erogazione e assunzione dei prestiti e l'inclusione finanziaria, garantendo, dunque, ai consumatori un elevato livello di protezione*”.

³¹⁶ Sul punto si veda F. PATTI, *sub art. 6 – Educazione finanziaria dei consumatori*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, (a cura di) SIRENA, Milano, 2006, p. 194 ss.; ID., *L'educazione finanziaria e la direttiva 2014/17/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, in *Contr. Impr.*, 2015, p. 1423 ss.

³¹⁷ Sul punto, cfr., *ex multis*, G. GRISI, *Informazione (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, Annali IV, Milano, 2011, p. 595 ss.; R. ALESSI, *I doveri di informazione*, in CASTRONOVO-MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale dir. priv.*, II, Milano, 2007, p. 440 ss.; F. RENDE, *Informazione e consenso nella costruzione del regolamento contrattuale*, Milano, 2012.

³¹⁸ Si veda S. PAGLIANTINI, *Trasparenza contrattuale*, in *Enc. dir.*, Annali V, Milano, 2012, p. 1280 ss.; GAGGERO, *La trasparenza del contratto. Per un'analisi dei rapporti di intermediazione creditizia*, Milano, 2011, p. 33 ss.; ID., *Trasparenza del contratto e rimedi di autotutela*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 461 ss.

³¹⁹ Cfr. F. BENATTI, *sub art. 16 – Spiegazioni adeguate*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, (a cura di) SIRENA, Milano, 2006, p. 350.

³²⁰ L'espressione è di F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciano*, in *I nuovi marciari*, op. cit., p. 151. L'Autore richiama R. ALESSI, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, p. 311 ss. e, in particolare, p. 329 ss., che appare critica rispetto alla piega assunta dagli obblighi informativi a seguito del ricorso ai formulari.

³²¹ In base a quanto previsto dal 12° considerando della Direttiva 2014/17/UE «*La definizione di consumatore dovrebbe includere le persone fisiche che agiscono al di fuori della loro attività commerciale o professionale. Tuttavia, nel caso di contratti con duplice scopo, qualora il contratto sia concluso per fini che parzialmente rientrano nell'ambito delle attività commerciali o professionali della persona e parzialmente ne restino al di fuori e lo scopo commerciale o professionale sia talmente limitato da non*

oggettivo che è individuato dall'art. 3 in due sole fattispecie: la prima è data dai contratti di credito garantiti da un'ipoteca o da un'altra garanzia analoga comunemente utilizzata in uno Stato membro sui beni immobili residenziali, oppure da un diritto connesso a beni immobili residenziali; la seconda, riguarda i contratti di credito finalizzati all'acquisto od alla conservazione di diritti di proprietà su un terreno o su una costruzione edificata o progettata.

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

Secondo una parte della dottrina, la disposizione mirerebbe ad introdurre due regole correlate: la prima, che consente di vincolare il bene dato in garanzia al soddisfacimento delle ragioni del finanziatore mediante tecniche diverse dall'espropriazione forzata in deroga al divieto del patto commissorio; la seconda, che invece sembrerebbe introdurre una limitazione della responsabilità patrimoniale al valore del bene dato in garanzia, che si ripercuote sull'estinzione dell'obbligazione collegandola all'acquisizione della proprietà dell'immobile su cui insiste la garanzia od all'attribuzione del prezzo ricavato dalla sua vendita³²². Altri ancora, hanno prospettato che la norma sia volta ad incidere sulla stessa struttura del rapporto obbligatorio trasformando l'oggetto tradizionale del contratto di finanziamento (la prestazione semplice di dazione di una somma di denaro) in un oggetto complesso che consiste in un'obbligazione alternativa di dare una somma di denaro ovvero di trasferire la proprietà del bene immobile od il prezzo della sua vendita³²³.

risultare predominante nel contesto generale del contratto, la persona in questione dovrebbe altresì essere considerata un consumatore».

³²² Così F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciano*, in *I nuovi marcioniani*, op. cit., p. 174 e 175.

³²³ A. BERTOLINI, *La tutela del debitore inadempiente nella disciplina europea dei mutui ipotecari. Eterogenesi dei fini, errori prospettici ed aporie alla luce dell'analisi economica del diritto*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 495-496.

I principi della *Mortgage credit Directive* hanno trovato attuazione nel nostro ordinamento con il D.lgs. 21 aprile 2016 n. 72 (c.d. “Decreto Mutui”) che ha introdotto nel Testo Unico Bancario (il D.lgs. n. 385/1993, c.d. T.U.B.) il Capo I-bis: dall’art. 120-*quinques* all’art. 120-*noviesdecies*³²⁴.

Tale complesso di disposizioni si preoccupa anzitutto di dettare la nozione di “contratti di credito immobiliare ai consumatori”, definiti all’art. 120-*quinques*, lett. c), come quei “*contratti 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*”.

L’ampiezza di detta nozione rende ancor più rilevante l’attenzione dedicata dal Decreto mutui alla fase patologica del rapporto di finanziamento che consegue all’inadempimento dell’obbligo restitutorio della somma capitale maggiorata degli interessi, tanto che v’è stato addirittura chi ha salutato queste nuove disposizioni come “*la più rilevante regolazione dell’inadempimento del consumatore*”³²⁵.

Ed infatti, il comma 3 del nuovo art. 120-*quinquesdecies* T.U.B., rubricato “*Inadempimento del consumatore*”, che ha dato attuazione all’art. 28 della *Mortgage credit Directive*, così dispone: “*...Fermo quanto previsto dall’articolo 2744 del codice civile, le parti possono convenire, con clausola espressa, al momento della conclusione del contratto di credito, 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. Se il valore dell’immobile come stimato dal perito ovvero l’ammontare dei proventi della vendita è superiore al debito residuo, il consumatore ha diritto all’eccedenza. In ogni caso, il finanziatore si adopera con ogni diligenza per conseguire dalla vendita il miglior*

³²⁴ Sulla novella del Testo Unico Bancario si vedano S. CHERTI- L. FOLLIERI- C. VERDE, *La nuova disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, in PIRAINO-CHERTI (a cura di), *I contratti bancari*, Torino, 2016, p. 197 ss.; G. VISCONTI, *La disciplina del credito immobiliare ai consumatori introdotta nel TUB dal D.Lgs. n. 72/2016*, in *Imm. & pror.*, 2016, p. 489 ss.; F. CIVALE, *La nuova disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, in www.dirittobancario.it, novembre 2016.

³²⁵ L’espressione è di F. PIRAINO, *L’inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciano*, in *I nuovi marciari*, op. cit., p. 180.

prezzo di realizzo. La clausola non può essere pattuita in caso di surrogazione nel contratto di credito ai sensi dell'articolo 120-quater”.

La norma specifica ulteriormente che il finanziatore non può condizionare la conclusione del contratto di credito alla sottoscrizione della clausola; se la clausola è stata pattuita, il consumatore è assistito, a titolo gratuito, da un consulente al fine di valutarne la convenienza³²⁶.

Quanto alle modalità di nomina del perito cui è demandata la stima del valore del bene immobile oggetto della garanzia in una fase successiva all'inadempimento, esse appaiono maggiormente rispettose dei connotati tipici di indipendenza ed imparzialità³²⁷ richiesti per la validità del patto marciano, rispetto a quanto è invece previsto nella disciplina del prestito vitalizio ipotecario ove, si ricorda, la nomina è rimessa al creditore. Ed infatti, la scelta è rimessa al comune accordo delle parti o, in mancanza, al Presidente del Tribunale territorialmente competente che vi provvede su istanza di parte con le

³²⁶ Si ritiene che, sebbene la norma non operi un espresso rinvio, possano trovare applicazione i criteri previsti dall'art. 120-terdecies TUB a mente del quale *“Il servizio di consulenza è riservato ai finanziatori e agli intermediari del credito. Il servizio di consulenza può essere qualificato come indipendente solo se è reso dai consulenti di cui all'articolo 128-sexies, comma 2-bis. Nello svolgimento del servizio di consulenza i finanziatori e gli intermediari del credito: a) agiscono nel migliore interesse del consumatore; b) acquisiscono informazioni aggiornate sulla situazione personale e finanziaria, sugli obiettivi e sulle preferenze del consumatore; c) forniscono al consumatore una raccomandazione personalizzata in merito a una o più operazioni relative a contratti di credito, adeguata rispetto ai suoi bisogni e alla sua situazione personale e finanziaria; la raccomandazione, fornita in forma cartacea o su altro supporto durevole, riguarda anche eventuali servizi accessori connessi con il contratto di credito e tiene conto di ipotesi ragionevoli circa i rischi per la situazione del consumatore per tutta la durata del contratto di credito raccomandato; d) prendono in considerazione, ai fini della raccomandazione, un numero sufficientemente ampio di contratti di credito nell'ambito della gamma di prodotti da essi stessi offerti o, nel caso dei mediatori creditizi, un numero sufficientemente ampio di contratti di credito disponibili sul mercato. Prima della prestazione di servizi di consulenza, il finanziatore o l'intermediario del credito fornisce al consumatore le seguenti informazioni su supporto cartaceo o su altro supporto durevole: a) la gamma di prodotti presi in considerazione ai fini della raccomandazione; b) se del caso, il compenso dovuto dal consumatore per i servizi di consulenza o, qualora al momento della comunicazione l'importo non possa essere accertato, il metodo utilizzato per calcolarlo; c) quando consentito, se percepiscono un compenso dai finanziatori in relazione al servizio di consulenza”*. In tal senso si vedano G. DOTTORE – S. RIO, *Standard in materia di servizi di consulenza*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, op. cit., p. 400 ss.; F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciano*, op. cit., p. 190 che sottolinea che il ricorso all'art. 120-terdecies potrebbe fugare i dubbi espressi da G. VISCONTI, *La disciplina del credito immobiliare ai consumatori introdotta nel TUB dal D.Lgs. n. 72/2016*, op. cit., p. 497.

³²⁷ Detti requisiti di indipendenza e imparzialità appaiono, poi, ulteriormente rafforzati dall'espresso richiamo all'art. 120-duodeces T.U.B. a mente del quale *“I finanziatori applicano standard affidabili per la valutazione dei beni immobili residenziali ai fini della concessione di credito garantito da ipoteca. Quando la valutazione è condotta da soggetti terzi, i finanziatori assicurano che questi ultimi adottino standard affidabili. La valutazione è svolta da persone competenti sotto il profilo professionale e indipendenti dal processo di commercializzazione del credito, in modo da poter fornire una valutazione imparziale ed obiettiva, documentata su supporto cartaceo o su altro supporto durevole. La Banca d'Italia detta disposizioni di attuazione del presente articolo, tenendo anche conto della banca dati dell'Osservatorio del mercato immobiliare dell'Agenzia delle entrate; ai fini del comma 1 può essere prevista l'applicazione di standard elaborati in sede di autoregolamentazione”*.

modalità di cui al 3 comma dell'articolo 696 c.p.c. in materia di istruzione tecnica preventiva.

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

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

Non costituiscono inadempimento i meri ritardi nei pagamenti che consentono alla banca finanziatrice la risoluzione del contratto ai sensi dell'articolo 40, comma 2, T.U.B. in caso di ritardato pagamento verificatosi per almeno 7 volte anche non consecutive. È chiaro che, in quest'ultimo caso, il recupero coattivo del credito seguirà le regole ordinarie e la domanda di risoluzione del contratto comporterà automatica rinuncia della banca creditrice ad avvalersi della clausola marciana.

Appaiono, dunque, condivisibili le opinioni di chi ritiene che il marciano "b2c", pur avendo struttura perfettamente sovrapponibile a quella dell'art. 48-*bis* T.U.B. (salvo che per l'ambito soggettivo di applicazione), possa godere di maggiore forza attrattiva per la prassi bancaria, in ragione di una molteplicità di circostanze.

Anzitutto, "la variante" del marciano "b2c" di cui al comma 3 dell'art. 120-*quinquiesdecies* T.U.B. prospetta non già l'acquisto diretto (anche temporaneo) della proprietà del bene immobile alla banca finanziatrice, ma il potere di venderlo imputando il ricavato della vendita ad estinzione del debito residuo del mutuatario e fermo l'obbligo di restituire al debitore l'eventuale eccedenza di valore.

In secondo luogo, a differenza dell'art. 48-*bis* T.U.B., nella fattispecie in commento si risolve espressamente ed in senso positivo (come accade nel prestito vitalizio ipotecario) il problema se il trasferimento del diritto estingua o meno (e per l'intero)

l'obbligazione verso la banca anche nel caso in cui il valore dell'immobile sia risultato, al momento della stima, inferiore al debito inadempito³²⁸.

Infine, come dapprima rilevato, a differenza del prestito vitalizio ipotecario, la scelta di prevedere (come accade nel caso del marciano "b2b" di cui all'art. 48-bis T.U.B.) che il terzo estimatore del bene, in caso di disaccordo tra le parti, sia nominato dal Presidente del Tribunale territorialmente competente, appare una effettiva garanzia di imparzialità e scongiura il rischio di operazioni in conflitto di interesse.

Un elemento di criticità è da taluni³²⁹ rinvenuto nella circostanza che l'attribuzione alla banca del potere di vendere l'immobile potrebbe, in astratto, comportare un distacco dalle logiche che governano la liceità del patto marciano, giacché potrebbe darsi luogo ad una vendita a prezzi notevolmente inferiori a quelli di mercato. La previsione secondo cui il ricavato della vendita estingue l'obbligazione, e per l'intero, potrebbe spingere, infatti, la banca creditrice a recuperare l'importo residuo del proprio credito e non già a realizzare il valore di mercato, vieppiù considerato che l'eventuale eccedenza di valore è oggetto di un espresso obbligo restitutorio in favore del debitore.

Ad ogni modo, si tratta di un rischio che si ritiene possa essere mitigato dalla circostanza che il legislatore ha espressamente previsto l'obbligo per la banca di adoperarsi "*con diligenza per conseguire dalla vendita il miglior prezzo di realizzo*"³³⁰.

³²⁸ A tale soluzione, invece, rispetto all'art. 48-bis T.U.B. si potrebbe giungere solo per via interpretativa. Così S. PAGLIANTINI, *Il pasticcio di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, in *I nuovi marcioniani*, G. D'AMICO – S. PAGLIANTINI – F. PIRAINO – T. RUMI, Torino, 2017, p. 58 ss.; A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis TUB è davvero il patto marciano?*, in *Il Corriere giuridico*, 2016, p. 1480. Una posizione più mediana è assunta da G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, in *I nuovi marcioniani*, G. D'AMICO – S. PAGLIANTINI – F. PIRAINO – T. RUMI, Torino, 2017, p. 18-19 che osserva che il trasferimento marciano dell'immobile ex art. 48 -bis T.U.B. andrebbe considerato idoneo soltanto di norma a determinare l'estinzione dell'intera obbligazione e non anche necessariamente in ogni ipotesi, secondo una cadenza non dissimile da quanto previsto dall'art. 1382 c.c. in materia di clausola penale, nella parte in cui ammette la possibilità per le parti di pattuire la risarcibilità del danno ulteriore. L'Autore, in particolare, ritiene che: "*l'art. 48-bis dovrebbe interpretarsi (valorizzandone la ratio) nel senso che il legislatore abbia attribuito efficacia (normalmente) "liberatoria" al trasferimento del bene immobile in attuazione del patto marciano, ammettendo cionondimeno che questa conseguenza possa essere esclusa dalle parti, introducendo la previsione (pattizia) della possibilità per il creditore di richiedere l'eventuale debito residuo, non coperto dal valore del bene immobile trasferito (come stimato al momento dell'inadempimento)*". A parere dell'Autore questa soluzione sarebbe da preferire perché incrementa la flessibilità del patto marciano ex art. 48-bis TUB che altrimenti rischierebbe di subire un irrigidimento a causa della disciplina assai analitica riservatagli, il che potrebbe rendere tale strumento meno attrattivo e, quindi, meno efficace.

³²⁹ Così G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, op. cit., p. 31.

³³⁰ Così, ancora, G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, op. cit., p. 31. L'Autore, in particolare, osserva che la controversia che dovesse sul punto sorgere con il consumatore sarebbe inevitabilmente rimessa ad una consulenza tecnica d'ufficio che laddove dovesse accertare che la vendita è avvenuta per un prezzo inferiore all'effettivo valore di mercato del bene condurrebbe alla condanna della banca creditrice alla restituzione della differenza al debitore. Sicché può dirsi che il consumatore ottiene in

L'attuazione delle disposizioni di cui al terzo comma dell'art. 120-*quinquiesdecies* è espressamente demandata al decreto del Ministero dello Sviluppo Economico che vi ha provveduto con il D.M. del 29 settembre 2016 che prevede, per lo più, un rafforzamento degli obblighi informativi precontrattuali; nonché al Regolamento della Banca d'Italia allo stato ancora in fase di pubblica consultazione.

4. Il Decreto “salva banche”: il marciano “b2b” di cui all’art. 48-bis T.U.B. e il pegno non possessorio.

Con l'art. 2 della D.L. 3 maggio 2016 n. 59, meglio noto come “Decreto salva banche” (convertito con modificazioni nella L. 30 giugno 2016 n. 119), ha fatto ingresso nel nostro ordinamento l'istituto del “*finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato*” di cui al nuovo art. 48-bis T.U.B.

Le finalità dell'intervento legislativo (chiarite già dalla rubrica del Capo I della legge di conversione “*Misure urgenti a sostegno delle imprese e di accelerazione del recupero crediti*”) risiedono: da un lato, nella volontà di favorire e stimolare l'erogazione di finanziamenti alle imprese mediante la previsione di forme più efficaci e snelle di attuazione dell'interesse creditorio, che si aggiungono alle necessarie disposizioni a tutela del debitore; dall'altro, nella volontà di perseguire un intento deflattivo del contenzioso in un'ottica di maggiore competitività del nostro Paese e di incremento del ruolo degli istituti di credito a sostegno dell'economia reale³³¹.

Si tratta di un complesso di disposizioni, dall'evidente *favor creditoris*, che accolgono talune soluzioni tipiche sia degli ordinamenti di matrice comunitaria, come quello d'oltralpe, sia degli ordinamenti di *common law* e che finiscono con l'incidere i principi cardine del nostro ordinamento³³².

ogni caso la garanzia che il bene che perde in favore della banca creditrice sia “apprezzato” secondo il valore che esso ha al momento in cui si verifica l'inadempimento.

³³¹ In tal senso di veda S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella L. n. 119/2016: il c.d. patto marciano*, in www.ilcaso.it, sez. Crisi d'impresa e Fallimento, 25 agosto 2016.

³³² Rileva, in particolare, S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B.: il “pasticcio” di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, op. cit., p. 45, che “... Già dal suo incipit ... è palese l'inadeguatezza di una norma che mette in mostra una nomenclatura lessicale marcatamente sfilacciata e di una balbettante qualità. Ma si dirà è il segno dei tempi, contrassegnati oramai dal succedersi, spesso convulso, di una legislazione che, in una società post-industriale, insegue, appiattendosi sullo stesso, le esigenze del sistema economico, rinunciando programmaticamente alla parvenza di un qualche respiro sistematico”. L'Autore ricorda, inoltre, che l'idea di una normativa settoriale di “portata assai limitata per oggetti e soggetti”, ispirata a “logiche particolari... di deviazione eccezionale dai

L'art. 48-*bis* T.U.B. al primo comma³³³ prevede, infatti, che il contratto di finanziamento concluso tra un imprenditore ed una banca o altro soggetto autorizzato a concedere finanziamenti nei confronti del pubblico (ai sensi dell'articolo 106 T.U.B.) può essere garantito dal trasferimento, in favore del creditore, della proprietà di un immobile o di un altro diritto immobiliare dell'imprenditore o di un terzo, sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore agli obblighi restitutori nascenti dal contratto di finanziamento.

Il secondo comma specifica ulteriormente che il creditore, verificatosi l'inadempimento, ha diritto di avvalersi del patto di cui al primo comma, ma con l'obbligo di restituire al debitore l'eventuale differenza tra il valore di stima del bene e l'ammontare del debito inadempito maggiorato delle spese del trasferimento³³⁴.

Già da queste prime disposizioni si ricava l'inquadramento dell'art. 48-*bis* T.U.B. tra i contratti di impresa o "per l'impresa", poiché entrambe le parti, banca e mutuatario, posseggono la qualifica di professionisti. Peraltro, a parere di alcuni autori, non è detto che il mutuatario debba necessariamente essere un imprenditore di tipo commerciale, poiché la norma sembrerebbe piuttosto alludere alla nozione generale di cui all'art. 2082 c.c.³³⁵. Altri, ancora, hanno definito l'art. 48-*bis* T.U.B., in contrapposizione con l'art. 120-*quingdecies* T.U.B., come norma "speciale per ambito soggettivo"³³⁶ che legittima un patto "bypassante l'ipoteca" potendo a prima vista sembrare che il patto di cui al primo

principi", si legge incidentalmente in A. A. DOLMETTA, *Cessione di credito in garanzia e prelazione*, in *Fall.*, 2026, p. 936 ed in G. BRIANDA, *La prospettiva del divieto del patto commissorio, tra normativa comunitaria, lex mercatoria e tradizione*, in *Contr. e impr.*, 2016, p. 801.

³³³ L'art. 48-*bis* TUB, comma 1, prevede testualmente che: "Il contratto di finanziamento concluso tra un imprenditore e una banca o altro soggetto autorizzato a concedere finanziamenti nei confronti del pubblico ai sensi dell'articolo 106 può essere garantito dal trasferimento, in favore del creditore o di una società dallo stesso controllata o al medesimo collegata ai sensi delle vigenti disposizioni di legge e autorizzata ad acquistare, detenere, gestire e trasferire diritti reali immobiliari, della proprietà di un immobile o di un altro diritto immobiliare dell'imprenditore o di un terzo, sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore a norma del comma 5. La nota di trascrizione del trasferimento sospensivamente condizionato di cui al presente comma deve indicare gli elementi di cui all'articolo 2839, secondo comma, numeri 4), 5) e 6), del codice civile".

³³⁴ Così testualmente il secondo comma dell'art. 48-*bis* T.U.B.: "...In caso di inadempimento, il creditore ha diritto di avvalersi degli effetti del patto di cui al comma 1, 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".

³³⁵ Così S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella L. n. 119/2016: il c.d. patto marciano*, op. cit., p. 4.

³³⁶ In questi termini A. CHIANALE, *Qualche pensiero sulle recenti vicende del patto marciano*, in *Riv. not.*, 2016, p. 751 ss.

comma, contestuale alla stipula del finanziamento, sia stato concepito come complemento di un credito chirografario³³⁷.

Ancora dal punto di vista soggettivo, è espressamente previsto che il bene od il diritto reale immobiliare oggetto dell'alienazione in garanzia possa essere di proprietà di un terzo. Argomentando dal combinato disposto del primo e del terzo comma, una parte della dottrina rileva che l'art. 48-bis T.U.B. sembrerebbe destinato a riproporre la *vexata quaestio* della disciplina applicabile alla garanzia prestata da una persona fisica consumatrice. Ed infatti, la qualifica di terzo garante potrebbe essere attribuita anche al coniuge dell'imprenditore od ai suoi parenti o affini entro il terzo grado, purché l'immobile non abbia ad oggetto la loro abitazione principale, all'insegna di "*un professionista di rimbalzo*". Sicché, si potrebbe concludere che nella trama della norma siano interpolate due fattispecie di cui solo una, quella che esclude l'ipotesi anzidetta, rientrerebbe a pieno titolo nell'ipotesi di un marciano "b2b"³³⁸.

Per una parte della dottrina, più problematico appare il riferimento alle società controllate dal creditore o al medesimo collegate ai sensi delle vigenti disposizioni di legge ed autorizzata ad acquistare, detenere, gestire e trasferire diritti reali immobiliari, che il primo comma della norma ammette a divenire beneficiarie del trasferimento in proprietà dell'immobile del debitore. Si osserva, infatti, che mentre nella pratica è assai diffuso, soprattutto nei rapporti tra gruppi societari, che le obbligazioni del debitore siano garantite da un terzo, è difficile immaginare l'ipotesi di un debitore che concede una garanzia in favore non del creditore, ma di un soggetto a questi collegato o da questi controllato. L'ipotesi più plausibile è che il legislatore abbia inteso disciplinare le

³³⁷ Cfr. S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B.: il "pasticcio" di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, op. cit., p. 46.

³³⁸ Il riferimento è, ancora, a S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B.: il "pasticcio" di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, op. cit., p. 49-51, che ricorda gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità, maturati per di più in materia di fideiussione, che anche nell'ipotesi della natura consumeristica del garante propugnavano, in forza dell'accessorietà del rapporto di garanzia, una *vis atractiva* della disciplina applicabile al rapporto principale garantito. Tuttavia, prosegue l'Autore, detto orientamento non è più praticabile a partire dal *dictum* della Corte Europea di Giustizia con l'ordinanza n. 74 del 19 novembre 2015, nel caso Tarcau c. Banca Commerciale Intesa Sanpaolo Romania SA e a., che ha inaugurato una stagione di tutela consumeristica del garante che demolisce l'idea che l'accessorietà (o il collegamento negoziale) possa legittimare un'estensione della disciplina commerciale dal contratto principale al contratto di garanzia. L'Autore ricorda, poi, che lungo questa stessa prospettiva, del resto, si colloca anche Cass. Civ. 1 febbraio 2016, n. 1869 che sentenzia sulla nozione di consumatore allo scopo di definire il presupposto rilevante per l'accesso alla procedura di esdebitazione di cui alla L. 3720132, in *Giur. It.*, 2016, p. 817 ss. con nota di A. CAPOCETTI, *La nozione di "consumatore" nella disciplina della crisi da sovra indebitamento*. Si vedano anche M. RENNA, *La tutela consumeristica del fideiussore: riflessioni a partire da una recente pronuncia della Corte di giustizia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 1119 ss.; ABF, 26 luglio 2013, n. 4109, con nota di A. A. DOLMETTA, *Il fideiussore può essere anche consumatore. A proposito di ABF Roma n. 4109/2013*, in www.dirittobancario.it.

fattispecie in cui la banca gestisce il proprio patrimonio immobiliare non direttamente, ma attraverso società costituite *ad hoc*³³⁹.

Quanto al profilo oggettivo, ferma l'esclusione della abitazione principale³⁴⁰, l'immobile oggetto dell'atto traslativo può essere di qualsiasi natura (terreno, fabbricato strumentale o abitativo), così come, quantomeno stando alla lettera della norma, non sembrerebbe esclusa l'ipotesi che oggetto della garanzia siano una pluralità di immobili. Si ritiene, inoltre, che il patto di cui al primo comma possa garantire esclusivamente i contratti di finanziamento propriamente detti, siano essi tipici (come l'ipotesi classica del mutuo *ex art. 1813 c.c.* o del mutuo fondiario *ex art. 38 ss. T.U.B.*) o atipici (come il *leasing*), restando escluse tutte quelle fattispecie di cessione del credito che non trovano causa in un contratto di finanziamento, come ad esempio l'emissione di titoli obbligazionari³⁴¹. Per espressa previsione dell'art. 48-*bis* TUB, poi, il patto di cui al primo comma, può essere apposto oltreché ai contratti di nuova stipulazione, anche a quelli già in essere alla data di entrata in vigore delle nuove disposizioni.

Il legislatore, specularmente a quanto previsto dall'art. 120-*quinquiesdecies* T.U.B., qualifica l'inadempimento che consente al creditore l'attivazione della clausola marciana³⁴², distinguendo tre ipotesi: se il contratto prevede l'obbligo di rimborso a rate mensili, si ha inadempimento quando il mancato pagamento si protrae per oltre nove mesi dalla scadenza di almeno tre rate anche non consecutive; se è stato, invece, convenuto un

³³⁹ Così D. MARI, *Il patto marciano: un'analisi critica del nuovo art. 48-bis TUB*, in *Riv. del Notariato*, 6, 2016 p. 1112. L'Autore osserva che in tali fattispecie il patto marciano dovrebbe essere sottoscritto, da un lato, dal titolare del diritto reale oggetto di trasferimento, in qualità di garante e, dall'altro, dalla banca creditrice, in qualità di creditore garantito, e da una società da questa controllata o a questa affiliata, in qualità di soggetto beneficiario dell'atto traslativo della proprietà del bene immobile oggetto della garanzia.

³⁴⁰ Ai sensi del terzo comma dell'art. 48-*bis* T.U.B. "*Il trasferimento non può essere convenuto in relazione a immobili adibiti ad abitazione principale del proprietario, del coniuge o di suoi parenti e affini entro il terzo grado*".

³⁴¹ In tal senso di veda D. MARI, *Il patto marciano: un'analisi critica del nuovo art. 48-bis TUB*, op. cit., p. 1112.

³⁴² La disposizione di riferimento è il comma 5 dell'art. 48-*bis* TUB a mente del quale "*Per gli effetti del presente articolo, si ha inadempimento quando il mancato pagamento si protrae per oltre nove mesi dalla scadenza di almeno tre rate, anche non consecutive, nel caso di obbligo di rimborso a rate mensili; o per oltre nove mesi dalla scadenza anche di una sola rata, quando il debitore è tenuto al rimborso rateale secondo termini di scadenza superiori al periodo mensile; ovvero, per oltre nove mesi, quando non è prevista la restituzione mediante pagamenti da effettuarsi in via rateale, dalla scadenza del rimborso previsto nel contratto di finanziamento. Qualora alla data di scadenza della prima delle rate, anche non mensili, non pagate di cui al primo periodo il debitore abbia già rimborsato il finanziamento ricevuto in misura almeno pari all'85 per cento della quota capitale, il periodo di inadempimento di cui al medesimo primo periodo è elevato da nove a dodici mesi. Al verificarsi dell'inadempimento di cui al presente comma, il creditore è tenuto a notificare al debitore e, se diverso, al titolare del diritto reale immobiliare, nonché a coloro che hanno diritti derivanti da titolo iscritto o trascritto sull'immobile una dichiarazione di volersi avvalere degli effetti del patto di cui al medesimo comma, secondo quanto previsto dal presente articolo, precisando l'ammontare del credito per cui procede*".

rimborso rateale secondo scadenze superiori al periodo mensile, l'inadempimento si verifica decorsi oltre nove mesi dalla scadenza anche di una sola rata; infine, nell'ipotesi in cui non è stata pattuita la restituzione mediante pagamenti rateali, il debitore si considera inadempiente decorsi oltre nove mesi dalla scadenza del termine di rimborso del finanziamento³⁴³. Qualora alla data di scadenza della prima delle rate, anche non mensili, non pagate il debitore abbia già rimborsato il finanziamento ricevuto in misura almeno pari all'85% della quota capitale, il periodo di morosità che consente di ritenere l'inadempimento qualificato è elevato da nove a dodici mesi.

Parte della dottrina ha criticato la mancata previsione, e regolamentazione, nella trama dell'art. 48-*bis* T.U.B., dell'ipotesi in cui il debitore contesti l'inadempimento, dal che sembrerebbe potersi evincere che il debitore possa agire in sede ordinaria per veder accertato l'adempimento ovvero l'inadempimento sotto soglia. Se così fosse, però, bisognerebbe capire se questo incoercibile diritto del debitore espliciti o meno un effetto "sospensivo" della procedura di stima del valore del bene e del suo successivo trasferimento in proprietà alla banca. Ragioni di coerenza con la *ratio* ispiratrice della novella legislativa imporrebbero la risposta negativa, poiché altrimenti si determinerebbe un effetto esattamente contrario all'esigenza di celerità nel recupero del credito e di fuga dalle lungaggini delle ordinarie procedure giudiziarie, cui la normativa tende³⁴⁴.

Verificatosi l'inadempimento qualificato, il creditore può avvalersi degli effetti del patto di cui al primo comma dell'art. 48-*bis* T.U.B., ma è dapprima tenuto all'assolvimento di due specifici obblighi: in primo luogo, il creditore deve notificare al debitore od al terzo garante, nonché a chi risulti titolare di diritti derivanti da titoli trascritti o iscritti sull'immobile, la dichiarazione di volersi valere del patto con indicazione specifica dell'ammontare del credito; decorsi sessanta giorni dalla notifica, il

³⁴³ In particolare, ricorda S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella L. n. 119/2016: il c.d. patto marciano*, op. cit., p. 10, come già all'indomani della pubblicazione del decreto legge erano state sollevate non poche critiche in merito all'operatività del meccanismo a prescindere dall'entità del residuo debito. Secondo Confindustria, in particolare, la norma non avrebbe dovuto trovare applicazione ogniqualvolta il debito ancora da onorare non superasse una determinata percentuale, indicata nella "forbice" 10%-20%; e ciò nell'ottica di una maggiore flessibilità della disciplina al cospetto di momentanee difficoltà di rimborso da parte dell'impresa debitrice. La legge di conversione ha tenuto conto solo in parte di questa sollecitazione, introducendo il precetto in base al quale, qualora alla data di scadenza della prima delle rate, anche non mensili, non pagate il debitore abbia già rimborsato il finanziamento ricevuto in misura almeno pari all'85% della quota capitale, il periodo di inadempimento è elevato da nove a dodici mesi. Detta soluzione, a parere dell'Autore, non appare del tutto idonea a contemperare adeguatamente i diversi e contrapposti interessi in gioco e risulta potenzialmente foriera di criticità, finanche, forse, dal punto di vista del principio di ragionevolezza *ex art. 3 Cost.*.

³⁴⁴ In questi termini, ancora, S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella L. n. 119/2016: il c.d. patto marciano*, op. cit., p. 11.

creditore è tenuto a formulare istanza al Presidente del Tribunale del luogo in cui si trova l'immobile, affinché provveda alla nomina del perito che dovrà procedere alla stima del valore dell'immobile³⁴⁵.

Entro sessanta giorni dalla nomina il perito comunica la relazione giurata di stima al debitore, o se diverso al titolare del diritto reale immobiliare, nonché al creditore ed agli eventuali terzi titolari di diritti derivanti da titolo iscritto o trascritto sull'immobile. Detti soggetti entro il termine di dieci giorni hanno facoltà di presentare osservazioni o richiedere chiarimenti e decorsi ulteriori dieci giorni il perito è tenuto a comunicare la relazione integrata.

In particolare, il sesto comma dell'art. 48-bis T.U.B. rinvia espressamente all'art. 1349 c.c. e letto in combinato disposto con il successivo settimo comma - a mente del quale qualora il debitore contesti la stima, il creditore ha comunque diritto di avvalersi degli effetti del patto di cui al comma 1 e l'eventuale fondatezza della contestazione incide sulla differenza da versare al titolare del diritto reale immobiliare -, sembrerebbe facultizzare il debitore all'impugnativa per i soli motivi di manifesta iniquità od erroneità della stima.

La dottrina non ha mancato di rilevare l'incongruenza del richiamo all'art. 1349 c.c. giacché, a differenza di quanto previsto dall'art. 120-*quinquiesdecies* TUB dove la nomina del perito è rimessa in prima istanza all'accordo delle parti, qui si prevede direttamente la nomina da parte dell'autorità giudiziaria. Si osserva, tuttavia, che tale svista del legislatore potrebbe spiegarsi in ragione del contestuale richiamo agli artt. 51 e 568 del codice di procedura civile, sicché potrebbe dirsi che si è in presenza di una perizia contrattuale *ex lege* la cui impugnabilità sarebbe legata ai criteri ordinari di errore, dolo o colpa, anziché alla manifesta erroneità od iniquità³⁴⁶.

³⁴⁵ Più precisamente, a mente del sesto comma dell'art. 48-bis T.U.B. “Decorsi sessanta giorni dalla notificazione della dichiarazione di cui al comma 5, il creditore chiede al presidente del tribunale del luogo nel quale si trova l'immobile la nomina di un perito per la stima, con relazione giurata, del diritto reale immobiliare oggetto del patto di cui al comma 1. Il perito procede in conformità ai criteri di cui all'articolo 568 del codice di procedura civile. Non può procedersi alla nomina di un perito per il quale ricorre una delle condizioni di cui all'articolo 51 del codice di procedura civile. Si applica l'articolo 1349, primo comma, del codice civile. Entro sessanta giorni dalla nomina, il perito comunica, ove possibile a mezzo di posta elettronica certificata, la relazione giurata di stima al debitore, e, se diverso, al titolare del diritto reale immobiliare, al creditore nonché a coloro che hanno diritti derivanti da titolo iscritto o trascritto sull'immobile. I destinatari della comunicazione di cui al periodo precedente possono, entro dieci giorni dalla medesima comunicazione, inviare note al perito; in tal caso il perito, entro i successivi dieci giorni, effettua una nuova comunicazione della relazione rendendo gli eventuali chiarimenti”.

³⁴⁶ In tal senso S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B.: il “pasticcio” di un marciario bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, op. cit.; ID., *L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura (ragionata) dell'art. 48 bis T.U.B.*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 5, 2016.

Ebbene, la condizione sospensiva si considera avverata al momento della comunicazione al creditore del valore di stima risultante dalla perizia come eventualmente integrata ai sensi del comma 6, ovvero al momento dell'avvenuto versamento al debitore dell'eccedenza tra il valore del bene periziato e l'ammontare del credito garantito comprensivo di tutte le spese ed i costi del trasferimento. A tal fine, l'ottavo comma dell'art. 48-*bis* T.U.B. prevede che il contratto di finanziamento debba contenere l'espressa previsione di un apposito conto corrente bancario senza applicazione di spese, intestato al titolare del diritto reale immobiliare, sul quale il creditore deve accreditare detto *surplus* di valore.

Dunque, a differenza del prestito vitalizio ipotecario ove si prevede espressamente il conferimento alla banca creditrice del potere di alienare l'immobile in forza di un mandato con rappresentanza ed *in rem propriam*, nel marcano "b2b" l'attribuzione della titolarità dell'immobile opera automaticamente per l'effetto del semplice avverarsi della condizione sospensiva. Come accade per tutte le alienazioni a scopo di garanzia il titolo idoneo all'acquisto della proprietà è l'atto stipulato originariamente (in questo caso il contratto concluso ai sensi dell'art. 48-*bis* T.U.B.), che è un atto perfetto i cui effetti restano semplicemente "congelati" in attesa del verificarsi della condizione.

Una parte della dottrina ha, tuttavia, rilevato come pure nel marcano *ex art. 48-bis* T.U.B potrebbe intravedersi, forzando il dato letterale specularmente a quanto accade in materia di prestito vitalizio ipotecario, una norma che "*non esclude il minus di un'investitura del creditore-banca in una legittimazione a disporre in qualità di mandatario in rem propriam*", poiché la norma nasconde l'insidia, evidentemente disincentivante, che il creditore si trovi a versare al debitore l'eccedenza di valore, facendo fronte ad un secondo esborso che non soltanto incrementa l'immobilizzo del credito, ma dovrebbe compiersi "al buio"³⁴⁷.

Quanto agli adempimenti pubblicitari connessi all'annotazione di cancellazione della condizione sospensiva ai sensi dell'articolo 2668, terzo comma, c.c., si prevede che il creditore, anche unilateralmente, renda nell'atto notarile di avveramento della condizione una dichiarazione, a norma dell'art. 47 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, con cui attesta l'inadempimento del debitore a norma del comma 5, producendo altresì

³⁴⁷ Il riferimento è a S. PAGLIANTINI, *L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura (ragionata) dell'art. 48 bis T.U.B.*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 5, 2016, p. 960-961.

estratto autentico delle scritture contabili di cui all'articolo 2214 c.c.³⁴⁸. Qualora, invece, il debitore sia stato adempiente, entro trenta giorni dall'estinzione dell'obbligazione il creditore deve provvedere, mediante atto notarile, a dare pubblicità nei registri immobiliari del mancato avveramento della condizione sospensiva.

La fattispecie di cui all'art. 48-*bis* TUB sembra, dunque, codificare i requisiti elaborati dall'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale per fondare la liceità delle alienazioni a scopo di garanzia in deroga al divieto del patto commissorio. In tal senso, non dovrebbe incorrersi nell'errore di sopravvalutare la portata innovativa della norma che di fatto null'altro fa se non avallare principi già noti nella prassi commerciale e cristallizzati dagli ultimi orientamenti giurisprudenziali nel tentativo di porre un argine all'eccessivo dilatarsi delle maglie dell'art. 2744 c.c., consentito da un'interpretazione in chiave funzionale di cui si è ormai imposto il definitivo superamento.

Certo, con ciò non si intende negare l'importanza che l'articolato normativo del marciano "b2b" può spiegare in chiave sistematica, fornendo ulteriori criteri oggettivi e soggettivi cui ancorare il giudizio di liceità *ex art.* 2744 c.c. delle nuove forme di garanzia reale del credito. Purtroppo, non può negarsi che molte sono ancora le zone d'ombra che necessitano di ulteriori sforzi interpretativi.

In tal senso, particolarmente rilevante appare la questione dell'esdebitazione che - mentre nel prestito vitalizio ipotecario e nell'art. 120-*quinquiesdecies* T.U.B. è risolta positivamente - giacché si prevede espressamente che il trasferimento in proprietà estingue il debito anche qualora il valore dell'immobile o il prezzo ricavato dalla vendita sia inferiore all'ammontare del credito -, nel silenzio della norma sul marciano "b2b" sembrerebbe restare irrisolta.

Per alcuni autori tale diversità di trattamento discenderebbe dalla natura di consumatore del debitore che nella prima ipotesi richiede una tutela rafforzata³⁴⁹. Si è,

³⁴⁸ Tale disposizione pone una rilevante deroga all'art. 2668, terzo comma, c.c. a mente del quale la dichiarazione, anche unilaterale, relativa all'avveramento o al mancato avveramento può essere posta in essere dalla parte in danno della quale la condizione sospensiva si è verificata.

³⁴⁹ L'effetto estintivo del debito mediante l'escussione della garanzia è previsto anche dalla ricordata disciplina del prestito vitalizio ipotecario, con un fondamento da ricercarsi diversamente dalla tutela del consumatore se si condivide la tesi che l'assenza di specificazione normativa sull'ambito di applicazione della disciplina, testualmente riservato alle persone fisiche che abbiano compiuto almeno sessanta anni, consenta di accedere al finanziamento in questione anche agli imprenditori. In questo senso, in particolare, T. RUMI, *La nuova disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *Contratti*, 2015, p. 937 ss. Ma si vedano anche S. CHERTI, *Prime note sulle modifiche alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *Il Corriere Giuridico*, 2015, 8-9, p. 1099 ss.; A. CHIANALE, *L'inutilità dell'ipoteca nel "prestito vecchietti"*, in *Notariato*, 2016, p. 358 ss.; A. IULIANI, *Il prestito vitalizio ipotecario nel nuovo "sistema" delle garanzie reali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 717 ss.

tuttavia, obiettato che sostenendo una tale diversità di effetti si finirebbe con il legittimare una disparità di trattamento nella posizione dei terzi creditori che solo nel caso dell'estinzione totale del debito possono confidare di rivalersi in via esclusiva sul restante patrimonio del debitore³⁵⁰.

Si è osservato, così, che il punto nodale della questione dell'esdebitazione, come pure di altre questioni interpretative poste dalle epifanie legislative, risiede nella distinzione tra garanzia e adempimento³⁵¹. Anche quella parte della dottrina che più di tutte difende l'autonomia delle parti nella configurazione dei contratti di garanzia reale, sottolinea che essi comportano la creazione di una riserva di utilità nel patrimonio del debitore costituente la garanzia, mediante l'apposizione di un vincolo di destinazione³⁵². Tuttavia, vi è una zona, per così dire, "grigia" in cui detto vincolo si realizza con un atto traslativo, sia pure nella provvisorietà imposta dalla causa di garanzia; perché "*è qui che diventa meno agevole distinguere il caso in cui si verta in una negoziazione delle conseguenze dell'inadempimento, con la previsione di una prestazione succedanea a quella principale*"³⁵³.

In tale prospettiva è stato, infatti, osservato che in generale nelle alienazioni a scopo di garanzia l'atto di disposizione è connotato da una doppia funzione; la prima di garanzia, perché il trasferimento è destinato a restare inefficace in caso di adempimento; la seconda è una funzione solutoria, che si realizza nell'ipotesi di inadempimento determinando il consolidarsi definitivo dell'effetto traslativo³⁵⁴. In altri termini, il fatto che "*il creditore, al cospetto di un inadempimento grave, di massima persegue uno scopo liquidatorio e di realizzo piuttosto che uno di tipo acquisitivo*"³⁵⁵, accredita la ricostruzione di una sostituzione della prestazione originaria con quella risultante dal trasferimento, con una "*realizzazione dell'interesse creditorio, a vantaggio di un'estinzione diversa sì dall'adempimento, ma che rileva pur sempre da attuazione del rapporto (obbligatorio)*"

³⁵⁰ Così S. PAGLIANTINI, *L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura (ragionata) dell'art. 48 bis T.UB.*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 5, 2016, p. 11.

³⁵¹ In questi termini A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis TUB è davvero il patto marciano?*, in *Il Corriere giuridico*, 12, 2016, p. 1481.

³⁵² Così E. GABRIELLI, *Garanzia e garanzie reali*, in F. MASTROPAOLO (a cura di), *I contratti di garanzia*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Pietro Rescigno ed Enrico Gabrielli, Torino, 2007, p. 1009 ss., ID., *Il pegno anomalo*, Padova, 1990, p. 62 ss.

³⁵³ L'espressione è di A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis TUB è davvero il patto marciano?*, p. 1481.

³⁵⁴ G. D'Amico, *Alienazioni a scopo di garanzia*, in G. Gitti - M. Maugeri - M. Notari, *I contratti per l'impresa*, Bologna, 2012, I, 586; F. Anelli, op. cit., 89.

³⁵⁵ Così S. PAGLIANTINI, *L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura (ragionata) dell'art. 48 bis T.UB.*, op. cit., p. 9.

di finanziamento”³⁵⁶. Ne conseguirebbe che il patto marciano *ex art. 48-bis TUB* potrebbe essere definito come “*un pagamento traslativo procedimentalizzato ... secondo un canovaccio che vede il prius (della clausola marciana) ed il posterius (del trasferimento solutorio) inframezzato da un inadempimento qualificato (comma 5°) che funge da presupposto innescente una serie vincolativamente gerarchizzata di atti*”³⁵⁷.

L’art. 48-bis T.U.B. solleva, poi, non pochi dubbi in tema di *par condicio creditorum*, non già nell’ipotesi in cui il patto di cui al primo comma venga apposto al contratto di finanziamento contestualmente alla sua stipula, atteso che l’obbligo di trascrizione assolve alla funzione di informazione e di opponibilità a terzi, quanto piuttosto nell’ipotesi in cui sia stipulato successivamente. In tal caso la posizione dei terzi creditori, siano essi privilegiati o chirografari, è fortemente incisa dalla previsione secondo cui in caso di finanziamento già garantito da ipoteca, il trasferimento prevale sulle trascrizioni ed iscrizioni eseguite successivamente all’iscrizione ipotecaria. Così come dubbia è la posizione del terzo titolare di diritti sull’immobile incompatibili con l’alienazione che necessariamente si trova a soccombere innanzi al creditore “marciano”³⁵⁸.

Proprio sotto al profilo dell’incisione della *par condicio creditorum*, sebbene non sia specificatamente oggetto dell’indagine che ci si propone di approntare, non ci si può

³⁵⁶ Così, ancora, S. PAGLIANTINI, *L’art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura (ragionata) dell’art. 48 bis T.U.B.*, op. cit., p. 6.

³⁵⁷ Così, ancora, S. PAGLIANTINI, *L’art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura (ragionata) dell’art. 48 bis T.U.B.*, op. cit., p. 16. Di fattispecie “bifasica” parla anche A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis TUB è davvero il patto marciano?*, op. cit., p. 1482. In particolare, l’Autrice osserva che: “*se, infatti, l’effetto solutorio subentra e si sostituisce alla funzione di garanzia, è evidente che ciò non può avvenire al momento della stipula del patto. E qui l’affinità con lo schema della dazione in pagamento si coglie nella regola secondo cui il rapporto obbligatorio rimane quello originario fino al momento dell’esecuzione della prestazione diversa, atteso che l’accordo delle parti è l’antecedente logico necessario, ma non sufficiente a determinare l’estinzione dell’obbligazione (33). Così, da un lato, il debitore sin dall’inizio offre il bene dato in garanzia affinché costituisca la prestazione diversa in luogo dell’adempimento; dall’altro, il creditore con la dichiarazione di volersi avvalere degli effetti del patto presta il suo consenso alla diversa prestazione, conservando integri e impregiudicati fino a quel momento i diritti derivanti dal rapporto contrattuale*”.

³⁵⁸ In questi termini, ancora, A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis TUB è davvero il patto marciano?*, op. cit., p. 1485. Si veda, in particolare, S. PAGLIANTINI, *L’art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura (ragionata) dell’art. 48 bis T.U.B.*, op. cit., p. 13.; ID., *Il mutuo fondiario solutorio e l’ambaradan delle categorie civilistiche*, in *Il Corriere giuridico*, 7, 2016, p. 960, ove si legge che per effetto della novella del 48-bis TUB e del nuovo corso giurisprudenziale che mostra di voler leggere l’art. 2744 c.c. non più come norma a tutela della libertà morale del debitore “*si ha la sensazione che la par condicio creditorum sia ormai degradata al rango di un principio debole, soppiantata dal prepotente riespandersi di un’alienazione commissoria, quale modo di estinzione secondaria dell’obbligazione. Estinzione lecita, nel mutato contesto, fintanto che al giusto prezzo, in quanto l’effetto traslativo funge da (od è percepito come) un surrogato satisfattivo atipico dell’adempimento*”.

esimere dall'accennare alla seconda delle novità introdotte dal Decreto "salva banche": il pegno mobiliare non possessorio.

Se la disciplina codicistica, ed in particolare l'art. 2786, comma 1, c.c. prevede che la costituzione della garanzia pignoratizia si perfeziona con la *datio rei* che comporta lo spossessamento del debitore e l'imposizione di un vincolo di indisponibilità sul bene che devono permanere per tutta la durata del rapporto, l'art. 1 del D.L. 3 maggio 2016 n. 59 così dispone "*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*".

Si tratta di un istituto che rileva nei soli rapporti ove il debitore è un imprenditore ed il credito è stato contratto nell'esercizio dell'attività d'impresa e che persegue specifiche finalità³⁵⁹: anzitutto, il superamento del requisito dello spossessamento quale presupposto di opponibilità ai terzi del diritto di prelazione, che viene sostituito con un regime di pubblicità personale; segue l'introduzione di un apposito registro informatizzato al fine di assolvere agli obblighi pubblicitari, ed infatti si prevede che la garanzia prende grado e sia opponibile ai terzi dal momento della sua iscrizione nel

³⁵⁹ L'intento di fondo che ha animato il legislatore è quello di riorganizzare le garanzie mobiliari nei rapporti di impresa ove è ancora più avvertita l'esigenza di godere di forme più elastiche di garanzie che consentano di evitare l'immobilizzo di beni strumentali all'esercizio dell'impresa senza per questo minare le ragioni creditorie. Invero, ricorsa S. AMBROSINI, *Il pegno non possessorio ex lege n. 119/2016*, in *www.ilcaso.it*, sez. *Crisi d'impresa e fallimento*, 3 ottobre 2016, p. 2, si tratta di un'esigenza avvertita già da tempo ed alla quale si era cercato di porre rimedio attraverso "incurSIONI" della legislazione speciale: è il caso dell'art. 46 del T.U.B. che ha introdotto un privilegio speciale sui beni mobili destinati all'esercizio dell'impresa, la cui opponibilità non è subordinata allo spossessamento, bensì alla trascrizione dell'atto da cui risulta il privilegio nel registro di cui all'articolo 1524 del codice civile; nonché dei decreti legislativi n. 170 del 2004 e n. 48 del 2011 in materia di garanzie finanziarie, i quali delineano una disciplina più permissiva e flessibile in ordine sia all'oggetto e alle modalità di costituzione della garanzia, sia alle condizioni di realizzo. L'Autore ricorda, inoltre, come nel settore alimentare da oltre trent'anni è prevista la costituzione senza spossessamento di pegno sui prosciutti a denominazione di origine tutelata (legge n. 401/1985), più di recente estesa ai prodotti lattiero-caseari per effetto della legge n. 122/2001. Tuttavia, è sino ad oggi mancata (e manca tutt'ora) nel nostro ordinamento una riforma di tipo organico delle garanzie reali mobiliari, cui invece si è assistito in altri ordinamenti di *civil law* come la Francia (con le svariate figure di *gage sans dépossession*) e l'Olanda e come sta avvenendo attualmente in Belgio in linea con i più recenti sviluppi registrati nel contesto giuridico internazionale, specie in ambito UNCITRAL. Per non dire del referente normativo per eccellenza in materia, rappresentato dall'istituto anglosassone della *floating charge*. Non a caso già la c.d. Commissione Rordorf per la riforma delle procedure concorsuali aveva suggerito, alla fine 2015, di istituire un sistema di garanzie mobiliari non possessorie. E l'art. 11 del disegno di legge n. 3671 recante delega al governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza, presentato alla Camera dei Deputati l'11 marzo 2016 ha previsto testualmente di "*introdurre una forma di garanzia mobiliare senza spossessamento, avente ad oggetto beni, materiali o immateriali, anche futuri, determinati o determinabili, fatta salva la specifica indicazione dell'ammontare massimo garantito, eventualmente utilizzabile anche a garanzia di crediti diversi o ulteriori rispetto a quelli originariamente individuati, disciplinandone i requisiti, ivi compresa la necessità della forma scritta, e le modalità di costituzione, anche mediante iscrizione in apposito registro informatizzato, nonché le regole di opponibilità ai terzi e il concorso con gli altri creditori muniti di cause di prelazione*".

registro; infine, si assiste ad un affievolimento del principio di specialità poiché si ammette che la garanzia mobiliare abbia ad oggetto beni individuati anche per tipologie o categorie funzionali ed in relazione al loro valore, fermo restando il requisito della determinabilità per l'ipotesi di beni futuri, nonché uno o più crediti, determinati o determinabili anche in relazione a rapporti futuri, ferma restando la specifica indicazione dell'ammontare massimo garantito.

La mancata previsione dello spossessamento fa sì che, salvo diverso accordo delle parti, il debitore od il terzo datore di pegno ha la facoltà di utilizzare il bene od i beni oppignorati, nel rispetto della destinazione economica e quindi per i soli fini connessi all'esercizio della propria attività imprenditoriale.

Ora, in deroga alla regola della priorità del conseguimento del possesso tipica della disciplina del pegno "ordinario", nel pegno non possessorio i conflitti tra più creditori pignorati sono regolati in base al criterio dell'antiorità dell'iscrizione nell'apposito registro informatizzato. Fa eccezione a tale principio il caso previsto al quinto comma dell'art. 1 del D.L. 59/2016 ove si prevede che il pegno non possessorio non è opponibile, anche se anteriormente iscritto, al soggetto che ha finanziato l'acquisto del bene su cui insiste la garanzia e sia garantito da una riserva della proprietà sul bene medesimo ovvero da un pegno successivo, anche non possessorio, purché regolarmente iscritto e sempre che il finanziatore abbia informato i creditori titolari di pegno non possessorio iscritto anteriormente.

In dottrina non sono mancate voci fortemente critiche avverso tale previsione che *"non può che lasciare interdetti, creando una preferenzialità poco giustificata e che può minare alla base la tenuta dell'istituto"*³⁶⁰. Appare, infatti, poco plausibile che un creditore possa incentivarsi all'adozione di tale forma di garanzia che potrebbe rivelarsi del tutto infruttuosa se è concesso, seppure in ipotesi specifiche (ma non infrequenti nella prassi dei finanziamenti alle imprese), a creditori successivi di essergli preferito. Peraltro, la previsione dell'obbligo di informare i creditori anteriori titolari di pegni non possessori

³⁶⁰ M. ZANOTELLI, *Beni mobili e immateriali: pegno non possessorio "a tutto campo"*, in *Guida Normativa - Il Sole 24 Ore*, luglio 2016, p. 11, che con riferimento alla regola circa il conflitto tra creditore garantito e terzo titolare di riserva di proprietà, osserva *"se il bene è (ancora) in proprietà di terzi perché acquistato con patto di riservato dominio, esso non potrà essere oggetto di pegno da parte del debitore. [...] La regola ora introdotta dal legislatore parrebbe quindi regolare i conflitti tra terzo titolare della riserva di proprietà ed eventuale creditore titolare di pegno non possessorio, derogando alla disciplina ordinaria, e ammettendo così che la prova dell'esistenza del patto di riservato dominio prescinde dal requisito della "data certa" anteriore alla costituzione della garanzia"*.

sullo specifico bene acquistato attraverso il finanziamento, non sembra potersi ritenere un'efficace presidio di tutela³⁶¹.

Ad ogni modo, ciò che non può tacersi è che l'elemento che contraddistingue le nuove garanzie del credito innovando la disciplina codicistica, siano esse strutturate nelle forme del prestito vitalizio ipotecario, del marciano b2c, del marciano b2b o del pegno non possessorio, è che esse realizzano una tutela solo successiva sulle modalità di escussione della garanzia e che si esplica nella fase di impugnazione. Con la conseguenza che è al procedimento di stima del valore del bene su cui la garanzia insiste che occorrerà avere particolare riguardo per assicurare l'attuazione del principio della proporzionalità (o dell'equivalenza che dir si voglia) tra le prestazioni, che consente di non cadere nella sanzione della nullità per violazione dell'art. 2744 c.c.³⁶²

³⁶¹ S. AMBROSINI, *Il pegno non possessorio ex lege n. 119/2016*, in *www.ilcaso.it*, sez. *Crisi d'impresa e fallimento*, 3 ottobre 2016, p. 10. L'Autore osserva che “in tal modo (pare di intendere) il creditore perdente potrà agire per la tutela del proprio credito anche nelle forme (attraverso un'applicazione analogica, consentita dal 10- bis, inserito in sede di conversione) di cui all'articolo 2843 del codice civile”.

³⁶² Osserva A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis TUB è davvero il patto marciano?*, op. cit., p. 1487 nt. 58 che oltre all'art. 48-bis T.U.B., nel pegno non possessorio la vendita dei beni in garanzia è eseguita con procedure competitive, eventualmente con l'ausilio di soggetti specializzati, previa stima del bene eseguita da operatore esperto scelto di accordo tra le parti o, in mancanza, designato dal giudice, con obbligo di eseguire le formalità per la pubblicità sul portale delle vendite pubbliche; mentre l'appropriazione o la locazione del bene deve essere preceduta dalla determinazione nel contratto dei criteri e modalità di valutazione (art. 1, comma 7, lett. a), c) e d); all'opposto, nei contratti di garanzia finanziaria la valutazione della proporzionalità tra oggetto della garanzia e debito garantito è affidata - in mancanza di criteri convenzionali - al principio di ragionevolezza commerciale. Sul punto si veda, tra gli altri, da S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013; S. TROIANO, *Ragionevolezza (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Ann. IV, Milano, 2013, p. 794 ss., e, da ultimo, F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, spec. p. 480 ss. Ancora in ordine all'importanza del procedimento di stima si vedano P. PERLINGIERI, *Riflessioni conclusive*, in F. PARENTE - L. RUGGERI (a cura di), *Attività di liquidazione e tutela dei creditori*, cit., 433 ss. Per il riferimento al binomio “sproporzione – insidia” quale fondamento del divieto del patto commissorio, si veda S. PAGLIANTINI, *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della dir. 2014/17/UE*, op. cit., p. 6. Osserva, ancora, A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis TUB è davvero il patto marciano?*, op. cit., p. 1487 nt. 60 che “Coerentemente all'abbandono giurisprudenziale della ratio individuata nella coazione della libertà morale del debitore, affermata, ad esempio, dalla citata Cass. 9 maggio 2013, n. 10986. Nella legislazione in esame sono presenti, peraltro, profili che denotano l'attenzione a tale aspetto: ad esempio, nella disciplina del mutuo immobiliare ai consumatori ex art. 120-quinquiesdecies T.U.B. sono previsti obblighi di informazione a favore del mutuato, l'assistenza di un consulente alla stipula e il divieto di condizionare la concessione del finanziamento alla sottoscrizione della clausola”.

CAPITOLO QUARTO

“PATTO COMMISSORIO E PATTO MARCIANO NELL’ESPERIENZA EUROPEA: UNO SGUARDO D’INSIEME E PROPOSTE INTERPRETATIVE”

SOMMARIO: 1. L’autotutela privata nell’ordinamento italiano. 2. L’esperienza tedesca. 3. L’esperienza francese e la riforma delle garanzie reali tipiche. 4. Spunti di riflessione per il tentativo di costruzione di un “2744-bis” intorno all’*aestimatio*.

1. L’autotutela privata nell’ordinamento italiano.

A differenza dell’ordinamento tedesco dove il § 229 del BGB disciplina il fenomeno della *Selbsthilfe*³⁶³, il nostro codice civile non contiene alcun espresso riferimento all’autotutela.

Solo il codice penale vi allude allorché sanziona, agli artt. 392 e 393, la fattispecie della “ragion fattasi” stabilendo che è punito colui che, al fine di esercitare un preteso diritto, pur potendo ricorrere all’autorità giudiziaria, si faccia giustizia da sé con violenza sulle cose o sulle persone.

Da queste sole disposizioni, tuttavia, non sembrerebbe potersi desumere un principio analogo di divieto dell’autotutela operante sul piano privatistico, poiché il riferimento espresso al “preteso diritto” renderebbe penalmente irrilevante il comportamento dell’agente quando questo dovesse risultare effettivamente esistente. Semmai, si è detto, ciò che è possibile ricavare sul piano privatistico è l’eccezionalità dell’autotutela privata, suscettibile di poter essere lecitamente esercitata nei soli casi in cui sia la stessa legge ad ammettere uno strumento di attuazione della pretesa alternativo al ricorso alla tutela giudiziaria³⁶⁴.

Da qui gli sforzi sistematici e ricostruttivi della dottrina civilistica nel tentativo di offrire una nozione unitaria di “autotutela privata”³⁶⁵.

Così, alle definizioni più generiche che qualificano l’autotutela come il divieto del privato di farsi giustizia da sé o di difendere da sé i propri diritti fondato sull’esigenza di reprimere le forme più primitive della giustizia privata³⁶⁶, sono seguiti gli studi di chi ha

³⁶³ Così recita il § 229 del BGB: “*Wer zum Zwecke der Selbsthilfe eine Sache wegnimmt, zerstört oder beschädigt oder wer zum Zwecke der Selbsthilfe einen Verpflichteten, welcher der Flucht verdächtig ist, festnimmt oder den Widerstand des Verpflichteten gegen eine Handlung, die dieser zu dulden verpflichtet ist, beseitigt, handelt nicht widerrechtlich, wenn obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr besteht, dass die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werde*”.

³⁶⁴ In questi termini si veda L. BIGLIAZZI GERRI, voce *Autotutela*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Diritto civile, 1990, p. 1.

³⁶⁵ Il riferimento è, anzitutto, agli studi di S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 298 ss.; C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, op. cit., p. 79 ss.; E. BETTI, voce *Autotutela (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1959, p. 535

³⁶⁶ Cfr. V. ROPPO, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1994, p. 141: “*fondamentale principio ... è che il*

tentato di specificarne i presupposti nella reazione ad un altrui fatto illecito cui consegue la lesione di un interesse giuridicamente rilevante³⁶⁷ e di chi, infine, ne ha individuato diverse declinazioni distinguendo tra autotutela unilaterale e consensuale e, nell'ambito della prima categoria, tra autotutela attiva o passiva a seconda della funzione preventiva o reattiva³⁶⁸.

In generale e con riferimento agli spazi di liceità³⁶⁹ che le sono consentiti, sembrerebbe potersi, quindi, affermare che a differenza dell'autonomia privata, ove non è ammessa alcuna ingerenza in danno dei terzi, l'autotutela privata consiste nell'esercizio di un diritto potestativo, di fonte legale o pattizia, che consente al suo titolare "di realizzare *ex se* ed immediatamente" per via stragiudiziale l'attuazione della propria pretesa incidendo nella sfera giuridica dell'autore dell'illecito³⁷⁰, sia esso extracontrattuale o conseguente all'inadempimento. Parallelamente, l'autore dell'illecito non può sottrarsi a tale attuazione privata del diritto se non compiendo l'atto che gli era

titolare del diritto non può farsi giustizia da sé ... è il principio del divieto di autotutela privata dei diritti"; G. ALPA, *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 1994, p. 1248: "non è consentito farsi giustizia da sé"; P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano 11*, Napoli, 1995, p. 261: "la tutela dei diritti soggettivi ... non è lasciata alle reazioni dell'interessato: sono dunque eccezionali quelle forme di attuazione e difesa conosciute sotto il nome di autotutela". In particolare, C.M. BIANCA, voce *Autotutela (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, Milano, 2002, p. 1, ricorda che con riferimento al diritto romano è stata rilevata l'assenza in tutto il periodo repubblicano di un divieto generale del farsi giustizia da sé, sussistendo piuttosto specifici divieti di particolari atti di autotutela violenta (cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 280), successivamente, l'affermazione dell'autorità imperiale ha progressivamente portato all'affermazione del principio del monopolio esclusivo dell'amministrazione pubblica della giustizia e all'interdizione fatta ai privati di sostituirsi ad essa (sul punto v. principalmente L. ARU, *Appunti sulla difesa privata in diritto romano*, in *Ann.*, Palermo, 1937, p. 113, il quale esamina lo svolgimento storico delle forme di autotutela (preventiva e reattiva), documentando analiticamente il mutamento di atteggiamento verso la difesa privata). L'Autore, con riguardo a tale ultimo principio, ricorda come esso trovi espressione in un noto passo di Paolo, in cui l'ampia preclusione a carico dei privati di tutto ciò che rientra nella competenza della giurisdizione pubblica sembra opera dei compilatori dei Digesta, quale concezione maturata nel VI secolo d.C, cfr. paul. 13 *Ad. Plaut.*, D. 50. 0, 17, 176: "non est singulis concedendum, quod per magistratum publice possit fieri, ne occasio sit maioris tumultus faciendi".

³⁶⁷ L. BIGLIAZZI GERRI, voce *Autotutela*, op. cit., p. 1.

³⁶⁸ E. BETTI, voce *Autotutela (dir. priv.)*, op. cit., p. 529 ss.

³⁶⁹ Osserva, in particolare, C.M. BIANCA, voce *Autotutela (dir. priv.)*, op. cit., p. 8, che le ipotesi legali riconducibili nell'ambito dell'autotutela sono variegata, ma suscettibili di classificazione in ragione dei diversi rimedi che ne specificano la funzione tutelare. È, infatti, possibile distinguere tra rimedi inibitori, punitivi, esecutori, risarcitori, sospensivi e risolutivi.

³⁷⁰ Sul punto chiarisce A. DE SANCTIS RICCIARDONE, *L'autotutela civile*, Napoli, 2011, p. 27, che non è ritenuto necessario che la lesione abbia provocato un danno, ed è anzi più frequente l'esercizio dell'autotutela per prevenire un danno, mentre resta beninteso necessario, in mancanza di danno, che l'interesse sia stato leso almeno nel profilo del suo soddisfacimento, o che sia violata la legittima pretesa, che dall'interesse deriva. È comunque necessaria una lesione o un pericolo di lesione che acquista rilevanza giuridica, ai fini dell'autotutela, anche quando è causa di pericolo o di una molestia, e persino quando configura una semplice contestazione illegittima.

fatto obbligo di compiere, ovvero tenendo un comportamento che mira ad eliminare le conseguenze dell'illecito³⁷¹.

Nell'ambito dei rapporti obbligatori, che qui specificatamente interessano, sono diversi gli strumenti che consentono al creditore di esercitare una coazione psicologica contro il debitore in modo da suscitare l'adempimento, senza far ricorso all'autorità giudiziaria³⁷².

Così, ad esempio, l'art. 1460 c.c.³⁷³ prevede che nei contratti a prestazioni corrispettive ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la propria prestazione se l'altro non adempie o non offre di adempiere la propria, salvo che non siano stati pattuiti termini diversi per l'adempimento o questi non risultino dalla natura del contratto. L'art. 1461 c.c., poi, facoltizza ciascuno dei contraenti a sospendere l'esecuzione della propria prestazione se le condizioni patrimoniali dell'altra parte sono divenute tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione, a patto che non sia stata prestata idonea garanzia.

Per una parte della dottrina l'eccezione di inadempimento e l'art. 1461 c.c. rappresentano le forme forse più significative di autotutela privata di tipo unilaterale passivo e cautelare. Ed infatti, in tali fattispecie ricorre l'indispensabile evento lesivo (l'inadempimento o il mancato adempimento) che si traduce nella violazione della posizione giuridica del creditore, essendo suscettibile di compromettere definitivamente il soddisfacimento del suo diritto di credito (o meglio del diritto alla controprestazione),

³⁷¹ In tal senso si veda L. BIGLIAZZI GERRI, voce *Autotutela*, op. cit., p. 2, ove si legge che “*Ciò non significa, però, che qualsiasi mezzo volto alla «difesa privata» di un interesse od al componimento di un conflitto attuale o potenziale costituisca manifestazione dell'autotutela solo perché tale da escludere il ricorso alla tutela giurisdizionale. A parte, infatti, i casi di c.d. tutela normativa (ad es., decadenza del debitore dal beneficio del termine, ex art. 1186 c.c.), basterebbe pensare, in tal senso, alla transazione (artt. 1965 ss. c.c.) od al negozio di accertamento, quali tipici atti di autonomia presupponenti l'accordo delle parti e volti a modificare un rapporto giuridico preesistente, a prescindere da qualsiasi indagine circa l'esistenza di un fatto che possa dirsi lesivo dell'interesse dell'una o dell'altra. E lo stesso vale, sempre ad esempio, per l'ipotesi di arbitrato rituale od irrituale su conflitti d'interessi componibili secundum ius, rispetto al quale l'intervento risolutore e, in tal senso, decisivo del terzo esclude l'immediatezza propria degli strumenti di vera autotutela*”.

³⁷² Osserva E. BETTI, voce *Autotutela (dir. priv.)*, op. cit., p. 528, che “*per la liceità di tali mezzi deve supporre e richiedersi un rapporto di proporzionalità fra essi e l'inadempimento con la esclusione di abusi. Senza esemplificare si può in generale osservare che il campo dell'autotutela è ancora aperto a una serie di accorgimenti che s'ispirano alla massima «vigilantibus iura succurrunt, non dormientibus» e tanto più si moltiplicano e si affinano quanto meno prontamente e sicuramente funziona il processo, salvi sempre i limiti d'ordine pubblico che l'iniziativa privata incontra nel controllo statale della tutela giuridica*”.

³⁷³ Si legge in A. DE SANCTIS RICCIARDONE, *L'autotutela civile*, Napoli, 2011, che i contrasti più rilevanti in dottrina si sono manifestati intorno all'identificazione del fondamento giuridico dell'*exceptio*, che alcuni avevano individuato nel principio della buona fede, altri nell'equità, altri ancora nel riferimento alla risoluzione, altri infine su principi giuridici compositi.

da cui deriva l'interesse del creditore alla conservazione dello *status quo*. Sollevando l'eccezione *ex art. 1460 o 1461 c.c.*, il creditore paralizza la contro-pretesa del debitore che diventa e resta inesigibile finché anche questi non abbia adempiuto. Si tratta, in sostanza, dell'esercizio di un diritto potestativo che consente al privato di ottenere sul piano stragiudiziale l'effetto desiderato attraverso un proprio comportamento; dunque, di una forma di autotutela³⁷⁴.

Altra forma di autotutela passiva cautelare è data dal diritto di ritenzione³⁷⁵ che è attribuito dalla legge a chi detiene la cosa altrui sulla quale ha eseguito spese od in rapporto alla quale vanta dei crediti da far valere (sono le ipotesi previste agli artt. 1006, 1011, 1152, 748, 1502, 2756, 2757, 2761 e 2794 c.c.). Lo *ius retentionis* consente al creditore di trattenere presso di sé la *res* di titolarità del debitore inadempiente, facendone oggetto di garanzia patrimoniale, in modo da indurlo all'adempimento. In tali fattispecie, si riconosce prevalenza al diritto di credito rispetto al diritto del debitore all'immediata restituzione della cosa, proprio in funzione della particolare connessione tra il bene ed il titolo creditorio³⁷⁶. Il diritto di ritenzione può anche essere pattuito dalle stesse parti, purché non sia esercitato nei confronti dei terzi che non sono stati in grado di conoscerne per tempo l'esistenza³⁷⁷.

Tra i rimedi di autotutela privata sono, altresì, collocabili la diffida ad adempiere e la clausola risolutiva espressa di cui gli artt. 1454 e 1456 c.c., giacché si tratta in entrambi i casi di rimedi che operano nei contratti a prestazioni corrispettive, e quindi rispetto a soggetti che rivestono la doppia qualifica di creditore-debitore, che mirano a garantire la

³⁷⁴ Si veda L. BIGLIAZZI GERRI, voce *Autotutela*, op. cit., p. 2

³⁷⁵ Il diritto di ritenzione risale al diritto romano e si ritiene sia stato introdotto dall'autorità del Pretore per attenuare il rigore dell'antico diritto costruito strettamente sullo *ius quiritium*, cui era estraneo ogni principio di equità, sul quale invece era stato fondato in concreto lo *ius retentionis*. Ricorda, in particolare, A. DE SANCTIS RICCIARDONE, *L'autotutela civile*, op. cit., p. 137, che la fattispecie per prima configurata era infatti quella del possessore di buona fede, convenuto in giudizio dal proprietario della cosa ed obbligato a restituirla senza avere alcuna garanzia sul suo diritto ad essere rimborsato delle spese sostenute per la conservazione e per i miglioramenti della cosa. Come rimedio a tale obbligo ritenuto ingiusto, il pretore allora consentì al possessore di buona fede di opporre al proprietario in rivendicazione l'*exceptio retentionis*, che divenne pertanto un mezzo di difesa privata con cui, pur senza disconoscere l'altrui pretesa petitoria, si sosteneva un fatto nuovo in grado di modificare del tutto la domanda della parte, o comunque di sospendere il riconoscimento giudiziale.

³⁷⁶ La tesi del diritto di ritenzione come forma di autotutela privata è accolta, tra gli altri, da A. BARBA, *Ritenzione (diritto privato)*, in Enc. dir., XL, Milano, 2000, p. 1373; L. MEZZANOTTE, *Il diritto di ritenzione. Dall'autotutela alla pena privata*, Napoli, 1995, p. 36, che vi ravvisa "un contenuto tipicamente sanzionatorio" attuato mediante il meccanismo di una pena privata.

³⁷⁷ Così TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2010, p. 637. Con riferimento ai rapporti tra legittimo esercizio dello *ius retentionis* ed il reato di appropriazione indebita di cui all'art. 646 c.p. la Corte di Cassazione con sentenza n. 17295 del 2011 ha precisato che la semplice ritenzione precaria, attuata a garanzia di un preteso diritto di credito, conservando la *res* a disposizione del proprietario e condizionando la restituzione all'adempimento della prestazione cui lo si ritiene obbligato, non modifica la natura giuridica del rapporto giuridico e, pertanto, esclude la configurabilità di un'ipotesi di appropriazione indebita

posizione di una parte il cui interesse alla cessazione del rapporto si considera prevalente perché rimasto “*ex uno latere*” inattuato a causa dell’altrui inadempimento. Anche in questo caso la dichiarazione di volontà di una parte, sia che trovi la sua fonte nella legge (*ex art. 1454 c.c.*) sia che abbia fonte convenzionale (*ex art. 1456 c.c.*) produce il medesimo effetto risolutivo del rapporto obbligatorio sul piano extraprocessuale ripristinando lo *status quo ante*; sicché anche qualora l’altra parte contestasse la validità della diffida o l’importanza dell’inadempimento, l’intervento del giudice si esaurirebbe in un’attività di mero accertamento³⁷⁸.

Ancora, nell’ambito dell’autotutela privata si inseriscono gli artt. 1210 e 1216 c.c. la cui attivazione consegue alla messa in mora del creditore, mediante offerta formale o secondo gli usi, per il caso in cui abbia, senza giustificato motivo, rifiutato l’adempimento offertogli dal debitore ovvero non l’abbia messo nelle condizioni di adempiere. Anche in tali fattispecie, si osserva, a seguito del comportamento arbitrario (e quindi illecito) del creditore, il debitore subisce una lesione del proprio interesse alla liberazione dal vincolo obbligatorio che lo legittima all’esercizio del diritto potestativo di eseguire il deposito (art. 1210 c.c.) ovvero di ottenere dal giudice la nomina del sequestrante (art. 1216 c.c.)³⁷⁹.

Per l’opinione della dottrina prevalente rientra tra le forme di autotutela privata anche la legittima difesa *ex art. 2044 c.c.*³⁸⁰, dovendo intendersi tale, prima di tutto, la difesa della persona in relazione ai suoi fondamentali interessi corrispondenti ai diritti

³⁷⁸ Così, ancora, L. BIGLIAZZI GERRI, voce *Autotutela*, op. cit., p. 3. L’Autrice, in particolare, osserva che “...*Del resto, il fatto che, insieme con gli strumenti indicati, la legge attribuisca alla parte non inadempiente anche il risarcimento degli eventuali danni, non vale a mutare le conclusioni. Giacché, se il corrispondente obbligo dovesse restare, a propria volta, inadempito, il ricorso al giudice per ottenere una sentenza di condanna rileverebbe sotto questo limitato profilo, lasciando intatta l’attuazione immediata della tutela principale (risoluzione del rapporto) sul piano sostanziale. Né, per concludere, pare si possa negare la ricorrenza del fenomeno in questione nelle ipotesi di recesso dal rapporto nelle quali ricorra una «giusta causa» (cfr. artt. 1385, 2° co., 1723, 1725, 1726, 1845, 2119, 2237, 2° co., 2285, 2° co., 2286, 2288 e 24, penult. co., c.c.). Dove «giusta causa» stia (non per «giustificato motivo», ma) per inadempimento o altro fatto della controparte lesivo dell’interesse del recedente”.*

³⁷⁹ Si osserva, in particolare, che quanto all’ipotesi di cui all’art. 1210 c.c., non ha alcuna rilevanza il fatto che la liberazione del debitore presupponga l’accettazione del creditore, poiché tale atto non costituisce la risposta ad un’offerta contrattuale, ma ha il solo valore di una presa d’atto della regolarità del deposito. Parimenti, anche l’eventuale sentenza che ne dichiari la validità è una mera sentenza di accertamento della conformità del comportamento del debitore a quanto disposto dall’art. 1212 c.c. circa la regolarità del deposito. Ciò che conta è che, in ogni caso, l’effetto liberatorio si realizza immediatamente sul piano sostanziale e l’eventuale giudicato vale soltanto a segnare il momento a partire dal quale il debitore non può più ritirare il deposito ed è liberato. Né le cose cambiano nell’ipotesi di cui al secondo comma dell’art. 1216, dove l’intervento del giudice gioca solo ai fini dell’identificazione del soggetto cui la cosa deve essere affidata, dipendendo la liberazione del debitore esclusivamente dal suo comportamento (ossia la consegna della cosa stessa al sequestratario). In questi termini L. BIGLIAZZI GERRI, voce *Autotutela*, op. cit., p. 4.

³⁸⁰ Anzi, vi è stato addirittura chi ha ritenuto che l’art. 2044 c.c. rappresenti la norma generale sull’autotutela nel nostro ordinamento, v. SATURNO, *L’autotutela privata. I modelli della ritenzione e dell’eccezione di inadempimento in comparazione del sistema tedesco*, Napoli, 1995, p. 234.

della personalità³⁸¹. Ed infatti, è stato osservato che “*se si parte dalla necessità, del resto immanente nel sistema, di attribuire al soggetto passivo di un altrui comportamento lesivo ... un efficace strumento di protezione, non si può fare a meno di constatare che, nella situazione che si deduce dall'art. 2044 c.c., ciò che viene in evidenza è proprio la posizione di chi si è visto costretto a reagire tempestivamente contro un simile comportamento. Sicché, in circostanze quali quelle descritte, l'esistenza dell'interesse leso (dell'agredito) non può non costituire la situazione- presupposto di un diritto (alla difesa immediata delle proprie ragioni, realizzantesi in via stragiudiziale), che consente (legittimandone a priori il comportamento, che viene così a ricadere nella sia pur evanescente categoria dei c.d. atti leciti dannosi) al soggetto di opporsi (peraltro entro i limiti segnati dalla norma) all'altrui (dell'aggressore) attività lesiva o pericolosa: diritto potestativo e strumentale, diretto ad una forma affatto particolare di tutela*”³⁸².

Nell'ambito dell'autotutela sembrerebbe, poi, farsi rientrare anche l'ipotesi dello stato di necessità *ex art. 2045 c.c.* che, a differenza della speculare fattispecie penale che fa venir meno l'antigiuridicità del fatto, in sede civile comporta un'attenuazione della responsabilità imponendo al danneggiante l'obbligo di corrispondere un'equa indennità anche se lo stato di necessità è derivato dal fatto colposo di un terzo³⁸³. Chi agisce in stato di necessità mira a tutelare il proprio o l'altrui diritto da un pericolo obiettivo al fine di mantenere inalterata la propria o l'altrui posizione giuridica. Per una parte della dottrina, tuttavia, la riconduzione dell'art. 2045 c.c. nell'alveo delle forme di manifestazione dell'autotutela appare più dubbiosa, poiché dovrebbe essere circoscritta alle sole ipotesi in cui l'attività necessitata è espressione di un diritto dell'agente che lo legittima a priori a reagire contro la situazione di pericolo attuale e concreta da lui non volontariamente

³⁸¹ In tal senso C.M. BIANCA, voce *Autotutela (dir. priv.)*, che ricorda come “...Includendo tra questi diritti anche il diritto all'intimità della casa, una sentenza tedesca ha reputato astrattamente giustificabile come esercizio di legittima difesa l'atto del soggetto che aveva strappato la macchina fotografica dalle mani di un fotografo introdottosi abusivamente all'interno della sua abitazione per fotografarla. Nelle concrete circostanze del caso l'atto è stato tuttavia dichiarato ingiustificato in quanto la macchina fotografica strappata e distrutta non conteneva più la pellicola (*Oberlandesgericht Düsseldorf 15 ottobre 1993, in NJW, 1994, p. 1971*)”.

³⁸² Così L. BIGLIAZZI GERRI, voce *Autotutela*, op. cit., p. 5; ID., *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, Milano, p. 49.

³⁸³ A. DE SANCTIS RICCIARDONE, *L'autotutela civile* op. cit., p. 199, osserva che nell'ordinamento civile lo stato di necessità configura una forma di autotutela “attenuata”, nel senso che il legislatore con l'art. 2045 non ha inteso legittimare *tout court* il comportamento di chi agisce in stato di necessità, il quale resterà comunque tenuto ad indennizzare il soggetto danneggiato a seguito della sua condotta per quanto “necessitata”.

creata e non altrimenti evitabile, in modo tale da escludere la responsabilità *ex art. 2043 c.c.*³⁸⁴

Del pari, non si può non considerare come la legge autorizzi anche forme di autotutela convenzionale la cui legittimità si fonda sul consenso prestato dall'altra parte del rapporto obbligatorio: ne costituiscono validi esempi l'arbitrato di cui all'art. 806 ss. c.p.c., la confessione stragiudiziale *ex art. 2735 c.c.*; nonché, quali forme atipiche, l'arbitrato irrituale su controversie componibili *secundum ius* ed il patto del *solve et repetere*³⁸⁵.

Per non dire, poi, dei rimedi di autotutela privata con funzione più propriamente esecutiva rinvenibili nelle figure di auto-soddisfacimento del credito pecuniario realizzato mediante il ricavato della vendita dei beni del debitore operata dallo stesso creditore: ossia la cessione dei beni ai creditori *ex art. 1977 c.c.* e la vendita del bene oppignorato nelle forme pattuite dalle parti *ex art. 2797, 4° co., c.c.*, ivi compresa quella affidata al creditore.

Ne deriva che l'autotutela privata costituisce una categoria giuridica dai contorni ampi e non ancora definiti, o meglio forse indefinibili, perché suscettibili di modificarsi, affinarsi ed ampliarsi tanto più inefficace ed eccessivamente lunga si fa l'attuazione giudiziaria dei diritti, fatti chiaramente salvi i limiti di ordine pubblico cui gli atti di iniziativa privata devono necessariamente sottostare³⁸⁶.

In sostanza, da quest'insieme di dati offerti dal diritto positivo non sembrerebbe possibile desumere un assoluto ed inderogabile principio di necessaria ingerenza dello Stato nell'attuazione e nella tutela dei diritti.

Detto principio, per i fini che qui interessano, non può nemmeno desumersi dal divieto del patto commissorio poiché, come dimostrato, detto divieto non mira a sanzionare *ex sé* la destinazione del bene al potere di autotutela consensuale esecutiva del creditore, quanto piuttosto l'abusivo approfittamento del creditore che lucra sulla differenza tra il valore del bene e l'entità del credito garantito³⁸⁷; rischio che può

³⁸⁴ In questi termini L. BIGLIAZZI GERRI, voce *Autotutela*, op. cit., p. 5 che precisa che le ipotesi di un esercizio dell'autotutela *ex art. 2045 c.c.* potrebbero rinvenirsi nelle ipotesi in cui "il conducente di un'auto, ad evitare il pericolo di collisione con altro veicolo colposamente determinato da un'errata manovra del conducente di questo, cagionasse un danno ad altri (sull'autonomia, in siffatte ipotesi, dell'azione *ex art. 2045 c.c.* rispetto a quella *ex art. 2043 c.c.*, che il danneggiato potrebbe rispettivamente esperire contro l'agente in stato di necessità e contro il terzo, da ultimo, Cass., 8.9.1978, n. 4074, in Arch. giuro circ., 1979, 36). Mentre la conclusione dovrebbe essere negativa tutte le volte in cui il comportamento dannoso fosse dovuto alla necessità di salvare «altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona» (si pensi al caso in cui un soggetto, per impedire l'uccisione di un terzo fatto segno a colpi di pistola, ferisca lo sparatore) o, invece, di far fronte (per salvare, allora, sia sé che altri) ad un pericolo dipendente da caso fortuito o dalle «forze brute» della natura".

³⁸⁵ Così E. BETTI, voce *Autotutela (dir. priv.)*, op. cit., p. 3.

³⁸⁶ Cfr. ancora E. BETTI, voce *Autotutela (dir. priv.)*, op. cit., p. 3.

³⁸⁷ C.M. BIANCA, voce *Autotutela (dir. priv.)*, op. cit., p. 11.

efficacemente scongiurarsi mediante l'apposizione al contratto costitutivo della garanzia di un patto marciano che, prevedendo l'obbligo per il creditore di restituire al debitore l'eventuale eccedenza di valore del bene come stimato da un terzo indipendente, assicura non solo il rispetto della proporzionalità tra le prestazioni, ma anche un controllo esterno al contratto che appare necessario tutte le volte che si discute di inadempimento contrattuale³⁸⁸.

Si potrebbe concludere, quindi, che, così come accade per il patto marciano, devono ritenersi lecite tutte quelle forme di manifestazione dell'autotutela privata esecutiva in cui il potere di auto-soddisfazione del creditore viene esercitato nel rispetto di precise garanzie legali (stima del bene ad opera di un terzo e restituzione dell'eccedenza di valore al debitore) idonee ad assicurare non solo la neutralizzazione di possibili abusi del creditore, ma anche la soddisfazione dell'interesse pubblico a che la deroga al monopolio statale della tutela giudiziale dei diritti sia ammessa soltanto nei casi e con le garanzie previste dalla legge.

2. L'esperienza tedesca.

Per poter meglio comprendere quali siano allo stato attuale dell'evoluzione dogmatica e della prassi giurisprudenziale le prospettive del divieto del patto commissorio appare utile guardare, per quanto sinteticamente, alle esperienze più significative degli altri ordinamenti di *civil law*.

Interessanti spunti di riflessione sono anzitutto offerti dal diritto tedesco che, per quanto fondato sulle basi della tradizione giuridica romanistica, nella disciplina delle garanzie reali non offre quello stesso grado di omogeneità con gli altri ordinamenti di eguale tradizione che è invece riscontrabile in altri settori dell'ordinamento³⁸⁹.

Il *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) sancisce il divieto del patto commissorio nell'ambito del Libro Terzo dedicato alla disciplina dei diritti reali (*Sachenrecht*), in due diverse disposizioni, il §1229³⁹⁰ in tema di pegno ed il § 1149³⁹¹ in tema di ipoteca,

³⁸⁸ In questi termini si veda T. RUMI, *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni "marciane" a garanzia del credito immobiliare*, op. cit., p. 114.

³⁸⁹ In questi termini v. N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, p. 244; G. PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, Napoli, 1980, p. 2. Per una dettagliata e più compiuta analisi delle problematiche sollevate dal divieto del patto commissorio nel diritto tedesco, si v. M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, Studio di diritto comparato, Torino, 2000, p. 151 ss.

³⁹⁰ Il §1229 BGB prevede testualmente che: "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".

³⁹¹ il § 1149 BGB così dispone: "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

dichiarando la nullità dei patti con cui si prevede che il creditore acquisti in via definitiva la proprietà del bene dato in garanzia per l'ipotesi di inadempimento del debitore.

Già sotto il profilo sistematico emergono, quindi, due prime differenze rispetto alla disciplina dettata dal nostro codice civile, ove lo speculari art. 2744 è collocato, invece, nell'ambito del Libro VI sulla tutela dei diritti quale norma di chiusura delle disposizioni generali sulla responsabilità patrimoniale ed accoglie contestualmente il riferimento alla garanzia pignoratizia ed ipotecaria.

Più in particolare, quanto al pegno, il §1229 prevedendo che è nullo il patto con cui si prevede che alla scadenza del credito garantito, in caso di mancato o tardivo adempimento, la proprietà del bene oppignorato passi in capo al creditore ovvero sia a questi trasferita si riferisce a due diverse fattispecie: l'acquisizione automatica del bene da parte del creditore, oppure il diritto di questo di pretendere il trasferimento della proprietà. Il BGB, dunque, codifica anche il divieto del patto commissorio autonomo che, invece, nel nostro ordinamento ha trovato consacrazione solo attraverso un'interpretazione estensiva dell'art. 2744 c.c.³⁹²

Affinché possa trovare applicazione il § 1229 è necessario il preventivo inadempimento del debitore datore di pegno. La dottrina tedesca osserva, infatti, che il condizionamento dell'obbligazione di trasferimento della proprietà, ovvero dell'automatico passaggio in proprietà, è condizione essenziale affinché operi la sanzione della nullità per violazione del divieto del patto commissorio, sicché si può parlare di "decadenza" dalla proprietà solo quando essa sia simultanea al mancato soddisfacimento del creditore³⁹³.

Ai fini della declaratoria di nullità del patto commissorio è altresì necessario che questo sia stato stipulato precedentemente alla scadenza del debito garantito e che il bene

proprietà del fondo o di promuovere l'alienazione del fondo per altra via che per quella dell'esecuzione forzata".

³⁹² Sul punto G. VALENTE, *Patto commissorio e pegno nel diritto tedesco: verfallvereinbarung und pfandrecht*, in *www.juscivile.it*, p. 408, ove si legge: "...è possibile anche arguire che, in conseguenza di uno dei due descritti modi di atteggiarsi del patto commissorio - quello cioè di un negozio che trasferisce la proprietà dell'oggetto del pegno in via automatica - il § 1229 BGB introduce inoltre una eccezione rispetto al sistema civilistico tedesco nel quale la vendita non ha effetti reali, ma solo effetti obbligatori. Il BGB, com'è noto, non accoglie il cosiddetto principio del consenso traslativo (o principio consensualistico), stabilendo, per esempio, al § 433 BGB, relativo alle Vertragstypische Pflichten beim Kaufvertrag (obbligazioni contrattuali tipiche nel contratto di vendita), che il contratto di vendita comporti, quali effetti giuridici in capo al venditore, l'obbligo di consegnare la cosa al compratore, così come a procurargliene la proprietà".

³⁹³ Così G. VALENTE, *Patto commissorio e pegno nel diritto tedesco: verfallvereinbarung und pfandrecht*, op. cit., p. 409 che richiama gli studi di J. VON STAUDINGER, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 3. Sachenrecht § § 1204-1296.

di cui si prevede il passaggio in proprietà al creditore sia la stessa *res* pignorata, non un altro bene.

Per la corretta individuazione della *ratio* del § 1229 la dottrina tedesca prende a riferimento il momento della scadenza del credito garantito. Prima di tale momento, si osserva, l'intento del legislatore è quello di evitare che il patto commissorio possa alterare la funzione di garanzia tipica del pegno. Peraltro, la garanzia pignorizia viene normalmente prestata per un valore maggiore rispetto all'ammontare del credito, sicché prevedere per l'ipotesi di inadempimento il passaggio della proprietà del bene pignorato significherebbe consentire un illegittimo arricchimento del creditore³⁹⁴.

Al contrario, qualora il patto tra creditore e debitore sia stipulato successivamente alla scadenza del credito garantito (ad esempio con un debito già in stato di ritardato adempimento) non potrebbe trovare applicazione il § 1229, perché trattandosi di credito già scaduto detto patto non potrebbe alterare la funzione di garanzia tipica del pegno e, non essendo integrata la *ratio* del § 1229, non potrebbe legittimarsi la sanzione della nullità.

Semmai, per la dottrina tedesca l'accordo stipulato successivamente alla scadenza del credito garantito dovrebbe essere qualificato come prestazione in luogo dell'adempimento soggetta alla disciplina di cui ai §§ 364 e 1252 del BGB. In tali fattispecie, si osserva, il trasferimento della proprietà pattuito tra creditore e debitore, quand'anche ad effetti obbligatori, mira ad estinguere il credito garantito e, dunque, assolve una funzione solutoria e non di garanzia. Tuttavia, rimarrebbe sempre aperto il problema dell'eventuale squilibrio tra le due prestazioni in considerazione del maggior valore che, come si è detto, normalmente ha il bene costituito in pegno, con probabile ingiustificato arricchimento del creditore che potrebbe legittimare l'applicazione per via analogica del § 1229 BGB³⁹⁵.

Proprio su tale ultimo rilievo, una parte della dottrina tedesca ha individuato il fondamento del § 1229 nell'esigenza di scongiurare abusi del creditore in danno del debitore ed ha così propugnato un'interpretazione estensiva della norma oltre la fattispecie tipica del pegno che, tuttavia, come appresso si vedrà, non è mai stata accolta dalla giurisprudenza³⁹⁶.

³⁹⁴ H. BRUHNS, Gmb HR, 2006, 587, 590; BeckOK-Sosnitza, § 1229 BGB, Rn.3.

³⁹⁵ J. DAMRAU in *Münchener Kommentar, zum BGB*, 5. Auflage 2009, BGB § 1229, Rn. 6.

³⁹⁶ Così H.F. GAUL in J. VON STAUDINGER, *Kommentar*, cit., 149

Una parte della dottrina italiana ricorda, tuttavia, come a prescindere da eventuali abusi o fenomeni usurari in danno del creditore, nell'ordinamento tedesco ai sensi del § 925, secondo comma, BGB non è ammissibile l'assunzione di un obbligo sotto condizione e che ai sensi del § 1149 il soddisfacimento del creditore ipotecario può avvenire solo nelle forme dell'esecuzione forzata, con conseguente nullità di tutti quei patti che consentono al creditore ipotecario di soddisfare il suo diritto in via stragiudiziale. In tale prospettiva anche il § 1229 BGG sarebbe posto, in realtà, a tutela del diritto di vendita del creditore pignoratizio che in ipotesi di patto commissorio legittimo non verrebbe ad essere esercitato, trovandosi il creditore già nella proprietà del bene per il solo fatto dell'inadempimento³⁹⁷.

Analoghi principi sono sanciti in materia di ipoteca dal § 1149 BGB che vieta al proprietario, finché il credito non è scaduto, di accordare al creditore il diritto di pretendere il trasferimento della proprietà del fondo o di promuovere l'alienazione del fondo per altra via, che non sia quella dell'esecuzione forzata, al fine di soddisfare il proprio credito³⁹⁸.

La ratio del divieto viene comunemente individuata nell'esigenza di tutelare il debitore in stato di bisogno che potrebbe acconsentire di offrire in proprietà un bene di valore di gran lunga superiore al proprio debito, confidando di poter trovare, nelle more della scadenza dell'obbligazione, la liquidità necessaria all'adempimento³⁹⁹. Sicché, stando alla *ratio* ed al tenore letterale della norma, non sembrerebbero esserci ostacoli alla validità di un patto avente il medesimo contenuto, ma stipulato successivamente alla scadenza del credito garantito poiché, essendo questo già esigibile, il debitore non potrebbe più confidare nell'adempimento e dunque la scelta di convenire un trasferimento in proprietà con efficacia estintiva del debito sarebbe il frutto di una sua libera scelta. Si è, tuttavia, osservato che anche laddove nel diritto tedesco non fosse stato previsto il divieto del patto commissorio di cui al § 1149 BG, il carattere abusivo od usurario della pattuizione si sarebbe potuto affermare in applicazione della generale previsione di cui al § 138, che sanziona con la nullità qualsivoglia negozio giuridico in cui una parte ha abusato dello stato di bisogno, della leggerezza o dell'inesperienza dell'altra, facendo

³⁹⁷ Il riferimento è a M. BUSSANI, *Il modello italiano delle garanzie reali*, in *Contr. Impr.*, 1997, che giunge ad una tale conclusione sulla base di una lettura sistematica delle disposizioni del BGB.

³⁹⁸ Si è osservato che detta disposizione deve essere letta in combinato disposto con il § 134 BGB che sancisce la nullità di qualunque negozio giuridico che urti con un divieto imposto dalla legge, salvo che la legge stessa non disponga diversamente.

³⁹⁹ Si v. GAUL, *Lex commissoria und Sicherungsübereignung*, in *AcP* 168, 1968, p. 374. Per un migliore approfondimento della *ratio* del divieto nel diritto tedesco si rinvia allo studio di G. VALENTE, *Patto commissorio e pegno nel diritto tedesco: verfallvereinbarung und pfandrecht*, op. cit., p. 410.

promettere o dare a sé o ad un terzo una prestazione che supera il suo reale valore economico.

Ferma la suddetta disciplina codicistica, la giurisprudenza nell'ottica di favorire il finanziamento alle imprese⁴⁰⁰ ha ammesso la validità della *Sicherungsübereignung*⁴⁰¹, ossia del trasferimento della proprietà a scopo di garanzia, che nonostante le voci critiche della dottrina è ormai divenuta parte integrante del sistema tedesco delle garanzie⁴⁰².

Si tratta, in particolare, di una alienazione di tipo fiduciario ove l'obbligo restitutorio è strutturato in maniera tale da assolvere ad una funzione di garanzia, cui si accompagna la concessione del possesso del bene su cui insiste la garanzia⁴⁰³. In buona sostanza, mediante il ricorso a tale istituto un imprenditore aliena fiduciariamente un bene strumentale al proprio ciclo produttivo all'ente finanziatore che ne conserva la proprietà fino al termine pattuito per la restituzione delle somme mutate ed al contempo ne concede il possesso all'imprenditore che così ne resta nella materiale disponibilità continuando a sfruttarlo nel proprio ciclo produttivo (un meccanismo che ricorda quello che la nostra giurisprudenza conosce come *sale and lease back*).

⁴⁰⁰ Sul punto si v. N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, op. cit., p. 245 nt. 454. L'Autore ricorda come in Germania l'esigenza di offrire nuovi strumenti di garanzia dei finanziamenti fu inizialmente supplita mediante il ricorso allo strumento della vendita con patto di riscatto (*Kauf auf Wiederkauf*) che veniva funzionalizzata alla costituzione di garanzie reali. Tale funzione finì poi con l'incidere sulla disciplina, sicché si cominciò a stabilire che, in caso di adempimento, il bene sarebbe tornato automaticamente in proprietà del debitore, mentre, in caso di inadempimento, il creditore non avrebbe potuto limitarsi a trattenere la cosa, ma avrebbe dovuto venderla e restituire al debitore l'eventuale plusvalenza. A questo punto, si verificò anche formalmente il passaggio dal *Kauf auf Wiederkauf* alla *abstrakte Sicherungsübereignung*. Sul punto si veda, *amplius*, G. PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, op. cit., p. 30 ss.

⁴⁰¹ Sulla funzione dell'istituto cfr. BECKER EBERHARD, *Zur Anwendbarkeit des § 419 BGB auf die Sicherungsübereignung*, in AcP, 1985, p. 429 ss., p. 462. Per la ricostruzione storica dello sviluppo di tale istituto nel diritto tedesco si veda G. PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, op. cit., p. 30. Il meccanismo è sostanzialmente il seguente: l'imprenditore finanziato aliena fiduciariamente in garanzia un bene produttivo, del quale fino alla restituzione delle somme erogate diventa titolare l'ente finanziatore che, però, ne attribuisce il possesso all'imprenditore che dunque non ne perde la disponibilità potendo continuare ad impiegarlo nel proprio ciclo produttivo. In sostanza, si tratta di un istituto non dissimile a quello che la nostra giurisprudenza conosce come *sale and lease-back*.

⁴⁰² Ancora, N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, op. cit., p. 245 nt. 455, ricorda come la dottrina tedesca si sia opposta strenuamente alla validità del trasferimento a scopo di garanzia, ma la battaglia si giocò in realtà più sul piano della politica economica che su quello giuridico, poiché la nuova garanzia riuscì in breve tempo a trovare una notevole diffusione, dimostrandosi di gran lunga lo strumento più adatto a facilitare l'accesso delle imprese al finanziamento. Ed infatti, soprattutto nei momenti di crisi economica quale fu quello che visse la Germania nel periodo postbellico, gli unici beni dei quali l'impresa poteva disporre, anche al fine di conferirli in garanzia, erano i beni produttivi, il che rendeva indispensabile il ricorso a una garanzia non possessoria. Data la grande diffusione dello strumento negoziale, la giurisprudenza ratificò la scelta dei privati sancendo la validità della *Sicherungsübereignung*. Sul punto cfr. anche G. PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, op. cit., p. 35.

⁴⁰³ Così la definisce N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, op. cit., p. 246.

Questa forma di garanzia non possessoria, proprio per la sua naturale flessibilità ha finito con il divenire la principale forma di finanziamento alle imprese, sebbene nella prassi applicativa abbia trovato maggiore diffusione rispetto alle sole garanzie mobiliari⁴⁰⁴.

L'elemento più caratteristico è il c.d. *Umwaldlungsprinzip* (ossia il principio di conversione) in virtù del quale la stessa situazione giuridica può atteggiarsi come pieno diritto di proprietà o come un più attenuato diritto reale di garanzia a seconda che il debitore adempia o meno all'obbligo restitutorio. Nel caso di inadempimento del debitore è attribuito al creditore il diritto di vendere il bene e di soddisfarsi sul ricavato della vendita con l'obbligo di restituire al debitore l'eventuale l'eccedenza di valore rispetto all'entità del credito; oppure, mediante apposita clausola, si può concordare la *Verfalklausel*, ossia il diritto del creditore di appropriarsi del bene.

In entrambi i casi, all'ammissibilità di un siffatto trasferimento della proprietà a scopo di garanzia si perviene nonostante l'esistenza dell'espresso divieto del patto commissorio. Ed infatti, a differenza di quanto accaduto nell'ordinamento italiano, in quello tedesco la dottrina che ha sostenuto l'estensione della portata applicativa dei §§ 1229 e 1149 oltre alle fattispecie tipiche del pegno e dell'ipoteca, è rimasta minoritaria e non ha mai trovato l'avallo della giurisprudenza che ha affermato l'inapplicabilità del divieto del patto commissorio al di fuori dalle garanzie reali tipiche.

Nella prassi commerciale, tuttavia, la clausola della *Verfalklausel*, che invero sembrerebbe atteggiarsi secondo il modello del patto marciano, ha trovato più scarsa applicazione perché, come è stato osservato, lo scopo principale degli enti finanziatori è quello liquidatorio, cioè di conseguimento del valore economico del bene, non tanto quello di acquisirne la proprietà⁴⁰⁵.

Per l'ipotesi in cui, invece, le parti non abbiano convenuto, ovvero espressamente escluso, l'obbligo del creditore di restituire l'eccedenza di valore tra il bene trasferito in proprietà e l'ammontare del credito garantito, la dottrina e la giurisprudenza tedesca

⁴⁰⁴ Osserva, in particolare, N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, op. cit., p. 246, come teoricamente possano essere trasferiti in garanzia anche gli immobili, ma nella prassi tedesca si preferisce ricorrere alla costituzione di più semplici diritti reali di garanzia, che risultano altrettanto efficaci e, oltre a richiedere meno formalità amministrative, sono meno onerosi sul piano fiscale. Infatti, l'ipoteca garantisce risultati più che soddisfacenti, anche grazie all'efficienza del sistema processuale tedesco.

⁴⁰⁵ M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio. Studio di diritto comparato*, Torino, 2000, p. 161 ss. L'Autore, specialmente nella nt. 30, riporta il testo di clausole contenute nelle condizioni generali di contratto di taluni istituti di credito e specifica che la *Verfalklausel* nella sostanza si atteggia a patto marciano poiché prevede l'obbligo del creditore di restituire l'eventuale eccedenza di valore rispetto all'entità del credito.

maggioritaria si è espressa nel senso che l'inapplicabilità del divieto del patto commissorio al di fuori delle fattispecie tipiche di pegno ed ipoteca non vale ad escludere, altresì, l'applicabilità delle regole generali che governano i rapporti obbligatori, tra cui in particolare il § 138 BGB, che sancisce la nullità dei negozi conclusi da una parte profittando dello stato di bisogno dell'altra, si da determinare un'evidente squilibrio tra il valore economico delle prestazioni⁴⁰⁶. Sulla base di questa stessa norma è, poi, garantito un controllo sull'adeguatezza economica delle prestazioni che, laddove accertato inesistente, legittima il debitore alla c.d. *Übersicherung*, cioè all'esercizio del diritto alla liberazione dell'eccedenza dal vincolo della garanzia⁴⁰⁷.

In conclusione, può affermarsi che il divieto del patto commissorio in Germania è stato oggetto di un percorso interpretativo esattamente opposto a quanto accaduto in Italia ove, accanto alla tradizionale illiceità delle alienazioni in garanzia, l'interpretazione funzionale dell'art. 2744 c.c. ne ha consentito l'applicazione oltre i confini che le sono propri finendo con sacrificare gli interessi degli operatori economici. Al contrario, in Germania, nonostante l'espressa previsione del divieto del patto commissorio in materia di garanzie reali, la giurisprudenza si è mostrata capace di resistere alle critiche della dottrina ed ha riconosciuto la liceità dell'alienazione in garanzia e di altri strumenti negoziali atipici che consentono di ottenere i medesimi effetti dei §§ 1229 e 1149, purché risulti assicurato l'equilibrio economico delle prestazioni e scongiurato il rischio di abusi in danno del debitore.

⁴⁰⁶ Sul punto, N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, op. cit., p. 249 richiama in tal senso R. SERICK, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungstransferung*, III, *Die eillfache Sicherullgsibertragullg*, Heidelberg, 1970, p. 488 ss.

⁴⁰⁷ Si veda N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, op. cit., p. 220, in particolare in nt. 474, ove si legge che "Il problema si pone soprattutto nei casi in cui l'oggetto del trasferimento in garanzia è variabile o futuro. In simili ipotesi, è facile che le parti non conoscano precisamente il valore dei beni che saranno trasferiti in garanzia. Come illustra A. BRAUN, *I trusts di garanzia in Germania*, cit., p. 41 s., per un lungo periodo la giurisprudenza ha dichiarato l'inefficacia dei trasferimenti in garanzia privi delle *Freigabeklauseln* (clausole di liberazione), in base alle quali l'eventuale eccedenza del valore del bene rispetto al credito deve essere immediatamente restituita al debitore. Di recente, è infine prevalsa una soluzione più adatta a contemperare gli interessi delle parti, e le Sezioni unite del *Bundesgerichtshof* hanno stabilito che, indipendentemente dalla presenza delle suddette clausole, sussiste il diritto del debitore alla restituzione: cfr. *BGH* 27 novembre 1997, in *Neue jur. Wochenschr.*, 1998, p. 671 S8".

3. L'esperienza francese e la riforma delle garanzie reali tipiche.

Per il civilista italiano l'esperienza più interessante è indubbiamente quella francese⁴⁰⁸, giacché anch'essa è caratterizzata da connotati marcatamente formalistici in cui il divieto del patto commissorio, si è detto, ha rappresentato una vera e propria forma di reazione contro gli attacchi ai principi della tipicità dei diritti reali e della causalità negli atti di trasferimento della proprietà, impedendo la creazione di nuove forme di garanzia mobiliare⁴⁰⁹.

Il *Code Civil* disciplina il divieto del patto commissorio agli artt. 2078 e 2088 rispettivamente in tema di pegno ed anticresi sulle cui basi, come detto, è stato costruito il nostro art. 2744 c.c. Il divieto è poi confermato dall'art. 93 del *Code de commerce* relativamente al pegno commerciale, mentre non v'è un divieto espresso in materia di ipoteca, giacché l'art. 742 del *Code de procédure civile* dispone l'inderogabilità delle norme sul procedimento esecutivo immobiliare.

Il sistema francese delle garanzie reali (*Sûreté réelle traditionnelles*) racchiude un complesso variegato di istituti tutti caratterizzati: dal formalismo delle modalità di costituzione; dal carattere dell'accessorietà; dal principio di specialità quanto al credito garantito ed al bene oggetto della garanzia; dall'ampia e frammentata presenza di privilegi, speciali e generali, mobiliari e immobiliari di cui diviene spesso complessa, nella pratica, l'individuazione del grado di prelazione.

Il rigido formalismo caratterizzante le disposizioni codicistiche ha di fatto indebolito la posizione dei creditori titolari di un diritto reale di garanzia, rendendo meno attrattivo il mercato finanziario francese per gli operatori di mercato. Di qui, secondo un processo non dissimile da quello cui si è assistito nel nostro Paese, gli sforzi degli interpreti di individuare nuovi strumenti in grado di contemperare le esigenze di tutela del debitore imposte dalla tradizione giuridica con quelle di snellezza e flessibilità tipiche del mercato del credito ed ancora più acute dall'apertura verso forme di economia globalizzata⁴¹⁰.

Il legislatore francese ha, così, recepito alcuni degli schemi negoziali con funzione di garanzia ben noti al diritto tedesco, come la vendita con riserva della proprietà

⁴⁰⁸ Sullo stato della dottrina e della giurisprudenza francesi in materia di divieto del patto commissorio si veda, in particolare, M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio. Studio di diritto comparato* p. 97 ss.

⁴⁰⁹ In tal senso, A. GARDELLA, *Le garanzie finanziarie nel diritto internazionale privato*, Milano, 2007, p. 7-8, richiamato da G. BRIANDA, *Le prospettive del patto commissorio tra normativa comunitaria, lex mercatoria e tradizione*, op. cit., p. 820.

410

introdotta con la *Loy* n. 80-335 del 12 maggio 1980 ed in cui l'effetto traslativo si perfeziona al momento del pagamento integrale del prezzo ed ove, come accade in Italia, in caso di inadempimento del compratore il venditore ha l'obbligo di restituire le somme ricevute a titolo di prezzo⁴¹¹.

Nella medesima prospettiva è divenuto poi sempre più frequente, soprattutto nel settore bancario, il ricorso a tecniche di garanzia del credito basate sul trasferimento fiduciario della proprietà, come la cessione fiduciaria di titoli e beni incorporali⁴¹².

In funzione di garanzia è anche menzionabile il pegno irregolare in cui l'acquisto della proprietà del denaro o di beni fungibili oggetto della garanzia è subordinato alle vicende del credito garantito; così come il contratto di *leasing* finanziario o "*crédit-bail*"⁴¹³ che può essere mobiliare o immobiliare e consente di piegare il diritto di proprietà ad una funzione di garanzia.

La *Loy Dailly* del 2 gennaio 1981 (modificata dalla *Loy* n. 84-86 del 24 gennaio 1984)⁴¹⁴ ha, poi, introdotto in materia di crediti una serie di disposizioni volte a

⁴¹¹ Sulla vendita con riserva della proprietà nel sistema francese e sull'influenza che sulla legge francese ha avuto il modello tedesco dell'*Eigentumsvorbehalt*, v. B. CASSANDRO SULPASSO, *Riserva prolungata della proprietà e cessione globale dei crediti di impresa: il modello tedesco in Francia*, cit., p. 759 ss. Piti in generale sull'istituto v. J. GHESTIN, *Riflessioni di un civilista francese sulla clausola di riserva della proprietà*, cit., p. 440 ss.; P. MALAURIE e L. A YNES, *Cours de droit civil*, IX, *Les sûretés. La publicité foncière*, 7^e ed., Paris, 1995, p. 290 ss.; G. MARTY, P. RAYNAUD e P. JESTAZ, *Les sûretés. La publicité foncière*, 2e ed., Paris, 1987, p. 346 ss. Si veda anche VECCHI, *La cessione del credito in garanzia ed il trasferimento in garanzia della proprietà*, in *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica*, V Congresso Internazionale ARISTEC a settembre 2001 in Salisburgo, Torino, 2001, p. 288, che dà conto sia in Francia che in Italia è escluso in linea di principio che si possa prolungare la riserva di proprietà su beni o diritti diversi dalla cosa che ha formato oggetto della vendita, salvi casi assai specifici di surrogazione. In particolare, l'Autore osserva che: "*In ogni caso, però, seppure si inquadra la riserva di proprietà alla stregua di un diritto di garanzia, appare innegabile che questo si costituisce attraverso discipline convenzionali delle vicende proprietarie, e che la circolazione stessa della proprietà, almeno nella sua titolarità formale, si presenta condizionata alle vicende del credito garantito. Tutto ciò, evidentemente, in contrasto con l'idea che la proprietà sia considerata assolutamente insuscettibile di essere utilizzata a fini di garanzia*".

⁴¹² Per quanto, invece, riguarda i beni corporali, talvolta la giurisprudenza ha sanzionato operazioni nelle quali ha ritenuto di poter individuare violazioni del patto commissorio (cfr. Casso civ., 3 maggio 1973, in *Rev. crit. di int. privé*, 1974, p. 100 ss.; Casso civ., 8 luglio 1969, *ivi*, 1971, p. 75 ss.; Casso com., 13 gennaio 1965, in *Banque*, 1965, p. 423 ss.). In dottrina si afferma l'importanza della *fiducie*, che non necessariamente comporta violazioni del divieto di patto commissorio (G. M A R - TY, P. RAYNAUD e P. JESTAZ, *Les sûretés. La publicité foncière*, cit., p. 338 88.), e si sottolineano in particolare le ripetute prese di posizione della giurisprudenza nel senso dell'inapplicabilità per analogia del divieto posto dagli artt. 2078 e 2088 *code civil* (cfr. C. WITZ, *Lafiducie en droit privé français*, Paris, 1981, p. 274 S5.).

⁴¹³ Sul punto si vedano PARLEANI, *Le contrat de lease-back*, in *Rev. Trim. Dr. Com.*, vol. 26, IV, 1973, p. 699; WITZ, *La fiducie en droit privé français*, Parigi, 1981, p. 149; BEY, *Le crédit-bail envisagé comme une sûreté*, in *L'evolution de droit des sûretés della Rev. Jurispr. Com.*, 1982, p. 52.

⁴¹⁴ La *Loy Dailly* (che deve il nome al Senatore che la propose) semplifica in maniera considerevole la disciplina della cessione, limitando al massimo i requisiti formali, ulteriormente ridotti dalle modifiche apportate con la legge bancaria del 1984. La peculiarità di questa novella legislativa risiede nel fatto che essa costituisce il punto di partenza di un fenomeno in continua evoluzione che ha avuto ad oggetto prima per i beni incorporali aventi un valore determinato, poi l'insieme dei beni, fino alla consacrazione nel *Code civil* della *fiducie sûreté*. I crediti oggetto di cessione possono essere anche a termine, futuri o già sorti ma non ancora né liquidi né esigibili. È tuttavia possibile che la facoltà di cedere crediti sia ristretta a mezzo di

semplificare in misura considerevole la disciplina della cessione in garanzia e della costituzione della garanzia pignoratizia in favore di istituti che abbiano erogato credito ad un imprenditore commerciale in forma individuale o societaria. Si prevede, così, la possibilità di garantire l'adempimento dell'obbligo restitutorio della somma capitale mediante la cessione di crediti che il debitore vanta verso terzi in favore della banca finanziatrice. Sicché, se alla scadenza il cedente è adempiente, il cessionario restituirà automaticamente i crediti ceduti, viceversa la banca finanziatrice cessionaria può escutere la garanzia chiedendo il pagamento al debitore ceduto. La c.d. *cession Dailly* pur essendo soggetta a specifiche formalità, per quanto "alleggerite", a differenza della cessione di diritto comune non impone al cessionario l'obbligo di portarla a conoscenza dei terzi, ovvero di notificarla al debitore ceduto del quale non è nemmeno richiesto il consenso. Ne deriva che in caso di conflitto tra più cessionari successivi di uno stesso credito, prevale il primo anche qualora il secondo abbia notificato la cessione al debitore ceduto⁴¹⁵.

La dottrina francese non ha mai sollevato particolari criticità in ordine alla compatibilità tra la *cession Dailly* ed il divieto del patto commissorio, sebbene alcuni abbiano rilevato come in realtà tale atteggiamento rifletta una contraddittorietà del sistema laddove, mentre l'uso della proprietà in funzione di garanzia sembra escluso in relazione ai beni corporali e soprattutto a quelli dati in garanzia, si assiste per contro ad una notevole apertura allorché si tratti di diritti di credito⁴¹⁶.

Nell'ambito del mercato interbancario è, poi, diffusa la c.d. *pension* che consente ad un imprenditore di ottenere l'accesso al credito dietro la cessione in garanzia della

una clausola contrattuale secondo la quale i crediti devono essere già sorti (Corte di Cassazione francese, sentenza n. 99-14793 del 2002). Alcuni autori, in particolare, MAZEAUD- MAZEAUD- CHABAS, *Leçon de droit civil*, vol. III, Parigi, 1999 hanno proposto l'applicazione della *Loy Dailly* in senso estensivo e hanno sottolineato come del 1981 il principale metodo per utilizzare un credito a scopo di garanzia consisteva nella sua incorporazione in un titolo cambiario che veniva scontato tramite un istituto finanziario il quale acquistava la proprietà del credito in garanzia del pagamento del credito che attribuiva al beneficiario e, a sua volta, il beneficiario poteva contare sulla sicurezza derivante dall'applicazione del diritto cambiario. Si trattava, tuttavia, di un meccanismo non privo di svantaggi atteso che comportava l'utilizzo di numerosi titoli e risultava molto rigido.

⁴¹⁵ Sul punto, tuttavia, MAZEAUD- MAZEAUD- CHABAS, *Leçon de droit civil*, op. cit., p. 372 rilevano che anche la *cession Dailly* non conferisce in ogni caso una sicurezza totale al cessionario circa il soddisfacimento della sua pretesa atteso che il debitore ceduto può opporre al cessionario delle eccezioni anteriori o posteriori alla notifica della cessione che possono essere inerenti al debito, così come può invocare la compensazione dei debiti. Gli Autori rilevano, tuttavia, che il cessionario ha a disposizione il rimedio dell'accettazione della cessione da parte del debitore ceduto che dà luogo all'assunzione di un obbligo irrevocabile di pagare che va a beneficio del cessionario di buona fede (CMF, art. L. 313-29). Trattandosi di un atto che aggrava notevolmente la posizione del debitore ceduto, la giurisprudenza ha, però, precisato che occorre che l'accettazione non sia anteriore alla cessione (Corte di Cassazione francese, sentenza n. 770 del 2000).

⁴¹⁶ Così, VECCHI, *La cessione del credito in garanzia ed il trasferimento in garanzia della proprietà*, op. cit., p. 214.

proprietà di valori o titoli in favore della banca finanziatrice; cessione che diviene efficace ed opponibile ai terzi al momento della consegna materiale del valore o del titolo su di un conto corrente all'uopo intestato al cessionario che, per il caso di inadempimento, le acquisisce definitivamente in proprietà.

In questa stessa prospettiva si colloca il *Décret* del 21 maggio 1997 n. 97-509 che agli artt. 3 e 4 disciplina il *gage de compte d'instruments financiers* che consente al creditore, decorsi otto giorni dalla messa in mora del debitore, di soddisfarsi o sulle somme giacenti sul conto corrente in cui sono depositati gli strumenti finanziari, ovvero di optare per la loro assegnazione in proprietà fino alla concorrenza del proprio credito e tenuto conto dei valori di mercato dei titoli medesimi. La giurisprudenza e la dottrina francese ritengono lecita tale prassi commerciale sul rilievo che il *gage* non pone difficoltà peculiari nella determinazione del giusto prezzo.

Se, poi, dal mero dato legislativo si passa all'esame del diritto vivente francese è possibile osservare come, contrariamente a quanto accaduto in Italia, che pure proprio sull'esempio del *Code civil* ha eretto il divieto del patto commissorio difendendolo strenuamente, se la dottrina⁴¹⁷ non ha mancato di rilevare la desuetudine del divieto, la giurisprudenza⁴¹⁸ ne ha sempre propugnato un'interpretazione in senso restrittivo, negandone l'applicabilità fuori dai casi tipici⁴¹⁹.

Ed infatti, è stata pacificamente esclusa l'applicabilità del divieto al patto commissorio *ex intervallo* sul rilievo che successivamente alla conclusione del contratto di finanziamento il debitore non corre il rischio di subire un pregiudizio, ma al contrario potrebbe egli stesso avere interesse al trasferimento della proprietà del bene dato in garanzia onde sottrarsi alle lungaggini del processo esecutivo⁴²⁰. Parimenti, ulteriore

⁴¹⁷ Si interrogano sull'effettiva opportunità del mantenimento del divieto, ad esempio, G. MARTY, P. RAYNAUD e P. JESTAZ, *Les suretés. La publicité foncière*, cit., p. 73 ss. Gli Autori, nel soffermarsi sulla *ratio* del divieto del patto commissorio ricordano come esso sia tradizionalmente ricondotto ad esigenze di tutela del debitore e dei terzi creditori, ma obiettano che l'esigenza di tutela della *par condicio creditorum* è oggi indebolita, quasi a privarla di fondamento, dal diffondersi anche a livello legislativo di strumenti che utilizzano direttamente il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia.

⁴¹⁸ Sul punto sia consentito il rinvio agli ampi riferimenti contenuti in M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, op. cit., p. 100 ss.

⁴¹⁹ In tal senso di veda N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marcano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, op. cit., p. 255.

⁴²⁰ Cass. Civ., 17 novembre 1959, in *Rev. trim. civ.*, 1960, p. 198 S.; App. Paris, 20 dicembre 1983, in *Daloz*, 1984, Inf. Rap., p. 175, ammettono la validità del patto commissorio *ex intervallo* proprio rilevando la necessità di evitare che il divieto si ritorce contro il debitore impedendogli di ottenere migliori condizioni ad esempio concordando l'appropriazione del bene da parte del creditore. In dottrina v., nello stesso senso, G. RIPERT e R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, I. ed., Paris, 1986, p. 547. G. MARTY, P. RAYNAUD e P. JESTAZ, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, cit., p. 75, invece, rilevano come in realtà non vi sia ragione di affermare che nel patto *ex intervallo* sia da escludere la possibile prevaricazione in danno del debitore, e che pertanto in questo atteggiamento si deve individuare piuttosto una più generale manifestazione di sfavore nei confronti di un divieto considerato desueto. Esprimono

espressione di questa tendenza restrittiva si rinviene nella riconosciuta liceità del patto apposto all'ipoteca e più in generale alle garanzie immobiliari diverse dall'anticresi⁴²¹.

Si tratta, in sostanza di una prospettiva interpretativa che ha consentito di affermare la liceità di una serie di operazioni negoziali che, invece, nel nostro ordinamento si sono più volte scontrate con il divieto del patto commissorio, come il mandato ad alienare il bene oppignorato conferito al creditore e condizionato all'inadempimento⁴²², ovvero l'opzione di acquisto di beni condizionata all'inadempimento e per un prezzo pari all'ammontare del debito⁴²³.

Come è stato osservato, su una tale prospettiva non può non incidere una precisa lettura della *ratio* del divieto del patto commissorio quale strumento di tutela del debitore da possibili abusi del creditore atti a determinare uno sbilanciamento nell'equilibrio sinallagmatico delle prestazioni; di talché, deve escludersi la nullità dell'operazione economica ogni qualvolta, come accade nel patto marciano, detta sproporzione può ritenersi esclusa poiché precisi meccanismi consentono di porre in capo al creditore un obbligo di restituzione dell'eccedenza tra il valore del bene trasferitogli in garanzia e l'ammontare del proprio credito⁴²⁴.

Ebbene la prospettiva della dottrina e della giurisprudenza maggioritaria ha trovato consacrazione legislativa con l'*Ordonance* del 23 marzo 2006 n. 346 che ha riformato i titoli XVIII e XIX del Libro terzo del *Code Civil* introducendo il nuovo Libro IV, suddiviso in due Titoli dedicati il primo alla disciplina delle garanzie personali (*Des sûretés personnelles*) ed il secondo a quella delle garanzie reali (*Des sûretés réelles*).

Si è, così, dato vita ad una riforma organica della materia dei diritti di garanzia volta a semplificare le tecniche di tutela del credito e massimizzarne l'efficacia allo scopo di consentire una maggiore competitività del mercato senza perciò trascurare le tradizionali

dubbi in ordine al fatto che il debitore sia meno vulnerabile una volta concluso il contratto di finanziamento, P. SIMLER e P. DELEMBECQUE, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, 2 ed., Paris, 1995, p. 433 S.

⁴²¹ In tal senso, *ex multis*, Cass. Civ., 22 marzo 1966, in *Bullettin*, I, nn. 201 e 203; Cass. Civ., 26 dicembre 1961, in *Dalloz*, 1962, Jur., p. 381 S., con annotazione favorevole di P. VOIRIN; Cass. Civ., 25 marzo 1957, in *Bullettin*, I, n. 149; App. Nancy, 8 giugno 1977, in *Juris-Classeur Périodique*, 1978, II, 18847. L'inapplicabilità del divieto all'ipoteca è confermata anche dalla dottrina prevalente: cfr. P. MALAURIE e L. YNÈS, *Cours de droit civil*, IX, *Les sûretés. La publicité foncière*, cit., p. 262 S.; G. MARTY, P. RAYNAUD e P. JESTAZ, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, cit., p. 88 s. Diversamente, invece, P. CROCQ, *Propriété et garantie*, Paris, 1995, sottolinea l'esistenza di un principio che vieta l'arricchimento del creditore nella realizzazione della garanzia, in virtù del quale deve estendersi il divieto di patto commissorio all'ipoteca. Esprimono perplessità nei confronti dell'atteggiamento della giurisprudenza anche P. SIMLER e P. DELEMBECQUE, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, cit., p. 337 s.

⁴²² Sul punto si v. M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, op. cit., p. 122 nt. 68.

⁴²³ Cfr. Cass. Civ., 26 dicembre 1961 e Cass. Civ., 25 marzo 1957.

⁴²⁴ Il riferimento è a N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, op. cit., p. 257.

esigenze di tutela del debitore. Il legislatore francese, preso atto delle nuove esigenze dell'economia globalizzata e della conseguente necessità di rinnovare l'attrattività delle tradizionali garanzie reali, ha, infatti, definitivamente ammesso l'utilizzo della proprietà quale strumento idoneo a perseguire finalità analoghe a quelle proprie dei diritti reali di garanzia.

L'*Ordonance* del 23 marzo 2006 n. 346 dà, così, nuova collocazione alla disciplina della vendita con riserva della proprietà, fino ad allora collocata nel *Code de commerce*, inserendone nella sezione del Libro IV del *Code civil* dedicata alle garanzie reali mobiliari. Introduce, poi, nel Titolo I del Libro III del Codice del consumo la disciplina del prestito vitalizio ipotecario definendolo come *“il contratto mediante il quale un istituto di credito o un istituto finanziario concede ad una persona fisica un mutuo sotto forma di un capitale o di versamenti periodici, garantiti da un'ipoteca costituita sull'immobile di proprietà del mutuatario e destinato all'esclusivo uso di abitazione di quest'ultimo, il cui rimborso -capitale ed interessi- non sarà esigibile che al decesso del mutuatario o, prima del decesso, al momento dell'alienazione o della costituzione di diritto reale limitato a favore di terzi sull'immobile oggetto di garanzia”*.

Ma le innovazioni più significative attengono all'introduzione del pegno mobiliare non possessorio ed alla abrogazione, al ricorrere di determinati presupposti, del divieto del patto commissorio.

Per porre definitivamente fine alle difformità riscontrate nella prassi applicativa in dipendenza, da un lato, della regola generale secondo cui il pegno (*gage*) presuppone necessariamente lo spossessamento del debitore e, dall'altro, dell'esistenza di diverse forme speciali di garanzie reali non possessorie si è introdotto il nuovo art. 2333 a mente del quale *“il pegno è un accordo in base al quale il costituente attribuisce ad un creditore il diritto di farsi pagare con preferenza rispetto agli altri suoi creditori su un bene mobile o un insieme di beni mobili corporali, presenti o futuri. I crediti garantiti possono essere presenti o futuri; in quest'ultimo caso, essi devono essere determinabili”*⁴²⁵.

⁴²⁵ Osserva, in particolare, G. BRIANDA, *Le prospettive del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria, lex mercatoria e tradizione*, op. cit., p. 821 n. 52, che *“La tipica garanzia mobiliare, quindi, conserva soltanto tre delle sue caratteristiche principali, ossia l'accessorietà, la volontarietà e l'incidenza su beni mobili, ma perde il requisito del necessario spossessamento del debitore. La garanzia di conoscibilità dei vincoli viene recuperata attraverso la creazione di un registro unico, consultabile via internet a livello nazionale e gratuitamente, che contiene l'elenco dei pegni precedentemente iscritti a cura dei creditori presso i Tribunali del Commercio territorialmente competenti. Per essere più precisi, lo spossessamento, che passa dal costituire elemento ad substantiam della fattispecie perfezionativa (per la quale è ormai sufficiente il mero consenso manifestato dalle parti per iscritto) a mero requisito per l'opponibilità ai terzi del vincolo, persiste nell'ordinamento francese, ma rappresenta soltanto un'alternativa rispetto al de- scritto strumento della registrazione centralizzata (art. 2337)”*.

Quanto alle modalità di costituzione, il pegno cessa così di essere un contratto reale per divenire un contratto consensuale, la cui validità, ai sensi del nuovo art. 2336 c.c., richiede la semplice redazione di “*uno scritto contenente l’indicazione del credito ovvero dei crediti garantiti, oltre che della specie, natura e quantità dei beni costituiti in pegno*”, mentre il trasferimento del possesso, o la registrazione del pegno, costituiscono mere condizioni di opponibilità, rispettivamente della garanzia possessoria e di quella non possessoria.

Dette modifiche hanno chiaramente inciso anche sulla disciplina della pubblicità che diviene necessariamente una pubblicità personale, riferita cioè al nome del costituente, non essendo possibile una pubblicità di tipo reale su beni mobili corporali che non siano soggetti a regimi di immatricolazione.

Dopo la registrazione del *gage*, gli aventi causa a titolo particolare non potranno più usufruire della celebre regola del possesso vale titolo fissata all’art. 2279 c.c. Con il nuovo art. 2340 del *Code civil*, infatti, i conflitti tra più creditori pignorati successivi sono regolati dall’ordine della registrazione e, in caso di conflitto tra un creditore pignorato titolare di pegno senza spossessamento ed uno titolare di pegno con spossessamento sul medesimo bene, il diritto del primo creditore diviene opponibile al secondo nonostante il diritto di ritenzione vantato da quest’ultimo.

Le innovazioni introdotte dall’*Ordonance* del 23 marzo 2006 n. 346 hanno inciso anche sull’oggetto del *gage*, giacché tra i principali fattori di rigidità del diritto francese delle garanzie reali, vi era proprio il principio di specialità sia in relazione all’oggetto della garanzia sia in rapporto ai crediti garantiti. La riforma non ha travolto la regola generale che impone l’identificabilità dell’oggetto della garanzia e dei crediti da questa assistiti, ma ha incluso tra i beni suscettibili di dazione in pegno, come già avviene in altri sistemi giuridici, i beni futuri a garanzia di crediti futuri.

Alle suddette disposizioni si aggiunge, poi, la nuova formulazione dell’art. 2342 c.c. che attribuisce al debitore o al terzo datore di pegno il potere di alienare il bene oppignorato di cui, venuto meno il requisito dello spossessamento, non perde la materiale disponibilità, fermo l’obbligo di sostituirlo con un bene equivalente sul quale il creditore pignorato potrà esercitare i propri diritti.

Ma è l’abrogazione del divieto del patto commissorio che ai nostri fini riveste particolare rilevanza: con l’*Ordonance* del 23 marzo 2006 n. 346 si passa dal vecchio art. 2078 cpv., secondo cui “tutti gli accordi che autorizzano il creditore ad appropriarsi del bene o a disporne senza le formalità di cui sopra sono nulli” al nuovo art. 2348, primo

comma c.c. a mente del quale “*può essere convenuto, al momento della costituzione del pegno o successivamente, che in caso di inadempimento dell’obbligazione garantita il creditore divenga proprietario del bene oppignorato*”.

La medesima disposizione è contenuta nel nuovo art. 2459 del *Code civil* con riguardo all’ipoteca.

Per una parte della dottrina il nuovo art. 2348 del *Code civil* riveste una portata dirompente poiché dimostra come “*in Europa già a livello di legislazione nazionale e di diritto privato generale si stia assistendo ad una progressiva e rapida erosione del divieto del patto commissorio*”⁴²⁶.

Si tratta, tuttavia, come è stato correttamente osservato⁴²⁷, di un’affermazione che può essere condivisa solo fino ad un certo punto. Basti solo osservare che il secondo comma dell’art. 2348 c.c. precisa che il valore del bene trasferito in proprietà deve essere determinato, a pena di nullità della convenzione pattizia, da un terzo al momento del trasferimento stesso ed il terzo comma aggiunge che è fatto obbligo al creditore di restituire al debitore od altri creditori l’eventuale eccedenza tra il valore del bene come periziato e l’entità del credito garantito.

Sembrerebbe, allora, più corretto affermare che ciò cui si è assistito per il tramite della riforma francese delle garanzie reali è, in realtà, il riconoscimento legislativo del patto marciano quale autonoma figura giuridica dotata di propria dignità⁴²⁸.

Non è un caso, infatti, se la novella legislativa non ha inciso sul pegno a garanzia di un mutuo, sul pegno accordato nell’ambito dei rapporti di consumo e sull’ipoteca gravante sul bene immobile adibito a residenza principale. Il che porta a concludere che piuttosto che di un’abrogazione del divieto del patto commissorio dovrebbe discutersi della sua trasformazione in un “divieto in senso debole” suscettibile di essere derogato ogni qualvolta il pericolo di abusi in danno del debitore sia scongiurato dalla previsione di clausole marciiane in grado di assicurare un controllo esterno sull’equilibrio economico delle prestazioni dedotte in contratto.

⁴²⁶ F. MURINO, *L’autotutela nell’escussione della garanzia finanziaria pignorizia*, Milano, 2010, p. 35 ss.

⁴²⁷ Ci si riferisce a G. BRIANDA, *Le prospettive del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria, lex mercatoria e tradizione*, op. cit., p. 821.

⁴²⁸ In questi termini, ancora, G. BRIANDA, *Le prospettive del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria, lex mercatoria e tradizione*, op. cit., p. 821.

4. Spunti di riflessione per il tentativo di costruzione di un “2744-bis” intorno all’*aestimatio*.

L’esperienza degli altri ordinamenti europei cui dapprima si è fatto cenno, ed in particolare quello francese, impone di guardare al problema della convivenza tra i nuovi meccanismi marciari in materia di garanzie finanziarie ed il divieto del patto commissorio in un’ottica più propriamente sistematica.

Ed infatti, ricorda un Autore⁴²⁹, il Decreto salva banche è stato etichettato come un “*epifenomeno del diritto della crisi*”, poiché ogni legislazione emergenziale trova la sua “*quidditas non <<nella novità dei principi introdotti ... nella compagine [dell’] ordinamento giuridico>>*”, ma nell’essere “<<un corpo di leggi temporanee>>”, le quali stanno e cadono insieme alle “<<contingenze che le hanno determinate>>”⁴³⁰. Il problema, si osserva, appare in tale prospettiva come un problema di *policy* del diritto, giacché ogni legislazione speciale mira alla protezione di interessi particolari e porta con sé il rischio che una volta superato il *market default* che la ha resa necessaria, l’ordinamento possa respingere il bisogno economico che essa si proponeva di tutelare⁴³¹.

Ebbene, è innegabile che i nuovi patti marciari della disciplina delle garanzie finanziarie rappresentino un intervento di legislazione emergenziale, giacché dettate al precipuo scopo di superare l’inadeguatezza delle garanzie reali di diritto comune, rese poco appetibili dalle eccessive formalità e lungaggini del processo esecutivo, e favorire un migliore funzionamento del mercato del credito, oltretutto la sua competitività nel contesto delle transazioni commerciali europee ed internazionali.

La tecnica cui il legislatore ha affidato l’attuazione di tali obiettivi di politica economica del diritto è ancora una volta, come il più delle volte accade nel recepimento di normative di matrice comunitaria, quella della legislazione di settore.

Si sono così disegnati “cinque marciari tipizzati”, ognuno dotato di peculiarità proprie e di un diverso ambito di applicazione: (i) il contratto di garanzia finanziaria di cui all’art. 1, lettera *d*), del D.lgs. n.170/2004 che nei rapporti di impresa indica quei contratti di pegno, di cessione del credito o di trasferimento della proprietà di attività

⁴²⁹ Il riferimento è a S. PAGLIANTINI, *L'articolo 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura (ragionata) dell'art. 48 bis T.U.B.*, op. cit., p. 982; ID., *Sull'art. 48-bis T.U.B.: il “pasticcio” di un marciario bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, op. cit., p. 102-103.

⁴³⁰ Così S. PAGLIANTINI, *L'articolo 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura (ragionata) dell'art. 48 bis T.U.B.*, op. cit., p. 982, che richiama nel virgolettato F. VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, p. 2 ss.

⁴³¹ Così, ancora, S. PAGLIANTINI, *L'articolo 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura (ragionata) dell'art. 48 bis T.U.B.*, op. cit., p. 982; ID., *Sull'art. 48-bis T.U.B.: il “pasticcio” di un marciario bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, op. cit., p. 103.

finanziarie con funzione di garanzia dell'adempimento di obbligazioni finanziarie; (ii) il prestito vitalizio ipotecario di cui all'art. 11-*quaterdecies*, comma 12-*quater*, del D.L. n. 20372005 (come modificato dalla L. n. 44/2015), che ha per oggetto la concessione di finanziamenti riservati a persone fisiche di età superiore ai sessantacinque anni di età garantiti da ipoteca di primo grado su beni immobili residenziali; (iii) l'art. 120-*quinesdecies* T.U.B. (il c.d. marciano "b2c") di cui al D.lgs. n. 72/2016, che trova applicazione nei soli rapporti di consumo e facoltizza le parti a prevedere con clausola espressa che il trasferimento della proprietà del bene oggetto della garanzia reale al creditore, ovvero l'assegnazione dei proventi della vendita del medesimo bene estinguono il debito per l'intero; (iv) l'art. 48-*bis* T.U.B. (il c.d. marciano "b2b") di cui all'art. 2 del D.L. n. 59 del 2016 (convertito in L. n. 119/2016), che nei rapporti d'impresa consente di garantire l'adempimento delle obbligazioni nascenti dal contratto di finanziamento mediante il trasferimento al creditore di un bene immobile o di un altro diritto immobiliare dell'imprenditore o di un terzo, sospensivamente condizionato all'inadempimento; infine, (v) il pegno mobiliare non possessorio di cui all'art. 1 del D.L. n. 59 del 2016 (convertito in L. n. 119/2016) costituito da imprenditori iscritti nel registro delle imprese, che prevede in capo al creditore un diritto di appropriazione del bene che forma oggetto della garanzia fino alla concorrenza del proprio credito⁴³².

In tutti questi schemi negoziali ricorre, però, un tratto comune: l'obbligo del creditore di restituire al debitore l'eccedenza tra il valore del bene dato in garanzia e l'entità del credito garantito che, per quanto diversamente modulato, vestito con i panni del patto marciano assicura al regolamento negoziale quel correttivo di liceità che consente di sottrarlo alla sanzione di nullità per violazione del divieto del patto commissorio.

Nel prestito vitalizio ipotecario, come si è visto, il patto marciano si inserisce solo incidentalmente poiché il correttivo di liceità piuttosto che essere il frutto di un'espressa pattuizione, risulta dall'adozione di uno schema contrattuale che presenta i requisiti di cui all'art. 12-*quater* del D.L. n. 20372005 e ss. mm. Al contrario, il trasferimento in garanzia è elemento centrale del marciano "b2b" di cui all'art 48-*bis* T.U.B., mentre si colloca in posizione per così dire mediana nel marciano "b2c", giacché non prospetta un'automatica

⁴³² Di cinque marciiani tipizzati parla S. PAGLIANTINI, *L'articolo 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura (ragionata) dell'art. 48 bis T.U.B.*, op. cit., p. 980 chiedendosi, in particolare, se possa o meno rinvenirsi un metodo in questa "bulimia riformatrice del legislatore tradottasi in una costellazione di marciiani tipizzati".

acquisizione del bene in capo al creditore, quanto piuttosto l'attribuzione del c.d. "*right to sell*".

Emblematica nel senso del diverso atteggiarsi dei nuovi patti marciari è la questione del ruolo dell'ipoteca⁴³³, se solo si osserva che mentre vi fa espresso riferimento l'art. 120-*quinguesdecies* T.U.B., l'art. 48-*bis* T.U.B. non qualifica come requisito necessario del negozio il rilascio di una garanzia reale (il che, peraltro, è un'ulteriore conferma dell'operatività del patto marciano quale correttivo di liceità del divieto di cui all'art. 2744 c.c. anche nelle ipotesi di patto commissorio autonomo).

Sicché, verrebbe da chiedersi quale possa essere la funzione della garanzia ipotecaria in questo complesso di nuove disposizioni.

Al riguardo è stato affermato che si tratta di una funzione non diversa da quella che le è propria. Ed infatti, così come nel prestito vitalizio ipotecario essa assolve alla funzione di rendere opponibile a terzi l'esercizio del potere di vendita del creditore⁴³⁴, analoga funzione pubblicitaria è svolta nei contratti di credito immobiliare ai consumatori, ove il creditore mira a rendere opponibile agli aventi causa del debitore il suo potere di vendita del bene ipotecato, oltreché chiaramente a tutelarsi da eventuali atti pregiudizievoli del medesimo debitore⁴³⁵. Al contrario, nell'art. 48-*bis* T.U.B., la funzione di pubblicità è assolta dalla stessa clausola marciana di cui è espressamente prevista l'iscrizione nei registri immobiliari, giacché a mente del comma 13-*bis* della medesima norma "*ai fini del concorso tra i creditori, il patto a scopo di garanzia di cui al comma 1 è equiparato all'ipoteca*".⁴³⁶

Allora, occorrerebbe piuttosto indagare il ruolo che tale legislazione speciale può svolgere in un'ottica di costruzione sistematica della nuova disciplina delle garanzie del credito.

Ed infatti, se è vero che allo stato dell'evoluzione dogmatica, come si è tentato di dimostrare, non può escludersi l'ammissibilità di forme di autotutela convenzionale del diritto di credito che assicurino un controllo esterno al contratto idoneo non solo a

⁴³³ In tal senso di veda S. CAMPOLATTARO, *Fenomenologia del patto marciano tra tipicità e atipicità*, in Riv. del Notariato, 3, 2017, p. 591 ss.

⁴³⁴ In questi termini si veda A. CHIANALE, *L'inutilità dell'ipoteca nel prestito vecchietti*, in Notariato, 2016, 4, p. 358, secondo cui "*l'avvenuta alienazione a terzi dell'immobile, da parte del finanziato, non deve comportare l'estinzione del potere di rappresentanza, in deroga alle usuali soluzioni in materia di procura e mandato ... Il legislatore italiano doveva trovare uno strumento idoneo a rendere opponibile agli aventi causa del soggetto finanziato l'esercizio del potere di vendita da parte del finanziare. Ed ha usato l'ipoteca*".

⁴³⁵ Osserva, ancora S. CAMPOLATTARO, *Fenomenologia del patto marciano tra tipicità e atipicità*, op. cit., p. 596, nt. 35 che il marciano "b2c" di cui all'art. 120-*quinguesdecies* T.U.B. è improntato ad un modello di patto marciano più simile a quello della procura a vendere.

⁴³⁶ Così S. CAMPOLATTARO, *Fenomenologia del patto marciano tra tipicità e atipicità*, op. cit., p. 596.

neutralizzazione possibili abusi del creditore ed a garantire il rispetto del principio di proporzionalità tra le prestazioni, ma anche a preservare l'interesse pubblico a che la deroga al monopolio statale della tutela giudiziale dei diritti sia ammessa soltanto nei casi e con le garanzie previste dalla legge, sembra lecito concludere che anche un patto marciano "atipico" cioè diverso da quelli previsti dalla legislazione speciale possa trovare spazio nel nostro ordinamento.

Se identiche sono le esigenze di tutela e se identico è il risultato garantito dalla convenzione pattizia in termini di ragionevolezza dell'operazione economica, non v'è ragione di negare la liceità di un meccanismo marciano che operi in schemi negoziali non riconducibili, soggettivamente od oggettivamente, alle ipotesi contemplate nelle legislazioni speciali, perché conclusi tra consumatori (nelle forme di un mutuo privato), ovvero tra banche e professionisti non imprenditori, ovvero tra le società ed i loro dipendenti (che ad esempio intendono accedere a forme di finanziamenti agevolati).

In altri termini, è a seconda della categoria soggettiva delle parti o della categoria oggettiva data dalla natura del bene oggetto della garanzia o dalla tipologia di contratto di finanziamento che occorrerà verificare se lo schema negoziale debba essere necessariamente ricondotto alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario, del finanziamento alle imprese *ex art. 48-bis T.U.B.* ovvero dei contratti di credito immobiliare ai consumatori *ex art. 120-quinquiesdecies T.U.B.*, oppure se le parti possano diversamente modulare il contenuto negoziale, fermo il rispetto dei requisiti che consentono di sciogliere positivamente il giudizio di meritevolezza dell'operazione economica⁴³⁷.

A voler diversamente concludere, del resto, si finirebbe con il legittimare disparità di trattamento pur a fronte di un'omogeneità di interessi da tutelare, oltretutto con il favorire la disorganicità e disomogeneità tra i settori dell'ordinamento, a scapito dell'intento deflattivo del contenzioso che, invece, è proprio uno degli obiettivi che la nuova disciplina comunitaria si è prefissata di raggiungere.

Ed allora, lo sforzo cui è chiamato oggi il civilista sembra doversi concentrare sulla costruzione, sul piano della disciplina generale, di una categoria unitaria di patto marciano, dotata di propria dignità giuridica e non più esclusivamente considerata in rapporto, in termini di eccezione, al divieto del patto commissorio.

⁴³⁷ In questi termini si veda S. CAMPOLATTARO, *Fenomenologia del patto marciano tra tipicità e atipicità*, op. cit., p. 596

È in tale prospettiva che meritano, quindi, di essere condivisi gli spunti interpretativi di quella parte della dottrina⁴³⁸ che sollecita, senza il necessario ricorso a rivoluzioni sistematiche, interventi di tipo “chirurgico” del legislatore finalizzati, ad esempio, alla costruzione di un nuovo art. 2744-*bis* c.c.⁴³⁹. Del resto, come è stato osservato, l’ingresso del nostro ordinamento nel mercato globalizzato non può che imporre allo studioso del diritto privato il compito di rimeditare le tradizionali categorie giuridiche, quali il principio di tipicità dei diritti reali, la *par condicio creditorum* e più in generale la disciplina delle obbligazioni, al cospetto del mutato contesto economico e sociale⁴⁴⁰.

Un art. 2744-*bis* c.c. che, ci sembra di poter concludere, dovrebbe essere costruito intorno all’*aestimatio*, ossia prestando scrupolosa attenzione al procedimento di stima dell’eccedenza tra il valore del bene trasferito in proprietà e l’entità del credito garantito, che è oggetto dell’obbligo restitutorio in favore del debitore.

In tal senso, il modello ottimale di riferimento sembra essere di tipo “mediano” tra quello disegnato all’art. 120-*quinguedecies* T.U.B. e quello di cui all’art. 48-*bis* T.U.B., poiché maggiormente aderenti alla struttura classica del patto marciano che attribuisce il compito della stima ad un terzo imparziale ed indipendente; requisiti che sembrerebbero

⁴³⁸ Ci si riferisce, in particolare, alle osservazioni di G. BRIANDA, *Le prospettive del patto commissorio, tra normativa comunitaria, lex mercatoria e tradizione*, op. cit., p. 834. L’Autore, in particolare, osserva che “*se si volesse cavalcare fino in fondo l’onda riformista inaugurata con il d.lgs. n. 170 del 2004 e confermata dal d.l. n. 50 del 2016*”, si potrebbe pensare, come accaduto negli Stati Uniti e ancor di più in Francia, “*all’introduzione generalizzata di un registro mobiliare centralizzato, informatizzato e consultabile da chiunque sul territorio nazionale tramite web*”. In questo modo, in sostanza, il creditore, una volta stipulato un contratto di garanzia reale o un patto marciano, avrebbe l’onere di procedere alla registrazione del vincolo presso l’ufficio territorialmente competente “*che almeno in prima battuta potrebbe essere individuato nella cancelleria del giudice di pace o del tribunale del circondario, perché più radicati sul territorio. D’altronde questa novità sarebbe perfettamente coerente con il processo di informatizzazione che già da qualche anno sta affrontando il sistema giudiziario*”.

⁴³⁹ L’opinione di BRIANDA è condivisa anche da A. CHIANALE, *L’inutilità dell’ipoteca nel prestito vecchietti*, op. cit., p. 360; nonché da S. PAGLIANTINI, *L’articolo 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura (ragionata) dell’art. 48 bis T.U.B.*, op. cit., p. 981; ID., *Sull’art. 48-bis T.U.B.: il “pasticcio” di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, op. cit., p. 102, che osserva “*l’idea di un art. 2744 bis, quale norma istituzionalizzante un marciano, lecito quando cumuli tutte le condizioni mixanti tutela del creditore e controllo giurisdizionale, rappresenterebbe un upgrading sistematico notevole*”. L’Autore, tuttavia, osserva come anche tale norma lascerebbe irrisolto il destino da assicurare agli altri creditori

⁴⁴⁰ Così testualmente si esprime G. BRIANDA, *Le prospettive del patto commissorio, tra normativa comunitaria, lex mercatoria e tradizione*, op. cit., p. 835, nt. 74 “*È palese, allora, la necessità di ridisegnare alcune parti dell’ordinamento secondo criteri che tengano maggiormente in considerazione le istanze avanzate da un sistema, del quale l’Italia fa parte, in cui il particolarismo giuridico, soprattutto nel campo delle politiche economiche, certamente non è un valore aggiunto. Non ci si può irrealisticamente porre di fronte al problema dell’ingresso del nostro Paese nel mercato globale come se i principi di tipicità dei diritti reali, della par condicio creditorum o dello spossessamento necessario del debitore nel pegno, la disciplina attuale delle procedure concorsuali o, in generale, tutto il diritto interno delle obbligazioni, per citare gli esempi più interessanti in questa sede, non esigessero una nuova ed approfondita riflessione sulla loro stessa essenza e giustificazione all’interno dell’ordinamento*”.

non essere pienamente soddisfatti, invece, dalla disciplina del prestito vitalizio ipotecario dove la scelta di rimetterne allo stesso finanziatore la nomina potrebbe prestare il fianco a valutazioni in conflitto di interesse e, quindi, minare le esigenze di tutela del debitore da possibili abusi del creditore.

In sostanza, per il tramite dell'art. 2744-*bis* c.c. si dovrebbe prevedere che non trova applicazione il divieto del patto commissorio con riguardo al patto con cui il debitore trasferisce o si obbliga a trasferire, nel caso di inadempimento, la proprietà di un bene mobile o immobile determinato al creditore a garanzia dell'obbligazione assunta nei suoi confronti, qualora le parti abbiano espressamente convenuto l'obbligo del creditore di restituire l'eccedenza tra l'entità del credito ed il valore del bene come risultante dalla perizia di un terzo, nominato di comune accordo tra le parti o in mancanza dal Presidente del Tribunale territorialmente competente, in possesso dei requisiti di imparzialità ed indipendenza, da svolgersi al tempo dell'inadempimento ed in applicazione dei parametri di mercato o di quelli comunque applicabili secondo gli usi in considerazione della natura del bene medesimo, e ferma la possibilità di adire l'autorità giudiziaria ai sensi dell'art. 1349 c.c.

Affidare la nomina del perito in prima istanza all'accordo delle parti, come accade nel marciano "b2c", consentirebbe di accelerare i tempi, forse eccessivamente lunghi, previsti dall'art. 48-*bis* T.U.B. che, invece, rimette la nomina direttamente all'autorità giudiziaria senza, però, stabilire entro che termine dall'istanza del creditore essa debba essere perfezionata, col rischio di "paralizzare" il processo di attuazione della clausola marciana a seconda del carico pendente di ciascun foro.

Quanto alle esigenze di tutela della *par condicio creditorum* nella fase di attuazione dell'obbligo di restituzione del *surplus* di valore, la procedura delineata dal marciano "b2b" in ordine alle finalità pubblicitarie che prevede la trascrizione della clausola marciana, unitamente alla previsione dell'effetto esdebitativo, come previsto nel marciano "b2c", potrebbero rappresentare efficaci strumenti di risoluzione del conflitto tra creditori. Oppure, come pure è stato prospettato, nell'ipotesi in cui la clausola marciana non preveda un'automatica attribuzione della proprietà al creditore, quanto, piuttosto, un mandato a vendere, si potrebbe prevedere un meccanismo non dissimile da quello del sistema anglosassone del *mortgage* che durante la procedura di vendita è elevato a *trustee* con obbligo di pagare nell'ordine: i creditori titolari di diritti pignorati a quello del *collateral taker*, venuti meno a seguito della vendita, le spese della procedura, i creditori di grado inferiore ed infine il debitore *mortgagor*, con l'avvertenza che se il creditore

paga il debitore quando vi sono ancora creditori insoddisfatti, quest'ultimo resta responsabile nei loro confronti⁴⁴¹.

⁴⁴¹ In questi termini cfr. S. CAMPOLATTARO, *Fenomenologia del patto marciano tra tipicità e atipicità*, op. cit., p. 600. L'Autore osserva, in particolare, come non sembrerebbero esserci ostacoli all'inserimento di una tale previsione nei contratti di garanzia finanziari, soprattutto se strutturati nella forma del mandato, dove è anzi ben possibile che il creditore marciano al momento della vendita trovi il bene gravato da diritti di terzi a lui opponibili sorti successivamente alla stipulazione del contratto, evenienza che è invece esclusa nel caso in cui si tratti di trasferimento condizionale soggetto a trascrizione. In relazione alle predette fattispecie, anzi l'applicazione di una disciplina simile al *mortgage* inglese potrebbe favorire l'escussione della garanzia marciانا nella forma che le è propria, anche se nell'assenza di un *right to sell*, nonché risolvere le problematiche connesse ad una possibile lesione della *par condicio creditorum*.

CONCLUSIONI

Con l'analisi sin qui condotta si è tentato di dimostrare come l'ammissibilità delle alienazioni a scopo di garanzia nella forma del patto marciano passi necessariamente per il superamento sia delle tradizionali tesi soggettivistiche sia delle più moderne tesi pubblicistiche che si sono nel tempo contese il campo nell'individuazione della *ratio* del divieto del patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c.

Ed infatti, i nuovi meccanismi sottesi alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario, del marciano "b2c" di cui all'art. 120-*quinquiesdecies* T.U.B. del c.d. marciano "b2b" di cui art. 48-*bis* T.U.B., nonché del pegno mobiliare non possessorio e dei contratti di garanzia finanziaria, confermano la definitiva archiviazione dell'idea che esclude la possibilità di assoggettamento del debitore ad un potere di autotutela consensuale esecutiva e, quindi, di auto-soddisfacimento del creditore, in considerazione della connessa riserva esclusiva del potere esecutivo al monopolio dell'autorità statale.

Occorre, piuttosto, rovesciare le prospettive d'indagine: il sottosistema del diritto delle obbligazioni e dei contratti è improntato dalla volontà del legislatore di favorire con ogni mezzo l'adempimento e, dunque, di non creare strumenti che possano alimentare la tentazione di preferire l'inadempimento altrui o addirittura di provocarlo, favorendo condotte potenzialmente egoistiche, antisociali e, quindi economicamente improduttive.

Di talché, la volontà del legislatore è quella di non consentire al creditore un potere di auto-accertamento oltre che del *quantum* anche dell'*an* dell'inadempimento e questo perché si ritiene che l'accertamento dell'inadempimento contrattuale richiede strumenti cognitivi e di indagine di cui soltanto l'autorità giudiziaria è dotata. Ne consegue che va accolta l'idea che fonda il divieto del patto commissorio sulla necessità che le deroghe alla riserva statale della tutela processuale esecutiva siano ammesse nei soli casi e con le garanzie prescritte dalla legge.

Del resto, l'idea che non può essere sottratto al potere pubblico il potere di accertamento dell'inadempimento contrattuale trova riscontro nel nostro ordinamento in una serie di istituti, come la clausola penale o la caparra confirmatoria, che consentono sempre il ricorso all'autorità giudiziaria, o a forme di tutela equipollenti, in funzione di riequilibrio del regolamento negoziale.

Ecco, dunque, perché è illecita la convenzione commissoria: qui v'è automatismo tra inadempimento del debitore e produzione (o per meglio dire definitiva cristallizzazione) dell'effetto traslativo, con preclusione di qualsiasi intervento correttivo in funzione di riequilibrio sinallagmatico. Insomma, la convenzione commissoria si caratterizza per l'attribuzione al creditore, insieme alla realtà e retroattività dei suoi effetti, di un potere privato di accertamento dell'*an* e del *quantum* dell'inadempimento e di esecuzione della pretesa creditoria sostanzialmente incontrollabile.

È proprio così argomentando, cioè sganciando il fondamento dell'art 2744 c.c. dall'idea di un assoluto ed inderogabile principio di necessaria ingerenza dello Stato nell'attuazione e nella tutela dei diritti e rinvenendone, al contrario, la ragione giustificatrice nell'esigenza che l'autotutela privata sia esercitata in presenza di garanzie legali che presidino e garantiscano un meccanismo di controllo sul riequilibrio del regolamento negoziale che è possibile "sdoganare" la validità del patto marciano.

Detto in altri termini, la convenzione marciana è valida non tanto perché consente attraverso precisi strumenti di riequilibrio contrattuale di evitare un "approfittamento" in danno del debitore o degli altri creditori, quanto piuttosto perché consente di recuperare quel minimo di garanzia giurisdizionale che l'ordinamento richiede tutte le volte che si controverte in materia di inadempimento contrattuale.

Parimenti, anche il problema dell'inidoneità della causa di garanzia a giustificare un trasferimento della proprietà (o di altri diritti reali) con conseguente inammissibilità delle alienazioni a scopo di garanzia, sembra essere stato superato dalla più recente dottrina. Si osserva, infatti, che l'idea che la funzione di garanzia non possa giustificare il trasferimento della proprietà è contraddetta dalla possibilità che l'effetto traslativo e quello solutorio si susseguano l'uno all'altro, nel senso che realizzatasi la causa di garanzia (ossia l'inadempimento del debitore) l'effetto traslativo, ormai divenuto definitivo, non trova più il suo fondamento nella causa di garanzia, bensì nella *causa solvendi* che fin dall'inizio è stata inserita nella convenzione marciana, con la quale le parti hanno convenuto che l'inadempimento possa essere sostituito con il trasferimento della proprietà del bene in capo al creditore (ovvero con la sua vendita e conseguente soddisfacimento sul prezzo ricavato sino alla concorrenza del credito garantito).

Il profilo causale consente di cogliere un'ulteriore differenza tra patto commissorio e patto marciano. A bene vedere, infatti, la pattuizione marciana è perfettamente

sovrapponibile, quanto a struttura, a quella commissoria. E, allora, delle due l'una: o sono entrambe valide o sono entrambe vietate.

È evidente che la differenza sta in altro: è il modo con cui viene esercitato il potere di autotutela del creditore che rende illecito il patto commissorio e lecito il patto marciano.

Il patto commissorio è illecito perché il creditore si soddisfa in autotutela con una prestazione diversa dal mancato adempimento (situazione astrattamente compatibile con una *datio in solutum*) ma escludendo *a priori* ed in modo irreversibile qualunque intervento correttivo legale e/o giurisdizionale a favore dell'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni.

Al contrario, nel patto marciano l'esercizio dell'potere di autotutela esecutiva del creditore avviene nel rispetto (di tipo formale e sostanziale) di precise garanzie reali, e cioè: la stima del valore del bene alienato in garanzia al momento dell'inadempimento e ad opera di un terzo imparziale ed indipendente, unitamente all'obbligo di restituzione al debitore dell'eventuale eccedenza tra il valore del bene come risultante dalla stima e l'entità del credito garantito.

Sono queste, dunque, quelle garanzie esterne al contratto che consentono, da un lato, di assicurare la protezione del debitore da possibili abusi del creditore e, dall'altro, di assicurare la soddisfazione dell'interesse pubblico a che la deroga convenzionale alla riserva statale della tutela processuale dei diritti avvenga nei soli casi e con le garanzie prescritte dalla legge. In altri termini, sono questi i requisiti di validità che consentono di interpolare nell'art. 2744 c.c. un *quid* scriminante che ammette la validità di un "pagamento traslativo vestito con i panni del patto marciano".

Ebbene, tutti i nuovi meccanismi marciani, pur mantenendo ciascuno le proprie specificità, ricalcano questa medesima struttura e quindi consentono, come anticipato in apertura, di superare il vaglio di meritevolezza degli interessi perseguiti.

Ecco allora che, per rispondere all'interrogativo che ha animato l'indagine di chi scrive, può dirsi che i nuovi patti marciani non costituiscono un'abrogazione del divieto del patto commissorio, ma semmai ne rappresentano la riaffermazione (pur con i correttivi di cui si è detto), al più ammettendone un "ammorbidente", segnando il passaggio da una norma che pone un divieto di risultato in senso forte (che ha caratterizzato per anni l'immobilismo del legislatore) ad una norma che pone un divieto di risultato in senso debole, ossia che ammette deroghe in presenza delle condizioni prescritte dalla legge.

Ed è proprio seguendo questa medesima prospettiva che si ritiene di poter condividere le posizioni di quella parte della dottrina secondo cui non v'è ragione di interrogarsi sulla riconducibilità dei nuovi meccanismi marciari, o per meglio dire dell'efficacia solutoria del sotteso pagamento traslativo (ed il conseguente effetto estintivo del debito), alle figure tipiche dell'obbligazione alternativa o facoltativa alternativa o ancora della *datio in solutum*, sulla struttura delle quali si è tentato di fondare il giudizio di meritevolezza di queste nuove convenzioni pattizie.

Si osserva, infatti, che argomentando in tal modo il problema è mal posto, perché non si tiene conto del fatto che il patto marciano presuppone l'inadempimento e, dunque, è destinato a regolarne gli effetti collocandosi in una fase dell'obbligazione che si pone al di là e ben oltre l'adempimento ed i suoi surrogati. L'effetto del "pagamento traslativo/solutorio" non è consentire il recupero del contenuto dell'originaria obbligazione, ma assicurare l'attuazione coattiva del vincolo di responsabilità. In sostanza, quando si parla di patti marciari si deve discutere di estinzione della posizione debitoria e non di attuazione dell'obbligazione.

La natura specifica del patto marciano potrebbe essere in tal senso ricondotta a quella di strumento di esecuzione privata del vincolo di responsabilità contrattuale, grazie al quale il creditore può soddisfare in forma potestativa il proprio interesse non al mero conseguimento della prestazione, bensì all'eliminazione dei danni provocati dall'inadempimento mediante l'acquisto di un bene o di una somma di denaro pari all'ammontare dell'obbligazione risarcitoria. Ne deriverebbe che tutti i nuovi marciari sono istituti saldamente ancorati all'area della responsabilità patrimoniale al pari del patto commissorio di cui rappresentano l'alternativa o, per meglio dire, la rielaborazione lecita.

Se, dunque, soltanto il requisito congiunto della restituzione dell'eccedenza al debitore e della stima del valore bene al momento dell'adempimento ad opera di un terzo indipendente consente di superare il vaglio di meritevolezza dei nuovi patti marciari, poiché permette la garanzia di un controllo esterno al contratto e quindi dell'inadempimento contrattuale, l'analisi del dato normativo sembra forse porre una criticità di non poco conto.

Soltanto gli artt. 48-*bis* T.U.B. e 120-*quinquiesdecies* T.U.B. appaiono perfettamente aderenti a tale struttura, poiché prevedono che il terzo "stimatore" sia scelto di comune accordo tra le parti o, in ultima istanza, mediante ricorso al Presidente del Tribunale territorialmente competente secondo le norme del codice di procedura civile.

Al contrario, particolarmente infelice è la formula scelta dal legislatore con riguardo al prestito vitalizio ipotecario, giacché si attribuisce il potere di nomina allo stesso creditore.

Ed infatti, se è vero che il criterio della determinazione del prezzo di vendita sulla scorta delle tariffe di mercato, unitamente alle previsioni del decreto ministeriale deputato ad individuarne i canoni di trasparenza e certezza, rappresentano un valido presidio di tutela da potenziali forme di abuso in danno del debitore, è altrettanto vero che l'aver previsto che il terzo indipendente sia scelto dallo stesso finanziatore lascia aperta la porta al rischio di una valutazione in conflitto di interessi e, quindi, (si ribadisce, soltanto potenzialmente) potrebbe rivelarsi una causa di indebolimento delle garanzie di liceità della convenzione marciata.

È chiaro che soltanto la prassi applicativa potrà dirci se l'utilizzo dei parametri di mercato e degli criteri regolamentari saranno sufficienti a controbilanciare il rischio di operazioni in conflitto d'interessi. Quel che è certo è che sul piano formale, sarebbe stato forse più corretto, e coerente con la *ratio* ispiratrice della riforma legislativa, prevedere anche in relazione al prestito vitalizio ipotecario lo stesso meccanismo proposto nei marcati di cui agli artt. 48-*bis* T.U.B. e 120-*quinquiesdecies* T.U.B., vieppiù considerato che la natura di consumatore della controparte contrattuale e la particolare tipologia del bene oggetto della garanzia (l'immobile ad uso residenziale) avrebbero, al contrario, dovuto imporre un più elevato grado di tutela.

Ad ogni modo, le riflessioni sulla liceità dei patti marcati, sembrano poter condurre ad un medesimo diretto corollario: nel nuovo contesto socio economico, il teorico del diritto che sia mosso esclusivamente dall'affannosa ostinata difesa della propria tradizione giuridica è destinato a perdere.

Piuttosto, fermo il rispetto dei principi e dei valori fondanti dell'ordinamento, le emergenti esigenze di tutela e le conseguenti scelte di politica del diritto impongono agli operatori e, prima ancora agli studiosi del diritto privato, la rivisitazione delle tradizionali categorie giuridiche per riaffermarne la valenza anche nel rapporto di "regola-eccezione" (o ancor meglio di "regola e contro-regola") con gli istituti giuridici di nuova emersione, necessari a raccogliere ed attuare le istanze della prassi commerciale.

È evidente che la corretta realizzazione di tali obiettivi, non può che passare attraverso l'adozione di interventi legislativi coerenti, sistematici ed organici, idonei a

garantire un giusto equilibrio tra la regolamentazione per principi e la regolamentazione di dettaglio.

Detto in altri termini, se la legiferazione per clausole generali è di per sé inidonea a risolvere le potenziali problematiche applicative in quelle materie connotate da un elevato grado di analicità dei regolamenti contrattuali, come tipicamente è la materia finanziaria, è altrettanto vero che una legislazione eccessivamente “speciosa” rischia di produrre l’effetto esattamente opposto a quello che ha mosso le nuove epifanie legislative: ossia la fuga dai nuovi meccanismi contrattuali e la corsa verso i tradizionali mezzi di tutela che continuano a garantire livelli di certezza del diritto, per quanto inadeguati, pur sempre “conosciuti”.

Ed è in tale prospettiva che, a parere di chi scrive, meritano di essere condivisi i suggerimenti di chi, a tacitazione delle criticità interpretative e nell’ottica di favorire l’omogeneità del sistema delle garanzie reali, propone l’introduzione di un art. 2744-*bis* c.c. quale norma tipizzante il marciano come autonoma categoria giuridica nelle forme di un meccanismo di autotutela consensuale esecutiva, ma al tempo stesso deputata ad enucleare (fermo il richiamo alla normativa di settore per l’enunciazione delle disposizioni di dettaglio) i criteri oggettivi e soggettivi di tutela del creditore e di controllo “esterno” del contratto e, quindi, le condizioni che consentono il superamento del giudizio di illiceità della convenzioni commissorie.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Illiceità, immeritevolezza, nullità. Aspetti problematici dell'invalidità contrattuale* (a cura di DI MARZIO), Napoli, 2004

AA. VV., *I mobili confini dell'autonomia privata*, Milano, 2005 AA. VV., *Il recupero del credito*, (a cura di CILLO), Milano, 2014

ABATANGELO, *Le nuove garanzie mobiliari tra realtà e obbligatorietà del vincolo*, Padova, 2012

ADILARDI G., *Brevi osservazioni in tema di divieto di patto commissorio, causa concreta del contratto e patto marciano*, in *Giustizia civile*, 2011, fascicolo 6, p. 1453 e ss.

AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella L. n.119/2016: Il c.d. patto marciano*, in *Crisi di impresa e Fallimento*, 2016, p. 2

AYNÈS, *Les sûretés. La publicité foncière*, in AYNÈS, *Cours de droit civil*, Parigi, 1995

ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, in *Comm. Del Codice Civile* a cura di Scialoja e Branca – Zanichelli, 1977, voce art. 2744, p. 51 ss.

ANDRIOLI, *Disciplina intertemporale del patto commissorio e sua applicabilità ai privilegi speciali*, in *Foro It.*, I, 1942

ANDRIOLI, *Tutela dei diritti, artt. 2740-2899, sub art. 2744*, in *Comm. Cod. Civ.* (a cura di SCIALOJA e BRANCA), Bologna, 1955

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

ANNUNZIATA, *Verso una disciplina comune delle garanzie finanziarie*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, I, 2003

ASTONE, *La Suprema Corte ritorna sulla difficile determinazione della linea di confine tra vendita con patto di riscatto e divieto del patto commissorio*, in *Diritto Civile Contemporaneo*, 2016

AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, p. 208

AUTELIANO, *Responsabilità patrimoniale del debitore ed esecuzione per rilascio di cose immobili nei confronti del fallito*, in *Giur. Comm.*, VI, 2006

BARALIS G., *Vendita per ragioni di garanzia e vendita per ragioni di bisogno*, in *Riv. Not.*, 2009, II, p. 325

BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli 1971, p. 2 e p. 59 ss.

BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale, Disposizioni generali*, in *Comm. Cod. Civ.*, diretto

da SCHLESINGER, Milano, 2010

BARCELLONA, *Della causa, Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padova, 2015

BÄRMANN, *Recht der Kreditsicherheiten in europäischen Ländern, Teil I: Bundesrepublik Deutschland*, Berlino, 1976

BATTISTONI FERRARA, *Cessione di credito "a garanzia" e fallimento del cedente*, in *Foro It.*, 1961

BECKER EBERHARD, *Zur Anwendbarkeit des § 419 BGB auf die Sicherungsübereignung*, in *AcP*, 1985

BELFIORE, *Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali*, Milano, 1979

BERTOLINI, *La tutela del debitore inadempiente nella disciplina europea dei mutui ipotecari. Eterogenesi dei fini, errori prospettici ed aporie alla luce dell'analisi economica del diritto*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2016

BEY, *Le crédit-bail envisagé comme une sûreté*, in *L'evolution de droit des sûretés della Rev. Jurispr. Com.*, 1982

BETTI, *Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni*, in *Riv. Dir. Comm.*, II, 1931

BETTI, voce *Autotutela (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, 1989 BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957

- BIANCA, *Forme tipiche di vendita e violazione del divieto del patto commissorio nell'alienazione in garanzia ad effetto traslativo immediato*, in *Foro pad.*, I, 1961
- BIANCA, «Autotutela»(diritto privato), in *Enc. dir.*, Aggiornamento, IV, Milano, 2000, p. 137
- BIANCA, voce *Patto commissorio*, in *Noviss. Dig. It.*, XII, Torino, 1965
- BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, p. 81
- BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, p. 687
- BIANCA, *Le garanzie reali, La prescrizione*, VII, *Diritto civile*, Milano, 2012
- BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. Dir. Civ.*, II, 2014
- BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, Milano, 1971
- BIGLIAZZI GERI, voce “Autotutela”, (II, diritto civile), in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. I, Milano-Roma, 1988, p. 2
- BISCARDI, *La lex commissoria nel sistema delle garanzie reali*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, Milano, 1962
- BONFANTI, *Commento alla normativa sui contratti di garanzia finanziaria prevista dal D. Lgs. n. 140 del 2004: spunti civilistici*, in *Stud. Iur.*, 2007
- BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984
- BOTTA, «Gli incerti confini applicativi del divieto del patto commissorio e il sempre più diffuso favore per la pattuizione marciانا», in *NGCC* 6/2016, p. 911 ss.
- BRIANDA, *Il pegno nel sistema delle garanzie: un'analisi di diritto interno e comparato, Tesi di dottorato in Diritto e Economia dei sistemi produttivi*, Università degli Studi di Sassari, 2014, p. 94
- BRIANDA, *Le prospettive del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria, lex mercatoria e tradizione*, in *Contr. Impr.*, III, 2016
- BRIOLINI, *La riforma del diritto delle garanzie in Francia*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, II, 2007

- BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino, 1949
- BUGANI, *Il divieto del patto commissorio e la vendita con patto di riscatto (o con patto di retrovendita)*, in *Nuova Giur. Comm.*, 1986
- BULGARELLI, *La disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *ilcaso.it*
- BUSET, *Anche una procura a vendere può violare il divieto del patto commissorio?*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, I, 2015
- BUSSANI, *Il contratto di lease back*, in *Contr. Impr.*, 1986
- BUSSANI, *Il modello italiano delle garanzie reali*, in *Contr. Impr.*, 1997
- BUSSANI, *Patto di riscatto e patto commissorio: la porta stretta dei codificatori*, 2003, pp. 354 e 359 ss.
- BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, *Studio di diritto comparato*, Torino, 2000
- BUSSANI, *Patto di riscatto e patto commissorio: la portata stretta dei codificatori*, in *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica*, V congresso internazionale ARISTEC, atti del convegno di Salisburgo 13-15 settembre 2001, (a cura di VACCA)
- BUTERA, *Patto commissorio e mutuo semplice*, in *Foro It.*, I, 1943
- BUZZONETTI - PACELLA, *Il prestito vitalizio*, Milano, 2010
- CACCAVALE, *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *Tratt. del contratto*, diretto da ROPPO, *Interferenze*, Milano, 2006
- CALVO, *Buona fede e regole di validità nella formazione del contratto*, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di PAGLIANTINI, Torino, 2010
- CANALINI, *La nuova disciplina dei contratti di garanzia finanziaria: Commento alle modifiche introdotte dal D.lgs. 24 Marzo 2011, n.48*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Cedam, 2012, p. 444
- CANDIAN, *Appunti dubbiosi sulla ratio del divieto di patto commissorio*, in *Foro italiano*, 1998, p. 178

CANDIAN, *Le garanzie mobiliari. Modelli e problemi nella prospettiva europea*, Milano, 2001 CANDIAN, *Le garanzie finanziarie*, in *EncDir*, Milano, 2008

CAPUTO, *Vendita a scopo di garanzia e patto commissorio* in *Giustizia Civile* 1979, p. 887

CARBONE, *Debitoris soffocatio e patto commissorio*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2012

CARBONE, *Patto commissorio e patto marciano*, in *Treccani libro dell'anno del Diritto*, 2014 p. 23 ss.

CARIMINI, in *Leasing e lease back, Trattato del diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da PERLINGIERI, Napoli, 2008

CARINGELLA, *Divieto del patto commissorio autonomo: nuovi confini e nodi ancora al pettine*, in *Corr. Giur*, 1995

CARNELUTTI, *Note sul patto commissorio*, in *Riv. Dir. Comm.*, II, 1916

CARNELUTTI, *Mutuo pignoratizio e vendita con clausola di riscatto*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1946, II, 146 ss., 2012, p. 1087 ss.

CARNEVALI, voce *Patto commissorio*, in *Enc. Dir.* XXXII, Milano, 1982

CARNEVALI, Voce «*Patto commissorio*», in *Enciclopedia del diritto*, XXXII, Milano, 1982, p. 501 ss.

CARRIERE, *La nuova normativa sui contratti di garanzia finanziaria*, in *Banca bor. tit. cred.*, 2005, fasc. 1, nota 4, p. 186

CASSANO, *Il contratto di sale and lease back*, in *Giur. it.*, 2005, p. 5 ss.

CENDON, *Il divieto del patto commissorio*, in *Commentario al Codice civile*, pp. 75-76.

CERINI, *Il prestito vitalizio ipotecario: legal transplant in cerca di definizione*, in *Dir. economia assicur.*, II, 2006

CERRI, voce *Ordine Pubblico*, *Enc. Giur.*, Roma, 1991 CERRI, *Trust, affidamento fiduciario e fiducie*, Milano, 2015 CESARE, *I singoli contratti*, (a cura di CASSANO), Padova, 2010 CHABAS, *Leçon de droit civil*, III, Parigi, 1988

CHIANALE, *Qualche pensiero sulle recenti vicende del patto marciano*, in *Riv. Not.*, IV, Milano, 2016

CHERTI, *Prime note sulle modifiche alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *Il corriere giuridico*, VIII-IX, 2015

CHERTI, *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *I contratti bancari*, (a cura di PIRAINO e CHERTI), Torino, 2016

CINQUEMANI, *Sale and lease back tra liceità e frode al divieto del patto commissorio*, in *Giur. it.*, 1996, p. 1381 ss.

CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, p.38 ss.

CIPRIANI, *Nuovi scenari in tema di patto commissorio autonomo*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, p. 414 ss.

CIPRIANI, *Patto commissorio autonomo: come salvare la validità del finanziamento e della garanzia*, in *www.giustiziacivile.com*, III, 2014

CLARIZIA, *I contratti di finanziamento: leasing e factoring*, Torino, 1989

CLARIZIA, *Il lease back tra tipicità legale e tipicità giurisprudenziale*, in *Riv. Italiana Leasing*, 1991

CORBO, *Autonomia privata e causa di finanziamento*, Milano, 1990

CORSO, *Trust e diritto italiano: un primo approccio*, in *Quadrimestre*, 1990, p. 449

COSTABILE, *Il divieto del patto commissorio*, in *Immobili & proprietà* 12/2014, p. 703 ss.

COSTANZA, *Sulle alienazioni in garanzia e il divieto del patto commissorio*, in *Giust. civ.*, I, 1989

COTRONE, *Contratti di garanzia finanziaria, causa di finanziamento e deroga al divieto del patto commissorio*, in *Trattato di diritto dell'economia- I contratti per il finanziamento dell'impresa*, vol. VII, (a cura di DINACCI e PAGLIANTINI), Padova, 2010

- CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, Milano, 2008
- CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese garantito da trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato*, in *Studium Iuris* 12/2016, p.1454
- CUBEDDU, *Patto commissorio e vendita con patto di riscatto: la risposta delle Sezioni Unite*, in *Riv. Dir. Civ.*, II, 1990
- DAGNINO, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, Milano, 1984
- D'ADDA, *La cessione del credito ed il factoring*, in *Trattato dei contratti*, diretto da ROPPO-BENEDETTI, Milano, 2014
- DAMRAU in *MünchenerKommentar, zum BGB*, p. 5
- D'AMELIO, *Tutela dei diritti*, nel *Commentario al Codice Civile*, Firenze, 1943, sub. Art. 2744
- D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Milano, 1993
- D'AMICO, *Alienazioni a scopo di garanzia*, in *Contratti per l'impresa, I, Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, (a cura di GITTI, MAUGERI, NOTARI), Bologna, 2012
- D'AMICO, *Applicazioni diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, saggi, D'AMICO-PAGLIANTINI, Torino, 2015
- DANUSSO, *Patto commissorio e vendita a scopo di garanzia*, in *Vita Notarile*, 1983, p. 966 ss.
- DE JENA, *De lege commissoria*, Francoforte, 1663, p. 92
- D'ERCOLE, *Sull'alienazione in garanzia*, in *Contr. Impr.*, 1995
- DE MENECH, *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, in *I contratti*, VIII, IX, 2015
- DE NOVA, *Identità e validità del lease back*, in *Riv. It. Leasing*, 1989
- DE NOVA, *Nuovi contratti*, Torino, 1990

- DE NOVA, *Il contratto di leasing*, Milano, 1995
- DE NICTOLIS, *Divieto del patto commissorio, alienazioni in garanzia, sale and lease back*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1991
- DE NICTOLIS in *Nuove garanzie personali e reali*, Padova, 1998
- DE FRANCESCO, *Sale and lease-back e divieto del patto commissorio*, in *I contratti*, 2003 DE SANCTIS RICCIARDONE, *L'autotutela civile*, Napoli, 2011
- DEL PRATO, *Categorie internazionalistiche ed istituti civilistici*, in atti del convegno "*Il diritto civile oggi compiti scientifici e didattici del civilista*", in *Riv. Dir. Civ.*, 2006
- DI PAOLO, *Patto commissorio*, in *NovissDI*, 2006 DI PRISCO, *La proprietà temporanea*, Napoli, 1979
- DI ROSA, *L'operazione di sale and lease back tra normotipo astratto e fattispecie concreta*, in *Riv. Dir. Civ.*, V, 2015
- DOLMETTA, *Lease-back e patto commissorio: un rapporto complesso*, in *Giur. Comm.*, I, 2002
- DOLMETTA e PORTALE, *Profili della cessione dei crediti in garanzia*, in *Vit. Not.*, II, 1985
- EICKMANN, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3, Aufl., Monaco, 1997, sub § 1149, RdNr. 1
- ENRIETTI E., *Patto commissorio ex intervallo*, in *Riv. dir. privato*, 1939, I, p. 24.
- FANAN, *Lease-back*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Trattato diretto da F. Galgano, Torino, 1995, p. 806.
- FARACE, *Prestito vitalizio ipotecario*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Aggiornamenti, Roma, 2006
- FANTAUZZI, *Lo sviluppo della giurisprudenza di merito sulla liceità del lease-back*, in *Giust. Civ.*, 1992

FERRARINI-BARUCCO, *La locazione finanziaria*, in *Tratt. di dir. Priv.*, diretto da RESCIGNO, Torino, 2000

FERRARINI G., *La locazione finanziaria («Leasing»)*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Pietro Rescigno, vol. 11, Torino, 1984, p. 17

FERRARINI-GIUDICI, *Le garanzie su strumenti finanziari nel diritto comunitario: orientamenti e prospettive*, in *Il fall.*, 2002

FERRI, nella voce *Ordine Pubblico*, nell'*Enciclopedia del Diritto*, Varese, 1980
FIORENTINI; *La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2006

FIORENTINI, *Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati Europei*, in *Trattato notarile*, diretto da PREITE, (a cura di PREITE e GAZZANTI PUGLIESE DI COTRONE), vol. IV, Tomo I, Torino, 2011

FRAGALI, voce *Garanzia e diritti di garanzia*, in *Enc. dir.* XVIII, Milano, 1969

FRAGALI, alla voce «*Mutuo*», in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Roma, 1966, p. 252 ss.

FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano. II. Le garanzie reali*, Padova, 1963

GABRIELLI, *Il pegno "anomalo"*, Padova, 1990

GABRIELLI, *Le garanzie rotative*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Trattato diretto da GALGANO, 1995

GABRIELLI, *Sulle garanzie rotative*, Napoli, 1998

GABRIELLI, *Spossessamento e funzione di garanzia nella teoria delle garanzie reali*, in *Fallimento*, 2002

GABRIELLI, *Garanzia e garanzie reali*, in *Trattato dei contratti*, diretto da RESCIGNO-

GABRIELLI, Milano, 2006

GABRIELLI, *Contratti di garanzia finanziaria*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, IV, *Aggiornamento*, Torino, 2007

GABRIELLI, *Contratto e Contratti: Scritti*, Torino, 2011, p. 384.

GABRIELLI, *Le garanzie finanziarie. Profili generali*, in *I contratti del mercato finanziario*, II, in *Trattato dei contratti*, diretto da RESCIGNO-GABRIELLI, Milano, 2011

GABRIELLI, *Studi sulle garanzie reali*, Torino, 2015

GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, Padova, 2004

GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2015

GALLARATI, *La galassia del trust in Common law una questione di (ottimale) path dependence*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2008

GAMMONE, *Breve rassegna di dottrina e giurisprudenza in tema di patto commissorio* [nota a Cassazione civile, sez. III, sentenza del 10 febbraio 1997, n. 1233], in *Riv. not.*, p. 307

GARDELLA, *Le garanzie finanziarie nel diritto internazionale privato*, Milano, 2007

GAUL, *Lex commissoria und Sicherungsübereignung*, in *AcP* 168, 1968

GAZZONI, *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagatelle)*, II, *Riv. Not.*, 2001

GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015

GENTILE, *Il nuovo codice civile commentato*, libro VI, *Della tutela dei diritti*, sub. Art. 2740, Napoli, 1958

GIACOBBE, voce *Frode alla legge*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1969

GIGLIO, *Il divieto del patto commissorio ed il problema delle alienazioni in funzione della garanzia, alla luce delle novità introdotte dal D.L. 3 MAGGIO 2016 N. 59*, in *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, vol. XIV, 2016, p. 223.

GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Milano, 1997

GIGLIOTTI, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1999 GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1968

GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, settima ed., 1903, p. 851.

GIOVAGNOLI-FRATINI, in *Garanzie reali e personali*, Milano, 2010

GITTI, *Divieto del patto commissorio, frode alla legge, sale and lease back*, in *Riv. Trim. Dir. e proc. Civ.*, 1993

GORLA-ZANELLI, *Del pegno. Delle ipoteche*, in *Comm. al cod. Civ.*, (a cura di SCIALOJA e

BRANCA), Bologna-Roma, 1992

GRONDONA, *Funzione di garanzia, 'lease back' e trasferimenti vietati*, in *Not.*, II, 1998

GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale, funzioni, usi, problemi*, Torino, 2011

GROSSI, *La direttiva 2002/47/Ce sui contratti di garanzia finanziaria*, in *Europa diritto Privato*, 2004

GUARNERI, voce *Ordine pubblico*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche-Sezione Civile*, Torino, 1995

GUCCIONE, *I contratti di garanzia finanziaria*, Milano, 2008

GUILLOUARD, *Traité du nantissement et du droit de retention*, Parigi, 1895

HARPUM, BIGNELL, *Registered Land. Law and Practice under the Land Registration Act 2002*, Bristol, 2004, p. 47 e ss.

HÉBERT, *Le pacte commissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006*, in *Recueil Dalloz*, 2007

IACCARINO, *Il rimedio del patto marciano nel diritto positivo*, in *Immobili & proprietà* 2/2017, p. 101 ss.

IACUANIELLO BRUGI, *Patto commissorio* in *Enc. Giur. Treccani*.

IAMICELI, *Leasing*, in *Trattato dei contratti* a cura di V. Roppo, p. 1294

IMBRENDA, *Leasing e lease back*, Napoli, 2008

INZITARI, *La cessione del credito a scopo di garanzia: inefficacia ed inopponibilità ai creditori dell'incasso del cessionario nel fallimento, nel concordato e nell'amministrazione controllata*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1997, p. 153 ss.

INZITARI, *Nuove riflessioni in tema di leasing nella disciplina dei rapporti pendenti della novella fallimentare (art. 72 quater l. fall.)*, in *www.ilcaso.it*.

IULIANI, *Il prestito vitalizio ipotecario nel nuovo "sistema" delle garanzie reali*, in *Le nuove leggi civili commentate*, IV, 2016

IZZO, *Nullità del contratto per violazione del divieto di patto commissorio ed irrilevanza delle posizioni soggettive diversificate dei contraenti* in *NGCC*, 1997, fasc. 3.

LASCIALFARI, *Un lontano passato nel futuro del lease back: la validità del contratto tra acquisizioni commissorie e cautela marciara*, in *Giur. it.*, 2007

LA TORRE, *L'art. 72-quater e l'unicità tipologica del leasing finanziario*, p. 233 e ss.

LAZZARA, *I contratti nelle procedure concorsuali*, Milano, 1992, p. 630

LEOTARDUS, *Liber singularis de usuris et contractibus usurariis coercendis*, Lione, 1699, p. 493 ss.

LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, 1952

LOMONACO-MUSTO-LEO, *Segnalazioni Novità normative, La riforma del prestito vitalizio ipotecario, Note a prima lettura*, in *Notizie del Consiglio Nazionale del Notariato*, 23 aprile 2015

LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, in *Commentario del codice civile*, (a cura di SCHLESINGER), Milano, 1987

LUMINOSO, *La vendita con patto di riscatto* in *Comm. Cod. Civ.* diretto da P. Schlesinger, Milano 1987, p. 219 ss.

LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. Dir. Civ.*, I, 1990

- LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, Milano, 1995, p. 421
- LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2004
- LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2015, p. 252
- LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Rivista di diritto civile* 1/2017, p. 32
- LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001
- LUPOI, *Riflessioni comparatistiche sui trusts*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, p. 425
- MACARIO, *I contratti di garanzia finanziaria nella direttiva 2002/47/Ce*, in *I contratti*, 2003
- MACARIO, *Circolazione e cessione dei diritti in funzione di garanzia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2006
- MACARIO, *Modificazioni del patrimonio del debitore, poteri di controllo del creditore e autotutela*, in *Scritti in onore di Cesare Massimo Bianca*, Milano, IV, 2006
- MACARIO F., *I contratti di garanzia finanziaria*, in M. Lamandini – C. Motti (a cura di), *Scambi su merci e derivati su commodities*, Milano, 2006, p. 769
- MACARIO, *Il divieto del patto commissorio e la cessione dei crediti in garanzia*, in *Diritto civile*, diretto da Lipari e Rescigno, coordinato da Zoppini, IV, 2, *L'attuazione dei diritti*, Milano, 2009, p. 203 ss., spec. p. 207 ss.
- MACARIO, *Responsabilità e garanzia patrimoniale: nozioni introduttive*, in *Attuazione e tutela dei diritti -L'attuazione dei diritti*, in *Diritto civile*, diretto da LIPARI-RESCIGNO, Milano, 2009
- MACARIO, *Le garanzie patrimoniali*, in *Diritto Civile*, diretto da LIPARI e RESCIGNO, parte seconda, Milano, II, 2009
- MALAURIE e AYNÈS, *Les sûretés, La publicité foncière*, in *Droit civil*, Parigi, 2013
- MANCINI, *Vendita con patto di riscatto e nullità ex art.2744 c.c.*, in *Foro Italiano*, 1966, p. 1118.

MANENTE, *Il sistema catastale e ipotecario e le conservatorie immobiliari*, in *Trattato di diritto immobiliare*, vol. II, diretto da VISINTINI, Padova, 2013

MANNELLA e PLATANIA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *Quaderni del notariato*, Milano, 2015

MANTICA, *Vaticanae lucubrationes de taciti set ambiguis conventionibus I*, Colonia Allobrogum, 1621, p. 269 ss.

MARESCA, *Datio in solutum: la linea Maginot del patto commissorio*, in *Il corriere giuridico* n. 9/1999, p. 1128 ss.

MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, in *Foro Italiano*, 1989
MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984

MARINO, *Recepimento della direttiva 2002/47/CE sui contratti di garanzia finanziaria. Le innovazioni nel diritto delle garanzie reali*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2005

MARTINO, *Le Sezioni Unite sui rapporti tra divieto del patto commissorio e ordine pubblico internazionale*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2012, fasc. 3, parte 2, p. 681 e ss.

MARTINO, *Il divieto di patto commissorio: norma materiale e qualificazione del negozio*, in *Giur. Comm.*, II, 2013

MARTORANO, *Cauzione e pegno irregolare*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1960, p. 94

MASTROPAOLO, *La nuova normativa europea sui contratti di garanzia finanziaria*, in *Riv. dir. Comm.*, I, 2003

MAZEAUD- MAZEAUD- CHABAS, *Leçon de droit civil*, vol. III, Parigi, 1999

MAZZAMUTO, *Il trust nell'ordinamento italiano dopo la convenzione dell'Aja*, in *Vita not.*, 1998, 2, p. 754 ss.

MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO, XX, Torino, 1985

MAZZAMUTO, *Il contratto: verso una nuova sistematica?*, in *Eur. Dir. Priv.*, III, 2016

- MENGOZZI, *La riforma del diritto internazionale privato*, Napoli, 1997 MESSINA, *I contratti bancari e finanziari*, Torino, 2013
- MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948
- MEZZANOTTE, *Libertè contractuelle e droits r eles (A proposito di un recente dialogo tra formanti nell'ordinamento francese)*, in *Riv. Dir. Civ.*, II, 2013
- MIELE, *Sul patto commissorio immobiliare*, in *Rivista diritto commerciale*, II, 1946
- MINERVINI, *sub art. 3, in Codice del consumo. Commentario*, (a cura di ALPA e ROSSI CARLEO), Napoli, 2005
- MINNITI, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1997
- MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Comm. cod. civ.*, libro IV, Torino, 1991, p. 122.
- MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den  stlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, Lipsia, 1891 (rist.1935), p. 441
- MORELLO, voce *Frode alla legge*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 1992 MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, Torino, 2015
- MOSCONI-CAMPIGLIO, *Le norme di applicazione necessaria dell'ordinamento italiano*, in *Diritto internazionale privato e processuale: parte generale e obbligazioni*, Torino, 2010
- MUNARI, *Validit  e nullit  del sale and lease back in relazione al divieto del patto commissorio*, in *Riv. It. Leasing*, 1986
- MURINO, *Autotutela e tutele nell'escussione della garanzia finanziaria pignoratizia*, Tesi di dottorato in "Diritto degli affari", Universit  Luiss, p. 1
- MUSOLINO, *Le cessioni del credito: funzione di garanzia e revocatoria fallimentare*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2006
- NARDI, *Appunti in tema di patto commissorio e violazione del principio di solidariet *, in *Giustizia civile*, 2005, II, pp. 338-339

NATALE, *Lease-back e strutture utili di patto marciano*, in *Rivista di diritto civile*, VI, 2015

NATALI, *Alienazione a scopo di garanzia e alienazioni immediatamente esecutive*, in *Garanzie reali e personali*, (a cura di CLARIZIA), Padova, 2011

NAVONE, *Il divieto del patto commissorio nell'ermeneutica contrattuale: la linea di confine tra il patto vietato e la datio in solutum*, in *NGCC*, 2008, p. 1440

NERVI, *La responsabilità patrimoniale del debitore -Profili civilistici*, Padova, 2001

NICCOLO', *Della responsabilità patrimoniale*, in *Commentario del codice civile*, (a cura di SCIALOJA-BRANCA), Libro sesto, *Tutela dei diritti*, sub. Art. 2740, Bologna, 1955

OBERTO, *Vendita con patto di riscatto, divieto del patto commissorio e contratto di lease-back*, in *Quadrimestre*, 1984

PADOVINI, *Fenomeno successorio e strumenti di programmazione patrimoniale alternativi al testamento*, in *Riv. Not.*, V, 2008

PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte costituzionale ed ABF: "il mondo di ieri" o un trompe l'oeil concettuale?*, in PAGLIANTINI, *Nuovi profili del diritto dei contratti. Antologia di casi e questioni*, Torino, 2014

PAGLIANTINI, *Statuto dell'informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/2014/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi ai beni immobili residenziali)*, in «*Contratto e impresa Europa*», fasc. 2, p. 523

PAGLIANTINI, *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della dir. 2014/17/UE*, in *Nuove legg. Civ. e comm.*, 2015

PAGLIANTINI, *Il mutuo fondiario solutorio e Vambaradan delle categorie civilistiche*, in *II corriere giuridico*, VII, 2016

PAGLIANTINI, *L'articolo 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura (ragionata) dell'art. 48 bis T.UB.*, in *Nuove legg. Civ. e comm.*, V, 2016

PALADIN, voce *Ordine pubblico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, XII, 1976

- PARLEANI, *Le contrat de lease-back*, in *Rev. Trim. Dr. Com.*, vol. 26, IV, 1973
- PATTI, *Disciplina concorsuale della locazione finanziaria nella nuova normativa*, in *Riv. Il fallimento*, 2007, 2, p. 136 ss.
- PATTI, *La determinazione convenzionale del danno. Clausole tipizzate e prassi del mercato. Autonomia privata e intervento del giudice*, Napoli, 2015
- PELOSI, *La proprietà risolvibile nella teoria del negozio condizionato*, 1975, p. 279
- PERRONE, *La riduzione del rischio di credito negli strumenti finanziari derivati: profili giuridici*, 1999, p. 3 ss.
- PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, Napoli, 1980
- PIERALLINI, *Lease-back e patto commissorio: un problema ancora aperto*, in *Giust. Civ.*, I, 1988
- PIOLA, voce *Patto commissorio*, in *Digesto Italiano*, vol. XVIII, parte I, Torino, 1906-1910
- PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015
- POMPEO, *La frode alla legge nel diritto interno e l'uniformazione europea della disciplina dei contratti*, pp. 140-142
- PRATIS, *Della tutela dei diritti*, in *Commentario del Codice Civile*, UTET, 1976, p. 89 ss.
- PRONZATO, *La lex commissoria pignorum e la sua invalidità in diritto romano*, Torino 1912, p. 41
- PRÜTTING, *Sachenrecht*, 34, Auflage, Monaco, 2010, Rn. 804, p. 343
- PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Diritto civile- Metodo-teoria e pratica*, Milano, 1951
- PUGLIESE, *Nullità del patto commissorio e vendita con patto di riscatto*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1945
- PUGLIESE, *Nullità del patto commissorio*, in *Giur. Cass. civ.*, 1945, I, p 160 ss.
- PURCARO, *La locazione finanziaria: leasing*, Padova, 1998

- QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Napoli, 1961
- RADOCCIA I., *La ratio del divieto del patto commissorio*, in *Giur. merito*, 1997, p. 225
- RAYNAUD-JESTAZ, *Droit civil, Les sûretés -La publicité foncière*, Parigi, 1987
- REALMONTE, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, in *Foro it.*, 1989, p. 1443
- RICHTER, *Vendita con patto di riscatto e frode alla legge*, in *Notariato*, 1996, p. 412 e ss.
- RISPOLI, *Lease back: chiaroscuri applicativi fra funzione di finanziamento e garanzia*, in *Giur. it.*, 2012, p. 3 ss.
- RISPOLI, *Ai confini del divieto di patto commissorio*, in *Giur. It.*, 2013
- RISPOLI, *I nebulosi confini del divieto del patto commissorio*, in *Giust. civ.*, XI-XII, 2013
- ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, Milano, 2012
- ROPPO, *Il divieto del patto commissorio*, in *Tratt. Dir. Priv.*, diretto da P. Rescigno, vol. 19°, Torino, 1985, p. 446
- ROPPO, *Vendita con patto di riscatto, alienazione in garanzia e patto commissorio in NGCC*, 1985
- ROPPO, *Divieto del patto commissorio*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO, Torino, 1997
- ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO, Torino, 1997
- ROSSI, *Appunti in tema di escussione delle garanzie finanziarie e accertamento concorsuale del passivo*, in *Il Corriere giuridico* 4/2016, p. 522 ss.
- RUBINO, *La responsabilità patrimoniale -Il pegno*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da VASSALLI, vol. XIV, Torino, 1949

RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1971

RUMI, *La nuova disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *I contratti*, X, 2015

SACCHI, in *Lex commissoria e divieto del patto commissorio. Autonomia negoziale o tutela del contraente più debole?*, in *Ius Antiquum* 19/2007 (on line)

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

SACCOCCIO, *Aliud pro alio consentiente domino in solutum dare*, Milano 2008, p.123 ss.

SARDO G., *La disciplina del contratto di garanzia finanziaria: appunti sul D.lgs. 21 maggio 2004, n. 170*, in *I Contratti*, n.6/2005, p. 617 ss.

SANTORO, *Il trust in Italia*, in *Il diritto privato oggi*, a cura di Paolo Cendon p. 128.

SARTORE, *Divieto del patto commissorio e trasferimento del bene: costrizione o libera scelta?*, in *Notariato* 5/1999, p. 424.

SARTORI, *I contratti di garanzia finanziaria nel dlLgs. 21 maggio 2004, n. 170: prime riflessioni*, in *Riv. Dir. Bancario*, 2005

SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999

SATURNO, *L'autotutela privata. I modelli della ritenzione e dell'eccezione di inadempimento in comparazione del sistema tedesco*, Napoli, 1995

SCARDINO, *Il contratto di sale and lease back tra causa in concreto e cautela marciana*, in *Il corriere giuridico*, 2016, p. 4.

SCHLESINGER P., *L'eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Le ragioni del diritto, Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, 918, p. 930

SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis T.U.B. è davvero il patto marciano?*, in *Il Corriere giuridico*, 12/2016, p. 1477 ss.

SCOZZAFAVA, *Note in tema di alienazione con scopo di garanzia*, in *Contratto e impr.*, 2006, p. 30

SERICK, *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco*, (traduzione italiana a cura di VECCHI), Milano, 1990

SESTA, *Le garanzie atipiche*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, (a cura di GALGANO), Padova, 1988

SIMLER, *La réforme du droit des sûretés*, in *La semaine juridique*, III, 2006

SPADARO, *Sale and lease back, patto marciano e fallimento del venditore-utilizzatore*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, VII, 2015

SPERDUTI, *Ordine pubblico internazionale e ordine pubblico interno*, in *Riv. Dir. Intern.*, 1954

SPOTO, *Le invalidità contrattuali*, Napoli, 2012

STEFINI, *La cessione del credito con causa di garanzia*, Padova, 2007

STOLFI, *Patto commissorio ed ipoteca*, in *Foro Italiano*, II, 1926

STOLFI, *Promessa di vendita e patto commissorio* in *Foro Padano* 1957, p. 767

TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990

TALASSANO, *Divieto del patto commissorio*, in *Giur. Compl., cass., civ.*, 1947

TARANTINO, *Patto commissorio, alienazioni in garanzia ed autonomia privata: alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *I contratti*, 2012

TAROLLI, *Le garanzie finanziarie: il diritto di utilizzazione dell'oggetto della garanzia*, in *Giur. Comm.*, I, 2005

TARZIA, *Le garanzie atipiche (e l'attuazione della direttiva europea sui contratti di garanzia finanziaria)*, in *Fallimento*, 2005

TORO, *Il divieto del patto commissorio e il patto Marciano nei rapporti assoluti di garanzia*, *Tesi in Diritto romano e Diritti delle antichità*, Università di Palermo, 2013, p. 113 ss.

TORRENTE, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1993, p. 428

- TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2010
- TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954
- TRIOLA, *Il problema della liceità del c.d. patto commissorio obbligatorio*, in *Giur. Agraria it.*, vol. II, 1989, pp. 1259-1260
- TRIOLA, *Vendita con patto di riscatto e divieto del patto commissorio* in *G.C.*, 1989
- TROTTA, *Il patto commissorio autonomo: tradizione e cambiamento*, in *Giurisprudenza italiana* n. 2/2013, p. 340 ss.
- TUCCI, *Garanzia*, in *Dig. Discipl. Priv.*, Torino, 1992
- VALENTE, *Patto commissorio e pegno nel diritto tedesco: verfallvereinbarung und pfandrecht*, in *www.juscivile.it*
- VARI, *La riforma dell'ipoteca convenzionale in Francia*, in *Riv. Dir. Civ.*, I, 2009
- VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli, 1968
- VECCHI, *La cessione del credito in garanzia ed il trasferimento in garanzia della proprietà*, in *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica*, V Congresso Internazionale ARISTEC a settembre 2001 in Salisburgo, Torino, 2001
- VECCHIO, *Il divieto di patto commissorio e la causa delle alienazioni*, in *I contratti*, 5, 2016, p. 429 ss.
- VENEZIANO, *Le garanzie mobiliari non possessorie. Profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale*, Milano, 2000
- VETTORI, *Il leasing immobiliare*, in *Riv. Dott. Comm.*, 1977
- VITI, *Lease back, patto commissorio e clausola marciana*, in *G.I.* 2015, p. 2341 ss.
- VIZZONI, *La posizione giuridica del garante-consumatore: dalle novità europee alle recentissime aperture interne*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, IX, 2016
- VON STAUDINGER, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Libro 3. Sachenrecht § § 1204-1296

WITZ, *La fiducie en droit privé français*, Parigi, 1981