

L'ESECUZIONE PRIVATIZZATA

ELISA DE BELVIS

L'ESECUZIONE PRIVATIZZATA

EDIZIONI SCIENTIFICHE ITALIANE

Il presente volume è stato sottoposto a referaggio secondo le medesime regole previste per la rivista «Rassegna di diritto civile».

Opera pubblicata con il contributo del Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto dell'Università degli Studi di Padova.

DE BELVIS, Elisa
L'esecuzione privatizzata
Collana: Quaderni della Rassegna di diritto civile
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2018
pp. 288; 24 cm
ISBN 978-88-495-3606-5

© 2018 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.
80121 Napoli, via Chiatamone 7

Internet: www.edizioniesi.it
E-mail: info@edizioniesi.it

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

*a Sofia, che ha atteso
a Costantino, che ha vegliato su di lei*

PREMESSA

SU ALCUNI INTERVENTI DEL LEGISLATORE: NUOVE GARANZIE O RIMEDI AGLI INCONVENIENTI DELL'ESECUZIONE COATTIVA?

Per l'intero sistema economico, e non solo per il comparto bancario, cui peraltro la funzione di erogazione del credito è affidata a livello istituzionale, la rapidità e l'efficienza nell'accesso alle varie forme di finanziamento sono strettamente connesse e influenzate dalla disciplina della fase di escussione del credito.

Tra le possibili modalità di reazione all'inadempimento, è sempre più avvertita la necessità di meccanismi *ex lege* certi e definiti, onde obliterare i dubbi e le perplessità che, specie in un ordinamento come il nostro, fanno da corredo alle soluzioni che, elaborate dalla prassi, trovano fondamento nell'autonomia negoziale delle parti del rapporto obbligatorio.

Meccanismi, in particolare, che in primo luogo consentano al creditore insoddisfatto di evitare il ricorso al processo esecutivo¹: dati i tempi usualmente necessari all'espletamento delle relative procedure² nonché gli esiti spesso insoddisfacenti non solo per la posizione del finanziatore, ma anche per quella del debitore, esso è notoriamente disincentivante il funzionamento del mercato del credito.

E, in secondo luogo, che semplifichino e ottimizzino la fase del recupero dei crediti inadempiti e ne diminuiscano i relativi costi, ponendo rimedio al *vulnus* che caratterizza il diritto italiano delle garanzie: nel momento in cui il rapporto obbligatorio entra in una fase

¹ Il quale è stato recentemente inciso da una serie di modifiche normative, come, tra le altre, quelle ad opera delle leggi n. 80/2005; n. 263/2005; n. 52/2006; (in via marginale) n. 69/2009; n. 162/2014 e n. 132/2017. Cfr. sul punto, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, Torino, 2017, *passim*.

² In media si tratta di quattro anni e cinque mesi, con riferimento ai procedimenti esecutivi immobiliari: v. M. CLARICH e G. FONDERICO, *Molte riforme in arrivo ma manca una vera svolta*, in *Guida al dir.*, 21 gennaio 2017, p. 12.

di patologia, i risultati inappaganti cui esso conduce sotto il profilo della realizzazione del valore dei beni sottoposti ad esecuzione forzata ne rivelano l'inadeguatezza nella tutela che esso fornisce al creditore, pur quando assistito da prelazione³.

Peraltro, la possibilità di escutere il credito al di fuori di un procedimento giurisdizionale non rappresenta certo una novità.

L'idea di incentivare il sistema creditizio utilizzando una normativa derogatoria (ma forse anche solo semplicemente alternativa) degli ordinari strumenti posti a presidio della realizzazione del diritto e delle connesse garanzie è già presente nella disciplina del credito fondiario (con la quale non a caso presenta connessioni quella del prestito vitalizio ipotecario)⁴.

Anche a livello internazionale, questa opzione rappresenta uno dei parametri alla cui stregua valutare l'efficienza di un sistema di accesso al credito, insieme a quella di fare ricorso a garanzie mobiliari non possessorie, all'esistenza di un regime di pubblicità dedicato per le garanzie mobiliari e al grado di tutela effettivamente assicurato ai creditori nell'ambito delle procedure concorsuali⁵.

Se questi ultimi indici implicano l'esistenza di un efficace regime delle garanzie reali, il primo concerne, lo accennavamo, lo sviluppo di un sistema alternativo di realizzazione coattiva del credito inadempito ed è a tale tema che sono dedicate le riflessioni di questo libro.

Sullo sfondo, rimane la prospettiva suggerita dalla considerazione dei menzionati parametri dal punto di vista del carattere che li accomuna, quali strumenti atti a misurare il grado di sviluppo economico del singolo Paese con la conseguenza di avvantaggiare, nelle dinami-

³ N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, pp. 5 e 995 s.

⁴ G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, in AA.VV., *I nuovi marcialiani*, Torino, 2017, p. 9.

⁵ E. BRODI, *Il sistema delle garanzie in Italia: una lettura economica delle disposizioni in materia di privilegio, pegno e ipoteca*, in *Questioni di economia e finanza*, 9/2016, p. 35 ss.; R. CAPONI, *Doing Business come scopo della giustizia civile?*, in *Foro it.*, V, c. 10 s.

che della contrattazione internazionale, gli Stati la cui legislazione meglio tutela l'interesse del creditore⁶.

Finalmente resosi sensibile a tali istanze, negli ultimi anni il legislatore italiano ha scelto di dare ingresso nell'ordinamento a figure negoziali il cui modello strutturale ed effettuale non è di immediata riconducibilità al sistema, almeno secondo l'interpretazione tradizionalmente accolta di certi valori, la cui assunzione al rango di principi fondamentali può *prima facie* evocare rilevanti profili di incompatibilità.

Questo è vero soprattutto se, dalla considerazione isolata della disciplina dettata per ciascun tipo di recente introduzione, si tenti di muovere qualche passo nel senso della costruzione organica di concetti intorno ai quali sviluppare delle categorie di carattere generale.

Un tale tentativo è proprio quello che si è intrapreso in queste pagine.

L'idea che ci è sembrata meritevole d'esser sottoposta a verifica riguarda infatti la riconduzione delle nuove figure di finanziamenti bancari nel contesto di un sistema alternativo⁷ e concorrente⁸ alla tutela processuale del credito inadempito mediante espropriazione forzata, attraverso la valorizzazione del ricorso a strumenti di autotutela esecutiva.

Questi, benché radicati sulle menzionate esigenze di rafforzamento

⁶ A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 19 ss.

⁷ Sull'alternatività, rispetto al ricorso al processo esecutivo, dell'esercizio da parte del finanziatore del diritto di vendere l'immobile dato in garanzia nel contesto del prestito vitalizio ipotecario, cfr. G. D'AMICO, *La resistibile ascesa*, cit., pp. 1 s. e 34 s.). Al contrario, argomenta *ex art. 11 quaterdecies*, comma 12 *quater*, l. n. 248 del 2005, T. RUMI, *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni "marciane" a garanzia del credito immobiliare*, in AA.Vv., *I nuovi marciani*, cit., p. 144 s.: il creditore può rinunciare alla facoltà di vendere il bene e concordare con l'erede che sia quest'ultimo a occuparsi della vendita. In tal caso, in mancanza di quest'ultima nei successivi dodici mesi, non sarebbe preclusa al finanziatore la procedura esecutiva ordinaria.

⁸ Sul fatto che la cautela *ex art. 120 quinquiesdecies* TUB possa essere prevista in alternativa o in via esclusiva al ricorso alle procedure esecutive ordinarie, cfr. N. CIPRIANI, *Il patto marciano tra discipline di settore e sistema*, in *Analisi S.I.S.Di.C.*, n. 1/2017, p. 201, nt. 30.

della tutela del credito, ci sembra che possano ben rappresentare la positivizzazione di un nuovo punto di equilibrio nel bilanciamento con l'interesse della irrinunciabilità di un livello adeguato di protezione del debitore (irrinunciabilità difficilmente contestabile, almeno nel contesto valoriale in cui attualmente si riconosce il nostro ordinamento).

È, quest'ultima, una notazione di non poco conto, considerando la propensione della civilistica tradizionale a scorgere un intento abusivo del creditore stipulante, tanto nei confronti del debitore quanto degli altri suoi creditori, dietro ogni atto di esercizio dell'autonomia privata in tema di garanzie⁹. Con l'introduzione, accanto a forme di autotutela consensuale, di altre, di tipo unilaterale, che non sono legate al mero ampliamento dell'autonomia negoziale¹⁰, ma sono idonee ad operare prescindendo da essa¹¹, la questione di un bilanciamento che non renda il sistema dimentico della tutela del debitore è ancora più importante.

Come accennavamo, nella prospettiva dell'analisi di sistema, questa scelta si colloca nel quadro di una più ampia tendenza alla revisione di alcuni principi dal tradizionale valore dogmatico¹², come quello della parità di trattamento tra i creditori, anche in sede con-

⁹ Contrariamente da quanto emerge dall'esperienza degli altri ordinamenti, cfr. F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, p. 5.

¹⁰ Ampliamento che, facendo un riferimento esemplificativo alla disciplina dei contratti di garanzia finanziaria, si è avuto ancorando al tenore del regolamento negoziale il diritto di utilizzo (art. 5, comma 1, d.lg. 21 maggio 2004, n. 170, di recepimento della Direttiva n. 2002/47/CE, come modificata dalla Direttiva n. 2009/44/CE), gli effetti dei contratti stessi che determinino il trasferimento della proprietà (art. 6, comma 1), nonché la validità e gli effetti della clausola di *close-out netting* (art. 7, comma 1). Cfr. F. MURINO, *L'autotutela nell'escussione della garanzia finanziaria pignoratizia*, Milano, 2010, p. 54.

¹¹ Sempre con riferimento alla garanzia sugli strumenti finanziari, il creditore può avvalersene senza necessità di rispettare un termine di preavviso e senza essere soggetto a forme di autorizzazione da parte dell'autorità o al rispetto di regole procedurali, cfr. E. GABRIELLI, *Contratti di garanzia finanziaria*, in *Dig. it.*, Aggiornamento, I, Torino, 2007, p. 302.

¹² Sulla riconcettualizzazione dei tradizionali istituti e rimedi riflette D. Russo, *Oltre il patto marciano*, Napoli, 2017, p. 11.

corsuale¹³; e quelli posti a fondamento del sistema delle garanzie nominate¹⁴, tra i quali la tipicità dei diritti reali di garanzia¹⁵; nonché quello della realizzazione coattiva della responsabilità patrimoniale espressa dall'obbligazione esclusivamente per via giurisdizionale.

Tale revisione può senz'altro considerarsi debitrice di un rinnovato sforzo ricostruttivo della dottrina intorno ai temi delle alienazioni in funzione di garanzia e dell'attuale fondamento giustificativo del divieto del patto commissorio. È nell'ambito della riflessione che si è condotta intorno a quest'ultimo tema, in particolare, che si è trovata la via per la rivalutazione del ricorso alla cautela marciana quale modello paradigmatico cui ancorare, validamente, i risvolti effettuali dei nuovi meccanismi traslativi della proprietà di beni del debitore in funzione autosatisfattiva del credito inadempito.

Il percorso incide il settore dei mercati finanziari e passa attraverso un potenziamento dei poteri di autotutela del creditore che si coglie sul piano della struttura negoziale dei contratti di garanzia finanziaria: la fisionomia marciana si ritrova infatti tanto nelle garanzie che non producono effetto reale sui beni che ne sono oggetto (*security financial collaterals*), quanto nei congegni modellati sullo schema

¹³ P. SCHLESINGER, *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, pp. 918 e 930; S. CICCARIELLO, *Privilegio del credito e uguaglianza dei creditori*, Milano, 1983, p. 144 s.; F. MACARIO, *I contratti di garanzia finanziaria*, in M. LAMANDINI e C. MOTTI (a cura di), *Scambi su merci e derivati su commodities*, Milano 2006, 769; V. COLESANTI, *Mito e realtà nella «par condicio»*, in *Atti del III Congresso di Studi sulle procedure concorsuali*, Sanremo, 1983, in *Fallimento*, 1984, p. 1 s.; P.G. JAEGER, *Par condicio creditorum, ibidem*; G. TUCCI, *Il diritto dei privilegi di fronte al principio di uguaglianza*, in *Foro it.*, 1984, I, c. 647; G. BONGIORNO, *La tutela espropriativa speciale del creditore pignoratizio*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 1068 s.

¹⁴ E. GABRIELLI, *Sulle garanzie rotative*, Napoli, 1998, *passim*; ID., *Il pegno «anomalo»*, Padova, 1990, *passim*; D. GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza*, Bologna, 2006, p. 284 s.; A. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari. Modelli e problemi nella prospettiva europea*, Milano, 2001, *passim*; P. PISCITELLO, *Le garanzie bancarie flottanti*, Torino, 1999, *passim*.

¹⁵ F.A. BONEFANTI, *Commento alla normativa sui contratti di garanzia finanziaria prevista dal d.lg. n. 170 del 2004: spunti civilistici*, in *Studium Iuris*, 2007, 5 e 7, p. 675.

del trasferimento in funzione di garanzia (*title transfer financial collaterals*)¹⁶.

Successivamente, con l'introduzione e poi la modifica dell'istituto del prestito vitalizio ipotecario, si assiste ad una armonizzazione col contesto normativo europeo del funzionamento interno della garanzia ipotecaria, onde rendere lo stesso più compatibile con le esigenze del commercio sovranazionale¹⁷.

Infine, si approda alla tipizzazione di finanziamenti bancari ai quali è variamente riconducibile una efficacia reale, atta a consentire al creditore insoddisfatto di reagire all'inadempimento di controparte attraverso l'appropriazione (o la vendita) del bene oggetto dell'accordo; salva sempre una struttura che poggia su cautele poste a presidio dell'equilibrio sinallagmatico.

Ponendo mente a quest'ultimo aspetto, il risultato cui tale soluzione negoziale può legittimamente ambire non concerne solo un vantaggio per gli istituti finanziatori, ma anche una sicura valorizzazione dell'interesse di cui è portatore il finanziato, in termini di maggiore celerità della vendita; di interruzione del decorso degli interessi moratori e degli altri accessori del credito; nonché di conseguimento dell'eccedenza del valore del bene oggetto del patto rispetto all'ammontare del debito inadempito (che l'esecuzione forzata «azzerà», obliterando nel contempo l'inconveniente dell'immobilizzazione improduttiva del bene per un lungo arco temporale¹⁸.

E tutto ciò va apprezzato a fronte del fatto che il ricorso alle procedure esecutive giudiziali «non risulta, in realtà, nell'interesse di nessuno»¹⁹.

Prendendo le mosse dalla copiosa elaborazione dottrinale e giuri-

¹⁶ F. MURINO, *L'autotutela*, cit., p. 2.

¹⁷ Sul tema dei rapporti tra legislazione ed esigenze del mercato, cfr. F. GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. impr.*, 2000, p. 197.

¹⁸ S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B: il "pasticcio" di un marciante bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, in AA.VV., *I nuovi marcianti*, cit., p. 62.

¹⁹ S. PAGLIANTINI, *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della dir. 2014/17/UE*, in *Nuove Leggi Civ. comm.*, 2015, 1, p. 181 ss.

sprudenziale in tema di patto marciano, tradizionalmente sebbene non univocamente (ma, comunque, finora non normativamente) considerato la variante lecita della pattuizione commissoria vietata, il nostro legislatore ha in questo modo compiuto una scelta che si presta, a nostro avviso, ad essere collocata in una prospettiva di sistema. Discostandosi dalla storica diffidenza verso le forme di autosoddisfacimento degli interessi del creditore, positivizzata agli artt. 2744 e 1963 c.c., essa si colloca certamente nel segno di una modernità imposta dalle esigenze del mercato e sollecitata dal confronto con gli altri ordinamenti europei.

Il processo evolutivo che, nel corso del tempo, ha condotto a relativizzare l'iniziale rigidità dei confini entro i quali venivano relegate le forme di autotutela esecutiva²⁰ (rigidità che poneva l'accento sul riscontro di un nesso tra il meccanismo negoziale descritto e il rischio di un approfittamento del creditore²¹), può dirsi dunque oggi ulteriormente progredito; non tuttavia concluso, se si considera la mancanza, accanto alla previsione di fattispecie speciali di convenzioni assistite dalla cautela marciana, di una disciplina del tipo in generale.

Questo è vero, nonostante la recente l. 19 ottobre 2017, n. 155, entrata in vigore il 14 novembre 2017, recante «*Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*», che pone la revisione del sistema dei privilegi e delle garanzie tra le materie sulle quali conferisce al Governo delega di provvedere (art. 1, comma 1).

La previsione, ancora una volta, fa riferimento a una fattispecie particolare, quale è un nuovo marciano speciale per la garanzia mobiliare non possessoria, volta a consentire al creditore di escutere la garanzia in via stragiudiziale, anche in deroga al divieto del patto commissorio; rimane salva la determinazione oggettiva del valore dei beni e anche l'obbligo di restituire immediatamente al debitore, o ad

²⁰ E. BETTI, *Su gli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, p. 699 ss.

²¹ Su cui, cfr. F. ANELLI, *L'alienazione*, cit., p. 88 ss.; M. FRAGALI, *Del mutuo*, in *Comm. c.c. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1996, p. 231 ss.; I. RADDOCCIA, *La ratio del divieto del patto commissorio*, in *Giur. merito*, 1997, IV, p. 220 ss.; G. BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984, 97 ss.; F. MARTORANO, *Cauzione e pegno irregolare*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, I, p. 117.

altri creditori, l'eventuale eccedenza tra il *quantum* ricavato o conseguito tramite assegnazione e l'importo del credito (art. 11, lett. d).

Certo, ci troviamo qui di fronte a uno strumento fruibile dalla generalità dei creditori e non confinato nello spazio dedicato allo specifico comparto del finanziamento istituzionale al consumatore o all'impresa²².

Però, due osservazioni si impongono.

Innanzitutto, avremo modo di soffermarci sul fatto che l'adozione di questo come di altri simili strumenti non deve essere letta in deroga al divieto del patto commissorio. Tale divieto, invero, proprio in seguito all'introduzione delle nuove figure di credito bancario, ha un'unica possibilità di trovare ancora cittadinanza nel nostro ordinamento: quella di una interpretazione che basa il giudizio di disvalore sulla mancanza di un controllo in ordine al rapporto di congruità tra il valore del bene del quale il creditore si appropria e l'ammontare del credito²³.

Del pari, avremo occasione di notare²⁴ come l'incremento delle ipotesi in cui la disciplina delle garanzie reali tipiche consente la produzione di effetti analoghi a quelli che discendono da meccanismi di escussione del credito basati sul trasferimento al creditore della proprietà di beni del debitore inadempiente non vale ad attrarre immancabilmente questi ultimi meccanismi nell'area di pertinenza della fase realizzativa dei diritti di garanzia. Al contrario, sono tali ipotesi di realizzazione delle garanzie a trovare collocazione, senza peraltro esaurirlo, nell'alveo dell'autotutela esecutiva.

Questa, a sua volta e indipendentemente dal nesso con una fattispecie di garanzia, si presta, ci sembra, alla costruzione di un sistema di esecuzione forzata stragiudiziale. Non si tratta quindi di estendere, al di là del vincolo reale originario, la tutela offerta da diritti di garanzia aventi titolo in una struttura formale che conserva comunque la sua identità normativa²⁵.

²² Sul punto si vedano le osservazioni di N. CIPRIANI, *Il patto marciano tra discipline di settore*, cit., p. 212, nt. 60.

²³ N. CIPRIANI, *op. loc. ultt. citt.*

²⁴ Cfr., *infra*, capp. III e IV.

²⁵ Quella indicata nel testo è comunque una esigenza avvertita dagli opera-

Se infatti è corretto affermare che le garanzie tipiche non si possono attuare, salvo eccezioni, che nel contesto della procedura disciplinata dal codice di rito, non ci sembra che lo sia altrettanto ritenere che è il credito inadempito a non potersi realizzare coattivamente al di fuori di quel contesto procedimentale. Da qui, l'utilità di un tentativo di inquadramento sistematico dell'autotutela esecutiva come modalità di escussione del credito generale e alternativa a quella giudiziale.

In questa prospettiva, la cautela marciiana assume la veste di veicolo di compatibilità con i principi dell'ordinamento di un effetto traslativo che, puramente e isolatamente considerato, potrebbe con questi presentare margini di contrasto; ma che, di per sé, è solo indicativo di una stragiudizialità che, come tale, afferisce all'ambito dell'autotutela e che può riguardare tanto (in via di eccezione) la realizzazione di un vincolo di garanzia quanto (in via di regola, di carattere generale, se ne risulta provata l'esistenza) una modalità alternativa di attuazione forzata del credito.

L'esecuzione coattiva stragiudiziale del credito, la cui conciliabilità con l'ordinamento è garantita, da un canto, dalla cautela marciiana e, dall'altro, dalla riconduzione del principio di inderogabilità delle procedure giudiziali (solo) alla realizzazione delle garanzie e non (anche) all'attuazione del credito, è ammissibile anche funzionalmente. E questo perché essa può estrinsecarsi in congegni negoziali nei quali è la causa autosatisfattiva il fondamento giustificativo su cui si regge la relativa attribuzione patrimoniale, che esula allora dall'operatività di una causa di garanzia (come, ci sembra, da quella solutoria).

La fattispecie che dunque verrà introdotta in forza della legge delega non contribuirà a una sistematica dedicata alla realizzazione forzata del credito in via di autotutela come modalità alternativa a quella prevista dal codice di procedura civile, se non sotto il modesto profilo (il quale è ben lungi dall'esaurirne le potenzialità applicative) dell'incremento del novero delle eccezioni che ammettono il creditore

tori coinvolti in modelli contrattuali di finanziamento sempre più articolati e complessi, come ben spiegato da E. GABRIELLI, *Studi sulle garanzie reali*, Torino, 2015, p. 29.

garantito ad attuare la tutela inerente al vincolo di garanzia obli-terando il ricorso al giudice dell'esecuzione²⁶.

Di conseguenza, essa, come altre ipotesi analoghe, non si presta ad essere assunta a riferimento per formulare conclusioni di carattere generale in merito al profilo causale dei meccanismi traslativi che sono volti a realizzare coattivamente il credito in via di autotutela. Questo perché il contesto disciplinare attinente alla realizzazione delle garanzie non vale a colorare il tratto comune rappresentato da un effetto reale blindato dalla cautela marciana né ad operare, sul piano funzionale, una assimilazione di tali meccanismi con il sistema delle garanzie del credito.

Peraltro, se torniamo a considerare il patto marciano nella sua veste, per così dire neutra, di veicolo di compatibilità col sistema di meccanismi traslativi funzionali a un'autotutela esecutiva che (anche quando coesiste con un vincolo reale di garanzia tipica, comunque) è espressione di un potere del creditore che è autonomo (ed estraneo alla funzione di garanzia), la necessità di un ulteriore intervento del legislatore sulla regolamentazione del *genus* può forse essere ridimensionata. Non solo in considerazione del carattere occasionale e, in ultima analisi, residuale dei contratti di finanziamento ai quali restino estranei soggetti non professionalmente preposti all'erogazione di credito²⁷.

Ma anche per la sufficienza degli indici normativi oggi a disposizione dell'interprete per giungere a una conclusione nel senso del definitivo superamento di ogni incertezza anche rispetto all'ammissi-

²⁶ D. Russo, *Oltre*, cit., ci sembra, legge come una modalità realizzativa della garanzia reale (v. espressamente, p. 72) il meccanismo traslativo previsto dalla disciplina del prestito vitalizio (p. 35) e da quella degli artt. 48 *bis* TUB (p. 59) e 120 *quinquiesdecies* TUB (p. 71). Con riferimento a quest'ultima fattispecie, per vero, tanto la Direttiva n. 2014/17/UE quanto il comma 3 dell'art. 120 *quinquiesdecies* TUB fanno espressamente riferimento al trasferimento della garanzia reale o dei proventi della vendita della garanzia reale, anche se si omette il riferimento a un trasferimento in funzione di garanzia, contenuto invece nell'art. 48 *bis* TUB.

²⁷ Su cui G. BRIANDA, *Le prospettive del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria, lex mercatoria e tradizione*, in *Contratto e impr.*, 2016, p. 797 s.; G. D'AMICO, *La resistibile ascesa*, cit., p. 29; S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B.: il "pasticcio"*, cit., p. 102.

bilità di pattuizioni innominate nel contesto della generalità dei rapporti di credito (indipendentemente dal fatto che siano assistiti da una garanzia reale tipica).

Si è osservato che tali accordi continuerebbero ad essere soggetti al vaglio giudiziale di meritevolezza e liceità, secondo il combinato disposto degli artt. 2744 e 1322 c.c.²⁸ Un simile vaglio, appare utile in questa sede anticiparlo, ci sembra necessario quanto all'accertamento della ricorrenza nel caso specifico di un regolamento negoziale effettivamente atto a veicolare la cautela marciانا e non in quanto idoneo a operare un sindacato di liceità della stessa, *in re ipsa*, o del meccanismo traslativo che la contiene, come espressione del potere di autotutela esecutiva attribuito al creditore *ex pacto*. Un sindacato su questi ultimi aspetti è ora superfluo, come avremo modo di chiarire, alla luce della nuova disciplina, sia pure dettata con riferimento ad alcuni sottotipi speciali di convenzione marciانا.

In conclusione di queste brevi riflessioni introduttive, possiamo evidenziare che, sebbene una generale valorizzazione della contrattualità, in una fase che la tradizione rimette alla gestione del giudice dell'esecuzione, possa riscontrarsi anche nelle riforme delle stesse procedure concorsuali, nelle quali si scorge una certa tensione alla gestione negoziale delle crisi d'impresa²⁹, il punto cardine dell'evoluzione del sistema va nondimeno individuato nel concetto di autotutela esecutiva.

Questa, che si estrinseca in effetti in una molteplicità di strumenti, peculiari per le caratteristiche che rivelano in sede di analisi concettuale e di ricadute di ordine pratico, diventa naturalmente il nodo teorico di un processo teso allo sviluppo di categorie nuove e alla rivisitazione di altre già esistenti e ben radicate nel nostro ordinamento; e ciò proprio a fronte di un insieme di regole procedurali nel cui ambito la tutela esecutiva del credito presenta criticità tali da essere sussumta con sempre maggiore difficoltà nell'alveo dei principi enunciati dagli artt. 2 e 24 della Costituzione³⁰.

²⁸ G. D'AMICO, *La resistibile ascesa*, loc. ult. cit.

²⁹ N. CIPRIANI, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali. Il patto marciانا tra garanzia del credito ed esecuzione forzata*, in *Giur. it.*, 2017, 7, p. 1715.

³⁰ A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciانا*, cit., p. 19 ss.

L'inadeguatezza e la diffusa inefficienza delle procedure individuali e collettive di espropriazione, con l'inevitabile corredo di conseguenze pratiche assai gravi sull'economia complessiva del Paese, si trovano infatti acuite dall'assenza di un valido sistema alternativo, come può essere quello composto da strumenti legali e convenzionali di autotutela esecutiva³¹.

L'operazione ermeneutica che ci accingiamo a compiere, d'altro canto, non è scontata nei suoi esiti. Essa implica una analisi dei nuovi tipi contrattuali nella quale la ricerca del fondamento giustificativo dello spostamento patrimoniale divisato dalle parti del rapporto obbligatorio assume importanza decisiva, soprattutto a fronte del dibattito dottrinale tutt'altro che sopito intorno alla sua identificazione nello schema solutorio ovvero di garanzia.

È chiaro, infatti, che l'adesione all'una o all'altra delle opzioni interpretative che tradizionalmente impegnano gli studiosi dell'insieme delle tematiche astrattamente riconducibili al divieto del patto commissorio (patto i cui estremi vengono facilmente evocati dalla struttura in cui si declinano le nuove figure negoziali) si rivela difficilmente compatibile con la proposta ricostruttiva che qui avanziamo.

Non ci si potrà quindi nemmeno sottrarre da una disamina dei rapporti tra i meccanismi traslativi dei beni del debitore, dei quali ci occupiamo, e le garanzie reali nominate, onde comprendere se i primi possano essere concepiti, anziché come strumenti di un potere di autotutela esecutiva che trova collocazione sistematica in via alternativa alla tutela esecutiva giudiziale, come nuovi tipi di garanzie del credito.

E nell'approfondire la disciplina posta a presidio dell'attuazione delle garanzie, necessaria a stabilire se l'esecuzione dell'accordo del debitore con il creditore possa essere inteso come una modalità di tale attuazione, dovremo considerare l'ulteriore ostacolo che potrebbe essere rappresentato da un principio di inderogabilità delle norme che compongono tale disciplina (non a caso spesso richiamato come possibile *ratio* del divieto di cui all'art. 2744 c.c.).

L'affermazione di una generale sottrazione al potere dispositivo

³¹ A. LUMINOSO, *op. loc. ultt. citt.*

dei privati degli interessi sottesi ai mezzi di escussione del credito, infatti, non lascerebbe altro margine ermeneutico che concludere per una scelta del moderno legislatore in deroga ai principi dell'ordinamento. Tale conclusione, tuttavia, sarebbe inconciliabile con un inquadramento delle nuove tipologie negoziali all'interno di un sistema concorrente e alternativo a quello disciplinato dal codice di procedura civile.

D'altra parte, vi è un ulteriore ostacolo. La riflessione sulla portata delle nuove norme che, come dicevamo, non regolano il *genus*, ma singoli sottotipi speciali di convenzione marciana, mostrerà talora previsioni così peculiari da potersi difficilmente assumere alla base di nuove categorie ordinanti. Sarà allora necessario verificare se non sia possibile isolare, nel contesto da esse rappresentato, un frammento di disciplina efficacemente utilizzabile a questo scopo.

CAPITOLO I

TRADIZIONE E MODERNITÀ DEI MEZZI DI REAZIONE CONTRO L'INADEMPIMENTO: I NEGOZI TRASLATIVI DELLA PROPRIETÀ DI BENI DEL DEBITORE TRA DIVIETO DEL PATTO COMMISSORIO E INDEROGABILITÀ DELLA PROCEDURA GIUDIZIALE DI REALIZZAZIONE COATTIVA DEI DIRITTI DEL CREDITORE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I meccanismi traslativi della proprietà dei beni del debitore come strumento di reazione contro l'inadempimento tra attuazione delle garanzie ed esecuzione della convenzione commissoria: origini ed evoluzione storica della disciplina. – 3. L'attualità del fondamento giustificativo del divieto del patto commissorio nel confronto con le diverse istanze sottese all'evoluzione della prassi dei mercati e ai recenti sviluppi dell'ordinamento. Sulle tracce del patto marciano. – 4. *Segue*. La configurazione delle fattispecie coperte dal divieto e il suo attuale ambito di operatività. – 5. *Segue*. Il fondamento giustificativo del divieto sotto il profilo delle categorie dogmatiche... – 6. *Segue*. ...e sotto il profilo assiologico. – 7. *Segue*. La sanzione caducatoria tra coerenza sistematica e adeguatezza come elemento indicatore degli interessi protetti. – 8. *Segue*. I limiti normativi alla configurazione della fattispecie commissoria vietata e il loro inquadramento nella prospettiva dell'equilibrio sinallagmatico. – 9. Le fonti comunitarie. – 10. I trasferimenti di diritti reali a scopo di garanzia negli ordinamenti europei: il sistema francese. – 11. *Segue*. Il sistema tedesco. – 12. *Segue*. Il sistema inglese. – 13. Considerazioni conclusive.

1. Il rinnovato interesse per il patto marciano può senz'altro collegarsi alla crisi del divieto del patto commissorio¹, eroso da più parti.

Vi è l'elaborazione dottrinale su istituti tradizionali e l'introduzione legislativa di figure negoziali nuove; e vi è il peso di un'interpretazione giurisprudenziale che, se da un lato sembra potenziarne l'efficacia espansiva attraverso la qualificazione dell'art. 2744 c.c. alla stregua di norma materiale, dall'altro finisce col circoscriverla, oltre il tenore letterale della disposizione, ai soli casi di iniquità dell'accordo.

¹ E. CARBONE, *Patto commissorio e patto marciano*, in *Libro dell'anno del diritto*, in [http://www.treccani.it/enciclopedia/patto-commissorio-e-patto-marciano_\(Il-Libro-dell'anno-del-Diritto\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/patto-commissorio-e-patto-marciano_(Il-Libro-dell'anno-del-Diritto)/).

Vi è l'influenza esercitata da altri ordinamenti, evolutisi di recente nel senso del superamento del divieto (come in Francia) o nei quali il divieto stesso, pur sancito, viene generalmente disconosciuto dalle corti (come in Germania) o è a dirittura ignoto (pensiamo a quello anglosassone dal cui sistema creditizio il nostro legislatore ha tratto spunto per introdurre il prestito vitalizio ipotecario, di cui all'art. 11 *quaterdecies*, comma 12, d.l. 30 settembre 2005, n. 203, convertito nella l. 2 dicembre 2005, n. 248).

Vi è la spinta del mercato verso l'apertura dei paradigmi normativi nazionali alle esigenze della finanza e dell'economia globalizzata² in un contesto di competitività (perseguita attraverso un rafforzamento della posizione creditoria che agevola, per il caso di inadempimento, la realizzazione di una tutela rapida e tendenzialmente soddisfattoria) che va oltre il bisogno di regole omogenee e condivise.

Vi è il condizionamento delle fonti comunitarie e della riflessione condotta a livello sovranazionale, nella cui prospettiva un legittimo ricorso al patto marciano opera come punto di equilibrio nel conflitto tra gli interessi presidiati dal rimedio caducatorio connesso al divieto e quelli sottesi a un efficiente *enforcement* del credito, che pur tuttavia non implichi ineludibilmente il disconoscimento delle istanze di tutela del debitore³.

In quest'ottica, la tipizzazione di meccanismi traslativi della proprietà⁴,

² Su cui, cfr. R. SACCO, *Crittotipo*, in *Dig. it., IV ed., disc. priv., sez. civ.*, V, Torino, 1989, p. 39 s.; S. PATTI, *La globalizzazione del diritto e il contratto*, in *Obbl. contr.*, 2009, p. 495 ss.; G. IUDICA, *Globalizzazione e diritto*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 867 ss.; V. BUONOCORE, *Problemi di diritto commerciale europeo*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 7 s.; F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001, *passim*; ID., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, *passim*; G. ALPA e M. ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano, 2005, p. 571 s.; F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria - Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, in *Tratt. dir. civ.* Galgano, XXX, Padova, 2003, *passim*.

³ M. TRIMARCHI, *The predefault agreement on appropriation of an encumbered asset: "patto commissorio" and "patto marciano"*, in G. ALPA e G. IUDICA (a cura di), *Draft Common Frame of Reference (DCFR). What for?*, Milano, 2013, p. 83.

⁴ Se di microsistema dedicato al mercato finanziario, le cui peculiarità non

variamente declinati nel diritto di vendita⁵, di appropriazione, di ritenzione o di utilizzo dei beni del debitore inadempiente in favore del creditore, secondo l'effettivo valore dei beni, opera come veicolo di comunicazione tra sistemi in cui l'autonomia privata ancora si scontra col limite rappresentato dall'operatività del divieto del patto commissorio e gli ordinamenti che sono svincolati dal rispetto di questa tradizione.

Per questa via l'invalidità del «*predefault agreement on appropriation of encumbered assets*» non si estende agli accordi in cui il creditore insoddisfatto è legittimato ad appropriarsi dell'*asset* per il valore di mercato (avendo la garanzia ad oggetto beni fungibili a quotazione corrente) o di stima (avendo le parti previsto un metodo di *aestimatio*), con obbligo di restituzione dell'eccedenza (DCFR, IX, 7:105).

permettono generalizzazioni vevoli rispetto al più articolato sistema delle garanzie, si è scritto a proposito dei contratti di garanzia finanziaria (E. GABRIELLI, *I contratti di garanzia finanziaria*, in Id., *Studi sulle garanzie*, cit., p. 295 ss.); di tipizzazione del patto marcano si è ragionato già con riferimento al prestito vitalizio ipotecario (R. LENZI, *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *Giur. it.*, 2017, p. 1736 s.; Id., in R. LENZI e M. TATARANO, *Recenti riforme in tema di garanzie bancarie del credito*, Studio del CNN (2017), reperibile sul sito www.notariato.it, p. 1 s.; A. CHIANALE, *L'inutilità dell'ipoteca nel "prestito vecchietti"*, in *Notariato*, 2016, p. 358 s.; A. IULIANI, *Il prestito vitalizio ipotecario nel nuovo "sistema" delle garanzie reali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, pp. 717 s. e 738 s.; T. RUMI, *La nuova disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *Contratti*, 2015, p. 937 s.

⁵ Sulla sanzionabilità ex art. 2744 c.c. dell'accordo attributivo al creditore dello *ius vendendi* in caso di inadempimento, con facoltà di soddisfarsi sul ricavato, si rinvia, *infra*, nel testo al cap. III, par. 4. Intanto, cfr. Cass., 8 luglio 2014, n. 15486, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 62, con nota di G. Buset, *Anche una procura a vendere può violare il divieto del patto commissorio?*; Cass., 29 novembre 2013, n. 26851 (ined.); Cass., 10 marzo 2011, n. 5740, in *Giur. it.*, 2012, p. 568, con nota di M. ALBANESE, *Brevi note in tema di patto commissorio, procura a vendere e autonomia privata ovvero la fattispecie e i suoi confini*; Cass., 23 novembre 2001, n. 14911, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 471, con nota di F. BELLAFFIORE, *Fondamento e operatività del divieto del patto commissorio*; Cass., 1 giugno 1993, n. 6112, in *Riv. dir. comm.*, 1994, II, p. 135; Trib. Napoli, 22 dicembre 2008, in *Dir. giur.*, 2009, p. 603, con nota di M. CACCESSE, *Divieto del patto commissorio, tutela dell'equilibrio dello scambio e proporzione tra valore del bene offerto in garanzia e prestazione dovuta dal debitore*.

Con il d.l. 3 maggio 2016, n. 59 convertito nella l. 30 giugno 2016, n. 119 (recante «*Disposizioni urgenti in materia di procedure esecutive e concorsuali, nonché a favore degli investitori in banche in liquidazione*»), e poi con il d.lg. 21 aprile 2016, n. 72⁶, attuativo della Direttiva n. 2014/17/UE, il legislatore del 2016 ha conferito al patto marciano il rango di schema contrattuale tipico, cui far riferimento, per il futuro, nell'introdurre nuove figure negoziali; e, ci sembra, per il presente, nel giudizio di ammissibilità di modelli contrattuali atipici per il difetto degli elementi soggettivi o oggettivi cui le recenti riforme hanno ancorato la ricorrenza della fattispecie astratta.

Tali provvedimenti legislativi hanno modificato il d.lg. 1 settembre 1993, n. 385, testo unico bancario, inserendovi, rispettivamente, il «finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di un bene immobile sospensivamente condizionato» (art. 48 *bis* TUB) e, al nuovo Capo I *bis*, aggiunto al titolo VI, il «credito immobiliare ai consumatori» (artt. da 120 *quinquies* a 120 *noviesdecies* TUB).

Quest'ultimo, a differenza del primo, che integra una ulteriore forma di prestito bancario, costituisce una fattispecie di mutuo.

Gli artt. 48 *bis* e 120 *quinquiesdecies* TUB regolano il caso dell'inadempimento del soggetto finanziato ampliando la sfera riservata all'autonomia negoziale delle parti, poiché ad esse è espressamente riconosciuta la facoltà di stipulare un accordo traslativo avente ad oggetto un bene immobile, già nella titolarità del mutuatario (o di un terzo). Tale accordo rappresenta uno strumento di autotutela esecutiva in quanto consente alla banca finanziatrice di soddisfare le sue ragioni creditorie avvalendosi dell'acquisizione della proprietà del bene, salvo l'obbligo di corrispondere al debitore quanto eventualmente ecceda, del valore oggettivo dello stesso, rispetto all'ammontare del credito.

Con i menzionati interventi normativi, il legislatore prosegue in un percorso (già avviato col d.lg. n. 170/2004, poi modificato dal d.lg.

⁶ R. FERRETTI e A. SANTORO, *Prime osservazioni sul decreto legislativo di recepimento della direttiva mutui*, in *dirittobancario.it*, maggio 2016; F. CIVALE, *La nuova disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, in *dirittobancario.it*, novembre 2016; G. MAZZARINI, *Credito immobiliare ai consumatori: prime problematiche applicative*, in *dirittobancario.it*, settembre 2016.

n. 48/2011, in attuazione della Direttiva n. 44/2009/CE, introduttivo dei contratti di garanzia finanziaria e con la l. n. 248/2005, poi modificata dalla l. n. 44/2015, sul prestito vitalizio ipotecario) nel quale il principio dell'autonomia privata (art. 1322 c.c.) sembra rivestire rilievo preponderante rispetto a quelli, tradizionalmente considerati di ordine pubblico⁷, posti a presidio della responsabilità patrimoniale, della *par condicio creditorum* e delle cause legittime di prelazione (artt. 2740 e 2741 c.c.). La funzionalizzazione dell'atto negoziale allo scopo di rafforzare la realizzazione del credito sotteso alle obbligazioni finanziarie diventa infatti indice sintomatico della sussistenza di interessi la cui valutazione di meritevolezza è già compiuta *ex ante* dal legislatore, comunitario, prima, e delegato, poi⁸.

Al di là della disamina delle singole figure speciali di recente introduzione, cui verrà dedicato il secondo capitolo, in via preliminare vorremmo ora riflettere sulla posizione assunta dal legislatore nel senso del superamento delle obiezioni tradizionalmente opposte all'ammissibilità del patto marciano.

In particolare, cercheremo di ricostruire fin dalle sue radici sto-

⁷ In proposito, cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 7, *Le garanzie reali. La prescrizione*, Milano, 2012, p. 12; L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Milano, 2010, p. 6. Contra, 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. dir. priv.* Rescigno, 19, *Tutela dei diritti*, I, Torino, 1997, p. 508 s.; C. GRANELLI, *La responsabilità patrimoniale del debitore fra disciplina codicistica e riforma in itinere del diritto societario*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 512 s.; V. BACONE, *Il trust. Dalla Convenzione de L'Aja al Draft Common Frame of Reference*, Napoli, 2012, p. 227; G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, Milano, 2012, p. 75 s.; M. TAMPONI, *Attività liquidative e tutela del credito*, in F. PARENTE e L. RUGGERI (a cura di), *Attività di liquidazione e tutela dei creditori*, Napoli, 2014, p. 88; L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, Torino, 2016, p. 22; A. MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Milano, 2007, p. 74 s.

⁸ G. TUCCI, *La semplificazione del procedimento di costituzione della garanzia: mobilità e requisiti*, in Atti del Convegno Paradigma, *La nuova disciplina dei contratti di garanzia finanziaria*, 25-26 novembre 2004; F.A. BONFANTI, *Commento alla normativa*, cit., p. 513; V. AGNESE, *I contratti di garanzia finanziaria nel diritto civile*, Torino, 2009, pp. 72 e 177.

riche l'attuale contesto che, anche sotto la spinta delle fonti comunitarie e l'influenza delle esperienze maturate in altri ordinamenti nazionali, ha infine determinato l'accoglimento delle istanze tese al rafforzamento della tutela del finanziatore, al fine di implementare il mercato del credito. E di individuare il senso della via concretamente scelta, ovvero quella del superamento delle riserve in ordine alla validità di questo accordo traslativo tra debitore e creditore⁹.

Ora che il patto è stabilmente collocato, in forza della sua nuova consistenza normativa, in una cornice di liceità, spetta all'interprete individuare quali declinazioni dell'autonomia privata possono trovarvi spazio all'interno, se solo le fattispecie di recente tipizzate o ulteriori varianti innominate.

Certamente, l'indagine sugli elementi costitutivi la fattispecie generale, anche allo scopo di definire le regole ad essa applicabili, conferisce nuovo vigore allo studio del tema dell'autotutela esecutiva¹⁰.

2. In diritto romano, tra le numerose convenzioni che si possono accompagnare ad una vendita, la *lex commissoria* vale a impedire il trasferimento della proprietà nel caso di mancato pagamento del prezzo entro un certo termine da parte del compratore¹¹; essa rileva in un primo tempo come clausola accidentale tipica (*lex venditionis*) in funzione sospensiva, nel senso che l'inizio dell'efficacia del contratto viene fatta dipendere dall'avvenuto pagamento del prezzo.

A partire dal II secolo d.C. questo schema condizionale viene usato anche in funzione risolutiva di un effetto traslativo prodottosi, ma solo in modo precario¹². Al venditore è peraltro consentito, a sua

⁹ Per la validità del patto marciano, si vedano anche G. MINNITI, *Garanzia e alienazione*, Torino, 2007, p. 29 ss.; V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1428 ss.

¹⁰ A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 6, p. 1398 s., par. 6; G. D'AMICO, *La resistibile ascesa*, cit., p. 6.

¹¹ A.D. MANFREDINI, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 2003, p. 361.

¹² L. ARNDTS, *Trattato delle pandette*, tr. it., Bologna, 1873, § 65 s.; C. LONGO, *Sulla "in diem addictio" e sulla "lex commissoria" nella vendita*, in *Bull. Ist. Dir. Rom.*, 31, 1921, p. 40 ss.; A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino, 1949, *passim*; ID., *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1987, pp. 386 e 462; J.A.C. THOMAS, *Tenancy by pur-*

scelta, chiedere il pagamento del prezzo, come se il contratto non si fosse risolto¹³.

Questa figura non va confusa con quella che a noi qui interessa, ovvero la *lex commissoria* relativa alla disciplina del *pignus* e all'omonimo patto in forza del quale, in funzione soddisfattoria reale¹⁴, il creditore pignoratizio acquista automaticamente la proprietà della cosa offerta in garanzia; siffatto accordo viene vietato da Costantino sul presupposto dell'intrinseca ingiustizia di un congegno che legittima il creditore ad acquistare la proprietà di un bene il cui valore può anche essere assai superiore all'ammontare del credito rimasto inadempito¹⁵.

Nella sua configurazione originaria e secondo l'interpretazione di un passo di Gaio¹⁶, in questa fattispecie si rinvencono gli estremi della

chaser, in *Iura*, 10, 1959, p. 103 ss.; A. BISCARDI, *La "lex commissoria" nel sistema delle garanzie reali*, in *Studi in onore di Betti*, II, Milano, 1962, p. 575 ss.

¹³ O. SACCHI, *Lex commissoria e divieto del patto commissorio. Autonomia negoziale o tutela del contraente più debole?*, in *Ius Antiquum*, 19, 2007, consultabile su <http://www.dirittoestoria.it/iusantiquum/articles/Sacchi-Ius-Antiquum-19-2007.html>, osserva come il primo a configurare le clausole accidentali di recesso alla stregua di condizioni sospensive o risolutive, studiando la funzione di tali meccanismi all'interno della disciplina della compravendita, fu il giurista Giuliano secondo quanto riferisce Ulpiano in D.18.2.2 pr. (*Ulp. 28 ad Sab.*): *Quotiens fundus in diem addicitur, utrum pura emptio est, sed sub condicione resolvitur, an vero condicionalis sit magis emptio, quaestionis est. et mihi videtur verius interesse, quid actum sit: nam si quidem hoc actum est, ut meliore allata condicione discedatur, erit pura emptio, quae sub condicione resolvitur: sin autem hoc actum est, ut perficiatur emptio, nisi melior condicio offeratur, erit emptio condicionalis. Ubi igitur secundum quod distinximus pura ventitio est, Iulianus scribit hunc, cui res in diem addicta est, et usucapere posse et fructus et accessiones lucrari et periculum ad eum pertinere, si res interierit.*

¹⁴ M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, pp. 195 e 251; A.D. MANFREDINI, *Istituzioni*, cit., p. 194.

¹⁵ M. TALAMANCA, *op. loc. ultt. citt.*; A.D. MANFREDINI, *op. loc. ultt. citt.*

¹⁶ Gai. 2.60: *Sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum sint; et siquidem cum amico contracta sit fiducia, sane omni modo competit usus recepto; si vero cum creditore, soluta quidam pecunia omni modo competit, nondum vero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor, neque precario rogaverit, ut eam rem possedere liceret; quo casu lucrativa usus capio competit.*

fiducia cum creditore, considerata la forma più antica di proprietà fiduciaria¹⁷.

Così il fiduciante trasferisce la proprietà di un bene all'acquirente fiduciario per uno scopo determinato, conseguito il quale, il fiduciario deve ritrasferire la cosa al fiduciante o risarcirlo del conseguente danno¹⁸. Nel negozio fiduciario a scopo di garanzia, nel quale la *res* oggetto del trasferimento viene considerata come equivalente al debito, al verificarsi di tale eventualità, la proprietà fiduciaria si trasforma in proprietà pura e semplice.

Solo successivamente, con la diffusione del *pignus* quale figura di garanzia reale autonoma, si accentua la natura accessoria del patto commissorio, che diventa clausola accidentale rispetto al *pignus conventum* e atta a contenere il consenso delle parti in ordine al trasferimento in capo al creditore pignoratizio della proprietà della cosa oggetto della garanzia in caso di inadempimento.

Ecco che *lex commissoria* e *pactum vendendi* e, dunque, potere riconosciuto al creditore, rispettivamente, di appropriarsi e di disporre del bene del debitore, sono clausole accessorie tradizionali dei contratti di garanzia reale, come il *pignus* e la *fiducia*¹⁹.

Va però chiarito che, nel contesto della *lex commissoria pignorum*, il riferimento alla figura del *pignus* non può essere circoscritto

¹⁷ M. TALAMANCA, *op. cit.*, p. 478.

¹⁸ Nel caso della *fiducia cum creditore*, si vede una figura di pegno (*fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure*), nel senso che una volta pagata la somma dovuta (*sane omni modo competit usus receptio; si vero cum creditore, soluta quidam pecunia omni modo competit*) il debitore è ammesso a far valere per sé l'*usus receptio*. Nel caso in cui invece non sia pagato il debito, il debitore può far valere l'*usureceptio* solo se ha la detenzione del bene oggetto di pegno come conduttore o a titolo di precario (*nondum vero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor, neque precario roga-verit, ut eam rem possedere liceret*), dandosi così luogo ad un'ipotesi di usucapione lucrativa (*quo casu lucrativa usus capio competit*) che era un tipo di usucapione in cui secondo Gaio una parte scientemente approfitta di una cosa altrui (Gai. 2.56: *Haec autem species possessionis et usucapionis etiam lucrativa vocatur; nam sciens quisque rem alienam lucri facit*), così O. SACCHI, *Lex commissoria*, *loc. cit.*

¹⁹ A. BURDESE, *Lex commissoria*, *cit.*, p. 10 s.

avvalendosi dei confini definitori delle categorie quali trovano applicazione nel nostro diritto.

Il sistema delle garanzie del diritto romano, in altri termini, non è assimilabile a quello fondato sulle figure tipiche che oggi conosciamo.

Piú che in funzione strumentale all'attuazione coattiva delle pretese creditorie, il pegno e l'ipoteca del diritto romano operano al fine di assicurare la disponibilità materiale della cosa attraverso il conseguimento del possesso, che diventa il tramite per l'esplicazione di una forma di garanzia connessa a una sorta di ritenzione²⁰.

Quanto a un potere dispositivo o di apprensione della cosa data in garanzia, nel contratto di pegno può essere previsto in una apposita clausola, non solo, come abbiamo poc'anzi accennato, un effetto reale a favore del creditore, ma anche un suo diritto di alienare il bene al fine di soddisfarsi sul ricavato della vendita.

In difetto di specifica previsione, in un primo tempo, non soltanto l'alienazione deve intendersi preclusa, ma diventano ravvisabili gli estremi di una responsabilità per furto; successivamente, intorno al III secolo d.C., un diritto del creditore di alienare il bene oggetto del pegno viene riconosciuto anche nel silenzio dell'atto costitutivo della garanzia. Infine, esso non può essergli negato neppure ove espressamente escluso dalla convenzione tra le parti²¹.

Con riferimento all'ipoteca, le cui origini si rinvergono nella garanzia spettante al locatore per i fitti e concessa sui beni introdotti nel fondo dal conduttore, la disciplina è piú articolata²².

Per il tramite della tutela concessa dall'interdetto Salviano, il locatore è ammesso a impossessarsi solo dei beni rinvenuti nel fondo;

²⁰ E. NARDI, *Studi sulla ritenzione in diritto romano*, Milano, 1947, p. 202; Id., *Ritenzione e pegno gordiano*, Milano, 1939, pp. 85 e 99. A. SARTORE, *Divieta del patto commissorio e trasferimento del bene: costrizione o libera scelta?*, in *Notariato*, 1999, 5, p. 421.

²¹ A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 131, 139 e 215 s.

²² V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1952, p. 264 s.; B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1956, p. 420; A. ASCOLI, *Le origini dell'ipoteca e l'interdetto salviano. Studio storico esegetico di diritto romano*, Livorno, 1887, pp. 58-59; N. HERZEN, *Origine de l'hipothèque romaine*, Paris, 1899, pp. 110 e 112.

per poter recuperare gli stessi anche nell'eventualità di sottrazione dal fondo, l'*actio Serviana* è esperibile rispetto ai terzi nella cui disponibilità i beni stessi si trovino a qualunque titolo. Da qui, si basa lo sviluppo successivo che vede nell'*actio quasi Serviana*, posta quindi a presidio della garanzia ipotecaria, uno strumento di tutela di ogni creditore a cui il debitore abbia concesso convenzionalmente una specifica garanzia su beni determinati rimasti in possesso del debitore medesimo. Viene così fatta valere, attraverso questo rimedio, la pretesa al rilascio del bene da parte dell'attuale possessore che non abbia provveduto all'estinzione del credito garantito.

Se dunque pegno e ipoteca sono volti in sostanza al recupero della cosa che si trova a qualsiasi titolo presso terzi, ma anche alla tutela del possesso contro le pretese vantate da altri soggetti, incompatibili con i diritti del creditore garantito, l'alienazione del bene a quest'ultimo si colloca in tale ultimo contesto, in quanto l'acquisto della proprietà, nei confronti tanto del garante quanto dei terzi, viene assicurato proprio dalla situazione di possesso.

Peraltro, non sono riportati nelle fonti giustiniane esempi di patti commissori aventi ad oggetto beni ipotecati o dati in pegno. Un passo di Papiniano che potrebbe sembrare pertinente è stato autorevolmente interpretato come riferito non a un tipo di *lex commissoria*, ma a una alienazione di pegno sottoposta a condizione e, quindi, a una fattispecie negoziale non vietata dalla legge e idonea a vincolare anche il creditore acquirente²³.

Tuttavia, non vi è univocità di vedute sul punto. Sebbene l'incertezza di Marciano in tema di qualificazione della fattispecie concreta (appunto, se patto commissorio o alienazione condizionata) possa essere intesa come indice della distinzione e non assimilabilità delle due

²³ Il riferimento condotto nel testo è al passo riportato nei *Fragmenta Vaticana, responsa ex liber 3*, di Papiniano: Vat. Frag. 9: *Creditor a debitore pignus recte emit, sive in exordio contractus ita convenit sive postea; nec incerti pretii venditio videbitur, si convenerit, ut pecunia feneratoris non soluta creditor iure empti dominium retineat, cum sortis et usurarum quantitas ad diem solvendae pecuniae praestitutam certa sit*, tratto dalla rubrica *ex empto et vendito*. Cfr. H. DERNBURG, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, II, Leipzig, 1864, p. 282; A. BURDESE, *op. ult. cit.*, p. 120.

figure, si ritiene che la vendita condizionale di pegno, in quanto patto analogo a quello vietato, rientri comunque nella proibizione di Costantino²⁴.

Quanto a quest'ultima, il testo della costituzione offre scarsi elementi di individuazione del patto commissorio²⁵; nella versione del *Codex Theodosianus*, il riferimento ai rapporti di garanzia si è tratto dalla menzione del diritto del creditore a ricevere quel che aveva dato, salva la perdita della cosa.

L'accostamento della *lex commissoria* al *pignus* (*rectius*, la sua qualificazione come *pignorum*) si deve al *Codex* di Giustiniano, senza che ciò debba intendersi, come dicevamo, nel senso di una limitazione del divieto solo a quella forma di garanzia. Infatti, nella nozione di *pignus*, vanno comprese non solo la garanzia attuata mediante consegna della cosa al creditore, ma anche quella ipotecaria avente titolo nell'accordo delle parti, la *conventio pignoris*, senza peraltro richiedere il rispetto di particolari requisiti formali o solennità.

La disciplina dettata per la *fiducia*, lungi dal far perdere le proprie tracce nell'evoluzione degli strumenti giuridici a tutela del credito, viene assimilata nei nuovi diritti di garanzia dando luogo alla sostituzione giustiniana del riferimento ad essa con quello al *pignus* e all'*hypoteca*; il che porta ad escludere un intento dei compilatori volto a sottrarre al divieto le garanzie che si presentano nella forma risalente della *fiducia*.

Se dunque l'acquisto della proprietà del bene del debitore non può essere assicurato, di per sé, dal solo patto commissorio, il quale non vale ad escludere che il bene stesso rimanga in possesso di quest'ultimo, il rimedio reale, esplicantesi nell'ottenimento del rilascio del bene da parte di qualunque possessore, trova titolo nella volontà delle parti tesa a costituire il rapporto di garanzia.

Anche in ipotesi di pegno cui si accompagna la consegna della cosa, la costituzione del vincolo discende dalla funzionalizzazione della *traditio* allo scopo di garanzia.

Tuttavia, a discapito del divieto, che nel territorio romanico pare

²⁴ A. BURDESE, *op. ult. cit.*, pp. 121-125.

²⁵ Cfr. T. MOMMSEN e P.M. MEYER (a cura di), *Theodosiani Libri XVI*, I, 2, Berlino, 1954, III, 2, 1, p. 130 s.

conosciuto anche prima della riscoperta del *Corpus iuris*, sembra che, indipendentemente da influenze germaniche, il ricorso al patto commissorio non sia nella prassi caduto in disuso, forse favorito da un contesto sociale ed economico poco sviluppato. Esso, in particolare, viene declinato tramite vari tipi di clausole negoziali, tra le quali quella di rinuncia ad avvalersi delle conseguenze della violazione del divieto²⁶.

Lo studio del *Corpus iuris* conferisce senza dubbio nuovo vigore al divieto del patto commissorio, nella formula del codice giustiniano; ancora nel diritto comune del XIV secolo, esso viene ordinariamente riferito alla *lex commissoria pignoris*, prescindendo da distinzioni applicative basate sul tipo di garanzia, anche grazie all'attenzione ai principi romanistici nonché all'utilizzo nei diritti germanici del termine *pignus* in quanto riferito ai mezzi di garanzia in generale.

Esso vale dunque a indicare le garanzie mobiliari e immobiliari implicanti la consegna della cosa al creditore, di fonte pattizia o giudiziale, tanto idonee a consentire al garantito di realizzare il soddisfacimento del suo diritto direttamente sulla cosa quanto atte ad attribuirgli solo un mero diritto di ritenzione. Di più, il termine *pignus* comprende altresì le garanzie attuate per il tramite del trasferimento del dominio, ma anche quelle che lasciano la cosa nel godimento del debitore.

Rispetto a queste ultime, vanno segnalate due peculiari applicazioni del *pignus* nel diritto germanico del XIII secolo e nei territori franchi, cosiddetti *pays de nantissement*.

La prima è un tipo di garanzia immobiliare nota come *jüngerer Satzung* che, operando alla stregua di un sequestro, viene iscritta nei registri cittadini sulla base di un provvedimento giudiziario e determina la sottrazione al debitore, che è chiamato a prestare consenso, della disponibilità materiale del bene che ne è oggetto.

²⁶ P.S. LEICHT, *Il diritto privato preimmediario*, Bologna, 1933, p. 179; E. BESTA, *Le obbligazioni nella storia del diritto italiano*, Padova, 1926, p. 197; ID., *I diritti sulle cose nella storia del diritto italiano*, Padova, 1933, p. 257; A. ROTA, *Ricerche intorno al pegno convenzionale immobiliare nelle carte romane fino al sec. XIV*, Modena, 1940, p. 34 s. *Contra* l'interpretazione riportata nel testo, C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, p. 90, nt. 135.

La seconda è vicina a una forma di pegno in senso stretto, prevede che il debitore conservi il godimento dell'immobile, ma a nome del creditore, e viene costituita mediante le formalità della *saisine*. Il ricorso a forme solenni per la costituzione del vincolo di garanzia non è conforme ai principi del diritto romano che, come abbiamo visto, ritengono a tal fine sufficiente una mera convenzione; le esigenze legate alla certezza delle situazioni giuridiche, però, finiscono per imporre una stipulazione formale anche là dove la procedura di investitura della *saisine* scompare.

Vista la larga accezione con cui si ricorre al termine *pignus*, possiamo concludere, allora, che si pone un problema di estensione del divieto del patto commissorio non tanto alle convenzioni aventi ad oggetto un bene ipotecato, quanto piuttosto a negozi di alienazione variamente strutturati. Tra questi vi sono le vendite *nomine pignoris*, diffuse nella pratica commerciale dei territori toscani dell'XI e XII secolo (e nelle quali l'effetto reale è sottoposto alla condizione risolutiva dell'adempimento del debito²⁷); e le vendite con patto di riscatto, con locazione del bene al debitore, frequenti anche a fronte del divieto canonico dell'usura.

Sul rilievo della loro idoneità a dissimulare dei negozi di pegno, accordi di questo tipo sono considerati in generale dei contratti pignoratizi e tale orientamento a tal punto si consolida da condurre all'elaborazione di una categoria autonoma di figure negoziali alle quali finiscono per applicarsi, pur quando il fondo rimane nella disponibilità materiale del debitore, i principi regolatori delle garanzie in tema di divieti e limiti all'autonomia privata nonché di realizzazione dei diritti del creditore.

Inoltre, al patto che al creditore, in caso di inadempimento, attribuisce la proprietà della cosa o il potere di venderla per soddisfarsi sul ricavato si riconduce l'effetto di costituire tacitamente l'ipoteca in base ai principi romanistici sulla libertà della forma idonea a dar luogo a tale garanzia.

Del resto, da un canto, il disfavore per la convenzione commis-

²⁷ F. SCHUPFER, *Il diritto privato dei popoli germanici*, III, Città di Castello, 1909, p. 278 s.; LEICHT, *op. cit.*, p. 176 s.

soria non muta nel corso dei secoli, pur dopo la fine dell'Impero romano e l'età intermedia, anche a causa dei contrari influssi riconducibili alla dottrina cristiana e al diritto canonico.

Nel XIX secolo il divieto viene recepito dal *Code Napoleon* del 1804 con riferimento al patto annesso al pegno (art. 2078 c.c.), all'anticresi (art. 2088 c.c.) e all'ipoteca (art. 742 c.c.) e, per questa via dal codice civile italiano del 1865, anche se solo relativamente al pegno e alla anticresi (artt. 1884, comma 2, e 1894 c.c.) e non all'ipoteca.

Dall'altro, nei paesi di tradizione tedesca, l'assimilazione delle regole statutarie italiane del XIV secolo, specialmente genovesi e fiorentine, anche grazie alle intense relazioni commerciali del XVII secolo, determina l'affermazione, alla stregua di un principio generale in materia mercantile, di un diritto di ritenzione del bene del debitore per compensare il creditore dell'inadempimento. Siffatto diritto è ulteriormente declinato in quello di soddisfarsi sul prezzo ricavato della vendita del bene oggetto di ritenzione, attuata secondo le regole del pegno; questo, riconosciuto nel contesto delle relazioni d'affari tra commercianti, viene codificato nel 1861 e poi ripreso nel HGB del 1900 (§ 369-371)²⁸.

3. Sulla scorta di queste brevi notazioni storiche, utili a dar conto del contesto dogmatico di riferimento da cui muovono le legislazioni moderne in materia di strumenti negoziali di escussione del credito inadempito, addentriamoci ora nelle trame del nostro ordinamento.

Abbiamo accennato che le figure di credito bancario di recente introduzione si rivelano peculiari in quanto evocano la possibilità di realizzare la responsabilità patrimoniale del debitore non solo, in generale, mediante vie altre dall'azione giurisdizionale (in quanto maggiormente funzionali alle esigenze del mercato), ma anche, nello specifico, attraverso meccanismi *latu sensu* traslativi²⁹ della proprietà di

²⁸ A. SATURNO, *L'autotutela privata. I modelli della ritenzione e dell'eccezione di inadempimento in comparazione col sistema tedesco*, Napoli, 1995, *passim*.

²⁹ Useremo spesso il riferimento al meccanismo traslativo *tout court*, per esigenze legate alla semplicità espositiva, mentre a rigore le nuove figure di finanziamenti bancari possono comportare per il creditore anche il diritto di ven-

beni del debitore in capo al creditore per il caso dell'inadempimento dell'obbligazione.

Per affrontare il tentativo di ricondurre a sistema tali fattispecie negoziali non possiamo non affrontare il tema del rapporto tra il paradigma strutturale ed effettuale su cui esse poggiano e quello sussumibile nella fattispecie, vietata, del patto commissorio. Ciò richiede una analisi articolata poiché la copiosa elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sviluppatasi intorno a questo schema negoziale ha inciso in modo significativo l'ambito di applicazione della norma proibitiva e, conseguentemente, quello della sanzione caducatoria che ad essa è collegata.

La necessità di procedere a tale indagine è peraltro accentuata dal tenore letterale dell'art. 2744 c.c., con la sua indifferenza per l'equilibrio sinallagmatico dell'accordo tra debitore e creditore, che trova invece un efficace presidio proprio nella cautela marciana.

Gli esiti cui perverremo in questa sede costituiranno la base da cui muovere per comprendere, nel terzo capitolo, la portata dell'incisione della fattispecie vietata da parte dei nuovi interventi legislativi sia in punto di qualificazione della stessa, sia rispetto alla determinazione della *ratio* posta alla base del giudizio di disvalore su di essa formulato³⁰. Questo perché un fondamento giustificativo del divieto che sia coerente con l'assetto del sistema valoriale che attualmente trova espressione nel nostro ordinamento deve evidenziarne la differenza dal marciano, del quale valga a porre in luce gli elementi di liceità, ora astrattamente positivizzati.

Stabiliti con chiarezza tali elementi, anche mediante un'indagine del profilo causale dell'accordo traslativo, sul quale la dottrina non ha ancora raggiunto una visione unanime, dovremo poi sottoporre le nostre conclusioni al vaglio legato all'idea dell'immanenza nel nostro sistema di un principio di inderogabilità della procedura esecutiva giurisdizionale.

dere il bene a terzi per soddisfarsi sul ricavato, come chiariremo nel secondo capitolo, in sede di esame delle singole fattispecie.

³⁰ Sul punto, anche N. CIPRIANI, *Il patto marciano tra discipline di settore*, cit., p. 206.

Per tracciare una sorta di percorso concettuale, anticipiamo la linea direttrice lungo cui si muoverà ora la nostra riflessione.

Ci occuperemo, come punto di partenza, della configurazione delle fattispecie coperte dal divieto di cui all'art. 2744 c.c., in quanto questa ci appare prodromica alla trattazione del suo ambito di operatività e, successivamente, alla ricerca del fondamento giustificativo dello spostamento patrimoniale giudicato illecito nel contesto delle attuali categorie dogmatiche.

Sotto questo profilo, come abbiamo accennato, la dottrina contemporanea, che pure sul punto resta divisa, è impegnata in un'opera di continua rivisitazione dei tradizionali approdi della civilistica italiana.

Il noto argomento della incompatibilità con la causa solutoria dello schema negoziale che subordina la definitività dell'acquisto del dominio all'(in)adempimento dell'obbligazione, fondato sulla provvisorietà degli effetti della vicenda traslativa, viene oggi considerato di non più indiscussa persuasività. Allo stesso modo, la classica inconciliabilità di quest'ultimo con la causa di garanzia.

Avremo tuttavia occasione di notare come, sul dato della provvisorietà degli effetti traslativi (*rectius*, della loro subordinazione all'inadempimento, se consideriamo i nuovi tipi contrattuali), può essere possibile costruire per l'accordo tra debitore e creditore un diverso fondamento causale che esorbita dall'alternativa tradizionale che contrappone la causa solutoria a quella di garanzia.

Questa conclusione si rivelerà il tramite per giungere, con esiti per noi significativi ove allo schema negoziale puro si aggiunga la cautela marciانا, all'ambito dell'autotutela esecutiva. Ne conseguono, ci sembra, corollari in tema di allocazione del rischio del perimento fortuito del bene e, soprattutto, di realizzazione dell'estinzione dell'intera obbligazione, che riteniamo preclusa al di fuori dei casi previsti dalla legge, ove il valore del bene trasferito sia inferiore all'ammontare del debito residuo.

A questo punto, ci troveremo di fronte a un divieto i cui confini appaiono progressivamente erosi dall'opera del legislatore e della prassi. Ecco che ci sembrerà opportuno procedere all'individuazione degli interessi tutelati dal limite che esso pone all'esplicazione dell'autonomia privata.

Si tratterà di compiere un'opera di ricognizione di carattere as-

siologico che fornirà la base per vagliare l'attuale meritevolezza di tutela dei primi (e il loro effettivo legame con i principi generali dell'ordinamento, così come con il sistema delle garanzie reali e con il dogma della inderogabilità della tutela giurisdizionale in sede di escussione del credito) nel conflitto con gli altri interessi, che sono viepiù sotesi alle esigenze dei mercati finanziari e del credito bancario.

Inoltre, poiché ci occupiamo di un divieto che viene presidiato dalla nullità della pattuizione in esso sussunta, gli esiti dell'indagine volta a individuare gli interessi dedotti (di cui pure ne sia giudicato positivamente il rango di bene giuridico meritevole di protezione normativa) andranno ulteriormente sottoposti a una verifica di coerenza sistematica e di adeguatezza rispetto al rimedio caducatorio così apprestato in rapporto ad essi.

Infine, accenneremo ad alcuni istituti che vengono generalmente considerati alla stregua di limiti normativi alla configurazione del divieto e che sono volti a sottrarre alla sanzione l'accordo traslativo in ragione delle non iniquità dei suoi effetti.

Cercheremo allora di inquadrare tali limiti sotto una specifica prospettiva, che è quella legata alla mancata previsione dello squilibrio sinallagmatico tra gli elementi costitutivi della fattispecie vietata, giungendo a conclusioni di cui poi ci avvarremo nel secondo capitolo per ragionare sulla portata dei recenti interventi normativi in materia di finanziamenti bancari.

4. Rispetto alla disciplina contenuta nel codice civile abrogato, che commina la nullità del patto per effetto del quale il bene del debitore inadempiente entra nella titolarità del creditore, con specifico e solo riferimento testuale alla cosa pignorata (art. 1884 c.c. 1865) e all'immobile anticretico (art. 1894 c.c. 1865), il legislatore del 1942 vieta espressamente il patto commissorio connesso, oltre che al contratto di anticresi (art. 1963 c.c.) e al pegno, anche all'ipoteca (art. 2744 c.c.).

Risulta in tal modo superata la necessità degli sforzi interpretativi che, nella dottrina precedente l'emanazione del nuovo codice, sono tesi a fondare l'applicazione del divieto anche al patto avente ad oggetto l'immobile gravato da garanzia ipotecaria³¹. Essi meritano

³¹ G.P. CHIRONI, *Ipoteca e patto commissorio*, in *Riv. dir. comm.*, 1917, II,

nondimeno il riguardo che si deve ai Maestri che li hanno elaborati nonché la considerazione imposta dalla esigenza di indagare la matrice concettuale che sta alla base della tradizionale impostazione del tema legato al patto commissorio.

In tali riflessioni si ritrova la genesi del riferimento (condotto frequentemente nel contesto dell'indagine teleologica) alla natura materiale del divieto³², a superamento finanche delle ordinarie tecniche ermeneutiche (superflua diventando l'interpretazione analogica, data la sufficienza di quella logica³³, e inapplicabile l'argomento fondato sul silenzio della disciplina legislativa³⁴).

Peraltro, la tenuta di tale apparato argomentativo viene a trarre implicita conferma nella previsione dell'art. 1344 c.c.³⁵, in cui la fattispecie della frode alla legge è assunta a cornice di riferimento per declinare una invalidità che segna il superamento della mera e formale contrarietà a norma imperativa (art. 1343 c.c.) e approda alla categoria della elusione della stessa. E positivizza la rilevanza giuridica di un risultato (facendo applicazione di un canone di equivalenza economica tra risultato negoziale e risultato vietato, inteso come indice rivelatore dell'elusività stessa³⁶) qualunque sia il veicolo contrattuale,

pp. 711-712; E. ALBERTARIO, *Sulla nullità del patto commissorio aggiunto al mutuo ipotecario*, *ivi*, 1924, II, p. 238; G. STOLFI, *Patto commissorio ed ipoteca*, in *Foro it.*, 1926, I, c. 283 s. Si vedano anche, successivamente all'entrata in vigore del nuovo codice, V. ANDRIOLI, *Disciplina intertemporale del patto commissorio e sua applicabilità ai privilegi speciali*, *ivi*, 1942, I, p. 954; G. AMORTH, *Divieto del patto commissorio apposto a un mutuo ipotecario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 718; U. MIELE, *Sul patto commissorio immobiliare*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, II, p. 65 ss.

³² Contra 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, c. 1158 s.

³³ E. ALBERTARIO, *op. loc. ultt. citt.*

³⁴ G.P. CHIRONI, *op. cit.*, p. 712; G. STOLFI, *op. loc. ultt. citt.*

³⁵ E. CARBONE, *Debitoris suffocatio e patto commissorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 1108 s.

³⁶ Secondo l'autorevole insegnamento del Maestro L. CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943, pp. 7 ss., 69 ss. e 154 ss.; T. ASCARELLI, *Il negozio indiretto e le società commerciali*, in *Studi per Vivante*, I, Roma, 1931, p. 51 s.

piú o meno articolato o tipico, scelto e in concreto utilizzato dalle parti al fine di perseguirlo.

Trovata la via per valicare i limiti connessi all'indagine sul mezzo usato, l'analisi orientata sul risultato consente all'interprete non solo di svincolarsi dalla prospettiva astratta della causa tipica, ma anche di prescindere dagli esiti, parziali, legati formalismo delle strutture legali e, così, di intercettare fattispecie accumulate (solo) sotto il profilo di quella concreta illiceità che è sussumibile nel paradigma commissorio³⁷.

Se si muove dall'identificazione del risultato vietato, la nullità del patto *ex intervallo* e di quello autonomo non può che discendere come coerente corollario.

Il patto commissorio autonomo³⁸, che trae consistenza effettuale ad opera della elaborazione giurisprudenziale, non è legato a una preesistente o contestuale garanzia nominata, ma è l'effetto di una diversa e più articolata operazione negoziale; la sua rilevanza mira ad evitare che si arrivi a un sindacato di liceità su uno strumento negoziale idoneo (e volto) a perseguire un risultato giuridico-economico sostanzialmente assimilabile a quello vietato. Essa evita inoltre che il creditore finisca con l'avere il potere di sottrarsi alle conseguenze della nullità semplicemente disancorando la pattuizione da una garanzia tipica o giovandosi dell'invalidità della stessa garanzia³⁹.

Secondo la ricostruzione delle corti, si tratta dunque di un congegno negoziale integrato da un trasferimento del dominio in funzione di garanzia, per effetto del quale la proprietà della cosa così alienata passa al creditore in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato⁴⁰.

Il patto autonomo è sanzionato dalla giurisprudenza perché ricorrono in esso tutti gli elementi funzionali che contraddistinguono

³⁷ G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, pp. 26 ss. e 61 ss.

³⁸ Su cui cfr. N. CIPRIANI, *Patto commissorio autonomo: come salvare la validità del finanziamento e della garanzia*, in *giustiziacivile.com*, 2014, 27 maggio 2014.

³⁹ C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., p. 67; U. CARNEVALI, *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 502.

⁴⁰ Cass. 1 febbraio 1974. n. 282. in *Giur. it.* 1974, I, 1, p. 1024.

la fattispecie vietata (i quali sono integrati, secondo l'orientamento maggioritario, dalla garanzia reale implicitamente costituita e dall'affidamento del debitore sul mantenimento o riottenimento del bene per via di adempimento) e ciò lo rende bersaglio della declaratoria di nullità attraverso lo schema della frode alla legge.

Simile argomentare ha avuto ad oggetto, come è noto, anche la vendita con patto di riscatto, che ben può essere riguardata sotto la lente dell'operazione di credito. La figura del *sale and lease back* indica un contratto con il quale un'impresa commerciale o industriale vende beni di sua proprietà a un imprenditore finanziario, che ne diventa proprietario, pagando un corrispettivo e contestualmente cedendolo in locazione finanziaria (*leasing*) alla stessa venditrice, che versa periodicamente dei canoni per una certa durata, con facoltà di riacquistare la proprietà dei beni venduti, corrispondendo al termine di durata del contratto il prezzo stabilito per il riscatto⁴¹.

Si tratta di un contratto che, di per sé, presenta autonomia funzionale e strutturale quale contratto di impresa, come tale lecito, il quale tuttavia può in concreto risultare impiegato per eludere il divieto del patto commissorio⁴², con correlativa sanzione di nullità per il tramite dello schema concettuale della frode alla legge.

L'operazione di *sale and lease back* si può ritenere fraudolenta sotto quest'ultimo profilo sulla base di un sindacato che costituisce accertamento di fatto, da condurre sulla base della presenza di elementi sintomatici oggettivi e soggettivi⁴³. Questi si sono identificati nello stato di debolezza o nella situazione di difficoltà economica dell'impresa venditrice; nella sproporzione tra valore del bene venduto e corrispettivo pagato dalla fornitrice⁴⁴; nonché nella situazione di cre-

⁴¹ A. LUMINOSO, *Lease back, mercato e divieto del patto commissorio*, in *Giur. comm.*, 2000, 4, 1, p. 490.

⁴² G. BOZZOLA, *Alienazioni in garanzia e divieto del patto commissorio: la S.C. riconferma la nullità*, in *Contratti*, 1995, I, p. 273; G. CASSANO, *Contratto di leasing, leasing di godimento, leasing traslativo, sale and lease back e divieto di patto commissorio*, in *Vita not.*, 2003, p. 1047; M. FALABELLA, *Divieto del patto commissorio e lease back*, in *Giust. civ.*, 1993, II, p. 89; L. TESTINI, *Lease back e divieto del patto commissorio*, in *Notariato*, 1995, p. 584.

⁴³ Cass., 22 marzo 2007, n. 6969, in *Mass. Giur. it.*, 2007.

⁴⁴ Cass., 6 agosto 2004, n. 15178, in *Mass. Giur. it.*, 2004; Cass., 21 luglio

dito e debito tra la società finanziaria e l'impresa venditrice utilizzatrice⁴⁵ e l'utilizzo del prezzo per ripianare debiti⁴⁶.

Così, si è qualificato nullo un contratto di *sale and lease back* nel quale il finanziatore acquirente del bene versa solo la metà del prezzo concordato, depositando la rimanente somma presso un notaio, a garanzia del corrispettivo del *leasing* dovuto dall'imprenditore venditore⁴⁷. Rilevante si è ritenuta del pari la ricorrenza di ipotesi in cui scopo effettivo dell'operazione sia quello di dotare il venditore di una provvista finanziaria assistita da una garanzia reale⁴⁸.

Ciò che ai nostri fini rileva è che, secondo la costruzione cui si fa riferimento, l'incertezza circa le sorti dell'effetto traslativo (*id est*, circa il suo consolidamento) è evocativa di una funzione di garanzia (più precisamente, si tratterebbe di una garanzia reale atipica⁴⁹) sia nel caso di alienazione sotto condizione risolutiva di adempimento sia, data la retroattività che sovrintende il funzionamento del meccanismo condizionale, qualora il trasferimento sia sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore⁵⁰.

Il ricorso allo schema della garanzia reale in questo contesto merita sin da subito un cenno di precisazione, sul quale peraltro avremo modo di tornare diffusamente nel corso delle nostre riflessioni.

Riteniamo, infatti, di escludere la pertinenza del richiamo a un concetto di garanzia, quantomeno in senso tecnico, poiché il creditore non si avvale di un mero criterio di preferenza suscettibile di esplicarsi nella determinazione dell'ordine di soddisfazione sul patrimonio del debitore. Al contrario, egli si giova di un effetto traslativo immediatamente incidente sulla consistenza di quel medesimo patrimonio, depauperandola, e che deriva automaticamente dalla fattispe-

2004, n. 13580, in *Contratti*, 2004, p. 11; Cass., 19 luglio 1997, n. 6663, *ivi*, 1998, 4, p. 395.

⁴⁵ Cass., 14 marzo 2006, n. 5438, in *Contratti*, 2007, 6, 5 p. 22.

⁴⁶ Cfr. anche A. LUMINOSO, *Lease back, mercato*, cit., p. 490.

⁴⁷ Cass., 16 ottobre 1995, n. 10805, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, p. 1382.

⁴⁸ Cass., 26 giugno 2001, n. 8742, in *Giur. comm.*, 2002, II, p. 329.

⁴⁹ L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971, p. 249.

⁵⁰ F. CARNELUTTI, *Mutuo pignoratizio e vendita con clausola di riscatto*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, II, p. 161.

cie complessa data dalla pattuizione stipulata con quest'ultimo cui si accompagna l'inadempimento del debito.

Allo stesso modo, dal patto discende l'opponibilità ai terzi della (già acquisita) titolarità del creditore sul bene che ne è oggetto (al limite nella forma della vendita sospensivamente condizionata all'inadempimento, che viene dedotto quale evento futuro e incerto).

In altri termini, gli effetti del patto non si esplicano secondo gli schemi della prelazione e del diritto di sequela⁵¹, che rappresentano i caratteri fondamentali della realizzazione del pegno, dell'ipoteca e dell'anticresi trascritta, la quale assicura al creditore la prelazione sui frutti del bene e il diritto di seguito (art. 2643, n. 12, c.c.).

Come è stato acutamente osservato⁵², la signoria sulla cosa assorbe i diritti di prelazione e seguito caratteristici delle garanzie reali tipiche ma, a ben vedere, anche il diritto di espropriazione che compete al creditore sprovvisto di garanzia: che sia pignoratizio, ipotecario o anticretico, oppure semplicemente chirografario, il creditore assistito dalla convenzione commissoria è adeguatamente tutelato avvalendosi di quest'ultima soltanto; il bene costituisce parte del suo patrimonio e dell'assolutezza di tale prerogativa egli gode in via esclusiva.

Vale solo la pena di accennare che il riferimento al creditore che non è munito di cause legittime di prelazione non deve stupire. Basti pensare, nell'ambito delle fattispecie di recente introduzione, a quella di cui all'art. 48 *bis* TUB, ove il patto tra debitore e creditore, contemporaneo al contratto di finanziamento, sembra proprio concepito come strumento concorrenziale all'ipoteca, come un opportuno completamento di un credito chirografario⁵³.

Veniamo ora all'ambito di operatività del divieto. Per lungo tempo, la giurisprudenza ha collegato alla decorrenza degli effetti del trasferimento della cosa alienata in garanzia l'esito della valutazione di liceità del patto commissorio autonomo, quello che abbiamo visto essere integrato da una garanzia esplicantesi attraverso un effetto tra-

⁵¹ U. CARNEVALI, *Patto commissorio*, cit., p. 502.

⁵² E. CARBONE, *Debitoris*, loc. ult. cit.; e, prima, C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., *passim*.

⁵³ S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B: il "pasticcio"*, cit., pp. 46-47.

slativo reale non collegato a una fattispecie tipica di pegno, ipoteca o anticresi⁵⁴.

L'applicazione di tale criterio temporale ha portato a escludere dall'ambito di operatività del divieto fattispecie ricostruite alla stregua di vendita fiduciaria a scopo di garanzia accompagnata da patto di riscatto o di ritrasferimento.

In tal caso, l'operazione negoziale posta in essere dalle parti è stata delineata come un trasferimento effettivo e immediato della proprietà al creditore, il quale si obbliga tacitamente, in forza dell'accordo contenuto nel patto di riscatto o in quello di retrovendita, a ritrasferire il bene al venditore e debitore che abbia correttamente adempiuto il debito garantito. Rispetto all'ipotesi dell'alienazione sospensivamente condizionata, all'immediatezza dell'acquisto del dominio si è di volta in volta associata, a giustificazione della disattivazione del rimedio caducatorio, una diversa e più razionale allocazione dei rischi o, comunque, una maggiore consapevolezza circa la convenienza del negozio⁵⁵.

In particolare, rispetto all'effetto traslativo sospensivamente condizionato tipico del patto commissorio, l'immediatezza dell'effetto traslativo, che caratterizza la vendita con patto di riscatto a scopo di garanzia, proprio per la sua idoneità a richiamare l'attenzione del

⁵⁴ Nel testo il riferimento all'alienazione in garanzia è condotto non già in quanto a tale ricostruzione si aderisca, ma per dar conto degli orientamenti sviluppatisi intorno ad essa.

⁵⁵ G. PUGLIESE, *Intorno alla validità della vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, 1, p. 1066 ss.

In giurisprudenza, cfr. Cass., 21 gennaio 1980, n. 462, in *Rep. Foro it.*, 1980, voce *Patto commissorio*, n. 1, 1972; Cass., 14 dicembre 1978, n. 5967, in *Arch. civ.*, 1979, p. 462 ss.; Cass., 20 maggio 1976, n. 1800, in *Rep. Foro it.*, 1976, voce *Patto commissorio*, n. 2., c. 2266; Cass., 8 luglio 1971, n. 2153, *ivi*, 1971, voce *Patto commissorio*, n. 1, c. 2025 s.; Cass., 15 settembre 1970, n. 1426, *ivi*, 1970, voce *Patto commissorio*, n. 4, c. 1598; Cass. 20 aprile 1968, n. 1221, *ivi*, 1968, voce *Patto commissorio*, n. 3, c. 1814; Cass., 30 marzo 1967, n. 689, in *Giur. it.*, p. 1968, I, 1, 52 ss.; App. Genova, 31 gennaio 1969, in *Foro pad.*, 1969, I, c. 1239 ss., con nota di C.M. BIANCA, *Vendita con patto di riscatto e alienazione in garanzia*, in *Temi*, 1970, c. 34 ss. e con nota di E. ONDEI, *Vendite elusive del divieto di patto commissorio*.

debitore, finirebbe con l'integrare un risultato diverso da quello vietato⁵⁶.

Peraltro, facendo ricorso allo schema della simulazione e della immediata contrarietà del contratto dissimulato al disposto dell'art. 2744 c.c., estensivamente interpretato come relativo anche al patto commissorio autonomo⁵⁷, si è arrivati a sanzionare altre fattispecie (forse vista l'estrema facilità con la quale altrimenti era possibile aggirare il divieto legislativo⁵⁸).

Ecco che la vendita si è intesa dissimulare un mutuo con patto commissorio: sebbene i contraenti esprimano formalmente una volontà tesa, rispettivamente, a dismettere e ad acquisite (puramente e semplicemente) la titolarità della cosa, essi appongono in sostanza all'alienazione una condizione sospensiva, poiché concordano che il creditore e acquirente diventerà proprietario soltanto se il debitore e alienante non estinguerà il debito nel termine pattuito⁵⁹.

Non si è tuttavia mancato di mettere in luce⁶⁰, e lo abbiamo già

⁵⁶ G. PUGLIESE, *Nullità del patto commissorio e vendita con patto di riscatto*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1945, I, p. 161.

⁵⁷ D. RUBINO e G.P. GAETANO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno. I privilegi*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, Torino, 1956, p. 18.

⁵⁸ N. CIPRIANI, *Appunti*, cit., nt. 12; ID., *Il patto marciano tra discipline di settore*, cit., p. 193; ID., *Divieto del patto commissorio e alienazioni a scopo di garanzia nel pensiero di Domenico Rubino*, in P. PERLINGIERI e S. POLIDORI (a cura di), *Domenico Rubino*, II, Napoli, 2009, p. 707 s.

⁵⁹ Cass., 14 aprile 1981, n. 2245, in *Rep. Foro it. online*; Cass., 29 aprile 1980, n. 2854, in *Rep. Foro it.*, 1980, voce *Patto commissorio*, n. 2, 1972; Cass., 26 gennaio 1980, n. 642, in *Arch. civ.*, 1980, p. 681; Cass., 18 settembre 1974, n. 2498, in *Rep. Foro it.*, voce *Patto commissorio*, n. 2, c. 1626; Cass., 19 giugno 1974, n. 1810, *ivi*, n. 3, c. 1626; Cass., 8 gennaio 1972, n. 40, 1972, *ivi*, n. 1, c. 1964; Cass., 14 giugno 1966, n. 1544, in *Foro pad.*, 1967, I, c. 790 ss.; Cass., 23 ottobre 1965, n. 2219, in *Rep. Foro it.*, 1965, voce *Vendita*, n. 72, c. 3131 s.; Cass., 14 maggio 1962, n. 1004, in *Foro it.*, 1963, I, c. 365.

⁶⁰ C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., p. 145 ss.

In giurisprudenza, Cass., 20 febbraio 2013, n. 4262, in *Giur. it.*, 2013, 2023, con nota di G. Rispoli, *Ai confini del divieto di patto commissorio*; Cass., n. 5740/2011, cit.; Cass., 12 gennaio 2009, n. 437, in *Contratti*, 2009, p. 803, con nota di M. GALATI, *Divieto di patto commissorio e contratto di anticresi*; Cass., 2 febbraio 2006, n. 2285, in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 700; Cass., 16 aprile 1987, n. 3784, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, p. 139 ss.; Cass., 11 gennaio 1988, n.

osservato, come anche un effetto traslativo immediato possa essere rimosso grazie alla retroattività del meccanismo condizionale; la conseguenza è che pure una vendita con patto di riscatto o di retrovendita, ove conclusa a scopo di garanzia, è idonea a produrre un effetto reale i cui caratteri di definitività e irrevocabilità si trovano ad essere subordinati all'inadempimento del mutuatario⁶¹.

Quindi, ove la vendita a scopo di garanzia sia sorretta dall'effettiva volontà delle parti e si riveli idonea a produrre il risultato economico vietato dalla *lex commissoria*, la sua nullità deriva dal ricorso allo schema del negozio indiretto e fa leva sulla materialità del divieto di patto commissorio: in tal caso, infatti, non si produrrebbe semplicemente un «risultato analogo» a quello del patto, ma a dirittura un'«identità del risultato», ottenuto per il tramite di un negozio indiretto⁶².

Rimane invece salva la rilevanza del ricorso al congegno simulatorio nel diverso caso in cui con la vendita a scopo di garanzia, non realmente voluta, le parti abbiano inteso dissimulare un mutuo con patto commissorio. Qui, l'accertamento della simulazione relativa avrebbe come conseguenza l'applicazione diretta dell'art. 2744 c.c., prescindendo dalla sua natura di norma materiale⁶³.

46, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1766 ss., con nota di R. TRIOLA, *Vendita con patto di riscatto e divieto del patto commissorio*; Cass., 18 maggio 1988, n. 3462, in *Rep. Foro it.*, online.

⁶¹ *Contra*, Cass., 12 dicembre 1986, n. 7385, in *Corr. giur.*, 1987, p. 287 ss., con nota di V. MARICONDA, *Ancora sull'alienazione in garanzia* e in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, p. 117, con nota di C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio: un passo indietro della cassazione*; App. Milano, 29 gennaio 1985, in *Arch. civ.*, 1985, p. 613 ss.

⁶² S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 319 ss. e in S. PUGLIATTI, *Diritto civile. Metodo Teoria Pratica. Saggi*, Milano, 1951, p. 357; secondo M.G. CUBEDDU, *Patto commissorio e vendita con patto di riscatto: la risposta delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, p. 615 ss., elisa la causa di scambio dalla causa di garanzia, ove quest'ultima trovi esplicazione in un regolamento abusivo, non tanto si configura una vendita indiretta in frode alla legge, quanto piuttosto un negozio atipico immeritevole di tutela.

⁶³ V. ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Sub artt. 2740-2899, Bologna-Roma, 1945, p. 50 ss.

Al di là di questa distinzione, comunque, l'approdo concettuale cui si giunge è che, se si sposta l'attenzione dalla verificaione *tout court* dell'effetto del trasferimento del dominio e ci si pone in una prospettiva che attribuisce rilevanza a un diverso parametro, attinente alla vicenda circolatoria che da esso origina e che è dato dal consolidamento dell'attribuzione traslativa, si vede come in entrambe le fattispecie prese in esame, in realtà, tale consolidamento è comunque condizionato al verificarsi dell'inadempienza del debitore (ed è pertanto, *medio tempore*, provvisorio).

5. Considerata la questione dal punto di vista dogmatico, la subordinazione del consolidamento degli effetti reali all'(in)adempimento del debito mercé l'operatività del meccanismo condizionale viene considerata determinante per definire il profilo causale dell'atto di autonomia (sullo sfondo del quale si colloca il contrasto col principio di tipicità dei diritti reali) e, per questa via, fondarne il sindacato di (il)liceità.

Riepilogando, in estrema sintesi, lo sviluppo della riflessione che a questo punto si rende necessaria, possiamo evidenziare come la giustificazione dogmatica del divieto si sia usualmente impostata su un'alternativa qualificatoria nell'ambito della quale la causa solutoria è stata contrapposta a quella di garanzia. E ha fondato il giudizio negativo sul patto commissorio traendo argomenti nel senso dell'inidoneità sotto il profilo causale di entrambe le opzioni, ritenute incompatibili con uno strumento negoziale strutturato secondo lo schema del contratto di vendita, alla luce del collegamento con un sottostante rapporto obbligatorio, nonché dell'intento primario in concreto perseguito dalle parti.

Una ponderazione più attuale dei problemi sottesi alla vicenda commissoria, tuttavia, si impone; soprattutto nell'ottica della riconducibilità al sistema della sua variante lecita, data dal patto marciano. Questione, quest'ultima, tanto più necessaria e persino urgente in quanto imposta, oltre a quelle che abbiamo visto essere le spinte provenienti da più parti (le richieste del mercato, la concorrenza tra sistemi giuridici, l'esigenza e l'opportunità di regole omogenee e condivise nell'ambito di un diritto comune europeo) dalla razionalizzazione delle forme di finanziamento bancario di recente introduzione.

Tale analisi passa attraverso la verifica dell'effettiva inidoneità causale dell'accordo tra debitore e creditore, non solo ove sussunto in uno o nell'altro degli schemi anzidetti (funzione solutoria o di garanzia), ma, in un'ottica che appare assai persuasiva, attraverso l'individuazione di una terza via, lungo la quale tracciarne il fondamento giustificativo.

Ciò che tradizionalmente appare contrario al principio di tipicità delle posizioni giuridiche soggettive caratterizzate da realtà è la limitazione e la funzionalizzazione della situazione di titolarità del diritto alla soddisfazione di un interesse sostanziale dei contraenti, quando questo non si esaurisce in una operazione di scambio che nell'acquisto vede la sua realizzazione, ma si articola in un complesso regolamento. Regolamento diretto ad assicurare la tutela di una posizione creditizia in caso di inadempimento e in cui l'acquisto, strumento usato in alternativa a quelli tipicamente previsti a tal fine, non è che segmento inserito in un più ampio insieme di effetti⁶⁴.

In altre parole, si considera il vincolo imposto al bene a tutela dell'interesse del creditore alla conservazione dello stesso e lo si qualifica in termini di garanzia, data la valenza preparatoria rispetto a un ulteriore interesse del creditore, questa volta di carattere finale, che è quello alla soddisfazione delle sue ragioni⁶⁵.

Non a caso, appare sensibilmente diversa la vicenda negoziale in cui debitore e creditore si accordano sulla destinazione al secondo di un bene del primo, quale surrogato della prestazione dedotta in obbligazione, e, a tal fine, preordinano l'attribuzione della proprietà del bene.

Tale attribuzione è infatti immediata (con preclusione alle parti di un potere di sospendere o rinviare l'effetto reale), sol che si consideri la coincidenza temporale del trasferimento del dominio a favore del creditore e dell'estinzione dell'obbligazione, che normativamente trova espressione nella regola secondo cui il contratto si perfeziona con l'esecuzione della diversa prestazione (art. 1197, comma 1, c.c.).

E l'attribuzione è poi definitiva, visto che il perfezionamento del

⁶⁴ Sul punto si veda l'analisi di U. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto. La causa e il trasferimento dei diritti*, Torino, 2000, p. 146 s.

⁶⁵ L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., p. 289 s.

contratto segna la verifica dell'effetto traslativo e lo consuma, senza lasciare margini al debitore per evitarne la produzione adempiendo all'obbligazione originaria: la causa solutoria della prestazione in luogo di adempimento, la natura reale del contratto e la sua efficacia non obbligatoria rendono incondizionata (di più, *in re ipsa* incompatibile con l'apposizione di una condizione sospensiva di inadempimento o di una condizione risolutiva di adempimento del debito originario) l'attribuzione in favore del creditore⁶⁶.

Sulla pretesa incompatibilità con la causa solutoria della descritta provvisorietà degli effetti della vicenda traslativa, la moderna dottrina prende una posizione contraria e pone l'accento sull'effetto estintivo del rapporto obbligatorio prodotto dall'attribuzione al creditore della titolarità del bene oggetto del patto.

Nell'accordo col creditore si scorge non una struttura negoziale con il cui profilo causale tipico si pone in contrasto il paradigma effettuale realmente voluto dalle parti dell'obbligazione⁶⁷, ma la preconstituzione, in epoca anteriore all'inadempimento, di una vicenda estintiva «alternativa del credito»⁶⁸, che assume i contorni del «trasferimento solutorio»⁶⁹.

In base all'assetto di interessi diviso dai contraenti, sul presupposto dell'inadempimento, la produzione dell'effetto reale determina la trasformazione del fondamento giustificativo dello spostamento patrimoniale e la conversione dell'originaria funzione di garanzia, che si era concretizzata nella costituzione di una garanzia reale sul bene oggetto del patto, in una solutoria, che si esplica nella prestazione traslativa.

E questo congegno negoziale è ritenuto ammissibile nel nostro

⁶⁶ A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1398 s. e nt. 19.

⁶⁷ R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, I, Torino, 1993, p. 565.

⁶⁸ F. ANELLI, *L'alienazione*, cit., p. 89.

⁶⁹ F. ANELLI, *op. ult. cit.*, p. 302 s; N. CIPRIANI, *Il patto marciano tra discipline di settore*, cit., p. 197; ID., *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, pp. 23 ss., 116 ss. e 295 ss.; G. D'AMICO, *Alienazioni a scopo di garanzia*, in G. GITTI, M. MAUGERI e M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa. Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, I, Bologna, 2013, p. 586 s. e nt. 8.

ordinamento, purché presidiato dal principio di equivalenza⁷⁰, in quanto modo di estinzione dell'obbligazione di carattere secondario⁷¹, idoneo come tale a integrare «surrogato satisfattivo dell'adempimento»⁷².

In altri termini, si fa leva sulla predeterminazione, scaturente dal patto, e con riferimento a un'epoca anteriore alla scadenza dell'obbligazione garantita, del trasferimento della proprietà di un bene del debitore in funzione satisfattiva⁷³. Ovvero sulla predisposizione di una modalità che, pur avendo carattere alternativo e secondario e certamente atipico, attiene comunque all'estinzione del credito, ovvero all'attuazione del rapporto obbligatorio⁷⁴, sebbene attraverso la regolamentazione di un assetto di interessi implicante l'instaurazione della fase patologica del rapporto obbligatorio⁷⁵.

Quest'ultima notazione però ci appare decisiva, ai fini di escludere la causa solutoria. Rinviando a quanto avremo modo di osservare nel terzo e nel quarto capitolo a tale proposito, qui ci limitiamo a richiamare l'attenzione sul contenuto dell'accordo traslativo, che attiene appunto alla disciplina tra le parti delle conseguenze di un inadempimento⁷⁶ che, nel momento in cui si consuma, ha ormai prodotto l'effetto suo proprio inerente alla trasformazione dell'obbligazione nel vincolo di responsabilità che tiene il debitore e il suo patrimonio⁷⁷ e che, fino a quel momento era rimasto nell'alveo della potenzialità.

⁷⁰ E. NAVARRETTA, *Sub* art. 1344, in E. NAVARRETTA e A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale*, Torino, 2011, p. 689.

⁷¹ F. ANELLI, *L'alienazione*, cit., p. 89.

⁷² E. MOSCATI, *I modi di estinzione tra surrogati dell'adempimento e vicende estintive liberatorie*, in E. MOSCATI e A. BURDESE (a cura di), *I modi di estinzione*, in *Tratt. obbligaz.* Garofalo e Talamanca, III, Padova, 2008, p. 4 ss.

⁷³ F. ANELLI, *L'alienazione*, cit., p. 420 ss.; N. CIPRIANI, *Il patto marciano tra discipline di settore*, cit., 1 p. 95; ID., *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 109 ss.

⁷⁴ S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B: il "pasticcio"*, cit., p. 54.

⁷⁵ F. ANELLI, *L'alienazione*, cit., p. 89.

⁷⁶ Su questo anche S. PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*, p. 54.

⁷⁷ F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciano*, in AA.VV., *I nuovi marciali*, cit., p. 197. D. RUSSO, *Oltre*, cit., fa riferimento al momento della responsabilità in tema di contratti

Siamo dunque oltre la dimensione dell'adempimento⁷⁸ e di ciò che rispetto ad esso assume la veste di surrogato; e non è nella disciplina di istituti che invece a tale dimensione appartengono (obbligazione alternativa⁷⁹ o con facoltà alternativa⁸⁰, *datio in solutum*⁸¹) che può essere ricercata la soluzione soddisfacente al problema dell'inquadramento di quell'accordo⁸².

Si badi, però: abbiamo avvertito che le obiezioni relative alla configurabilità di una causa solutoria (legate tradizionalmente alla descritta provvisorietà degli effetti della vicenda traslativa e, in ottica più moderna, alla collocazione della regola contenuta nell'accordo nel-

di garanzia finanziaria (p. 23) e di contratti di finanziamento ex artt. 48 *bis* TUB (p. 57) e 120 *quinqüesdecies* TUB (p. 72). L'A. si richiama anche ad una funzione soddisfattoria del meccanismo marciano che espressamente contrappone a quella solutoria (nt. 41).

⁷⁸ Così già L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., p. 289 s.

⁷⁹ 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 civili e commentate*, 2016, p. 355.

⁸⁰ A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48-bis T.U.B. è davvero il patto marciano?*, in *Corriere giur.*, 2016, p. 1481.

⁸¹ A. CHIANALE, *L'ipoteca*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 2010, p. 36; S. PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*, pp. 51 e 77, il quale traccia comunque una distinzione tra *datio in solutum* e la fattispecie di cui all'art. 48 *bis* TUB. Per G. D'AMICO, *La resistibile ascesa*, cit., p. 25 s., il patto marciano sotteso all'art. 48 *bis* TUB va meglio inquadrato come opzione di prestazione in luogo dell'adempimento. Cfr. anche A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Sub art. 1177-1200, Bologna-Roma, 1994, p. 347. In dottrina, la soluzione, tutt'altro che pacifica, al tema della natura giuridica della *datio in solutum* viene affrontata con diversi esiti da M. ALLARA, *La prestazione in luogo di adempimento*, in *Ann. gen. giur.*, Palermo, 1927, p. 247 s.; R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 250, nt. 3; S. RODOTÀ, *Dazione in pagamento (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 738; A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Milano, 1987, p. 249 ss.; V. BARBA, *Prestazione in luogo di adempimento*, in *Comm. c.c.* Gabrielli, Sub artt. 1173-1217, Torino, 2012, p. 566 ss.; A. LUMINOSO, *Patto commissorio*, cit., p. 20.

⁸² F. PIRAINO, *op. loc. ultt. citt.* Sul fatto che il patto marciano di cui all'art. 48 *bis* TUB non sia infine riconducibile interamente ad alcuna delle figure generali del diritto delle obbligazioni, cfr. anche G. D'AMICO, *op. loc. ultt. citt.*

l'alveo della responsabilità patrimoniale e non in quella dell'adempimento), non implicano necessariamente la sussistenza (quanto meno in via esclusiva⁸³) di una funzione di garanzia.

Questa invece è stata l'opinione tradizionale della nostra dottrina⁸⁴ e della giurisprudenza.

Così, tornando all'ambito di operatività del divieto del patto commissorio e in linea con la tracciata ricostruzione, tradizionalmente la sanzione della nullità va collegata alla valutazione dell'intento primario delle parti; e qualora questo sia diretto a vincolare il bene a garanzia e in funzione di un rapporto di finanziamento (per esempio, di un mutuo), l'operazione negoziale complessivamente posta in essere finisce col presentare un'assonanza sotto il profilo effettuale con una vendita sottoposta a condizione sospensiva.

Ecco che il nesso di strumentalità ravvisabile tra i due negozi (di compravendita e di mutuo) da un lato, svela il carattere meramente subordinato e succedaneo che assume la volontà dichiarata (di vendere) rispetto alla finalità dissimulata (di garanzia), la quale appare preminente; dall'altro, è indice rivelatore della presenza di una causa effettiva divergente da quella tipica della compravendita⁸⁵. Causa che va a colorarsi di illiceità, in quanto volta ad aggirare il divieto del patto commissorio attraverso lo schermo fornito dal ricorso a un meccanismo simulatorio⁸⁶.

Questo punto è di particolare importanza. Infatti, nella vendita con patto di riscatto o di retrovendita a scopo di garanzia, quest'ultimo, ben lungi dal poter essere considerato alla stregua di un mero motivo, si ritiene assurgere al rango di causa del contratto, in quanto

⁸³ Daremo conto tra poco nel testo dell'impostazione basata sulla compatibilità tra questi due profili causali.

⁸⁴ C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., p. 136 ss.; A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999, p. 193 ss.

⁸⁵ Cass., 3 giugno 1983, n. 3800, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, 97, con nota di E. ROPPO, *Patto di riscatto. Patto commissorio*, e in *Foro it.*, 1984, I, c. 212, con nota di F. MACARIO; Cass. 10 febbraio 1961, n. 288, *ivi*, 1961, I, c. 1155, con nota di T. MANCINI, *Compravendita sottoposta a condizione*, cit.

⁸⁶ Sulla provvisorietà dell'effetto come indice rivelatore della frode alla legge (art. 1344 c.c.), cfr. Cass., 27 febbraio 1991, n. 2126, in *Giust. civ.*, 1992, I, 1, p.136.

giustificazione obiettiva del trasferimento della proprietà. La vendita si trova infatti ad essere inserita nel contesto di una operazione giuridico-economica complessa, data la sussistenza di un rapporto obbligatorio tra venditore e acquirente.

Collocandosi in una posizione di subordinazione e accessorietà rispetto al rapporto di finanziamento, l'assetto di interessi voluto dalle parti ha di mira non semplicemente il trasferimento di un diritto di proprietà, quanto piuttosto il rafforzamento della posizione del creditore; e tale obiettivo è conseguito attraverso la definitiva acquisizione del dominio sulla *res* ove il debito garantito resti inadempito.

L'esecuzione della prestazione pecuniaria dedotta nel regolamento negoziale non costituisce pagamento del prezzo di una vendita, ma trasferimento della proprietà del denaro in esecuzione di un mutuo; e il passaggio della titolarità del bene al mutuante non si pone come controprestazione dell'obbligazione di prezzo, ma come atto costitutivo di una posizione di garanzia, ed è connotato da un elemento di provvisorietà, essendo suscettibile di consolidarsi ovvero caducarsi a seconda che il debitore mutuatario adempia o meno⁸⁷.

In altri termini, il perimetro causale della compravendita deve ritenersi valicato là dove l'effetto traslativo è diretto a costituire la garanzia di un credito: la costituzione della garanzia esclude la sussunzione della prestazione pecuniaria entro lo schema del prezzo, che è elemento essenziale della causa del contratto di vendita in quanto

⁸⁷ Cass., sez. un., 3 aprile 1989, n. 1611, in *Corr. giur.*, 1989, p.522, con nota di V. MARICONDA, *Le Sezioni Unite dichiarano la nullità delle alienazioni in garanzia*, e in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 1569, con nota di N. CANESSA, *Vendita con patto di riscatto e patto commissorio*; Cass., sez. un., 21 aprile 1989, n. 1907, in *Foro it.*, 1990, I, 1, c. 205, con nota di G. VALCAVI, *Intorno al divieto del patto commissorio, alla vendita simulata con scopo di garanzia e al negozio fiduciario* e in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 1821, con nota di M. COSTANZA, *Sulle alienazione in garanzia e il divieto del patto commissorio*; conformi, tra le molte: Cass., n. 2126/1991, cit.; Cass., 19 settembre 1992, n. 10749, *ivi*, 1993, I, p. 3055; Cass., 27 settembre 1994, n. 7882, in *Mass. Giust. civ.*, 1994, p. 1155; Cass., 4 marzo 1996, n. 1657, in *Giust. civ.*, 1997, II, p. 656 ss.; Cass. 4 agosto 2006, n. 17706, *ivi*, 2007, I, p. 1414; Cass., 20 giugno 2008, n. 16953, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 1435; Cass., 7 settembre 2009, n. 19228, in *www.percorsi.giuffre.it*.

adempimento dell'obbligazione principale del compratore, per qualificarla come fonte dell'obbligazione garantita.

Ciò comporta una sorta di distorsione della *causa venditionis*, che si trova ad essere snaturata dalla produzione dell'effetto reale, in quanto una funzione di garanzia perseguita utilizzando il veicolo di una alienazione immobiliare si palesa, nella sostanza, una garanzia di tipo reale, ma innominata, nonché, per struttura ed effetti, «eccessivamente intensa»⁸⁸.

Dalle considerazioni che precedono emerge, oltre alla già menzionata irrilevanza, ai fini della configurazione della fattispecie vietata, del momento temporale in cui l'effetto traslativo è destinato a verificarsi, anche quella della natura meramente obbligatoria o reale del contratto⁸⁹ e, più in generale, degli strumenti negoziali di cui le parti si sono avvalse per dare attuazione al trasferimento di un bene del debitore⁹⁰. Per questa via, si sono considerate idonee a violare il divieto fattispecie di mandato a vendere conferito dal debitore al creditore⁹¹ e di opzione di acquisto di un bene concessa dal mutuatario al mutuante⁹², nonché di *leasing* finanziario⁹³.

Ancora, raggiunta la prova dell'intento delle parti, nel senso di costituire primariamente, attraverso (una vicenda negoziale traslativa avente ad oggetto) un bene, una garanzia reale dell'adempimento delle obbligazioni contratte dal debitore con altro negozio collegato, anche un contratto preliminare di compravendita può incorrere nella sanzione dell'art. 2744 c.c.

⁸⁸ Cass., n. 5740/2011, cit., sul punto, cfr. S. PUGLIATTI, *Precisazioni*, cit., p. 357. Cfr. anche S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B: il "pasticcio"*, cit., p. 52.

⁸⁹ Sul patto commissorio "obbligatorio", con cui le parti prevedono (anziché un'alienazione) un obbligo del debitore di trasferire il bene al creditore in caso di inadempimento del debito, cfr. A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, cit., nt. 47. Sulla differenti tipologie strutturali delle alienazioni a scopo di garanzia, v. ID, *La vendita con riscatto*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Sub artt. 1500-1509, Milano, 1987, p. 232 ss.

⁹⁰ Cass., 23 ottobre 1999 n. 11924, in *Riv. notar.*, 2000, p. 1319; Cass., n. 8325/1009, cit.

⁹¹ Cass., n. 5740/2011, cit.; Cass., n. 14911/2001, cit.; Cass., n. 6112/1993, cit.

⁹² Cass., 10 febbraio 1997, n. 1233, in *Contratti*, 1997, p. 455 ss.

⁹³ Cass., 21 gennaio 2005, n. 1273, in *Mass. Giur. it.*, 2005.

Indizio rilevante, anche in tal caso, sarà la predisposizione di un meccanismo (come potrebbe essere la previsione di una condizione) che subordini la definitività e l'irrevocabilità dell'effetto reale all'avvenuto inadempimento del promittente venditore, nella sua veste di debitore (escludendola, invece, nell'ipotesi di esatto adempimento). La causa di scambio, tipica di ogni contratto di compravendita, resterebbe allora assorbita dal nesso di strumentalità tra il contratto preliminare e il conseguimento dell'illecita coartazione della volontà debitore, evidenziandosi la sua idoneità a fungere da mezzo per raggiungere il risultato vietato dalla legge⁹⁴.

Del pari irrilevante risulta ai nostri fini l'identità dei soggetti che hanno in concreto stipulato i negozi collegati⁹⁵; il che rileva ove i singoli atti siano stipulati tra soggetti estranei al rapporto obbligatorio di base, ma risultano concepiti e voluti come tra loro connessi e interdipendenti in funzione di raggiungere lo scopo finale di garanzia⁹⁶.

Ciò significa che, estendendosi a colpire qualunque negozio attraverso il quale le parti intendono realizzare il fine vietato dal legislatore, il divieto del patto commissorio opera anche se il bene è trasferito al creditore non dal debitore, ma da un terzo⁹⁷. Ed ecco che, in presenza di un contratto preliminare di vendita di un bene e del successivo contratto definitivo con cui il promittente venditore aliena il bene al creditore e promittente acquirente, il fatto che il venditore sia rimasto estraneo all'accordo che preordina tali negozi all'unico

⁹⁴ Cass., 21 maggio 2013, n. 12462, in *Contratti*, 2013, 7, p. 695; Cass., 16 settembre 2004, n. 18655, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 1251; Cass., 29 agosto 1998, n. 8624, in *Foro it.*, 1999, I, c. 175 ss.; Cass., 16 agosto 1990, n. 8325, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, p. 1208 ss.; Cass., n. 3462/1988, cit.

⁹⁵ Cass., 19 maggio 2004, n. 9466, in *Contratti*, 2004, 11, p. 979.

⁹⁶ Cass., 28 giugno 2006, n. 14903, in *Mass. Giur. it.*, 2006; Cass., n. 18655/2004, cit.

⁹⁷ Cass., 5 marzo 2010, n. 5426, in *CED Cassazione*, 2010; Cass., n. 8624/1998, cit. Sull'essenzialità dell'esistenza di una situazione di debito del venditore nei confronti dell'acquirente, preesistente o coeva alla vendita, considerata elemento imprescindibile affinché la vendita realizzi una forma di garanzia impropria e quindi presupposto fondamentale della fattispecie di divieto del patto commissorio, cfr. Cass., 3 febbraio 2012, n. 1675, in *Giur. it.*, 2013, 2, p. 339.

scopo di garanzia della somma mutuata dal creditore al debitore, non esclude la configurabilità del patto commissorio⁹⁸.

A ben vedere, però, anche la pretesa inidoneità della causa di garanzia a fornire adeguata giustificazione ad un effetto reale derivante da una congegno negoziale strutturato sul tipo della alienazione è stata messa in discussione in dottrina.

In particolare, prendendo le mosse dalla convenzione di alienazione in garanzia⁹⁹, si ammette che le parti possano modificare la disciplina della vendita per conformarla a un modello che è proprio del rapporto di garanzia¹⁰⁰. E si considera valido il trasferimento della proprietà, sotto il profilo della sufficiente giustificazione causale, stante l'idoneità della produzione dell'effetto reale al soddisfacimento del credito garantito, mediante la realizzazione di un vincolo di garanzia predisposto dalle parti perché vada ad aggiungersi al vincolo delle tipiche garanzie reali¹⁰¹.

Inoltre, si considera sì, al verificarsi dell'inadempimento, il definitivo acquisto da parte del creditore della titolarità della cosa, libera dalla soggezione all'eventuale pretesa restitutoria del debitore.

Si sottolinea però come la causa di garanzia, operando nel senso di circoscrivere il diritto del creditore sul patrimonio del debitore a ciò che è dovuto in base al rapporto obbligatorio, presidia naturalmente il diritto di quest'ultimo di pretendere dal creditore il pagamento della differenza tra il valore del bene e l'importo del credito¹⁰².

Siffatto diritto non deve quindi ritenersi componente necessaria dell'alienazione in garanzia né questa va necessariamente identificata in una convenzione commissoria ove manchi l'esplicitazione della clausola marciana, poiché il regolamento convenzionale voluto dalle

⁹⁸ Cass., 8 febbraio 2013, n. 3134, reperibile sul sito http://studiodilegale.leggiditalia.it/#id=10SE0001258994,_m=document

⁹⁹ Evocata dal comma 13 *bis* dell'art. 48 *bis* TUB, e su cui S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella l. n. 119/2016: il c.d. patto marciano*, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, 25 agosto 2016, reperibile sul sito blog.ilcaso.it/libreriaFile/900.pdf, e in *Dir. Fall.*, 2016, p. 1075 s.

¹⁰⁰ C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., p. 130.

¹⁰¹ C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 324; ID., *Diritto civile*. 7, cit., p. 279.

¹⁰² F. ANELLI, *L'alienazione*, cit., p. 452 s.

parti si completa di per sé con un obbligo di restituzione dell'eccedenza che vale ad escluderne l'assimilabilità alla fattispecie vietata.

Non tanto si profila allora la necessità di specificare convenzionalmente la cautela marciana nel regolamento contrattuale di una alienazione in funzione di garanzia quanto, al contrario e paradossalmente, quella di convenirne l'esclusione pattizia ove in tale direzione si muovesse la volontà dei contraenti. Ravvisandosi peraltro in simile clausola, e solo in essa, la natura commissoria vietata dalla legge, essa sarebbe colpita dalla conseguente nullità, preservando d'altro canto la piena validità ed efficacia del restante regolamento negoziale¹⁰³.

Ma, dicevamo, sul dato della provvisorietà degli effetti della vicenda traslativa (condizionati all'(in)adempimento) può essere possibile costruire per l'accordo ad effetti reali tra debitore e creditore un diverso fondamento causale che esorbita dall'alternativa tradizionale che contrappone la funzione solutoria a quella di garanzia.

Per vero, una posizione intermedia riscontra nel patto commissorio, e accanto alla funzione primaria solutoria, anche una funzione secondaria di garanzia. La causa solutoria attiene alla funzionalizzazione dell'accordo al soddisfacimento dell'interesse finale del creditore, che si trova sotteso all'esistenza del credito. Diversamente, la causa di garanzia, nel riguardare sempre la funzione di soddisfare l'aspettativa di realizzazione del credito, fa tuttavia ricorso a elementi altri e ulteriori rispetto a quelli tipicamente riconducibili al rapporto obbligatorio che tiene il debitore¹⁰⁴, i quali tendenzialmente si esplicano nel vincolo (opponibile ai terzi) del bene al soddisfacimento delle ragioni creditorie¹⁰⁵.

Muovendo dall'idea che noi condividiamo¹⁰⁶, che individua nella previsione pattizia un congegno di autosoddisfacimento a favore del

¹⁰³ F. ANELLI, *op. ult. cit.*, p. 453 s.; U. STEFINI, *La cessione del credito con causa di garanzia*, Padova, 2007, p. 51, nt. 148; C. DE MENECH, *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, in *Contratti*, 2015, 8-9, 8 p. 37.

¹⁰⁴ C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., p. 136 s.; G. BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, cit., p. 141 ss.; F. ANELLI, *L'alienazione*, cit., p. 420 ss.; N. CIPRIANI, *Patto commissorio*, cit., p. 106 ss.; A. SASSI, *Garanzia*, cit., pp. 13 ss., 102.

¹⁰⁵ F. ANELLI, *op. ult. cit.*, p. 430.

¹⁰⁶ E che tenderemo di esprimere compiutamente, *infra*, nei capitoli III e IV.

creditore, si ritiene che l'accordo traslativo logicamente implica, *in re ipsa*, un rafforzamento dell'aspettativa di realizzazione del credito e quindi un risultato oggettivo di garanzia¹⁰⁷.

La coerenza di tale impostazione, là dove essa valorizza il rilievo della funzione satisfattiva collegata al patto, si apprezza maggiormente, in quanto permette di inquadrare la nostra tematica anche sotto una diversa prospettiva che è quella dell'autotutela esecutiva, di cui l'accordo tra debitore e creditore, come anche noi crediamo, costituisce applicazione.

Abbandoniamo la fase fisiologica del rapporto obbligatorio, quella che, coperta dall'operatività della causa solutoria, si basa sul soddisfacimento del credito mediante una spontanea realizzazione dell'interesse del soggetto attivo, pur concepita nella sua massima estensione comprensiva degli accordi che mirano a dare attuazione al rapporto e che pure sono cronologicamente successivi all'inadempimento¹⁰⁸. In essa si collocano del pari le pattuizioni produttive di effetti surrogatori dell'adempimento, come la compensazione volontaria, la *datio in solutum*, le convenzioni relative all'adempimento di un terzo e all'indicazione del destinatario del pagamento.

Anche la fase patologica del rapporto obbligatorio ben si presta ad essere regolata negozialmente e, in questo contesto, la giustificazione causale dell'accordo (che può riguardare l'inadempimento in sé o le sue conseguenze, come pure la realizzazione coattiva del credito)¹⁰⁹ non si esaurisce necessariamente nell'esplicazione di una fun-

¹⁰⁷ A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano*, loc. ult. cit.; A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 36. Contrario a una impostazione basata sulla compatibilità tra causa solutoria e di garanzia è E. SIMONETTO, *I contratti di credito*, Padova, 1953, p. 408 s.

¹⁰⁸ Sulla potenziale lesività per la posizione del debitore (trascurata dal sindacato astratto di generalizzata liceità, salvi solo gli ordinari rimedi contrattuali) ad opera della *datio in solutum*, specie se posteriore all'inadempimento, si veda A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1398 s. e nt. 24.

In giurisprudenza, sulla liceità della prestazione in luogo dell'adempimento rispetto al divieto ex art. 2744 c.c. cfr. Cass., 6 ottobre 2004, n. 19950, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 1528; Cass., 6 novembre 1996, n. 9675, in *Studium iuris*, 1997, p. 313 s.; Cass., 17 maggio 1990, n. 4283, in *Vita not.*, 1990, p. 535 ss.

¹⁰⁹ Su questo tema rinviando alle belle pagine di G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Milano, 2017, *passim*.

zione di garanzia (da qui il cennato superamento dell'alternativa tradizionale), potendo rinvenirsi anche in una funzione di autotutela esecutiva¹¹⁰.

In quest'ultimo caso, temporalmente, l'esercizio dell'autonomia privata si colloca in un momento anteriore all'inadempimento (un accordo posteriore perderebbe i caratteri dell'alienazione condizionata per assumere quelli della *datio in solutum*, ove abbia i contenuti del patto commissorio, o quelli dell'alienazione, pura, a scopo autosatisfattivo, ove abbia invece l'oggetto del patto marciano¹¹¹).

Ma, quel che più conta, l'intento delle parti è volto alla realizzazione di un effetto succedaneo non rispetto all'adempimento, ma rispetto all'esecuzione forzata sul patrimonio del debitore. L'obiettivo è la realizzazione coattiva del credito e viene raggiunto, mercé lo strumento dell'autonomia negoziale, prevedendo forme di autotutela che consentono al creditore di evitare le disfunzionalità del processo esecutivo.

Dall'individuazione della causa in funzione di autotutela esecutiva derivano alcuni corollari¹¹².

Il primo è che il diritto al recupero dell'eccedenza del valore del bene alienato rispetto all'ammontare del debito residuo deve ritenersi implicato dalla concreta causa del negozio, quindi non sarebbe necessaria una clausola *ad hoc*; una pattuizione espressa che lo escludesse dovrebbe considerarsi però nulla *ex artt. 1419 e 2744 c.c.*¹¹³

Secondo corollario è che, ad essere influenzata dalla qualificazione del profilo causale del patto è anche la disciplina relativa all'allocatione del rischio di perimento fortuito del bene che ne è oggetto. Questa, quali che si rivelino concretamente le ricadute dell'avveramento dell'evento dedotto in condizione ((in)adempimento) sul paradigma effettuale divisato dalle parti, non produrrà effetti sfavorevoli per il creditore. Quindi, tanto che il trasferimento del dominio

¹¹⁰ A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, loc. ult. cit.

¹¹¹ Cass., 21 gennaio 2016, n. 1075, in *Contratti*, 2016, 5, p. 429. A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, loc. ult. cit.

¹¹² A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano*, cit., p. 19 ss.

¹¹³ F. ANELLI, *L'alienazione*, cit., p. 420 ss.

sia risolutivamente condizionato all'adempimento¹¹⁴, quanto che lo stesso sia sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore, ove il bene perisca in pendenza della condizione, non sarà il creditore a sopportare il rischio relativo (nel caso di condizione sospensiva anche in forza del disposto dell'art. 1465, comma 4, c.c., e poi) stante la causa autosatisfattiva che regge la relativa attribuzione¹¹⁵.

Terzo corollario è che esula dagli effetti naturalmente riconducibili al patto marciano, riguardato nella sua consistenza giuridica pura e semplice, la realizzazione di una estinzione dell'intero debito atta a liberare il debitore pur quando il valore del bene trasferito sia inferiore all'ammontare del debito¹¹⁶.

6. Rispetto all'operatività di un divieto i cui confini appaiono progressivamente erosi dall'opera del legislatore e della prassi, è opportuno a questo punto prendere le mosse dall'individuazione degli interessi tutelati dal limite che esso pone all'esplicazione dell'autonomia privata (nonché ai principi che regolano l'onere della prova, ove si consideri assoluta la presunzione legale circa l'esistenza della coartazione della libertà del debitore che addiviene alla stipula del patto colpito dal divieto, con susseguente inammissibilità per il creditore di provare il contrario¹¹⁷).

Ne va di conseguenza vagliata l'attuale meritevolezza di tutela (e il loro effettivo legame con i principi generali dell'ordinamento, così come con il sistema delle garanzie reali e con il dogma della inderogabilità della tutela giurisdizionale in sede di escussione del credito) nel conflitto con gli altri interessi, che sono sottesi alle esigenze dei mercati finanziari e del credito bancario¹¹⁸.

¹¹⁴ A. DOLMETTA, *La ricerca del "marciano utile"*, in *Riv. dir. civ.*, 4, 2017, I, p. 819, nt. 15.

¹¹⁵ A. LUMINOSO, *op. loc. ultt. citt.*

¹¹⁶ A. LUMINOSO, *op. loc. ultt. citt.*, il quale fa salva la facoltà delle parti di inserire una clausola statuente l'effetto esdebitativo tipicamente previsto, invece, dall'art. 120-*quinqüiesdecies*, comma 3, TUB per i finanziamenti bancari ai consumatori (norma il cui carattere eccezionale per l'A. si oppone a una interpretazione analogica).

¹¹⁷ E. CARBONE, *Debitoris, loc. ult. cit.*

¹¹⁸ Cass., 9 maggio 2013, n. 10986, in *Vita notar.*, 2013, 2, p. 719.

Trattandosi, poi, di un divieto sanzionato con la nullità della relativa pattuizione, va verificata la coerenza sistematica nonché l'adequatezza del rimedio caducatorio così apprestato in rapporto agli interessi dedotti di cui pure ne sia giudicato positivamente il rango di bene giuridico meritevole di protezione normativa.

a) L'accostamento del divieto del patto commissorio alla tutela della libertà morale del debitore, ovvero alla salvaguardia di una determinazione volitiva non condizionata nel momento in cui si risolve a compiere un atto di disposizione¹¹⁹, deriva da un'idea precisa. Quella secondo la quale, a prescindere dall'equivalenza dei valori patrimoniali dedotti *ex pacto*, una volontà di alienare inserita, alla stregua di un mero segmento negoziale, in un più complesso congegno pattizio che si diparte da un rapporto obbligatorio e tende ad assicurare gli effetti usualmente connessi a una garanzia reale, finisce inevitabilmente per subire una incisione sotto il profilo della genuinità, a motivo dell'ineliminabile stato di bisogno che vi è senz'altro sotteso¹²⁰.

Ciò non appare tanto persuasivo.

A ben vedere, se c'è un profilo inerente alla libertà del debitore, potenzialmente coinvolto dalla stipulazione di un negozio traslativo col creditore, è quello di disporre di una situazione giuridica soggettiva rientrante nella sua titolarità e pur diversa da quella dedotta in obbligazione.

Tale osservazione va però posta in collegamento con la possibilità di ottenere un risultato vantaggioso (anche) per il debitore medesimo. Questo può consistere nella concessione del finanziamento, nel caso di patto contemporaneo al sorgere del credito; in una dilazione di pagamento, ove la stipulazione avvenga successivamente; fino all'estinzione dell'obbligazione e, quindi, alla liberazione dal vincolo che lo tiene nei confronti del creditore, ove alla fine egli risulti inadempiente.

Dunque, si tratta di una libertà di disporre che si innesta su un precedente atto di disposizione, quello che costituisce titolo del rapporto obbligatorio di base. Ciò di cui si discute è, in ultima analisi,

¹¹⁹ G.P. CHIRONI, *Ipoteca*, cit., p. 707.

¹²⁰ E. ALBERTARIO, *Sulla nullità*, cit., p. 237, afferma che il debitore «*vouloit, ma coactus voluit*».

la costrizione derivante dal dovere di adempiere il vincolo che già lo assoggetta al creditore, la quale è una costrizione lecita, contemplata dall'ordinamento (art. 1173 c.c.), che comporta una necessità stringente, alla quale il debitore non può altrettanto lecitamente sottrarsi se non adempiendo esattamente la prestazione dovuta.

Tale è la costrizione che va a costituire il contesto determinante al prodursi di quella assunta coazione alla sua libertà negoziale nel momento in cui il debitore si risolve a disporre.

E questa considerazione, sulla quale peraltro avremo modo di tornare¹²¹, non appare irrilevante, sol che si consideri che «la pressione per ottenere l'adempimento»¹²² non può, di per sé, considerarsi «antisociale»¹²³. E che il creditore che (per ripristinare l'equilibrio sovvertito dall'antigiuridicità della condotta inadempiente del debitore e così conseguire ciò che gli era dovuto, e nei limiti di questo) si soddisfa direttamente sui beni del debitore «altro non fa che riprendersi il suo»¹²⁴.

Come si è già osservato, il debitore è, in quanto tale, un soggetto che si trova in una posizione di non-libertà¹²⁵, poiché è tenuto da quel *juris vinculum* che ha liberamente contratto; e se non adempie esattamente e spontaneamente, egli è comunque assoggettato a conseguenze giuridiche patrimoniali¹²⁶, incidenti non solo l'entità, ma anche la composizione del suo patrimonio.

Riflettendo sulla convenzione *ex intervallo*, vi è chi esclude che il debitore, che stipula il patto successivamente al negozio di finanziamento, possa dirsi spinto dall'urgenza di procurarsi la somma di denaro¹²⁷.

¹²¹ Cfr., *infra*, par. 8.

¹²² S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema*, cit., p. 360.

¹²³ A differenza dell'indebito vantaggio per il creditore, G. PUGLIESE, *Intorno alla validità*, cit., p. 1066.

¹²⁴ G. BONGIORNO, *L'autotutela*, cit., p. 109.

¹²⁵ *Contra*, G. BRUNETTI, *Norme e regole finali nel diritto*, Torino, 1913, nn. 23 e 42; ID., *Il delitto civile*, Firenze, 1906, p. 404 s.

¹²⁶ G.A. MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria: contributo allo studio della responsabilità patrimoniale dal punto di vista dell'azione*, Milano, 1975, p. 37.

¹²⁷ Così già BARTOLO, *In secundam Codicis partem*, Venetiis, 1635, 104 (8. 35).

Ove si consideri, poi, il patto coevo al contratto di credito, non si vede la differenza tra le condizioni che sovrintendono la formazione del processo volitivo del debitore nel momento in cui acconsente a dare un bene in garanzia e quello in cui decide invece di alienarlo con effetti dipendenti dall'inadempimento (naturalmente, salvo l'accertamento dell'equità sinallagmatica dello scambio, garantita dalla cautela marciana).

Se le due situazioni sono certamente diverse sotto altri profili (come possono essere la pretesa esclusività della competenza statutale nell'esecuzione coattiva; la considerazione di interessi concorrenti, come quelli dei creditori; il necessario rispetto di principi dell'ordinamento, come quello di tipicità delle garanzie reali), non lo appaiono tanto sotto quello specifico qui considerato, dell'integrità del volere del disponente. Infatti, il contesto di esposizione in cui lo colloca la sua qualità di soggetto passivo del rapporto obbligatorio non ci sembra variare nelle due ipotesi.

Inoltre, vale la pena di rilevare che, nel caso in cui il bene oggetto del negozio traslativo sia di proprietà di un terzo, non si profilerebbero gli estremi della coazione della volontà del debitore, attuata profittando del suo bisogno economico, eppure non si è mai posta in discussione l'operatività del divieto¹²⁸.

Infine, quanto all'argomento fondato sulla coerenza tra la premessa teleologica e la natura della sanzione prescelta dal legislatore, si rinvia alle riflessioni che seguiranno sul punto.

b) Il bisogno di ottenere il finanziamento, d'altra parte, attenta, così si dice, a un altro bene che si trova nella titolarità del debitore: il suo patrimonio, che viene esposto a subire il rischio di un approfittamento da parte del creditore¹²⁹.

2); G. BAUDRY-LACANTINERIE e P. DE LOYNES, *Del pegno, dei privilegi, delle ipoteche e della espropriazione forzata*, nel *Trattato Baudry-Lacantinerie*, I, tr. it., Milano, 1912, n. 133, 231 s.; C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, IV, Milano, 1916, n. 1800, p. 347; A. ASCOLI, *Cessione del pegno in pagamento del debito*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, p. 497 s.; ID., *Patto commissorio nel pegno*, *ivi*, 1931, p. 207 s.

Mette in luce, nel caso menzionato nel testo, il bisogno di una dilazione E. CARBONE, *Debitoris suffocatio*, *loc. ult. cit.*

¹²⁸ C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., p. 208, nt. 38.

¹²⁹ G. Pugliese, *Intorno alla validità*, cit., p. 1070 ss.; D. RUBINO, *La com-*

Sul punto si osserva solo che, ferma la sufficienza del meccanismo marciano a eludere il rischio, vi è poi la considerazione dell'assenza, tra i requisiti normativi della fattispecie commissoria, dell'elemento della lesione patrimoniale¹³⁰.

c) Vi è poi la strumentalità del divieto a tutela del credito¹³¹. In particolare a porsi come presidio della posizione degli altri creditori del debitore stipulante, che dall'effetto reale prodotto dal negozio potrebbero veder inciso il loro diritto sul patrimonio del debitore, nella sua valenza di garanzia delle loro ragioni creditorie (art. 2741 c.c.)¹³².

Al di là dell'argomento basato sulla topografia codicistica, che porta a considerare la collocazione dell'art. 2744 c.c. tra le disposizioni generali in materia di obbligazioni nonché la prossimità con gli artt. 2740 e 2741 c.c.¹³³; e del fatto che si ravvisi o meno uno specifico intento soggettivo del debitore nel senso di favorire il creditore stipulante in danno degli altri; oggettivamente al patto traslativo, per i suoi effetti intrinseci, potrebbe ascriversi uno svuotamento della altrui garanzia patrimoniale generica che, realizzandosi per via negoziale, non sarebbe idoneo a porre in essere alcun contemperamento con gli interessi degli altri creditori.

pravendita, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1971, p. 1025 ss.; F. REALMONTE, *Le garanzie immobiliari*, in *Jus*, 1986, p. 21 s.; A. LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 219 ss.; M. BUSSANI, *Patto commissorio, proprietà e mercato (Appunti per una ricerca)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p. 125; A. SASSI, *Garanzia del credito*, cit., p. 258; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità*, cit., p. 137.

¹³⁰ E. CARBONE, *Debitoris suffocatio*, cit., p. 1108 s.

¹³¹ F. CARNELUTTI, *Note sul patto commissorio*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, II, p. 887, dove l'A. esclude il riferimento alla sfera di libertà del debitore.

¹³² V. ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, cit., p. 50 ss.; Id., *Disciplina intertemporale*, cit., p. 945; F. CARNELUTTI, *Mutuo pignoratizio*, cit., p. 146 ss.; G. STOLFI, *Promessa di vendita e patto commissorio*, in *Foro pad.*, 1957, I, c. 767 ss.; T. MANCINI, *Vendita con patto di riscatto e nullità ex art. 2744 cod. civ.*, in *Foro it.*, 1966, I, c. 1121 ss.; L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., p. 315 ss. U. MIELE, *Sul patto commissorio*, cit., p. 65 ss., in particolare, collega alla tutela della *par condicio creditorum* con il principio della inderogabilità negoziale dei mezzi di esecuzione del credito.

¹³³ U. MIELE, *op. cit.*, p. 69 s.

Assimilato il patto, nelle conseguenze giuridiche, a una causa di prelazione atipica¹³⁴, si è indicata, per sottrarlo dalla comminatoria di nullità, la via del sindacato di liceità e meritevolezza ex art. 1322, comma 2, c.c., il cui superamento con esito positivo sarebbe subordinato, tra l'altro, alla mancata conservazione della garanzia generica sul patrimonio del debitore da parte del creditore stipulante¹³⁵.

Sono note però le attuali tendenze dottrinali nel senso di un drastico ridimensionamento della rilevanza della *par condicio creditorum* alla stregua di principio di ordine pubblico e di una considerazione della stessa quale semplice criterio, fra altri, per la composizione del conflitto tra i creditori; d'altro canto, il dato positivo su cui questa tendenza si poggia appare difficilmente contestabile.

La parità di trattamento viene attuata nell'ambito delle procedure concorsuali; là dove ricorrono esecuzioni individuali, la disciplina si basa sulla regola del *prior in tempore potior in iure*. Ancora, pensiamo alla scelta riservata al debitore in ordine al debito da adempiere per primo tra quelli scaduti, sottratta persino dalle conseguenze dell'azione revocatoria (art. 2901, comma 3, c.c.). Infine, poniamo mente alla stessa costituzione di cause legittime di prelazione (art. 2744 c.c.), che rappresentano in quanto tali una naturale e legittima alterazione della posizione di uguaglianza tra i creditori¹³⁶.

Peraltro, anche per questa ricostruzione, che sottende una lesione negoziale cui si meglio si attaglierebbe il rimedio della mera inefficacia pauliana, può muoversi la censura dovuta alla sua inidoneità a fornire giustificazione a una sanzione com'è quella di nullità¹³⁷. La tutela del debitore, variamente declinata più in prospettiva morale¹³⁸

¹³⁴ V. ANDRIOLI, *op. ult. cit.*, p. 58.

¹³⁵ L. BARBIERA, *Garanzia*, cit., p. 211 ss.; ID., *Responsabilità patrimoniale*, loc. ult. cit.

¹³⁶ G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata*, cit., pp. 79-80; V. ROPPO, *La responsabilità*, cit., p. 530; A. NERVI, *La responsabilità patrimoniale dell'imprenditore - Profili civilistici*, Padova, 2001, p. 50; P. IAMICELI, *Unità e separazione dei patrimoni*, Padova, 2003, p. 131; A. GAMBARO, *Il "Trust" in Italia e Francia*, in *Scritti in onore di Sacco*, I, Milano, 1994, p. 531.

¹³⁷ E. CARBONE, *Debitoris suffocatio*, cit., p. 1108 s.

¹³⁸ S. PUGLIATTI, *Precisazioni*, cit., p. 316.

o in quella patrimoniale¹³⁹, viene anche letta in un'ottica non disgiunta dalla salvaguardia degli interessi dei creditori¹⁴⁰: il divieto del patto commissorio è allora diretto a impedire che il debitore subisca una coazione morale dovuta al bisogno economico, vietando al creditore di appropriarsi del bene, di valore superiore al credito garantito, con l'effetto di sottrarre l'eccedenza al debitore e ai creditori chirografari¹⁴¹.

d) L'inaffidabilità nel nostro sistema delle alienazioni a scopo di garanzia¹⁴² rappresenta un argomento fondato sull'analisi del fondamento giustificativo dell'attribuzione patrimoniale a favore del creditore. Sul punto si rinvia pertanto a quanto abbiamo osservato nel paragrafo precedente intorno alla inidoneità casuale della compravendita a coprire un effetto traslativo che sia diretto a costituire la garanzia di un credito.

e) L'interesse pubblico sotteso all'inderogabilità della procedura esecutiva giudiziaria, con il quale si pone in contrasto il riconoscimento in capo al creditore di un potere di autosoddisfacimento¹⁴³, è invocato come esito dell'indagine sulla *ratio* del nostro divieto fin dall'elaborazione coeva al codice civile abrogato.

Ora, se muoviamo dal dato positivo, è noto il rilievo dell'inesistenza, nel nostro ordinamento, di una norma accostabile al § 1147 BGB, che ricollega il soddisfacimento del creditore sul fondo e sugli altri oggetti cui l'ipoteca si estende alla procedura di esecuzione forzata. O al vecchio art. 742 c.p.c. francese, secondo il quale qualun-

¹³⁹ F. CARNELUTTI, *Note*, cit., p. 890 s.

¹⁴⁰ M. D'AMELIO, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale: disposizioni generali*, *Libro della tutela dei diritti*, in *Comm. c.c. d'Amelio e Finzi*, Firenze, 1943, p. 453; V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, 1952, p. 39.

¹⁴¹ Cass., sez. un., n. 1611/1989, cit.; Cass., sez. un., n. 1907/1989, cit.

¹⁴² S. PUGLIATTI, *Precisazioni*, cit., p. 299 ss.; M. FERRARI, *Vendita a scopo di garanzia e patto commissorio*, in *Giur. it.*, 1951, I, 1, p. 799; M. SESTA, *Le garanzie atipiche*, Padova, 1988, p. 104 ss.; V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori*, cit., c. 1436 ss.; G.F. MINNITI, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 47 ss.

¹⁴³ E. ENRIETTI, *Patto commissorio «ex intervallo»*, in *Riv. dir. priv.*, 1939, I, p. 21 ss.

que convenzione che preveda che in difetto di pagamento del debito, il creditore avrà facoltà di far vendere gli immobili del suo debitore senza seguire le formalità prescritte per l'esecuzione immobiliare, è nulla e si ha per non scritta.

Non esiste, quindi, un'espressa previsione normativa atta a consacrare il principio di inderogabilità dell'esecuzione forzata giudiziale.

D'altro canto, ammettere l'esistenza di un monopolio statale nella tutela dei diritti implica di necessità un divieto generale a stipulare negozi idonei a produrre effetti che, in qualunque modo declinati, realizzino forme di autotutela con prevalente funzione satisfattoria¹⁴⁴, ovvero comportino l'assoggettamento del debitore a un potere di autotutela privata correlativamente riconosciuto al creditore¹⁴⁵ e ritenuto di per sé contrario a un principio di ordine pubblico¹⁴⁶.

Di simili accordi si pongono in luce le ricadute di natura processuale, data la funzionalità che ad essi è riconosciuta di determinare una sottomissione debitoria all'esecuzione; tale sottomissione, trovando fonte altra dall'eteronomia legislativa e precludendo ogni forma di mediazione pubblica¹⁴⁷, rende i soggetti del rapporto obbligatorio arbitri nella gestione della fase esecutiva di esso.

Non tanto si darebbe dunque un divieto teso a realizzare una tutela di tipo soggettivo¹⁴⁸, da cui l'irrilevanza di considerazioni relative alla concreta predisposizione di un regolamento contrattuale articolato in modo tale da prevenire forme di arricchimento ingiusto del creditore¹⁴⁹, eliminando l'eventuale sproporzione fra *res* trasferita in proprietà e credito¹⁵⁰. Quanto piuttosto un principio posto a presidio di una tutela oggettiva, che nega fondamento alcuno a qualsiasi forma di esecuzione privata¹⁵¹, stante il carattere incontrollabile inerente alla stessa e al concetto di autotutela creditoria.

¹⁴⁴ E. BETTI, *Autotutela (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 532.

¹⁴⁵ E. BETTI, *Su gli oneri*, cit., p. 699.

¹⁴⁶ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 709.

¹⁴⁷ E. ENRIETTI, *op. ult. cit.*, p. 30.

¹⁴⁸ M. FRAGALI, *Del mutuo*, cit., 2, p. 252 ss.

¹⁴⁹ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 705 s.

¹⁵⁰ E. BETTI, *Autotutela*, cit., p. 535.

¹⁵¹ M. FRAGALI, *op. loc. ultt. citt.*

Tale lettura troverebbe conferma sotto il profilo sistematico, tenendo conto della collocazione dell'art. 2744 nel codice civile del 1942. Nell'ambito del libro sesto, intitolato «Della tutela dei diritti», accanto al nostro divieto, si trovano regolati altri istituti strumentali alla protezione dei diritti soggettivi.

Il riferimento, in particolare, è al titolo terzo, rubricato «Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale» (che contiene l'art. 2744), il quale è posto tra il secondo, «Delle prove» e il quarto «Della tutela giurisdizionale dei diritti», così sottolineando la considerazione sostanzialmente processualistica in cui li avrebbe tenuti il legislatore. E dimostrando inoltre la volontà di creare uno spazio normativo in grado di contenere coerentemente buona parte degli istituti che, al di là delle diversità funzionale e strutturale, sottendono la medesima *ratio* di definire i margini di intervento pubblico nella gestione del conflitto privato di matrice civilistica¹⁵².

Del principio di inderogabilità della procedura di espropriazione forzata ci occuperemo diffusamente nel terzo e nel quarto capitolo, cui ora rinviando, nel contesto dell'analisi dei rapporti tra i meccanismi traslativi dei beni del debitore, dei quali ci occupiamo, e le garanzie reali nominate, onde comprendere se i primi possano essere concepiti come nuovi tipi di garanzie del credito e non invece, secondo la nostra ipotesi di studio, come strumenti di espressione dell'autotutela esecutiva.

Infatti, nell'approfondire la disciplina posta a presidio dell'attuazione delle garanzie, necessaria a stabilire se l'esecuzione dell'accordo del debitore con il creditore possa essere inteso come una modalità di tale attuazione, non potremo sottrarci dal considerare l'ulteriore ostacolo che potrebbe essere rappresentato da un principio volto a sottrarre alle parti del rapporto obbligatorio il potere di realizzare coattivamente il credito prescindendo dalle norme che compongono tale disciplina.

f) Alla trattazione condotta nei capitoli appena menzionati rimandiamo anche in merito all'esame dell'esigenza (che si ritiene possa

¹⁵² G. BRIANDA, *Le prospettive*, cit., p. 816.

essere pregiudicata dalla validità del nostro accordo tra debitore e creditore) di preservare le garanzie tipiche¹⁵³. E non solo di carattere reale, se si pone mente all'art. 1963 c.c. che sancisce il divieto di disporre con effetti reali anche in presenza di una garanzia personale *ad rem* attuata a mezzo dell'anticresi¹⁵⁴.

g) Più volte abbiamo fatto cenno al vaglio di congruità degli esiti dell'indagine teleologica con la disciplina delle conseguenze della violazione del divieto del patto commissorio, di cui ci occuperemo nel prossimo paragrafo.

Dalla medesima premessa muove l'individuazione del bene protetto dall'art. 2744 c.c. nel contesto sociale, ovvero nell'interesse a vietare fattispecie negoziali idonee a produrre conseguenze potenzialmente eversive del sistema, come quelle legate a una diffusione di garanzie reali atipiche, ove nell'ambito del nostro ordinamento dovessero diffondersi anche solo come contenuto di una clausola stilistica¹⁵⁵.

Se dunque quello che si vuol tutelare è l'interesse generale alla prevenzione del rischio di una ritualizzazione rispetto a tale forma insidiosa di garanzia, da un lato, si rivela più efficace la previsione, *ex ante* e sul piano astratto, della nullità del patto; dimostrandosi inadeguata la verifica giudiziale *ex post* circa l'abusività delle singole fattispecie concrete¹⁵⁶. Dall'altro lato, è coerente il giudizio sulla liceità di uno schema negoziale come quello della vendita con patto di riscatto, che, riguardato sotto il profilo delle conseguenze effettuali legate al suo fisiologico utilizzo, non rappresenta un surrogato del patto vietato e non si presta a replicare di esso la diffusività¹⁵⁷.

Come è accaduto con riferimento agli esiti dell'indagine sul pro-

¹⁵³ F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Napoli, 1998, p. 122 ss.

¹⁵⁴ S. PUGLIATTI, *Precisazioni*, cit., p. 358 s. *Contra* M. FRAGALI, *Dell'anticresi*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1959, p. 24 ss., che nega la riconducibilità all'anticresi di una funzione di garanzia, in essa invece ravvisando una causa solutoria.

¹⁵⁵ C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., p. 202 ss.; V. ROPPO, *La responsabilità*, cit., p. 557 ss.

¹⁵⁶ C.M. BIANCA, *Patto commissorio*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1976, p. 717 s.

¹⁵⁷ C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, Torino, 1993, p. 696 s.

filo causale del patto commissorio svolta poco sopra, anche rispetto alla verifica ora condotta in prospettiva assiologica, analoghe sono le ricadute che possono osservarsi a proposito del sindacato sul fondamento giustificativo (e, in ultima analisi, sulla valutazione di liceità) della convenzione marciata.

Spiegare il divieto dell'art. 2744 c.c. facendo ricorso ai limiti connessi all'autotutela esecutiva o all'inaammissibilità delle alienazioni in garanzia, coinvolge inevitabilmente nel giudizio di disvalore anche il patto marciato. Al contrario, il rilievo attribuito alla tutela patrimoniale del debitore (rispetto al rischio di un impoverimento eccessivo e incontrollato a vantaggio del creditore divenuto titolare della *res*) permette di veicolare a favore della cautela marciata l'effetto salvifico derivato dalla garanzia che venga mantenuto un rapporto di congruità tra il valore del bene e l'ammontare del debito¹⁵⁸.

Certo è che la giurisprudenza, pur non negando alla disposizione rilievo paradigmatico di principio (valorizzato dall'interpretazione in termini di norma di risultato), e di principio di ordine pubblico economico (vincolando anche il terzo unito al creditore da rapporto di coniugio o di parentela¹⁵⁹), ne esclude nondimeno l'attinenza all'ordine pubblico internazionale come pure la natura di norma di applicazione necessaria¹⁶⁰.

Sotto il primo profilo, che esclude la contrarietà dell'acquisto di un bene in conseguenza di un patto commissorio all'ordine pubblico internazionale, il riferimento è a una parte rilevante dei sistemi giuridici dell'Unione europea, i quali non conoscono o non vietano il patto commissorio¹⁶¹. Quanto al secondo aspetto, l'art. 2744 c.c. non si annovera tra le norme spazialmente condizionate e funzionalmente autolimitate che per ciò solo sono destinate ad applicarsi, nonostante il richiamo alla legge straniera.

¹⁵⁸ N. CIPRIANI, *Appunti*, cit., p. 995 s.

¹⁵⁹ Cass., 19 novembre 2015, n. 23670, reperibile sul sito *www.studiodilegale.leggiditalia.it*. *Contra*, U. CARNEVALI, *Patto commissorio*, cit., p. 501.

¹⁶⁰ Cass., sez. un., 5 luglio 2011, n. 14650, in *CED Cassazione*, 2011.

¹⁶¹ Sul punto, in senso critico, M. MARTINO, *Le Sezioni Unite sui rapporti tra divieto del patto commissorio e ordine pubblico internazionale*, in *Giur. comm.*, 2012, II, p. 693 s.

Quanto a noi, ci sembra sufficiente a negare un fondamento sociale al divieto del patto commissorio, nel contesto attuale del nostro ordinamento, il richiamo alla disciplina dei contratti di garanzia finanziaria (d.lg. n. 170/2004), che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di denaro e strumenti finanziari con funzione di garanzia.

L'espressa collocazione normativa della categoria al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 2744 c.c. (art. 6) implica, per quel che ai nostri fini rileva, che il divieto stesso non può essere inteso alla stregua di una norma di ordine pubblico, ove questo sia identificato nel «complesso dei principi, ivi compresi quelli desumibili dalla carta Costituzionale, che formano il cardine della struttura economico-sociale della comunità nazionale in un determinato momento storico [...] nonché quelle regole inderogabili, le quali abbiano carattere di fundamentalità [...] immanenti ai più importanti istituti giuridici»¹⁶².

A fortiori, una sua eventuale espunzione dall'ordinamento non recherebbe conseguenze in termini di *vulnus* alla coerenza sistematica dello stesso.

7. Sebbene la prospettiva rimediale debba cogliersi in un'ottica di consequenzialità con la qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive che il legislatore riconosce in capo ai titolari di interessi, giuridicamente rilevanti in quanto ritenuti meritevoli di tutela, talvolta, come in questo caso, l'indagine assiologica finisce col trarre indici argomentativi anche dalla natura della sanzione posta a presidio della previsione normativa, pur non sempre giungendo a conclusioni nel senso della compattezza del sistema sotto il profilo logico.

Riguardato il bene protetto dal divieto sotto la lente della comminatoria di nullità del risultato commissorio illecito, cadono sotto la scure della censura di incoerenza sistematica tanto il riferimento alla salvaguardia del patrimonio del debitore contro un impoverimento eccessivo conseguente alla sua condizione di massima esposizione (*ratio* che già espone il fianco alla critica di essere il frutto di

¹⁶² Cass., 13 dicembre 1999, n. 13928, in *Foro it.*, 2000, I, c. 3571.

un'interpretazione ultraletterale dell'art. 2744 c.c.), quanto il richiamo alla tutela degli altri creditori del debitore stipulante (art. 2741 c.c.).

Nella prima ipotesi, vale il noto rilievo (che la dottrina tradizionale ha sollevato anche rispetto al trattamento sanzionatorio del fenomeno dell'usura¹⁶³), che la sanzione tipica alla situazione di abuso sinallagmatico legato a uno squilibrio patrimoniale giuridicamente rilevante e connesso allo stato di bisogno di una delle parti è la rescissione per lesione (art. 1448 c.c.)¹⁶⁴. Tale rimedio è connesso a una azione soggetta a un breve termine di prescrizione (art. 1449 c.c.), che ammette una modifica del contenuto del negozio in funzione riequilibratrice e conservatrice del contratto (art. 1450 c.c.) e opera con salvezza dei diritti dei terzi (art. 1452 c.c.)¹⁶⁵.

E non è un caso che, sul presupposto di una identificazione dell'immoralità della *lex commissoria* nella discrepanza tra il valore della *res* e l'entità del debito¹⁶⁶, proprio in tale strumento, in epoca tutt'altro che recente, si sia talora ravvisato «un grande e saggio rimedio anche per le asperità del patto commissorio» o comunque «un buon surrogato di un divieto generale di quel patto»¹⁶⁷.

In più, è arduo argomentare sulla congruenza di un'interpretazione che annovera la protezione del debitore nel quadro degli interessi primariamente protetti da un divieto posto a pena di nullità, in un sistema in cui si ammette, tra l'altro, e sia pur con le opportune cautele formali (art. 1284, comma 3, c.c.), la convenzione di interessi superiori alla misura legale¹⁶⁸.

Nella seconda, si considera l'usuale ricorso, a presidio dell'interesse menzionato, al rimedio dell'inefficacia relativa (art. 2901 c.c.).

¹⁶³ C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., p. 213.

¹⁶⁴ Però sull'insufficienza dell'azione di rescissione per lesione a sanzionare il patto commissorio si vedano G. STOLFI, *Patto commissorio ed ipoteca*, cit., p. 286 s.; G. PUGLIESE, *Nullità*, cit., p. 162.

¹⁶⁵ C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., p. 209.

¹⁶⁶ B. BRUGI, *Patto commissorio ex intervallo*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, II, p. 396.

¹⁶⁷ B. BRUGI, *Limiti del divieto di patto commissorio*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, II, p. 48. Sul punto, v. anche V. ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, cit., p. 53.

¹⁶⁸ Obiezione già sollevata da E. ENRIETTI, *Patto commissorio*, cit., p. 23 s.

La grave incidenza di una sanzione come quella di nullità sembra meglio attagliarsi a supporto del carattere pubblico e generale degli interessi che si prestano ad essere protetti dall'art. 2744 c.c., quali potrebbero essere, tra quelli che abbiamo menzionato nel paragrafo precedente, l'inderogabilità della procedura esecutiva giudiziaria¹⁶⁹ o la tipicità del sistema delle garanzie reali, a tutela di un assoggettamento del patrimonio del debitore che sia esattamente adeguato e non esuberante a quanto richiesto dalla funzione di garanzia.

Rimane salva la possibilità di una lettura che attragga il bene della libertà negoziale del debitore¹⁷⁰ nella sfera superindividuale e collettiva delimitata dagli artt. 2 e 41 Cost.¹⁷¹, declinando un principio che tale libertà presidi ove questa risulti minacciata non soltanto da uno stato di bisogno qualificato¹⁷². Ma soprattutto dall'operatività di un meccanismo di autosoddisfacimento dell'interesse del creditore che, in quanto connotato da automaticità e istantaneità, non vale a garantire una tutela del creditore stesso né effettivamente proporzionata al diritto vantato, né adeguatamente bilanciata con la salvaguardia degli interessi con essa confliggenti, come quelli del debitore e degli altri creditori¹⁷³. E non è un caso se nelle nuove figure di finanziamento bancario tanto l'automaticità quanto l'istantaneità sono evitate, nel dispiegarsi dell'effetto reale, da una serie di previsioni quali il termine di dodici mesi, dalla morte del sottoscrittore del prestito vita-

¹⁶⁹ Trae evidenza della natura pubblica dell'interesse protetto dalla nullità, considerata conseguenza indeclinabile pure ove fosse pattuito un obbligo di rendiconto volto a escludere l'eventuale sproporzione fra garanzia e credito, E. BETTI, *Autotutela*, cit., p. 535.

¹⁷⁰ L. CARRARO, *Il negozio*, cit., p. 233.

¹⁷¹ E. CARBONE, *Patto commissorio e patto marciano*, loc. ult. cit. L'idea della sussunzione dell'interesse del debitore in una dimensione collettiva si trova già in V. ROSSEL e F.H. MENTHA, *Manual de droit civil suisse*, II, Lausanne, s.a., II, p. 309.

¹⁷² Analogamente a quanto avviene per altre fattispecie, come quelle degli artt. 1815, comma 2, e 2265 c.c., nelle quali la sanzione della nullità è resa necessaria dalla considerazione di particolare pericolosità sociale della vicenda: F. ANELLI, *L'alienazione*, cit., p. 58 ss. A proposito del patto commissorio, parla diretto di pericolo, G. PUGLIESE, *Nullità*, cit., p. 162.

¹⁷³ D. RUSSO, *Oltre*, cit., pp. 130-131.

lizio ipotecario, la dichiarazione del creditore di volersi avvalere dell'effetto stesso e la previsione di un concetto specifico di inadempimento nelle discipline di cui agli artt. 48 *bis* e 120 *quinqüiesdecies* TUB¹⁷⁴.

Si riscontrerebbe quindi un interesse collettivo alla tutela di un soggetto che, preventivamente e astrattamente, la legge considera collocato in una posizione di inferiorità, la quale si rivela idonea a favorire comportamenti abusivi da parte dell'altro contraente¹⁷⁵, nonché alla tutela degli altri creditori concorrenti.

In particolare, l'assunzione di tali interessi in una dimensione pubblica e generale varrebbe, da un canto, a salvaguardare la coerenza del sistema rimediale, fornendo una spiegazione logica della diversità degli strumenti di reazione concessi alla parte nei casi in cui i medesimi interessi sono invece considerati nella dimensione individuale e particolare (azione di rescissione e inefficacia relativa). Dall'altro, essa varrebbe a giustificare l'applicazione della sanzione caducatoria a prescindere dalla verifica, nella singola fattispecie concreta, di un effettivo svantaggio per il debitore o di un reale pregiudizio per gli altri creditori¹⁷⁶, a sottintendere un interesse volto a prevenire un danno di carattere generale, quale sarebbe quello legato alla compromissione della libera conclusione dell'accordo¹⁷⁷.

Garantita in tal modo la razionalità del sistema rimediale, la nullità che ci occupa va però ancora indagata sotto il diverso profilo della sua indole nonché della *vis expansiva*¹⁷⁸.

Quanto al primo aspetto, l'assolutezza della nullità sarebbe legata alla sua idoneità ad esplicitare un ordine pubblico di direzione¹⁷⁹; laddove il carattere relativo, di specialità, sarebbe invece coerente con la

¹⁷⁴ D. RUSSO, *op. loc. ultt. citt.*

¹⁷⁵ F. DEGNI, *Ancora della repressione dell'usura nel sistema del diritto civile vigente*, in *Riv. dir. comm.*, 1918, II, p. 636; G. PUGLIESE, *Usura e lesione*, *ivi*, 1934, I, p. 273; A. DE CUPIS, *La distinzione tra usura e lesione nel codice civile vigente*, in *Dir. fall.*, 1946, I, p. 77 s.

¹⁷⁶ C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., p. 216.

¹⁷⁷ C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., p. 217.

¹⁷⁸ S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B.: il "pasticcio"*, cit., p. 42, nt. 2.

¹⁷⁹ S. PUGLIATTI, *Precisazioni*, cit., 357; G. PALERMO, *Funzione illecita*, cit., pp. 41 e 358 s.

sua attinenza ad un interesse individuale che è del debitore. Infatti, a tale interesse il creditore non è semplicemente estraneo, essendo egli titolare di un interesse contrapposto (alla validità e piena efficacia dell'atto di trasferimento del bene), con il quale è difficilmente compatibile una sua pur astratta legittimazione attiva ad avvalersi del rimedio caducatorio¹⁸⁰.

Con riguardo all'estensione degli effetti della nullità del negozio di trasferimento, l'enfasi sul collegamento funzionale con il contratto da cui origina il finanziamento porta a travolgere anche quest'ultimo e la pretesa del creditore all'adempimento dell'obbligazione degrada in un diritto alla ripetizione della somma versata *sine titulo* (art. 2033 c.c.)¹⁸¹.

L'insensibilità della validità del finanziamento rispetto alle sorti del patto vietato seguirà invece la disciplina del primo comma dell'art. 1419 c.c., preservando in capo al creditore la titolarità di un diritto che si troverà però privato da ogni garanzia a presidio del suo corretto adempimento¹⁸².

8. Ad esordio dell'indagine sui limiti, di origine positiva o patti-
zia, alla configurazione della fattispecie commissoria vietata¹⁸³ e, dunque, sulle numerose declinazioni assunte da quella forza centrifuga che è chiaramente percepibile nelle maglie del sistema, e che è volta

¹⁸⁰ A. GENTILI, *Le invalidità*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno e Gabrielli, Torino, 2006, II, p. 1547.

¹⁸¹ Rispetto alla nullità dell'intero congegno negoziale cui acceda un patto commissorio autonomo, cfr. Cass., 30 settembre 2013, n. 22314, in *Riv. not.*, 2013, p. 1394. Diversamente, Cass., 25 maggio 2000, n. 6864, in *Rass. dir. civ.*, 2002, p. 413 ss., con nota di N. CIPRIANI, *Nuovi scenari in tema di patto commissorio autonomo?*, sulla inidoneità della nullità del patto commissorio che accede a un contratto costitutivo di società dissimulante un mutuo ad incidere sull'obbligazione del mutuatario di restituire il denaro e gli interessi legali.

¹⁸² In senso critico, si veda V. ROPPO, *La responsabilità*, cit., p. 572.

¹⁸³ La configurazione delle fattispecie citate nel testo alla stregua di limiti al nostro divieto non è pacifica in dottrina: fermo l'equilibrio sinallagmatico garantito dagli artt. 1851 1982, 1983, 1710, 1713 c.c., in tali fattispecie il debitore sarebbe consapevole del profilo liquidatorio, con esclusione di quell'insidia psicologica che caratterizza il patto commissorio. Così E. CARBONE, *Debitoris suffocatio*, cit., p. 1108 s.

a sottrarre una serie di fattispecie (a ben vedere, sempre più vasta) dalla sussunzione nel suo schema astratto, si pone quello che è stato ben definito come il paradosso del divieto stesso¹⁸⁴: la sua collocazione all'interno di un impianto disciplinare che, complessivamente considerato, ammette strumenti convenzionali con funzione soddisfattoria.

Infatti, esistono istituti che sembrano del pari radicati su principi generali e il cui contenuto appare tuttavia incongruente col divieto del patto commissorio; e poi norme applicabili a fattispecie similari a quella vietata che apparentemente conducono ad esiti contraddittori rispetto alla comminatoria di nullità¹⁸⁵; ancora, negozi traslativi in sé leciti, nonostante la funzione naturale di garanzia¹⁸⁶.

Si tratta di altrettanti indici di un effetto sistematico di contenimento del divieto.

Prendendo le mosse dalle varie fasi in cui si articola il rapporto obbligatorio, dalla venuta ad esistenza alla sua fisiologica estinzione, senza tralasciare la vicenda patologica che, avente genesi nell'indempimento, può sfociare nella realizzazione coattiva del credito, la trama delle regole legali si arricchisce delle soluzioni che rinvergono la loro fonte nell'accordo delle parti. La regolamentazione convenzionale può ben trovare (e in effetti trova) limite nel divieto del patto commissorio, ma conosce per altri versi vie d'esplicazione tanto varie e talora penetranti che un bisogno d'ordine si impone.

Un criterio può esser quello dell'indagine sulla causa.

In via preliminare osserviamo che, sottoponendo a verifica i limiti all'operatività del nostro divieto nel contesto della disciplina positiva (e volutamente trascurando, per ora, le figure negoziali di recente introduzione che tratteremo nel secondo capitolo), si suole prendere in considerazione una serie di istituti come il pegno irregolare (art. 1851 c.c.)¹⁸⁷, la cessione dei beni ai creditori (art. 1977

¹⁸⁴ E. CARBONE, *op. loc. ultt. citt.*

¹⁸⁵ E. CARBONE, *op. loc. ultt. citt.*

¹⁸⁶ Qui il riferimento testuale è a G. PUGLIESE, *Nullità del patto commissorio*, cit., p. 161 s., a proposito della vendita con patto di riscatto. Sulla possibile contrarietà funzionale (art. 1344 c.c.) di tale negozio col divieto *ex art. 2744 c.c.*, cfr. F. CARNELUTTI, *Mutuo pignoratizio*, cit., p. 160.

¹⁸⁷ In presenza di un pegno irregolare a garanzia, la banca deve restituire

c.c.)¹⁸⁸, l'assegnazione in pagamento del bene al creditore pignoratizio (art. 2798 c.c.)¹⁸⁹, e, nel caso di credito dato in pegno, il diritto di ritenzione del credito scaduto riscosso dal creditore (art. 2803 c.c.)¹⁹⁰ e quello di chiedere l'assegnazione in pagamento del credito ricevuto in pegno (art. 2804 c.c.)¹⁹¹.

A parte il caso della cessione dei beni ai creditori, negli altri ci troviamo nel contesto della disciplina realizzativa della tutela offerta da una garanzia reale, quale è il pegno. A ben vedere, però, ci troviamo anche, senza esaurirlo¹⁹², nell'ambito di una forma di attuazione coattiva del credito¹⁹³ che prescinde dalla procedura esecutiva giudiziale e dalla formazione di un titolo esecutivo, ovvero nell'ambito dell'autotutela esecutiva.

La conseguenza che possiamo trarre è che, nonostante il disposto dell'art. 2744 c.c., figure negoziali da cui discendono modalità di

solo la somma o la parte delle merci o dei titoli che eccedono l'ammontare dei crediti garantiti. Cfr. Cass., 24 maggio 2004, n. 10000, in *Giur. it.*, 2005, p. 1418.

¹⁸⁸ Nella cessione dei beni ai creditori, l'art. 1982 c.c. attribuisce il residuo al debitore. Vd. M. FERRARIO, *La cessione dei beni ai creditori: un mandato in rem propriam con funzione di garanzia o di liquidazione*, in *Riv. trim.*, 2001, 2, p. 321.

¹⁸⁹ La norma ammette l'assegnazione al creditore della cosa oggetto del pegno solo previa stima da farsi con perizia o secondo il prezzo corrente, se la cosa ha un prezzo di mercato.

¹⁹⁰ Alla citata disposizione, il legislatore prevede la riscossione del credito dato in pegno, ma, se il credito garantito è scaduto, il creditore può ritenere del denaro ricevuto quanto basta per il soddisfacimento delle sue ragioni e restituire il residuo al costituente o, se si tratta di cose diverse dal danaro, può farle vendere o chiederne l'assegnazione.

¹⁹¹ A norma del quale, il creditore pignoratizio non soddisfatto può in ogni caso chiedere che gli sia assegnato in pagamento il credito ricevuto in pegno fino a concorrenza del suo credito.

¹⁹² A tale ambito pure sono riconducibili, senza però lambire l'indagine che ci occupa, le figure negoziali volte a modificare il regime della responsabilità patrimoniale, in senso limitativo o estensivo, come il contratto che costituisce il pegno o concede l'ipoteca, le convenzioni previste nelle procedure concorsuali, nonché gli accordi diretti a comporre la crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio, di cui alla l. 27 gennaio 2012, n. 3: cfr. A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1398.

¹⁹³ Si rinvia alle autorevoli riflessioni di A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, loc. ult. cit.

escussione del credito che costituiscono in capo al creditore diritti di vendere, di appropriarsi o di ritenere e, finanche, di utilizzare il bene oggetto dell'accordo col debitore non hanno automaticamente causa illecita.

Dalla disciplina delle citate figure emerge un giudizio di compatibilità col sistema qualora l'assetto di interessi divisato sia articolato fin dall'origine in modo da escludere l'abuso del creditore; funzionale a tal fine è la previsione di meccanismi di stima¹⁹⁴ che siano prodromici e funzionali all'obbligo del garantito, a fronte dell'attribuzione del dominio, di corrispondere al debitore inadempiente l'importo eccedente l'entità del credito¹⁹⁵.

Ferma l'esigenza di preservare l'interesse del debitore a non subire un impoverimento superiore a quello dovuto all'(in)adempimento del rapporto obbligatorio¹⁹⁶, che può essere soddisfatta attraverso il controllo dei valori patrimoniali coinvolti dalla vicenda negoziale, la via di una realizzazione coattiva del diritto del creditore che sia svincolata dalla procedura esecutiva ordinaria viene seguita anche dalla prassi.

Ma, oltre le potenzialità e la flessibilità connesse all'esplicazione dell'autonomia privata, la quale fino ad oggi incontrava il limite di quell'ineliminabile fattore di incertezza legato all'esito del sindacato giudiziale di liceità e meritevolezza (artt. 1322, 1344 e 2744 c.c.), tale via trova oggi esplicito riconoscimento nella tipizzazione legislativa

¹⁹⁴ Entro tempi certi e con modalità definite, idonee ad assicurare l'imparzialità della valutazione, in quanto ancorata a parametri oggettivi automatici o in quanto affidata a un esperto indipendente che agisca in conformità dell'art. 1349 c.c.

¹⁹⁵ Cass., 9 maggio 2013, n. 10986, in *Imm. propr.*, 2013, 7, p. 463; Cass., n. 1273/2005, cit.

¹⁹⁶ Vanno considerati l'importo del credito inadempito e quello del danno da inadempimento: cfr. Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625, con nota di M. SPADARO, *Sale and lease back, patto marciano e fallimento del venditore-utilizzatore*, in *Fallimento*, 2015, p. 791 ss.; con nota di A. LUNETTA, *Divieto del patto commissorio, contratto di "sale and lease back" e autonomia privata*, in *Dir. civ. cont.*, 22 gennaio 2016; con nota di V. VITI, *Lease back, patto commissorio e clausola marciana*, in *Giur. it.*, 2015, I, p. 2341 ss. M. TRIMARCHI, *The pre-default agreement*, cit., 83; H. BEALE, *Answer under the DCFR*, in *Draft Common Frame of Reference*, cit., p. 86 s.

di figure negoziali (come i contratti di finanziamento bancario di recente introdotti) estranee all'ambito delle garanzie.

Questo ci sembra un elemento significativo da cui trarre indici anche rispetto a figure innominate di autotutela esecutiva. Laddove quest'ultima può certamente trovare collocazione, sia pure in via eccezionale, nel contesto della disciplina realizzativa delle garanzie, come dicevamo, essa non viene per ciò solo attratta in tale ambito. Al contrario, è la modalità di attuazione della garanzia che talvolta può esorbitare dal suo naturale contesto per penetrare quello, che le è estraneo, dell'autotutela esecutiva, la quale si esplica attraverso meccanismi *latu sensu* traslativi non sorretti né da causa solutoria né da causa di garanzia, quanto piuttosto da causa autosatisfattiva.

Ma su questo torneremo diffusamente nel terzo e nel quarto capitolo.

Per ora ci limitiamo ad osservare un dato: da quanto abbiamo osservato, a evitare la configurazione della fattispecie vietata, si presta tradizionalmente la clausola marciana. E non solo, come si è rilevato, nell'operatività di istituti espressamente contemplati dal legislatore, ma anche nella pratica negoziale.

A titolo esemplificativo, ricordiamo che anche la prassi bancaria conosce forme atipiche di cessione fiduciaria dei crediti che si collocano a metà strada tra il pegno di crediti e la cessione *pro solvendo*¹⁹⁷ e che permettono di anticipare una somma al cliente a fronte del trasferimento di crediti e della relativa costituzione delle cc.dd. *partite autoliquidanti*¹⁹⁸.

Ciò su cui ci si vuol qui interrogare è però come si possono spie-

¹⁹⁷ F. FIORENTINI, *Garanzie reali atipiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 2, p. 253 ss., reperibile anche in <http://www.jus.unitn.it/cardoza/review/property/Fiorentini1.htm>

¹⁹⁸ G. D'AMICO, *Alienazioni a scopo di garanzia*, cit., p. 595; M. D'AURIA, *Cessione di crediti futuri a scopo di garanzia e patto commissorio*, in *Giur. it.*, 2009, 6, p. 1412; N. CIPRIANI, *La cessione di crediti a scopo di garanzia tra patto commissorio e patto marciano*, in *Riv. dir. impr.*, 2010, 1, p. 129; F. GIGLIOTTI, *Sull'ammissibilità della cessio in securitatem (tra preclusioni tradizionali e nuove suggestioni normative)*, in *Ordines*, 2015, p. 1 ss.

In giurisprudenza, v. Cass., 20 novembre 1975, n. 3887, in *Giur. it.*, 1977, I, p. 1, 126; Cass., 2 agosto 1977, n. 3412, in *Mass. Foro it.*, 1977.

gare i limiti normativi e della prassi, che sono volti a sottrarre alla sanzione il congegno traslativo, in ragione della non iniquità dei suoi esiti, se quello dello squilibrio non è tra gli elementi costitutivi della fattispecie vietata.

Abbiamo già avuto modo di notare che non si tratta di un elemento, quello dello squilibrio patrimoniale, contemplato dall'art. 2744 c.c., il quale piuttosto sembra sancire il disvalore del patto tra debitore e creditore e implicante l'efficacia reale esplicantesi su un bene del primo al verificarsi del suo inadempimento, trascurando la valutazione dei valori patrimoniali coinvolti dalla vicenda negoziale¹⁹⁹.

Ragionando in termini dogmatici e assumendo come cornice di riferimento l'interesse del creditore, a salvaguardia del quale opera il sistema delle garanzie, si usa affermare che esso viene finalisticamente orientato all'adempimento (da cui la legittimità dei negozi a causa solutoria come quello della *datio in solutum*) e non all'appropriazione. La conseguenza è la valutazione di irragionevolezza e illiceità della causa autosatisfattiva²⁰⁰ come pure, poiché tale ultima giustificazione causale viene spesso sovrapposta a quella di garanzia, degli atti (atipici) di disposizione in funzione di garanzia²⁰¹.

Correlativamente, dal lato dell'individuazione del bene protetto dal disposto dell'art. 2744 c.c., e con riferimento all'idea che esso coincida con la libertà del debitore, si sostiene²⁰² che essa andrebbe declinata non nei termini di una (peraltro non configurabile) libertà di adempiere, quanto piuttosto di una libertà di disporre onde adempiere l'obbligazione²⁰³.

¹⁹⁹ Cass., 21 aprile 1976, n. 1403, in *Arch. civ.*, 1976, p. 1323. F. FIORENTINI, *Le garanzie immobiliari in Europa. Studio di diritto comparato*, Berna, 2009, p. 525 ss.; E. CARBONE, *Patto commissorio e patto marciano*, loc. ult. cit.; A. CILENTO, *Convenzioni commissorie tra integrità del consenso e funzione negoziale*, in *Banca borsa*, 2013, II, p. 213 s.; A. TROTTA, *Il patto commissorio autonomo: tradizione e cambiamento*, in *Giur. it.*, 2013, p. 343 s.

²⁰⁰ Si vedano le riflessioni di A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1398.

²⁰¹ Ivi compreso, secondo G.F. MINNITI, *Patto marciano e irragionevolezza*, cit., p. 46 ss., il patto marciano.

²⁰² Come abbiamo fatto, cfr., *supra*, par. 3.

²⁰³ Cfr. sul punto E. CARBONE, *Debitoris suffocatio*, cit., p. 1108 s.

Ecco che, a prescindere dalla valutazione di equità del prezzo²⁰⁴ o dall'obbligo del creditore di corrispondere al debitore l'eventuale eccedenza²⁰⁵, si fa leva sull'inettitudine causale di un negozio di garanzia attributivo della proprietà. Così, ad esempio, si è ritenuta idonea a snaturare la causa del contratto stipulato dalle parti (nel caso di specie, l'anticresi) l'appropriazione *tout court* dell'immobile (anticretico)²⁰⁶, come pure il rilascio di una procura irrevocabile a vendere, ravvisandosi *in re ipsa* e *ab origine* l'assoggettamento del debitore alla volontà del creditore, in caso di inadempimento del debito²⁰⁷.

Ora, a noi sembra che il vizio di prospettiva sia proprio dovuto al fatto di ritenere che a presidio degli interessi del creditore insoddisfatto dall'inadempimento del debitore sia dato solo il sistema delle garanzie (specificamente declinato nelle figure tipiche e nella garanzia patrimoniale generica), il quale è composto da fattispecie che, come vedremo nel terzo capitolo, sono autonome e del tutto non assimilabili a quelle che integrano strumenti di autotutela esecutiva. Tale vizio di prospettiva riceve alimento dall'idea dell'immanenza al sistema di un principio di inderogabilità della procedura esecutiva giudiziale disciplinata dal codice di rito.

Rinviando al prosieguo dell'indagine la riflessione su questi temi, qui anticipiamo che vendita, appropriazione, ritenzione e utilizzo di un bene del debitore, sia o meno il rapporto obbligatorio assistito anche da una causa legittima di prelazione, sono strumenti di tutela dell'interesse del creditore ad ottenere la realizzazione forzata del credito inadempito che esulano dalle modalità proprie di attuazione delle garanzie nonché dal ricorso alla sede in cui normalmente queste ultime si esplicano, che è quella giudiziale.

Al di là delle fattispecie nominate però (come quelle relative al pegno che abbiamo menzionato), ci sembra che, pur nel silenzio dell'art. 2744 c.c., l'esclusione dell'abuso sinallagmatico venga ad acquistare una più sicura rilevanza giuridica anche rispetto agli strumenti negoziali la cui idoneità a perseguire una funzione di autotutela ese-

²⁰⁴ Cass., n. 437/2009, cit.

²⁰⁵ Cass., n. 5740/2011, cit.

²⁰⁶ Cass., n. 437/2009, cit.

²⁰⁷ Cass., n. 5740/2011, cit.

cutiva si riveli nella sostanza (vale a dire a prescindere dal modello formale concretamente utilizzato, tipico o atipico). E ciò sia ove l'analisi degli stessi venga condotta sulla scorta del profilo causale, ovvero del collegamento funzionale tra il congegno traslativo e il rapporto obbligatorio, sia ove ci si concentri sui profili di tutela degli interessi protetti da quel divieto.

Iniziamo dall'indagine basata sul collegamento funzionale.

Si usa affermare che lo spostamento della verifica dell'equilibrio negoziale sul piano concreto²⁰⁸ conduce a considerare la sproporzione tra entità del prezzo e valore del bene tra gli elementi rivelatori della frode e porta ad escludere la stessa, ove tale sproporzione manchi. Così, la corresponsione al debitore mandante dell'eccedenza del ricavato su cui si è soddisfatto il creditore mandatario, sulla base di un'operazione di stima compiuta da un terzo imparziale successivamente all'inadempimento, potrebbe collocare il mandato a vendere *in rem propriam* al di fuori dell'ambito di operatività del divieto. Analogamente, in tema di girata della cambiale in garanzia²⁰⁹ e nel contratto di *sale and lease back*²¹⁰, anche stipulato tra soggetti non legati da preesistente o coevo rapporto obbligatorio²¹¹.

Rispetto a quest'ultima fattispecie, in particolare, la giurisprudenza ne ha alternativamente affermato l'estraneità dal meccanismo commissorio²¹² o la nullità, rinvenendovi gli elementi costitutivi del patto vietato²¹³. L'attuale orientamento, che propende per la tendenziale validità della convenzione, attribuisce rilievo centrale all'impermeabilità del profilo causale ad opera della finalità di garanzia che, pur essendo

²⁰⁸ C. AGABITINI, *Recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di patto commissorio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p. 140 ss.

²⁰⁹ Trib. Bologna, 3 dicembre 1996 e Trib. Bologna, 18 gennaio 1996, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1998, II, p. 177 ss.

²¹⁰ Cass., n. 10805/1995, cit.

²¹¹ Cass., n. 1675/2012, cit.

²¹² Trib. Milano, 13 giugno 1985, in *Riv. it. leasing*, 1986, p. 172 ss.; Trib. Milano, 3 marzo 1988, *ivi*, 1988, p. 445.

²¹³ Trib. Milano, 19 giugno 1986, in *Riv. it. leasing*, 1986, p. 786 ss.; Trib. Monza, 24 maggio 1988 e Trib. Pavia, 1 aprile 1988, in *Foro it.*, 1989, I, c.1271 ss.; App. Brescia, 29 giugno 1990, in *Riv. notar.*, 1991, II, p. 181 ss.

una componente dell'intento delle parti, deve rimanere relegata al rango di effetto riflesso²¹⁴.

Ora, abbiamo menzionato l'istituto della procura a vendere (che, a riprova del fatto che la causa autosatisfattiva tende ad essere sovrapposta a quella di garanzia, si suole infatti definire) «a scopo di garanzia». Può non essere superflua una riflessione che, condotta qui in termini generali, potremo poi riprendere come base per l'analisi che verrà condotta a proposito di alcune fattispecie bancarie tipiche di marciano.

Astrattamente, con la stipulazione di un contratto di mandato *in rem propriam* con rappresentanza, conferendo al creditore l'incarico di alienare il bene che ne è oggetto, in caso di inadempimento del debitore titolare dello stesso, e di utilizzare quanto ricavato a titolo di prezzo al fine di estinguere l'obbligazione, può essere raggiunto un risultato assimilabile a quello sotteso a una alienazione a scopo di garanzia.

In questo schema si vede una potenzialità lesiva della libertà morale del debitore, incisa dall'indebita coercizione del creditore, nonché una violazione del principio di inderogabilità delle procedure di espropriazione forzata²¹⁵.

Da qui si diparte il citato argomento basato sul collegamento funzionale tra il debito da garantire e la procura ad alienare che, prescindendo del tutto da un'indagine sulla concreta idoneità lesiva del congegno negoziale posto in essere dalle parti, ancora conduce a comminare la sanzione di nullità alla procura ad alienare a scopo di garanzia come al conseguente atto di vendita stipulato dal mandatario in esecuzione della prima²¹⁶.

Forse però la conclusione potrebbe meritare d'esser rivista, se solo poniamo mente ad alcune caratteristiche del contratto su cui ragioniamo.

Infatti, il mandato non produce un effetto traslativo del diritto in

²¹⁴ Cass., 22 marzo 2007, n. 6965, in *Rep. Foro it. online*; Cass., n. 5438/2006; Cass., 29 marzo 2006, n. 7296, *Rep. Foro it. online*; Cass., n. 10805/1995, cit.

²¹⁵ Cass., n. 6112/1993, cit.

²¹⁶ Cass., n. 15486/2014, cit.; Cass., n. 1675/2012, cit.; Cass., n. 5740/2011, cit.; Cass., n. 5426/2010, cit.

capo al mandatario, conferendogli piuttosto la legittimazione a disporne in favore di terzi. Inoltre, è la legge a prevenire, in questa figura, la configurazione concreta dell'elemento dell'approfittamento patrimoniale del mandatario (pensiamo all'obbligo di rendere il conto e di restituire quanto ricevuto a causa del mandato, secondo l'art. 1713 c.c., che si pone a presidio del diritto del mandante debitore di conseguire l'eventuale eccedenza rispetto all'ammontare del debito)²¹⁷. Ancora, non volendo sottacere i riflessi sul principio della *par condicio creditorum*, la conclusione del mandato non pregiudica l'aggressione esecutiva del bene da parte degli altri eventuali creditori²¹⁸.

Consideriamo allora la subordinazione del potere rappresentativo all'inadempimento del mandante; la previsione di una procedura di stima del valore del bene oggetto del mandato, oggettiva e imparziale, ad opera di un esperto indipendente, e con riferimento al tempo dell'inadempimento; e poi, a carico del mandatario, l'esclusione della modalità di contrattazione con se stesso (art. 1395 c.c.), l'obbligo di rendiconto e l'obbligo di corrispondere al mandante l'eccedenza sul debito residuo (art. 1713 c.c.).

Orbene, senza voler censurare la tesi del collegamento funzionale, ma anzi muovendo da essa, a noi sembra che queste ultime debbano essere considerate non semplicemente alla stregua di cautele atte ad evitare ogni forma di squilibrio patrimoniale²¹⁹ e, di conseguenza, di incappare nelle maglie del divieto dell'art. 2744 c.c.²²⁰; ma alla stre-

²¹⁷ Per il caso che non sia previsto l'obbligo di rendiconto, cfr. C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., 204 s.; U. CARNEVALI, *Patto commissorio*, cit., p. 505.

²¹⁸ D. CENNI, *Mandato ad alienare e scopo di garanzia*, in *Notariato*, 1998, p. 63; R. LENZI, *La cessione in garanzia*, Studio del CNN n. 341-2009/C, in *Studi e materiali*, n. 1/2010, pp. 11-12.

²¹⁹ C.M. BIANCA, *Garanzie mediante alienazione simulata e conferimento al creditore di un mandato a vendere*, in *Foro pad.*, 1958, I, c. 455; ID., *Il divieto*, cit., p. 187; M. BELLINIA e A. MUSTO, *Mandato ad alienare con rappresentanza e divieto di patto commissorio*, Studio del CNN n. 174-2013/C, in *Studi e materiali*, n. 1/2013, p. 4; M. ALBANESE, *Brevi note*, cit., p. 574; M. LICINI, *Le tecniche moderne di garanzia nella prassi notarile*, in *Riv. not.*, 1996, I, p. 1058 s.; G.O. MANNELLA e G.C. PLATANIA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, Milano, 2015, p. 197.

²²⁰ Cass., 16 febbraio 1995, n. 1683, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 1501; Cass., n. 6112/1993, cit.; Cass., 5 febbraio 1979, n. 766, in *Riv. not.*, 1979, p. 619. E Trib. Roma, 24 marzo 1969, in *Dir. fall.*, 1969, II, p. 468.

gua di elementi che la rilevanza del collegamento funzionale medesimo valgono a neutralizzare.

A conclusione non dissimile da questa, che abbiamo basato sul nesso teleologico tra i negozi, riteniamo di poter giungere ove pure ci si concentri sulla prospettiva assiologica e si prenda in considerazione, in primo luogo, il profilo dell'uguaglianza di trattamento cui hanno diritto, in linea di principio, i creditori; e, in seconda battuta, il diverso ambito della tutela della libertà morale del debitore.

Se l'osservanza di un criterio di proporzionalità può assumere rilevanza nei rapporti tra debitore e creditore garantito e, nel caso di specie superare la presunzione²²¹ di *debitoris suffocatio*, essa non esclude ai danni degli altri creditori le ricadute di sostanziale svuotamento della garanzia patrimoniale generica di cui all'art. 2740 c.c.

L'effetto attributivo realizzato dalla fattispecie traslativa reale in favore del creditore stipulante sottrae il bene alienato all'aggressione degli altri (come non avviene ad opera di differenti negozi con funzione di garanzia, quali ipoteca, pegno, privilegi speciali²²²), per di più senza attingere il diritto del primo di concorrere all'esecuzione per l'ammontare del suo credito eventualmente non soddisfatto (salva la ricorrenza dell'effetto di esdebitamento previsto dal legislatore per alcuni dei nuovi contratti di credito bancario).

Sotto questo profilo, e assumendo a parametro di riferimento il principio della *par condicio creditorum*, dovrebbe rimanere fermo, si afferma, per gli assetti di interessi di fonte negoziale che rafforzano

²²¹ A meno di non ritenerla una presunzione assoluta, come Cass., n. 5426/2010, cit., cfr. S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B: il "pasticcio"*, cit., p. 51. Di presunzione assoluta si parla in dottrina con riferimento alla fattispecie tipica di patto commissorio, quella del patto adietto a garanzia reale del pegno o dell'ipoteca, data l'elevata probabilità di abuso o la carenza di libertà che essa sottende *in re ipsa*, cfr. L. Carraro, *Il negozio*, cit., p. 231.

Si vedano anche MERLINUS, *De pignoribus et hypothecis*, Venetiis, 1672, l. IV, tit. IV, Quaestio CXX, n. 7, p. 442 e L.A. WARNKÖNIG, *Dogmengeschichtliche Darstellung der Lehre von der lex commissoria beim Pfandrechte*, in *Archiv civ. Praxis*, 1841, p. 359 s.

²²² O.T. SCOZZAFAVA, *Note in tema di garanzia*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 864; N.A. VECCHIO, *Il divieto di patto commissorio e la causa delle alienazioni*, nota a Cass., 21 gennaio 2016, n. 1075, in *Contratti*, 2016, 5, p. 429.

la garanzia specifica di un creditore giungendo a colorare di realtà il suo diritto (pensiamo all'effetto reale non definitivo prodotto dalla vendita condizionata all'(in)adempimento), il vaglio di giudiziale di meritevolezza (art. 1322, comma 2, c.c.), il quale dovrebbe concludersi con esito negativo ove ad essi si accompagni il mantenimento della garanzia generica²²³.

Quanto poi all'incisione della libertà morale del debitore, le insidie legate a un'appropriazione del dominio che avviene sfruttando il bisogno qualificato di quest'ultimo, si suole affermare, si rivelano aggravate dalla pianificata alternativa tra l'attribuzione del bene in funzione satisfattiva del credito e la possibilità che viene lasciata al debitore di evitare, pagando il debito, il consolidamento degli effetti reali in capo al creditore²²⁴.

In altri termini, la tensione del debitore a conservare o riacquistare in seguito la titolarità del bene sottendono una coercizione che non viene elisa dalla mera equivalenza patrimoniale del risultato economico conseguito dal creditore per il tramite dell'effetto reale prodottosi in suo favore rispetto a quello cui egli aveva diritto per via di adempimento²²⁵.

²²³ L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., pp. 305 s., 315 e 319-320, che ammette il trasferimento di beni in garanzia qualificato da una rinuncia del creditore alla garanzia generica operante anche per l'ipotesi di perimento del bene alienato in epoca anteriore al conseguimento del possesso.

²²⁴ R.J. POTHIER, *Du nantissement*, in *Oeuvres de Pothier*, V, Bruxelles, 1831, n. 18, p. 481; R.T. TROPLONG, *Du nantissement, du gage et de l'antichrèse*, Bruxelles, 1848, n. 390, p. 110; G. BAUDRY-LACANTINERIE e P. DE LOYNES, *Del pegno*, cit., n. 127, p. 226; C. VIVANTE, *Trattato*, cit., n. 1800, p. 347. Su questo punto, cfr. A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, cit., 244 s., p. 258 ss.; ID., *Alla ricerca*, cit., 234, p. 240.

²²⁵ S. PUGLIATTI, *Precisazioni*, cit., pp. 41 e 47 s. Per questa via, come ogni alienazione condizionata all'inadempimento, anche il patto marciano può integrare gli estremi dell'art. 1344 c.c.: E. CARBONE, *Debitoris suffocatio*, cit., p. 1108 s.; G.F. MINNITI, *Patto marciano e irragionevolezza*, cit., p. 29 ss. *Contra* G. STOLFI, *Patto commissorio ed ipoteca*, cit., p. 283, che, dalle condizioni vantaggiose del patto deduce la mancata coartazione della volontà del debitore; così pure V. LOJACONO, *Il patto commissorio*, cit., p. 72 e nt. 25; G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, III, Firenze, 1925, p. 403; B. BRUGI, *Patto commissorio*, cit., p. 398 s.; E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile*, V, 2, Torino, 1927, p. 463.

Siamo quindi oltre la rilevanza del bisogno qualificato. Il trasferimento del bene subordinato all'inadempimento lascia margini perché il debitore coltivi un affidamento in ordine alla possibilità di soddisfare regolarmente il creditore e così conservare la proprietà del bene. Ed è tale affidamento a renderlo propenso a una stipulazione più disinvolta, meno accorta; ad indurlo a usare minor ponderazione circa la convenienza e l'opportunità del negozio rispetto a chi dispone dei propri diritti senza condizioni, il quale è posto immediatamente di fronte alla fuoriuscita irrevocabile del bene dal suo patrimonio²²⁶.

Queste considerazioni meritano una rilettura alla luce dei recenti interventi legislativi in materia di finanziamenti bancari.

L'accostamento della consistenza normativa da poco riconosciuta ad alcuni sottotipi, declinazioni speciali del *genus* riferibile alla patuituzione marciana, con la salvezza del disposto dell'art. 2744 c.c. (ben lungi dall'essere espunto dal nostro ordinamento) comporta l'individuazione di una netta linea di demarcazione tra tale accordo e la convenzione commissoria.

Tale opera di identificazione non può non incidere sulla qualificazione della fattispecie vietata e sulla determinazione della *ratio* posta alla base del giudizio di disvalore; entrambe queste linee di indagine devono però essere condotte avendo di mira il risultato da raggiungere, trattandosi di un esito (per così dire) necessario, in quanto imposto dalla coerenza sistematica.

È la logica di un sistema, come lo abbiamo descritto in premessa di questo nostro ragionare, ad esigere che quella che oggi va individuata in quanto sottesa al patto commissorio sia una *ratio* che ne evidenzia la differenza dal marciano con salvezza di quest'ultimo, ovvero che giustifichi la sua liceità.

Se questo è vero, può senza dubbio trarne conforto un giudizio in termini di razionalità della menzionata interpretazione ultraletterale del disposto dell'art. 2744 c.c., che suole ricomprendere tra gli elementi costitutivi della convenzione colpita dal divieto lo squilibrio

²²⁶ A. BISCARDI, *La "lex commissoria"*, cit., p. 577 ss.; C.M. BIANCA, *Patto commissorio*, cit., p. 714. E. CARBONE, *op. loc. ultt. citt.*

patrimoniale tra il diritto del creditore, la cui misura è segnata dal *quantum debeatur* dedotto in obbligazione (più le conseguenze economiche dell'inadempimento), e l'impoverimento effettivo del debitore, corrispondente al valore del bene alienato in garanzia.

È pur vero che, come la dottrina ha correttamente posto in evidenza, una compromissione della libertà morale del debitore può consumarsi anche in presenza di un patto equo, che dal punto di vista economico-patrimoniale non imponga all'inadempiente un sacrificio superiore al dovuto²²⁷.

Ma l'evoluzione del contesto valoriale di riferimento²²⁸, così come ratificata dalle ultime novità normative, testimonia che il bene della libertà dispositiva del debitore è sì meritevole di tutela; non però in assoluto, bensì solo ove la sua incisione derivi da un'operazione negoziale dall'esito *quantitativamente* iniquo.

Abbiamo osservato²²⁹ che il debitore si trova già in una posizione di non-libertà, in quanto assoggettato a quello che le fonti ci insegnano come un *juris vinculum*. E si tratta di un vincolo che riguarda il comportamento della persona che da esso è tenuta (che ha l'obbligo di tenere una condotta idonea a soddisfare l'interesse del creditore)²³⁰ e, insieme, il suo patrimonio (complessivamente gravato quantomeno dalla garanzia generica dell'art. 2740 c.c.).

²²⁷ Sull'insufficienza del dato relativo all'equilibrio delle prestazioni al fine di sanare un patto funzionalmente illecito, cfr. G. PALERMO, *Funzione illecita*, cit., p. 47 s.

²²⁸ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, pp. 77, 119 s. e 129 s. Sul fatto che, essendo l'attività interpretativa fondata sul rapporto tra testi e contesti, l'evoluzione culturale del contesto storico di riferimento può ben condurre ad attribuire al medesimo testo, pur nella sua apparente rigidità formale, un significato nuovo basato sulla reinterpretazione dei bisogni, degli interessi e dei valori che si vanno formando nella società che la regola cristallizzata in quel testo è chiamata a disciplinare, cfr. N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 306.

²²⁹ Cfr., *supra*, par. 6.

²³⁰ G. GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione*, Milano, 1935, p. 13 s. *Contra*, ritenendo che l'oggetto del diritto di credito non consiste in un comportamento del debitore, ma nel bene dovuto, F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi di diritto processuale in onore di*

Tra l'altro, in funzione strumentale al soddisfacimento dell'interesse del creditore, la legge disciplina una serie di istituti attraverso i quali si realizza una ingerenza continua²³¹ da parte di quest'ultimo nella sfera giuridica del debitore (attuando una sorta di controllo gestorio²³²) e, quel che ai nostri fini rileva, fin dal sorgere del vincolo obbligatorio e in una fase precedente l'inadempimento (dunque, prescindendo dall'effettivo verificarsi dello stesso).

In particolare, al fine di prevenire situazioni pregiudizievoli rispetto al diritto del titolare di soddisfarsi sul patrimonio del debitore in caso di mancato adempimento spontaneo dell'obbligazione, al creditore sono dati strumenti di reazione contro comportamenti commissivi, nella forma di atti di disposizione, e omissivi, là dove idonei a determinare la perdita, la diminuzione o il mancato incremento del patrimonio dell'obbligato. Pensiamo, nel primo caso, al sequestro conservativo (art. 2905 c.c.), all'azione revocatoria (art. 2901 c.c.), all'azione inhibitoria (art. 2813 c.c.) e alla decadenza dal beneficio del termine (art. 1186 c.c.); e, nel secondo, all'azione surrogatoria (art. 2900 c.c.).

Nel contempo, è vero che normalmente il legislatore rifugge dal penetrare l'area dell'equilibrio contrattuale²³³, astenendosi, in nome dell'esplicazione dell'autonomia privata delle parti, dal porre predefiniti giudizi in merito alla convenienza dello scambio, salve le note eccezioni (artt. 1448 e 763 c.c.).

Ma proprio prendendo in considerazione tali eccezioni, vediamo che dalla convenzione marciana si origina una situazione effettuale

Chiovenda, Padova, 1927, p. 219; S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, p. 10 s.; E. GARBAGNATI, *Il concorso dei creditori nel processo di espropriazione*, Milano, 1959, p. 5; R. NICOLÒ, *L'adempimento*, cit., p. 68 s.; C. PUNZI, *La tutela del terzo nel processo esecutivo*, Milano, 1971, p. 8 s.; G. BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, cit., p. 13.

²³¹ G. BONGIORNO, *op. cit.*, p. 11.

²³² F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., p. 263 s.; G. PACCHIONI, *Delle obbligazioni in generale*, Padova, 1935, p. 234.

²³³ Proprio sull'idea che il legislatore voglia evitare un difficile giudizio *ex post* sull'equilibrio concreto dello scambio, si fonda l'esito legato all'operatività di una presunzione in merito allo squilibrio dei valori (nella fattispecie tipica dell'art. 2744 c.c.), cfr. F. MARTORANO, *Cauzione*, cit., p. 117 s.

che non è paragonabile a quella che deriva dal contratto rescindibile, nel cui ambito la parte è danneggiata dal fatto di essersi obbligata a una prestazione sproporzionata.

Ed è in quest'ottica va riguardato il patto marciano, il quale è costitutivamente strutturato in modo tale da prevenire sin dall'origine una situazione di squilibrio che, per la particolare meritevolezza di tutela della posizione del debitore, ove concretatasi, meriterebbe (e, di fatto, continua a meritare nella configurazione commissoria), l'applicazione della sanzione caducatoria.

Tornando a considerare il debitore quale soggetto in quanto tale non libero, la misura del vincolo derivante sul suo patrimonio dalla convenzione marciana corrisponde a quella del *quantum debeatur*. Dunque, potremmo dire, per effetto del negozio col creditore, ad uscire dal patrimonio del debitore è solo «quanto giuridicamente non gli appartiene»²³⁴.

L'accordo non genera una sproporzione di tipo quantitativo (il giudizio sulla quale, semmai, dovrebbe investire non il patto marciano, ma il contratto di finanziamento, questo sí in astratto rescindibile).

Piuttosto (e si tratta dell'obiezione tradizionalmente sollevata dalla dottrina), un margine per la configurabilità di una lesione potrebbe semmai rinvenirsi sotto profilo qualitativo della prestazione da lui dovuta in base al marciano: essa ha per oggetto un bene in luogo della prestazione. Ed è ulteriormente qualificata (data la generale liceità del diverso schema della *datio in solutum*) dalla previsione di un meccanismo condizionale che fa leva sull'inadempimento.

È evidente però che il legislatore oggi stima il debitore, anche quando questi assuma la veste di consumatore, come sufficientemente avveduto da esplicitare validamente la propria autonomia negoziale in modo tale da gestire la conseguente incertezza circa la produzione o il consolidamento degli effetti reali, ove tale incertezza investa non la

²³⁴ G. BONGIORNO, *op. cit.*, p. 112. Parallelamente, D. RUSSO, *Oltre, cit.*, p. 21, osserva che la funzione satisfattoria diviene il limite entro il quale oggi devono ritenersi ammessi i patti tradizionalmente ricondotti all'ambito di applicazione dell'art. 2744 c.c.

diminuzione quantitativa, ma unicamente la componente qualitativa del suo patrimonio.

Ciò che continua ad essere vietato per i soggetti dell'obbligazione (e circoscrive ora l'ambito di operatività della sanzione caducatoria dell'art. 2744 c.c.) è un accordo con cui il debitore disponga della componente qualitativa del suo patrimonio, incidendone nel contempo la consistenza quantitativa in misura (sproporzionata solo perché) eccedente (mancando soglie di rilevanza giuridica della lesione predeterminate *ex lege*) l'ammontare del debito residuo rimasto inadempito.

Oggi sono dunque mutati i parametri valutativi del giudizio di disvalore sugli effetti prodotti dalla fattispecie complessa che sia variamente strutturata, nelle diverse ipotesi nominate (e aggiungiamo, innominate), intorno agli elementi del contratto di finanziamento, dell'inadempimento del debito originario e del meccanismo (legale²³⁵ o) convenzionale produttivo di effetti reali su un bene del debitore e a favore del creditore.

Dalla considerazione del criterio relativo all'incertezza in merito alla produzione o al consolidamento del risultato traslativo (ora neutro), si passa alla centralità di un diverso indice, quello dell'incisione del patrimonio del debitore, (necessariamente) sotto il duplice aspetto qualitativo e quantitativo²³⁶.

D'altra parte, è la tradizione che ci consegna il canone della salvezza del negozio di appropriazione del dominio che rimane nell'alveo dell'equità oggettiva, *rem justo pretio tunc aestimandam*²³⁷, a salvaguardia di un acquisto del creditore che avvenga senza *captio* né *locupletatio*²³⁸.

Sono quindi i principi di solidarietà e di proporzionalità²³⁹ a soc-

²³⁵ In tema di prestito vitalizio ipotecario, la legittimazione a disporre del bene del debitore compete al creditore *ex lege* e non *ex pacto*, cfr. D. Russo, *Oltre*, cit., p. 38.

²³⁶ Cfr. D. Russo, *Oltre*, cit., p. 23, sul fatto che ad essere oggi disapprovata dall'ordinamento sarebbe una funzione del negozio traslativo che esorbita quella satisfattoria.

²³⁷ Sul punto cfr. H. DERNBURG, *Das Pfandrecht*, cit., p. 284.

²³⁸ L.A. WARNKÖNIG, *Dogmengeschichtliche*, cit., p. 328.

²³⁹ A ben vedere, la nozione di riequilibrio è richiamata proprio dalla let-

correre, incidendo l'accordo traslativo non nella sua idoneità a produrre l'effetto reale, ma nel garantire la congruità del rapporto tra il valore del bene e l'ammontare del credito²⁴⁰.

In quest'ottica si colloca l'idea che disconoscere all'esclusione in radice della possibilità che si realizzi un arricchimento del creditore ai danni del debitore la valenza (per così dire riequilibratrice²⁴¹ o) di guida all'intervento correttivo del giudice²⁴² nella disattivazione del rimedio caducatorio sia espressione di conservatorismo paternalistico²⁴³

tura del regolamento negoziale tra debitore e creditore attraverso la lente del principio di proporzionalità (secondo un metodo suggerito da P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 31 s.). È questa a rivelare il carattere, appunto, sproporzionato sia della sanzione caducatoria, ove applicata all'intero patto, in quanto ultronea rispetto al fine di tutelare il debitore dal rischio di perdere un bene di valore superiore all'importo del debito; sia della regola privata, ove non presidiata dalla cautela marciana, perché non congrua rispetto agli interessi perseguiti dalle parti. Ma, anche al cospetto di una convenzione commissoria, la soluzione fornita dall'applicazione del principio di proporzionalità non è la rimozione del trasferimento del bene in capo al creditore, bensì l'operare di un meccanismo di riequilibrio. Cfr., sul punto, N. CIPRIANI, *Il patto marciano tra discipline di settore*, cit., p. 196; ID., *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 174. Si vedano anche G. PERLINGIERI, *Garanzie «atipiche» e rapporti commerciali*, in *Riv. dir. impr.*, 2017, p. 21 s.; ID., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, *passim*.

²⁴⁰ F. ANELLI, *L'alienazione*, cit., pp. 103 s. e 303 s.; N. CIPRIANI, *Il patto marciano tra discipline di settore*, cit., p. 195; ID., *Patto commissorio e patto marciano*, cit., pp. 98 s. e 148 s.

²⁴¹ N. CIPRIANI, *op. ult. cit.*, p. 296 s.

²⁴² F. MACARIO, *Circolazione e cessione dei diritti in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, fasc. 6, p. 407 s.; G. RISPOLI, *Lease back: chiaroscuri applicativi fra funzione di finanziamento e garanzia*, in *Giur. it.*, 2012, p. 579, propone l'applicazione analogica dell'art. 2803 c.c. al contratto di *lease back* mancante della previsione del patto marciano.

²⁴³ A. CANDIAN, *Appunti «dubbiosi» sulla ratio del divieto di patto commissorio*, in *Foro it.*, 1999, I, c. 175; R. CATERINA, *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, p. 772; A. LUMINOSO, *Alla ricerca*, cit., p. 219; G. ADILARDI, *Brevi osservazioni in tema di divieto di patto commissorio, causa concreta del contratto e patto marciano*, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 1456 s. C. DE MENECH, *Il patto marciano*, cit., p. 823 s.

più che di presidio effettivamente necessario alla tutela della libertà del debitore²⁴⁴.

Al di là di simili giudizi, però, a proposito del marciano atipico, quel *genus* di diritto comune su cui il legislatore non ha ancora preso posizione se non in via incidentale, tramite la positivizzazione di singole fattispecie bancarie, peraltro peculiari, noi riteniamo che sull'elemento dell'assenza dello squilibrio patrimoniale possa formularsi una precisa conclusione.

Non solo essa deve implicare rispetto alla generalità dei rapporti (ovvero alle pattuizioni innominate) la disattivazione della contraria presunzione (di illiceità per *debitoris suffocatio*)²⁴⁵, ma il vaglio giudiziale ci sembra necessario quanto all'accertamento della ricorrenza nel caso specifico di un regolamento negoziale effettivamente atto a veicolare la cautela marciana e non in quanto volto a operare un sindacato di liceità della stessa, *in re ipsa*, o del meccanismo traslativo che la contiene, in quanto espressione del potere di autotutela esecutiva attribuito al creditore *ex pacto*; alla luce della nuova disciplina, sia pure dettata con riferimento ad alcuni sottotipi speciali di convenzione marciana un sindacato su questi ultimi aspetti ci sembra ora superfluo.

9. Eccesso di indebitamento, inadempimenti e pignoramenti, che sintetizzano l'apice di una evoluzione patologica del rapporto creditizio, trovano causa, è noto, in una molteplicità di fattori.

Con specifico riferimento all'andamento, nel nostro secolo, del mercato del credito ipotecario, emerge un quadro assai poco incoraggiante, comune a tutta l'Europa. Un quadro composto da prodotti non fatti oggetto di adeguate forme di pubblicità; da informazioni precontrattuali rivelatesi generalmente di difficile reperibilità, quando non a dirittura oscure e rese tardivamente (da cui l'idea di un codice di condotta delle informazioni precontrattuali contenuta nella Raccomandazione della Commissione del 1 marzo 2001); da una scarsa qualità nell'attività di consulenza svolta dagli intermediari del credito;

²⁴⁴ B. SALVATORE, *Circolazione dei beni ed evoluzione del divieto del patto commissorio*, in *Notariato*, 2012, p. 725 ss.

²⁴⁵ G. D'AMICO, *La resistibile ascesa*, loc. ult. cit.

nonché da una diffusa indifferenza per la corretta valutazione del merito creditizio dei debitori²⁴⁶.

La determinazione delle condizioni di finanziamento sulla base della capacità economica del debitore spesso valutata in modo inadeguato e la concorrenza sempre meno sostanziale tra istituti di credito a vantaggio di quelli economicamente più forti, con esiti legati alla riduzione dei prestiti e all'incremento dei relativi costi, comportano inevitabilmente una seria difficoltà di accesso al credito tanto da parte del debitore professionista quanto da parte del consumatore²⁴⁷.

Preso atto del contesto così descritto, l'indagine tesa all'individuazione degli ostacoli all'obiettivo di integrazione ed efficiente funzionamento del mercato interno in questo settore ha costituito il presupposto per l'elaborazione di soluzioni finalizzate al superamento degli stessi, infine formalizzate in un più organico intervento normativo²⁴⁸.

Su questi aspetti, infatti, si è concentrata l'attenzione del legislatore comunitario, sollecitato dal non facile andamento del mercato del credito che ha caratterizzato gli anni recenti²⁴⁹ nonché dalla considerazione che vede in quello ipotecario la principale forma di investimento finanziario per la maggior parte dei cittadini, così rendendolo idoneo a influenzare una parte assai significativa dell'economia europea. E non c'è dubbio che, nell'ottica di accrescere la competitività dell'Unione europea, l'incentivo alla mobilità e ai flussi creditizi transfrontalieri non possa che transitare per l'integrazione dei mercati comunitari del credito ipotecario, ovvero per quell'omogeneità delle soluzioni giuridiche (certe ed efficienti) che, sola, è idonea a incoraggiare l'affidamento dei potenziali debitori dell'Unione, fruitori del mercato dei mutui ipotecari residenziali²⁵⁰.

²⁴⁶ Su cui, cfr. E. PELLECCIA, *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore: spunti di riflessione per un nuovo modo di guardare alla «contrattazione con l'insolvente»*, in *Nuove Leggi civili commentate*, 2014, p. 1088.

²⁴⁷ C. DE MENECH, *Il patto marciano*, cit., p. 823 s.

²⁴⁸ A. FUSARO, *Il credito ipotecario in ambito europeo e l'euroipoteca*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2008, p. 300 ss.

²⁴⁹ T. RUMI, *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*, in *Contratti*, 2015, 1, p. 70.

²⁵⁰ Cfr., in tal senso, il Libro Verde del 19 luglio 2005 (COM(2005)327def.) e il Libro Bianco del 18 dicembre 2007 (COM (2007)807).

Siffatto affidamento, d'altro canto, implica, da parte di chi accede al finanziamento, la piena consapevolezza delle caratteristiche del prodotto offerto nonché dei profili di costo e di rischio dell'operazione complessivamente considerata. Per questo, la regolamentazione del mercato del credito ipotecario deve essere particolarmente rigorosa con riferimento alla fase precontrattuale, disciplinando stringenti obblighi di informativa, di spiegazione e di consulenza.

In questa direzione si muove il monito europeo²⁵¹ sui potenziali rischi che comporta il ricorso ai prodotti di *equity release*, come i *reverse mortgages*, che hanno ispirato il nostro legislatore nell'introduzione del prestito vitalizio ipotecario.

Al di là del pericolo di sovraindebitamento del soggetto tenuto al rimborso del prestito, oggi generalmente contenuto, attraverso le varie soluzioni normative adottate nei diversi ordinamenti che contemplano questo tipo di finanziamento; e al di là dei costi complessivi dell'operazione finanziaria (piuttosto elevati), dovuti ai meccanismi sottesi al suo funzionamento e non di sempre facile intellegibilità da parte del sottoscrittore del prestito; vi è un aspetto che merita considerazione.

La tutela offerta dalla limitazione del debito di restituzione al valore del bene dato in garanzia (*no negative equity guarantee*) opera solo nell'ipotesi di vendita dell'immobile, nel momento in cui il creditore è chiamato a soddisfarsi sul prezzo ricavato; e non nel diverso caso il cui, allo scopo di trattenere il bene, gli eredi del finanziato scelgano la via del pagamento diretto del debito, la cui eventuale eccedenza rispetto al valore dell'immobile il creditore ha allora comunque diritto di conseguire.

Ecco che, divenuta la vendita la via imprescindibile agli eredi per ottenere la liberazione dal debito, la conseguente necessaria sottrazione della proprietà immobiliare alla sua naturale destinazione, data dal patrimonio ereditario del finanziato stesso, deceduto attivando l'obbligo di rimborso, viene considerato dalle istituzioni comunitarie un effetto indesiderato di non poco conto. Un effetto, in particolare, che esige una dettagliata informativa precontrattuale (quando non a dirittura, è la via seguita in alcuni ordinamenti, come Inghilterra e gli

²⁵¹ Cfr., ancora, il Libro Bianco del 18 dicembre 2007.

Stati Uniti, l'acquisizione della volontà dei membri della famiglia che presumibilmente assumeranno la qualità di eredi tenuti al rimborso alla morte del debitore o del parere favorevole da parte di un organo consultivo terzo²⁵²).

Tornando alla disciplina del mercato del credito ipotecario in generale, lungo la linea direttrice sopra indicata si colloca anche la Proposta di Direttiva del 31 marzo 2011, basata sull'art. 114 del TFUE²⁵³, la quale si concentra prevalentemente sulla fase precontrattuale della stipula dei mutui connessi all'acquisto di immobili residenziali²⁵⁴. Essa, sia pur criticata per alcune rilevanti omissioni²⁵⁵, è stata adottata in data 4 febbraio 2014, nel testo modificato dagli emendamenti approvati dal Parlamento europeo²⁵⁶, come Direttiva n. 2014/17/UE (*Mortgage Credit Directive* o MCD) sul credito ipotecario²⁵⁷.

²⁵² D. CERINI, *Il prestito vitalizio ipotecario: legal transplant in cerca di definizione*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2006, p. 513, nt. 21.

²⁵³ COM (2011)142 def. Sul punto, si veda S. TOMMASI, *Unione europea e contratti di credito relativi ad immobili residenziali*, in *Contratti*, 2011, 10, p. 956 ss.

²⁵⁴ Essa disciplina, tra l'altro, le comunicazioni pubblicitarie (art. 7); le informazioni sulle caratteristiche fondamentali del credito (art. 8); l'obbligo di rendere disponibili in forma permanente le informazioni generali sulla gamma di prodotti di credito e quello di fornire al consumatore informazioni personalizzate sulla base del Prospetto informativo europeo standardizzato (ESIS) (art. 9); gli obblighi di informazione a carico anche degli intermediari del credito (art. 10); l'obbligo di fornire ai consumatori spiegazioni adeguate sui contratti di credito proposti dai creditori e dagli intermediari del credito (art. 11); l'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore (art. 14); l'obbligo di fornire corrette informazioni sulle proprie condizioni economiche da parte del consumatore (art. 15); l'accesso dei creditori, su base non discriminatoria, alle c.d. banche dati pertinenti (art. 16).

²⁵⁵ Soprattutto quanto alla mancata previsione di un diritto di recesso disciplinato in modo omogeneo per i consumatori dell'intero territorio dell'Unione, quanto ai poteri della Commissione sulla definizione di criteri uniformi per la registrazione dei dati contenuti nelle banche dati e di condizioni uniformi per il trattamento degli stessi e quanto alle informazioni alle quali i consumatori avrebbero diritto in caso di prestito in valuta estera.

²⁵⁶ In data 10 settembre 2013 (Doc. 12095/213) e in data 10 dicembre 2013 (Doc. 17501/13).

²⁵⁷ A. BERTOLINI, *La tutela del debitore*, cit., 2016, p. 327 ss.; S. PAGLIANTINI, *I misteri del patto commissorio*, cit., p. 181 ss.; P. DE GIOIA CARABELLESE

Il contenuto della menzionata Direttiva va letto tenendo conto di un precedente, ovvero l'intervento regolatore della materia delle garanzie finanziarie attuato dalla Direttiva n. 2002/47/CE e diretto alla creazione di un regime comunitario atto alla fornitura in garanzia di titoli e contante, con costituzione del diritto reale di garanzia o tramite trasferimento del titolo di proprietà, compresi i contratti di pronti contro termine.

Quanto allo scopo, in generale esso si rinviene nell'intento di favorire l'integrazione e l'efficienza del mercato finanziario in termini di costi, nonché la stabilità del sistema finanziario dell'Unione europea, attraverso la libera prestazione dei servizi e la libera circolazione dei capitali nel mercato unico dei servizi finanziari.

In particolare, esso va ricercato in una plurima direzione che dalla protezione dei contratti di garanzia finanziaria rispetto agli effetti negativi legati alle normative nazionali svantaggiose, passa attraverso l'estensione dei principi e dei criteri previsti dalla precedente Direttiva n. 98/26/CE anche oltre l'ambito dei sistemi di pagamento in contante e regolamento titoli. E poi giunge fino alla promozione di un adeguato livello di certezza giuridica relativamente al conflitto di leggi riguardanti gli strumenti finanziari, per approdare al risultato della limitazione degli oneri relativi all'utilizzo delle garanzie finanziarie²⁵⁸.

Tanto la Direttiva n. 2002/47/CE, quanto il decreto legislativo con il quale il legislatore italiano ha predisposto il recepimento di essa (d.lg. n. 170/2004), hanno avuto di mira il contenimento del pericolo legato agli effetti a cascata potenzialmente derivanti dall'insolvenza di un operatore finanziario quando questo si sia trovato ad agire nel contesto del mercato transnazionale. Tali effetti sono infatti in astratto idonei ad incidere negativamente sulla stabilità degli altri operatori che con esso sono entrati in contatto quando non, a dirittura, dell'intero mercato. Così, si è fatto ricorso a tecniche di riduzione del rischio di credito, con funzione di esonerare il creditore dalle spese

e C. CHESSA, *La direttiva 2014/17/UE in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1422 ss.

²⁵⁸ R. MARINO, *Recepimento della direttiva 2007/47/CE sui contratti di garanzia finanziaria. Le innovazioni nel diritto delle garanzie reali*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 1169 ss.

inerenti al recupero di quanto dovutogli nonché di ridurre il costo complessivo del credito.

Quel che più rileva ai nostri fini della disciplina della citata Direttiva è come, tramite essa e nel contesto delle contrattazioni finanziarie, abbia trovato ingresso negli ordinamenti nazionali la figura del trasferimento della proprietà in funzione di rafforzamento della tutela del creditore per il caso di inadempimento.

Non si è trattato di un obiettivo di facile realizzazione, sol che si consideri il rischio ad essa legato, una volta conclusa la concreta operazione negoziale sussumibile nel suddetto schema, di una riquificazione del negozio, secondo la prospettiva interna del singolo Stato, come fattispecie costitutiva di una garanzia reale tipica. E, dunque, delle correlate conseguenze in termini di invalidità o inefficacia, ove non risultasse integrato il rispetto dei requisiti formali previsti nei vari ordinamenti quanto a costituzione e opponibilità della garanzia tipica (c.d. *recharacterisation risk*²⁵⁹).

Si tratta di un rischio di carattere sistemico a cui è inevitabilmente esposto un mercato unico nel quale confluisce una pluralità di discipline di diritto privato relative alla costituzione e realizzazione delle garanzie su strumenti finanziari. Un rischio al quale fa riscontro un severo inconveniente alla contrattazione fra gli intermediari finanziari e gli operatori del settore, chiamati a farsi carico dei costi legati al rispetto delle discipline in materia di forma che presiede la costituzione della garanzia secondo tutti gli ordinamenti potenzialmente coinvolti nella vicenda negoziale. Dunque, a far fronte a un notevole incremento dei costi di negoziazione i quali finiscono per ricadere sui soggetti che accedono al finanziamento²⁶⁰.

Un simile indice di inefficienza in un sistema che comunque è sotteso a un mercato globalizzato, nel quale rapidità e riduzione degli oneri devono essere garantiti prescindendo dalle peculiarità normative dei Paesi che vi aderiscono, non può che rivelarsi anacronistico retaggio di un pluralismo sempre più faticosamente tollerabile

²⁵⁹ G. BRIANDA, *Le prospettive del divieto*, cit., p. 816.

²⁶⁰ A.V. GUCCIONE, *I contratti di garanzia finanziaria*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2008, p. 824; F.A. BONFANTI, *Commento alla normativa*, cit., p. 509.

(e, soprattutto, difficilmente risolvibile mediante gli strumenti tradizionalmente a disposizione degli organismi comunitari e nazionali²⁶¹).

Da qui la necessità, ad evitare una crisi del sistema finanziario, di un reciproco riconoscimento tra gli Stati dell'Unione, sotto il duplice profilo della costituzione e dell'opponibilità, di garanzie intracomunitarie²⁶² e di una certa flessibilità nell'accostamento al tema del divieto del patto commissorio, innegabile ostacolo al contenimento del rischio sistemico e all'accesso di nuovi debitori nel mercato del credito.

Quello da ultimo menzionato, vista la diversità sul punto delle tradizioni giuridiche nazionali, ha rappresentato certamente un profilo di non agevole soluzione. Non a caso la Direttiva estende anche ad esso il meccanismo di *out put* in sede di recepimento a livello interno²⁶³.

10. L'ambizione di vari legislatori dell'Europa continentale tesa a collocare il proprio sistema al centro del dibattito giuridico internazionale alla stregua di modello per il nuovo diritto privato europeo di cui da più parti si avverte la necessità, ha fornito il giusto incentivo ad avviare processi di riforma incidenti su alcuni dei più importanti istituti del diritto patrimoniale.

²⁶¹ G. BRIANDA, *op. loc. ultt. citt.*

²⁶² A. GROSSI, *La direttiva 2002/47/CE sui contratti di garanzia finanziaria*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, 1, *La direttiva 2002/47/CE*, pp. 251-254.

²⁶³ A livello internazionale, vari organismi (come l'*United Nation Commission on International Trade Law* (UNCITRAL), l'*International Institute for the Unification of private law* (UNIDROIT) nonché l'*European Bank of Reconstruction and Development* (EBRD)) si sono fatti portatori delle istanze di armonizzazione di quei settori del diritto privato che sono ritenuti di importanza strategica nell'ambito della competizione economico-finanziaria internazionale, con particolare attenzione, e non poteva che essere così, al tema delle garanzie e della tutela del credito. Cfr. G. BRIANDA, *Le prospettive del divieto*, cit., p. 816; M.C.A. PRADO, *La theorie du hardship dans les principes de l'unidroit relatifs aux contrats du commerce international. Une approche comparative des principes et les solutions adoptées par le droit français et par le droit américain*, in *Dir. comm. internaz.*, 1997, 2, p. 323 ss.; M.J. BONELL, *I principi UNIDROIT 2010: le novità*, in *Dir. comm. internaz.*, 2012, 4, 795 e ss.; F. SEATZU, *Sul ruolo della banca europea di ricostruzione e sviluppo nell'attuale crisi finanziaria internazionale*, in *Dir. Un. Eur.*, 2011, 3, p. 741 s.

Sulla sia della *Schuldrechtsmodernisierung* tedesca del 2001, anche la Francia si è spinta in un percorso in cui la positivizzazione degli istituti avviene tenendo conto delle esigenze emerse nell'applicazione giurisprudenziale. Tra gli ambiti interessati dallo spirito riformatore non poteva che esservi il settore delle garanzie del credito, in quanto uno dei cardini attorno a cui ruota lo sviluppo dell'economia e, di conseguenza, da cui dipende il grado di competitività di un sistema sul mercato internazionale delle soluzioni legislative²⁶⁴.

Pur investendo organicamente la materia delle garanzie del credito, reali e personali, il progetto di riforma, elaborato dalla Commissione governativa presieduta dal Prof. Grimaldi e presentato in data 31 marzo 2005, viene seguito da una delega parlamentare dal contenuto limitato alle sole garanzie reali (art. 24, l. n. 2005-842 del 26 luglio 2005, *loi pour la confiance et la modernisation de l'économie*).

L'esclusione della materia delle garanzie personali e di quella dei *privileges* va menzionata perché degna di attenzione. La situazione preesistente, infatti, era caratterizzata da un ampio ricorso della prassi, in fuga dagli elevati costi legati alla costituzione dell'ipoteca, a varie fattispecie di garanzie personali tipiche e atipiche (*cautionnement*) e da un abuso dei privilegi generali e speciali previsti dall'ordinamento²⁶⁵: soprattutto, la proliferazione di questi ultimi, con la connessa difficoltà legata alla precisa individuazione dell'ordine di prelazione, rappresentava una delle più note criticità del sistema francese, con ricadute in termini di farraginosità normativa e scarsa attrattività per gli operatori del mercato.

Il progetto comunque è poi confluito nella *ordonnance* del 23 marzo 2006, n. 2006-346²⁶⁶, con l'obiettivo di revisione sistematica

²⁶⁴ F. FIORENTINI, *La riforma francese nella prospettiva comparatistica*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, 3, p. 1199; ID., *La riforma francese delle garanzie reali*, in *Notariato*, 4, 2006, p. 493; M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio. Studio di diritto comparato*, Torino, 2000, p. 283 ss.; A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano*, cit., p. 30 s.; G. BRIANDA, *Le prospettive del divieto*, cit., p. 816 ss.

²⁶⁵ B. VARI, *La riforma dell'ipoteca convenzionale in Francia*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 249

²⁶⁶ L. AYNÉES, *La réforme du droits des sûretés par l'ordonnance n. 2006-346 du 23 mars 2006, Présentation générale de la réforme*, in *Rép. Dalloz*, 2006,

della materia, nel senso di rafforzare l'efficacia delle tecniche di tutela del credito, anche attraverso la riduzione dei costi transattivi connessi al funzionamento delle garanzie reali, senza abbandonare la tradizionale attenzione alla tutela della posizione del debitore.

Punto paradigmatico dell'intervento riformatore è la razionalizzazione della disciplina dell'ipoteca convenzionale, contenendone il costo e incrementandone la flessibilità sotto il profilo dei meccanismi atti a presiedere alla soddisfazione dei diritti del creditore.

Ciò che più conta, ai nostri fini, lasciando sullo sfondo le modifiche ai principi di specialità e accessorietà tra garanzia e credito, è peraltro l'apertura francese al patto commissorio, nella variante lecita del marciano²⁶⁷, nonché a nuove forme di utilizzo dell'ipoteca nel mercato del credito non finalizzato, sfociate nel *prêt viager hypothécaire*, su cui torneremo tra breve, e nell'*hypothèque rechargeable*.

Quanto al primo profilo, il divieto del patto commissorio, pur sprovvisto dell'ampio seguito di cui esso è dotato nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale italiana, rappresenta tradizionalmente uno dei principi cardine del sistema francese del diritto delle garanzie, tutto sommato non disconosciuto dalle corti. Quest'ultimo sistema, infatti, presenta molti punti di analogia con quello vigente in Italia, basti pensare al principio del *numerus clausus* dei diritti reali come la *propriété* (artt. 544 ss. c.c.), l'*usufruit* (artt. 578 ss. c.c.), l'*usage* e l'*habitation* (artt. 625 ss. c.c.), le *servitudes* (artt. 637 ss. c.c.), il *gage* (artt. 2329 ss. c.c.) e le *hypothèques* (artt. 2373 ss. c.c.) e, ancora, al principio della *par condicio creditorum* (art. 2285 c.c.).

Così, il divieto del patto commissorio era espressamente previsto

p. 1289 ss.; P. CROCQ, *La réform de procédur collectives et le droit des sûretés*, *ibidem*, p. 1306.

²⁶⁷ G. WIEDERKEHR, *Pacte commissorie et sûretés conventionnelles*, in *Études offertes à Alfred Jauffret*, Aix-Marseille, 1974, p. 661; J.-M. HOCQUARD, *Le pacte commissoire en matière immobilière: une fausse bonne idée?*, in *Dr. patr.*, 2005, 11, p. 80 ss.; A. MAYNADIER, *La fiducie-sûreté face au pacte commissoire: leurre ou panacée?*, in *Juris class. pér.*, 1998, p. 932 ss.; P. CROCQ, *Droits de sûretés*, in *Rép. Dalloz*, 2005, p. 2078 ss.; S. HÉBERT, *Le pacte commissoire en après l'ordonnance du 23 mars 2006*, in *Dalloz*, 2007, p. 2052; C. CARBONNEL, *Le pacte commissoire en matière de sûretés réelles immobilières ou la réforme inachevée*, in *JCPE*, 50, 13 déc.2007, p. 2536.

per il pegno (art. 2078 c.c. e il vecchio art. 93 c. comm. per il pegno commerciale ora art. L521-3, co. 4 c. comm. *nouveau*), per l'anticresi (art. 2088 c.c.) e per l'ipoteca (art. 742 c.p.c. *ancien*).

L'ambito di applicazione del divieto però va circoscritto alle convenzioni anteriori o coeve alla costituzione della garanzia, con esclusione delle intese posteriori, il nostro patto *ex intervallo*, ritenute valide. Ulteriore limite, accanto a quello temporale, è di tipo contenutistico perché l'esclusione dell'abuso sinallagmatico da parte del creditore salva il patto dalla sanzione caducatoria. E un esempio paradigmatico si trova nel *gage-espèces*, in cui l'automaticità del meccanismo compensativo vale proprio a escludere il rischio di un indebito arricchimento ai danni del debitore²⁶⁸.

Riprendendo questa linea interpretativa, il testo dell'art. 2287, comma 2, c.c. così come elaborato dall'*avant-projet de texte*, anche se poi non confluito nella versione definitiva dell'*ordonnance*, statuiva il principio che vieta al creditore di trarre da una garanzia qualunque arricchimento, inteso come vantaggio estraneo all'area dell'adempimento spontaneo della prestazione dedotta in obbligazione. Parallelamente la riforma ammette la variante marciana in materia di *gage* (nuovi artt. 2348, 2365, sull'assegnazione giudiziale del credito oggetto di garanzia e 2366, sull'obbligo del creditore pignoratizio di versare l'eccedenza al debitore c.c.), di *nantissement* di crediti, di ipoteca (nuovi artt. 2458 e 2459 c.c.) e di anticresi (nuovo art. 2388, co. 2, c.c.).

Con specifico riferimento all'ipoteca, il riformato *Code civil* riconosce la validità del patto marciano stipulato dalle parti dell'obbligazione al momento della costituzione dell'ipoteca (art. 2459 *Code civil*) e ammette inoltre che, in alternativa all'ordinaria procedura esecutiva, l'inadempimento del debito consenta al creditore ipotecario di chiedere al giudice l'assegnazione in proprietà del bene oggetto della garanzia (art. 2458 *Code civil*).

In entrambe queste evenienze è corretto il riferimento alla cautela marciana, in quanto sono contemplati meccanismi atti a escludere una ingiustificata locupletazione ai danni del debitore: soccorre

²⁶⁸ F. FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie reali*, cit., p. 502.

a tal fine la previsione di una procedura di stima del bene al tempo dell'inadempimento da parte di un esperto nominato su accordo delle parti o giudizialmente e l'obbligo del creditore di corrispondere al debitore quanto eccede del valore dell'immobile rispetto alla soddisfazione delle sue ragioni.

In aggiunta a questa disciplina, la tutela della posizione del debitore è completata da alcuni limiti. Innanzi a tutto, vi è la previsione di inidoneità oggettiva del bene adibito a residenza principale dello stesso a formare oggetto dei menzionati schemi traslativi.

Secondariamente, le modifiche non si estendono al divieto di *voie parée* (art. 742 c.p.c. *ancien*) che rimette l'esecuzione immobiliare al controllo degli organi statali e che rimane come norma di chiusura del sistema per i casi non coperti dalla nuova disciplina.

Infine, i patti commissori conclusi nell'ambito dei contratti di credito mobiliare al consumo si considerano non apposti (art. L311-32 *code de la consommation*, come modificato dall'53 dell'*ordonnance*).

Successivamente, il legislatore francese ha introdotto l'istituto della *fiducie* (l. n. 211-2007 del 19 febbraio, che ha modificato gli articoli da 2011 a 2030 del *Code civil*) e la *propriété cédée à titre de garantie* (*Ordonnance* 112-2009 del 30 gennaio 2009 che ha introdotto nel Libro IV, Titolo II, un nuovo capitolo IV)²⁶⁹.

11. Quanto al sistema tedesco, in esso si rinvencono norme che sanciscono la nullità dei patti in forza dei quali l'inadempimento del debitore determina l'acquisto in via definitiva, da parte del creditore, del bene dato in garanzia (§§ 1149 e 1229 BGB)²⁷⁰.

Secondo il § 1149 BGB, nella fase che precede la *Pfandreife*, che segna il momento a partire dal quale al creditore è concesso attivare la tutela connessa alla garanzia ipotecaria, è nulla ogni convenzione tra le parti di un rapporto obbligatorio assistito da tale garanzia volta a produrre il trasferimento della proprietà del bene vincolato secondo modalità diverse dalla procedura di esecuzione forzata (di cui al § 1147 BGB) o a produrre, subordinatamente all'inadempimento,

²⁶⁹ G. D'AMICO, *Alienazioni a scopo di garanzia*, cit., p. 600.

²⁷⁰ F. FIORENTINI, *Le garanzie immobiliari in Europa*, cit., p. 141.

l'acquisto del bene a favore del creditore, a soddisfacimento del suo diritto.

In generale, nel diritto tedesco vige l'idea dell'indisponibilità del contenuto, che è rigidamente tipizzato, dei diritti reali limitati, ad opera di un'autonomia negoziale dei privati che si espliciti attraverso accordi dotati di efficacia reale. Non si tratta, quindi, di una sottrazione assoluta del contenuto del diritto reale limitato al potere dispositivo del proprietario, perché si ammette che al titolare del primo vengano attribuite facoltà aventi titolo in negozi ad efficacia obbligatoria, che presentano opportunamente il limite di far salvi i diritti dei terzi.

In materia di diritti reali immobiliari di garanzia, tuttavia, il § 1149 BGB si oppone anche all'efficacia meramente obbligatoria dei patti che modificano lo schema legale dell'ipoteca, ove stipulati prima della *Pfandreife*. E ciò a tutela del debitore che, trovandosi in tale fase in una situazione di debolezza, potrebbe essere indotto a non ponderare con la dovuta consapevolezza e libertà del volere la stipulazione di accordi favorevoli al creditore, confidando sull'idea di poter facilmente adempiere evitando la perdita del bene.

Si è fatta menzione di due fattispecie.

La prima concerne la nullità dell'accordo relativo a una alienazione dell'immobile ipotecato secondo modalità diverse da quelle proprie dell'esecuzione forzata, sul presupposto argomentativo, basato su un principio di ordine pubblico, che vede nel solo procedimento giurisdizionale lo strumento efficace per tutelare gli interessi di tutte le parti coinvolte. Non potranno, di conseguenza, le parti convenire il diritto del creditore di vendere il bene in via privata, né il debitore potrà rilasciare a quest'ultimo una procura irrevocabile a vendere l'immobile.

La seconda riguarda l'attribuzione convenzionale al creditore ipotecario del diritto di pretendere il trasferimento della proprietà con funzione satisfattiva delle proprie ragioni pregiudicate dall'inadempimento. La sanzione caducatoria, in tal caso, preclude anche l'esercizio di un diritto del creditore di trattenere il bene in luogo di adempimento e anche là dove fosse prevista la corresponsione al proprietario dell'eccedenza rispetto all'ammontare del debito residuo.

L'autonomia contrattuale torna ad avere valido accesso alle citate

convenzioni nella fase successiva alla *Pfandreife*, salvo il limite dell'efficacia obbligatoria delle stesse, onde vincolare solo il proprietario stipulante e i suoi eredi, ma facendo salvi gli acquisti degli aventi causa a titolo particolare.

Correlativamente, quanto al regime di pubblicità di tali accordi, è da escludersi l'iscrizione nel libro fondiario, che è riservata ai negozi reali, essendo solo ammessa, con riferimento al diritto all'*Ausschlussung*, che è il contratto reale volto al trasferimento dei diritti reali immobiliari, la formalità della prenotazione (§ 883 BGB).

Nonostante il chiaro tenore letterale di tali disposizioni, la peculiare posizione assunta invece dalla giurisprudenza merita attenzione²⁷¹.

Nell'ambito delle garanzie immobiliari, il divieto del patto commissorio non si applica in Germania né al patto *ex intervallo* né al patto autonomo e la giurisprudenza ribadisce l'inammissibilità del ricorso all'interpretazione analogica rispetto a convenzioni non perfettamente sussumibili nella fattispecie tipica, come essa risulta dal tenore letterale del § 1149 BGB²⁷².

Peraltro, il grado di efficienza delle procedure giudiziali di realizzazione delle garanzie immobiliari è tale da non indurre la prassi a comportamenti negoziali elusivi del divieto.

Queste considerazioni non escludono la rilevanza di tecniche alternative di garanzia rispetto a quelle tipiche. Infatti, il sistema delle garanzie reali del credito non è limitato agli istituti tipicamente disciplinati dal BGB, dato l'ampio sviluppo nella pratica dei trasferimenti fiduciari a scopo di garanzia.

Nel settore delle garanzie mobiliari, facendo leva su uno sviluppo fondamentalmente consuetudinario e pretorio del diritto, rivelatosi molto sensibile nel recepire le istanze avanzate dalla prassi commerciale, di fatto i giudici si sono assunti il compito di procedere all'individuazione degli strumenti più adatti a presidiare in modo efficiente e sicuro la circolazione della ricchezza. E lo hanno fatto valorizzando il profilo funzionale del negozio prescelto dalle parti, a discapito de-

²⁷¹ R. SERICK, *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco* (trad. di Vecchi), Milano, p. 1990.

²⁷² BGH 25 ottobre 2002, V ZR 25301 reperibile sul sito: www.bundesgerichtshof.de; BGH 23 giugno 1995, V ZR 26593, BGHZ 130, p. 101.

gli eventuali vincoli strutturali connessi al tipo in quanto emergenti alla luce della disciplina positiva²⁷³.

In tale contesto, essi sono probabilmente stati agevolati dalla mancanza di un sistema di formalità pubblicitarie relativo alle garanzie mobiliari.

Con specifico riferimento all'utilizzo dello schema traslativo in funzione di garanzia, l'orientamento dominante è nel senso di ammetterlo e frequente nella pratica è l'utilizzo del negozio fiduciario di trasferimento della proprietà a scopo di garanzia (*Sicherungsübereignung*)²⁷⁴, come anche della vendita con riserva di proprietà regolata dal § 455 del BGB (*Eigentumsvorbehalt*) e la cui disciplina positiva è stata fatta oggetto di un'opera di adattamento, con profili peraltro innovativi rispetto a quelli tipici, da parte della prassi commerciale.

Il primo schema negoziale è volto a riprodurre il paradigma effettuale tipico del pegno senza spossessamento e non manca di presentare diverse assonanze col nostro contratto di *sale and lease-back*.

Infatti, l'imprenditore finanziato aliena fiduciariamente in garanzia un bene produttivo, del quale diviene titolare l'ente creditizio solo provvisoriamente e fino alla restituzione delle somme erogate. Il possesso peraltro rimane in capo all'alienante, al quale non è precluso l'uso e il godimento del bene dato in garanzia nell'ambito del processo produttivo. In tal modo alle banche, chiamate a stipulare contratti di finanziamento, è consentito di dotarsi di garanzie flessibili e funzionali rispetto alle operazioni economiche programmate.

Risultati assimilabili a quelli tipici delle garanzie mobiliari senza spossessamento, poi, finisce per produrre anche il ricorso alla vendita con riserva di proprietà, spesso piegata a perseguire finalità differenti rispetto a quelle per cui era stata disciplinata.

Baluardo idoneo ad agglomerare le censure all'attuale sistema delle garanzie mobiliari rimane peraltro il principio della *par condicio cre-*

²⁷³ A. GARDELLA, *Le garanzie finanziarie nel diritto internazionale privato*, Milano, 2007, pp. 7-8.

²⁷⁴ E. GABRIELLI, *Autonomia privata e diritto comune europeo delle garanzie mobiliari*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 1, pp. 643 s. e 646; M. MARTINO, *Le Sezioni Unite*, cit., pp. 681 ss. e 694 ss.

ditorum anche se il suo peso nell'economia complessiva del divieto del patto commissorio non può a tutt'oggi considerarsi veramente determinante.

12. Nel sistema inglese di *common law* del secolo scorso²⁷⁵ si afferma la figura contrattuale del *lifetime mortgage*, esportata nel contesto nordamericano (Stati Uniti e Canada) e australiano secondo la declinazione del *reverse mortgage*. Essa attualmente è conosciuta anche in molti ordinamenti europei di *civil law*, come l'Austria, la Francia, la Germania e la Spagna²⁷⁶.

La base paradigmatica è quella del *mortgage*²⁷⁷, che rappresenta uno dei perni del sistema anglosassone della garanzia immobiliare, ovvero della concessione al creditore di una ragione di preferenza su un bene immobile del debitore che passa attraverso (non la costituzione di un diritto reale che vincoli il bene a vantaggio del creditore garantito, stante la tradizionale assenza, cui da poco il legislatore inglese ha posto in parte rimedio, di un regime di pubblicità immobiliare assimilabile al nostro, ma attraverso) l'utilizzo di schemi negoziali ad effetti reali causalmente collegati alla concessione del credito.

In epoca medioevale, il *mortgage* implica il trasferimento da parte del debitore al creditore di un diritto reale immobiliare a garanzia dell'adempimento dell'obbligazione, salvo il diritto dell'alienante di riacquistare il bene in caso di corretta esecuzione della prestazione dovuta.

Dal contratto scaturisce dunque un effetto reale avente ad oggetto la piena proprietà del bene, con conseguente acquisto del possesso

²⁷⁵ R. FRANCESCHELLI, *La garanzia reale delle obbligazioni nel diritto romano classico e nel diritto inglese. Scritti civilistici e di teoria generale del diritto*, Milano, 1975, p. 135; E. CATERINI, *Proprietà*, in *Tratt. dir. civ.* Perlingieri, Napoli, 2005, p. 303 ss.; G. PUGLIESE, *Property*, in *Enc. giur.*, XXIV, Torino, 1994, p. 1 ss.; A. GAMBARO, *La proprietà nel common law anglo-americano*, in A. CANDIAN, A. GAMBARO e B. Pozzo (a cura di), *Property-Proprietà-Eigentum. Corso di diritto privato comparato*, Padova, 1992, p. 60 ss.

²⁷⁶ E, in realtà, molti di più, se si considerano anche Bulgaria, Repubblica Ceca, Finlandia, Ungheria, Olanda, Polonia, Romania e Svezia.

²⁷⁷ Espressione che indica sia il contratto di finanziamento che la garanzia immobiliare che vi accede, cfr. A. CHIODI, *Mortgage*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XI, Torino, 1994, p. 465.

da parte del creditore, che è legittimato a far propri i frutti e gli interessi. Tale effetto è peraltro risolutivamente condizionato all'adempimento, evento la cui verifica comporta l'automatico riacquisto del diritto in capo al debitore; e la cui mancanza determina invece il consolidamento della proprietà del creditore, con effetto satisfattivo delle sue ragioni, senza rendere necessario il ricorso ad alcuna forma di esecuzione coattiva del credito.

Nell'ipotesi di adempimento, l'automatismo del meccanismo condizionale si evolve in un preciso e autonomo obbligo di ritrasferimento in capo al creditore intorno al XVII secolo. Parallelamente, in caso di inadempimento, il Giudice dichiara cessata l'esposizione della titolarità del creditore (con conseguente definitiva acquisizione) all'esercizio, spettante al debitore, del diritto di riacquisto del bene.

La menzionata titolarità riconosciuta in capo al creditore ha allora propriamente ad oggetto una forma di proprietà fiduciaria: è un titolo comunque sufficiente a fondare l'appropriazione definitiva del bene in caso di inadempimento e a radicare l'esercizio delle prerogative connesse al conseguimento del possesso, all'uso e al godimento del bene nel periodo intermedio della pendenza della condizione.

L'interesse per il *mortgage* da parte delle Corti di *Equity* si traduce in una flessibilità disciplinare volta a limitare i possibili abusi da parte del creditore. Sotto un primo aspetto, questi si rinvencono nell'efficacia *ex nunc* riconosciuta dalla *Common Law* alla mancanza dell'evento dedotto in condizione, finendo per integrare un veicolo giuridico idoneo a preservare i vantaggi *medio tempore* acquisiti dal creditore.

Dal lato del debitore, il sistema di *Equity* ridefinisce in senso restrittivo la nozione di inadempimento rilevante ai fini della definitiva perdita del bene dato in garanzia e gli attribuisce due importanti diritti: il *right to redeem*, volto a rendere esercitabile il riscatto del bene anche in caso di adempimento intervenuto dopo la scadenza del termine, salvo l'integrale pagamento degli interessi; e il *right of redemption*, configurato come trasmissibile e opponibile ai terzi aventi causa, e avente ad oggetto l'eventuale eccedenza del valore del bene rispetto all'ammontare del debito²⁷⁸.

²⁷⁸ A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 28 s.

Con le riforme dei diritti immobiliari, il legislatore inglese del 1925 conferisce al *mortgage* la sua odierna fisionomia di trasferimento a scopo di garanzia avente ad oggetto un diritto sul bene di natura temporanea o, in alternativa, di garanzia nella forma del *charge of deed*, soggetto a pubblicità. Titolare del bene resta però il debitore che, in quanto tale, conserva la legittimazione a disporre dello stesso, alienandolo a terzi, naturalmente gravato dal diritto o dalla garanzia nei termini indicati, o concedendolo ancora in garanzia, attribuendo all'ulteriore creditore un titolo di grado posteriore rispetto a quello spettante al primo.

Riepilogando in estrema sintesi, dunque, dall'originario modello contrattuale del trasferimento della proprietà in garanzia, l'approdo attuale è a una forma di garanzia immobiliare senza spossessamento che si atteggia ad una sorta di ipoteca combinata agli effetti del patto commissorio²⁷⁹.

L'aspetto differenziale tra il *mortgage* e la nostra ipoteca, e che rende il primo strumento assai più duttile e competitivo, riguarda la fase posteriore al consumato inadempimento, la quale si svolge al di fuori di una procedura esecutiva assimilabile a quella vigente nel nostro ordinamento, evitando i tempi necessari all'escussione del debitore e i costi connessi²⁸⁰.

Nel sistema inglese di *common law*, infatti, nel caso descritto l'intervento del giudice si declina, a seconda della via preferita dal creditore, nell'emanazione di un *decree of foreclosure*, provvedimento di assegnazione in pagamento del bene dato in garanzia, con effetto traslativo di quella proprietà del bene che era finora rimasta comunque al debitore e salvo il diritto di quest'ultimo all'eccedenza, oppure nello svolgimento di un *foreclosure proceeding*, procedura di vendita giudiziale del bene con ripartizione del ricavato tra i creditori garantiti sullo stesso, in base all'ordine di preferenza, e attribuzione del residuo al debitore.

Peraltro, nell'ambito della complessa quanto affascinante teoria dei poteri del diritto inglese, al creditore è conferito *ex lege* il *power to*

²⁷⁹ A. CHIANALE, *op. loc. ultt. citt.*

²⁸⁰ G. WATT, *The Eurohypotech and the English Mortgage*, in *Maastricht J. Eur. Comp. L.*, 2006, 13, 2, p. 185.

sell, che lo legittima a procedere al di fuori della procedura pubblica (quindi in via diretta e discrezionale, salvo l'obbligo di diligenza) alla vendita del bene, vincolandolo, nei confronti del debitore, agli obblighi del *trustee* in sede di svolgimento dell'attività di ripartizione dell'eccedenza tra il debitore stesso e gli altri creditori²⁸¹.

Qualora optassero per un *deed in lieu of foreclosure*, poi, le parti dell'obbligazione potrebbero anche stipulare un vero patto commissorio (*rectius*, un patto marciano) e convenire direttamente il trasferimento della proprietà del bene al creditore con finalità estintiva del credito.

Data l'esigenza di adeguate forme di garanzia idonee ad assistere i prestiti ipotecari non vincolati nella destinazione della somma erogata, e quindi per superare i limiti strutturali connessi al *mortgage* di *common law*, il quale può accedere a finanziamenti destinati esclusivamente all'acquisto o alla ristrutturazione di immobili, si sviluppa la categoria dell'*Equity Release*. Si tratta di un congegno negoziale che consente di convertire in un controvalore disponibile un cespite illiquido, ovvero di trarre dal valore (per così dire statico) dato dalla titolarità di una proprietà immobiliare (mediante la concessione in garanzia della stessa e salvo il diritto di goderne vita natural durante) un valore utile (dato da una somma di denaro ottenuta in prestito e non vincolata a una specifica destinazione)²⁸².

Nell'ambito di questa categoria, si collocano i finanziamenti erogabili alla clientela meno giovane, la cui situazione patrimoniale, nel momento della conversione del reddito da lavoro in reddito pensionistico, si trova a scontare, fermo un certo valore immobiliare costruito nel tempo con la prima tipologia reddituale, una (anche consistente) riduzione di liquidità. E la cui valutazione del merito creditizio è tutt'altro che valorizzata (dati gli esiti penalizzanti di un giudizio basato sulla capacità di reddito e di rimborso e sulla sostenibi-

²⁸¹ A.C. DI LANDRO, *Trust tra garanzie atipiche e divieto del patto commissorio*, in *Trust att. fid.*, 2010, 4, p. 353; E. BERTI RIBOLI e M. MOLINARI, *Trust a garanzia di un finanziamento imprenditoriale*, *ivi*, 2005, II, p. 319; M. SACCHI, *Trusts a scopo di garanzia. Un possibile orientamento giurisprudenziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 1, p. 48 s.

²⁸² G.O. MANNELLA e G.C. PLATANIA, *op. cit.*, p. 23 s.

lità nel tempo del finanziamento), con conseguente preclusione all'accesso alle ordinarie formule di finanziamento bancario.

Siffatti prodotti finanziari, riconducibili agli *Equity Release Schemes*, devono rispondere a una duplice finalità: la smobilizzazione della ricchezza investita in beni immobili (più spesso nell'immobile destinato ad abitazione) in funzione integrativa del reddito pensionistico.

Fermo il diritto del finanziato al godimento dell'immobile, alcuni di questi modelli implicano il definitivo trasferimento del diritto reale (*sale model*), svolgendo una funzione analoga alla vendita della nuda proprietà che noi ben conosciamo. In tale contesto negoziale, lo svantaggio della definitiva e immediata perdita del dominio al momento della stipulazione è compensato dal correlativo immediato trasferimento al finanziatore del carico fiscale connesso al titolo nonché dalla mancanza di obbligazioni residue in capo all'alienante, sia nella forma principale del debito di rimborso sia in quella accessoria relativa agli interessi.

Peraltro, di maggior interesse ai nostri fini appaiono quei modelli negoziali che, al contrario, operano al di fuori di uno schema traslativo immediatamente efficace (che produrrebbe un immediato depauperamento del patrimonio del finanziato) e si configurano alla stregua di prestiti garantiti da ipoteca (*loan model*). In altri termini, si tratta di congegni convenzionali che mirano a monetizzare un valore utile dalla proprietà immobiliare mediante il ricorso al credito.

Ecco apparire la variante *reversed* del *mortgage*: il *lifetime* o *reverse mortgage*.

Esso consiste in una forma di finanziamento riservata alla fascia di popolazione più anziana e garantito da ipoteca su un immobile residenziale, di cui il finanziato non perde la proprietà né il possesso. La determinazione dell'importo concesso al finanziato è modulata unicamente su due parametri: il valore del bene ipotecato e l'età del sottoscrittore.

Il primo cresce in misura direttamente proporzionale all'aumentare dei secondi. Inutile precisare, poi, che la banca avrà cura di mantenere piuttosto basso il rapporto percentuale tra la somma erogata e il valore dell'immobile, onde gestire prudentialmente il rischio legato a una crescita esponenziale dell'ammontare del debito, in relazione alla durata della vita del debitore, all'andamento dei tassi di in-

teresse, nonché alle possibili variazioni che possono occorrere al valore dell'immobile.

In aggiunta, non è infrequente nei diversi contesti ordinamentali, il ricorso a specifiche polizze assicurative (*mortgage insurance*) o a manovre atte ad effettuare una riallocazione del rischio tra i diversi operatori del mercato²⁸³.

Quanto al rimborso, che va eseguito nella misura dell'importo iniziale più gli interessi e le spese periodicamente capitalizzati, esso è previsto in un'unica soluzione al termine del finanziamento, normalmente coincidente con la morte del debitore (salve le ipotesi tipizzate di inadempimento che attivano il diritto della banca alla restituzione immediata), anche mediante l'utilizzo del prezzo ricavato dalla vendita del bene, cui il creditore può far ricorso in mancanza del rimborso stesso.

Dunque, l'obbligo di restituzione grava sugli eredi del sottoscrittore, i quali potranno provvedervi autonomamente o attingendo al *relictum*, o ancora, in alternativa, lasciare, come abbiamo detto, che il creditore si soddisfi col prezzo della vendita.

A tutela della posizione del soggetto gravato dall'obbligo di restituzione, si pongono, da un lato, il corrispettivo anglosassone del nostro effetto esdebitativo; questo si può rinvenire nella clausola *no negative equity guarantee*, volta in ogni caso a contenere il *quantum debeatur* nei limiti del prezzo ottenuto dalla vendita dell'immobile dato in garanzia. Dall'altro, i *non-recourse loan*, che circoscrivono la responsabilità debitore al valore del bene, senza possibilità per il creditore garantito di rivalersi sugli altri beni dell'obbligato, sia esso il finanziato o i suoi eredi.

Sulla base di questa schematizzazione descrittiva, alcuni ordinamenti che l'hanno positivizzata hanno valorizzato il carattere vitalizio del credito (così il nostro prestito vitalizio ipotecario o il francese *prêt viager hypothécaire* o lo stesso, inglese, *lifetime mortgage*); altri, al contrario, ne hanno evidenziato il carattere inverso (dato da un debito il cui ammontare aumenta progressivamente, non essendo prevista alcuna forma di restituzione fino alla scadenza del prestito,

²⁸³ G.O. MANNELLA e G.C. PLATANIA, *op. cit.*, p. 34.

quando il rimborso deve avvenire integralmente in un'unica soluzione) rispetto al mutuo cui ordinariamente si fa ricorso per l'acquisto dell'abitazione (in cui si consegue la proprietà di una somma che viene progressivamente rimborsata con la corresponsione del *tantundem eiusdem generis et qualitatis* secondo un piano di ammortamento in cui ogni rata estingue una quota del capitale e degli interessi maturati, con la conseguenza che il debito si riduce gradualmente fino all'integrale estinzione al termine del finanziamento). Così lo statunitense *reverse mortgage*, il belga *crédit hypothécaire inversé* e lo spagnolo *hipotecas inverses*²⁸⁴.

Anche per gli elevati costi finali dell'intera operazione, soprattutto là dove paragonati al tradizionale *mortgage*, i *reverse mortgages* non conoscono inizialmente quella diffusione che era stata auspicata nelle fasi della loro ideazione ed introduzione. Essi non la conoscono ancora nei Paesi europei diversi dall'Inghilterra e dalla Spagna, ove il trattamento fiscale particolarmente favorevole loro connesso nel 2007 ha prodotto un significativo incremento dell'utilizzo di questo strumento.

Con maggior impegno esplicativo, prendiamo le mosse dall'esperienza inglese, nel cui seno il nostro prodotto finanziario ha visto la luce a metà del secolo scorso sotto forma di evoluzione dell'istituto dell'*home reversion*. Qui i *lifetime mortgages*, pur con il loro innegabile potenziale come valido strumento di pianificazione finanziaria per la famiglia, hanno scontato in termini di scarsa diffusione i menzionati svantaggi legati al costo elevato e al rischio di sovraindebitamento del soggetto tenuto alla restituzione del prestito. Tale rischio si è infatti concretizzato nel mercato immobiliare inglese sul finire degli anni Ottanta dello scorso secolo in quanto l'abbassamento del valore degli immobili si è tradotto per i soggetti finanziati con un *lifetime mortgage* nell'obbligo di corrispondere, a titolo di rimborso, una somma di molto eccedente il prezzo ricavabile dalla vendita del bene offerto in garanzia.

La via percorsa per sottrarre all'oblio della desuetudine il *lifetime mortgage* ha seguito una duplice linea direttrice, di carattere discipli-

²⁸⁴ G.O. MANNELLA e G.C. PLATANIA, *op. cit.*, p. 29.

nare: il rafforzamento della protezione del consumatore e la limitazione dei poteri dei finanziatori. E si è sviluppata imponendo criteri di trasparenza e obblighi di consulenza legale nonché rendendo obbligatori gli effetti della clausola *no negative equity guarantee*.

Dopo un primo *Code of Practice*, elaborato nel 1991 dalla *Safe Home Income Plans*, associazione che riunisce i più significativi operatori del mercato dell'*equity release*, la disciplina del prodotto e delle modalità di offerta dello stesso è confluita nel *Financial Services & Markets Act 2000* per essere poi specificata e integrata nella normativa secondaria predisposta dalla competente autorità di controllo.

Gli esiti di questo sforzo regolamentare si sono tradotti in un significativo incremento (di oltre il 190 %, nel 2006, rispetto ai primi anni del 2000²⁸⁵) del ricorso alla nostra figura negoziale e, successivamente, nello sviluppo di un mercato secondario dovuto alla generale riduzione dei costi del prestito resa possibile dalla cartolarizzazione dello stesso.

Lo stesso fenomeno si è verificato negli Stati Uniti. All'iniziale disinteresse o, forse meglio, diffidenza verso questa forma di finanziamento dati gli elevati costi, anche assicurativi, ad essa connessi, la successiva vasta diffusione dello stesso è provocata dagli interventi correttivi nella sua disciplina, fino a una decuplicazione del numero dei prestiti dal 2001 al 2007 e salva la contrazione dovuta alla bolla speculativa nel mercato immobiliare del 2009.

Nel sistema nordamericano i *reverse mortgages* la cui genesi risale al 1987, ad opera del Congresso, hanno assunto la assai vantaggiosa configurazione degli *Home Equity Conversion Mortgages*.

Si tratta di una particolare declinazione di *reverse mortgage*, che si giova di una sorta di copertura assicurativa da parte del Governo federale attraverso lo *U.S. Department of Housing and Urban Development*.

In forza del meccanismo ideato dalla *Federal Housing Administration*, il soggetto tenuto alla restituzione del prestito può giovare della configurazione del finanziamento come *non recourse loan* e, dun-

²⁸⁵ Council of Mortgage Lenders, *Housing Equity: A Market Update*, in *CML Housing Finance*, n. 1/2011, Office of National Statistics Wealth in Great Britain.

que, di una soglia di massima esposizione debitoria fissata nel valore effettivo dell'immobile dato in garanzia, con esclusione del potere del creditore di agire esecutivamente sugli altri beni del suo patrimonio. Il finanziatore, d'altra parte, beneficia della certezza della soddisfazione delle sue ragioni di credito (ammontare del debito e spese), dato che la garanzia statale soccorre a coprire l'eventuale eccedenza delle stesse rispetto al valore del bene²⁸⁶.

Quanto all'esperienza dell'Europa continentale, forse per l'influenza del dogma dell'assolutezza del dominio o per l'avversione culturale ad allocare la proprietà immobiliare, pur sempre a vantaggio della famiglia, ma nel mercato finanziario, sottraendola a quella che è vista come la sua naturale destinazione, data dal patrimonio ereditario del *de cuius*²⁸⁷, il mercato del credito non risulta particolarmente inciso dall'utilizzo dei *reverse mortgages*.

Rimanendo nel contesto del sistema di *common law*, ma spostandoci sul versante nordamericano, sempre alla ricerca dei modelli ispiratori del nostro legislatore, ricordiamo infine, rispetto alle nuove forme di autotutela del creditore introdotte dal d.lg. 170/2004, l'art. 9 dello UCC. Questa disposizione attribuisce il diritto di soddisfarsi sul *security interest* oggetto della garanzia finanziaria senza il ricorso ad alcuna procedura giudiziale.

Sulla falsariga dell'art. 9 UCC, l'art. 8 del d.lg. 170/2004, ma, a ben vedere, anche l'art. 9, comma 2, dei progetti di convenzione per l'unificazione internazionale del diritto delle garanzie mobiliari predisposti dall'Unidroit²⁸⁸, si avvalgono del parametro di ragionevolezza commerciale alla cui stregua devono essere commisurate, in sede di esercizio, ed eventualmente sindacate, in caso di contestazione, le condizioni di realizzo delle attività finanziarie.

13. Per affrontare il tentativo di ricondurre a sistema le figure di credito bancario di recente introduzione, che prevedono la possibilità di realizzare la responsabilità patrimoniale del debitore attraverso meccanismi traslativi della proprietà di beni del debitore in capo al

²⁸⁶ G.O. MANNELLA e G.C. PLATANIA, *op. cit.*, p. 38.

²⁸⁷ D. CERINI, *Il prestito vitalizio ipotecario*, cit., p. 525.

²⁸⁸ A. GARDELLA, *Le garanzie finanziarie*, cit., p. 199, nt. 419.

creditore obliterando l'azione giurisdizionale, ne abbiamo confrontato il paradigma strutturale ed effettuale con quello su cui si regge la fattispecie del patto commissorio.

Non potendosi disconoscere l'incisione del modello negoziale vietato da parte dei nuovi interventi legislativi sia in punto di qualificazione dello stesso, sia rispetto alla determinazione della *ratio* posta alla base del giudizio di disvalore su di esso formulato, abbiamo cercato il fondamento giustificativo del divieto. E lo abbiamo cercato tenendo presente la necessità che esso sia coerente con l'assetto del sistema valoriale che attualmente trova espressione nel nostro ordinamento e che sia al contempo in grado di evidenziarne la differenza dal marciano, del quale valga a porre in luce gli elementi di liceità, ora astrattamente positivizzati.

Abbiamo allora compiuto un'opera di ricognizione di carattere assiologico atta a fornire la base per vagliare l'attuale meritevolezza degli interessi tutelati dal limite che il divieto pone all'esplicazione dell'autonomia privata (e il loro effettivo legame con i principi generali dell'ordinamento, così come con il sistema delle garanzie reali e con il dogma della inderogabilità della tutela giurisdizionale in sede di escussione del credito). E abbiamo considerato questi ultimi nel conflitto con altri interessi, che sono vieppiù sottesi alle esigenze dei mercati finanziari e del credito bancario.

Inoltre, poiché il divieto viene presidiato dalla nullità della pattuizione in esso sussunta, abbiamo sottoposto le nostre conclusioni a una verifica di coerenza sistematica e di adeguatezza rispetto al rimedio caducatorio apprestato in rapporto agli interessi dedotti, così come ci è parso di individuarli.

Abbiamo ritenuto condivisibile una lettura che attragga il bene (sia pure con alcune precisazioni nel senso di circoscriverne l'ambito di rilevanza giuridica) della libertà negoziale del debitore²⁸⁹ (quale soggetto che, preventivamente e astrattamente, la legge considera collocato in una posizione di inferiorità rispetto alla sua controparte contrattuale), nella sfera superindividuale e collettiva delimitata dagli artt.

²⁸⁹ L. CARRARO, *Il negozio*, cit., p. 233.

2 e 41 Cost.²⁹⁰, declinando un principio che tale libertà presidi ove questa risulti minacciata da uno stato di bisogno qualificato²⁹¹.

L'assunzione di tale interesse in una dimensione pubblica e generale vale, da un canto, a salvaguardare la coerenza del sistema rimediare, fornendo una spiegazione logica della diversità degli strumenti di reazione concessi alla parte nei casi in cui i medesimi interessi sono invece considerati nella dimensione individuale e particolare (azione di rescissione e inefficacia relativa)²⁹².

Dall'altro, essa vale a giustificare l'applicazione della sanzione caducatoria a prescindere dalla verifica, nella singola fattispecie concreta, di un effettivo svantaggio per il debitore o di un reale pregiudizio per gli altri creditori²⁹³, a sottintendere un interesse volto a prevenire un danno di carattere generale, quale sarebbe quello legato alla compromissione della libera conclusione dell'accordo²⁹⁴.

Neghiamo tuttavia che un fondamento sociale al divieto del patto commissorio possa condurre a intendere lo stesso alla stregua di una norma di ordine pubblico. Nel contesto attuale del nostro ordinamento, il richiamo alla disciplina dei contratti di garanzia finanziaria (d.lg. n. 170/2004), che sono espressamente collocati dalla legge al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 2744 c.c. (art. 6) ci pare sufficiente a tal fine. Tant'è che una sua eventuale espunzione dall'ordinamento non recherebbe conseguenze in termini di *vulnus* alla coerenza sistematica dello stesso.

L'accennato confronto tra il paradigma strutturale ed effettuale dei meccanismi traslativi oggi tipizzati con quello su cui si regge la fattispecie del patto commissorio, poi, ha imposto, in prospettiva analitica, l'indagine del profilo causale dell'accordo traslativo tra debitore

²⁹⁰ E. CARBONE, *Patto commissorio e patto marciano*, loc. ult. cit. V. ROSSEL e F.H. MENTHA, *Manual*, cit., 309.

²⁹¹ Analogamente a quanto avviene per altre fattispecie, come quelle degli artt. 1815, comma 2, e 2265 c.c., nelle quali la sanzione della nullità è resa necessaria dalla considerazione di particolare pericolosità sociale della vicenda: F. ANELLI, *L'alienazione*, cit., p. 58 ss. A proposito del patto commissorio, parla di reato di pericolo, G. PUGLIESE, *Nullità*, cit., p. 162.

²⁹² C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., p. 216.

²⁹³ C.M. BIANCA, *op. loc. ultt. cit.*

²⁹⁴ C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 217.

e creditore, sul quale la dottrina non ha ancora raggiunto una visione unanime.

Tradizionalmente, la provvisorietà degli effetti della vicenda traslativa, che sono subordinati all'(in)adempimento del debitore, e, in ottica più moderna, la collocazione della regola contenuta nell'accordo nell'alveo della responsabilità patrimoniale e non in quella dell'adempimento vengono considerati elementi decisivi nella ricerca del fondamento giustificativo dello spostamento patrimoniale realizzato con il negozio. Essi, in particolare, vengono ritenuti incompatibili con il riconoscimento per il patto di una causa solutoria e invece idonei a integrare una causa di garanzia.

Come diremo tra poco, si tratta di una conclusione della quale condividiamo la prima parte, ma non la seconda.

Una parte della dottrina contemporanea prende una posizione contraria e pone l'accento sull'effetto estintivo del rapporto obbligatorio prodotto dall'attribuzione al creditore della titolarità del bene oggetto del patto.

In base all'assetto di interessi divisato dai contraenti, sul presupposto dell'inadempimento, la produzione dell'effetto reale determinerebbe la trasformazione del fondamento giustificativo dello spostamento patrimoniale e la conversione dell'originaria funzione di garanzia, che si era concretizzata nella costituzione di una garanzia reale sul bene oggetto del patto, in una solutoria, che si esplica nella prestazione traslativa²⁹⁵.

Quest'ultima notazione però a noi appare decisiva, ai fini di escludere la causa solutoria e dare ragione della nostra adesione alla prima parte dell'assunto poc'anzi declinato.

Rinviando a quanto avremo modo di osservare nel terzo e nel quarto capitolo a tale proposito, ci è sembrato intanto opportuno richiamare l'attenzione sul contenuto dell'accordo traslativo. Questo attiene appunto alla disciplina tra le parti delle conseguenze di un inadempimento²⁹⁶ che, nel momento in cui si consuma, ha ormai prodotto l'effetto suo proprio inerente alla trasformazione dell'obbliga-

²⁹⁵ C. VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli, 1968, pp. 34 s. e 115 s.

²⁹⁶ S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B. il "pasticcio"*, cit., p. 54.

zione nel vincolo di responsabilità che tiene il debitore e il suo patrimonio²⁹⁷ e che, fino a quel momento era rimasto nell'alveo della potenzialità.

L'assetto di interessi cristallizzato nell'accordo col creditore si colloca dunque oltre la dimensione dell'adempimento e di ciò che rispetto ad esso assume la veste di surrogato; e non è nella disciplina di istituti che invece a tale dimensione appartengono che può essere ricercata la soluzione soddisfacente al problema dell'inquadramento di quell'accordo²⁹⁸.

Venendo alla nostra perplessità sulla seconda parte della conclusione sopra citata, ci sembra però che le obiezioni relative alla configurabilità di una causa solutoria non debbano implicare necessariamente la sussistenza di una funzione di garanzia.

L'individuazione di quest'ultima alla base del negozio tra debitore e creditore, tradizionalmente, è considerata idonea a produrre una sorta di distorsione della *causa venditionis*, che si trova ad essere snaturata dalla produzione di un effetto reale in funzione di garanzia. Tale funzione, ove perseguita utilizzando il veicolo di una alienazione immobiliare, si paleserebbe, nella sostanza, una garanzia di tipo reale, ma innominata, nonché, per struttura ed effetti, «eccessivamente intensa»²⁹⁹.

Il superamento del perimetro causale della compravendita, dovuto al fatto che l'effetto traslativo è diretto a costituire la garanzia di un credito, giustificherebbe, analiticamente, la nullità della pattuizione.

Anche la pretesa inidoneità della causa di garanzia a fornire adeguata giustificazione ad un effetto reale derivante da una congegno negoziale strutturato sul tipo della alienazione è stata messa in discussione dalla dottrina attuale.

In particolare, prendendo le mosse dalla convenzione di alienazione in garanzia³⁰⁰, si ammette che le parti possano modificare la di-

²⁹⁷ F. PIRAINO, *L'inadempimento*, cit., p. 197.

²⁹⁸ F. PIRAINO, *op. loc. ultt. citt.*; G. D'AMICO, *op. loc. ultt. citt.*

²⁹⁹ Cass., n. 5740/2011, cit., sul punto, cfr. S. PUGLIATTI, *Precisazioni*, cit., p. 357. Cfr. anche S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B: il "pasticcio"*, cit., p. 52.

³⁰⁰ Evocata dal comma 13 *bis* dell'art. 48 *bis* TUB, e su cui S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela*, cit., *passim*.

disciplina della vendita per conformarla a un modello che è proprio del rapporto di garanzia³⁰¹. E si considera valido il trasferimento della proprietà, sotto il profilo della sufficiente giustificazione causale, stante l'idoneità della produzione dell'effetto reale al soddisfacimento del credito garantito, mediante la realizzazione della garanzia predisposta dalle parti³⁰².

Ora, a noi sembra condivisibile una collocazione del contenuto dell'accordo tra debitore e creditore che valorizzi il riferimento alla fase patologica del rapporto obbligatorio, la quale certamente si presta ad essere regolata negozialmente. Quello che non ci persuade è derivarne la conclusione che la giustificazione causale dell'accordo debba allora esaurirsi necessariamente nell'esplicazione di una funzione di garanzia.

Vi sono alcuni istituti che vengono generalmente considerati alla stregua di limiti normativi (e negoziali) alla configurazione del divieto del patto commissorio, in quanto volti a sottrarre alla sanzione l'accordo traslativo in ragione della non iniquità dei suoi effetti.

In molti casi (artt. 1851, 2798, 2803, 2804 c.c.), ci troviamo nel contesto della disciplina realizzativa della tutela offerta da una garanzia reale, quale è il pegno.

La conseguenza che ne traiamo è che, nonostante il disposto dell'art. 2744 c.c., figure negoziali da cui discendono modalità di escussione del credito che costituiscono in capo al creditore diritti di vendere, di appropriarsi o di ritenere e, finanche, di utilizzare il bene oggetto dell'accordo col debitore non hanno automaticamente causa illecita.

Dalla disciplina delle citate figure emerge un giudizio di compatibilità col sistema dell'assetto di interessi divisato, qualora questo sia articolato fin dall'origine in modo da escludere l'abuso del creditore.

Prima conclusione: si deve trovare soluzione al problema di spiegare i limiti normativi e della prassi, che valgono a sottrarre alla sanzione il congegno traslativo in ragione della non iniquità dei suoi

³⁰¹ C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., p. 130.

³⁰² C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 324.

esiti, pur quando quello dello squilibrio non è tra gli elementi costitutivi della fattispecie vietata.

La mancata menzione dell'abuso sinallagmatico nel disposto dell'art. 2744 c.c. tradizionalmente si spiega con l'esito dell'indagine sul fondamento giustificativo dell'accordo: a prescindere dalla valutazione di equità del prezzo³⁰³ o dall'obbligo del creditore di corrispondere al debitore l'eventuale eccedenza³⁰⁴, si dice, il patto è nullo per l'inetitudine causale di un negozio di garanzia attributivo della proprietà.

Ora, noi ci troviamo di fronte alla salvezza di negozi traslativi assistiti dalla cautela marciana (che l'abuso è idonea a elidere in radice) e, nel contempo, a respingere la ricostruzione causale fondata sulla funzione di garanzia.

Come dicevamo, a noi sembra che il vizio di prospettiva sia proprio dovuto al fatto di ritenere che a presidio degli interessi del creditore insoddisfatto dall'inadempimento del debitore sia dato solo il sistema delle garanzie (specificamente declinato nelle figure tipiche e nella garanzia patrimoniale generica). Invece, nei casi che abbiamo sopra menzionato (artt. 1851, 2798, 2803, 2804 c.c.) ci troviamo sí nel contesto della disciplina dettata per la realizzazione di un diritto reale di garanzia ma, a ben vedere, ci troviamo anche, senza esaurirlo³⁰⁵, nell'ambito di una forma di attuazione coattiva del credito³⁰⁶ che prescinde dalla procedura esecutiva giudiziale e dalla formazione di un titolo esecutivo, ovvero nell'ambito dell'autotutela esecutiva.

Rispetto a tale ambito, il sistema delle garanzie è composto da fattispecie che, come vedremo nel terzo capitolo, sono autonome e del tutto non assimilabili a quelle atte a integrare strumenti di autotutela esecutiva. Il vizio di prospettiva cui si è fatto cenno riceve poi alimento dall'idea dell'immanenza al sistema di un principio di inderogabilità della procedura esecutiva giudiziale disciplinata dal codice di rito. Questo, ove pure esista, va declinato con riferimento alla rea-

³⁰³ Cass., n. 437/2009, cit.

³⁰⁴ Cass., n. 5740/2011, cit.

³⁰⁵ Cfr. A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1398.

³⁰⁶ Si rinvia alle autorevoli riflessioni di A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, loc. ult. cit.

lizzazione del vincolo di garanzia (salve le richiamate eccezioni) e non alla attuazione coattiva del credito inadempito.

Infatti, laddove l'autotutela esecutiva può certamente trovare collocazione, sia pure in via eccezionale, nel contesto della disciplina realizzativa delle garanzie, come dicevamo, essa non viene per ciò solo attratta in tale ambito. Al contrario, è la modalità di attuazione della garanzia che talvolta può esorbitare dal suo naturale contesto per penetrare quello, che le è estraneo, dell'autotutela esecutiva, la quale si esplica attraverso meccanismi *latu sensu* traslativi non sorretti né da causa solutoria né da causa di garanzia, quanto piuttosto da causa autosatisfattiva.

Seconda conclusione: vendita, appropriazione, ritenzione e utilizzo di un bene del debitore, sia o meno il rapporto obbligatorio assistito anche da una causa legittima di prelazione, possono essere riguardati quali strumenti di tutela dell'interesse del creditore ad ottenere la realizzazione forzata del credito inadempito. E quali strumenti che esulano dalle modalità proprie di attuazione delle garanzie nonché dal ricorso alla sede in cui normalmente queste ultime si esplicano, che è quella giudiziale.

A nostro modo di vedere, l'intento delle parti è volto alla realizzazione di un effetto succedaneo non rispetto all'adempimento, ma rispetto all'esecuzione forzata sul patrimonio del debitore. L'obiettivo avuto di mira dai contraenti è la realizzazione coattiva del credito per il caso di inadempimento e viene raggiunto, mercé lo strumento dell'autonomia negoziale, prevedendo forme di autotutela che consentono al creditore di evitare le disfunzionalità del processo esecutivo.

Terza conclusione: se questo è vero, può senza dubbio trarne conforto un giudizio in termini di razionalità dell'interpretazione ultraletterale del disposto dell'art. 2744 c.c., che suole ricomprendere tra gli elementi costitutivi della convenzione colpita dal divieto lo squilibrio patrimoniale tra il diritto del creditore, la cui misura è segnata dal *quantum debeatur* dedotto in obbligazione (più le conseguenze economiche dell'inadempimento), e l'impoverimento effettivo del debitore, corrispondente al valore del bene alienato in garanzia.

Quarta conclusione, che risolve il problema posto nella prima conclusione e che vale a precisare i contorni di quella libertà negoziale del debitore che, assunta nella sfera superindividuale e collettiva

propria di una dimensione pubblica e generale, può essere identificata come bene protetto dal divieto dell'art. 2744 c.c.: l'evoluzione del contesto valoriale di riferimento, così come ratificata dalle ultime novità normative, testimonia che il bene della libertà dispositiva del debitore è sì meritevole di tutela; non però in assoluto, bensì solo ove la sua incisione derivi da un'operazione negoziale dall'esito *quantitativamente* iniquo.

Ciò che continua ad essere vietato per i soggetti dell'obbligazione (e circoscrive ora l'ambito di operatività della sanzione caducatoria dell'art. 2744 c.c.) è un accordo con cui il debitore disponga della componente qualitativa del suo patrimonio, incidendone nel contempo la consistenza quantitativa in misura (sproporzionata solo perché) eccedente (mancando soglie di rilevanza giuridica della lesione preeterminate *ex lege*) l'ammontare del debito residuo rimasto inadempito.

Quinta conclusione, sugli indici ermeneutici che possiamo trarre anche rispetto a figure innominate di autotutela esecutiva: al di là delle fattispecie tipiche (come quelle relative al pegno che abbiamo menzionato), ci sembra che, pur nel silenzio dell'art. 2744 c.c., l'esclusione dell'abuso sinallagmatico venga ad acquistare una più sicura rilevanza giuridica anche rispetto agli strumenti negoziali la cui idoneità a perseguire una funzione di autotutela esecutiva si riveli nella sostanza (vale a dire a prescindere dal modello formale concretamente utilizzato).

Non solo siffatta esclusione deve implicare, rispetto alla generalità dei rapporti (ovvero alle pattuizioni innominate) la disattivazione della contraria presunzione (di illiceità per *debitoris suffocatio*)³⁰⁷, ma il vaglio giudiziale ci sembra necessario quanto all'accertamento della ricorrenza nel caso specifico di un regolamento negoziale effettivamente atto a veicolare la cautela marciata e non in quanto volto a operare un sindacato di liceità della stessa, *in re ipsa*, o del meccanismo traslativo che la contiene, come espressione del potere di autotutela esecutiva attribuito al creditore *ex pacto*. Alla luce della nuova disciplina, sia pure dettata con riferimento ad alcuni sottotipi speciali

³⁰⁷ G. D'AMICO, *La resistibile ascesa*, loc. ult. cit.

di convenzione marciana, un sindacato su questi ultimi aspetti ci sembra ora superfluo.

Sesta conclusione: dall'individuazione della causa dell'effetto traslativo derivante dall'accordo con il debitore in funzione autosatisfattiva del creditore derivano tre corollari³⁰⁸.

Il primo è che il diritto al recupero dell'eccedenza del valore del bene alienato rispetto all'ammontare del debito residuo deve ritenersi implicato dalla concreta causa del negozio³⁰⁹.

Secondo corollario è che l'allocazione del rischio di perimento fortuito del bene che è oggetto del patto non produrrà effetti sfavorevoli per il creditore³¹⁰.

Terzo corollario è che esula dagli effetti naturalmente riconducibili al patto marciano, riguardato nella sua consistenza giuridica pura e semplice, la realizzazione di una estinzione dell'intero debito atta a liberare il debitore pur quando il valore del bene trasferito sia inferiore all'ammontare del debito³¹¹.

³⁰⁸ A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano*, cit., p. 19 ss.

³⁰⁹ F. ANELLI, *L'alienazione*, cit., 1996, p. 420 ss.

³¹⁰ A. DOLMETTA, *La ricerca del "marciano utile"*, cit., p. 819, nt. 15; A. Luminoso, *op. loc. ultt. citt.*

³¹¹ A. LUMINOSO, *op. loc. ultt. citt.*

CAPITOLO II

LE RECENTI DECLINAZIONI
DEI MECCANISMI TRASLATIVI SUI BENI DEL DEBITORE:
LA VARIANTE MARCIANA
NEI FINANZIAMENTI BANCARI

SOMMARIO: 1. Premessa. L'ordinamento italiano. La legge di conversione del d.l. n. 59/2016 e i c.d. nuovi marciari: dal vaglio giudiziale di meritevolezza al riconoscimento normativo. – 2. L'art. 48 *bis* TUB – 3. L'art. 120 *quinquiesdecies* TUB – 4. Il prestito vitalizio ipotecario secondo la l. n. 248/2005, come modificata dalla l. n. 44/2015. – 5. Brevi considerazioni sull'effetto esdebitativo a favore del debitore finanziato. – 6. Conclusioni.

1. Con il d.lg. n. 170/2004, poi modificato dal d.lg. n. 48/2011, in attuazione della Direttiva n. 44/2009/CE, introduttivo dei contratti di garanzia finanziaria e con la l. n. 248/2005, poi modificata dalla l. n. 44/2015, sul prestito vitalizio ipotecario, il legislatore inizia un percorso che trova ulteriore sviluppo nel d.l. 3 maggio 2016, n. 59 convertito nella l. 30 giugno 2016, n. 119 e poi nel d.lg. 21 aprile 2016, n. 72, attuativo della Direttiva n. 2014/17/UE, introduttivi del pegno mobiliare non possessorio, del finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di un bene immobile sospensivamente condizionato (art. 48 *bis* TUB) e del credito immobiliare ai consumatori (artt. da 120 *quinquies* a 120 *noviesdecies* TUB).

Tali provvedimenti legislativi hanno tipizzato peculiari meccanismi marciari che si pongono in rapporto di specialità rispetto alla fattispecie pattizia generale. Essi, nel contempo, hanno conferito all'accordo traslativo sul bene del debitore inadempiente, e a favore del creditore, il rango di schema contrattuale tipico cui far riferimento non solo rispetto all'introduzione di nuove figure negoziali, ma anche di valutazione di meritevolezza di fattispecie innominate integranti, a noi sembra, strumenti di autotutela esecutiva. Essi infatti consentono al creditore di escutere coattivamente il credito avvalendosi dell'acquisizione della proprietà del bene, salvo l'obbligo di corrispondere al debitore quanto eventualmente ecceda, del valore oggettivo dello stesso, rispetto all'ammontare del credito.

La funzionalizzazione dell'atto negoziale allo scopo di rafforzare la realizzazione del credito sotteso alle obbligazioni finanziarie diventa infatti indice sintomatico della sussistenza di interessi la cui valutazione di meritevolezza è già compiuta *ex ante* dal legislatore, comunitario, prima, e delegato, poi¹.

Il nucleo comune dei nuovi istituti è dato dagli elementi minimi necessari per integrare una pattuizione marciana; i tratti distintivi sono peraltro molteplici e disegnati da norme in prevalenza cogenti.

Sotto il profilo soggettivo, cambia la qualifica del debitore cui è riservato l'accesso al finanziamento che può essere corredato da una clausola marciana: consumatore (art. 120 *quinqüiesdecies* TUB) o imprenditore (art. 48 *bis* TUB). La rilevanza della qualità del soggetto passivo del rapporto obbligatorio ai fini dell'attrazione della disciplina relativa al tipo si misura anche in prospettiva dinamica, nel senso della traslazione dalla fattispecie del finanziamento alle imprese a quella del credito immobiliare ai consumatori, qualora, in un patto stipulato ai sensi dell'art. 48 *bis* TUB, all'imprenditore si trovi a subentrare un consumatore². In tal caso, va però segnalato l'esito di sopravvenuta inefficacia del patto attributivo dell'immobile ove il nuovo debitore lo adibesse ad abitazione principale, con la conseguenza che nella titolarità del finanziatore non residuerebbe che un ordinario credito ipotecario, quando, a dirittura, non meramente chirografario.

Quanto all'aspetto oggettivo dell'accordo, diverse sono le modalità di acquisizione del bene da parte della banca nonché, in generale, di realizzazione del credito, il trasferimento potendo prodursi a favore del solo finanziatore (art. 48 *bis* TUB) o anche di un terzo, con diritto del primo ai proventi della vendita (art. 120 *quinqüiesdecies* TUB) fino a concorrenza del debito residuo. Ancora, variano i profili relativi alla soglia minima di rilevanza dell'inadempimento, al regime di pubblicità, all'ammissibilità (art. 48 *bis* TUB) o meno (art. 120 *quinqüiesdecies* TUB) dell'autonomia del patto.

Infine, l'effetto estintivo dell'intera pretesa creditoria a seguito del trasferimento del bene, prescindendo dal rapporto tra il valore del-

¹ G. TUCCI, *La semplificazione*, cit., *passim*; F.A. BONFANTI, *Commento alla normativa*, cit., p. 513; V. AGNESE, *I contratti di garanzia*, cit., pp. 72 e 177.

² G. D'AMICO, *La resistibile ascesa*, cit., p. 7, nt. 12.

l'immobile attribuito alla banca o al terzo e l'ammontare del debito residuo (e, dunque, dall'eventualità che il primo sia inferiore al secondo), è previsto solo per le ipotesi di credito ai consumatori (art. 120 *quinquiesdecies*, comma 3, TUB) e non di finanziamento alle imprese (48 *bis* TUB). Viceversa, l'alternativa per il creditore, a fronte dell'inadempimento, tra l'autotutela esecutiva connessa al patto e l'ordinaria procedura giudiziale di espropriazione forzata è concessa solo nei confronti dell'imprenditore (art. 48-*bis*, comma 5, TUB), essendo la banca vincolata alla prima opzione nel rapporto con un debitore consumatore.

2. Il «*finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato*» all'inadempimento del debitore, operante nella sua qualifica di imprenditore, è regolato dall'art. 48 *bis* TUB³.

Nella cornice dei finanziamenti bancari con rimborsi rateali, in cui il debitore riveste la qualifica di imprenditore e indipendentemente dalla contemporanea presenza di una garanzia ipotecaria, è ora ammessa la stipulazione di un accordo tra le parti avente ad oggetto il trasferimento al creditore (o a società controllata o collegata), di un bene immobile a destinazione commerciale. Tale attribuzione traslativa, che è sospensivamente condizionata all'inadempimento, è preordinata a svolgere, noi crediamo, una funzione autosatisfattiva del credito.

Il bene oggetto della eventuale attribuzione può anche essere di proprietà di un soggetto diverso dal debitore garantito. Questa previsione sottrae all'operatività dell'art. 2744 c.c. un altro complesso di rapporti negoziali, ove declinati nelle forme del finanziamento bancario *ex* art. 48 *bis*, che, invece, con riferimento alla fattispecie di diritto comune, l'elaborazione giurisprudenziale tende a includere nel suo ambito di applicazione⁴.

³ Sull'istituto, cfr. A. CHIANALE, *L'ipoteca*, Milano, 2017, p. 38; C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese garantito da trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato*, in *Studium iuris*, 2016, p. 1451; S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela*, cit., p. 1075 s.

⁴ Cass., n. 8624/1998, cit. Cfr. S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B.: il "pasticcio"*, cit., p. 45.

Peraltro, qualora la titolarità del bene spetti a un terzo, la convenzione accessoria al contratto di finanziamento sarà stipulata con la banca creditrice da quest'ultimo.

La qualità di imprenditore posseduta dal debitore sembra comunque sufficiente a integrare il requisito soggettivo della fattispecie, rendendo applicabile la relativa disciplina, pur quando di essa non partecipi il terzo proprietario. Depongono in tal senso l'espressa previsione in ordine alla possibile altruità del bene oggetto di trasferimento nonché il carattere inderogabile della regolamentazione in oggetto, con la conseguenza (non già di escludere, ma quantomeno) di relegare nei margini della residualità gli aspetti del rapporto suscettibili di esser retti dalle norme a protezione dei consumatori, evocate dalla qualifica del terzo⁵.

Si è fatta menzione dell'alternativa riguardante la possibile coesistenza o meno della previsione dell'effetto reale con un'iscrizione ipotecaria. Va chiarito che quest'ultima può essere coeva al negozio traslativo, ma può anche essere precedente, nel qual caso il patto marciano avrà ad oggetto un immobile già ipotecato (art. art. 48 *bis*, comma 3).

Questa previsione è funzionalmente orientata al perseguimento dell'obiettivo avuto di mira dal legislatore del 2016, concernente la promozione del mercato del credito tramite il potenziamento della tutela soddisfattoria del finanziatore istituzionale in caso di inadempimento.

Ove la portata dell'intervento normativo fosse limitata ai contratti stipulati successivamente alla sua entrata in vigore, ne sarebbe risultata ridimensionata l'efficacia incentivante la concessione del credito bancario; invece, semplicemente convenendo col debitore un mutamento delle condizioni contrattuali *ab origine* stabilite, l'utilizzo del nuovo tipo negoziale è espressamente previsto anche a beneficio della banca già creditrice in forza di un contratto in corso di esecuzione.

⁵ G. D'AMICO, *op. loc. ultt. citt.* In tema di prestito vitalizio ipotecario, sull'applicazione, a favore del finanziato, delle tutele approntate dal codice del consumo, cfr. G.C. PLATANIA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *Immobili & Proprietà*, 5/2017, p. 304; S. CHERTI, *Prime note sulle modifiche alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 1104.

Di più. Anche a beneficio della banca già chiamata a far fronte a una situazione attuale di inadempienza.

In tal caso, il ricorso al marciano è di sicuro vantaggio quando il patto si associa alla garanzia ipotecaria, attribuendo al creditore il pieno controllo della gestione della fase patologica del rapporto. Egli infatti potrà, a sua discrezione, avvalersi dei rimedi ordinari (risoluzione del contratto di finanziamento, per un inadempimento di non scarsa importanza, e tutela risarcitoria, assistiti dalla procedura di esecuzione coattiva o di liquidazione fallimentare dei beni) ovvero delle prerogative connesse all'autotutela esecutiva, azionando le facoltà sottese al patto.

Inutile sottolineare poi, che la scelta per l'una o per l'altra delle due soluzioni dipenderà anche dalla sussistenza, nel caso concreto, di ulteriori circostanze. Tra queste, determinante sarà la composizione del patrimonio del debitore, come l'esistenza di altri beni su cui soddisfarsi in sede di esecuzione coattiva; nonché la possibilità, da alcuno sostenuta in dottrina e pur con le incertezze legate ad ogni esito interpretativo non univoco, di avvalersi anche in questa fattispecie di finanziamento, dell'effetto esdebitativo previsto espressamente per i contratti di credito ai consumatori (art. 120 *quinquiesdecies* e art. 11 *quaterdecies*, comma 12 *quater*, l.n. 248/2005)⁶ e su cui avremo modo di tornare.

Diversamente, l'efficacia di una convenzione marciana aggiunta *ex post* ad un contratto di mutuo non assistito garanzia ipotecaria, ove il mutuatario sia un'impresa già coinvolta da situazioni di inadempienza, si espone al rischio d'esser travolta dal rimedio revocatorio esperito dagli altri creditori del debitore (art. 2901 c.c.) o dal curatore fallimentare (art. 67 l. fall.)⁷.

In termini generali, questa forma di finanziamento rappresenta senza dubbio una fattispecie peculiare: da un lato, tutti gli elementi caratterizzanti il patto marciano sono presenti in essa; ma questi si trovano a coesistere con tratti ulteriori, che ne fanno un sottotipo di

⁶ Su questo punto, per noi non persuasivo, si veda *infra*, il par. 5.

⁷ G. D'AMICO, *op. cit.*, p. 8, nt. 14.

convenzione marciana, non perfettamente assimilabile allo schema generale.

Quanto ai primi, dobbiamo segnalare: l'attribuzione traslativa in favore del creditore sospensivamente condizionata all'inadempimento del debitore⁸; l'esecuzione della stima del bene, imparziale e successiva all'inadempimento; l'obbligo della banca di versare al finanziato l'arricchimento eccedente il debito garantito.

Verificatosi l'evento dedotto in condizione, la banca ha il diritto potestativo di avvalersi dell'effetto reale previsto dal patto, con l'obbligo di corrispondere al proprietario del bene (debitore o terzo, col limite dell'inidoneità oggettiva degli immobili adibiti ad abitazione principale del titolare, del coniuge o di suoi parenti e affini entro il terzo grado) l'eventuale eccedenza tra il valore di stima del bene e l'ammontare del debito inadempito con l'aggiunta delle spese del trasferimento (art. 48 *bis*, comma 3).

La stima è effettuata, secondo i criteri di cui all'art. 568 c.p.c., da un perito nominato dal Presidente del Tribunale (art. 48 *bis*, comma 6). Espletato l'incarico, entro sessanta giorni dalla nomina, l'esperto comunicherà la stima giurata alle parti e agli altri soggetti interessati e, segnatamente, al debitore e al creditore, al proprietario del bene, ove diverso dal primo, e agli altri creditori con titolo trascritto o iscritto, i quali sono legittimati ad inviare tempestivamente note al perito e salva l'applicazione dell'art. 1349, comma 1, c.c.

Ai fini del concorso tra i creditori, il patto è equiparato all'ipoteca (art. 48 *bis*, comma 13 *bis*).

Si è osservato che, oltre a quelli caratteristici del marciano, la nuova fattispecie rivela peraltro tratti peculiari, il cui carattere cogente reca il corollario della nullità per contrarietà a norma imperativa di ogni pattuizione incompatibile.

Tali caratteri sono: il non automatismo degli effetti del patto per il sol fatto dell'inadempimento del debitore, essendo lasciato al fi-

⁸ Che nel marciano tradizionale, a differenza della disciplina speciale contenuta nei commi 6, 7 e 8 dell'art. 48 *bis*, segna il termine finale entro cui il debitore conserva la facoltà di adempiere l'obbligazione, cfr. A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, loc. ult. cit.; S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis: il "pasticcio"*, cit., p. 77 ss.

nanziatore la scelta di avvalersene o meno, salva in tal caso la possibilità di instaurare una procedura di espropriazione forzata⁹; il regime di pubblicità del patto (e dell'ipoteca che fosse iscritta sul bene da trasferire) che attribuisce prevalenza ad esso sulle iscrizioni o trascrizioni eseguite da terzi successivamente all'iscrizione ipotecaria sul bene (o, eventualmente, sul pignoramento del bene stesso o sul fallimento del proprietario di esso); la predeterminazione *ex lege* di un inadempimento qualificato dal superamento di una soglia minima, il quale è necessario per il giudizio di avveramento della condizione sospensiva cui è subordinato il trasferimento del bene; l'individuazione del momento in cui la condizione si considera avverata nella comunicazione, effettuata dalla banca al debitore, del valore di stima o nella corresponsione a quest'ultimo dell'eventuale eccedenza sul debito garantito.

Gli effetti reali del patto non si producono in via automatica al verificarsi dell'inadempimento, pur quantitativamente qualificato, del debitore; piuttosto, il finanziatore è titolare di un diritto potestativo cui tali effetti sono collegati, ove in conseguenza di quell'inadempimento tale diritto sia esercitato.

Il non automatismo degli effetti traslativi è legato alla scelta rimessa alla banca, a fronte dell'inadempimento, di avvalersi invece degli ordinari strumenti di soddisfazione coattiva del credito.

Il rapporto tra la procedura acquisitiva del bene in via di autotutela e gli strumenti di esecuzione forzata viene letto in termini di alternatività e non di cumulo da chi estende analogicamente l'effetto

⁹ Ricorrendo un patto marciano di diritto comune, l'inadempimento acquista la rilevanza giuridica dell'avveramento della condizione sospensiva apposta all'alienazione, con conseguente automatico trasferimento della proprietà del bene nel patrimonio del creditore, così A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, loc. ult. cit. Secondo questo A., la stipulazione di una simile pattuizione realizza per il creditore un effetto preclusivo dell'attivazione di una esecuzione forzata giudiziale, tanto in epoca precedente l'inadempimento (che costituisce presupposto indefettibile della menzionata procedura), quanto successivamente ad esso, visto il cennato automatismo insito nel meccanismo condizionale. *Contra* A. DOLMETTA, *La ricerca del "marciano utile"*, cit., p. 818, sull'insussistenza di un nesso di derivazione necessaria tra la garanzia reale e l'effettiva utilizzazione del bene dato in garanzia ai fini del soddisfacimento del creditore.

esdebitativo anche a favore dell'imprenditore; con una totale estinzione dell'obbligazione sarebbe infatti incompatibile l'aggressione degli altri beni del debitore nel caso in cui il valore dell'immobile oggetto del patto è trasferito al creditore sia inferiore all'ammontare del debito residuo¹⁰.

Quanto al regime di pubblicità del patto, per questo è prevista la trascrizione che, come di consueto accade, salvaguarda la prevalenza delle ragioni aventi titolo dell'atto che ne è oggetto sulle trascrizioni e iscrizioni pregiudizievoli da altri compiute in epoca posteriore.

Abbiamo osservato che l'attribuzione condizionata può avere ad oggetto anche un bene in precedenza già ipotecato (art. 48 *bis*, comma 4). Rinunciando agli sforzi interpretativi connessi ad una eccezionale retroattività dell'efficacia dichiarativa della trascrizione del patto, questa può essere la lente sotto cui riguardare una previsione in apparenza strana. Ovvero quella che attribuisce prevalenza al diritto (posteriore) della banca anche rispetto alle iscrizioni o trascrizioni eseguite da terzi successivamente all'iscrizione ipotecaria sul bene (o, eventualmente, sul pignoramento del bene stesso o sul fallimento del proprietario di esso), ma comunque prima della trascrizione dell'accordo traslativo.

In altri termini, rimane ferma la prelazione, rispetto agli altri creditori, accordata alla banca dall'iscrizione ipotecaria e, in tal modo, viene cristallizzato l'ordine di preferenza nel soddisfacimento delle relative pretese. Ciò che muta è il contenuto del diritto azionabile in concreto dal finanziatore *ex art. 48 bis* (o, se si vuole, il bersaglio della sua prerogativa): questo, *ab origine* segnato all'interno dei confini della garanzia ipotecaria, era identificato nel ricavato della vendita forzata del bene; per effetto del mutamento delle condizioni contrattuali coincidente con la stipulazione del marciando, diventa il bene in natura, oggetto del trasferimento¹¹.

In tema di rapporti tra l'attivazione del meccanismo *ex art. art. 48 bis* e l'ordinaria tutela accordata dalle norme relative all'espropriazione forzata, la procedura esecutiva eventualmente già avviata sul

¹⁰ Su questo punto, però, si vedano le considerazioni svolte, *infra*, nel par. 5.

¹¹ G. D'AMICO, *op. loc. ultt. citt.*

bene oggetto del patto non preclude il trasferimento di esso alla banca (comma 10).

Questa previsione non presuppone una eccezionale efficacia nei confronti del creditore pignorante di un atto di alienazione avente ad oggetto un bene già sottoposto a pignoramento, ma (nel pieno rispetto dell'art. 2913 c.c.) si spiega con la prevalenza, che viene accordata sul pignoramento stesso, ad un atto che ad esso è anteriore (la stipulazione, mediante un titolo debitamente trascritto, del marciano) e i cui effetti si producono posteriormente, solo in conseguenza dell'operatività del meccanismo condizionale, che li subordina ad un evento che si è verificato in epoca successiva¹².

In particolare, al creditore è riconosciuto il diritto di far accertare l'inadempimento da parte del giudice dell'esecuzione e, per tale via, di procedere alla convenuta appropriazione, previo pagamento delle spese di esecuzione e di una somma sufficiente a soddisfare i creditori titolari di un diritto di prelazione anteriore pari alla differenza tra il valore di stima del bene e l'ammontare del credito inadempito¹³.

Non un inadempimento di qualunque entità consente l'operare del meccanismo marciano a favore della banca. È infatti necessario che il mancato pagamento di almeno tre rate mensili anche non consecutive si protragga per oltre nove mesi dalla scadenza, i quali vengono elevati a dodici se l'impresa debitrice ha già rimborsato almeno l'85% del debito (art. 48 *bis*, comma 5).

Assai opinabile in termini di certezza e di coerenza sistematica risulta la scelta di un parametro incentrato sul numero delle rate non pagate in luogo del riferimento ad un criterio quantitativo che consideri rilevante un determinato rapporto di proporzione tra l'ammontare che è rimasto insoluto e ciò che è complessivamente dovuto (come a norma dell'art. 1525 c.c.).

Sotto il profilo dell'univocità, il rischio concerne la concreta rilevanza, in applicazione della menzionata regola, di soglie di inadem-

¹² G. D'AMICO, *op. ult. cit.*, p. 20, nt. 44. *Contra* S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B.: il "pasticcio"*, cit., p. 47, nt. 26.

¹³ E. BRODI, *Brevi note sull'utilizzabilità dell'art. 48-bis t.u.b. per la gestione delle sofferenze bancarie*, in *ilcaso.it*, 2017.

pimento (con la conseguenza che recano in termini di realizzazione del presupposto di attivazione del meccanismo marciano) che, riguardate alla luce del diverso rapporto di valore con l'intero, si rivelino troppo basse o troppo elevate¹⁴.

Quanto alla censura di incoerenza, essa si basa sul raffronto tra il parametro scelto e quello che opera ai fini dell'esercizio dell'azione di risoluzione del contratto (art. 1455 c.c.), che il legislatore pone a carico della banca e colloca in una fase prodromica rispetto alla procedura acquisitiva del bene, allo scopo di precludere un adempimento tardivo da parte del debitore¹⁵.

Ritenendo peraltro necessario il contemporaneo rispetto di entrambe le soglie di rilevanza giuridica dell'inadempimento (quella richiesta ai fini dell'autotutela esecutiva e quella legata all'esperibilità del rimedio risolutorio) si può eliminare il rischio di un eccesso di tutela del creditore (annullato in fondo già per il solo operare in sé dell'obbligo di corrispondere al debitore l'eccedenza sul valore del bene, insito nella cautela marciana)¹⁶.

Opposto è il caso in cui si profila la seconda eventualità, ovvero che il rispetto del criterio prescelto (e del duplice rilievo dato al numero delle rate insolute e all'intervallo temporale della protratta inadempienza) renda di fatto attivabile la procedura acquisitiva solo in un momento in cui il creditore si trova di fronte a un importo inadempito molto (se non troppo) elevato rispetto all'ammontare complessivo del debito.

Qui la protezione del creditore medesimo può riposare proprio sulla salvaguardia dell'opzione legata alla possibilità di ricorrere alla procedura esecutiva (e dunque alla sequenza rinuncia all'autotutela – risoluzione del contratto di finanziamento – domanda di risarcimento – esecuzione coattiva), che non è subordinata al rispetto di limiti temporali. Restano peraltro salvi i già rilevati svantaggi di una possibile incapienza del patrimonio del debitore nell'ipotesi di un concorso a

¹⁴ G. D'AMICO, *op. loc. ultt. citt.*

¹⁵ G. D'AMICO, *op. loc. ultt. citt.*

¹⁶ Salvo il possibile vantaggio che possa rappresentare per la banca l'immediato acquisto del dominio senza l'attesa dei tempi imposti dal piano di ammortamento.

titolo di creditore chirografario, ove il patto marciano riguardi un bene non (anche) ipotecato¹⁷.

L'evento che segna l'incisione degli effetti reali della convenzione ad opera del meccanismo condizionale è previsto dalla legge secondo una disciplina articolata.

Il punto di partenza è l'esito dell'operazione di stima concernente il valore del bene, effettuata dal perito, nel confronto con l'ammontare del debito residuo, cui vanno sommate le spese connesse all'inadempimento e i costi del trasferimento. Se, in base alla valutazione peritale, l'immobile vale meno di quel che spetta al creditore, la condizione sospensiva apposta all'alienazione si considera avverata nel momento della comunicazione, dalla banca al debitore, del valore calcolato dal perito.

È l'atto notarile contenente la dichiarazione della banca relativa all'inadempimento del debitore (art. 48 *bis*, comma 9), corredata dalla produzione dell'estratto autentico delle scritture contabili (art. 2214 c.c.), lo strumento previsto ai fini dell'accertamento della verifica dell'evento dedotto in condizione onde assolvere gli oneri pubblicitari relativi all'annotazione in margine della trascrizione del patto marciano (art. 1668, comma 3, c.c.).

In caso contrario, il momento rilevante è quello in cui il creditore, secondo quanto è proprio della cautela marcana, versa l'eccedenza nel conto corrente bancario, senza spese, all'uopo intestato al titolare del bene al momento della stipula del patto (art. 48 *bis*, comma 8).

Sono previste altre due eventualità. La prima, cui già si è fatto cenno, riguarda il bene che, rimasto nel patrimonio del debitore in pendenza della condizione sospensiva, sia *medio tempore* fatto oggetto di procedure esecutive avviate ad iniziativa di altri creditori. In tal caso, spetterà al giudice dell'esecuzione, su istanza della banca e mediante decreto, accertare l'avveramento della condizione.

Una precedente ordinanza reca la fissazione del termine entro il quale deve essere adempiuto l'eventuale obbligo di corresponsione al debitore dell'eccedenza del valore di stima del bene rispetto all'entità

¹⁷ G. D'AMICO, *op. ult. cit.*, p. 15.

del credito vantato dalla banca. O, nel caso di un opposto rapporto di valori, entro il quale la banca deve provvedere a versare una somma pari alle spese di esecuzione e a quanto è necessario a soddisfare i crediti assistiti da prelazione anteriore al diritto vantato dalla stessa.

La seconda possibilità riguarda la dichiarazione di fallimento del titolare del bene oggetto della pattuizione marciانا, in epoca successiva alla trascrizione della stessa (art. 48 *bis*, comma 12). Ancora, l'avveramento della condizione sospensiva può essere accertato dal giudice, cui venga presentata la relativa istanza dalla banca ammessa al passivo.

Il conseguente trasferimento del bene a favore della stessa (e salvi gli eventuali obblighi di quest'ultima nei confronti del fallimento, determinati come sopra) ricalca un meccanismo già previsto con riferimento ai finanziamenti fondiari, il quale salvaguarda l'azione esecutiva sui beni ipotecati a garanzia degli stessi (non solo proseguita ma anche iniziata dalla banca) in epoca posteriore al momento in cui il debitore è dichiarato fallito (art. 41, comma 2, TUB)¹⁸.

Per non compromettere la coerenza complessiva della disciplina dell'art. 48 *bis*, quest'ultima sua previsione è interpretata con riferimento al caso in cui la dichiarazione di fallimento del proprietario del bene sia successiva alla verifica dell'evento dedotto in condizione.

In tal modo, si restituisce senso, collocandola nell'opposta evenienza in cui la sequenza temporale tra le due fasi sia invertita (dichiarazione di fallimento seguita dai presupposti per l'avveramento della condizione), alla regola che equipara all'ipoteca l'accordo traslativo, ai fini del concorso tra i creditori (art. 48 *bis*, comma 13 *bis*). Qui, non essendosi ancora verificato l'evento, è inibita alla banca la richiesta in ordine al trasferimento del bene, pur nel contesto di una procedura fallimentare (dunque siamo al di fuori della questione dei rapporti tra trasferimento del dominio (*rectius*, patto marciانا) e fallimento). Ma si fa salvo il diritto della banca stessa, anche là dove non sia pure titolare di una garanzia ipotecaria, di godere ugualmente delle prerogative riservate al creditore garantito da ipoteca, onde non

¹⁸ G. D'AMICO, *op. ult. cit.*, p. 21.

penalizzare *ab origine*, in termini di vantaggiosità per il finanziatore, il ricorso al patto marciano rispetto all'ordinaria garanzia ipotecaria¹⁹.

3. Nell'ambito dei finanziamenti bancari basati su un piano di ammortamento, la disciplina di natura speciale²⁰ dell'art. 120 *quinquies* TUB caratterizza il «*credito immobiliare ai consumatori*» come quello che, sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra agevolazione finanziaria, soggettivamente, viene reso a un soggetto con la qualifica di consumatore, e, oggettivamente, è finalizzato all'acquisto o alla conservazione della proprietà di un terreno o di un immobile edificato o progettato ed è garantito mediante un'ipoteca gravante sul diritto di proprietà o su altro diritto reale che abbia per oggetto beni immobili residenziali.

Quest'ultimo requisito non deve trarre in inganno. I finanziamenti coperti dalla disciplina non sono limitati a quelli finalisticamente orientati a soddisfare l'esigenza abitativa del consumatore, ovvero a quelli destinati all'acquisto di immobili residenziali, ma riguardano anche il sostegno al consumo, salva la garanzia ipotecaria su un immobile residenziale. Ciò significa che il legislatore, perseguendo uno dei principali obiettivi avuti di mira dalla Direttiva europea n. 2014/17/UE di cui costituisce attuazione, ha inteso incentivare l'accesso al credito garantito da ipoteca sull'abitazione²¹.

Nell'ambito della regolamentazione di questa nuova fattispecie, è previsto che le parti possano inserire nel regolamento contrattuale una clausola espressa destinata ad operare in caso di inadempimento dell'obbligazione restitutoria del capitale e di pagamento degli interessi corrispettivi da parte del consumatore (art. 120 *quinquiesdecies*, comma 3).

Facendo salvo il disposto dell'art. 2744 c.c., i contraenti possono accordarsi sulle sorti dell'immobile oggetto di garanzia o dei proventi

¹⁹ D'AMICO, *op. ult. cit.*, p. 22.

²⁰ Non eccezionale, cfr. A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1398 s., par. 5.1,

²¹ F. PIRAINO, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali. Il patto marciano alla luce della disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, in *Giur. it.*, 2017, 7, p. 1715.

della sua vendita, nel senso dell'acquisizione da parte della banca o del trasferimento a terzi, onde realizzare l'estinzione dell'intero debito gravante sul consumatore e avente titolo nel contratto di credito.

Plausibilmente in considerazione del fatto che una tutela indefettibilmente connotata da automatismo ed istantaneità sbilancerebbe troppo la soluzione giuridica prescelta a favore del creditore, il legislatore procede (come, all'art. 48 *bis* TUB alla disciplina della dichiarazione di avvalersi dell'esecuzione del patto, così qui) a una riconcettualizzazione della nozione di inadempimento²².

In particolare, inadempite almeno diciotto delle rate mensili di rimborso del finanziamento (onde concretare quella misura di tolleranza richiesta dall'art. 28 Direttiva n. 2014/17/UE²³), si considera verificato il presupposto per l'attivazione del meccanismo teso al rafforzamento della posizione creditoria. Rispetto a quanto previsto dall'art. 48 *bis*, tale meccanismo si articola in una triplice opzione a disposizione del creditore: l'attribuzione della proprietà dell'immobile residenziale gravato da ipoteca oppure del potere di vendere lo stesso onde soddisfarsi sul ricavato e fatto sempre salvo il diritto del debitore all'eccedenza del prezzo conseguito rispetto all'ammontare del debito residuo.

In alternativa, resta la scelta della banca di esperire l'azione di risoluzione del contratto di mutuo, avvalendosi della procedura di esecuzione forzata onde ottenere il recupero coattivo del credito, e salva rinuncia alle prerogative connesse alla pattuizione marciata.

In tal caso, con riferimento al rimedio risolutorio, troverà applicazione una diversa soglia di rilevanza giuridica dell'inadempimento²⁴, che è quella prevista all'art. 40, comma 2, TUB in materia di credito fondiario (artt. 38 s. TUB). Questa fa riferimento a un ritardo nel pagamento delle rate verificatosi almeno sette volte, ancorché non

²² D. RUSSO, *Oltre*, cit. 76. Fa riferimento a una logica di proporzionalità dei rimedi M. TATARANO, *L'art. 48 bis, t.u. l. banc.*, in *Recenti riforme in tema di credito bancario*, cit., p. 25.

²³ F. PIRAINO, *op. loc. ultt. citt.*

²⁴ La diversità tra l'inadempimento rilevante ai fini dell'attivazione dell'accordo marciato e quello che rileva ai fini di ricorrere al rimedio risolutorio è ribadita dall'art. 120 *quinquiesdecies*, comma 4, lett. c) TUB.

consecutive, rispetto non al termine contrattuale di adempimento, ma a un periodo che va dal trentesimo al centottantesimo giorno dalla scadenza della rata.

La soglia di gravità dell'inadempimento dettata per il patto marciano viene estesa in dottrina anche alla procedura espropriativa ordinaria, per il nesso di alternatività che è ravvisabile tra quest'ultima e l'esecuzione dell'accordo traslativo, per il riferimento della nozione di tolleranza, intesa in senso ampio, all'avvio, genericamente indicato, delle procedure di escussione della garanzia (art. 28, comma 1, Direttiva n. 2014/17/UE), e anche per l'intenzione del legislatore comunitario di collocare il pignoramento dell'immobile ipotecato nell'ambito di misure che devono essere intese alla stregua di *extrema ratio*²⁵.

Anche in tal caso, sono presenti gli elementi costitutivi della patuizione marciana (l'alienazione dell'immobile ipotecato sospensivamente condizionata all'inadempimento del debitore; la stima imparziale del bene da eseguirsi successivamente all'inadempimento; l'obbligo del creditore avente causa di corrispondere al debitore alienante l'eventuale eccedenza), la quale in tal modo viene a ricevere, già prima dell'introduzione dell'art. 48 *bis*, espressa consacrazione normativa.

Quindi, di nuovo, anche nel contesto dei finanziamenti bancari ai consumatori, il legislatore potenzia la tutela del creditore ampliando la gamma di rimedi a sua disposizione in caso di inadempimento del debitore: l'esecuzione dell'accordo previsto dall'art. 120 *quinqüiesdecies*, comma 3, TUB; la risoluzione *ex art.* 40, comma 2, TUB, in caso di ritardi reiterati fino a centottanta giorni nei pagamenti delle rate di mutuo; o la risoluzione anche per un singolo inadempimento che si protragga per oltre centottanta giorni²⁶.

E, di nuovo, la scelta sarà condotta secondo una valutazione delle circostanze del caso concreto, nelle quali gli inconvenienti della procedura ordinaria di esecuzione forzata dovranno essere reconsiderati

²⁵ F. PIRAINO, *op. loc. ultt. citt.*

²⁶ A. BULGARELLI, *La fase patologica dei contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali, trasferimento dell'immobile ed esdebitazione. Note a margine del D. lgs., 72/2016 di attuazione della Direttiva 17/2014/EU.* reperibile sul sito www.diritto bancario.it, giugno 2016, p. 3.

alla luce dell'effetto esdebitativo che la legge prevede a vantaggio del debitore. Infatti, in sede di vendita giudiziarica, ove pure il ricavato fosse inferiore all'ammontare del debito, non è prevista l'estinzione integrale del credito, salva la decorrenza dell'obbligo di pagamento del debito residuo dopo sei mesi dalla conclusione della procedura esecutiva (art. 120 *quinqüiesdecies*, comma 6, TUB)²⁷.

Quella di cui all'art. 120 *quinqüiesdecies* TUB, peraltro, è una variante non solo del patto marciano di diritto comune, vista la presenza di ulteriori elementi, la cui valenza qualificante il tipo ne rende necessaria la sussistenza ai fini della configurazione della fattispecie contrattuale legale²⁸, ma anche del sottotipo speciale che assiste il finanziamento alle imprese.

Rispetto a quest'ultimo punto, vanno segnalate la mancata positivizzazione di un marciano autonomo, ovvero avente ad oggetto un bene non (anche) gravato da garanzia reale e la previsione del rilascio alla banca di una procura a vendere l'immobile ipotecato, in funzione satisfattiva delle ragioni del creditore e con effetto estintivo del rapporto obbligatorio.

In quest'ultimo caso, alla banca è richiesto di tenere un comportamento diligente onde conseguire dalla vendita il miglior prezzo di realizzo. Tale disposizione non è perfettamente sovrapponibile all'obbligo imposto al finanziatore di un prestito vitalizio ipotecario di effettuare la vendita al prezzo di mercato. Essa, infatti, sposta a una valutazione peritale successiva, e solo in caso di contenzioso eventualmente instaurato dal consumatore che si assuma danneggiato dalle concrete condizioni dell'alienazione, quell'operazione di stima del valore del bene che, nella fattispecie di cui alla l.n. 44/2015 e nel caso in cui il creditore *ex art. 120 quinqüiesdecies* TUB opti invece per l'attribuzione traslativa in suo favore, precede l'uscita dell'immobile dal patrimonio del debitore.

Tornando al confronto con il finanziamento alle imprese, ulteriori

²⁷ N. CIPRIANI, *Il patto marciano tra discipline di settore*, cit., p. 202.

²⁸ S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis: il "pasticcio"*, cit., pp. 47 s., 51 s., e 82 ss.; A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, loc. ult. cit., il quale fa comunque salve le clausole integrative o modificative della disciplina legale, nei limiti della compatibilità con i tratti caratterizzanti il tipo.

elementi differenziali sono, ancora a proposito della stima del valore del bene dato in garanzia, e successiva all'inadempimento, la previsione che rimette la stessa all'opera di un perito indipendente scelto dalle parti di comune accordo (solo in difetto di questo, l'esperto è nominato dal Presidente del Tribunale, secondo il disposto dell'art. 696, comma 3, c.p.c.). Nonché l'espressa previsione dell'estinzione del rapporto obbligatorio indipendentemente dal valore che presenta l'immobile al momento del trasferimento al soggetto finanziatore o della vendita ad un terzo. Quindi, nell'eventualità in cui il valore dell'immobile o l'ammontare dei proventi sia insufficiente a coprire l'entità del debito residuo, il debitore viene comunque liberato, per l'intero, in conseguenza dell'attivazione della procedura marciana (il che dà luogo all'effetto c.d. esdebitativo).

Quanto alla subordinazione della attivazione degli effetti del patto al verificarsi di un inadempimento minimo predeterminato *ex lege* (in questo caso si è fatta menzione di una soglia data con il riferimento ad almeno diciotto rate mensili) la logica sottesa alla disciplina dell'art. 120 *quinqüesdecies* non si discosta da quella che abbiamo già esaminato a proposito dell'art. 48 *bis*.

4. Muovendo dall'idea di adottare nel nostro ordinamento un istituto ispirato a quello di matrice anglosassone del *reverse mortgage*, il d.l. 30 settembre 2005, n. 203 convertito nella l. 2 dicembre 2005, n. 248 (recante «*Misure di contrasto all'evasione fiscale e disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria*»), introduce il «prestito vitalizio ipotecario» (art. 11-*quaterdecies*)²⁹.

A questa fattispecie, modificata ad opera della l. 2 aprile 2015, n. 44, che ridisegna i contenuti della sua definizione e ne rende maggiormente articolata la disciplina (art. 11-*quaterdecies*, commi dal 12 *bis* al 12 *sexies*), si collega uno strumento (non negoziale, ma) legale di autosoddisfacimento del creditore. Circoscritto allo specifico settore dei mutui bancari, esso è improntato, ma con alcune significa-

²⁹ T. RUMI, *Il prestito vitalizio*, cit., p. 105 ss.; P. BUZZONETTI, C. PACELLA, *Il prestito vitalizio*, Milano, 2010, *passim*; R. RINALDI, A. VARRATI, *Lo sviluppo del prestito ipotecario vitalizio in Italia: potenzialità e problemi normativi*, in *Bancaria*, 2007, 3, p. 70.

tive deviazioni, agli effetti del patto marciano (il riferimento è alla stima del valore del bene dato in garanzia e all'obbligo del creditore di versare al debitore l'eccedenza).

Esso ricalca concettualmente il modello teso ad assicurare l'autotutela stragiudiziale in materia di pegno (artt. 2796 e 2797 c.c.) e si caratterizza per l'ambito di operatività, individuato nella ricorrenza di una fattispecie di finanziamento concesso a medio o lungo termine da una banca (o secondo l'art. 106 TUB da un intermediario finanziario) a persone fisiche con età superiore a sessanta anni (non però necessariamente pensionate o con la qualifica di consumatore), a garanzia del quale è iscritta ipoteca di primo grado su immobili (residenziali)³⁰.

Fermo restando che la peculiarità di questo istituto riguarda la disciplina del rimborso del prestito, prima di procedere alla disamina della stessa, è opportuno qualche cenno a proposito della struttura contrattuale sottostante.

La premessa è che il veicolo negoziale scelto dalle parti per realizzare il finanziamento può concretarsi in varie tipologie contrattuali purché qualificate dalla funzione creditizia. Questa è ravvisabile nelle operazioni di credito esercitate dalle banche o dagli intermediari finanziari a ciò autorizzati, idonee a trasferire al finanziato una somma di denaro che andrà restituita alla scadenza prescritta maggiorata degli interessi *medio tempore* prodotti.

Siffatto contratto, che potrà corrispondere a quello di mutuo, anche fondiario (quando il prestito viene erogato in un'unica soluzione), o alla rendita (che prevede una erogazione periodica di somme) o, ancora, di apertura di credito (in caso di erogazione saltuaria)³¹, si colora della funzione economica di agevolare l'accesso al finanziamento a chi potrà dotare l'obbligazione di rimborso di una garanzia

³⁰ Ipoteca che, secondo, A. CHIANALE, *L'inutilità*, cit., p. 358, non svolge, come d'ordinario, una funzione di garanzia, ma viene piegata allo scopo di rendere opponibile ai terzi il potere di vendita stragiudiziale dell'immobile, che la legge attribuisce al creditore. Ritiene, invece, che l'esecuzione forzata possa essere sostituita da altre procedure senza che si pervenga necessariamente a un risultato incoerente con l'utilizzo dell'ipoteca, D. RUSSO, *Oltre*, cit., p. 35.

³¹ G.O. MANNELLA e G.C. PLATANIA, *op. cit.*, p. 2.

ipotecaria. Quest'ultima, peraltro, viene qui a coordinarsi con un peculiare meccanismo (che, come abbiamo visto³², trova la sua genesi nel sistema inglese di *common law*) che consente di estrarre dalla proprietà immobiliare un valore liquido che viene reso immediatamente disponibile al titolare, senza ulteriori effetti immediatamente incidenti sulla consistenza del suo patrimonio di partenza.

Rispetto a quello di prestito vitalizio, il tradizionale contratto di mutuo non deve necessariamente essere garantito da ipoteca; esso basa il rimborso della somma erogata su un piano di ammortamento che si articola in rate periodiche, (conseguentemente) richiede una certa capacità reddituale del debitore. Neppure esso prevede specifiche forme di tutela in capo al finanziato, che in caso di inadempimento subisce l'escussione della garanzia ipotecaria, ove presente, o altrimenti quella dei beni presenti nel suo patrimonio, né in capo agli eredi di quest'ultimo, per l'ipotesi che l'ammontare del debito residuo superi il valore del patrimonio ereditario, salva la disciplina successoria inerente all'accettazione dell'eredità con beneficio di inventario³³.

Quale che sia il tipo strutturalmente scelto per veicolarlo, quello di prestito vitalizio è un contratto aleatorio visto il rischio, cui si è già fatto cenno, legato a una crescita esponenziale dell'ammontare del debito da restituire, in dipendenza di fattori incerti e variabili, quali la durata della vita del debitore (*id est*, la scadenza del prestito che rende esigibile il diritto al rimborso), l'andamento dei tassi degli interessi corrispettivi e moratori (esigibili in caso di ritardato pagamento del dovuto alla scadenza del termine di dodici mesi previsti dal comma 12 *quater*) nonché le possibili future variazioni del mercato immobiliare, con riferimento al valore dell'immobile, anche in vista della possibile sua riallocazione sul mercato stesso.

Dell'importo ottenuto, peraltro, il finanziato è libero di disporre, non rientrando il prestito tra i finanziamenti di scopo che pongono vincoli di destinazione sulla somma concessa o che legittimano il creditore ad un controllo circa l'effettiva utilizzazione di essa. Pertanto, dal sostegno ai consumi, al supporto dei figli o di una impresa in

³² Cfr., *supra*, cap. I, par. 12.

³³ P. BUZZONETTI e C. PACELLA, *op. cit.*, p. 23.

crisi di liquidità, dal consolidamento di una precedente situazione debitoria, alla necessità di affrontare spese impreviste, fino alla pianificazione delle esigenze finanziarie della famiglia, i motivi del ricorso a questa forma di prestito possono essere i più vari.

Affrontando il tema del rimborso, in primo luogo, questo può essere chiesto, in un'unica soluzione e per il suo intero ammontare, trascorsi dodici mesi dal momento della morte del soggetto finanziato, la quale rappresenta il termine naturale di durata del prestito³⁴.

Tale regola è poi integrata dalla previsione di alcune ipotesi tipizzate di decadenza dal beneficio del termine che sono integrate dal trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento sul bene dato in garanzia; dal compimento di atti che di questo riducano significativamente il valore; o dalla costituzione di diritti reali di garanzia in favore di terzi (in analogia con la disciplina francese dell'art. L314-1 *code de la consommation*).

Con riferimento agli atti di disposizione, si tratta evidentemente della creazione di una situazione potenzialmente idonea a compromettere o rendere difficile il ricorso alla peculiare procedura di escussione della garanzia ipotecaria che il legislatore ha previsto a vantaggio del finanziatore che ha erogato il prestito; in caso di alienazione, per esempio, quest'ultimo dovrebbe effettuare il pignoramento del bene nei confronti del terzo acquirente per poi far valere la prelazione connessa al grado della propria ipoteca.

Analogamente, la significativa riduzione del valore del bene dato in garanzia pregiudica la certezza del finanziatore in ordine all'integrale soddisfacimento delle proprie ragioni.

La costituzione di diritti reali di garanzia in favore di terzi, anche se di grado ulteriore, può del pari rendere più difficile, o co-

³⁴ G. GIGLIOTTI, *Il prestito vitalizio ipotecario: un reverse mortgage all'italiana?*, in *Corr. merito*, 7, p. 2011; D. FARACE, *Prestito vitalizio ipotecario*, in *Enc. giur.* Treccani, Aggiornamento, 2006, p. 1 s.; C. CACCAVALE, *Il prestito vitalizio ipotecario*, in V. ROPPO (a cura di), *Interferenze*, in *Tratt. del contratto* Roppo, Milano, 2006, *Enc. giur.* Treccani 525. Ritiene che il termine di dodici mesi valga a valorizzare la tutela del debitore a non perdere il bene se non in presenza di un inadempimento che si palesi grave e irrimediabile D. Russo, *Oltre*, cit., p. 42; analogamente, con riferimento alle disposizioni dell'art. 48 *bis*, commi 5 e 6, TUB, (p. 60) e dell'art. 120 *quinqüiesdecies* TUB (p. 61).

munque meno conveniente, la vendita del bene: il fatto che l'acquirente sia disposto ad acquistare l'immobile gravato dalle altre ipoteche non può non ripercuotersi sul prezzo che sarà disposto ad offrire, a detrimento delle prerogative del creditore, per il quale l'ordinaria procedura di esecuzione forzata finirà per essere più conveniente³⁵.

Dal verificarsi della morte del finanziato o di uno degli eventi che comportano la decadenza dal beneficio del termine, abbiamo menzionato il termine di dodici mesi che è concesso al debitore per procedere all'integrale rimborso del debito: solo con l'inutile decorso di tale termine, costui può essere considerato inadempiente e così legittimare il finanziatore ad attivare la procedura alternativa alla ordinaria escussione della garanzia ipotecaria cui si riconnette la limitazione della responsabilità del debitore medesimo al valore ricavato dal bene offerto in garanzia.

Al di fuori della specifica ipotesi del ritardo di pagamento (art. 40, comma 2, TUB), però, le parti sono libere di prevedere contrattualmente ulteriori cause di risoluzione del contratto (art. 1453 c.c.), alle quali peraltro non si estende la disciplina dei commi 12 e seguenti del d.l. n. 203/2005. La conseguenza è che, risolto il contratto secondo la disciplina ordinaria, il finanziato sarà tenuto alla immediata restituzione dell'importo erogato (non applicandosi il termine annuale del comma 12 *quater*, che opera per le sole ipotesi di cui al comma 12) e, in mancanza, saranno applicabili le regole generali in materia di escussione della garanzia ipotecaria.

La possibilità di far ricorso al credito bancario escludendo conseguenze immediatamente incidenti sul patrimonio del finanziato (come la previsione di un piano di ammortamento o come l'accostamento del finanziamento all'operatività di schemi traslativi *ab initio* efficaci); e la limitazione della responsabilità del debitore entro il limite del valore dell'immobile ipotecato anche nel caso in cui l'ammontare di quanto dovuto sia superiore (data la possibilità di adempiere la prestazione anche mediante il ricavato della vendita dello stesso e la necessità che il debito residuo non ecceda tale importo al netto delle

³⁵ G.O. MANNELLA e G.C. PLATANIA, *op. cit.*, p. 151.

spese), sono alcuni dei vantaggi legati a uno strumento estremamente duttile.

Il riferimento al(la mancanza di un) piano di ammortamento va adeguatamente circostanziato.

I prospetti esemplificativi che, previsti dall'art. 2 del Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico 22 dicembre 2015, n. 226 (sulla scia del contenuto del protocollo di intesa tra Abi e associazioni dei consumatori del 27 giugno 2014), simulano il piano di ammortamento e vanno allegati al contratto, hanno lo scopo di tutelare il debitore dagli effetti, a sorpresa perché non adeguatamente compresi al momento della sottoscrizione, dell'operare del meccanismo di capitalizzazione annuale degli interessi che maturano sulla somma finanziata ai sensi del comma 12 dell'art. 11 *quaterdecies*³⁶.

Ancora diversa è la possibilità di convenire, in sede di stipulazione, modalità di rimborso graduale della quota degli interessi e delle spese, prima del verificarsi degli eventi che rendono esigibile il rimborso in un'unica soluzione (di cui al comma 12). Al rimborso graduale non si applica il meccanismo anatocistico sopra menzionato (art. 11 *quaterdecies*, comma 12 *bis*), il quale opera in deroga al divieto generale della produzione di interessi sugli interessi (art. 1283 c.c.). Si tratta di una facoltà riconosciuta al debitore volta a evitare ai suoi eredi, già obbligati alla restituzione dell'importo erogato, il peso degli oneri accessori al credito.

Normalmente, quindi, non è prevista alcuna forma di rimborso rateale che sottragga liquidità al patrimonio del finanziato durante la sua vita e la menzionata capitalizzazione su base annua degli interessi e delle spese, che maturano sull'intero importo della somma data in finanziamento, ha sí un progressivo effetto incrementativo dell'ammontare complessivo del debito (effetto che si produce nell'arco temporale tra il momento della stipulazione e l'estinzione del rapporto), ma l'evento che rende il diritto della banca esigibile rimane la morte del sottoscrittore, salve le citate ipotesi di decadenza dal beneficio del termine.

Ciò non toglie che la descritta disciplina di cui al comma 12 si

³⁶ G.O. MANNELLA e G.C. PLATANIA, *op. loc. ultt. citt.*

presta certamente all'inconveniente di un aumento esponenziale (e, quel che forse è un esito peggiore, incontrollato e dal consumatore incontrollabile) dell'importo che la banca avrà infine diritto di pretendere dagli eredi del sottoscrittore. E finisce per rappresentare una voce del costo del credito di non poco conto.

Questa va messa in relazione con un'altra conseguenza dell'aleatorietà del contratto che, come abbiamo accennato, è legata all'incertezza circa la vita del debitore (*id est*, circa la durata del rapporto) e all'evoluzione nel tempo del tasso di interesse applicato, e che il legislatore pone a carico del creditore con la previsione dell'effetto esdebitativo³⁷. Tale alea viene infatti opportunamente gestita dalla banca con ricadute sugli importi in concreto erogati nel loro rapporto proporzionale con il presumibile valore dell'immobile dato in garanzia al tempo in cui la prestazione di rimborso diverrà esigibile³⁸.

Quanto, più nello specifico, al rimborso integrale del prestito, nell'ipotesi di andamento fisiologico del rapporto, esso grava sull'asse ereditario del sottoscrittore, che ne risulta diminuito o del denaro necessario all'estinzione del debito o dell'immobile offerto in garanzia, che normalmente rappresenta la casa di abitazione dell'ereditando. Compete infatti il rimborso agli eredi di quest'ultimo, i quali, peraltro, non sono parte nel contratto di finanziamento e potrebbero anche essere del tutto ignari della sua esistenza (e degli obblighi da esso derivanti).

A differenza di quanto previsto in diversi ordinamenti, nel nostro il legislatore non pone a carico del finanziato alcun obbligo di assunzione concertata della decisione in ordine alla stipulazione, onde coinvolgere nella stessa quanto meno quei membri della famiglia che presumibilmente assumeranno la qualifica di eredi del debitore e, in quanto tali, di soggetti obbligati a rimborsare alla banca il debito contratto in vita dal loro dante causa³⁹.

Dalla morte del finanziato, decorre un termine di dodici mesi,

³⁷ Il quale esprimerebbe la funzione assistenziale dell'istituto secondo R. LENZI, *L'effetto esdebitatorio*, in *Recenti riforme in tema di garanzie del credito bancario*, Studio n. 1-2017/C, approvato dal CNN in data 8 giugno 2017.

³⁸ G. D'AMICO, *La resistibile ascesa*, cit., p. 37.

³⁹ A differenza del *Code of Practice* inglese.

durante il quale ai successori è concesso uno *spatium deliberandi* circa l'adozione di una di tre decisioni possibili. Essi possono, previo accordo col finanziatore, procedere alla vendita dell'immobile e utilizzare il ricavato per l'estinzione del debito. In alternativa, essi possono rimettere al creditore la gestione della vendita, riconoscendogli la facoltà di ritenere sul prezzo quel che è necessario per soddisfare le sue ragioni e salvo il loro diritto all'eventuale eccedenza. Infine, essi possono optare per il rimborso integrale del debito alla banca, con la conseguenza di ottenere che la proprietà del bene libero dall'ipoteca entri a far parte del patrimonio ereditario.

Nell'ordinamento inglese di *common law*, quando ricorrono le fattispecie di *Home Reversion* e *Lifetime Mortgage*, cui il legislatore italiano si è ispirato nella disciplina del nostro istituto, la prima opzione, tra quelle previste dalla legge, è, statisticamente, quella più seguita⁴⁰. Infatti, la volontà degli eredi tende a dirigersi all'utilizzo della vendita della casa di abitazione del *de cuius* al fine di estinguere l'intero ammontare del debito accumulato da quest'ultimo in vita fino alla scadenza del prestito garantito su di essa; il che evoca nella mente del civilista continentale una certa affinità tra il prestito vitalizio ipotecario e il nostro istituto della nuda proprietà.

Torniamo però ora alla situazione generata dall'inadempimento del soggetto tenuto al rimborso. Questa apre la via ad una speciale forma di autotutela esecutiva unilaterale che, svolgendosi al di fuori di ogni controllo giudiziale, rimane estranea all'operatività delle norme civilistiche in materia di esecuzione forzata immobiliare (artt. 555 s. c.p.c.). È con la menzionata disciplina che il legislatore italiano ha tentato di riprodurre le regole esecutive sull'immobile concesso in garanzia nell'ambito di un *reverse mortgage* di *common law*, le quali, come abbiamo già avuto modo di notare, attribuiscono al *mortgagee* il *power to sell* del bene, onde soddisfarsi sul ricavato.

Il finanziatore, infatti, libero dalla necessità di ottenere in via preliminare un titolo esecutivo come anche da quella di dover procedere al pignoramento dell'immobile, che normalmente segna l'avvio della

⁴⁰ AA.Vv., *Making the most of equity release: perspectives from key players*, 2012, reperibile sul sito <http://www.smith-institute.org.uk/book/making-the-most-of-equity-release-perspectives-from-key-players/>.

procedura esecutiva individuale, può alienare il bene dato in garanzia ad un valore pari a quello di mercato, secondo una stima effettuata da un perito indipendente incaricato dal creditore stesso⁴¹. Ancora, quest'ultimo, senza doversi basare su un provvedimento giudiziale di assegnazione delle somme conseguite a titolo di prezzo, potrà direttamente soddisfare il suo diritto attingendo il ricavato della vendita (comma 12 *quater*).

Quanto alla legittimazione a vendere del finanziatore, essa trae fondamento direttamente nella lettera della legge (dalla quale pure si evince come essa sia conferita anche nell'interesse del creditore); questa resta però silente in punto di schemi negoziali utilizzabili a tal fine. Uno sguardo all'esperienza inglese, ci pone sulle tracce dell'alienazione in nome e per conto del titolare del bene, modello cui peraltro si è fatto ricorso anche nella prassi italiana per i contratti già stipulati⁴².

Quel che non è stato contemplato, nell'ambito delle nuove e peculiari prerogative concesse al creditore che, non dimentichiamolo, rimane un creditore ipotecario, è la diretta appropriazione del bene dato in garanzia. E non è un caso, poiché la previsione di una simile facoltà avrebbe richiesto una espressa deroga al divieto del patto commissorio nella sua forma tipica di convenzione adietta a garanzia ipotecaria, ciò che il legislatore ha evitato di prevedere tanto nel 2005 quanto dieci anni dopo, in occasione delle modifiche apportate alla disciplina previgente.

Nel nostro ordinamento, infatti, l'introduzione del prestito vitalizio ipotecario ha rappresentato un intervento settoriale ben lungi dall'inserirsi all'interno di una più ampia riforma del settore delle garanzie reali, come invece è accaduto in Francia per l'istituto omologo

⁴¹ Tale ipotesi viene assimilata a quella del mandato con rappresentanza ad alienare a scopo di garanzia da G.C. PLATANIA, *Il prestito*, cit., p. 309. *Contra* E. BRODI, *Brevi note*, cit, p. 4, nt. 11; D. RUSSO, *Oltre*, cit., pp. 37-38 e 39, che in essa individua una fattispecie di rappresentanza legale *in incertam personam*; analogamente, R. LENZI, *Concorso tra creditore ex pvi e terzi creditori*, in *Recenti riforme in tema di garanzie del credito bancario*, cit., p. 20. Essa rievoca la vendita in danno per A. DONVITO, *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *Pers. danno*, 5 maggio 2015.

⁴² G.O. MANNELLA e G.C. PLATANIA, *op. cit.*, p. 179, nt. 104.

del *prêt viager hypothécaire*, il cui ingresso nel sistema francese si è accompagnato all'abolizione dello storico divieto.

Abbiamo avuto modo di notare come il riformato *Code civil* consenta ora, al creditore ipotecario da un lato, a fronte dell'inadempimento del debitore, di chiedere l'attribuzione giudiziaria del bene oggetto di garanzia, salvo l'obbligo di restituire l'eccedenza (art. 2458 c.c.) e, alle parti dall'altro lato, con accordo coevo all'atto costitutivo di ipoteca, di stipulare un patto commissorio assistito però dalla cautela marciana, ad evitare abusi sinallagmatici ai danni del debitore (art. 2459 c.c.).

Il risultato va valutato non soltanto in termini di ampliamento, a favore del creditore ipotecario, dei mezzi di reazione all'inadempimento del debitore, ma anche di tutela della posizione del debitore.

Sotto il primo profilo, il creditore potrà scegliere quella che in base alle circostanze del caso concreto gli apparrà la più conveniente nell'ambito di tre diverse opzioni. In particolare, egli potrà ricorrere all'ordinaria procedura esecutiva immobiliare e, quindi, procedere al pignoramento e alla vendita forzata del bene; in alternativa, potrà chiedere l'assegnazione giudiziale dell'immobile in pagamento; infine, in caso di stipulazione dell'alienazione in garanzia, al momento della costituzione dell'ipoteca, potrà avvantaggiarsi dell'esecuzione del patto (art. L314-13 *code de la consommation*).

Quanto al secondo aspetto, la tutela che si ottiene attivando gli effetti della convenzione marciana o avvalendosi dell'assegnazione giudiziale in pagamento si colloca temporalmente al momento dell'inadempimento, il quale diventa il riferimento per una determinazione del valore del bene che rimane cristallizzata in vista del soddisfacimento delle ragioni del creditore, a tutto vantaggio del debitore (il quale può avere la certezza che l'immobile ipotecato venga assegnato al creditore sulla base del valore stimato al tempo dell'inadempimento).

Al contrario, se la vendita ad opera del finanziatore del nostro prestito vitalizio ipotecario non si perfeziona entro i dodici mesi successivi all'inadempimento, il valore di stima del bene, come determinato inizialmente dal perito, viene decurtato del 15 % per ogni dodici mesi successivi fino al perfezionamento del negozio traslativo. Si tratta di una previsione finalizzata ad agevolare la vendita; nondimeno, il meccanismo ad essa sotteso, operando indipendentemente

da un effettivo deprezzamento del bene e non contemplando una soglia minima oltre la quale la decurtazione medesima non possa estendersi né qualsivoglia strumento per ovviare ai suoi effetti a disposizione del debitore, addossa a quest'ultimo il rischio della svalutazione del bene per effetto della sua mancata vendita, peraltro affidata al creditore⁴³.

Merita infine qualche considerazione l'aspetto relativo alla tipizzazione del patto marciano, effettuata dal legislatore nella previsione di un meccanismo che ammette la soddisfazione delle ragioni creditorie col ricavato della vendita dell'immobile ipotecato, al netto delle spese sostenute per la vendita stessa (comma 12 *quater*).

Considerato un istituto dall'enorme potenziale⁴⁴, in quanto diretto alla fascia più anziana della popolazione che, con l'aumento della qualità della vita e il conseguente allungamento della durata media della stessa, mostra una consistenza numerica in progressivo incremento (anche in vista, sul versante opposto, del crescente calo demografico), la sua astratta idoneità ad interessare più di dieci milioni di persone al momento della sua introduzione (tali, secondo i dati ISTAT, i soggetti con età superiore ai sessantacinque anni nel 2005) e quasi diciassette milioni, in seguito alle successive modifiche normative (tali sono i soggetti con più di sessant'anni)⁴⁵, non ha tuttavia superato il vaglio dell'applicazione pratica.

Eppure, si tratta di una fascia di popolazione che, oltre ad essere numerosa, detiene una ricchezza consolidata, sia in termini di attività finanziarie nette, che di titolarità della casa destinata ad abitazione⁴⁶.

Di più, sempre le indagini statistiche sul tema dimostrano come il valore del patrimonio rimane stabile anche nelle situazioni caratterizzate da scarsa liquidità reddituale, il che ci permette però di delineare una premessa e di formulare una conclusione.

⁴³ G.O. MANNELLA e G.C. PLATANIA, *op. cit.*, p. 203; G. PETRELLI, *Rassegna delle recenti novità normative di interesse notarile – Primo semestre 2015*, p. 63, reperibile sul sito www.gaeetanopetrelli.it.

⁴⁴ R. RINALDI, A. VARRATI, *Lo sviluppo*, cit., p. 65 s.

⁴⁵ Dati reperibili sul sito www.istat.it.

⁴⁶ Circa 13 milioni di esemplari, secondo i dati reperibili sul sito www.bancaditalia.it.

La premessa è che, alla luce dei parametri attorno ai quali ruota d'ordinario la concessione del credito bancario, la popolazione al di sopra una certa età sconta penalizzazioni legate proprio alle ridotte prospettive di reddito (*id est*, di rimborso) e di sostenibilità del finanziamento nel corso del tempo (è, quindi, ben poco valorizzata in sede di valutazione del merito creditizio).

La conclusione è che alla situazione di scarsa liquidità, la fascia di soggetti indagata non pone rimedio attraverso la via della richiesta di finanziamento per l'acquisto di beni di consumo. In altri termini, al credito ipotecario, che potrebbe sembrare la via naturalmente percorribile onde rendere liquido (almeno) parte del valore immobiliare detenuto, viene preferita (vista anche la premessa di cui sopra) la vendita della proprietà, nuda o piena, a seconda che di esso si preferisca mantenere il godimento vita natural durante o meno, quando non, a dirittura, quella del contenimento anche drastico dei consumi stessi.

In controtendenza, interviene quindi il legislatore del 2005 che, forte dell'allora vivacità del mercato dei mutui ipotecari e del conseguente incremento del valore degli immobili, introduce questo nuovo prodotto finanziario mirando alla monetizzazione, con finalità integrativa rispetto al reddito pensionistico, (dell'accresciuto valore) della proprietà immobiliare della popolazione appartenente alla fascia di età menzionata⁴⁷.

E d'altro canto, la progressione verso l'alto dei valori immobiliari doveva rappresentare una sorta di valvola di sicurezza della tenuta del sistema costruito intorno all'utilizzo della nuova forma di prestito, garantito proprio dall'ipoteca su tali beni, onde compensare l'imprevedibile durata del rapporto e le sue ripercussioni sull'aumento dell'importo del debito infine da rimborsare.

La successiva crisi finanziaria, ancora attuale, con le inevitabili ripercussioni sul settore immobiliare e sull'assai diminuito valore di mercato di tali beni nonché sull'accesso, generalmente inasprito, al credito bancario, da un lato, spiegano in parte, per quanto osservato sin qui, l'insuccesso del prestito vitalizio ipotecario.

⁴⁷ D. CERINI, *Il prestito vitalizio ipotecario*, cit., p. 510.

Dall'altro lato però, e su questa linea sembra dirigersi il legislatore del 2015 (con l'avallo e su iniziativa dell'Associazione Bancaria Italiana e delle tredici Associazioni di Consumatori che hanno elaborato il protocollo di intesa del 27 giugno 2014 che ha costituito la base della proposta poi confluita nell'attuale testo di legge), potrebbero investirlo di ulteriori potenzialità.

Il rilancio dei consumi rimane una priorità, tanto più se si tratta dei consumi di una fascia della popolazione tanto nutrita da avere valore incisivo sulla crescita economica del Paese. L'esigenza è legata al sostegno alla ultima fase della vita alleggerendo il sistema pubblico di *welfare*, profondamente in crisi anche per le spinte centrifughe tendenti all'abbassamento della pressione fiscale, alla stabilità del debito pubblico e al mantenimento di una soglia elevata dei tassi di crescita⁴⁸.

La via rimane il supporto alle spese che riguardano gli anziani attraverso la smobilizzazione della ricchezza dominicale riconducibile ai medesimi che segua una via altra dalla perdita della titolarità e che, come un c.d. mutuo liquidità e a differenza dei finanziamenti di scopo⁴⁹, non comporti un vincolo di destinazione della somma concessa a credito.

Ulteriore ostacolo riguarda le ricadute *post mortem* della disciplina di rimborso del prestito, che finisce per depauperare l'asse ereditario di quella che sovente ne è la componente principale (la casa di abitazione del *de cuius*, appunto, o la somma di denaro pari all'ammontare dell'intero debito accumulato). Prima della novella esso ha avuto un peso determinante nello scarso impiego pratico del nostro istituto, che si è rivelato sostanzialmente fallimentare rispetto all'obiettivo della promozione dei consumi della fascia meno giovane della popolazione.

5. La recente disciplina dei finanziamenti ai consumatori prevede, a favore del debitore, un effetto estintivo dell'intero rapporto obbligatorio ad opera del trasferimento al creditore della proprietà del-

⁴⁸ E. FORNERO, C. ROSSI e M.C. URZÌ BRANCATI, *Explaining why, right or wrong, (italian) households do not like reverse mortgages*, 2012, Working Paper 123/11, del CERP, reperibile sul sito www.cerp.unito.it.

⁴⁹ G.O. MANNELLA e G.C. PLATANIA, *op. cit.*, p. 13, nt. 33.

l'immobile oggetto dell'accordo traslativo, pur quando il valore di questo sia inferiore all'ammontare del credito (l'art. 28, par. 4, della Direttiva n. 2014/17/UE, sui mutui immobiliari ai consumatori, consente alle parti di pattuire espressamente che il trasferimento della garanzia reale o dei proventi della vendita della stessa è sufficiente a rimborsare il credito⁵⁰).

Così è per il credito immobiliare ai consumatori, nell'ambito del quale l'effetto estintivo, con riferimento all'intero ammontare del debito, prescinde dal rapporto tra i valori patrimoniali sottesi alle vicenda *ex pacto*, irrilevante essendo l'eventuale inferiorità, rispetto al residuo dovuto, dell'arricchimento conseguente all'acquisizione immobiliare o dei proventi ricavati dalla vendita del bene dato in garanzia (art. 120 *quinquiesdecies*, comma 3, TUB)⁵¹.

Del pari, in tema di prestito vitalizio ipotecario, il creditore non può trattenere sul ricavato della vendita dell'immobile gravato da ipoteca quel che eccede rispetto all'importo del debito residuo e questo si estingue per intero anche quando il ricavato medesimo sia al primo inferiore (art. 11 *quaterdecies*, comma 12 *quater*, l. n. 248/2005)⁵².

La disciplina del finanziamento alle imprese, invece, tace sul punto. Si tratta di verificare la compatibilità di tale effetto con l'erogazione di un credito ai sensi dell'art. 48 *bis* TUB.

Prendendo le mosse dai profili dogmatici incisi dal problema, un primo indice negativo può trarsi dagli esiti raggiunti dall'indagine intorno alla giustificazione causale del patto marciano; la causa autosatisfattiva che sorregge l'accordo tra debitore e creditore implica di per

⁵⁰ Fa riferimento all'emergenza sociale che, anche a causa della crisi del mercato immobiliare, ha comportato una drastica riduzione del valore degli immobili, S. PAGLIANTINI, *I misteri del patto commissorio*, cit., p. 181 s., che pone mente all'incremento delle fattispecie di vendite coattive nelle quali il ricavato dell'espropriazione traslativa è inferiore al valore del credito inadempito, con conseguente proliferare di azioni esecutive nei confronti del debitore mutuatario per la quota parte mancante.

⁵¹ G. D'AMICO, *La resistibile ascesa*, op. loc. ultt. cit.; S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis T.U.B.: il pasticcio*, cit., p. 65.

⁵² G. D'AMICO, op. cit., p. 16.

sé il permanere del diritto del secondo ad essere soddisfatto integralmente⁵³.

Riguardata la questione dal punto di vista assiologico, la qualifica di imprenditore ricoperta dal debitore depone nel senso di una attenuata meritevolezza di tutela della posizione da quest'ultimo rivestita, rispetto alle vicende negoziali in cui è il consumatore ad agire in qualità di richiedente il finanziamento.

Paragonando, poi, il funzionamento tecnico di congegni quale quello sotteso alla fattispecie considerata e il prestito vitalizio ipotecario, si vede bene come manchi, nel primo, quell'alea connessa all'entità del debito di restituzione del finanziamento che è invece conaturata al secondo, nel quale il diritto al rimborso è esigibile solo dopo la morte del mutuatario (con le incertezze legate, lo abbiamo già osservato, alla durata della vita di quest'ultimo e all'andamento dei tassi di interesse in quel lasso di tempo). Alea che, comportando il rischio di una eccedenza, nel caso concreto, del debito da rimborso, rispetto al valore dell'immobile dato in garanzia, il legislatore ha scelto di porre a carico della banca con la previsione dell'effetto esdebitativo.

Peraltro, la soluzione negativa al nostro problema reca come corollario la riconducibilità all'attivazione del meccanismo marciano di una efficacia estintiva dell'obbligazione che sarà solo parziale (e, precisamente, in misura pari al valore dell'immobile acquisito dal creditore), in tutte le ipotesi in cui la non coincidenza tra i valori assunti alla base dello scambio si traduce in uno squilibrio sinallagmatico ai danni del creditore.

Non sembra potersi obiettare, contro questa ricostruzione, nel senso di un accostamento con l'istituto della *datio in solutum* dell'accordo sotteso al marciano e, per questa via, della inammissibilità di una prestazione in luogo dell'adempimento cui si ricolleggi un effetto solutorio solo parziale⁵⁴.

Innanzi a tutto, abbiamo già avuto modo di notare come vi sia ragione di dubitare di una assimilazione tra le due figure. Nell'ac-

⁵³ A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1398 s.

⁵⁴ S. PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*, p. 56 s.; A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni*, cit., pp. 1477 ss., 1480 ss.

cordo tra debitore e creditore avente per oggetto l'attribuzione al secondo della proprietà di un bene del primo, secondo un meccanismo di surrogazione che incide sulla prestazione dedotta in obbligazione, il perfezionamento del contratto coincide con la verifica dell'effetto traslativo e, nel contempo, dell'effetto estintivo dell'obbligazione (art. 1197, comma 1, c.c.).

Da ciò possiamo trarre due corollari.

Il primo è che il consenso del creditore non ha ad oggetto una modificazione del contenuto del rapporto obbligatorio, quanto piuttosto l'attribuzione al debitore della facoltà di liberarsi attraverso l'esecuzione di una prestazione diversa da quella dedotta in obbligazione. Il che significa che l'accordo costituisce non un diritto in capo al creditore, ma una facoltà di scelta a favore del debitore⁵⁵.

Il secondo corollario è che non vi sono margini per il debitore che voglia scandire diversamente nel tempo tale paradigma effettuale, a differenza di quanto avviene nel contesto di una c.d. alienazione a scopo di garanzia per opera del funzionamento di un congegno come quello condizionale (al quale è connaturato un potere di sospendere o rinviare l'effetto reale in favore del creditore)⁵⁶. Immediatezza e definitività caratterizzano gli effetti della *datio in solutum* mentre nel negozio traslativo tra debitore e creditore i cui effetti sono subordinati all'(in)adempimento è insita la provvisorietà del consolidamento degli stessi.

In secondo luogo, l'effetto estintivo dell'obbligazione, che abbiamo visto coincidere con l'esecuzione della diversa prestazione da parte del debitore nella fattispecie della *datio in solutum*, in quella dell'art. 48 *bis* TUB si verifica, sì per il tramite della produzione dell'effetto reale, ma in corrispondenza dell'esecuzione da parte del creditore dell'obbligo di versare al debitore l'eccedenza del valore del bene sul debito inadempito⁵⁷.

Ancora, il trasferimento della proprietà del bene è oggetto di accordo tra debitore e creditore, ove questi stipulino tanto un accordo *ex art. 1197 c.c.*⁵⁸ quanto un patto *ex art. 48 bis* TUB.

⁵⁵ C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., p. 108.

⁵⁶ A. LUMINOSO, *op. loc. ultt. citt.*, e nt. 19.

⁵⁷ G. D'AMICO, *op. cit.*, p. 25.

⁵⁸ Naturalmente la diversa prestazione può anche non consistere nel trasfe-

L'effetto traslativo però, nel secondo caso, non solo non è legato a un comportamento del debitore (come invece avviene nel primo), ma nemmeno opera in via automatica al verificarsi dell'inadempimento, essendo lasciata la sua verifica nella disponibilità del creditore in quanto collegata all'esercizio di un suo diritto potestativo⁵⁹.

Quanto alla seconda obiezione, sembra poi non incompatibile con una valida esplicazione dell'autonomia privata un accordo solutorio rientrante nello schema dell'art. 1197 c.c. e al quale sia riconducibile un effetto estintivo dell'obbligazione solo parziale. Ben potrebbe essere conforme a soddisfare l'interesse dei contraenti ricorrere a un simile modo di estinzione dell'obbligazione diverso dall'adempimento che solo per una parte liberi il debitore, il quale resti obbligato per il residuo, ovvero in un momento in cui una quota del debito sia già stata corrisposta⁶⁰.

Nell'estinzione solo parziale dell'obbligazione, legata all'esclusione di un effetto esdebitativo nel contesto di un credito all'impresa, si scorge altresì un risultato contrario a quella tensione alla riduzione del contenzioso inerente all'esecuzione forzata, che avrebbe originato lo sforzo del legislatore del 2016. Si considera, infatti, la conseguente mancanza di un incentivo di non poco conto, nella prospettiva dell'imprenditore richiedente un finanziamento bancario, a ricorrere a questa particolare fattispecie negoziale.

Se si esamina però la questione dal punto di vista teleologico, si vede come la riduzione del contenzioso (insieme alla promozione dell'accesso al credito bancario) è sì perseguita dal legislatore, nell'ambito tuttavia di un generale rafforzamento della posizione del finanziatore e attraverso la fruibilità di strumenti idonei ad assicurare una tutela rapida e soddisfacente da azionare in caso di inadempimento.

I nuovi tipi negoziali, in altri termini, rispondono ad un'esigenza di attrattività che viene primariamente considerata dal lato del soggetto attivo del rapporto obbligatorio, pur senza voler giungere agli eccessi di legittimare interpretazioni censurabili per un'ingiustificata compromissione della posizione debitoria.

rimento di un diritto reale immobiliare, ipotesi contemplata nel testo solo ai fini del confronto con la stipulazione marcianda.

⁵⁹ G. D'AMICO, *op. loc. ultt. citt.*

⁶⁰ G. D'AMICO, *op. cit.*, pp. 17-18.

In questo senso, ricollegare al finanziamento *ex art. 48 bis* TUB il non previsto effetto esdebitativo, oltre a non trovare ragione in un'assimilazione delle fattispecie considerate (che sarebbe il presupposto di una estensione analogica della soluzione dettata per il credito ai consumatori); e oltre a costituire violazione dell'art. 2740, comma 2, c.c. (ove si faccia leva sulla sua natura sostanziale di limitazione della responsabilità patrimoniale del finanziato⁶¹ che, in coerenza con tale norma, dovrebbe rimanere nell'alveo dell'eccezionalità e imporre un canone di stretta interpretazione)⁶²; può finire col rappresentare un disincentivo per la banca⁶³. E, dunque, un conseguente inasprimento delle condizioni contrattuali ai danni dell'imprenditore (che potrebbe subire una valutazione di inidoneità, per il valore non sufficientemente elevato, dell'immobile offerto in garanzia o una richiesta concernente un bene dal prezzo superiore) se non, a dirittura, un diffuso allontanamento dal tipo.

È, a ben vedere, quello che si è descritto, un rischio che si è paventato anche dinanzi al testo della Direttiva n. 2014/17/UE: la prospettiva di un recepimento che transitasse per soluzioni eccessivamente protettive per il consumatore è stata considerata in termini di ricadute negative sulla erogazione del credito immobiliare che invece si voleva incentivare. La (prevedibile) conseguente richiesta di remunerazioni più elevate e di garanzie più cospicue da parte dei creditori avrebbe finito con il vanificare la rivitalizzazione del settore finanziario avuta di mira dal legislatore comunitario⁶⁴.

Torniamo ora alla fattispecie dell'art. 48 *bis* e alla possibile estensione ad essa dell'effetto esdebitativo. Se si ragiona in un'ottica di mero confronto tra le due opzioni aperte al creditore dall'inadempimento del debitore, esaminando la facoltà lasciata al primo di ricorrere alla procedura esecutiva giudiziale, emergono due considerazioni.

La prima è la scarsa persuasività di una lettura di questa facoltà

⁶¹ F. PIRAINO, *L'inadempimento*, cit., pp. 177 e 199 ss.

⁶² A. LUMINOSO, *op. loc. ultt. citt.*

⁶³ G. D'AMICO, *op. loc. ultt. citt.*

⁶⁴ F. PIRAINO, *L'inadempimento*, cit., p. 150; A. BERTOLINI, *Sub art. 28 - Morosità e pignoramenti*, in P. SIRENA (a cura di), *I mutui ipotecari*, cit., pp. 483-484.

(anche) alla stregua di un contemperamento dell'effetto esdebitativo, che si produrrebbe ove il creditore preferisca invece far ricorso all'autotutela. Questa possibilità infatti sconta i già rilevati limiti connessi alla dipendenza della concreta vantaggiosità per il creditore della procedura esecutiva ordinaria dalla presenza di elementi ulteriori, di carattere fattuale (effettiva capienza del patrimonio del debitore) e giuridico (coesistenza di una garanzia ipotecaria a favore della banca).

La seconda, che vale come (ulteriore) argomento contrario all'estensione dell'effetto esdebitativo, è che la convenienza del marciano, *ex latere creditoris*, risulterebbe ancora ridimensionata rispetto alla sola garanzia ipotecaria, la quale consente proprio di conseguire il bene dato in garanzia senza rinunciare a soddisfare il credito residuo⁶⁵.

La conclusione è che, in un rapporto di credito tra una banca e un imprenditore, si deve considerare che quest'ultimo è un soggetto per il quale non militano quelle ragioni che rendono opportuna una disciplina particolarmente protettiva come per il consumatore; e che possono giustificare l'individuazione positiva di un diverso punto di equilibrio nel bilanciamento tra i contrapposti interessi che vengono in emersione nella situazione di inadempimento.

Pertanto, un rafforzamento della posizione del creditore in tale situazione (che si traduca in una agevolazione nell'erogazione del finanziamento e) che passi attraverso un effettivo vantaggio a non ricorrere alle ordinarie procedure di esecuzione coattiva, dovrebbe consistere nel conseguimento del bene oggetto della convenzione marciana e, *in aggiunta*, nel soddisfacimento del credito residuo.

Altrimenti, ogni qual volta il valore dell'immobile risulti inferiore all'ammontare del credito residuo, in mancanza di ipoteca, la valutazione di convenienza andrebbe estesa alla considerazione della consistenza del patrimonio del debitore e alla presenza di creditori, più o meno garantiti; ma sussistendo una garanzia ipotecaria potrebbe essere molto spesso più vantaggioso (o meno svantaggioso) per il creditore ricorrere all'esecuzione coattiva, con buona pace dell'intento perseguito dal legislatore con le novelle del 2016.

Una soluzione intermedia porta a far leva su un effetto esdebita-

⁶⁵ G. D'AMICO, *op. loc. ultt. citt.*

tivo riconducibile al finanziamento all'impresa, anche se non in via indeclinabile, la cogenza della previsione con riferimento alle fattispecie che interessano i consumatori potendo venire convenzionalmente attenuata, nel diverso contesto dell'art. 48 *bis*.

Per questa via, la facoltà riconosciuta alle parti di accordarsi ampliando il diritto del creditore, oltre l'acquisizione del dominio, alla possibilità di soddisfacimento sui restanti beni del patrimonio del debitore contribuirebbe, tramite la valorizzata flessibilità strutturale del tipo negoziale, a una miglior coerenza funzionale con la *ratio legis* sotto il profilo del sicuro incentivo per la banca creditrice⁶⁶.

6. Molteplici sono i problemi interpretativi sollevati da divergenti discipline speciali che si innestano in un *genus* negoziale non tipizzato. E l'analisi dei vari tratti caratterizzanti le diverse figure, quando peculiari al tipo, non può arrestarsi senza averne indagato l'esportabilità alle altre e alla fattispecie generale, in uno sforzo ricostruttivo di sistema che non è possibile obliterare, almeno fino a un ulteriore intervento legislativo, di maggiore respiro, da più parti auspicato⁶⁷, anche se forse non poi così necessario.

Abbiamo già avuto modo di notare il risultato implicitamente raggiunto dalla positivizzazione, sebbene in singoli sottotipi inerenti al settore bancario, della figura, tradizionale e nondimeno assai controversa, della pattuizione marciana. La sua contiguità con il patto commissorio e l'imprevedibilità degli esiti del vaglio giudiziale di meritevolezza hanno determinato l'affermarsi di una incertezza di fondo che ha contribuito alla diffidenza degli operatori del mercato professionale del credito, allontanandolo in molti casi dal ricorso a questa fattispecie⁶⁸.

Ora risultano confermati gli elementi minimi necessari alla con-

⁶⁶ G. D'AMICO, *op. cit.*, 19.

⁶⁷ S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B: il "pasticcio"*, cit., spec. pp. 47 ss. e 51 s.; G. D'AMICO, *La resistibile ascesa*, cit., p. 1 ss. A. DOLMETTA, *La ricerca del "marciano utile"*, cit., pp. 813, 816 e 818; A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, cit., par. 6.

⁶⁸ A. DOLMETTA, *La ricerca del "marciano utile"*, cit., p. 811 s.; N. CIPRIANI, *Appunti*, loc. ult. cit.

figurazione, in generale, dell'accordo commissorio o, se si vuole, *a contrario*, della sua variante marciana, che ha ricevuto il definitivo avallo normativo.

Abbiamo avuto anche modo di evidenziare il nuovo punto di equilibrio tracciato dal legislatore. Anche quando assume la veste di consumatore che stipula con una banca, oggi il debitore si ritiene dotato di sufficiente capacità valutativa circa la convenienza e il significato economico di un atto di disposizione che incide sulla sola componente qualitativa del suo patrimonio, salva la consistenza quantitativa di esso, che non viene incisa oltre il limite segnato dal vincolo assunto col rapporto obbligatorio.

Da ciò deriva, perché ci sia abuso rilevante giuridicamente secondo lo schema dell'art. 2744 c.c., la necessità della duplice incisione del patrimonio del debitore, qualitativa e quantitativa, per effetto del congegno negoziale stipulato col creditore e condizionato all'inadempimento della prestazione dedotta in obbligazione.

Questo è vero, in estrema sintesi, per lo schema effettuale di base, che, come già era avvenuto ad opera della nostra tradizione civilistica⁶⁹, anche l'art. 48 *bis* TUB identifica in un trasferimento della proprietà sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore; ciò peraltro non esclude⁷⁰, con riferimento al *genus*, il ricorso ad un congegno negoziale produttivo di un effetto reale immediato e sottoposto alla condizione risolutiva dell'adempimento del debitore o, ancora, una struttura contrattuale diversamente articolata⁷¹.

Risultano del pari confermate sia la duplice morfologia che può assumere il patto sia la scansione cronologica che può legare quest'ultimo al contratto di finanziamento.

Quanto al primo punto, il riferimento è alla configurazione (positivizzata, sul versante del giudizio di disvalore, nel divieto dell'art. 2744 c.c.) dell'accordo adietto alla garanzia reale tipica del pegno o dell'ipoteca (che la sussistenza delle cautele marciiane riconduce all'alveo della liceità nell'art. 120 *quinqüesdecies* TUB); e quella auto-

⁶⁹ V. ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, cit., p. 51; C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., pp. 52 e 114 ss.

⁷⁰ A. DOLMETTA, *La ricerca del "marciano utile"*, cit., p. 818.

⁷¹ A. LUMINOSO, *op. loc. ultt. citt.*

noma, di creazione giurisprudenziale, che ha ad oggetto un bene non gravato (cui ha tratto spunto il legislatore nell'art. 48 *bis* TUB).

Rispetto al tempo della stipulazione (e salvo sempre il limite dell'anteriorità al verificarsi dell'inadempimento), in linea con il disposto dell'art. 2744 c.c., anche a norma dell'art. 48 *bis*, comma 4, TUB, il patto può essere tanto coevo al sorgere del credito quanto ad esso posteriore.

Avvalorata, poi, si dimostra la linea di demarcazione che segna il confine tra l'illiceità commissoria e la validità conseguente a meritevolezza della variante marciana⁷² e, per questa via, del pari superate si comprovano le perplessità suscitate dal silenzio, sulla rilevanza dello squilibrio patrimoniale, della lettera dell'art. 2744 c.c.

Tanto l'art. 48 *bis*, comma 2, quanto l'art. 120 *quinqüiesdecies*, comma 3, TUB (come pure l'art. 12 *quater* della l. n. 248/2005 sul prestito vitalizio ipotecario), prevedono l'obbligo della banca di corrispondere al finanziato quel che eccede del valore del bene alienato rispetto all'ammontare del credito residuo. Peraltro, sulla determinazione del *quantum* del diritto del debitore, è incontroverso il ricorso a criteri certi e definiti nel procedere a imparziale stima del prezzo corrente del bene con riferimento al tempo successivo all'inadempimento (infatti l'art. 120 *quinqüiesdecies*, comma 4, lett. d), TUB richiama l'art. 696, comma 3, c.p.c.; l'art. 568 c.p.c. è invece richiamato dall'art. 48 *bis*, comma 6, TUB: regole alla cui applicazione analogica al marciano classico nulla sembra ostare)⁷³.

⁷² A scopo riepilogativo degli Autori già citati sul punto, si rinvia a: U. CARNEVALI, *Patto commissorio*, cit., p. 505 ss.; C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., p. 218 s.; U. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto*, cit., p. 146 ss.; A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano*, cit., p. 12; P. GALLO, *Divieto del patto commissorio*, in *Comm. c.c. Gabrielli*, Sub artt. 2643-2783 *ter*, Torino, 2016, p. 972 s.; M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 217 ss.; F. ANELLI, *L'alienazione*, cit., p. 303 ss.; N. CIPRIANI, *Patto commissorio*, cit., p. 209 s.; A. SASSI, *Garanzia del credito*, cit., p. 287 ss.; A. Dolmetta, *La ricerca del «marciano utile»*, cit., p. 816 ss.; M. NATALE, *Lease-back e strutture utili di patto marciano*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2015, p. 1604.

In giurisprudenza, cfr. Cass., n. 5440/2015, cit; Cass., n. 1625/2015, cit.; Cass., n. 10986/2013, cit.; Cass., n. 1273/2005, cit.

⁷³ A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, cit., par. 7.5.

La rimozione delle incertezze che prima rendevano insicuri gli approdi della dottrina e della giurisprudenza che si sono accostate al tema della validità del patto⁷⁴ e incostante la definizione della sua cornice dogmatica elimina la componente di vaghezza insita nella imprevedibilità degli esiti del vaglio giudiziale di meritevolezza sul singolo caso concreto. Con riferimento agli accordi annessi alla generalità dei rapporti di credito, ovvero ai finanziamenti non bancari, tale vaglio rimane necessario, ci sembra, quanto all'accertamento della ricorrenza nel caso specifico di un regolamento negoziale effettivamente atto a veicolare la cautela marciانا e non in quanto idoneo a operare un sindacato di liceità della stessa, *in re ipsa*; quest'ultimo è ora superfluo, come abbiamo già osservato⁷⁵, alla luce della nuova disciplina, sia pure dettata con riferimento ad alcuni sottotipi speciali di convenzione marciانا.

Ancor di maggior pregio risulta la valutazione dello sforzo del legislatore ove si considerino i recenti interventi come aperture a fattispecie sussumibili nella categoria dell'autotutela satisfattiva in relazione a finanziamenti garantiti da beni immobili e o finalizzati all'acquisto di beni immobili. Riguardato nei suoi esiti, tale sforzo rimane ancora lontano da un risultato costruttivo dal respiro sistematico, proprio a causa della carente portata generale delle nuove figure, essendo riservate alle banche e solo in un caso anche a favore di altri enti finanziari, imprese di investimento o di assicurazione. Non-dimeno gli indici normativi ora a disposizione dell'interprete possono compensare in via ermeneutica la mancanza di organicità dell'intervento legislativo.

Sotto questo profilo, abbiamo considerato i contratti di garanzia finanziaria (d.lg. n. 170/2004), che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di denaro e strumenti finanziari (le c.d. attività finanziarie) con funzione di garanzia (art. 1, lett. d) e che sono espressamente collocati al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 2744 c.c. (art. 6)⁷⁶.

⁷⁴ Cfr. N. CIPRIANI, *Il patto marciانا tra discipline di settore*, cit., 194 e 205.

⁷⁵ Cfr., *supra*, cap. I, par. nn. 8 e 13.

⁷⁶ A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciانا*, loc. ult. cit.; P. GALLO,

Anche il prestito vitalizio ipotecario (11 *quaterdecies*, commi da 12 a 12 *quater* della l. 2 dicembre 2005, n. 24, come modificata dalla l. 2 aprile 2015, n. 44) può essere riguardato con interesse da questa prospettiva che, si può dire, dilata fino alla sua massima estensione concettuale la mera sottrazione dell'attività negoziale di debitore e creditore dalle conseguenze caducatorie legate alla violazione del divieto del patto commissorio.

Infatti, consideriamo il diritto concesso al finanziatore del prestito, nel caso di mancato rimborso dello stesso entro dodici mesi dalla morte (o dalla decadenza dal beneficio del termine) del finanziato, di procedere alla vendita dell'immobile ad un valore pari a quello di mercato (previa stima da parte di un perito indipendente, sebbene incaricato dal creditore), al fine di utilizzare le somme ricavate dalla vendita per estinguere il credito vantato in dipendenza del finanziamento stesso. O, ancora, la facoltà concessa all'erede, che è il soggetto fisiologicamente obbligato al rimborso del prestito, di alienare l'immobile in accordo con il finanziatore, facendosi salvo, in entrambe le soluzioni, il diritto riconosciuto al finanziato o ai suoi aventi causa sulle eventuali somme ricavate dalla vendita e non portate a estinzione del credito.

Nelle trame di tale disciplina è del pari possibile rinvenire i contorni di uno strumento (non convenzionale, in questo caso, ma legale) di autosoddisfacimento del creditore, che va a collocarsi lungo la stessa linea direttrice seguita dalla previsione di fattispecie come quelle della vendita della cosa data in pegno (artt. 2796 e 2797 c.c.), nel senso di evitare un arricchimento indebito del creditore.

Abbiamo poi considerato la disciplina del finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato (art. 48 *bis* TUB introdotto dalla l. 30 giugno 2016, n. 119). Alle parti del contratto di credito è dato inserire un patto di cui la banca finanziatrice può avvalersi in caso di inadempimento purché al proprietario del bene sia corrisposta l'eventuale differenza tra il valore di stima del bene e l'ammontare del debito inadempito e delle spese del trasferimento (comma 3).

Divieto di patto commissorio, cit., p. 974; A. CHIANALE, *Qualche pensiero sulle recenti vicende del patto marciano*, in *Riv. not.*, 2014, III, p. 752.

Qui il patto marciano (che può sussistere autonomamente o presentarsi in collegamento con una garanzia ipotecaria) è chiamato a svolgere una duplice funzione, cautelare e autosatisfattiva, strutturata entro i limiti necessari a non far conseguire al creditore più di quel che effettivamente gli sia dovuto⁷⁷.

Analoghe considerazioni possono trarsi dall'esame del credito immobiliare ai consumatori (nuovo art. 120 *quinquies* TUB, introdotto dal d. leg. 21 aprile 2016, n. 72, attuativo della Direttiva n. 2014/17/UE) che consente una inedita modalità di espressione per l'autonomia negoziale delle parti del contratto di finanziamento, alla quale è dato di inserire una clausola espressa per l'ipotesi di inadempimento del consumatore.

In conformità di tale pattuizione, debitore e creditore possono convenire che, acquisito da parte della banca ovvero trasferito a terzi l'immobile oggetto di garanzia, la titolarità di esso o i proventi della vendita di esso determinano l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore derivante dal contratto di credito anche se il valore del bene immobile o l'ammontare dei proventi sia inferiore al debito residuo (art. 120 *quinquiesdecies*, comma 3, TUB).

Due rilievi si rivelano interessanti.

Il primo è che anche in questa figura negoziale si statuisce il diritto del consumatore all'eccedenza del valore dell'immobile (come stimato dal perito) o dell'entità dei proventi della vendita rispetto all'ammontare del debito residuo. Il secondo rilievo è che, lungi dal disporre in deroga espressa dell'art. 2744 c.c. (come per i contratti di garanzia finanziaria), nel caso del credito immobiliare ai consumatori il legislatore ribadisce la vigenza e la necessaria osservanza del divieto del patto commissorio.

Il risultato è comunque sempre quello di veicolare nella variante marciana della convenzione commissoria la liceità di un congegno negoziale di autosoddisfacimento delle ragioni creditorie onde incoraggiare il ricorso a forme di autotutela satisfattiva regolandone nel contempo il funzionamento e gli effetti per sottrarre il debitore dal rischio di incorrere in esiti per lui ingiustamente pregiudizievoli.

⁷⁷ A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano*, loc. ult. cit.

In conclusione e nel complesso, la via seguita dal nostro legislatore si colloca in una posizione di coerenza con quella emergente dall'analisi del contesto giuridico europeo, nel quale è generalmente ammessa la validità del patto marciano entro determinati limiti soggettivi (rapporti d'impresa) e oggettivi (garanzia su denaro, azioni, obbligazioni o crediti)⁷⁸.

Ma l'incentivo che l'apertura ai nuovi strumenti di autotutela esecutiva ha inteso conferire al ricorso al mercato del credito potrebbe venire nella pratica ridimensionato da una serie di considerazioni.

Innanzitutto, e sullo sfondo del confronto con la procedura esecutiva tradizionale che deve segnare la misura, in termini di maggiore attrattività, della reale efficienza delle scelte operate dal legislatore del 2016, rimangono i dubbi connessi alla rapidità effettivamente garantita dai nuovi strumenti di tutela del creditore leso dall'indebitamento del debitore.

Questo è vero in particolare ponendo mente, rispetto ai tempi necessari, in sede di esecuzione coattiva, alla vendita del bene e alla ripartizione del ricavato, a quelli imposti (non tanto dall'espletamento della procedura acquisitiva, ma) da una vantaggiosa collocazione sul mercato immobiliare del bene oggetto del marciano⁷⁹.

L'alternativa alla monetizzazione dell'immobile acquisito, rappresentata per la banca dalla gestione e amministrazione di esso, sia pure per il tramite di quelle società controllate o collegate cui fa riferimento l'art. 48 *bis* TUB, non sembra del pari una soluzione così incentivante la stipulazione di un marciano tipico⁸⁰.

Altro profilo interessante riguarda il paragone con i modelli stranieri. Il legislatore italiano ha certamente pensato di giovare della positiva esperienza anglosassone in tema di esecuzione privatizzata e, a tal fine, ha tratto ispirazione da istituti, come i *reverse mortgages*, che nel contesto di *common law* hanno dimostrato di funzionare bene.

L'opera di emulazione non è stata però portata a compimento e le corrispondenti lacune disciplinari a tutt'oggi presenti nel nostro or-

⁷⁸ M. TRIMARCHI, *The predefault agreement*, cit., p. 83; E. CARBONE, *Patto commissorio e patto marciano*, loc. ult. cit.

⁷⁹ G. D'AMICO, op. cit., p. 28.

⁸⁰ G. D'AMICO, op. loc. ultt. citt.

dinamento provocano inconvenienti pratici che ostacolano, in ultima analisi, il raggiungimento dell'obiettivo perseguito.

A titolo esemplificativo, si ponga mente alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario, richiamata dall'accento al sistema inglese.

Ove si proceda alla vendita del bene ad opera del finanziatore che ha concesso il prestito, non è posto a carico di quest'ultimo alcun obbligo di agire anche nell'interesse degli altri creditori del debitore o di procedere alla ripartizione tra di essi dell'eventuale eccedenza che, nei rapporti con lo stipulante, spetta al debitore⁸¹. Al contrario, al *power to sell*, attribuito dalla disciplina di *common law* al *mortgagee* (e che sottende la facoltà di vendere direttamente e discrezionalmente l'immobile al fine di soddisfare le ragioni creditorie sul ricavato), si accompagna l'obbligo del creditore di comportarsi come *trustee* sulla parte del prezzo che eccede l'estinzione del debito, nell'interesse degli eventuali altri creditori, nella misura segnata dall'ordine di preferenza dei rispettivi diritti e, per ciò che residua, in quello del debitore⁸².

Ora, una analoga previsione che, abbiamo detto, ad oggi manca, non avrebbe avuto effetti dirompenti sul nostro sistema. Va ricordato che già conosciamo ipotesi tipiche nelle quali, nonostante il riconoscimento legislativo di un potere di autotutela unilaterale del creditore e l'assenza di una disciplina del concorso degli altri creditori strettamente intesa⁸³, non sono disconosciuti meccanismi di tutela delle prerogative di questi ultimi.

⁸¹ Propone un'interpretazione dinamica dell'art. 11 *quaterdecies*, comma 12 *quater*, d.l. n. 230/2005 nella parte in cui prevede che siano riconosciute (al soggetto finanziato o) agli aventi causa le somme eventualmente rimanenti, che permetta di rinvenire un simile obbligo del creditore R. LENZI, *Il prestito*, cit., p. 1744 s. (il quale evidenzia anche l'importanza della previsione (art. 48 *bis*, comma 8, TUB) secondo cui il contratto di finanziamento deve indicare il conto corrente bancario, intestato al titolare del diritto reale immobiliare, sul quale il creditore deve accreditare l'importo pari alla differenza tra il valore di stima e l'ammontare del debito inadempito). Cfr. anche M. TATARANO, *Il prestito vitalizio ipotecario*, Relazione al Convegno della Scuola Estiva dell'Associazione Dottorati di Diritto Privato, Contratti e mercato, 8 settembre 2017. Si vedano però le perplessità manifestate da A. CHIANALE, *L'inutilità*, cit., p. 360 s.

⁸² G.O. MANNELLA e G.C. PLATANIA, *op. cit.*, p. 152.

⁸³ M.T. ZANZUCCHI e C. VOCINO, *Diritto processuale civile*, III, *Del pro-*

Pensiamo al caso del concorso dell'espropriazione forzata ordinaria promossa dai creditori chirografari con quella stragiudiziale semplificata di espropriazione del pegno, la quale ultima consente al creditore pignoratizio la vendita coattiva o l'assegnazione del bene o del credito dato in pegno (artt. 2796, 2797, 2798 e 2804 c.c.). Questo bene, invero, non rimane sottratto agli effetti della garanzia generica per il solo fatto che il creditore goda di garanzia ipotecaria o intenda avvalersi di una procedura di esecuzione per autorità privata⁸⁴, salvo il limite della sussistenza di un residuo rispetto alla soddisfazione della garanzia specifica a favore del creditore pignoratizio medesimo⁸⁵.

Ciò che a noi preme sottolineare è che ai creditori è data la facoltà di procedere, ricorrendo al pignoramento presso terzi, all'espropriazione forzata del bene negozialmente assoggettato dal debitore al(garanzia tipica del pegno, nella cui disciplina è dato rinvenire un) meccanismo di esecuzione in via di autotutela.

Ancora, oltre il suddetto limite, il pignoramento effettuato dagli altri creditori prevale sull'esecuzione speciale in via di autotutela del creditore pignoratizio, là dove la procedura espropriativa ordinaria sia posta in essere prima della vendita di cui all'art. 2797 c.c.⁸⁶, la quale viene in tal modo ad essere preclusa⁸⁷.

In tal caso, se non preferisce chiedere la vendita giudiziale, là dove munito di titolo esecutivo, e ottenere in tale contesto la soddisfazione preferenziale che gli compete evitando gli inconvenienti e le inefficienze dell'azione esecutiva ordinaria promossa da altri, al creditore

cesso di esecuzione, Milano, 1964, p. 68; G. DE STEFANO, *Assegnazione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 277; G. GORLA, *Del pegno. Delle ipoteche*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, VI, Bologna, 1973, p. 112; D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, Torino, 1952, p. 13 s.

⁸⁴ T. CARNACINI, *Contributo alla teoria del pignoramento*, Padova, 1936, p. 262; G. VERDE, *Il pignoramento: studio sulla natura e sugli effetti*, Napoli, 1964, p. 321.

⁸⁵ C. PUNZI, *La tutela del terzo*, cit., p. 266.

⁸⁶ A. RAVAZZONI, *Le garanzie dell'obbligazione. Corso di diritto civile*, Parma, 1993, p. 293.

⁸⁷ D. RUBINO, *La responsabilità*, cit., p. 216. *Contra* C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 7, cit., p. 216.

pignoratizio rimane la via dell'intervento nel processo esecutivo giurisdizionale in sede di vendita della cosa nelle forme comuni, che faccia seguito al pignoramento da parte degli altri creditori, per soddisfarsi sul prezzo, in qualità di creditore privilegiato⁸⁸.

Non va dimenticato, infatti, che devono essere avvertiti dell'espropriazione i creditori che sui beni pignorati hanno un diritto di prelazione risultante da pubblici registri⁸⁹, dovendo, in particolare, il creditore pignorante ed entro cinque giorni dal pignoramento, notificare a ciascuno di essi un avviso contenente l'indicazione del creditore pignorante medesimo, del credito per il quale si procede, del titolo e delle cose pignorate. In mancanza della prova di tale notificazione, il giudice non può provvedere sull'istanza di assegnazione o di vendita (art. 498 c.p.c.)⁹⁰.

L'intervento dei creditori nell'esecuzione forzata vale a garantire l'attuazione nel processo di esecuzione del principio della *par condicio creditorum* (art. 2741 c.c.), il quale fa salve le cause legittime di prelazione. Quindi, si vogliono salvaguardare i creditori muniti di diritto di prelazione, favorendone la partecipazione al processo, in considerazione del c.d. effetto purgativo della vendita forzata, che consente all'acquirente di ottenere il bene libero da pesi e vincoli di qualsiasi natura⁹¹.

⁸⁸ L. MONTESANO, *La condanna nel processo civile anche tra privati e pubblica amministrazione*, Napoli, 1957, pp. 101-102.

⁸⁹ Cass., 23 febbraio 2006, n. 4000, in *Riv. esec. forzata*, 2006, 2, p. 422, esclude che l'avviso da dare ai creditori iscritti si riferisca anche all'alienante con patto di riservato dominio ai sensi dell'art. 1524 c.c., non potendosi considerare quest'ultimo, rispetto al compendio pignorato, alla stregua di un creditore che sui beni pignorati ha un diritto di prelazione risultante da pubblici registri.

⁹⁰ C. CONSOLO, *op. cit.*, p. 294.

⁹¹ A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1996, p. 807; G. VERDE e B. CAPPONI, *Profili del processo civile*. III, Napoli, 1998, p. 129. Poiché la disposizione mira a consentire la partecipazione al processo al fine di interloquire sulle modalità della vendita, N. CASTORO, *Il processo di esecuzione nel suo aspetto pratico*, Milano, 2002, p. 216, ritiene che l'avviso può essere omesso là dove la parte avente diritto al medesimo sia già costituita in esso. Tale avviso, peraltro, trova degli equipollenti nelle comunicazioni effettuate dalla cancelleria che consentano una tempestiva partecipazione al processo, per esempio quella del provvedimento di fissazione dell'udienza di autorizzazione alla

Un altro caso emblematico è quello relativo alla cessione dei beni ai creditori (art. 1987 c.c.).

Su di esso torneremo nel prossimo capitolo, per trarre conferma della possibilità, anche per i beni immobili, di una vendita a scopo di soddisfacimento dei creditori senza l'intermediazione dell'autorità giudiziaria. E avremo modo di vedere che si tratta di un contratto autorizzativo di autotutela privata, con funzione solutoria, che costituisce una forma di autotutela convenzionale a scopo satisfattorio perché consente di evitare l'azione esecutiva sui beni del debitore.

Ciò che a noi qui interessa è il diverso aspetto legato al fatto che il creditore ipotecario potrà esercitare i diritti di prelazione e seguito che gli competono, dal momento che in sede di ripartizione della somma ricavata dalla vendita, i cessionari devono far salve le cause di prelazione (art. 1982 c.c.).

Analogamente avviene, anche su questo torneremo, nella liquidazione dell'attivo ereditario ad opera dell'erede che abbia accettato con beneficio di inventario, nel cui contesto i diritti di prelazione vengono fatti valere anche senza l'intervento del giudice (art. 499, comma 2, c.c.). E ciò è vero anche per i creditori garantiti da ipoteca sui beni liquidati (rispetto ai quali l'erede non sia personalmente obbligato) i quali quindi si trovano nella posizione di terzi titolari del bene ipotecato.

Conformemente al loro diritto di sequela, la protezione dei creditori garantiti da cause di prelazione avviene per il tramite dell'esclusione dell'estinzione di queste per effetto dell'alienazione, con l'eccezione del caso in cui l'acquirente usi il prezzo per effettuare il pagamento dei creditori collocati nello stato di graduazione o lo depositi a tale fine.

vendita ex art. 569 c.p.c. (V. ANDRIOLI, *Intervento dei creditori*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 488).

CAPITOLO III

I MECCANISMI TRASLATIVI DELLA PROPRIETÀ DI BENI DEL DEBITORE TRA GARANZIE E AUTOTUTELA ESECUTIVA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il principio di inderogabilità della procedura esecutiva giudiziaria: alla ricerca delle radici storiche del suo fondamento. – 3. Il rapporto tra garanzie reali tipiche e meccanismi traslativi della proprietà di beni del debitore. – 4. La natura giuridica dei diritti reali di garanzia come premessa ... – 5. *Segue.* ... del confronto tra paradigmi effettuali. – 6. Il concetto di garanzia del credito e l'autotutela esecutiva. – 7. L'inquadramento attuale del tema dei rapporti tra la procedura di espropriazione coattiva e i meccanismi traslativi di autosoddisfacimento del creditore. – 8. Le attuali declinazioni normative del concetto di autotutela soddisfattoria.

1. La possibilità, evocata dagli interventi normativi sin qui esaminati, di realizzare la responsabilità patrimoniale del debitore mediante vie altre dall'azione giurisdizionale, in quanto maggiormente funzionali alle esigenze del mercato, impone ora di verificare la generale compatibilità con i principi generali dell'ordinamento delle modalità idonee ad attuare la soddisfazione coattiva dei crediti al fuori della tutela assicurata dal codice di procedura civile.

Lo scopo dell'indagine è il tentativo di ricondurre a sistema le nuove figure di contratti di finanziamento tipicamente strutturati secondo il paradigma marciano.

L'individuazione di una serie di poteri strumentali alla tutela satisfattiva del creditore pecuniario onde realizzare il suo diritto attraverso attività estranee al processo tende ad approdare a una tale eterogeneità di ipotesi e forme negoziali da escludere la configurazione di un potere generale, suscettibile di essere unitariamente considerato, a fondamento delle manifestazioni dell'autotutela esecutiva¹. Queste sembrano piuttosto porsi, ma tale prospettiva merita di essere inda-

¹ G. TARZIA, *L'oggetto del processo di espropriazione*, Milano, 1961, p. 8.

gata, come eccezioni alla regola generale che concede in via esclusiva allo Stato la tutela delle situazioni giuridiche di diritto privato².

Se dunque non può ancora discorrersi di un sistema organico retto da una disciplina di carattere generale e deve constatarsi l'esistenza di poteri autonomi quanto specifici, strumentali al diritto da realizzare, e fondati su norme tassative, vale tuttavia la pena di soffermarsi sulle figure nominate di recente introduzione. Queste sono tutte accomunate dal fatto di autorizzare il soddisfacimento stragiudiziale del credito mediante congegni traslativi della proprietà di beni del debitore i cui effetti sembrano trovare giustificazione proprio in quanto presidiati dalla cautela marciانا.

Ma vi è di più. L'ipotesi da cui muoviamo, e che va sottoposta a verifica, è che non sia corretto riferirsi a tali figure, come alle altre pur eterogenee di autotutela esecutiva, alla stregua di altrettante eccezioni a un principio di inderogabilità della tutela processuale del diritto di credito, in quanto di un siffatto principio non si ritiene dimostrata l'esistenza. Sembra piuttosto possibile pensare a modalità concorrenti e alternative accomunate, in prospettiva funzionale, dall'idoneità a soddisfare coattivamente il credito rimasto inadempito.

2. Nel diritto romano, il ricorso agli atti di difesa privata da parte del creditore leso dall'inadempimento del debitore, forse per un'originaria condizione di debolezza della struttura statuale non in grado di assicurare la gestione delle controversie da parte degli organi pubblici, ha subito un processo di progressivo contenimento, sia quanto alla consistenza tipologica che quanto all'estensione della tutela concretamente perseguibile.

Ciò è avvenuto tramite la riconduzione degli stessi all'interno di modelli formali sottoposti nella fase *in iure* al controllo dell'autorità³,

² L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, Milano, 1971, pp. 38 e 41.

³ G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, I, Bologna, 1946, p. 107; P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1953, p. 610. Cfr., per una visione parzialmente difforme, R. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo*, XXX, p. 553; G. PUGLIESE, *Il processo privato romano*, Roma, 1962, p. 27 s.; F. DE MARTINO, *La*

salvo il limite del ridotto numero di figure tipiche idonee a veicolare il potere di autodifesa finalizzato al conseguimento di un proprio diritto⁴ entro i confini del paradigma processuale.

L'esecuzione personale in danno del debitore pecuniario, prevista dalle XII Tavole tramite la *legis actio per manus iniunctionem*, e quella tramite appropriazione di beni dell'obbligato, nella sussistenza dei presupposti tassativi di applicazione della *legis actio per pignoris capionem*, vengono incise dall'introduzione, che si deve al pretore Publio Rutilio, dell'esecuzione patrimoniale secondo lo schema della *bonorum venditio*⁵.

D'altro canto, all'epoca di Marco Aurelio, il sistema avverte la necessità di reprimere, in un primo momento, i comportamenti del creditore chirografario volti a impossessarsi, anche senza violenza, dei beni immobili del debitore e, successivamente, anche quelli diretti all'appropriazione dei mobili dati in pegno, per i quali viene così esclusa l'apprensione diretta e stragiudiziale.

Per l'affermazione di un principio di obbligatorietà del ricorso all'autorità del giudice si deve però attendere l'assolutismo imperiale e il correlativo rafforzamento dei poteri pubblici nel nuovo Stato centralizzato. L'autotutela esecutiva conosce un alternarsi di soluzioni normative volte a legittimarla o, viceversa, a inibirla nel susseguirsi delle vicende storiche dell'Europa occidentale, con l'affermarsi dei regni romani barbarici che, generalmente, tendono a non stigmatizzarla.

Sebbene presso gli Ostrogoti i pignoramenti e le varie forme di esecuzione stragiudiziale del credito siano vietate a fronte della volontà legislativa di riservare in via esclusiva l'esecuzione agli organi pubblici; nel periodo longobardo, l'editto di Rotari del 643 non positivizza un divieto generale di autotutela, limitando il ricorso alla stessa solo rispetto a singole ipotesi tassativamente stabilite⁶.

giurisdizione nel diritto romano, Padova, 1937, *passim*; G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, Catania, 1980, *passim*.

⁴ L'ipotesi contraria è coperta dalla disciplina delle due *leges Iuliae de vi publica e de vi privata*.

⁵ P. VOCI, *Esecuzione forzata (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1996, p. 423 s.

⁶ G. BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, cit., p. 22; G. FERRARI DALLE

Forme di pignoramento stragiudiziale sono d'altro canto non solo conosciute ma ampiamente praticate⁷. Attraverso di esse al creditore è consentito di appropriarsi direttamente dei beni del debitore senza alcuna preventiva autorizzazione giudiziale né l'intermediazione di un *executor*. E nel caso in cui i beni non siano più presenti in natura nel patrimonio dell'obbligato, gli è dato di perseguire gli stessi presso l'avente causa, entro l'anno dal trasferimento (e con l'osservanza di procedure come l'*appellatio* e la *contestatio* del debitore).

Sono i Glossatori, dopo il Mille, a farsi carico di un'istanza forse sociale e politica, prima che giuridica, volta alla tutela di un diritto dell'obbligato a subire una esecuzione nel rispetto di forme legali, idonee a dare il giusto rilievo agli interessi riconducibili alla sfera giuridica di quest'ultimo. E, per questa via, a sancire il divieto di ogni forma di esecuzione per autorità del privato, in quanto ritenuta fonte di abusi ad opera dei creditori e di turbamento dell'ordine sociale⁸.

Queste brevi notazioni storiche si ricollegano, se pur dalla diversa prospettiva dell'autotutela esecutiva, a quelle svolte nel primo capitolo sui mezzi di reazione contro l'inadempimento, idonei a produrre effetti reali sui beni del debitore, sia nella forma di modalità di attuazione della tutela offerta dalle garanzie tipiche sia in quella di esecuzione di una convenzione commissoria.

Spostiamo ora il nostro angolo visuale, nello specifico, sulle tracce lasciate nei secoli dall'idea di inderogabilità della tutela giurisdizionale.

Abbiamo avuto modo di notare, nella nostra indagine sugli atteggiamenti assunti dal divieto del patto commissorio nelle varie codificazioni, come questi abbiano rivelato caratteri peculiari nella ricorrenza di una garanzia ipotecaria.

Manca, nel *Code Napoleon*, e nei codici che a questo si sono ispirati, un espresso divieto dell'accordo traslativo tra debitore e creditore avente ad oggetto il bene ipotecato.

Tale silenzio legislativo va letto tenendo conto di un altro feno-

SPADE, *L'esecuzione forzata gotica e longobarda*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1954, p. 307.

⁷ G. CASSANDRO, *La tutela dei diritti nell'Alto Medioevo*, Bari, 1950, p. 72 s.

⁸ P. RASI, *Esecuzione forzata (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 436 s.

meno, quello che ha condotto a collocare la realizzazione delle garanzie nel contesto di procedure fissate autoritativamente e rimesse alla gestione esclusiva di organi pubblici.

In Italia, tale fenomeno mostra caratteri meno rigorosi, probabilmente per la radicata influenza dei principi romanistici. Non che, in materia di pegno, non potessero darsi discipline di espropriazione implicanti l'intervento o il controllo della pubblica autorità, soprattutto in funzione di presidio rispetto ad alcune cautele inderogabili poste a tutela della posizione del debitore, ma non si è giunti alla configurazione di una procedura giudiziale necessaria e indefettibile per la realizzazione della garanzia⁹.

Esemplari in tal senso, si rivelano gli statuti bolognesi del 1398. Nell'ipotesi in cui il creditore intenda procedere alla vendita del pegno, in essi si prevede l'obbligo a suo carico di invitare il debitore ad assistere alla vendita¹⁰, anche allo scopo di consentirgli di avvalersi di una dilazione di pagamento¹¹. Ma per la vendita in sé non è data alcuna prescrizione formale. Il bene può dunque essere alienato secondo i modi convenuti, salvo solo il rispetto delle disposizioni contenute negli statuti, previsto a pena di invalidità del negozio traslativo, insanabile pur in presenza dell'accordo di entrambe le parti¹².

Al contrario, nei paesi di diritto germanico, le varie legislazioni locali mostrano particolare attenzione nel disciplinare in modo rigoroso l'intervento degli organi pubblici nelle procedure attraverso le quali il creditore si appropria del bene dato in garanzia.

Si tratta di una esecuzione forzata alla presenza delle autorità locali che, in un primo tempo limitata ad una funzione di mero controllo, specie rispetto al diritto di riscattare il bene che era riconosciuto al debitore per un periodo di tempo limitato, assume progressivamente consistenza tale da sottrarre al creditore il compimento degli atti esecutivi che vengono per contro rimessi a pubblici incari-

⁹ A. PERTILE, *Storia del diritto italiano*, IV, Torino, 1893, pp. 543-545; M. ROBERTI, *Svolgimento storico del diritto privato in Italia*, II, 2, Padova, 1935, p. 214.

¹⁰ Rubr. XCV - *De distractione pignorum*, § 1.

¹¹ Rubr. XCV - *De distractione pignorum*, § 2.

¹² Rubr. XCV - *De distractione pignorum*, § 3.

cati, con l'osservanza di regole procedurali sempre più definite e stringenti.

Ancora nel codice prussiano del 1794, è espressamente sancita la validità dell'accordo avente ad oggetto la vendita stragiudiziale della garanzia (L. I, tit. XX, § 29), purché, nel caso di patto precedente la scadenza del debito, il trasferimento non avvenga ad un prezzo inferiore al valore risultante da una procedura di stima compiuta con l'intervento del debitore (§ 30). E se è sancita l'invalidità del patto commissorio (§ 33), questa non opera però quando il valore del bene è stabilito in un momento successivo all'inadempimento (§ 34).

Nonostante ciò, alle procedure pubbliche si tende a ricorrere, col tempo, anche in sede di realizzazione delle garanzie convenzionali e ciò è avvenuto fino a che si è giunti all'affermazione della non derogabilità delle norme in materia di esecuzione forzata alla stregua di un vero e proprio principio.

Così nel codice civile sassone del 1863 si statuisce che la realizzazione della garanzia debba avvenire secondo un procedimento tipizzato e inderogabile, ad opera delle parti e prima della scadenza dell'obbligazione (§ 383). E nel codice civile germanico è affermata l'invalidità delle convenzioni sulla realizzazione della garanzia ipotecaria in deroga alle procedure di esecuzione forzata (§ 1149) o volte ad escludere, in ipotesi di pegno, il pubblico incanto (§ 1245, 2).

Non è tanto, quindi, una questione di mero divieto del patto commissorio aggiunto a un pegno o a una ipoteca (che pure viene espressamente ribadito proprio con riferimento a queste garanzie tipiche), ma, ben oltre la preclusione relativa all'appropriazione del bene, al creditore pignoratizio o ipotecario è direttamente e inderogabilmente imposto il ricorso a una determinata procedura giudiziale di espropriazione. Sotto questo profilo, anche il diritto consuetudinario francese si mostra poco incline all'accoglimento dei principi romanistici. Già in epoca anteriore al *Code Napoleon*, è in forza di un principio radicatosi in modo generalizzato nella coscienza giuridica che la fase di realizzazione delle garanzie reali implica immancabilmente l'intervento del giudice¹³.

¹³ J.B. DENISART, *Hypothèque*, in *Collection de décisions nouvelles et de no-*

Ora, se tale affermazione è senz'altro vera con riferimento all'ipoteca, la cui realizzazione non può mai ridursi ad un affare da gestire in via privata ad opera del creditore (tant'è che la dottrina francese dell'epoca su di essa tace), è forse possibile riscontrare qualche attenuazione all'inderogabilità convenzionale delle norme sulla procedura espropriativa in tema di pegno manuale.

Qualche autore, infatti, menziona in questo caso gli effetti validamente prodotti dall'accordo volto ad escludere la necessità dell'autorizzazione giudiziale alla vendita del bene dato in pegno, pur restando salve le prescrizioni che impongono la notifica al debitore della vendita stessa nonché la sua effettuazione, pubblicamente, con il ministero di un *Sergent vendeur*¹⁴.

Sempre in materia di pegno perché, con riferimento all'ipoteca, l'espropriazione dell'immobile viene trattata come una questione di procedura civile¹⁵, altri, non considerando sufficiente la mera esclusione convenzionale del ricorso alle formalità giudiziarie, ammettono una vendita amichevole solo qualora le parti l'abbiano espressamente prevista¹⁶.

Quanto al silenzio del *Code Napoleon*, e, ad essere precisi, anche dei lavori preparatori¹⁷, in punto di derogabilità pattizia del procedimento di espropriazione dell'immobile ipotecato, questo è stato inteso come silenzio significativo¹⁸; significativo nel senso della certa esclusione di tale possibilità, nonché della certa inestensibilità alla garanzia ipotecaria, stante la più pregnante considerazione normativa

tions relatives a la jurisprudence actuelle, II, Paris, 1773, n. 17, p. 555; P.A. MERLIN, *Espropriazione forzata*, in *Repertorio di giurisprudenza*, tr. it., VII, Napoli, 1827, § VIII, p. 474.

¹⁴ C. LOYSEAU, *Traité du deguerpissement et delaissement par hypothèque*, in *Les oeuvres de maître Loyseau*, Paris, 1758, l. III, cap. VII, p. 70.

¹⁵ R.J. POTHIER, *De l'hypothèque*, in *Oeuvres de Pothier*, V, Bruxelles, 1831, cap. II, sez. III, p. 455.

¹⁶ R.J. POTHIER, *op. ult. cit.*, cap. IV, art. II, § 1, p. 471.

¹⁷ L.C. JOANNEAU e L.C. SOLON, *Discussions du Code civil dans le Conseil d'Etat*, Paris, p. 1805; Cfr. *Motivi, rapporti e discussioni che si fecero al corpo legislativo francese per la formazione del codice Napoleone*, tr. it., VIII, Milano, 1807, p. 68.

¹⁸ P.A. MERLIN, *Espropriazione forzata*, cit., pp. 473-481.

degli immobili rispetto ai beni mobili, della norma sulla derogabilità alle formalità del pignoramento (art. 2078 c.c.).

E quanto al silenzio dello stesso *Code* (cui abbiamo fatto cenno all'inizio di questo paragrafo), come già della legge ipotecaria precedente (dell'11 brumale 1798), in punto di divieto del patto commissorio ipotecario, non soltanto i compilatori in tal modo hanno mostrato di attenersi all'orientamento pacificamente condiviso dalla dottrina francese contemporanea, ma hanno obliterato una previsione che, come abbiamo notato, sarebbe stata sovrabbondante; non si è trattato semplicemente di porre un limite alla possibilità di rimettere la realizzazione delle garanzie reali all'autorità privata del creditore, ma a dirittura di vincolare tale realizzazione all'osservanza di un procedimento giudiziale rigorosamente disciplinato.

L'eludibilità della procedura di esecuzione sui beni gravati da ipoteca diventa oggetto del dibattito dottrinale in Francia successivamente all'emanazione del *Code*. Si afferma dunque la posizione di chi argomenta per analogia dall'espresso divieto del patto commissorio sul bene oggetto di pegno o anticresi¹⁹, non essendo l'ipoteca che una specie di pegno²⁰, anche se pure in tale contesto si riconosce comunque la necessità di preservare un nucleo precettivo minimo non disponibile a salvaguardia della posizione del debitore. Accanto a questo orientamento, non manca chi nega l'assimilabilità delle fattispecie sottese alle diverse garanzie reali, salvando dalla censura di invalidità la convenzione traslativa avente ad oggetto l'immobile ipotecato in quanto sussumibile nello schema della vendita condizionale²¹.

Il contesto del dibattito spesso è fornito dal problema della ammissibilità, nel sistema delineato dal *Code*, della clausola di esecuzione parata; e sebbene questa, nell'argomentare della dottrina, finisce per assumere il contenuto tipizzato di consenso alla vendita all'incanto per mezzo di notaio, fornisce comunque l'occasione per in-

¹⁹ E. GARSONNET, *Trattato teorico e pratico di procedura civile*, tr. it., IV, Milano, 1916, n. 1255, pp. 91-92.

²⁰ J.C. PERSIL, *Questions sur les privilèges et hypothèques, saisie immobilières, et orders*, Bruxelles, 1834, p. 229.

²¹ Dalloz, *Privileges et hypothèques*, in *Répertoire*, XXXVII, 1858, n. 1790, p. 597 e *Nantissement*, *ivi*, nn. 276-277, pp. 487-488.

dagare sull'individuazione dei limiti invalicabili all'esplicazione dell'autonomia privata delle parti nel settore della realizzazione forzata dei crediti garantiti.

Nella menzionata accezione di mezzo atto a consentire la vendita all'incanto dinanzi a notaio nominato dal Presidente del Tribunale, anche la legge belga del 15 agosto 1854 considera valida la clausola di esecuzione parata, ma solo a condizione di essere oggetto di adeguate forme di pubblicità risultanti dall'iscrizione ipotecaria e solo a beneficio del primo dei creditori iscritti.

Optando invece per la posizione di maggior severità, la legge francese del 2 giugno 1841 incide l'art. 742 del codice di procedura civile in senso contrario alla validità degli accordi con i quali le parti mirano a sottrarre alle formalità prescritte per il pignoramento degli immobili la realizzazione delle garanzie immobiliari²².

A ulteriore riprova della irrilevanza sostanziale della questione legata al patto commissorio ipotecario, da tali ultimi dati emerge la rigida tipizzazione di cui, in questa fase, è stata fatta oggetto l'ipoteca, in punto di prescrizioni formali e di ricadute effettuali, soprattutto con riferimento alla fase realizzativa dei diritti del creditore garantito, la quale necessariamente passa attraverso la pubblica vendita.

Se pur dunque non si disdegna la preannunciata indagine sui confini dell'autonomia privata dei soggetti del rapporto obbligatorio in deroga al procedimento di espropriazione, essa non fa che implicitamente confermare (e in questo senso viene condotta dagli autori dell'epoca che in tale contesto concettuale di riferimento traggono le categorie ordinanti del loro pensiero), da un lato, la necessaria osservanza, come regola generale, di tale procedura e, dall'altro, l'invalidità degli accordi che per contenuto finiscono per travalicare i limiti che segnano i confini medesimi.

Torniamo ora a considerare l'elaborazione sviluppatasi intorno al divieto della clausola di esecuzione parata, modificativa della procedura espropriativa.

Essa rileva in particolare in collegamento col tema del patto commissorio ipotecario, il quale si arriva a considerare lecito proprio per-

²² M. SELIGMAN, *Les réformes dont notre procédure civile*, Paris, 1855, pp. 326-327.

ché inteso non nella prospettiva della (deroga alla) procedura di realizzazione dell'ipoteca, ma in quella, ben diversa, di negozio stipulato tra debitore garante e creditore garantito integrante una fattispecie tipica di compravendita (talora anche di dazione in pagamento) condizionata²³.

In altri termini, il negozio è lecito (e, quel che più conta, sottratto al necessario rispetto delle formalità di cui all'art. 742 c.p.c.) perché è diretto non a regolare l'esecuzione forzata sul bene ipotecato, ma a produrre gli effetti di una alienazione liberamente stipulata dal debitore a favore del creditore. E l'alienazione del bene gravato da ipoteca, pur quando l'effetto traslativo viene ad essere condizionato all'inadempimento dell'alienante, nella sua qualità di debitore dell'acquirente, non rappresenta (e non va di conseguenza sottoposto alla relativa disciplina giuridica) realizzazione del diritto reale di garanzia.

Se, dunque, ponendo mente all'ipotesi del pegno, la mancanza di formalità certe per la sua costituzione può condurre a ritenere venuta ad esistenza la garanzia in forza dell'atto di consegna del bene al creditore e ad assimilare il comportamento che rappresenta attuazione dell'alienazione commissoria alla realizzazione del diritto pignoratizio, non è così ove ricorra una garanzia immobiliare.

L'estraneità degli effetti del patto commissorio dall'iscrizione ipotecaria, unitamente all'alterità del diritto attribuito al creditore rispetto all'esecuzione del bene ipotecato, per effetto della sussunzione della convenzione tra le parti nello schema tipico della vendita, rende quest'ultima lecita in quanto fattispecie aliena da quella coperta dal divieto dell'art. 742 c.p.c.

La via scelta dal *Code Napoleon* viene seguita dai codici italiani preunitari; quanto alla disciplina relativa alla clausola di esecuzione parata, essa non si ritrova nel codice di procedura del 1860. Questo silenzio induce ad opinare per un'autonomia negoziale alla quale non è precluso esplicitarsi tramite convenzioni derogatorie alla procedura di espropriazione, salvo il limite generale dell'intento fraudolento o

²³ G. BAUDRY-LACANTINERIE e P. DE LOYNES, *Del pegno*, cit., II, n. 1291, pp. 403-404.

della violazione dei principi della ragione o del diritto. In questa clausola di salvaguardia si fa rientrare il patto commissorio, il quale però viene tenuto distinto dalla vendita condizionata per un prezzo determinato a mezzo di valutazione peritale²⁴.

Si badi, tuttavia, che la citata interpretazione, specie a fronte delle incertezze rimaste aperte sul tema nel contesto belga e francese, non vale a concludere per una precisa e indiscussa presa di posizione in tal senso da parte del legislatore italiano rimasto silente.

Il codice civile del 1865 vieta il patto commissorio accedente ad anticresi (art. 1894); quanto al pegno, si commina la nullità dell'accordo che autorizza il creditore ad appropriarsi del bene dato in garanzia o a disporre di esso senza il rispetto delle formalità di legge (art. 1884, comma 2).

Come abbiamo osservato in apertura di questo paragrafo, in luogo di tenere distinte le due questioni, quella di una non derogabilità della procedura di realizzazione dell'ipoteca ad opera dell'autonomia privata dei soggetti del rapporto obbligatorio e quella relativa al(le ragioni giustificatrici del) divieto del patto commissorio, inteso come alienazione condizionata, in fase di elaborazione del vigente codice si ripropone il problema intorno all'art. 2744 c.c. come necessità di colmare la lacuna dispositiva del codice precedente mediante l'espressa previsione del divieto anche per il patto avente ad oggetto un bene ipotecato.

Il sostegno argomentativo di questa soluzione si fonda essenzialmente sulle difficoltà legate a ottenere tale risultato per via interpretativa²⁵.

Infatti, da un lato, esso non può riposare esclusivamente sull'elemento dello squilibrio sinallagmatico del negozio di alienazione del bene già gravato da ipoteca e questo per la presenza nel sistema di una norma specifica che, a presidio della tutela dell'alienante, pone il rimedio della rescissione²⁶.

²⁴ P.S. MANCINI, G. PISANELLI e A. SCIALOJA, *Commentario del codice di procedura civile per gli Stati sardi*, V, 1, Torino, 1858, pp. 410-412.

²⁵ F. ATZERI, *Il patto commissorio relativo alla garanzia sugli immobili*, in *Giur. sarda*, 1926, p. 41 s.

²⁶ A. BUTERA, *Il patto commissorio nel mutuo ipotecario*, in *Giur. it.*, 1918,

Dall'altro, la giustificazione di tale soluzione si fonda sostanzialmente sulla ritenuta ricorrenza, anche nella fattispecie non contemplata, di una *eadem ratio*, fondata e sulla tutela del debitore, soggetto debole che versa in una situazione di svantaggio tale da impedirgli di valutare consapevolmente, con una volontà piena e non incisa dal bisogno economico, la convenienza dell'operazione negoziale complessivamente considerata; e, conseguentemente, sull'immoralità del patto, là dove si pone come mezzo di coartazione dell'alienante debitore²⁷.

Visto, però, il divieto di applicare analogicamente una norma di natura eccezionale, quale è quella limitativa del potere dispositivo dei privati²⁸, al suddetto procedimento ermeneutico, che pure si basa evidentemente sul meccanismo analogico, si tenta di far assumere la veste di una interpretazione estensiva²⁹.

L'ostacolo posto dalle preleggi prevale infine nella giurisprudenza della Cassazione degli anni Venti del secolo scorso³⁰, fino a una riaffermazione del giudizio di illiceità successivamente all'entrata in vigore del codice del 1942³¹.

È interessante, ai nostri fini, considerare sempre le argomentazioni su cui si basano le conclusioni della Suprema Corte: infatti, accanto a un riferimento all'interesse di tutelare gli altri creditori del debitore, ritorna il principio della inammissibilità di forme di realiz-

I, p. 501 s.; M. MARTORANA, *Del patto commissorio nel mutuo ipotecario*, in *La Corte di Cass.*, 1925, p. 1307s.

²⁷ G. APICELLA, *Mutuo*, in *Dig. it.*, XV, Torino, 1929, n.2, n. 48, p. 1198 s.

²⁸ G. PUGLIESE, *Nullità*, cit., p. 161; ID., *Intorno alla validità*, cit., pp. 1066-1068; A. DE MARTINI, *Il concetto del negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia*, in *Giur. it.*, 1946, I, 2, p. 327; F. CARRESI, *Brevi note sul contratto di mutuo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, p. 346. *Contra* S. PUGLIATTI, *Precisazioni*, cit., p. 361.

²⁹ G. ROTONDI, *Gli atti in frode alla legge nella dottrina romana e nella sua evoluzione posteriore*, Torino, 1911, p. 186; E. SACCHI, *Contratto di mutuo patto commissorio*, in *Giur. it.*, 1923, I, p. 803 s.; B. BRUGI, *Patto commissorio*, cit., p. 46; A. GIOVENE, *Patto commissorio illecito e vendita condizionale lecita*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, II, p. 843.

³⁰ Sulla liceità del patto commissorio sul bene ipotecato Cass., sez. un., 18 luglio 1923, in *Riv. dir. comm.*, 1924, II, p. 233, che segna l'avvio di un orientamento costantemente seguito dalle corti per vent'anni.

³¹ Cass., 16 aprile 1945, n. 259, in *Giur. Cass. civ.*, 1945, I, p. 156.

zazione del credito diverse dalle regole procedurali dell'esecuzione forzata.

Si afferma, così, che al soddisfacimento delle ragioni del creditore non si può giungere che attraverso due vie: l'esecuzione volontaria della prestazione dedotta in obbligazione da parte del debitore, che tiene, in tal modo, un comportamento integrante adempimento, oppure la realizzazione del diritto di credito che opera sul patrimonio dell'obbligato, la quale può però avvenire solo ed esclusivamente attraverso l'utilizzo di quei mezzi che sono a tal fine predisposti dall'ordinamento giuridico.

Ecco che ogni altra forma di realizzazione non spontanea del credito, compresa l'appropriazione da parte del creditore di un bene offerto in garanzia sulla base di un accordo col debitore e secondo l'intenzione delle parti, in quanto oblitera il necessario intervento dell'autorità degli organi dello Stato, deve considerarsi, in quanto tale, contraria alla legge.

3. Rispetto all'ostacolo che il principio di inderogabilità delle procedure di espropriazione forzata pone alla edificazione di un sistema costruito intorno (agli strumenti di autotutela esecutiva del credito, almeno con riferimento, e a partire, d)ai nuovi contratti di finanziamento bancario assistiti da meccanismi traslativi della proprietà dei beni del debitore, si tratta in primo luogo di capire se tali meccanismi integrino nuovi modelli di garanzie reali del credito da affiancare a quelli tipici³².

Ciò è importante perché la sede normale di realizzazione della tutela offerta dalle garanzie reali è quella giurisdizionale, cui il creditore accede esercitando il suo diritto all'esecuzione forzata connesso all'inadempimento; in tale sede, infatti, egli farà valere i diritti di prelazione e di seguito in cui si sostanzia tipicamente il contenuto delle garanzie.

Ritenere che i meccanismi marciati di recente introduzione vadano ad incrementare il novero delle garanzie tipiche ha un significato ben preciso.

³² La nostra analisi prende le mosse dalle riflessioni condotte da C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., *passim*, da cui però ci si allontana negli esiti.

Poiché essi attribuiscono al creditore insoddisfatto una serie di diritti e facoltà dal cui esercizio deriva il conseguimento diretto e immediato dell'esecuzione per vie diverse dall'azione giurisdizionale, dalla cennata premessa in punto di qualificazione discende la conseguenza, in termini di inquadramento sistematico, di una loro collocazione accanto ad altre procedure esecutive speciali a carattere negoziale (attinenti appunto alla realizzazione di garanzie e) integranti isolate e frammentarie manifestazioni di un potere di autotutela (a titolo esemplificativo, pensiamo alle fattispecie di cui agli artt. 1960, 2797, 2798 e 1987 c.c.).

Ma non più di questo.

Essi andrebbero considerati alla stregua di eccezioni alla regola della generale realizzazione della tutela connessa alle garanzie reali per mezzo del processo di esecuzione. Il che, peraltro, non gioverebbe al progredire dell'indagine intorno alla effettiva sussistenza di un principio inderogabilità delle procedure di espropriazione forzata.

Infatti, altro è dire che sono le garanzie tipiche a non potersi attuare, salvo eccezioni, che nel contesto della procedura disciplinata dal codice di rito. Altro è dire che è il credito inadempito a non potersi realizzare coattivamente al di fuori di quel contesto procedimentale.

Da ciò deriva la necessità di sottoporre a verifica il rapporto tra garanzie reali tipiche e, in generale, i meccanismi traslativi della proprietà dei beni del debitore.

Il riferimento codicistico del divieto del patto commissorio ai contratti nominati di garanzia può essere un buon punto di partenza per le nostre riflessioni.

Le brevi notazioni di carattere storico svolte nel paragrafo precedente ci mostrano come tale riferimento, in realtà, non faccia che riprodurre uno schema tradizionale. Nondimeno, possiamo tentare di leggerlo oggi tenendo conto di come si sia nel frattempo evoluto il significato originario dei termini evocati dalle disposizioni normative. E, con questo obiettivo in mente, concentrarci sulla relazione tra la convenzione vietata e la struttura delle garanzie tipiche, così come questa si configura nell'attuale ordinamento giuridico³³.

³³ C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., *passim*.

L'assenza nel codice abrogato di un divieto espresso con riferimento all'ipoteca ha finito col condizionare il pensiero di dottrina e giurisprudenza nella formulazione di quello che è stato per molto tempo considerato *il* problema relativo al patto commissorio: ovvero se la preclusione normativa del ricorso ad esso potesse estendersi agli accordi accidenti alla garanzia reale immobiliare.

La circostanza poi che il vigente codice abbia vietato (anche) il patto adietto all'ipoteca assume il significato di prendere posizione sulla questione così come essa era stata formulata e getta le basi per un'ulteriore evoluzione del medesimo modo di ragionare: ovvero se l'esistenza di un rapporto nominato di garanzia reale sia elemento costitutivo della fattispecie vietata oppure possa darsi una illiceità, anche in mancanza di pegno, ipoteca o anticresi, del negozio traslativo della proprietà i cui effetti siano condizionati all'inadempimento del debitore.

La prevalenza di quest'ultima soluzione, in seno alla dottrina e alla giurisprudenza, ha tuttavia dovuto ricercare altrove le basi del suo sostegno argomentativo; e, in particolare, ha dovuto mutuare i concetti dell'interpretazione estensiva o analogica e così passare attraverso il riscontro di una equivalenza nella situazione economica sottesa alla vicenda tipica e a quella in essa non espressamente contemplata, fino al richiamo alle finalità perseguite dalla legge nella positivizzazione del divieto.

È evidente però come l'aver impostato in questi termini il problema abbia finito col porre in secondo piano la questione della posizione che assume la convenzione commissoria rispetto ai contratti tipici di garanzia. Questione che invece ci appare essenziale³⁴.

Ora, è dato in primo luogo di scorgere un nesso di alternatività tra l'esecuzione del patto e il ricorso alle procedure giudiziali previste dalla legge per la realizzazione dei diritti di garanzia. Ciò significa che o il patto attua un rapporto diverso da quelli sussumibili nei contratti di garanzia, rapporto che dunque necessariamente riposa su forme di realizzazione differenti; e allora diventa difficile concepire il

³⁴ C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., p. 3.

vincolo di garanzia alla stregua di elemento costitutivo del patto, trovando conferma la rilevanza del patto autonomo.

Oppure il patto si pone esso stesso come modalità propria di realizzazione del rapporto tipico di garanzia; come modalità che si sovrappone, sostituendosi, alle procedure esecutive ordinarie. In tal caso, però, si deve comprendere come il patto si inserisca nella struttura del vincolo di garanzia³⁵.

Peraltro, rispetto a quest'ultimo profilo, dalla premessa che vede il patto come parte del contenuto del contratto di garanzia, e salva la diversa ipotesi dell'accordo accedente alla proroga della scadenza del termine di pagamento³⁶, si giunge alle note conseguenze in termini limiti all'estensione degli effetti caducatori derivanti dall'applicazione della disciplina della nullità parziale (art. 1419 c.c.)³⁷.

La sussunzione del patto nello schema strutturale della vendita condizionata, se per alcuno non esclude che esso possa considerarsi ugualmente parte del contenuto del contratto di garanzia, in quanto strumentale al soddisfacimento dell'obbligazione inadempita a favore dell'acquirente, nella sua qualità di creditore ipotecario o pignoratizio³⁸, induce per altro verso all'individuazione in esso, a giustificazione necessaria dell'operatività del divieto, sí di una autonoma figura negoziale, ma collegata al contratto di garanzia da un nesso di accessorietà³⁹.

Che però il patto debba logicamente giustificarsi, da un punto di vista oggettivo, come una realizzazione del rapporto di garanzia, assunto quest'ultimo a presupposto indefettibile del primo (il che do-

³⁵ Vi è chi ritiene che esso debba necessariamente essere oggettivato in una clausola del contratto di garanzia, con la conseguenza di ritenere essenziale la contemporaneità della convenzione commissoria rispetto al negozio costitutivo della garanzia: cfr. F. LAURENT, *Principii di diritto civile*, tr. it., XXVIII, Milano, 1879, n. 519, p. 397; C. VIVANTE, *Trattato*, cit., n. 1800, p. 347; V. LOJACONO, *Il patto commissorio*, cit., p. 21; D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, II, Torino, 1955, n. 675, p. 139.

³⁶ V. ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, cit., p. 56.

³⁷ V. LOJACONO, *op. ult. cit.*, pp. 40-42.

³⁸ G. MIRABELLI, *Del diritto dei terzi secondo il codice civile italiano*, Torino, 1889, pp. 599 e 605.

³⁹ B. BRUGI, *Patto commissorio*, cit., p. 399.

vrebbe essere se riteniamo sussistente il menzionato nesso di accessorieta' tra negozi giuridici diversi) rimane un argomento da dimostrare. E sembra a dirittura da escludersi se si pone mente al fatto, cui abbiamo gia' fatto cenno, che la realizzazione dei vincoli di garanzia normalmente si basa non tanto su peculiari poteri attribuiti dallo stesso diritto di garanzia al titolare, ma sul diritto all'esecuzione forzata, che ha come presupposto solo l'esistenza dell'obbligazione inadempita⁴⁰.

Tornando allora al nostro tema del rapporto tra il patto commissorio e i diritti tipici di garanzia reale, riteniamo di escludere che con la stipulazione di esso le parti abbiano voluto costituire una posizione di garanzia (che nelle positivizzazioni del divieto e' gia' costituita) o incidere su di essa (non si ravvisa infatti un rapporto tra l'attuazione del patto e l'esecuzione della garanzia; che, anzi la prima preclude il ricorso alle normali procedure di realizzazione del vincolo di garanzia).

Si rende tuttavia necessario, per dar conto di questa posizione, un confronto tra situazioni giuridiche soggettive, quella in cui si concretizza l'esplicazione della tutela sottesa alle garanzie reali nominate (nel mutato significato che esse rivestono nel contesto giuridico attuale) e quella che discende dall'attuazione del patto commissorio, nel contenuto tipico emergente dalla norma proibitiva.

Gli esiti dell'indagine sulla natura delle garanzie, in altri termini, servira' a chiarire se il patto possa o meno integrare una forma di realizzazione dei vincoli tipici implicati da esse (nonche' a ricercare una giustificazione dogmatica piu' rigorosa dell'illiceita' del patto commissorio autonomo)⁴¹.

4. Il rapporto tra (contratti costitutivi di) diritti tipici di garanzia reale e (divieto del) patto commissorio e' stato tanto presente nella mente dei giuristi sin dal vigore del codice abrogato da orientare piu' o meno consapevolmente anche le costruzioni teoriche sviluppatesi intorno alla natura giuridica dei primi.

Cio' e' ben evidente nel ricorso, presente anche nella dottrina te-

⁴⁰ C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., p. 7.

⁴¹ C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 9.

desca più risalente⁴², al concetto di alienazione, nei limiti dell'ammontare del credito garantito, del valore del bene dato in garanzia⁴³. Da tale concetto si fa discendere l'incompatibilità (che viene posta a giustificazione logica del divieto) con una convenzione che è volta ad alterare l'esercizio del diritto derivante dal contratto di garanzia; ovvero che, in attuazione (alternativa alla procedura espropriativa giudiziale) del vincolo di garanzia, che trova titolo in quel contratto, trasferisce il diritto di proprietà sulla cosa medesima⁴⁴.

In altri termini, compravendita e ipoteca avrebbero ad oggetto diritti tra loro incompatibili che non possono coesistere in capo al medesimo titolare.

Ora, innanzi a tutto, il valore non è, in sé, un bene giuridico suscettibile di soddisfare i requisiti dell'oggetto del contratto di alienazione o dell'oggetto del contratto di garanzia (nemmeno ove inteso come qualità della cosa)⁴⁵, essendo solo una entità che vale ad esprimere in una certa misura la valutazione del bene cui si riferisce⁴⁶.

Oltre a ciò, dal mero dato dell'assunta incompatibilità tra due rapporti, garanzia tipica e patto commissorio, non sarebbe dato inferire la nullità di quest'ultimo in via automatica; in un modo che prescinda, cioè, dall'individuazione caso per caso di quello che è il rapporto concretamente sorretto dall'effettiva volontà delle parti⁴⁷.

Questo è vero a meno che non si ragioni, invece, su una incom-

⁴² F.P. BREMER, *Das Pfandrecht und die Pfandobjecte: Eine dogmatische Untersuchung auf Grundlage des gemeinen Rechts*, Leipzig, 1867, p. 62.

⁴³ G.P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, I, Torino, 1917, n. 2, 4, n. 3, 5-6, e *passim*; Id., *Ipoteca*, cit., p. 708.

⁴⁴ T. CUTURI, *Della vendita, della cessione e della permuta*, Napoli-Torino, 1923, n. 158, p. 578.

⁴⁵ A. EXNER, *Kritik des Pfandrechtsbegriffes nach römischem Recht*, Leipzig, 1873, pp. 32-33.

⁴⁶ D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1956, p. 6, nt. 4; L. COVIELLO, *Delle ipoteche nel diritto civile italiano*, Roma, 1936, p. 3; G. GORLA, *Le garanzie*, cit., p. 83; M. GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, Milano, 1940, pp. 153-154; L. BARASSI, *I diritti reali limitati*, Milano, 1947, p. 32; Id., *Diritti reali e possesso*, I, Milano 1952, p. 81.

⁴⁷ C.M. BIANCA, *op. loc. ultt. citt.*

patibilità (non tanto e non più tra diritti, ma) tra l'effetto traslativo scaturente dal patto e il giudizio di meritevolezza (o il fondamento di giustizia⁴⁸) sotteso alla tipizzazione dei mezzi di garanzia previsti dalla legge; tale conclusione però prescinde dalla definizione data in merito alla natura giuridica della garanzia⁴⁹.

Il riferimento al valore si è dato, sempre a partire dall'elaborazione dottrinale germanica, anche nella diversa accezione di diritto (quello di garanzia) di realizzare dal bene una somma di denaro mediante l'alienazione di esso. Il valore non è qui inteso come oggetto immediato del diritto, ma vale comunque a caratterizzarne il contenuto in quanto funzionalizza la relazione con la cosa in vista della idoneità di quest'ultima a procurare al titolare del diritto stesso un determinato valore economico.

Escluso dunque che pegno o ipoteca possano avere come oggetto un diritto al conseguimento del bene, essi sottendono il diritto di ottenere, per il tramite della somma di denaro che si può realizzare con il bene stesso, la soddisfazione preferenziale del credito.

La critica a questa concezione risulta più semplice ove essa si trasponga nella cornice sistematica del nostro diritto positivo (in Germania, infatti, la dottrina vi ha costruito intorno una autonoma categoria di diritto reale) e la si collochi nel contesto dell'analisi strutturale dei diritti di garanzia.

Annoverare tra gli effetti della garanzia l'assoggettamento del valore della cosa e sostenere che la stessa abbia per oggetto il diritto di realizzare e far proprio tale valore⁵⁰ è ben diverso dall'identificarne l'oggetto nel ricavato della vendita del bene, dato che il prezzo della vendita della cosa è un'entità futura, non un'entità presente alla stregua di un qualche tipo di qualità della cosa offerta in garanzia.

La garanzia sarebbe allora un diritto che non si fa valere direttamente sulla cosa⁵¹, se non in quanto la prima ha per contenuto, in luogo

⁴⁸ G.P. CHIRONI, *Ipoteca*, cit., pp. 709-710.

⁴⁹ C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., p. 11.

⁵⁰ A. ROCCO, *Studi sulla teoria generale del fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1910, I, pp. 690-691; L. COVIELLO, *Delle ipoteche*, cit., p. 3; D. RUBINO, *L'ipoteca*, cit., p. 6.

⁵¹ A. RAVÀ, *Istituzioni di diritto privato*, Padova, 1937, pp. 458-459.

del valore d'uso, il valore di scambio della cosa stessa⁵². La garanzia, infatti, si esplica in una facoltà di utilizzazione indiretta della cosa, cioè nella facoltà di assicurare la realizzazione da essa di un valore di scambio (ovvero il prezzo che si può conseguire alienandola) per soddisfare un altro diritto, che è il diritto di credito rimasto inadempito. È dunque un diritto in cui l'interesse del titolare è soddisfatto ricavando una specifica utilità dalla cosa attraverso lo sfruttamento della sua attitudine ad essere scambiata contro una somma di denaro⁵³.

A ben vedere, però, qualsiasi concezione relativa al fondamento delle garanzie reali che, ammettendo unicamente il soddisfacimento dell'interesse creditorio mediante apprensione del ricavato della vendita del bene, valga ad escludere ogni diretta pretesa del creditore sulla *res*, non appare pienamente in linea con la disciplina positiva del nostro codice.

Basti solo pensare (per ora valga un cenno, ma sul punto torneremo presto, più diffusamente) al diritto riconosciuto al creditore pignoratizio di domandare al giudice, anziché la vendita, l'assegnazione della cosa in pagamento (art. 2798 c.c. e, ancor prima, art. 1884 c.c. abrogato). In tal caso il creditore esercita un potere di iniziativa che è sottratto a qualsiasi sindacato, sia del giudice sia del debitore⁵⁴.

Questo esempio vale intanto a mostrare come l'attribuzione della cosa può concepirsi anche come strumentale alla realizzazione di un valore, quindi la distinzione tra diritti che vincolano il bene per la realizzazione di un valore e diritti che si esplicano in pretese direttamente esercitabili sulla sostanza del bene non appare persuasiva.

Certo, il riferimento alla pretesa avente ad oggetto una somma può esser letto nella prospettiva che collega la realizzazione della garanzia alla soddisfazione del sottostante credito pecuniario; ma la liquidazione di quest'ultimo in denaro, pur rientrando nella struttura, che stiamo indagando, delle garanzie tipiche non è elemento peculiare e distintivo di esse soltanto. Essa è piuttosto una conseguenza che la legge prevede debba discendere dall'esistenza (non di una ga-

⁵² F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, 2, Milano, 1950, p. 77.

⁵³ C. SCUTO, *Istituzioni di diritto privato*, Napoli, 1952, I, 2, pp. 9-10.

⁵⁴ Cass., 24 giugno 1963, n. 1711, in *Foro it.*, 1963, 1, c. 19025.

ranza reale tipica, ma) di un debito non adempiuto. Né, correlativamente, come evidenzia l'assegnazione della cosa data in pegno, tale liquidazione può essere intesa come unico mezzo per la soddisfazione delle ragioni creditorie.

Il credito che esige soddisfazione e il contenuto della garanzia, pur funzionalizzato al soddisfacimento del primo, vanno allora tenuti concettualmente distinti e lo dimostra bene l'istituto sopra menzionato dell'assegnazione, che si pone come mezzo attraverso il quale l'acquisto del bene da parte del creditore viene disposto proprio in funzione satisfattiva del credito originario rimasto inadempito.

In tal caso, non rileva la diversità oggettiva tra quest'ultimo o l'eventuale obbligazione risarcitoria, e la *res* assegnata, in quanto l'atto di assegnazione si fonda proprio sul preventivo accertamento della corrispondenza tra il valore della prestazione dovuta e il valore del bene attribuito⁵⁵.

Ecco riemergere, nell'indagine strutturale sulle garanzie reali, la rilevanza del bene nel suo valore di scambio, ma senza che debbano più rilevarsi profili di incompatibilità con l'apprensione della cosa, che è appunto funzionalizzata alla soddisfazione dell'interesse creditorio⁵⁶.

Se si scorge nell'assegnazione uno strumento di espropriazione forzata per la soddisfazione del credito, essa non muta la sua natura sostanziale per il solo fatto di essere oggetto di una pretesa del creditore sul bene in forza potere attribuitogli dalla legge in materia di pegno (art. 2798 c.c.).

Quanto all'espropriazione immobiliare, la nuova disciplina (art. 590 c.p.c. così come modificato dal d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito nella l. n. 132/2015), espungendo il riferimento all'incanto (ora previsto in seguito, per il caso in cui non vi siano domande di assegnazione o il giudice dell'esecuzione decida di non accoglierle, ai sensi dell'art. 591 c.p.c.), prevede che se la vendita (senza incanto o tramite commissario dei beni pignorati) non ha luogo per mancanza di offerte e vi sono domande di assegnazione, il giudice provvede su

⁵⁵ C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., p. 22.

⁵⁶ C.M. BIANCA, *ibidem*.

di esse fissando il termine entro il quale l'assegnatario deve versare l'eventuale conguaglio.

Tanto nel precedente che nel nuovo regime conseguente alla riforma, infruttuosamente esperita la vendita, si considera integrato allora (artt. 588 e 590 c.p.c.) il presupposto necessario per l'assegnazione del bene pignorato. Il che significa che l'assegnazione stessa è un mezzo di soddisfazione coattiva del credito non alternativo, ma concorrente rispetto alla vendita forzata⁵⁷.

La discrezionalità giudiziale nell'accoglimento della domanda di assegnazione non permette, a rigore, di configurare un diritto alla assegnazione stessa in capo al creditore ipotecario, ma un simile diritto non si porrebbe comunque in termini di incompatibilità sostanziale con il fine di assicurare al creditore la soddisfazione di una pretesa che pure in origine era pecuniaria.

D'altra parte, contraddice l'individuazione in via esclusiva, nella garanzia nominata, di una pretesa al valore pecuniario della cosa la stessa disciplina legislativa dell'anticresi, là dove consente al creditore, a prescindere dalla patologia innestata da una vicenda di inadempimento, di appropriarsi direttamente dei frutti dell'immobile per imputarli agli interessi, se dovuti, e al capitale (art. 1960 c.c.). E poi quella del pegno, che contempla l'eventualità di un potere di godimento del bene, peraltro suscettibile di essere escluso pattiziamente, comprensivo dell'appropriazione dei frutti, da imputare alle spese, agli interessi e poi al capitale oggetto del credito garantito (art. 2791 c.c.).

Un diverso modo di accostare il tema della natura giuridica dei diritti di garanzia conduce alla loro espunzione dalla categoria dei diritti reali e alla riconduzione di essi a una posizione di diritto processuale. In particolare, la declinazione del paradigma effettuale nei diritti di prelazione e di seguito sarebbe il segno di una pretesa nei confronti (non del proprietario del bene dato in garanzia o dei creditori concorrenti, ma) dell'organo pubblico e integrerebbe un atteggiamento dell'azione esecutiva⁵⁸.

Essi costituirebbero modalità dell'esecuzione, in quanto strumenti

⁵⁷ Cass., 20 giugno 2008, n. 16799, in *Mass. Giur. it.*, 2008.

⁵⁸ F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., pp. 312-313; ID., *Natura giuridica dell'ipoteca*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, p. 8 s.

volti a conferire carattere permanente e privilegiato all'assoggettamento dei beni all'azione esecutiva⁵⁹. Interessante notare, in proposito, come anche chi respinge tale concezione processualistica condivide l'idea di escludere l'appartenenza delle garanzie alla categoria dei diritti soggettivi o facendo leva sulla inconfigurabilità di una posizione passiva ad essi corrispondente (dando essi luogo a una soggezione, sarebbero diritti potestativi)⁶⁰ oppure valorizzandone la natura di rapporto reale sostanziale, avente ad oggetto il vincolo alla soddisfazione sussidiaria di un credito⁶¹.

Circa la realtà dei diritti di garanzia, è illustre l'insegnamento che porta a concentrare l'attenzione, anziché sulla struttura del potere attribuito al titolare per la realizzazione del suo interesse, all'inerenza al bene di tale potere⁶².

Ragionando in termini di struttura, infatti, non si riscontra una omogeneità sufficiente a fondare la riconduzione a un'unica categoria delle situazioni giuridiche soggettive che si assumono come reali. Se ci si concentra sui caratteri dell'assolutezza e dell'immediatezza, diventa evidente come, non soltanto essi non siano presenti in ognuna di tali situazioni giuridiche, ma possono invece darsi in altre di cui è certa la carenza di realtà.

Così, da un lato, il creditore ipotecario è privo di un potere da esercitare direttamente e in via immediata sul bene poiché, pur potendo egli realizzare il suo diritto prescindendo dalla cooperazione del titolare dello stesso, ciò è escluso dalla necessità del ricorso agli organi giudiziari. Necessità che, con riferimento al risultato di far espropriare i beni del debitore inadempiente, si pone per qualunque creditore anche non assistito da garanzia reale; non si tratta dunque di un elemento su cui fondare la riconduzione di un potere nel novero di quelli che formano il contenuto di un diritto reale⁶³.

Dall'altro lato, non può il creditore pignoratizio ritenersi titolare

⁵⁹ E. GARBAGNATI, *L'esecuzione forzata immobiliare contro il terzo possessore e il suo soggetto passivo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1936, I, pp. 123-124.

⁶⁰ G. BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1956, p. 207.

⁶¹ D. BARBERO, *Sistema*, cit., n. 277, pp. 142-144.

⁶² M. GIORGIANNI, *Contributo alla teoria*, cit., p. 147 s.

⁶³ M. GIORGIANNI, *op. ult. cit.*, p. 152.

di un potere immediato sulla cosa solo in quanto ne abbia il possesso poiché, come vedremo nel paragrafo seguente, non è tramite la relazione di fatto con la cosa che si realizza l'interesse del creditore garantito da pegno, tanto che la relazione medesima può essere instaurata anche da un terzo⁶⁴.

Tornando al nostro tema della necessaria attuazione di ipoteca, pegno e anticresi per il tramite del processo esecutivo, pur esprimendo le garanzie reali dei vincoli che imprimono al bene una destinazione funzionale alla soddisfazione preferenziale del credito per il quale sono costituiti⁶⁵, l'esame della disciplina positiva dettata per esse porta a respingere la citata configurazione.

Certo è così per la figura da ultimo citata, ovvero l'anticresi; per quanto riguarda il pegno, riprendiamo quanto poc'anzi accennato, ora con maggior impegno esplicativo, sul diritto del creditore (art. 2797 c.c.), decorso il termine di cinque giorni dall'intimazione di pagamento al debitore, di far vendere il bene (al pubblico incanto o al prezzo corrente, a mezzo di persona autorizzata, se la cosa ha un prezzo di mercato) per il conseguimento di quanto dovutogli.

Si tratta di una procedura esecutiva speciale⁶⁶ a carattere negoziale, che non pregiudica la facoltà per il creditore pignoratizio di munirsi di un titolo esecutivo per aggredire beni del debitore diversi da quelli ricevuti in pegno⁶⁷.

In caso di inadempimento del debitore, quindi, il soddisfacimento coattivo si può realizzare attraverso due procedimenti espropriativi alternativi, a scelta del creditore, rappresentati, da un lato, dalla esecuzione espropriativa mobiliare giudiziale e, dall'altro, dall'esecuzione espropriativa privata, promossa dal creditore secondo le regole previste dall'art. 2797 c.c.⁶⁸

Il creditore sarà orientato nella scelta tra le menzionate opzioni

⁶⁴ M. GIORGIANNI, *op. loc. ultt. citt.*; ID., *L'obbligazione*, Milano, 1951, p. 84 s.

⁶⁵ E.T. LIEBMAN, *Il titolo esecutivo riguardo ai terzi*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1934, I, pp. 146-147.

⁶⁶ Cass., 6 marzo 1987, n. 2372, in *Mass. Giur. it.*, 1987.

⁶⁷ Cass., 14 settembre 1993, n. 9512, in *Mass. Giur. it.*, 1993.

⁶⁸ Cass., 11 agosto 1987, n. 6894, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 2084; Trib. Milano, 23 marzo 2000, in *Giur. milanese*, 2000, p. 263.

da motivi di opportunità legati alle circostanze del caso concreto; in particolare, alla vendita dell'art. 2797 c.c. egli farà ricorso là dove non sia munito di titolo esecutivo⁶⁹, anche se ciò lo espone al rischio dell'opposizione del debitore; al contrario, ove avesse già formato il titolo esecutivo, l'utilizzo delle forme liquidative di rito lo porrà al riparo da sospensioni strumentali dello sviluppo procedimentale.

Va peraltro sottolineato come i tempi e i costi legati all'espletamento dei meccanismi previsti dal codice di rito siano un elemento di non poco conto da tenere in considerazione nella ponderazione della scelta, il che spiega il favore verso le soluzioni alternative⁷⁰.

Utile, ai nostri fini è ricordare che la vendita del pegno va inquadrata tra le forme di autotutela esecutiva (o di esecuzione espropriativa privata) poiché si fonda sulla sola iniziativa del creditore pignoratizio, quando questo è sprovvisto di titolo esecutivo⁷¹.

In particolare, il potere di espropriazione stragiudiziale di cui stiamo ragionando configura una categoria atipica di autotutela privata⁷² che si pone a metà strada tra l'autotutela consensuale satisfac-

⁶⁹ *Contra* D. RUBINO, *La responsabilità*, cit., p. 258. Prima della riforma del 2006, nel contesto dell'esecuzione forzata per obbligazioni pecuniarie, la diversità tra i poteri spettanti ai creditori, a seconda che fossero muniti o sprovvisti di titolo esecutivo, ha portato a distinguere l'azione esecutiva espropriativa (della quale sono titolari il creditore procedente e i soli creditori intervenuti, muniti di titolo esecutivo) e azione esecutiva satisfattiva che trae origine dalla vendita forzata e si concreta nel potere di partecipare alla distribuzione del ricavato e viene riconosciuta a tutti i creditori intervenuti, anche se privi di titolo esecutivo, cfr. C. CONSOLO, *op. cit.*, p. 292.

⁷⁰ CNN, *La vendita delle cose date in pegno*, Studio n. 24-2012/E, Approvato dal Gruppo di studio sulle Esecuzioni Immobiliari e Attività Delegate il 12 novembre 2012.

⁷¹ AMOROSO, *Azione esecutiva ed autotutela sostanziale della garanzia pignoratizia*, in *Nuovo dig. it.*, 1970, *passim*; A. BONSIGNORI, *L'esecuzione Forzata*, Torino, 1996, *passim*; E. REDENTI e M. VELLANI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1999, *passim*.

⁷² V. ANDRIOLI, *Commentario al codice di procedura civile*, III, Napoli, 1957, p. 106; E. REDENTI e M. VELLANI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 290; M.T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1964, p. 77; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, III, Milano, 1965, p. 176; AMOROSO, *Azione esecutiva*, cit., p. 353; B. SASSANI, *Disposizioni generali su vendita e as-*

toria e l'autotutela unilaterale⁷³ e consente la configurazione in capo al creditore pignoratizio di un vero e proprio *ius vendendi* che lo legittima a liquidare i beni in pegno secondo le regole del codice di rito o del codice civile⁷⁴.

Infatti, il controllo giurisdizionale è del tutto eventuale, potendo il giudice dell'esecuzione intervenire solo operando una cognizione di tipo incidentale ove introdotta dall'opposizione del debitore, la quale si svolgerà nelle forme di un processo ordinario di cognizione⁷⁵ e non secondo le modalità proprie dell'opposizione all'esecuzione⁷⁶. In ogni caso, la liquidazione del bene non potrà avvenire se non a seguito del passaggio in giudicato della sentenza conclusiva del giudizio di opposizione.

Ciò significa che, senza alcuna autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria e senza le forme del processo esecutivo, il creditore può procedere alla vendita, che si svolgerà per iniziativa ed in forza dell'autorità dello stesso creditore, a mezzo di ufficiale giudiziario incaricato da quest'ultimo o direttamente dal creditore⁷⁷ (con la diligenza del buon padre di famiglia o la diligenza professionale se egli è un professionista⁷⁸), per poi trattenere dalla monetizzazione dei beni dati in pegno quanto è necessario al soddisfacimento delle sue ragioni.

Pur rimanendo nell'ambito concettuale dell'esecuzione, perché, mediante tale vendita, il creditore attua una forma di soddisfacimento coattivo delle proprie ragioni, la disciplina dell'art. 2797 c.c. vale a escludere la configurazione della posizione attiva spettante al creditore pignoratizio come diritto (o rapporto) processuale che, nelle forme del diritto di prelazione e di seguito, si esplica in una pretesa che identifica nell'ufficio esecutivo il soggetto passivo. L'incaricato alla

segnazione. *L'espropriazione forzata*, in *Giur. sist. dir. proc. civ.* Proto Pisani, Torino, 1988, p. 199.

⁷³ D. RUBINO e G.P. GAETANO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 261 s.

⁷⁴ G. GORLA, *Del pegno*, cit., p. 118 s.

⁷⁵ E. REDENTI e M. VELLANI, *op. cit.*, p. 290.

⁷⁶ G. GORLA, *Del pegno*, cit., p. 104.

⁷⁷ P. CENDON (a cura di), Sub artt. 2796-2797, in *Comm. c.c.* Cendon, Sub Artt. 2740-2906, Milano, 2009, p. 636.

⁷⁸ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 7, cit., p. 215.

vendita non è un organo dello Stato né la sua attività può esser riconducibile a una attività dell'ufficio esecutivo⁷⁹.

Essendo tale procedura liquidativa sostanzialmente ricollegata all'accordo stipulato tra creditore e debitore, la vendita avviene secondo le modalità concordate tra le parti al momento di costituzione del pegno, con la conseguenza che essa può seguire un *iter* procedimentale molto diverso da quello previsto dal codice civile (salve le conseguenze del contrasto con norme imperative o con i principi generali dell'ordinamento). Solo in mancanza di disposizioni esplicite, la vendita avviene a norma di legge, a seconda che la cosa oggetto di pegno abbia o meno un valore di mercato (artt. 2797 s. c.c.).

L'osservanza delle formalità stabilite dal contratto di pegno o dall'art. 2797 c.c. vale ad evitare che la vendita si risolva nella dissimulazione dell'esecuzione di un patto commissorio vietato⁸⁰.

Anche con riferimento all'ipoteca, infine, si può escludere che l'indagine sulla natura giuridica della garanzia porti a configurare l'intervento giudiziale alla stregua di elemento essenziale e di valenza caratterizzante la figura. Infatti, vi sono delle ipotesi normative in cui il creditore può realizzare il contenuto del suo diritto senza l'intervento dell'ufficio esecutivo.

Pensiamo, in primo luogo, alla cessione dei beni ai creditori (art. 1987 c.c.), cui abbiamo già fatto cenno nelle riflessioni a conclusione del secondo capitolo. Si tratta di un contratto autorizzativo di autotutela privata, con funzione solutoria, che, consentendo di evitare l'azione esecutiva sui beni del debitore, costituisce una forma di autotutela convenzionale a scopo satisfattorio⁸¹.

Pur essendo qualificato come mezzo di estinzione delle obbligazioni⁸², va ricordato che l'effetto solutorio si produce (non con la conclusione del contratto, ma) al momento della ripartizione del ri-

⁷⁹ C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., p. 35.

⁸⁰ E. REDENTI e M. VELLANI, *op. loc. ultt. citt.*

⁸¹ E. BETTI, *Natura giuridica della cessione dei beni ai creditori*, in *Riv. dir. comm.*, 1935, I, p. 314; *contra*, F. SALVI, *La cessione dei beni ai creditori*, Milano, 1947, p. 94.

⁸² A. CASTANA, *La cessione dei beni ai creditori nelle diverse fattispecie*, Milano, 1957, p. 181.

cavato della liquidazione e limitatamente a quanto effettivamente conseguito da ciascuno dei creditori cessionari⁸³.

Sotto il profilo causale, la funzione solutoria rappresenta certamente un elemento di importanza centrale; il contratto risponde al comune interesse delle parti di realizzare il soddisfacimento dei crediti evitando esecuzioni a carico del debitore⁸⁴. Quest'ultimo, quindi, trova il mezzo per sottrarsi alla procedura coattiva mentre il creditore beneficia di una consistente riduzione dei tempi per la realizzazione del suo credito, evitando l'onere di anticipazione delle spese processuali (e salvo il disposto dell'art. 1981 c.c.) e preservando la garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c. dalla diminuzione di valore che può conseguire al ricorso all'asta pubblica per la vendita dei beni del debitore.

A corollario della menzionata funzione si affianca quella di garanzia⁸⁵, che si esplica nella sottrazione in capo al debitore cedente del potere di disposizione sui beni ceduti mediante il trasferimento dei poteri di amministrazione ai creditori cessionari (artt. 1979 e 1980 c.c.) e con la trascrizione del contratto che abbia ad oggetto beni immobili o beni mobili registrati (art. 2649 c.c.)⁸⁶.

Ora, da questo istituto possiamo trarre conferma della possibilità, anche per i beni immobili, di una vendita a scopo di soddisfacimento dei creditori senza l'intermediazione dell'autorità giudiziaria. Non solo, il creditore ipotecario potrà esercitare i diritti di prelazione e seguito che gli competono, dal momento che in sede di ripartizione della somma ricavata dalla vendita, i cessionari devono far salve le cause di prelazione (art. 1982 c.c.)⁸⁷.

Analogamente avviene nella liquidazione dell'attivo ereditario ad opera dell'erede che abbia accettato con beneficio di inventario, nel

⁸³ M. GHIDINI, *La cessione dei beni ai creditori*, Milano, 1956, p. 15; R. MICCIO, *Cessione dei beni ai creditori*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 838; F. VASSALLI, *La cessione dei beni ai creditori*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, XIII, Torino, 1985, p. 400.

⁸⁴ Cass., 13 giugno 1962, n. 1469, in *Giust. civ.*, 1962, 1, p. 1431.

⁸⁵ M. FERRARIO, *La cessione dei beni ai creditori*, cit., p. 321; R. MICCIO, *op. cit.*, p. 839.

⁸⁶ F. VASSALLI, *op. cit.*, p. 401.

⁸⁷ C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., p. 36.

cui contesto i diritti di prelazione vengono fatti valere anche senza l'intervento del giudice (art. 499, comma 2, c.c.). E ciò vale anche per i creditori garantiti da ipoteca sui beni liquidati (rispetto ai quali l'erede non sia personalmente obbligato) i quali quindi si trovano nella posizione di terzi titolari del bene ipotecato⁸⁸.

Conformemente al loro diritto di sequela, la protezione dei creditori garantiti da cause di prelazione avviene per il tramite dell'esclusione dell'estinzione di queste per effetto dell'alienazione, con l'eccezione del caso in cui l'acquirente usi il prezzo per effettuare il pagamento dei creditori collocati nello stato di graduazione o lo depositi a tale fine⁸⁹: in questa evenienza, la giurisprudenza ha negato la reviviscenza delle garanzie reali così estinte, ancorché successivamente, dopo il definitivo esaurimento della procedura di liquidazione, venga accertato il difetto delle condizioni necessarie per l'acquisto o la conservazione del beneficio d'inventario⁹⁰.

La menzionata disciplina, peraltro, si riferisce espressamente solo ai privilegi e alle ipoteche e nulla dice in tema di pegno. Sul punto la dottrina si divide tra l'estensione della regola anche a questa forma di garanzia⁹¹ e la superfluità di una simile operazione ermeneutica, in considerazione del fatto che, nel caso considerato, la prelazione opera solo se la cosa oggetto del pegno è rimasta nel possesso del creditore o del terzo designato (art. 2787, comma 2, c.c.), con la conseguenza che difficilmente potrà aversi alienazione di un bene sottoposto a pegno⁹².

In ogni caso, però, per quel che a noi interessa, nell'attività di soddisfacimento delle ragioni dei creditori muniti di prelazione è da escludersi che l'erede funga da organo o rappresentante dello Stato o

⁸⁸ C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., p. 37.

⁸⁹ A. ZABBAN, *Delle successioni*, in *Comm. c.c.* Zabban, Pellegrino e Delfini, Milano, 1993, p. 98.

⁹⁰ Cass., 9 luglio 1975, n. 2674, in *Foro it.*, 1976, 1, c. 79.

⁹¹ L. FERRI, *Successioni in generale*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Sub artt. 456-511, Bologna-Roma, 1997, p. 415.

⁹² A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, Torino, 1977, p. 485.

che gli competa un potere funzionalizzato all'esercizio di una pretesa del creditore ipotecario nei confronti dell'ufficio giudiziario⁹³.

L'esito della nostra indagine sulla natura giuridica dei diritti reali di garanzia, in funzione dell'analisi del rapporto col divieto del patto commissorio, può essere sintetizzato allora nel senso che, come è emerso dalla prima parte di questo paragrafo, un mezzo di attuazione delle garanzie tipiche, secondo la trama tracciata dal medesimo legislatore, può aversi anche per il tramite di poteri di (godimento e di) appropriazione del bene dato in garanzia.

Quanto alla verifica condotta nella sua seconda parte, se sono dati casi in cui il creditore ipotecario, pignoratizio o anticretico può legittimamente attuare il diritto sotteso alla garanzia senza la mediazione di organi dello Stato e il ricorso alle procedure di esecuzione coattiva procedimentalizzate dalla legge, non si può costruire la ragione giustificativa del giudizio di illiceità del patto commissorio sull'assenza di tale mediazione o sulla deviazione da tali schemi procedurali⁹⁴.

Riconducendo le fila della riflessione sin qui condotta a una contestualizzazione utile ai nostri fini, possiamo concludere nel modo seguente.

Se, dunque, l'interesse del creditore di una somma di denaro, in caso (e a causa) di inadempimento del debitore, può trovare soddisfazione nel conseguimento (tramite assegnazione) della titolarità di un bene riconducibile al patrimonio di quest'ultimo (trattandosi di uno schema previsto dal codice nel quadro del procedimento espropriativo), l'illiceità del patto commissorio (se può in astratto fondarsi sulla contraddizione con le norme procedurali sull'espropriazione dei beni ipotecati, il che abbiamo tendenzialmente già escluso), non può tuttavia ricavarsi dalla pretesa incompatibilità con il paradigma strutturale sotteso alle garanzie tipiche dell'effetto traslativo rispetto al bene vincolato in garanzia che a tale patto è riconducibile.

Né vale eccepire una lesione della posizione del debitore, la quale deve ritenersi esclusa ogniqualvolta, per via di assegnazione giudiziale

⁹³ C.M. BIANCA, *op. loc. ultt. citt.*

⁹⁴ C.M. BIANCA, *op. loc. ultt. citt.*

in pagamento o, a nostro modo di vedere, di convenzione negoziale col creditore, al patrimonio di cui è titolare non sia sottratto un valore superiore di quello riferibile alla prestazione da lui dovuta⁹⁵.

L'importante è dunque assicurare al debitore una utilità (di espropriazione o di imputazione al debito inadempito cui accede il patto traslativo) che sia il più possibile corrispondente, oggettivamente, all'effettivo valore del bene espropriato o trasferito negozialmente.

Potremmo allora dire che, se è dato ravvisare una alterazione della struttura del rapporto obbligatorio di base, questa si deve all'inadempimento, non al conseguimento del bene in natura da parte del creditore pecuniario in funzione di estinzione satisfattiva del debito originario.

Sia che tale conseguimento avvenga mediante espropriazione del patrimonio del debitore o mediante l'effetto reale di una fattispecie negoziale, si perviene sempre al risultato di attuare coattivamente pretese sostanziali fondate sul rapporto obbligatorio.

5. Proseguiamo la nostra indagine sul rapporto tra patto commissorio e garanzie reali tipiche ponendo ora mente al risvolto effettuale della questione e confrontiamo le modalità di soddisfacimento dell'interesse creditorio cui dà accesso la convenzione tra le parti e gli effetti giuridici idonei a fondare la sicurezza del credito garantito.

In riferimento a questi ultimi, abbiamo più volte menzionato i diritti di prelazione e di seguito. Entrambi tendono a vincolare il bene per la soddisfazione dell'obbligazione inadempita; il primo opera, in particolare, rispetto agli altri creditori del debitore; il secondo assicura la realizzazione della pretesa creditoria nei confronti dei terzi che possono aver acquistato diritti sul medesimo bene già offerto in garanzia.

Le garanzie reali sono quindi strumenti da cui discendono effetti idonei a presidiare la sicurezza di attuare il diritto di credito sotteso all'obbligazione garantita, indipendentemente dalle pretese che i terzi creditori o aventi causa dal debitore possono acquistare sul bene vincolato.

⁹⁵ C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 22.

Ciò è vero tanto per il pegno quanto per l'ipoteca, dovendosi escludere, con riferimento al primo, l'essenzialità del solo elemento del conseguimento in via esclusiva del possesso e il carattere solo eventuale della prelazione. Questa conclusione potrebbe trarsi dalla subordinazione legislativa della prelazione medesima a determinate vicende fattuali, come la conservazione della relazione materiale con la cosa da parte del creditore o del terzo designato dalle parti (art. 2787, comma 2, c.c.) o la ricorrenza di specifici requisiti contenutistici e formali dell'atto costitutivo del pegno, quale la sufficiente indicazione del credito o della cosa e la scrittura con data certa (art. 2787, comma 3, c.c.)⁹⁶.

Piú correttamente, tale disciplina non vale tanto a enfatizzare il solo elemento del possesso nell'identificazione del contenuto essenziale del diritto di pegno, inteso questo in funzione realizzativa dell'interesse del creditore pignoratizio; e ciò perché tale possesso può spettare anche a un terzo, senza che ne risulti alterato il diritto stesso⁹⁷.

Dunque, il possesso costituisce e mantiene il diritto del creditore ma, di per sé solo, non lo attua⁹⁸. E la funzione di sicurezza e pubblicità sottesa al pegno può riferirsi, forse piú che alla situazione di possesso in capo al creditore, a quella di mancanza di possesso nel debitore⁹⁹.

Le norme richiamate, piuttosto, assolvono una funzione di contenimento di interessi confliggenti; quindi, se un pegno a garanzia di credito (eccedente la somma di lire cinquemila) non risulta da scrittura avente data certa, il vizio formale può essere opposto al creditore pignoratizio sia dagli eventuali creditori concorrenti, allo scopo di negargli il privilegio connesso alla garanzia, sia dal terzo proprietario della cosa che sia rimasto estraneo alla costituzione del pegno. Quest'ultimo, infatti, senza che il creditore pignoratizio possa op-

⁹⁶ F. MESSINEO, *La scrittura nella costituzione del pegno*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, pp. 335-337; G. STOLFI, *Scrittura con data certa e costituzione di pegno*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1951, II, pp. 129-133.

⁹⁷ M. GIORGIANNI, *Contributo alla teoria*, cit., pp. 147-168; ID., *L'obbligazione*, cit., pp. 81-100.

⁹⁸ D. RUBINO, *L'ipoteca*, cit., n. 3, p. 186.

⁹⁹ D. RUBINO e G.P. GAETANO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, cit., p. 219; R. PROVINCIALI, *Pegno mediante custodia*, in *Dir. fall.*, 1951, I, p. 251.

porgli la propria condizione soggettiva di buona fede al momento della consegna, potrà rivendicare la proprietà della cosa come libera da ogni vincolo reale e anche, in sede esecutiva, presentare rispetto alla cosa stessa istanza di separazione¹⁰⁰.

Quindi, la peculiare funzione di garanzia sottesa a pegno e ipoteca trova compiuta esplicazione nei diritti di prelazione e di seguito, che definiscono in modo autonomo la fisionomia di queste figure giuridiche in quanto speciali conseguenze effettuali che il legislatore ricollega a rapporti previsti in quanto vincoli di garanzia¹⁰¹.

Se ora procediamo al confronto tra quelli descritti e gli effetti sottesi al patto commissorio, notiamo in quest'ultimo caso il diffuso inquadramento che fa ricorso al meccanismo condizionale; quest'ultimo, per volontà delle parti, lega in un nesso di dipendenza la verifica o la conservazione del risultato traslativo e il mancato adempimento della prestazione garantita, che è riconducibile a un rapporto (che è quello obbligatorio) diverso da quello che trova titolo nella convenzione.

Sull'essenzialità del citato nesso di subordinazione nell'economia strutturale del patto commissorio, a fronte della fisiologica estraneità dell'elemento accidentale rispetto al tipo¹⁰², come argomento contrario al richiamo all'istituto della condizione, si è discusso in dottrina. Ma l'obiezione si supera, da un lato, sussumendo la convenzione nel contratto di vendita (o di dazione in pagamento, sebbene si tratti di una assimilazione che noi respingiamo): la subordinazione dell'efficacia del negozio all'inadempimento esprimerebbe non la funzione di esso, ma un fine ulteriore delle parti¹⁰³.

Dall'altro lato, anche optando per una variante atipica dello schema riconducibile al contratto di compravendita, il funzionamento della condizione resterebbe nell'alveo delle scelte a disposizione dell'autonomia contrattuale delle parti.

In alternativa, vi è la costruzione debitrice della categoria dei di-

¹⁰⁰ Cass., 17 maggio 1962, n. 1110, in *Mass. Giur. it.*, 1962.

¹⁰¹ C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., p. 41.

¹⁰² A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, pp. 6 s. e 35 s.

¹⁰³ C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 51.

ritti potestativi, salva la difficoltà di ammettere situazioni, ulteriori a quelle nominate, in cui ad un soggetto sia riconosciuto il potere di modificare, a tutela di un proprio interesse e mediante una semplice manifestazione unilaterale di volontà, la sfera giuridica di un altro.

Per questa via, un pensiero autorevole scorge un punto di contatto tra le due categorie immaginando un diritto potestativo calato in uno schema negoziale nel quale, onde realizzare l'intento pratico perseguito dalle parti, la volontà unilaterale del titolare si ponga (non come fonte immediata della modificazione dell'altrui situazione giuridica soggettiva e, quindi, del trasferimento della proprietà del bene, ma) come strumento che, in via mediata, sia idoneo ad attivare la produzione (o la cessazione) degli effetti del contratto. La figura sarebbe quella della condizione meramente potestativa che rimanga contenuta entro i confini posti dalla legge (art. 1355 c.c.) e che sia rimessa alla manifestazione di volontà del creditore, nella sua veste di acquirente del diritto oggetto della convenzione commissoria¹⁰⁴.

In ogni caso, il meccanismo condizionale, nel contesto dell'accordo tra debitore e creditore presenta l'innegabile vantaggio legato all'opponibilità degli effetti del patto, essenziale a una piena realizzazione dell'assetto di interessi diviso dai contraenti.

Ferme queste considerazioni, proviamo a trarne elementi per capire se il patto commissorio possa qualificarsi come mezzo di attuazione delle garanzie tipiche o possa atteggiarsi esso stesso alla stregua di una garanzia, anche atipica, onde comprendere l'impatto sistematico delle recenti riforme che hanno dato ingresso, nel settore dei finanziamenti bancari, alle nuove figure legali o convenzionali produttive di effetti reali, a favore del creditore, su un bene di proprietà del debitore inadempiente.

Abbiamo visto che gli effetti fondamentali che l'ordinamento ricollega al pegno e all'ipoteca, al fine di esplicitare quella funzione di vincolo che vale ad attuare la garanzia stessa, sono i diritti di prelazione e di seguito. Del pari, abbiamo rilevato come quelli riconducibili al patto commissorio si calano e si modellano entro i comuni schemi del paradigma effettuale dell'alienazione condizionata.

¹⁰⁴ C.M. BIANCA, *op. loc. ultt. citt.*

Ci si chiede ora se, nel contesto di tale paradigma effettuale, possa parallelamente trovare espressione una qualche forma di esercizio dei diritti di prelazione e di seguito.

La risposta, che abbiamo succintamente anticipato anche nel primo capitolo, ci sembra negativa.

La prelazione vincola il bene per la soddisfazione dell'obbligazione in vista dell'inadempimento, regolando un rapporto, quello dei creditori tra loro, che lega diritti della medesima natura, ovvero diritti di credito aventi ad oggetto la soddisfazione delle rispettive pretese.

Diverso è il caso dell'accordo traslativo.

L'esecuzione del vincolo negoziale, che è attivata dall'inadempimento, comporta il mutamento della natura del diritto vantato dallo stipulante. Questo non è più il mero diritto di credito che gli deriva dall'esser parte del rapporto, ma è il diritto dell'acquirente della proprietà del bene (che al primo si affianca, fino ad assorbirlo).

Il prodursi dell'effetto traslativo in capo al creditore plasma il titolo da quest'ultimo vantato rispetto a quello spettante agli altri creditori, precludendo la stessa configurabilità di una mera situazione di concorso, nell'ambito della quale si valuti poi un ordine di preferenza in sede di espropriazione di un bene del garante.

Questo è vero nel caso della fattispecie commissoria pura, la quale implica una radicale esclusione degli altri creditori dal soddisfacimento forzoso sul bene. Ove ricorra la variante marciana, l'effetto reale non preclude in senso assoluto l'instaurazione di una situazione di concorso, poiché se questa è inibita tra il creditore stipulante e gli altri, non lo è, almeno in potenza, tra questi ultimi, ai quali compete l'eventuale eccedenza rispetto all'ammontare del debito assistito dal meccanismo negoziale dell'alienazione.

A variare, però, nei due casi, delle garanzie tipiche e del patto ad efficacia reale, non è solo lo strumento giuridico posto a presidio della soddisfazione dell'interesse creditorio¹⁰⁵, ma proprio la natura della posizione giuridica che richiede tutela (la preferenza del creditore e il dominio dell'acquirente).

Ancora, il patto commissorio attua il diritto del creditore stipu-

¹⁰⁵ Come C.M. BIANCA, *op ult. cit.*, 55.

lante nei confronti dei terzi che possono aver acquistato a titolo derivativo diritti sul bene, ma ciò avviene non attraverso le modalità secondo le quali si esplica il diritto di seguito rispetto al creditore garantito. Ciò avviene, invece, mediante l'opponibilità che deriva dalla comune disciplina posta a presidio del diritto dell'acquirente sotto condizione, la quale non dipende in alcun modo dall'esistenza di una garanzia tipica¹⁰⁶.

Nel caso di mobili, ad esempio, rispetto ai rischi connessi agli atti di disposizione eventualmente compiuti dal debitore sui suoi beni, ciò che preserva i diritti del creditore è qualsiasi strumento atto ad assicurare che il debitore non si trovi in una relazione di fatto con il bene; perché questo è ciò che previene il perfezionamento della fattispecie potenzialmente idonea a pregiudicarne i diritti (acquisto della proprietà da parte del terzo che riceva la consegna in buona fede).

La soggezione al vincolo pignoratizio rientra nel novero dei menzionati strumenti; essa tutela il creditore mediante la disponibilità di fatto del bene in capo a quest'ultimo o al terzo custode. Ma questo effetto non è peculiare del solo diritto di pegno e può fondarsi anche su un diverso titolo negoziale; infatti, ove si ricorra all'alienazione mobiliare c.d. in garanzia, questa si accompagna generalmente al conseguimento del possesso da parte dell'acquirente, senza che ciò valga a fondare una qualificazione di tale alienazione (*id est*, del patto commissorio) come un mezzo di attuazione del pegno¹⁰⁷.

Di più. La disciplina che regola la posizione dell'acquirente sotto condizione, alla quale in caso di patto commissorio tipico si deve fare correttamente riferimento, non subisce interferenze, quanto meno nel conflitto con la posizione del creditore pignoratizio, dalla conservazione del possesso del bene in capo al debitore alienante, ove l'alienazione medesima risulti da atto avente data certa (art. 2914, n.4, c.c.)¹⁰⁸. Semmai, in tale evenienza, l'acquirente condizionale resta invece esposto al rischio del conseguimento in buona fede del possesso da parte del terzo acquirente.

Peraltro, se non sono gli effetti del patto commissorio a potersi

¹⁰⁶ C.M. BIANCA, *op. loc. ultt. citt.*

¹⁰⁷ C.M. BIANCA, *op. loc. ultt. citt.*

¹⁰⁸ C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 60.

adeguare agli schemi effettuali delle garanzie tipiche, non sembra possa nemmeno avvenire il contrario, ovvero che questi ultimi possano identificarsi, oltre i limiti imposti dalla disciplina positiva che li regola, con altre tipologie di diritti che pure implicano un rapporto di inerenza col bene.

In primo luogo, valga il rilievo della marcata rigidità del contenuto tipico che si riscontra nell'ambito della categoria dei diritti reali rispetto a quelli di natura obbligatoria, il che esclude la possibilità di una modifica dello schema legale, nel silenzio del legislatore sul punto¹⁰⁹.

Non è quindi dato all'autonomia delle parti disporre del contenuto legale della garanzia veicolandolo sui binari dell'attuazione di un negozio di alienazione. E se questo è vero per il pegno, lo è ancor di più per l'ipoteca, il rigore della cui disciplina pubblicitaria rende impensabile estendere i margini del diritto soggetto a iscrizione fino a ricomprendervi un atto la cui opponibilità ai terzi deve passare per la trascrizione¹¹⁰.

In secondo luogo, nel merito, si esclude che il potere di far espropriare il bene del debitore o l'assegnazione della cosa in pagamento possano annoverarsi tra gli effetti suscettibili di trovare fondamento nella convenzione traslativa, nemmeno ove si aderisse all'idea che a tale convenzione riconduce la creazione di un diritto potestativo in capo al creditore.

Con riferimento al primo potere, la facoltà del creditore pignoratizio o ipotecario di aggredire anche il bene che si trova nella titolarità di un terzo deriva dalla peculiare conformazione del rapporto di inerenza alla cosa che scaturisce tipicamente dal vincolo sotteso alla garanzia reale.

Al di fuori di questo schema specifico, un potere di espropriazione che trovasse origine in via diretta dalla legge dovrebbe potersi ammettere solo rispetto a un bene di proprietà del debitore. Analogamente, ove di tale potere si volesse opinare un fondamento convenzionale, questo non potrebbe esplicitare efficacia vincolante nei confronti dei successivi acquirenti del bene.

¹⁰⁹ D. RUBINO, *L'ipoteca*, cit., n. 155, 343 s.

¹¹⁰ C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 57.

Va aggiunto, rispetto al diritto all'assegnazione giudiziale, che un negozio tra debitore e creditore non potrebbe creare a favore del secondo un diritto cui corrisponda, nella posizione giuridica passiva, un obbligo (non dell'altro contraente, ma) del giudice¹¹¹.

La conclusione cui possiamo giungere è allora nel segno di tenere ben distinta, prima la natura giuridica della posizione che va riconosciuta nella titolarità del creditore, a seconda che questi sia pignoratizio o ipotecario oppure stipulante una convenzione ad effetti reali col debitore. E, conseguentemente, lo strumento giuridico, attraverso il quale si realizza la soddisfazione della pretesa del creditore stesso, a seconda che egli si avvalga delle prerogative connesse alle garanzie reali ovvero degli effetti traslativi del patto commissorio.

In quanto creditore garantito da pegno o ipoteca, egli vanta un diritto di natura obbligatoria rafforzato dagli effetti della prelazione e dell'inerenza connessi al vincolo. In quanto parte della convenzione traslativa, il diritto di credito riceve tutela per il tramite della titolarità di una distinta e assorbente posizione giuridica soggettiva di natura reale, quella del diritto di proprietà, che trova fonte nell'efficacia del negozio di alienazione.

Da ciò si evince come il patto commissorio non possa annoverarsi tra i mezzi di attuazione delle garanzie tipiche, in quanto, nel contesto della sua esecuzione, né è dato di passare attraverso le specifiche modalità di esplicazione della tutela pignoratizia o ipotecaria, né si profila l'esercizio di facoltà riconducibili al contenuto di tali vincoli di garanzia.

Analoghe conclusioni valgono per l'anticresi. Il relativo contratto, accessorio al credito cui si riferisce, ha efficacia costitutiva di un diritto collegato al credito di cui si intende assicurare e preordinare l'adempimento. Da qui il collegamento con il rapporto obbligatorio di base, che è di tipo strutturale, mediante la *relatio* al contenuto di esso, ma anche funzionale, per lo scopo dell'anticresi di garantire e realizzare l'adempimento del relativo credito¹¹².

Il carattere accessorio influisce sulla validità e l'efficacia dell'anti-

¹¹¹ C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 56.

¹¹² M. FRAGALI, *Dell'anticresi*, cit., p. 18.

credi, le quali seguono le vicende del rapporto obbligatorio, di modo che tutte le eccezioni relative a quest'ultimo, possono proporsi anche per l'adempimento dell'obbligazione anticretica¹¹³. Inoltre, da tale carattere si fa derivare, da un lato, la trasmissione *ex lege* della garanzia anticretica nel caso di trasferimento del credito garantito (a norma degli artt. 1960 c.c., che configura l'anticresi alla stregua di una garanzia, e 1263 c.c.); dall'altro, l'esclusione della possibilità della cessione del diritto anticretico disgiunta dalla cessione del credito¹¹⁴.

L'anticresi opera dunque come una misura di rafforzamento dell'obbligazione, mediante la costituzione di un rapporto accessorio di garanzia, in forza del quale il creditore acquisisce il diritto di ritenzione sull'immobile fino all'integrale soddisfacimento delle sue ragioni, con la facoltà di far suoi i frutti imputandoli al capitale¹¹⁵.

Se questo è vero, tornando alla nostra analisi, non sarebbe possibile realizzare con tale contratto lo scopo pratico, che eventualmente perseguissero i contraenti, di sostituire al diritto di credito la proprietà dell'immobile consegnato, poiché il diritto di godimento del bene non può estendersi fino a comprendere il diritto di acquistare il bene stesso.

Se dunque le parti di un contratto di anticresi stipulassero un negozio traslativo della proprietà del bene condizionando l'efficacia reale al mancato adempimento del credito, non potrebbe scorgersi nell'applicazione di tale efficacia una forma di attuazione del diritto anticretico stesso o una conseguenza in qualunque modo riconducibile alla garanzia anticretica, magari alla stregua di una dilatazione dell'e-

¹¹³ M. FRAGALI, *op. loc. ultt. citt.*

¹¹⁴ V. TEDESCHI, *Anticresi*, in *Noviss. dig. it.*, I, 1, Torino, 1957, p. 664. Al contrario, si è sostenuto che l'anticresi si trasferisce al cessionario a norma dell'art. 1263 c.c., salvo il consenso di chi l'ha costituita. In mancanza del consenso, il cedente, analogamente a quanto statuito in materia di pegno, continua a conservare l'immobile, mentre l'anticresi sarebbe acquistata dal cessionario (G. TUCCI, *Anticresi*, in *Digesto civ.*, I, Torino, 1987, p. 339). Per una diversa opinione, il creditore cedente è sempre responsabile degli obblighi che, accessoriamente al diritto anticretico, passano al cessionario del credito garantito (V. TEDESCHI, *Anticresi*, cit., p. 664).

¹¹⁵ Cass., 11 luglio 1969, n. 2548, in *Mass. Giur. it.*, 1969.

stensione dell'opponibilità del diritto di godimento nei confronti di chi vanta un acquisto a titolo derivativo sul bene e degli altri creditori.

In conclusione, abbiamo evidenziato come l'esecuzione del patto commissorio, che si realizza nel momento in cui il creditore ipotecario, pignoratizio o anticretico si avvale del vincolo reale che gli compete sul bene, non integra una modalità di attuazione della garanzia.

Lo schema convenzionale dell'alienazione condizionata all'(in)adempimento del debitore non è in alcun modo sussumibile nel tipo delle garanzie reali nominate e gli effetti del primo, dotati di una disciplina propria di opponibilità nei confronti dei terzi, siano essi creditori o aventi causa dal debitore alienante, non sono in alcun modo compresi nell'ambito della tutela offerta da queste ultime.

Se, allora, i diritti di pegno e ipoteca non possono tollerare una modifica strutturale ed effettuale tale da risolversi in un acquisto del dominio sottoposto alla condizione dell'esecuzione della prestazione dovuta, possiamo trarre tre ordini di considerazioni.

La prima è che il divieto del patto commissorio non va inteso come divieto di modificazione dei diritti di pegno e ipoteca onde riempire tali fattispecie, che esteriormente manterrebbero la loro identità, di un contenuto altro, identificabile con quello di una alienazione condizionata; ma come divieto di trasformare questi diritti in una situazione giuridica soggettiva tanto diversa da collocarsi al di fuori del sistema delle garanzie tipiche.

Ciò significa che il divieto non colpisce i negozi traslativi tra debitore e creditore in quanto mezzi alternativi, e come tali inammissibili, di realizzazione delle garanzie tipiche, ma come fattispecie del tutto diverse e non assimilabili a queste: dunque la sanzione caduca tali negozi a prescindere dalla loro connessione con un'obbligazione già assistita da garanzia reale e dal fatto che questi abbiano per oggetto un bene ipotecato o dato in pegno¹¹⁶.

Questa, analiticamente, ci sembra l'argomentazione più convincente a sostegno della nullità del patto commissorio autonomo, in luogo di altre fondate sull'identificazione dello scopo pratico perse-

¹¹⁶ C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., pp. 64-65.

guito dalle parti mediante l'utilizzo di diversi congegni negoziali variamente combinati tra loro.

La seconda considerazione riguarda il rapporto tra il divieto del patto commissorio e (l'inderogabilità) della procedura giudiziaria di esecuzione forzata. Nel momento in cui il legislatore determina rigidamente il contenuto dei diritti reali di garanzia e, correlativamente, individua i poteri spettanti al creditore ipotecario o pignoratizio nonché le varie fasi dei procedimenti nel cui ambito tali poteri devono essere esercitati, è compiuta una scelta volta a disciplinare imperativamente la realizzazione coattiva del suo diritto, sottraendola agli esiti di un potere modificativo delle parti del rapporto obbligatorio¹¹⁷.

Ciò, peraltro, se comporta implicitamente un divieto di disporre del diritto del creditore all'interno dell'ambito di operatività della garanzia, non implica a rigore la preclusione della possibilità per quest'ultimo di soddisfarsi, eludendo le norme imperative che disciplinano la procedura esecutiva, avvalendosi di uno strumento (quale potrebbe essere il negozio traslativo sotto condizione) che si colloca all'esterno, in una posizione di assoluta estraneità rispetto all'istituto della garanzia tipica, al punto da non potersi considerare una modificazione di esso comportante una deviazione dal procedimento di espropriazione.

Si tratta, come già abbiamo avuto modo di notare¹¹⁸, proprio del percorso argomentativo che è stato seguito in Francia ove, nonostante il divieto degli accordi tra debitore e creditore cui si ricolleghino effetti modificativi della procedura di realizzazione della garanzia ipotecaria, si giunge a un giudizio di liceità dei patti commissori aventi ad oggetto beni ipotecati tramite la sussunzione degli stessi nello schema del negozio traslativo condizionato all'inadempimento del debitore. Siffatto giudizio si fonda sulla negazione di una qualificazione di tali fattispecie negoziali in termini di accordo modificativo della procedura di espropriazione, in quanto accordi funzionalmente diretti (non a disciplinare in modo alternativo l'esecuzione forzata sul bene ipotecato, ma) ad attuare un trasferimento del diritto di proprietà a favore del creditore.

¹¹⁷ C.M. BIANCA, *op. loc. ultt. citt.*

¹¹⁸ Cfr., *supra*, par. 2.

La terza considerazione legata all'esclusione della possibilità di ravvisare nell'esecuzione del patto commissorio una modalità di attuazione della garanzia tipica è che nemmeno può ragionarsi in termini di (necessaria) incompatibilità (quanto meno nella prospettiva statica dell'astratta possibilità di coesistenza se non in quella dinamica di concorrente attivazione di entrambi gli strumenti di tutela del credito) tra la convenzione e le garanzie tipiche, che varrebbe a giustificare il giudizio di illiceità sulla prima.

Su questa strada, prefigurata a livello teorico dalla dottrina già in epoca risalente¹¹⁹, si muove ora il legislatore.

Sulla base del medesimo rapporto obbligatorio, su un bene di proprietà del debitore, gravato da pegno, ipoteca o anticresi, può ammettersi, sotto il profilo strettamente analitico, fondato sulla diamina della natura giuridica e della struttura, anche effettuale, delle fattispecie coinvolte, la stipulazione di un accordo traslativo in capo al creditore di beni del debitore per il caso di inadempimento e salva l'esclusione di risultati abusivi ad alterazione dell'equilibrio sinallagmatico.

6. Rappresenta senza dubbio un fattore di complessità per lo studioso che si accosti al concetto di garanzia, la circostanza che in dottrina tale nozione venga di fatto ricondotta a diverse accezioni, non ultimo essendo il significato generico, attinente all'ambito della responsabilità patrimoniale, intesa tanto come assoggettamento del patrimonio del debitore alle procedure di espropriazione forzata, quanto come soggezione a una perdita economica per la soddisfazione di un soggetto in base a determinati eventi¹²⁰.

Astrattamente, ogni vicenda giuridica può dirsi accompagnata da un generico fenomeno di garanzia; dinanzi a un interesse stimato meritevole di tutela, e pertanto sussunto nella disciplina di un rapporto giuridico primario, è dato ravvisare, infatti, un rapporto secondario,

¹¹⁹ G. STOLFI, *Patto commissorio ed ipoteca*, cit., p. 284, nt. 17; V. ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, cit., 53; A. BUTERA, *Il patto commissorio*, cit., p. 505; M. MARTORANA, *Del patto commissorio*, cit., p. 1305 s.

¹²⁰ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1953, p. 28 s.; M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, cit., p. 173 s.; D. RUBINO, *La responsabilità pa-*

volto a stabilire la sanzione per la violazione della regola posta a salvaguardia del primo e la cui attuazione è rimessa agli organi dello Stato.

La garanzia patrimoniale generica operante in materia di rapporti obbligatori, nel cui ambito si rinvencono i fenomeni di garanzia forse di maggiore rilevanza, riguarda quindi il diritto del creditore all'attuazione dell'esecuzione forzata sul patrimonio del debitore inadempiente, per il tramite dell'intervento degli organi pubblici. In questo senso, un generale fenomeno di garanzia come rafforzamento della tutela giuridica implica proprio l'esistenza di un rapporto giuridico secondario la cui rilevanza si apprezza in termini effettuali proprio nell'evenienza dell'inattuazione del rapporto primario.

Una nozione più specifica di garanzia, peraltro, riguarda i mezzi diretti a fornire al creditore una tutela più intensa rispetto a quella che la legge gli accorda sulla base del vincolo obbligatorio inadempito¹²¹.

Con maggior impegno esplicativo, fermo il rafforzamento della tutela sopra menzionato, al quale vengono riconosciuti i caratteri della generalità e necessità, in quanto esso sussiste e si esplica in via generale, astratta e non evitabile a presidio di ogni rapporto giuridico primario, sul presupposto della meritevolezza dell'interesse che in questo è sussunto, la forma di ulteriore rafforzamento di cui si è fatto cenno presenta carattere non solo specifico, ma anche del tutto eventuale.

Rimanendo nell'ambito tematico relativo alle obbligazioni, questa garanzia specifica riguarda i casi in cui la tutela del rapporto subisce un rafforzamento specificamente determinato ove ricorra l'eventualità della costituzione di rapporti ulteriori.

Infatti, se nella garanzia generica è dato rinvenire due tipologie di vincoli giuridici, cui corrispondono altrettanti rapporti (quello primario e quello secondario, che si giustifica sotto il profilo causale in

trimoniale, cit., p. 13 s.; R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Sub artt. 2740-2899, Bologna-Roma, 1955, 2 s.; ID., *Surrogatoria*, *ivi*, Sub artt. 2900-2969, Bologna-Roma, 1953, p. 2 s.

¹²¹ V. PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Milano, 1955, 140; D. RUBINO, *L'ipoteca*, cit., p. 4 s.

vista del rafforzamento del primo), nella garanzia specifica emerge la rilevanza di un terzo vincolo, che è quello chiamato ad assolvere la funzione di ulteriore rafforzamento del rapporto di partenza¹²².

È sulla base di quest'ultimo vincolo che si fonda la costruzione tecnica del concetto di garanzia: esso presuppone l'individuazione (al di là delle conseguenze effettuali, di carattere primario e secondario, che scaturiscono dalla disciplina positiva di un interesse meritevole di tutela) di una distinta serie di effetti giuridici, i quali sono destinati ad essere attivati allorquando gli effetti derivanti dai primi due vincoli non trovano possibilità di realizzarsi e che si esplicano mediante la costituzione in via anticipata di rimedi idonei a far fronte a tale situazione di mancata realizzazione¹²³.

In aggiunta a ciò, il concetto tecnico di garanzia specifica esige che non sussista un nesso di logica dipendenza tra quest'ultimo paradigma effettuale e i primi due, ai quali non è precluso dispiegarsi (come non è precluso ai rispettivi rapporti giuridici di esistere) in assenza del primo¹²⁴.

Questo è vero pur facendo salvo il nesso, di tipo giuridico, che ben può collegare tali rapporti, come peraltro accade assai di frequente nella pratica, fino all'estrinsecazione di essi in un unico congegno negoziale; tuttavia, pur meritando quest'ultimo di esser complessivamente considerato in modo unitario, dovrebbe comunque concettualmente essere riguardato in modo da tenere distinti i rapporti che lo compongono, i quali, in altri casi, possono invece conservare in modo più accentuato la reciproca autonomia¹²⁵.

Nemmeno va esclusa la possibilità di considerare unitariamente i primi due rapporti (il vincolo primario e la garanzia patrimoniale generica), in quanto idonei a esprimere, nella loro relazione biunivoca, la nozione di rapporto garantito e di assumere, nel significato di rapporto atto a fornire garanzia, il vincolo in cui si sostanzia la garanzia specifica.

Quest'ultimo vincolo, comunque, va sempre tenuto distinto e iso-

¹²² V. PANUCCIO, *op. loc. ultt. citt.*

¹²³ V. PANUCCIO, *op. loc. ultt. citt.*

¹²⁴ E. BETTI, *Teoria generale*, cit., p. 83.

¹²⁵ V. PANUCCIO, *op. loc. ultt. citt.*

lato concettualmente rispetto al rapporto primario garantito ed è sulla base del criterio su cui si fonda tale differenziazione che si costruisce la classificazione sottesa al sistema delle garanzie del credito nel nostro ordinamento. Da un lato, dunque, vi sono le garanzie di natura personale, quando a mutare, nei due rapporti considerati, è il soggetto il cui patrimonio è assoggettato al vincolo. Dall'altro, quelle di natura reale, quando diverso è il profilo oggettivo, legato al bene su cui si esplica il vincolo medesimo.

L'autotutela esecutiva può esplicarsi sia in presenza che in assenza di un vincolo di garanzia.

Essa consiste nell'applicazione stragiudiziale dei rimedi che attuano il contenuto del diritto nell'esatta estensione e consistenza che esso presentava al momento della sua costituzione. Oltre la prospettiva della (auto)difesa di diritti, essa penetra l'area del soddisfacimento del diritto, ma resta estranea a quella dell'adempimento in senso tecnico¹²⁶.

L'adempimento è una via per giungere al risultato della soddisfazione dell'interesse creditorio che si attua mediante la realizzazione di un fatto che sia riconducibile alla sfera giuridica del debitore; quindi, il soddisfacimento del creditore si realizza attraverso l'esecuzione della prestazione dedotta in obbligazione da parte dello stesso debitore, o per suo conto.

Nel contesto dell'autotutela esecutiva, il soddisfacimento dell'interesse del creditore si esplica sempre mediante una forma di realizzazione del rapporto obbligatorio, il quale, pertanto, dovrà considerarsi infine come adempiuto, ma per il tramite dell'esercizio, da parte del creditore, di un potere nei confronti del debitore inadempiente¹²⁷. Tale potere può avere fonte legale o convenzionale.

Abbiamo avuto modo di concludere che l'alienazione al creditore, o l'appropriazione da parte sua o, ancora, l'attribuzione allo stesso del diritto di vendita del bene del debitore condizionata all'(in)adempimento dell'obbligazione non può configurarsi come un mezzo di realizzazione della tutela connessa a una garanzia reale ti-

¹²⁶ C.M. BIANCA, *Autotutela*, in *Enc. dir.*, Agg., IV, 2000, p. 136 s.

¹²⁷ C.M. BIANCA, *op. loc. ultt. citt.*

pica; e che il contenuto di questa non presenta caratteri di flessibilità tali da potersi plasmare fino a ricomprendere nel proprio paradigma effettuale l'assetto di interessi che discende dalla attivazione del meccanismo traslativo.

Corollario di tali considerazioni è il rapporto di reciproca indipendenza tra le due fattispecie, il quale non esclude e anzi ammette logicamente la possibilità della loro coesistenza sul medesimo bene. Se di una incompatibilità può discorrersi, essa va piuttosto riferita alla fase realizzativa, dovendosi generalmente configurare una scelta in capo al creditore, a vantaggio del quale sono dati due diversi strumenti di rafforzamento della posizione vantata verso il debitore, circa l'attuazione dell'uno o dell'altro.

Come noteremo tra breve, l'assonanza tra il meccanismo traslativo (di fonte legale o convenzionale) che si attua tra debitore e creditore e il concetto di garanzia è solo di tipo descrittivo e fa leva sulla predisposizione di mezzi idonei a rendere più sicura la realizzazione del credito e che sono destinati ad avere effetto in caso di inadempimento. Si verte sempre nell'ambito dell'attuazione della responsabilità patrimoniale del debitore, ed entro i limiti segnati dal *quantum* rimasto inadempito, ma la funzione di garanzia non è autosufficiente rispetto al risultato del soddisfacimento coattivo dell'interesse del creditore.

La causa autosatisfattiva regge gli spostamenti patrimoniali di fonte legale o convenzionale che sono giustificati dalla effettiva soddisfazione dell'interesse del creditore leso a motivo dell'inadempimento¹²⁸.

Sotto questo profilo, la tutela negoziale del credito si produce con un grado di intensità non solo equivalente, ma a dirittura assorbente rispetto a quella offerta dalle garanzie reali tipiche. Il riferimento è alle caratteristiche del diritto dominicale attribuito (ove confrontato con i diritti di prelazione e di seguito) e alla disciplina (anche in termini di opponibilità ai terzi, creditori o aventi causa dal debitore) della fattispecie ad efficacia reale, sia essa integrata dal negozio di alienazione condizionato oppure dal diritto di vendere o di appropriarsi

¹²⁸ D. RUSSO, *Oltre*, cit., p. 110.

del bene attribuiti *ex lege* al creditore, nel caso del prestito vitalizio ipotecario o del credito ai consumatori.

Ma il rafforzamento del credito che si attua mediante una garanzia in senso tecnico è tale in quanto normalmente destinato a realizzarsi nel contesto dell'espropriazione forzata, nel cui ambito i diritti di prelazione e di seguito valgono a presidiare il vincolo di destinazione impresso al bene ipotecato o dato in pegno al soddisfacimento del credito garantito.

Nell'altro caso, al contrario, è necessario discostarsi dall'idea di rafforzamento dell'azione esecutiva giudiziale per approdare al diverso concetto di autotutela. Infatti, ove il creditore (acquirente sotto condizione o titolare del diritto di vendere o di appropriarsi del bene) si avvalga della tutela reale del credito che è collegata agli esiti che discendono dall'esecuzione meccanismo traslativo, egli ritrova in tale meccanismo non solo l'antecedente logico e giuridico del soddisfacimento del credito, dato dal vincolo di destinazione del bene con efficacia nei confronti dei terzi, ma anche il paradigma effettuale idoneo e sufficiente alla realizzazione dello stesso¹²⁹.

In questa prospettiva, possiamo dire che la destinazione funzionale dei beni con i quali il debitore risponde dell'inadempimento, fondando il potere del creditore di realizzare coattivamente il proprio diritto, può trarre origine dalla volontà della legge (art. 2740 c.c.), dalla volontà delle parti (nella forma innominata delle convenzioni marciiane) o dall'operare congiunto delle due fonti, legale e volontà privata (nel senso che la legge, nella disciplina della fattispecie tipica di contratto di finanziamento, prevede il vincolo di destinazione in funzione di autotutela del creditore, ma l'attivazione degli effetti del congegno satisfattivo sono rimessi a una manifestazione di volontà di quest'ultimo, così nei contratti di garanzia finanziaria, nel prestito vitalizio ipotecario, nel credito ai consumatori, ai sensi dell'art. 120 *quinquiesdecies* TUB e nel finanziamento alle imprese, di cui all'art. 48 *bis* TUB).

¹²⁹ In senso in parte analogo, sull'insufficienza della funzione di garanzia alla realizzazione del suo scopo ultimo, che è quello della soddisfazione dell'interesse del creditore, ma con esiti differenti in punto di qualificazione causale, anche N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 112.

La funzione sostanzialmente autosatisfattiva ed estintiva che è sottesa all'attuazione del meccanismo traslativo viene allora in emersione alla luce della potere attribuito al creditore di realizzare autonomamente e direttamente il credito; senza che occorra alcuna attività del debitore (intesa come atto di pagamento), si rivela sufficiente la produzione o il consolidamento dell'effetto traslativo programmato nella convenzione negoziale stipulata tra le parti prima dell'inadempimento o nel congegno legale collegato al finanziamento.

Non che ad essere in tal modo soddisfatti siano i medesimi interessi che verrebbero realizzati per il tramite dell'adempimento; e per questo motivo riterremmo di escludere la funzione solutoria.

È vero che, nel caso di crediti pecuniari, normalmente non si verifica un'ipotesi di divergenza tra l'oggetto della responsabilità (la prestazione dovuta, ai sensi dell'art. 2910 c.c.) e l'oggetto dell'esecuzione (il patrimonio del debitore, gravato della garanzia *ex art.* 2740 c.c.)¹³⁰. Tuttavia, quando il creditore pecuniario si avvale degli effetti autosatisfattivi del meccanismo traslativo avente ad oggetto un bene in natura del debitore, tale rapporto di equivalenza viene a mancare.

Peraltro, se anche ciò che il creditore finisce per conseguire non si può identificare con la formula del «tutto quello e proprio quello»¹³¹ che gli spettava, si tratta comunque di interessi riconducibili alla sfera giuridica di quest'ultimo, il cui patrimonio si arricchisce di un vantaggio economico funzionale a compensare la situazione di mancato adempimento dell'obbligazione.

Del resto, ciò non deve stupire in quanto, anche nel caso in cui ricorra una garanzia tipica, questa non smarrisce la sua connotazione causale là dove, pur non avendo il credito garantito contenuto pecu-

¹³⁰ G. BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, cit., p. 10. Secondo E. BETTI, *Il concetto di obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, in *Studi delle scienze giuridiche e sociali*, Pavia, 1919, p. 124, l'espropriazione è sempre uno strumento processuale volto a far conseguire (non il bene dovuto, almeno nel caso di inadempimento del debito pecuniario, atteggiandosi in tale evenienza a rimedio in forma specifica, come S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, Torino, 1963, p. 26, ma) l'equivalente pecuniario del bene dedotto in obbligazione. Cfr., sul punto, anche G. TARZIA, *L'oggetto del processo*, cit., *passim* e C. PUNZI, *La tutela del terzo*, cit., p. 4 s.

¹³¹ G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale*, Napoli, 1928, p. 81.

niario, la realizzazione dello stesso, presidiata del pegno o dell'ipoteca, implichi una liquidazione in denaro del diritto del creditore.

Ciò che ai nostri fini, però, preme di sottolineare è che la linea di discriminazione tra il meccanismo traslativo e le garanzie tipiche rimane individuata nel limite oltre il quale la tutela offerta da queste ultime non può spingersi: non potendo incidere sulla determinazione delle conseguenze giuridiche derivanti dall'inadempimento, esse non possono che arrestarsi all'effetto, che sopra abbiamo definito logicamente antecedente, di rendere più certa e sicura la realizzazione del credito pecuniario che sia oggetto della prestazione dedotta in obbligazione e rimasta inadempita o che spetti al creditore a titolo di risarcimento del danno.

Ulteriore conseguenza del nostro ragionare, ne abbiamo già fatto cenno poco sopra, è che non è corretto fare riferimento, a proposito del patto commissorio, come della sua variante lecita marziana, allo schema negoziale della vendita a scopo di garanzia, con la quale il primo non presenta che un'assonanza, sotto il profilo effettuale, di tipo descrittivo. Non si tratta di una vendita perché manca la causa di scambio; né ricorre una mera funzione di garanzia in senso tecnico, perché il negozio non si limita a rafforzare la realizzazione del credito avente titolo in un diverso rapporto obbligatorio.

L'assetto di interessi avuto di mira dalle parti dell'obbligazione concerne la destinazione con effetti reali di un bene del debitore, in una fase antecedente la scadenza del termine di adempimento, al soddisfacimento del credito ove si verifichi l'inadempimento.

In questa fase, che rappresenta il *prius* cronologico, ma anche logico e giuridico del congegno legale o negoziale, la giustificazione che sorregge causalmente il programma espresso nel regolamento contrattuale, in primo luogo, non è solutoria in quanto il meccanismo traslativo non soddisfa il credito poiché non esclude né si sostituisce (in altri termini, non estingue), ma anzi lascia immutato l'obbligo di eseguire la prestazione originariamente convenuta; solo ne assicura il soddisfacimento per il caso di inadempimento¹³².

Tramite l'appropriazione o la vendita il contratto di finanziamento

¹³² Sull'incompatibilità tra funzione solutoria e funzione di garanzia, cfr. E. SIMONETTO, *I contratti di credito*, cit., p. 408 s.

non viene eseguito; il trasferimento della proprietà del bene non costituisce una modalità di pagamento, quanto piuttosto una procedura volta a porre rimedio all'inadempimento. L'intento delle parti è far conseguire al creditore non l'effetto reale *tout court* (direttamente, con l'appropriazione, o in via mediata, nel caso di vendita), ma la soddisfazione del proprio credito, se del caso, attraverso la produzione dell'effetto reale medesimo¹³³.

Tale congegno attribuisce, prima della scadenza del termine di esecuzione della prestazione e con effetti idonei a prodursi solo là dove questa poi resti inadempita, un diritto variamente declinato all'acquisto (o un diritto al consolidamento degli effetti dell'acquisto, già prodotti, diciamo, in via cautelare), alla vendita, all'appropriazione o all'utilizzo di un bene, attraverso la destinazione dello stesso al soddisfacimento del credito; acquisto che, presto lo diremo, in entrambe le ipotesi è di tipo (auto)satisfattivo in quanto idoneo di per sé solo a soddisfare l'interesse del creditore.

Quindi, e in secondo luogo, ribadiamo che essa integra una forma di autotutela con funzione cautelare¹³⁴ perché mira a prevenire l'inadempimento attribuendo al creditore poteri di autotutela. Solo in senso lato (*rectius*, descrittivo) essa può considerarsi attinente all'ambito della garanzia, se si pone mente alla predisposizione di strumenti giuridici (nel caso specifico, del vincolo reale di destinazione del bene, opponibile ai terzi, al soddisfacimento dell'obbligazione al quale, nell'eventualità dell'inadempimento, si accompagna il trasferimento o il consolidamento dello stesso) di cui il creditore possa valersi in caso di inadempimento e la cui efficacia si estrinseca nel rafforzamento della realizzazione del credito.

¹³³ In senso analogo a proposito del *reverse mortgage*, cfr. A.D. ESCHTRUTH, L.C. TRAN, *A primer on reverse mortgages*, in *Just The Facts On Retirement Issues*, 3, 2001, p. 1, reperibile sul sito del *Center for Retirement Research at Boston College*, http://crr.bc.edu/Wpcontent/uploads/2001/10/jtf_3.pdf.

¹³⁴ C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., p. 157 a cui si rinvia, in generale, per un approfondimento delle riflessioni contenute in questo paragrafo; G. BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, cit., p. 31, ravvisa una forma di autotutela con funzione cautelare nel caso del pegno, del sequestro convenzionale e delle garanzie e cautele destinate a prevenire l'eventuale pregiudizio che deriva dalla mancata osservanza di un obbligo.

Non riteniamo che la sussistenza di una funzione di garanzia in senso tecnico possa essere costruita in modo sufficiente intorno al mero dato dell'attinenza dell'intento delle parti (sotteso alla produzione dell'effetto traslativo) alla costituzione, tramite il negozio, di una posizione di sicurezza del creditore in ordine al soddisfacimento del credito rimasto inadempito.

La seconda fase, che è eventuale in quanto ha come presupposto minimo l'inadempimento della prestazione originaria (o che si trova in uno stato di quiescenza¹³⁵ fino a che tale presupposto non si verifica), segna un passaggio. Quello dal momento in cui il bene è soggetto al vincolo di destinazione (momento che, nel caso in cui l'effetto traslativo sia stato immediato, ha già prodotto anche l'acquisto del bene, sia pur in via provvisoria) e quindi è esposto (ma non definitivamente inciso d) alla pretesa del creditore, che è futura e solo potenziale, a quello in cui il bene stesso diventa strumento attuale di realizzazione del credito in via autonoma e diretta¹³⁶ (e, quindi, al momento della produzione o del consolidamento del risultato traslativo), stante la sottesa funzione esecutiva satisfattiva¹³⁷ ed estintiva.

I meccanismi traslativi di cui si discorre, tra l'altro, trovando specifico fondamento in una norma positiva, rientrano a pieno titolo in quei casi in cui è la legge che autorizza espressamente l'assoggettamento, convenzionale o legale, del soggetto obbligato al potere del creditore di conseguire la proprietà del bene oggetto del meccanismo medesimo. Essi integrano, dunque, gli estremi di quelle figure che anche la dottrina tradizionale inquadra come forme di autotutela esecutiva satisfattiva che rientrano nella più vasta categoria dell'autotutela consensuale¹³⁸.

¹³⁵ F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio*, cit., p. 115, con riferimento, però, alla garanzia.

¹³⁶ Fa riferimento a una forma di giustizia privata che si concretizza nell'esecuzione stragiudiziale ed è caratterizzata dall'automatismo del funzionamento, sia pur nel contesto del sistema vigente sotto i codici abrogati, M. FERRARA SANTAMARIA, *La giustizia privata*, Napoli, 1937, p. 11.

¹³⁷ Ammette una autotutela con funzione satisfattiva, diretta all'attuazione forzata di un risultato utile per il destinatario della tutela, L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici*, cit., p. 3 s.

¹³⁸ E. BETTI, *Autotutela*, cit., p. 532. Critico, invece, rispetto a questa classi-

È interessante notare come una intuizione nel senso di una inconfigurabilità di una causa di garanzia in senso tecnico, sebbene nel contesto ben diverso di una sistematica assai articolata proposta con riferimento al diritto tedesco e che certo qui non si intende riproporre a proposito del nostro ordinamento, si sia avuta da quella dottrina che identifica il patto commissorio come una convenzione accessoria tanto ad una garanzia reale tipica quanto a un'alienazione in garanzia.

Ci riferiamo alla riconduzione a tale patto (come diritto di trattenere definitivamente il bene) sempre e solo di una funzione attinente al momento del soddisfacimento del credito, laddove la (collegata) funzione di garanzia sarebbe assolta, a seconda dello schema negoziale prescelto dalle parti, dal pegno e dall'ipoteca oppure dal trasferimento (solo programmato o intanto provvisoriamente efficace) della proprietà sul bene¹³⁹.

A ulteriore chiarimento delle conclusioni cui siamo giunti, è necessaria una precisazione. Si obietta tradizionalmente, lo abbiamo rilevato anche nelle nostre precedenti considerazioni¹⁴⁰, contro l'idoneità dell'intento di garanzia, in quanto tale, a costituire sufficiente causa traslativa della proprietà; tuttavia, fermo restando il nostro riferimento a una causa di garanzia solo latamente intesa, nel senso sopra specificato, resta la considerazione della sua combinazione con la causa autosatisfattiva e esecutiva. L'appropriazione del bene da parte del creditore trova il suo fondamento non già in un mero intento di garanzia, ma nell'intento di consentire al creditore di soddisfare in via di autotutela il credito inadempito.

Noi riteniamo che l'evidenziato carattere autosatisfattivo non escluda né sia incompatibile, ma anzi si completi in una relazione biunivoca,

ficazione, G. BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, cit., p. 33, ma, ci sembra, solo per la carenza di esaustività della stessa non per il suo fondamento nel merito.

¹³⁹ L. RAAPE, *Die Verfallklausel bei Pfand- und Sicherungsübereignung*, Berlin, 1913, p. 65. Non entriamo nel merito perché non attinente agli scopi di questo lavoro, delle possibili implicazioni legate al carattere di accessorialità che viene riconosciuto al patto commissorio rispetto allo schema della alienazione in garanzia.

¹⁴⁰ Cfr., *supra*, cap. I, par. 3.

con il generico intento cautelare, più che di garanzia in senso tecnico, che si attua nella creazione immediata del vincolo reale di destinazione sul bene.

Quanto, poi, al profilo della liceità di siffatta destinazione di un bene del debitore a divenire strumento di diretto soddisfacimento del creditore, l'esplicita tipizzazione legislativa dei menzionati meccanismi legali e convenzionali non ci sembra lasci più spazio per dubitare della stessa; e, ciò che più rileva, senza che si debba argomentare in deroga del divieto del patto commissorio che, espressamente prevista per i soli contratti di garanzia finanziaria, non può ritenersi operante nel ricorso delle altre fattispecie di recente introduzione.

Il fatto che queste ultime siano ammesse sul presupposto della vigenza del divieto dell'art. 2744 c.c. dimostra la collocazione al di fuori dell'ambito di applicazione di questa norma di simili meccanismi, di per sé considerati, di autosoddisfacimento delle ragioni creditorie; assumendo piuttosto valore dirimente la strutturazione degli stessi secondo modalità tali da assicurare al debitore il diritto di ricevere l'eventuale eccedenza, rispetto all'entità del debito, del valore della cosa, determinato secondo una stima imparziale eseguita successivamente all'inadempimento¹⁴¹.

7. Dalla non assimilabilità strutturale ed effettuale al vincolo pignoratorio o ipotecario dei meccanismi idonei ad attribuire al creditore il diritto di appropriarsi o di vendere un determinato bene del debitore in caso di inadempimento deriva l'estraneità della riflessione legata al divieto del patto commissorio rispetto al tema della derogabilità delle norme che disciplinano la realizzazione dei diritti reali di garanzia.

Non si tratta però di una distinzione scontata.

Da un lato, l'analisi dello sviluppo storico dell'affermazione di precise e rigide regole procedurali alla stregua di unica via percorribile onde ottenere il risultato della realizzazione delle garanzie ci ha mostrato una sovrapposizione frequente tra le due questioni.

¹⁴¹ A proposito del disposto dell'art. 1851 c.c., cfr. G. GORLA, *Del pegno*, cit., p. 294; G. CLAPS, *Pegno irregolare o cauzione in contanti*, in *Nuovo dig. it.*, IX, Torino, 1939, p. 680.

Così in Francia, in mancanza di una norma proibitiva del patto commissorio avente ad oggetto un bene ipotecato, si è arrivati al paradosso di positivizzare un divieto di derogare convenzionalmente alla procedura stabilita per l'espropriazione coattiva dello stesso. E, nel contempo, di considerare leciti, per via di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, i patti traslativi sull'immobile dato in garanzia, attraverso la sussunzione di tali accordi nello schema della vendita, come tale estranea alla realizzazione giudiziale tipicamente normata per l'ipoteca¹⁴².

Dall'altro lato, abbiamo notato che, nella ricerca del fondamento giustificativo del divieto di cui all'art. 2744 c.c., anche nel nostro ordinamento non è stato infrequente il richiamo all'esistenza di un monopolio statale nella tutela dei diritti, con conseguente preclusione, per le parti dell'obbligazione, di stipulare negozi idonei a produrre effetti che, in qualunque modo declinati, finiscono per realizzare forme di autotutela con prevalente funzione satisfattoria¹⁴³. L'assoggettamento del debitore a un potere di autotutela privata correlativamente riconosciuto al creditore¹⁴⁴ è ritenuto contrario a un principio di ordine pubblico¹⁴⁵.

La sottomissione del debitore all'esecuzione, si dice, non trova fonte nell'eteronomia legislativa né garanzia di tutela equilibrata di tutti gli interessi coinvolti della vicenda originata dall'inattuazione del rapporto obbligatorio nell'opera di mediazione assicurata, nella gestione della fase esecutiva di esso, dall'intervento degli organi dello Stato¹⁴⁶.

Le ricadute di natura processuale di tali accordi giustificano dunque il divieto, il quale peraltro non va ancorato a una tutela di tipo soggettivo¹⁴⁷, la quale potrebbe essere assicurata anche dalla concreta

¹⁴² Per la sussunzione del patto commissorio immobiliare nello schema comune della vendita condizionale, con conseguente esclusione della sua attinenza ai contratti tipici di garanzia, cfr. nella nostra giurisprudenza risalente Cass. Palermo, 17 settembre 1896, in *La legge*, 1896, II, p. 802.

¹⁴³ E. BETTI, *Autotutela*, cit., p. 532.

¹⁴⁴ E. BETTI, *Su gli oneri*, cit., p. 699.

¹⁴⁵ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 709.

¹⁴⁶ E. ENRIETTI, *op. ult. cit.*, p. 30.

¹⁴⁷ M. FRAGALI, *Del mutuo*, cit., 2, p. 252 ss.

predisposizione di un regolamento contrattuale articolato in modo da prevenire forme di arricchimento ingiusto del creditore¹⁴⁸ e da eliminare l'eventuale sproporzione tra il valore della cosa e l'ammontare del debito¹⁴⁹. Viceversa, il divieto va collegato all'esistenza di un principio atto a realizzare una tutela oggettiva, preclusiva di qualsiasi forma di esecuzione privata¹⁵⁰ e di autotutela creditoria.

Si tratta ora di meglio intendere il rapporto tra i meccanismi traslativi sui beni del debitore e le formalità di realizzazione del credito disciplinate dalla legge. E, in particolare, di verificare se esso vada inteso in termini di incompatibilità in senso assoluto, come identificazione nella procedura espropriativa di una modalità esclusiva di attuazione coattiva del credito inadempito.

Nel contesto di tale ipotesi, si deve indagare se tale conclusione possa legittimamente fondarsi sul tenore letterale dell'art. 2744 c.c., non solo e non tanto per un giudizio in merito alla *ratio* del divieto del patto commissorio appena richiamata, ma soprattutto per la mancanza del nostro ordinamento della positivizzazione di un generale principio di inderogabilità della procedura giudiziale.

Oppure se tale rapporto possa configurarsi diversamente.

Ovvero, proprio muovendo dall'argomento dell'autonomia tra i nostri meccanismi traslativi e le garanzie tipiche (e conseguente possibile loro coesistenza sul medesimo bene), la realizzazione delle quali si colloca generalmente nel contesto di tali formalità procedurali, se il menzionato rapporto possa intendersi come inderogabilità del ricorso a queste ultime solo ove, garantito il credito da pegno o ipoteca, il creditore scelga di avvalersi della tutela connessa alle suddette garanzie nominate.

In tale evenienza, potremmo dire che, nella generalità dei casi, le norme sull'esecuzione forzata costituiscono imperativamente la modalità tipica di realizzazione del credito che passi attraverso la tutela offerta dalle garanzie reali del pegno e dell'ipoteca. E quindi, che è inibito alle parti dell'obbligazione di attuare le garanzie reali secondo

¹⁴⁸ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 705 s.

¹⁴⁹ E. BETTI, *Autotutela*, cit., p. 535.

¹⁵⁰ M. FRAGALI, *op. loc. ultt. citt.*

vie altre da quelle positivizzate nelle procedure giudiziali di espropriazione.

Al contrario dovendo concludere se, oggetto il bene ipotecato o dato in pegno anche di un meccanismo traslativo in favore del creditore per il caso di inadempimento (come pure nel caso in cui esso abbia ad oggetto un bene non dato in garanzia), quest'ultimo opti di giovarsi degli effetti dell'attuazione di tale meccanismo. In tal caso, si deve verificare se, avvalendosi di un autonomo strumento di rafforzamento del credito che reca in se medesimo anche il congegno effettuale dell'(auto)soddisfacimento, al creditore sia consentito fruire con pienezza di tale strumento, che si rivela idoneo in ultima analisi a perseguire un risultato finale analogo (realizzazione coattiva del credito inadempito) a quello che è riconducibile al binomio garanzie tipiche – espropriazione forzata.

In altri termini, il predicato dell'inderogabilità potrebbe essere in linea di massima riferito al contenuto delle garanzie tipiche, non soggetto alla disponibilità delle parti mediante la stipulazione di accordi in deroga alla procedura esecutiva, piuttosto che alle norme processuali medesime, quanto meno ove considerate in prospettiva sostanziale.

Questo punto, e un altro, meritano di essere chiariti.

Innanzitutto, è necessario delimitare le nostre osservazioni sulle disposizioni del codice di rito escludendo l'indagine su un principio di inderogabilità sotto il profilo processuale, legato anche alla natura degli interessi sottesi, che esula dalle finalità della nostra indagine.

Qui ci limitiamo a richiamare quanto è già stato osservato sul fatto che la strumentalità di un espletamento della funzione giudiziaria secondo parametri di efficienza e uniformità rispetto alla tutela di un interesse, pubblico e generale, alla giusta composizione delle liti e, nel contesto che a noi interessa, attraverso lo strumento dell'attuazione della sanzione esecutiva¹⁵¹, non esclude comunque la possibilità di circoscrivere tale strumentalità al solo ambito del processo.

Al di fuori di questo, la sussistenza di altri interessi può validamente giustificare un'indagine sui limiti esterni all'esercizio della fun-

¹⁵¹ F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, pp. 214, 228, 231 e 247; ID., *Processo di esecuzione*, I, Padova, 1929, p. 88 s.

zione giudiziaria, sia che si tratti di interessi pubblici, come quello alla prevenzione dell'insorgenza della lite o alla sua soluzione stragiudiziale mediante accordo delle parti¹⁵²; sia che si tratti di interessi individuali, attecchendosi la derogabilità della stessa norma processuale in cui questi sono sussunti alla stregua di una rinuncia a un beneficio¹⁵³.

Se però ci concentriamo sul versante sostanziale dell'oggetto della nostra indagine, ci viene offerta una prospettiva dalla quale può cogliersi un inquadramento del problema molto utile al nostro ragionare.

Infatti, se il rapporto inderogabilità-disponibilità viene valutato sotto il profilo del contenuto delle norme processuali, a presidio del quale troviamo le prescrizioni sulle forme e sui modi di svolgimento della tutela giurisdizionale, tale contenuto deve considerarsi sottratto al potere dispositivo delle parti, con conseguente invalidità di convenzioni in cui il regolamento negoziale è idoneo a porsi come modalità alternativa di svolgimento della stessa procedura giudiziale.

Ma è il contrario se ricordiamo che la tutela offerta dal diritto, considerata in prospettiva pregiudiziale, si risolve nella tutela di interessi; essa infatti assume valenza giuridica solo nel momento in cui è effettivamente realizzata per il tramite degli strumenti offerti dall'ordinamento statuale, con i mezzi che a questo sono propri¹⁵⁴.

Dunque, se il rapporto inderogabilità-disponibilità viene riguardato con riferimento agli interessi materiali meritevoli di tutela e, correlativamente, alle situazioni giuridiche soggettive di diritto privato in cui questi sono sussunti e che sono suscettibili di essere fatte valere in giudizio, non può che concludersi per la disponibilità di esse.

L'(apparente) ostacolo concettuale può forse rinvenirsi nella peculiare natura della responsabilità patrimoniale, che è una situazione giuridica strumentale collocata al confine tra il diritto sostanziale e quello processuale, in quanto costituisce un mezzo di tutela del diritto del creditore, frustrato nell'aspettativa di soddisfare il proprio

¹⁵² C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., p. 190, nt. 6.

¹⁵³ G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1953, p. 64.

¹⁵⁴ C. MANDRIOLI, *L'azione esecutiva: contributo alla teoria unitaria dell'azione e del processo*, Milano, 1955, p. 3 s.; V. DENTI, *Intorno ai concetti generali del processo di esecuzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, I, p. 104 s.

interesse attraverso lo spontaneo adempimento della prestazione, attraverso la realizzazione forzata dello stesso¹⁵⁵.

Piú precisamente, la responsabilità del debitore e il correlativo potere di agire sui beni di questo, attribuito al creditore, configurano una situazione giuridica (autonoma¹⁵⁶ e comunque) immanente¹⁵⁷ al rapporto obbligatorio, in quanto il diritto del creditore sul patrimonio del debitore si identifica con il potere di conseguire coattivamente il bene dovuto in caso di inadempimento¹⁵⁸.

Ma il riconoscimento nell'art. 2740 c.c. del fondamento positivo del potere attribuito al titolare di realizzare il proprio diritto sostanziale avvalendosi dell'azione esecutiva non vale per ciò solo ad attribuire natura processuale a tale norma: il precetto che individua lo strumento processuale idoneo ad assicurare la realizzazione del diritto di credito (l'azione esecutiva) e ne attribuisce la disponibilità al titolare è di natura materiale e la norma che lo contiene ha carattere (non strumentale né processuale, ma) sostanziale¹⁵⁹.

Se allora si considera il risvolto sostanziale del nostro problema¹⁶⁰, dobbiamo constatare che l'inizio e lo svolgimento della funzione giurisdizionale è rimesso alla volontà delle parti (quanto all'*an* se non quanto al *quomodo*)¹⁶¹. E che queste ultime sono certamente vincolate al rispetto delle regole dell'ordinamento processuale, in tal senso inderogabili, ove ricorrano alla tutela giurisdizionale, ma rimangono libere di optare per una diversa soluzione, come in linea generale, il deferimento ad arbitri della loro controversia e, con riferimento all'ambito dell'esecuzione forzata, a forme alternative di liquidazione

¹⁵⁵ Sul punto, cfr. anche S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, cit., p. 5 s.

¹⁵⁶ R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, cit., p. 3; F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., p. 129.

¹⁵⁷ S. SATTA, *op. cit.*, p. 37.

¹⁵⁸ S. SATTA, *op. loc. ultt. citt.*

¹⁵⁹ R. NICOLÒ, *op. loc. ultt. citt. Contra* S. SATTA, *op. loc. ultt. citt.*, che non condivide il riferimento al carattere autonomo della responsabilità patrimoniale rispetto all'obbligazione.

¹⁶⁰ Seguendo l'impostazione di C.M: BIANCA, *op. loc. ultt. citt. Contra*, F. BOLCHINI, *La vendita per autorità del creditore*, in *Riv. dir. comm.*, 1908, p. 429.

¹⁶¹ A. ROCCO, *L'interpretazione delle leggi processuali*, in *Arch. giur.*, LXX-VII, 1906, p. 100 s.

del patrimonio del debitore¹⁶², come i nostri meccanismi traslativi di fonte legale o convenzionale strutturati secondo la cautela marciana.

Dunque, nonostante l'autorevole formulazione di una inderogabilità delle norme processuali anche sotto il profilo sostanziale, la cui positivizzazione si rinviene proprio nel divieto del patto commissorio, come norma che sanziona con la nullità le convenzioni con le quali le parti si propongono di sostituire la procedura giudiziale con il loro atto di autonomia¹⁶³, pare persuasiva la critica fondata sulla pacifica rinunziabilità delle forme procedurali medesime¹⁶⁴.

Si tratta di una rinunziabilità che si esplica attraverso atti di disposizione dei soggetti del rapporto obbligatorio¹⁶⁵ e di cui si riven- gono applicazioni in istituti tipici, quali la remissione del debito da parte del creditore (art. 1236 c.c.)¹⁶⁶ o la cessione dei beni ai creditori¹⁶⁷.

Tenendo ferma la distinzione tra i profili processuali e sostanziali del nostro problema, è possibile anche ragionare diversamente, pur pervenendo infine al medesimo risultato di legittimazione del creditore all'esercizio di un diritto che gli consenta di ottenere l'esecuzione in via di autotutela.

Considerando unitariamente il fenomeno giuridico dell'esecuzione, gli elementi dell'azione (intesa come attività funzionale ad ottenere la prestazione di un organo giudiziario) e del titolo esecutivo non de-

¹⁶² C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., p. 191.

¹⁶³ E. BETTI, *Su gli oneri*, cit., p. 699 s.; E. ENRIETTI, *Patto commissorio*, cit., p. 27 s.

¹⁶⁴ C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., p. 192.

¹⁶⁵ G.G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, p. 206 s.

¹⁶⁶ Contro l'idea che la remissione del debito si identifichi con una rinunzia, cfr. P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Sub artt. 1230-1259, Bologna-Roma, 1975, p. 168. Per questo Autore, laddove la remissione è sempre e in ogni caso diretta all'estinzione dell'intero rapporto obbligatorio, la rinunzia è diretta alla semplice dismissione del diritto di credito e non comporta necessariamente l'estinzione dell'obbligazione, come nel caso della rinunzia da parte del creditore solidale. Di conseguenza, qualora alla rinunzia faccia effettivamente seguito l'estinzione del debito, quest'ultima deve essere considerata come un effetto solo indiretto di quella.

¹⁶⁷ C.M. BIANCA, *op. loc. ultt. citt.*

vono essere considerati come costante necessaria¹⁶⁸. Il creditore che agisce in via stragiudiziale è titolare di un potere parallelo a quello sotteso all'azione esecutiva, che segna l'avvio della espropriazione ordinaria, e di un potere di indubbia natura sostanziale, dalla quale però non è estranea una componente processuale¹⁶⁹.

Questo perché egli deve considerarsi titolare di una posizione giuridica non tanto configurabile come diritto soggettivo, che è normalmente volto a regolare i reciproci rapporti che egli ha con un altro soggetto (nel nostro caso, il debitore), ma alla stregua di un potere di realizzare direttamente diritti su cose determinate. Né, d'altro canto, la circostanza attinente alle modalità di attuazione di tali diritti (per il tramite degli uffici giudiziari o per difesa privata) può valere di per sé ad alterare la natura processuale della loro realizzazione e delle norme che la disciplinano¹⁷⁰ (salva sempre la tutela dei creditori del comune debitore muniti di una prelazione di grado anteriore¹⁷¹).

Tornando alla rinunziabilità delle forme procedurali, rimane da verificare se di inderogabilità della procedura di espropriazione forzata possa discorrersi, in senso (se non assoluto) temporalmente circoscritto e, soprattutto, se davvero essa possa essere desunta dal divieto del patto commissorio.

Rispetto a quest'ultimo profilo, non soltanto la risposta deve ritenersi negativa, ma a dirittura gli esiti di un'interpretazione letterale del disposto dell'art. 2744 c.c. paiono approdare a un risultato sovrabbondante: il divieto di convenzioni idonee a costituire titolo di appropriazione del bene da parte del creditore non sembra escludere la liceità di negozi dal diverso contenuto, ma il cui effetto si riconduca comunque a una realizzazione del diritto di credito attraverso forme diverse dall'espropriazione forzata¹⁷².

Quanto al dubbio che la sottrazione al potere dispositivo dei privati delle procedure di attuazione coattiva del credito vada limitata

¹⁶⁸ G. TARZIA, *L'oggetto del processo*, cit., p. 20 s.

¹⁶⁹ T. ASCARELLI, *Sulla derogabilità delle forme di cui all'art. 363 cod. comm.*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1927, I, p. 27.

¹⁷⁰ T. ASCARELLI, *op. loc. ultt. citt.*

¹⁷¹ L. MONTESANO, *La condanna*, cit., p. 97.

¹⁷² C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 193.

alla sola fase che precede l'inadempimento, esso si pone procedendo al confronto con i sistemi tedesco e francese.

In tali ordinamenti, abbiamo constatato come la menzionata inderogabilità sia circoscritta alla fase precedente la *Pfandreife*, secondo il modello del § 1149 BGB (sulla nullità di ogni convenzione traslativa del bene ipotecato secondo modalità diverse dalla procedura di esecuzione forzata (di cui al § 1147 BGB) anche con effetto subordinato all'inadempimento e in funzione satisfattiva del credito) o nella fase che precede l'inadempimento, sull'esempio del vecchio art. 742 c.p.c. francese (sulla nullità della convenzione attributiva al creditore, in caso di inadempimento, della facoltà di far vendere gli immobili del suo debitore senza seguire le formalità prescritte per l'esecuzione immobiliare).

A ben vedere, tuttavia, anche l'ipotesi della presenza nel nostro sistema di un divieto diretto a colpire una deroga preventiva alla procedura giurisdizionale non trova sostegno argomentativo sufficiente, tale non essendosi dimostrato il riferimento al divieto penale di una tutela arbitraria delle proprie ragioni (artt. 392 e 393 c.p.)¹⁷³.

L'altro punto che merita un cenno, come preannunciato poco sopra, è legato all'opportunità di un breve richiamo ad osservazioni già svolte, sulla distinzione tra l'esecuzione immobiliare e quella mobiliare.

Per quest'ultima, vi è una norma come l'art. 2796 c.c., che attribuisce al creditore un potere strumentale alla soddisfazione coattiva, e pure diretta e privata, sulla cosa ricevuta in pegno. E vi sono norme come gli artt. 2797, 2798 e 2804 c.c., che regolano i poteri autosatisfattori del creditore pignoratizio, da esercitarsi attraverso la vendita, anche per il tramite di un accordo tra le parti circa le forme della stessa, e l'assegnazione della cosa data in pegno.

Tra queste disposizioni, è per noi particolarmente interessante il riferimento alla libertà di scelta riconosciuta alle parti circa la forma

¹⁷³ Così E. BETTI, *Su gli oneri*, cit., p. 699 s. E ciò sull'idea di fondo che solo tramite la mediazione degli organi pubblici la forza del singolo mosso dall'intento di tutelare le proprie ragioni trova un canale di esplicazione razionale, e come tale accettabile in un contesto di convivenza ordinata, vd. E. RESTA, *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*, Roma-Bari, 1992, pp. 78 e 125-126. *Contra*, G.G. AULETTA, *La risoluzione*, cit., p. 208; C.M. BIANCA, *op. loc. ultt. cit.*

della vendita volta alla realizzazione del pegno (art. 2797, comma 4, c.c.); questo, tra l'altro, è stato interpretato come facoltà attribuita ai soggetti dell'obbligazione di convenire una alienazione del bene che non sia affidata a una delle persone autorizzate dalla legge, ovvero a un pubblico ufficiale, ma a un privato¹⁷⁴.

Ora, l'esplicita previsione legislativa di un potere dispositivo delle parti del rapporto obbligatorio garantito da pegno, in ordine alle forme della vendita di questo, va correttamente inquadrata nel contesto delle nostre riflessioni; nel corso di queste abbiamo infatti avuto modo di rilevare che, nell'affrontare il tema dell'esistenza e della portata di un principio di inderogabilità delle procedure esecutive giudiziali (nella sua valenza non tanto e non solo di possibile *ratio* del disposto dell'art. 2744 c.c., ma soprattutto come ostacolo di ordine dogmatico a un inquadramento sistematico delle nuove figure di credito bancario) è necessario tenere ben distinti concettualmente l'ambito dell'attuazione delle garanzie da quello della realizzazione coattiva del credito.

Per questa via, abbiamo affermato come l'assunto secondo il quale le garanzie tipiche non possono trovare attuazione, salvo eccezioni, che nel contesto della procedura disciplinata dal codice di rito debba collocarsi su un piano diverso da quello per il quale è il credito inadempito a non potersi realizzare coattivamente al di fuori di quel contesto procedimentale.

Se questo è vero, la facoltà di scegliere forme diverse per la vendita del pegno va correttamente intesa nel senso della liceità di una modificazione pattizia del contenuto del vincolo di garanzia¹⁷⁵. E, quindi, va inserita nel novero delle eccezioni previste dal legislatore rispetto al primo dei due assunti appena menzionati, relativo alle modalità di attuazione del contenuto delle garanzie tipiche, che normalmente sono fissate rigidamente e in via inderogabile dalla legge.

Si ritiene, viceversa, estraneo alle riflessioni che possono essere condotte intorno a questa facoltà il diverso tema relativo all'esistenza di un principio generale di inderogabilità delle procedure giudiziarie per la realizzazione forzata del credito inadempito.

Peraltro, consideriamo per un momento il principio di inderoga-

¹⁷⁴ C.M BIANCA, *Il divieto*, cit., p. 195.

¹⁷⁵ C.M BIANCA, *op. loc. ultt. citt.*

bilità della procedura di espropriazione nella fase realizzativa del contenuto delle garanzie tipiche come tendenziale presidio della libertà patrimoniale del debitore nella gestione esecutiva dei suoi beni, la quale è destinata a culminare con la vendita degli stessi.

Sarebbe erroneo dare per scontata una inidoneità a tal fine di strumenti alternativi alle formalità previste dal codice di rito e, in particolare, di strumenti che riposano esclusivamente sull'autonomia privata: in questi, il vantaggio per il creditore trova riscontro in quello del debitore e nel suo interesse ad adempiere nel migliore dei modi per liberarsi da quel vincolo che, sotto forma di responsabilità patrimoniale, restringe la «propria libertà di azione»¹⁷⁶, ovvero la potenzialità espansiva della sua attività giuridicamente rilevante¹⁷⁷.

Paradigmatico, in questo senso è lo statuto normativo di una figura che abbiamo già esaminato, poiché sulla stessa non è mancato un dibattito sviluppatosi nell'ambito di quello relativo al divieto del patto commissorio, essendo essa suscettibile in astratto di prestarsi a perseguire una finalità elusiva dello stesso.

Ci riferiamo al contratto di mandato *in rem propriam* con rappresentanza, con il quale il debitore titolare del bene può conferire al creditore l'incarico di alienare lo stesso, in caso di inadempimento dell'obbligazione, onde consentirgli di utilizzare quanto ricavato a titolo di prezzo al fine di estinguere l'obbligazione¹⁷⁸.

Ora, l'esito del confronto tra «gli effettivi risultati» normalmente connessi alle vendite giudiziali e quelli che scaturiscono dalla menzionata modalità di alienazione, che pure è tradizionalmente considerata «forse la meno sicura per gli interessi del debitore»¹⁷⁹, è particolarmente interessante ai nostri fini; basti considerare, come abbiamo già osservato, che l'obbligo del mandatario di comportarsi con la diligenza dell'uomo medio in relazione alla tipologia negoziale affidatagli, si pone come fonte del diritto del debitore di esercitare una

¹⁷⁶ F. SALVI, *Della cessione dei beni ai creditori*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, IV, *Delle obbligazioni*, Sub artt. 1960-1991, Bologna-Roma, 1974, p. 310.

¹⁷⁷ G. BONGIORNO, *L'autotutela*, cit., p. 113.

¹⁷⁸ Sul punto, cfr., *supra*, cap. I, par. 3.

¹⁷⁹ C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., p. 196.

forma di controllo sull'accordo traslativo che può ben estendersi alla convenienza dell'affare, in relazione alle circostanze del caso concreto¹⁸⁰.

Un'ultimo pensiero, infine, in chiusura di queste considerazioni.

Rispetto alla realizzazione forzata del credito inadempito per il tramite delle procedure giudiziarie, si vuole ora dare brevemente conto di una notazione che abbiamo avuto occasione di svolgere nel corso delle nostre riflessioni, rispetto alle censure di generale inefficienza del relativo apparato rimediale.

Abbiamo rilevato che, a fronte delle fondate istanze volte a sollecitare interventi mirati ad opera del legislatore, uno strumento di contenimento delle conseguenze pratiche negative di tale inefficienza, i cui effetti, ricordiamolo, finiscono per esplicarsi sull'intero sistema economico, può ben essere individuato nello sviluppo di un adeguato sistema alternativo a quello giurisdizionale.

A questo proposito può essere interessante effettuare un confronto tra il risultato che debitore e creditore possono conseguire con il ricorso, rispettivamente, ad un accordo traslativo o al processo di espropriazione.

L'attenzione va posta sull'effetto dell'attribuzione al creditore di un bene del debitore, basata su una stima oggettiva e imparziale del valore di questo, la cui funzione estintiva dell'obbligazione si esplica solo in caso di inadempimento.

Si vede che il debitore e il creditore, prestando il consenso all'effetto traslativo, ottengono *entrambi* un risultato ben preciso e favorevole a ciascuno: il creditore predispone un meccanismo di escusione del credito dalle conseguenze certe fin dal sorgere del vincolo obbligatorio e, se del caso, soddisfa le sue ragioni avvalendosi degli effetti di questo (abbiamo detto, funzione cautelare, ed eventualmente satisfattiva ed estintiva). Il debitore, a sua volta, consegue non solo la liberazione dal vincolo cui è assoggettato, come dicevamo sopra, ma una liberazione che si produce sulla base del valore effettivo del bene della cui proprietà si spoglia a favore del creditore.

Possiamo dire che il debitore consente a perdere la proprietà di un bene e il creditore consente a soddisfare il credito secondo il va-

¹⁸⁰ C.M BIANCA, *Il divieto*, cit., p. 197.

lore di stima del bene oggetto di stipulazione col debitore, con ciò salvaguardando, insieme, l'interesse di quest'ultimo, ma anche dei suoi altri creditori.

Ora, sebbene l'effetto attributivo descritto possa collocarsi all'interno di quello che, in senso lato, rappresenta il principale fine pratico del processo di espropriazione, si nota che quest'ultimo non offre lo stesso grado di efficienza se si pone mente ai tempi, ai costi e all'effettiva idoneità ad assicurare la realizzazione del valore oggettivo dei beni espropriati.

8. La stipulazione del contratto costitutivo di pegno, nella sua natura di atto di autonomia privata riconducibile alla volontà (anche) del debitore, in aggiunta agli effetti suoi propri legati al venire in esistenza di una garanzia reale tipica, in funzione di rafforzamento della pretesa del creditore avente ad oggetto la realizzazione del credito, con i connessi diritti di prelazione e di seguito da far valere in sede di procedura giudiziale, attribuisce altresì a quest'ultimo dei poteri di autotutela esecutiva¹⁸¹.

Riguardato alla luce di tali poteri, anche il pegno diventa meccanismo che reca in sé un paradigma effettuale idoneo a diventare strumento attuale di realizzazione del credito in via autonoma e diretta; in tal caso, la funzione autosatisfattiva ed estintiva del credito inadempito si coglie considerando che il creditore ottiene unilateralmente il risultato dell'esecuzione coattiva dell'obbligazione indipendentemente dalla cooperazione dell'obbligato e obliterando l'intervento del giudice.

La vendita coattiva stragiudiziale (artt. 2796 e 2697 c.c.) avviene ad opera di un notaio o altro pubblico ufficiale incaricato dal creditore. Le forme sono quelle dell'incanto, salvo che la cosa abbia un prezzo di mercato, nel significato desumibile per analogia dall'art. 1515 c.c. relativo all'esecuzione coattiva della vendita (e dunque un prezzo corrente stabilito per atto della pubblica autorità ovvero risultante da listini di borsa o mercuriali); in tal caso, essa può esser venduta a mezzo di trattativa privata, a un prezzo non inferiore al

¹⁸¹ T. ASCARELLI, *Sulla derogabilità*, cit., p. 24.

minimo di listino (argomentando in via analogica dall'art. 532 c.p.c.), tramite un agente di cambio o un mediatore di merci professionista (art. 83, comma 1, disp. att. c.c.)¹⁸².

In aggiunta, abbiamo osservato che è dato alle parti di convenire forme diverse per la vendita (art. 2797, comma 4, c.c.), nel senso di ulteriormente semplificare la realizzazione del pegno. Il potere derogatorio attribuito al consenso di debitore e creditore può spingersi, oltre la previsione di modalità di vendita diverse da quelle prescritte, fino a una pattuizione volta a dispensare dall'osservanza delle forme del procedimento, ovvero l'intimazione formale al debitore e al terzo garante e dal rispetto del termine per l'opposizione.

Secondo la giurisprudenza, l'unico scopo di questi requisiti consiste nel consentire al debitore (e al terzo datore del pegno) di adempiere spontaneamente o di opporsi alla vendita; essi sono dunque derogabili, previa espressa pattuizione delle parti, senza che l'omissione di tali forme faccia venir meno la riferibilità della vendita alla realizzazione della garanzia pignoratizia¹⁸³.

Dunque le parti possono convenire, in tale contesto, un termine minimo di preavviso assai ridotto o la sostituzione dell'intimazione a mezzo di ufficiale giudiziario con un preavviso al debitore dato in forma scritta.

In alternativa, il creditore può chiedere l'assegnazione stragiudiziale in pagamento della cosa data in pegno, dalla quale deriva un effetto estintivo dell'obbligazione nella misura del valore della stessa, secondo il prezzo di mercato di questa o la stima eseguita da un perito nominato giudizialmente (art. 2798 c.c.). Come nella ricorrenza della cautela marciaria, viene infatti ritenuto essenziale l'accertamento del valore del bene oggetto dell'effetto reale in favore del creditore al momento dell'inadempimento del credito e non in quello della stipulazione del contratto¹⁸⁴.

L'assegnazione deve essere chiesta al giudice proprio perché quest'ultimo deve provveder a far stimare la cosa o stabilire se essa ab-

¹⁸² Cass., 10 novembre 2008, n. 26898, in *Fallimento*, 2009, 5, p. 618.

¹⁸³ Cass., 28 maggio 2008, n. 13998, in *Fallimento*, 2008, 11, p. 1256. *Contra* C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 7, cit., p. 215.

¹⁸⁴ L. LORDI, *Pegno commerciale*, nel *Nuovo dig. it.*, IX, Torino, 1939, p. 667.

bia un prezzo di mercato¹⁸⁵. Inoltre, l'assegnazione non può essere disposta (salvo il disposto degli artt. 505-507 c.p.c.) là dove gli altri creditori abbiano effettuato il pignoramento¹⁸⁶.

Le ipotesi che abbiamo appena menzionato non esauriscono le possibilità in cui il pegno può diventare la cornice giuridica formale entro la quale vanno a trovare collocazione meccanismi che prevedono modalità di escussione del credito che consistono nel diritto di vendita, di appropriazione o ritenzione o, ancora, di utilizzo del bene dato in garanzia.

Uno schema rappresentativo di esecuzione speciale si ha in materia di pegno di crediti, che al creditore pignoratizio concede una serie di diritti da esercitare sull'oggetto del credito ricevuto in pegno. In particolare, il diritto di ritenere le somme riscosse fino alla concorrenza dell'ammontare del credito garantito ovvero il diritto di procedere alla vendita o di ottenere l'assegnazione delle cose fungibili diverse dal denaro (art. 2803 c.c.). In ogni caso, poi, egli può chiedere l'assegnazione in pagamento del credito ricevuto in pegno, fino a concorrenza del credito garantito, ovvero, se il credito non è ancora scaduto, può farlo vendere nelle forme stabilite dall'art. 2797 (art. 2804 c.c.).

In entrambi i casi, della vendita coattiva e dell'assegnazione, viene fatto salvo il diritto del debitore di conseguire l'eventuale eccedenza tra il ricavato o il valore del bene e l'entità del credito.

Analoghe sono le ipotesi di vendita dei beni su cui cadono alcuni privilegi speciali (artt. 2756, comma 3, e 2761, comma 4, c.c.).

Anche le merci, i titoli o i depositi di denaro possono formare oggetto del pegno. Nella forma dell'anticipazione bancaria propria ricorre lo schema del pegno regolare; nella forma dell'anticipazione impropria, ove i beni oggetto della garanzia non sono stati specificatamente individuati o comunque sia stata espressamente conferita alla banca la facoltà di disporre con l'obbligo di restituire il *tantundem eiusdem generis et qualitatis*, ricorre lo schema del pegno irregolare (art. 1851 c.c.). Il codice consente al debitore di pretendere dal cre-

¹⁸⁵ G. GORLA e P. ZANELLI, *Del pegno. Delle ipoteche*, in *Comm. c.c. Scialoja e Branca*, Sub artt. 2784-2899, Bologna-Roma, 1992, p. 142.

¹⁸⁶ G. GORLA e P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 144.

ditore la somma o la parte delle merci o dei titoli che eccedono l'ammontare dei crediti garantiti¹⁸⁷.

Più nello specifico, a garanzia dell'adempimento della propria obbligazione, il debitore ha la facoltà di vincolare al suo creditore un titolo di credito o un documento di legittimazione individuati conferendo a quest'ultimo anche la facoltà di disporre del relativo diritto. La conseguenza è che il creditore garantito acquisisce la somma portata dal titolo o dal documento e deve restituirla al momento dell'adempimento; invece, in caso di inadempimento, è tenuto soltanto a corrispondere al debitore la parte eccedente l'ammontare del credito garantito¹⁸⁸.

La regola che ricollega al pegno irregolare l'effetto traslativo sulle cose date in garanzia, che il codice detta espressamente per la figura dell'anticipazione bancaria, ma che è ritenuta applicabile per analogia al di fuori dello specifico contratto cui è riferita¹⁸⁹, apre la strada a due vie: se il credito garantito viene soddisfatto alla scadenza, la banca sarà tenuta alla restituzione del *tantundem*; mentre, qualora il debitore sia inadempiente, la realizzazione del credito avviene in via di compensazione, secondo il meccanismo attraverso il quale viene esercitata la prelazione pignorizia in caso di pegno irregolare.

Infatti, nemmeno all'atto costitutivo del pegno irregolare si riconosce funzione solutoria, non mirando esso a realizzare una forma di soddisfacimento anticipato del credito garantito. Tale assunto trova una duplice conferma nel fatto che al momento del trasferimento del denaro o degli altri beni fungibili non esiste un credito esigibile; e nella lettera dell'art. 1851 c.c., in base alla quale l'eccedenza (che forma oggetto di restituzione da parte del creditore pignoratizio) si determina in relazione al valore delle merci o dei titoli consegnati in garanzia al tempo della

¹⁸⁷ Sull'obbligo della banca di restituire solo la somma o la parte delle merci o dei titoli che eccedono l'ammontare dei crediti garantiti, cfr. P. MARANO, *Anticipazione bancaria*, in R. TETI e P. MARANO, *I contratti bancari*, Milano, 1999, p. 551. In giurisprudenza, Cass., 24 maggio 2004, n. 10000, in *Giur. it.*, 2005, p. 1418.

¹⁸⁸ Cass., 10 marzo 2006, n. 5290, in *Mass. Giur. it.*, 2006; Cass., 16 giugno 2005, n. 12964, in *Banca, borsa tit. credito*, 2007, 2, p. 162; Cass., 9 maggio 2000, n. 5845, in *Dir. prat. soc.*, 2000, p. 20.

¹⁸⁹ G. TUCCI, *Cauzione*, in *Digesto it.*, II, Torino, 1998, p. 261.

scadenza dei crediti, e non a quello della consegna, come dovrebbe essere se quest'ultimo coincidesse con il tempo della *solutio*¹⁹⁰.

La collocazione di questa figura al di fuori dell'ambito di applicazione del divieto del patto commissorio si giustifica proprio considerando gli elementi da ultimo menzionati: l'attribuzione definitiva dei beni al creditore sulla base del valore che essi hanno alla scadenza dei crediti e l'obbligo della banca di restituire l'eventuale eccedenza¹⁹¹.

Ricalcano la struttura di un pegno avente ad oggetto denaro contante o strumenti finanziari, i contratti di garanzia finanziaria¹⁹² che, nel *financial collateral arrangement*¹⁹³, prevedono il trasferimento della proprietà con funzione di garanzia a favore degli operatori «istituzionali»¹⁹⁴ e che abbiamo visto essere sottratti alle maglie del divieto ex art. 2744 c.c., purché l'appropriazione non superi il valore del de-

¹⁹⁰ G. MOLLE, *I contratti bancari*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1981, p. 363.

¹⁹¹ A. SERRA, *Anticipazione bancaria*, in *Digesto comm.*, I, Torino, 1987, p. 134.

Anche in giurisprudenza l'assenza dei caratteri commissori nella fattispecie in cui la costituzione di pegno irregolare ha ad oggetto somme di denaro depositate dal debitore costituente presso la banca creditrice si rinviene nel fatto che il relativo patto sia strutturato in modo da consentire al beneficiario, in caso di inadempimento dell'altra parte, di fare definitivamente propria la sola somma corrispondente al credito garantito e quindi di compensare quest'ultimo con il proprio debito restitutorio: Cass., n. 10000/2004, cit.; Cass., 20 ottobre 1994, n. 8571, in *Corriere giur.*, 1995, 2, p. 223.

¹⁹² E. GABRIELLI, *Pegno*, in *Dig. disc. priv.* Sez. civ. Agg., Torino, 2011, p. 661 ss.; ID., *Contratti di garanzia finanziaria, stabilità del mercato e procedure concorsuali*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 507 ss.; F. MACARIO, *I contratti di garanzia finanziaria nella direttiva 2002/47/CE*, in *Contratti*, 2003, 1, p. 88; A.V. GUCCIONE, *I contratti di garanzia finanziaria*, cit., p. 824; V. AGNESE, *I contratti di garanzia*, cit., *passim*; R. MARINO, *Recepimento*, cit., *passim*; G. TARZIA, *Le garanzie atipiche (e l'attuazione della direttiva europea sui contratti di garanzia finanziaria)*, in *Dir. fall.*, 2005, 5, p. 485; A. GROSSI, *La direttiva 2002/47/CE*, cit., p. 263; E. MASTROPAOLO, *La nuova normativa europea sui contratti di garanzia finanziaria (direttiva 2002/47/CE del 6-6-2002)*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 519.

¹⁹³ P. CARRIÈRE, *La nuova normativa sui contratti di garanzia finanziaria. Analisi critica*, in *Banca borsa*, 2005, I, p. 184 ss.

¹⁹⁴ E. GABRIELLI, *Contratti di garanzia finanziaria*, cit., p. 306.

bito e sia restituita l'eccedenza¹⁹⁵, per disposizione espressa dell'art. 6 del d.lg. 21 maggio 2004, n. 170, in attuazione della Direttiva n. 2002/47/CE, come modificata dalla Direttiva n. 2009/44/CE.

A tal fine, per contratti di garanzia finanziaria si intendono il contratto di pegno o il contratto di cessione del credito o di trasferimento della proprietà di attività finanziarie con funzioni 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, allorché le parti contraenti rientrino nelle categorie espressamente indicate (autorità pubbliche, banche centrali, enti finanziari soggetti a vigilanza prudenziale, controparti centrali, agenti di regolamento o stanze di compensazione secondo la definizione dell'art. 2 della Direttiva n. 98/26/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio; in ogni caso persone diverse dalle persone fisiche, incluse imprese e associazioni prive di personalità giuridica che abbiano come controparte uno degli enti menzionati).

Ora, in questo contesto negoziale, quando si verifica un evento che determina l'escussione della garanzia, il creditore pignoratizio ha facoltà, anche nel caso di apertura di una procedura di risanamento o di liquidazione, di procedere, nel rispetto delle formalità previste nel contratto, alla vendita delle attività finanziarie oggetto del patto, trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del proprio credito, fino alla concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita.

In alternativa, il creditore può procedere alla appropriazione delle attività finanziarie oggetto del pegno, diverse dal contante, fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita, a condizione che tale facoltà sia prevista nel contratto di garanzia finanziaria e che lo stesso ne preveda i criteri di valutazione.

Infine, egli può ricorrere all'utilizzo del contante oggetto della garanzia per estinguere l'obbligazione finanziaria garantita (art. 4).

In questi casi (e diversamente da quanto previsto dall'art. 2797, comma 1, c.c.), il creditore pignoratizio ha l'obbligo, dopo l'avvenuta realizzazione della garanzia, di informare immediatamente per iscritto il datore della garanzia stessa (e gli organi della procedura di risana-

¹⁹⁵ G. TARANTINO, *Patto commissorio, alienazioni in garanzia ed autonomia privata: alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Contratti*, 2012, p. 1030 s.

mento o di liquidazione) circa la modalità di escussione adottata e l'importo ricavato, al fine di restituire contestualmente l'eccedenza.

Come si evince da questi brevi cenni, la nuova disciplina reca un'ulteriore eccezione ai principi in materia di garanzie reali mobiliari, proprio dove si dispone che il creditore pignoratizio può disporre, anche mediante alienazione, delle attività finanziarie oggetto del pegno, se previsto nel contratto di garanzia finanziaria e conformemente alle pattuizioni in esso contenute (art. 5, comma 1).

Il che significa che anche il sistema volto a regolare analiticamente le ipotesi in cui al creditore pignoratizio è concesso procedere alla vendita del bene (artt. 2795 ss. c.c.), viene derogato dal legislatore del 2004. Ma viene derogato attraverso la previsione di un'ulteriore ipotesi (che a quel sistema ora si affianca) di eccezione alla normale realizzazione del vincolo di garanzia, nel cui ambito strutturale qui restiamo (tant'è che il presupposto per l'attivazione dell'effetto traslativo è un evento determinante l'escussione della garanzia, *ex* art. 4), attraverso la procedura esecutiva giudiziale.

Le condizioni generali di realizzo delle attività finanziarie e i criteri di valutazione delle stesse e delle obbligazioni finanziarie garantite devono essere ragionevoli sotto il profilo commerciale. Siffatta ragionevolezza si presume nel caso di conformità agli schemi contrattuali individuati dalla Banca d'Italia, di intesa con la Consob, in relazione alle clausole di garanzia elaborate nell'ambito della prassi internazionale (art. 8, comma 1). La violazione della ragionevolezza sotto il profilo commerciale delle condizioni di realizzo delle attività finanziarie può essere fatta valere in giudizio entro tre mesi dalla comunicazione, qualora non siano state previamente concordate tra le parti ai fini della rideterminazione di quanto dovuto. Nel caso in cui si sia aperta una procedura concorsuale ed entro sei mesi dal momento di apertura della stessa, poi, il difetto della ragionevolezza può essere fatto valere anche dagli organi della procedura di liquidazione, qualora la determinazione sia intervenuta entro l'anno che precede l'apertura della procedura di liquidazione.

Lungo la medesima direttrice, il d.l. 3 maggio 2016, n. 59, convertito con modificazioni in l. 30 giugno 2016, n. 119, ha introdotto, tra l'altro, il pegno mobiliare non possessorio (art. 1), dedicato ai debitori che rivestono la qualifica di imprenditori iscritti nel registro

delle imprese. Questi possono conferire in garanzia del finanziamento beni mobili, anche immateriali, destinati all'esercizio dell'impresa e anche crediti derivanti da tale esercizio o ad esso inerenti (art. 1, comma 2, l. n. 119/2016), il che consente all'imprenditore di avvalersi a tal fine sia dei beni che costituiscono il capitale fisso, sia delle materie prime e delle merci utilizzate nella attività produttiva¹⁹⁶.

La previsione peculiare riguarda, da un canto, il diritto del debitore o del terzo garante di trasformare, alienare o comunque disporre dei beni oggetto della garanzia, rendendo operanti forme di rotatività o surrogazione reale.

Dall'altro, la possibilità per il creditore, in caso di inadempimento del debitore, di evitare il pignoramento e realizzare il proprio diritto mediante vendita del bene, con facoltà di trattenere il corrispettivo fino al soddisfacimento del credito; mediante escussione o cessione del credito oggetto del pegno, fino alla concorrenza della somma garantita; e, ove espressamente pattuito nel contratto di pegno, anche mediante locazione del bene oggetto del pegno, imputando i canoni al soddisfacimento del credito garantito; e, infine, mediante appropriazione del bene oggetto del pegno.

Ancora, la tipizzazione della cautela marciana, ad integrazione delle ipotesi eccezionali in cui la realizzazione della tutela offerta dalla garanzia può avvenire obliterando le procedure esecutive giudiziali che ne costituiscono la sede in via normale e generale, si apprezza considerando una serie di elementi.

Quando il meccanismo di escussione della garanzia viene veicolato dalla vendita del bene dato in pegno, quest'ultima deve essere effettuata dal creditore tramite procedure competitive, anche avvalendosi di soggetti specializzati, sulla base di stime effettuate da parte di operatori esperti, volte ad assicurare, con adeguate forme di pubblicità, la massima informazione e partecipazione degli interessati.

Nella diversa ipotesi dell'appropriazione, poi, è necessario che il contratto preveda anticipatamente i criteri e le modalità di valutazione del valore del bene oggetto di pegno e dell'obbligazione garantita.

¹⁹⁶ S. AMBROSINI, *Il pegno non possessorio ex lege n. 119/2016*, reperibile sul sito www.ilcaso.it, 3 ottobre 2016, 4; E. GABRIELLI, *Una garanzia reale senza possesso*, in *Giur. it.*, 2017, p. 1717.

CAPITOLO IV

LA PROCEDURA ESECUTIVA GIUDIZIARIA: DA GARANZIA INDEROGABILE A TUTELA DEL DEBITORE CHE NON ADEMPIE SPONTANEAMENTE A COSTO ORDINAMENTALE DA EVITARE?

Abbiamo avuto modo di notare come il riferimento codicistico del divieto del patto commissorio ai contratti nominati di garanzia, se riproduce uno schema tradizionale, va oggi letto tenendo conto di come si sia nel frattempo evoluto il significato originario dei termini richiamati dalle disposizioni normative. Questa necessità ci ha imposto di sottoporre a verifica il rapporto tra la convenzione vietata e la struttura delle garanzie tipiche, così come questa si configura nell'attuale ordinamento giuridico¹.

Un fraintendimento ingenerato dal tenore letterale dell'art. 2744 c.c., e dal riferimento in esso contenuto alla cosa ipotecata o data in pegno, ha fondato in passato l'impressione surrettizia che porta a configurare il rapporto di garanzia come un presupposto indefettibile del patto. Corollario di questa impostazione si è ravvisato nel giustificare logicamente il patto, da un punto di vista oggettivo, come una realizzazione del pegno o dell'ipoteca. E nel fondare la *ratio* del divieto del patto stesso in un principio di inderogabilità dell'espropriazione forzata.

L'assenza, nella descrizione della fattispecie vietata contenuta nell'art. 2744 c.c., di ogni cenno alla sproporzione tra quanto dovuto dal debitore e l'arricchimento effettivamente conseguito dal creditore per effetto dell'accordo traslativo, ha completato il quadro interpretativo nel senso di considerare coperte dal divieto anche le convenzioni nelle quali la cautela marciana garantisce di fatto l'esclusione di un abuso sinallagmatico.

Sebbene, nel tempo, alcuni di questi assunti siano stati rivisti dalla successiva elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, un'eco di essi è nondimeno ancora percepibile in alcune riflessioni sul tema. E può

¹ Su questa impostazione, cfr. C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., *passim*.

finire per condizionare il contesto di riferimento delle indagini sulle figure di credito bancario di recente introduzione.

Queste infatti si rivelano peculiari in quanto evocano la possibilità di realizzare la responsabilità patrimoniale del debitore non solo, in generale, mediante vie altre dall'azione giurisdizionale (in quanto maggiormente funzionali alle esigenze del mercato), ma anche, nello specifico, attraverso meccanismi traslativi della proprietà di beni del debitore in capo al creditore per il caso dell'inadempimento dell'obbligazione.

Se ci muoviamo nel contesto di riferimento cui poc'anzi si è fatto cenno, la riconduzione al sistema di tali fattispecie negoziali² si scontra (almeno): con il divieto del patto commissorio, che è espresso secondo una formula la cui indifferenza per l'equilibrio sinallagmatico (pur in quelle presidiato dalla cautela marciana) abbiamo appena richiamato; con l'ostacolo del principio di tipicità dei diritti reali i quali, nella configurazione del pegno e dell'ipoteca, vengono richiamati, da un lato, dal disposto dell'art. 2744 c.c., e dall'altro, dall'inerenza alla realizzazione coattiva del credito inadempito che accomuna l'esecuzione del meccanismo traslativo (che assiste le nuove figure contrattuali di finanziamento bancario) e l'attuazione delle garanzie reali tipiche; infine, con un'idea di immanenza nel nostro sistema di un principio di inderogabilità della procedura esecutiva giurisdizionale.

Affrontare il nostro tentativo di inquadramento sistematico, sia pur limitato alle nuove tipologie contrattuali, nei termini di altrettante eccezioni sia rispetto al divieto dell'art. 2744 c.c. sia rispetto all'inderogabilità della realizzazione del credito per via giudiziale non appare appagante.

Non solo perché quando ha inteso disapplicare gli esiti del giudizio di disvalore rispetto a un congegno negoziale che consente al creditore di appropriarsi di un bene del suo debitore inadempiente, il legislatore non ha avuto difficoltà a esprimere a chiare lettere tale

² Ritene che il reiterato ricorso al marciano, ad opera del legislatore contemporaneo, indichi una precisa scelta nel senso del riconoscimento di un ruolo dell'istituto a livello di sistema N. CIPRIANI, *Il patto marciano tra discipline di settore*, cit., p. 205.

volontà derogatoria (a questo proposito si impone, tra tutti, il caso dei contratti di garanzia finanziaria).

Ma anche perché ci troviamo di fronte alle sollecitazioni provenienti dal mercato del credito, dal legislatore comunitario e dal confronto con le soluzioni giuridiche adottate nei Paesi a noi vicini, ai quali siamo legati dal doppio filo dell'esigenza di una omogeneità normativa, che è sottesa alle spinte che da più parti ci fanno muovere verso un diritto comune³, e della opportunità di elaborare discipline dotate di una maggiore capacità attrattiva nei confronti della clientela internazionale, in un'ottica di concorrenzialità.

Si tratta di sollecitazioni che spingono nel senso della predisposizione di una valida ed efficiente alternativa, in tema di mezzi di reazione contro l'inadempimento, rispetto alla via segnata dalle norme del codice di procedura civile.

Ora, davanti a siffatte pressioni non è apparso inutile indagare l'attuale portata precettiva (e il conseguente fondamento giustificativo) di una norma che, pur oggetto di acceso dibattito, è tuttora vigente nel nostro ordinamento, quale è appunto l'art. 2744 c.c.; ragionare nei termini di una deroga implicita ad esso equivarrebbe sostenere, salvo propendere per ragioni inerenti a una carente tecnica legislativa⁴, la superfluità di una disapplicazione esplicita. E ciò va oltre l'affermare che sarebbe opportuna una sua espunzione definitiva dal sistema perché sottende la supposizione che, nel frattempo, sia legittimo agire (e ragionare) come se essa fosse già stata abrogata.

Né, d'altro canto, è apparso inutile verificare se il principio di inderogabilità della procedura esecutiva giurisdizionale sia effettivamente esistente nel nostro ordinamento dato che, in questo caso, al contrario che nel precedente, si tratta di una norma, quella che dovrebbe positivizzarlo, che manca e che pure sembra legittimo presumere che vi sia e agire (e ragionare) come se essa vi fosse effettivamente.

Abbiamo rilevato che tale principio viene richiamato in quanto possibile *ratio* del divieto di un accordo ad effetti reali tra debitore

³ Su una globalizzazione moderna, quale «affermazione planetaria della economia di mercato», cfr. G. IUDICA, *Globalizzazione e diritto*, cit., p. 867 ss.

⁴ Su cui peraltro cfr. S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B: il "pasticcio"*, cit., p. 45.

e creditore che prescinde, ricordiamolo, da un abuso sinallagmatico. Quindi, in quanto idoneo, nella sua portata generale, a porsi come ostacolo a un giudizio di compatibilità con i principi fondamentali dell'ordinamento (salvi i casi previsti dalla legge) di una contrattualità che appare idonea ad attuare la soddisfazione coattiva dei crediti al fuori della tutela assicurata dal codice di procedura civile.

Gli esiti di un tale giudizio di incompatibilità, se confermati, andrebbero pertanto a incidere anche le nuove figure di contratti di finanziamento tipicamente strutturati secondo il paradigma marciano, ove si voglia tentare un'ermeneutica che non si limiti a tollerarle in quanto (previste dalla legge, ma alla stregua di) isolate deroghe, eccezionali e di stretta interpretazione, all'interno di un ordine dogmatico impostato su basi inconciliabili.

Questo per noi diventa rilevante soprattutto se ci poniamo al cospetto delle sollecitazioni cui abbiamo fatto cenno. Infatti, l'alternativa all'esecuzione forzata giurisdizionale va costruita. E, a presidio della sua stessa efficienza, va costruita non su un certo numero di figure speciali sparse, previste in deroga ai principi ma, almeno tendenzialmente, con intento sistematico.

Sono ben note le censure mosse da più parti, e certo non senza ragione, al sistema italiano delle garanzie, che si rivela sempre più inadatto alle esigenze del credito così come plasmate dalle regole della contrattazione internazionale.

Il problema dell'attuazione coattiva del diritto di credito, volta ad assicurare al titolare il conseguimento dell'utilità dovutagli pur a fronte dell'inadempimento del debitore, ha assunto proporzioni progressivamente più allarmanti con l'inasprirsi della crisi economica che ha caratterizzato l'economia mondiale degli ultimi anni.

E ciò impone al giurista di concentrare l'attenzione sull'efficienza degli strumenti che operano in mancanza di cooperazione da parte del soggetto passivo del rapporto obbligatorio.

Tra questi, rilievo primario va certamente attribuito a quelli regolati dalle norme che disciplinano l'esecuzione forzata giurisdizionale, i quali si avvalgono dell'intervento degli organi dello Stato e del mezzo processuale per consentire al creditore di soddisfarsi senza o anche contro la volontà del soggetto obbligato.

Sono strumenti che presuppongono l'incisione del patrimonio del debitore; incisione che, fin dal sorgere del vincolo obbligatorio, rimane nell'alveo della mera potenzialità, nella forma della garanzia generica, ovvero assume i caratteri specifici del vincolo reale di destinazione, costitutivo di diritti o poteri immediati su beni determinati.

La procedimentalizzazione normativa e la mediazione giudiziale, da un canto, valgono a garantire che siffatta incisione non si traduca in una illecita lesione di diritti assoluti o di situazioni di possesso o di detenzione di quei beni che si rivelano funzionali rispetto agli obblighi di *facere* o *non facere*, tra i quali il rilascio di immobili e la consegna di beni mobili⁵. Dall'altro, presidiano i diritti di prelazione vantati dagli altri creditori del debitore, stabilendo forme e modi di soddisfazione delle rispettive ragioni di credito secondo un ordine prestabilito il cui regime pubblicitario previene il sorgere di affidamenti infondati.

Tuttavia, le procedure individuali e collettive di espropriazione sono oggi tendenzialmente caratterizzate da farraginosità e da un eccessivo protrarsi nel tempo, con inevitabili ricadute in termini di costi e, in generale, di inefficienza dell'apparato rimediale.

Se ciò impone senza dubbio interventi mirati ad opera del legislatore, non può del resto non notarsi come uno strumento di contenimento delle menzionate conseguenze pratiche negative sull'intero sistema economico potrebbe essere individuato, lo accennavamo poc'anzi, nello sviluppo di un adeguato sistema alternativo a quello giurisdizionale.

Un sistema che sia composto da strumenti legali e convenzionali parimenti idonei a consentire la realizzazione della responsabilità patrimoniale connessa all'inadempimento della prestazione avente ad oggetto somme di denaro o altre cose fungibili. Strumenti, in particolare, funzionali ad attribuire al creditore peculiari poteri e facoltà da esercitarsi sul patrimonio dell'obbligato e causalmente orientati al diretto conseguimento dell'attuazione del diritto di credito, senza la necessità che la soggezione del debitore sia collegata alla formazione di un titolo esecutivo.

⁵ G. BONGIORNO, *op. cit.*, p. 1.

L'autotutela esecutiva, declinata nella duplice forma dell'autodifesa soddisfattoria consensuale e della esecuzione forzata in autotutela, può costituire oggi un valido strumento di realizzazione della responsabilità patrimoniale manifestata dall'obbligazione; essa passa attraverso la costituzione di un vincolo di destinazione funzionale, impresso al patrimonio del debitore, che si pone come fonte di poteri il cui esercizio è sufficiente al creditore pecuniario onde ottenere un risultato di esecuzione mediante un'azione non giurisdizionale⁶.

Il percorso seguito dal legislatore, non solo italiano⁷, in questa direzione può senz'altro concepirsi in termini di evoluzione, ove riguardato nella prospettiva della storia moderna; prendendo le mosse dallo spirito egualitaristico trasfuso dalla rivoluzione francese direttamente nel contenuto precettivo del *Code Napoleon*, si spiegano disposizioni come quella posta a presidio della *par condicio creditorum* e quella proibitiva del patto commissorio.

La correlativa diffusione di questo apparato, concettuale prima che normativo, non solo nel nostro codice (vigente e abrogato), del quale quello francese costituisce il referente legislativo⁸, e la sua affermazione nel contesto europeo sono oggi ben noti.

Allargando nondimeno la visione prospettica, non pare inopportuno riferirsi ai recenti interventi legislativi in termini di riscoperta di paradigmi di escussione del credito ben radicati in contesti ordinali più risalenti, come quello romano o germanico⁹. Dalla facoltà riconosciuta al creditore di vendere il pegno «privatamente e senza indugio» propria di quelli, si approda in epoca successiva a un sistema che impone di «ricorrere al giudice perché ordini e sorvegli la vendita»¹⁰.

⁶ A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano*, loc. ult. cit.; G. BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, cit., pp. 3 e 13 s., 15; A. SASSI, *Garanzia del credito*, cit., p. 105; C.M. BIANCA, *Autotutela*, cit., p. 136.

⁷ Di un diritto civile comune europeo scrive A. CANDIAN, *Le garanzie finanziarie dopo il D.Lgs. 170/2004*, in *Temi e problemi della civilistica contemporanea. Venticinque anni della Rassegna di diritto civile*, a cura di P. Perlin-gieri, Napoli, 2005, p. 40.

⁸ M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., pp. 6 s. e 97 s.

⁹ F. MURINO, *L'autotutela*, cit., p. 2.

¹⁰ C. VIVANTE, *Trattato*, cit., p. 325.

Si ritorna oggi, con un atteggiamento che talora reca le suggestioni tipiche dei fermenti innovativi, a forme di autotutela privata in settori, come quello dei mercati finanziari e del credito bancario, in cui maggiormente è avvertita quella esigenza di «accelerazione del recupero crediti»¹¹ e di «rapidità delle transazioni» rispetto alla quale lo stesso schema del patto commissorio è autorevolmente considerato «così utile»¹² da costituire una tentazione, o una «risorsa interpretativa ricca di potenzialità»¹³, rispetto alla procedura costosa e farragिनosa della realizzazione delle garanzie¹⁴. E, assecondando gli esiti che naturalmente discendono dal riguardare i conflitti di interesse disciplinati dalle norme in prospettiva assiologica, trovano conferma tanto la distanza sempre più significativa del diritto dai modelli post-illuministici e della rivoluzione francese quanto il suo progressivo accostamento alle esigenze nate dall'esperienza dei rapporti concreti¹⁵.

Tra l'altro, la cennata mancanza di una positivizzazione espressa di un principio di inderogabilità dell'esecuzione forzata giudiziale, a differenza di ordinamenti come quello francese e tedesco, rende indubbiamente meno ardua la via del legislatore italiano che volesse muoversi in questa direzione e ampliare (poiché strumenti di autodifesa soddisfatti sono presenti nel nostro ordinamento e altri di recente ne sono stati introdotti) il novero delle fattispecie già a disposizione dell'autonomia negoziale dei privati¹⁶.

Sotto questo profilo, abbiamo considerato i contratti di garanzia finanziaria (d.lg. n. 170/2004), che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di denaro e strumenti finanziari (le c.d. attività finanziarie) con funzione di garanzia (art. 1, lett. d) e che sono espressamente collocati al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 2744 c.c. (art. 6).

Ciò significa, per quel che ai nostri fini rileva, che il divieto del

¹¹ Cfr. la rubrica del Capo I della l. n. 119/2016.

¹² C. VIVANTE, *op. loc. ultt. citt.*

¹³ N. CIPRIANI, *Il patto marciano tra discipline di settore*, cit., p. 195.

¹⁴ M. PLANIOL e G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, II, Paris, 1947, p. 1040.

¹⁵ N. LIPARI, *Il diritto civile*, cit., p. 35.

¹⁶ A. LUMINOSO, *op. loc. ultt. citt.*

patto commissorio non può essere inteso alla stregua di una norma di ordine pubblico e che una sua eventuale espunzione dall'ordinamento non recherebbe conseguenze in termini di *vulnus* alla coerenza sistematica dello stesso.

Non solo.

Poniamo mente alle figure negoziali di recente introduzione, ovvero al prestito vitalizio ipotecario (11 *quaterdecies*, commi da 12 a 12 *quater* della l. n. 24/2005, come modificata dalla l. n. 44/2015), al finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato (art. 48 *bis* TUB introdotto dalla l. n. 119/2016) e al credito immobiliare ai consumatori (nuovo art. 120 *quinquies* TUB, introdotto dal d. legisl. n. 72/2016, attuativo della direttiva n. 2014/17/UE).

Nel predisporre la regolamentazione di tali fattispecie, il legislatore, lungi dal disporre in deroga espressa dell'art. 2744 c.c. (come abbiamo visto per i contratti di garanzia finanziaria), ribadisce la vigenza e la necessaria osservanza del divieto del patto commissorio (art. 120 *quinquiesdecies*, comma 3, TUB).

La mancata esplicita previsione per le nuove figure di finanziamento bancario di una disciplina in deroga al disposto dell'art. 2744 c.c. sta a significare che questa va collocata in un contesto ordinamentale in cui un accordo tra debitore e creditore che è idoneo a produrre effetti commissori deve ritenersi nullo. E ciò a prescindere dalla sua struttura negoziale, tipica o atipica, o dal suo concreto atteggiarsi, da solo o là dove inserito in una più vasta e complessa operazione contrattuale basata sul collegamento tra più negozi.

Ma consideriamo ciò che accomuna la disciplina dei nuovi contratti di credito; si tratta del ricorso, variamente congegnato, a un meccanismo traslativo della proprietà di beni del debitore in capo al creditore per il caso di inadempimento dell'obbligazione, salvo il diritto del soggetto obbligato al conseguimento della differenza tra l'ammontare del debito residuo e il valore del bene trasferito, il quale deve essere determinato con riferimento al momento stesso dell'inadempimento, mediante stima di un perito indipendente.

Ora, sottraendo, al modo di una operazione aritmetica, dal più vasto contenuto della convenzione commissoria (positivamente individuato nel patto con il quale si conviene *tout court* che, in man-

canza del pagamento del credito, la proprietà della cosa passi al creditore) quel segmento del regolamento contrattuale in cui si sostanzia la cautela marciaria (in cui abbiamo ravvisato il nucleo precettivo comune delle nuove figure negoziali di credito bancario), il risultato è evidente¹⁷.

Il divieto del patto commissorio continua a essere vigente nel nostro ordinamento, ma l'ambito contenutistico della convenzione nulla si trova confinato nei più ristretti limiti dell'abuso sinallagmatico.

Ancora. La dottrina impegnata nell'esame delle figure di recente introduzione è abbastanza concorde nel ritenere che la disciplina ad esse relativa abbia carattere eccezionale e che, comunque, non sia suscettibile di interpretazione analogica¹⁸. Questa affermazione è condivisibile, ma avvertiamo la necessità di una precisazione.

Certamente non vogliamo sostenere che i nuovi statuti normativi possano applicarsi estensivamente ad altre fattispecie di contratti di finanziamento, ma solo perché l'eccezionalità della connessa disciplina si ravvisa nel complessivo regolamento dettato per le diverse figure tipiche. È tale regolamento che, riguardato nella sua interezza, fa di queste ultime schemi negoziali del tutto peculiari; pensiamo all'effetto esdebitativo a favore del debitore consumatore (art. 120 *quinquiesdecies* e art. 11 *quaterdecies*, comma 12 *quater*, l.n. 248/2005) o all'equiparazione all'ipoteca del patto a scopo di garanzia, ai fini del concorso tra i creditori (art. 48 *bis*, comma 13 *bis*).

Al contrario, non è nel frammento di disciplina relativo all'esplicito riconoscimento della liceità del meccanismo traslativo che opera sui beni del debitore ed è assistito dalla cautela marciaria (a prevenzione del possibile carattere abusivo dell'operazione contrattuale) che si ravvisa del pari carattere di eccezionalità e conseguente inestensibilità per via ermeneutica a diverse fattispecie.

Piuttosto, tale sindacato di liceità, pur desunto da quel frammento di disciplina, assume a nostro avviso portata sistematica generale, a

¹⁷ Cfr. le riflessioni di G. D'AMICO, *op. ult. cit., passim*.

¹⁸ A. DOLMETTA, *Cessione di credito in garanzia e prelazione*, in *Fallimento*, 2016, p. 934; G. BRIANDA, *Le prospettive del divieto*, cit., p. 801. Per un riferimento al concetto di specialità, cfr. A. CHIANALE, *Qualche pensiero*, cit., pp. 751 s. e 754.

beneficio di quegli atteggiamenti dell'autonomia privata delle parti del rapporto obbligatorio che, anche avvalendosi di strutture negoziali innominate, in un siffatto assetto di interessi trovano la soddisfacente sintesi delle rispettive pretese.

In prospettiva ancora più ampia, allora, il risultato è quello di veicolare, nella variante marciana della convenzione commissoria, la liceità di un congegno negoziale di autosoddisfacimento delle ragioni creditorie, onde incoraggiare il ricorso a forme di autotutela satisfattiva, regolandone nel contempo il funzionamento e gli effetti per sottrarre il debitore dal rischio di incorrere in esiti per lui ingiustamente pregiudizievoli.

Se questo è vero, deve cambiare il modo in cui ci si accosta alla considerazione delle insidie che sarebbero legate a un'appropriazione del dominio basata sullo sfruttamento del bisogno qualificato del debitore; insidie che sarebbero aggravate dalla pianificazione negoziale di una alternativa tra l'attribuzione del bene in funzione satisfattiva del credito e la possibilità che viene lasciata al debitore di evitare, pagando il debito, la produzione o il consolidamento degli effetti reali in capo al creditore.

Abbiamo avuto modo di osservare come, tradizionalmente, la tensione del debitore a conservare o riacquistare in un momento successivo la titolarità del bene di cui ha disposto in favore del creditore si ritenga idonea a sottendere una coercizione. E una coercizione tale da non essere elisa neppure da una equivalenza patrimoniale del risultato economico conseguito dal creditore per il tramite dell'effetto reale prodottosi in suo favore rispetto a quello cui egli aveva diritto per via di adempimento¹⁹.

Oltre persino la rilevanza del bisogno qualificato, il meccanismo traslativo *in sé* fonderebbe un affidamento del debitore in ordine alla possibilità di soddisfare regolarmente il creditore e di ripristinare l'originaria integrità del suo dominio; ed è in tale affidamento che si troverebbe la genesi di una maggiore disinvoltura in sede di stipulazione, nonché di una minore accortezza nel momento di ponderare

¹⁹ S. PUGLIATTI, *Precisazioni*, cit., pp. 41 e 47 s.

la convenienza e l'opportunità del negozio, rispetto a chi dispone con effetti reali ma senza condizioni, il quale è posto di fronte a un trasferimento immediato e irrevocabile del bene²⁰.

Ora, alla luce delle nostre riflessioni sui recenti interventi legislativi in materia di finanziamenti bancari, questa visione prospettica merita forse di essere mutata.

Torniamo a riferirci a quanto abbiamo osservato poc'anzi a proposito dell'accostamento della positivizzazione di alcuni sottotipi negoziali del *genus* riferibile alla pattuizione marciana con la salvezza del disposto dell'art. 2744 c.c. La conseguenza che ne abbiamo tratto riguarda l'individuazione di una netta linea di demarcazione tra quello che è diventato il nucleo regolamentare lecito e la convenzione commissoria.

Quindi, in primo luogo, ne risulta confermata l'interpretazione ultraletterale del disposto dell'art. 2744 c.c. In base a questa, pur nel silenzio della legge, tra gli elementi costitutivi dell'accordo colpito dal divieto va annoverato lo squilibrio patrimoniale tra il diritto del creditore (la cui misura è segnata dal *quantum debeatur* dedotto in obbligazione, più le conseguenze economiche dell'inadempimento) e l'impoverimento effettivo del debitore (corrispondente al valore del bene alienato in garanzia).

Facciamo ora un passo in avanti.

La conseguenza che possiamo ulteriormente trarre, oltre l'incisione della fattispecie vietata in punto di qualificazione, concerne la determinazione della *ratio* posta alla base del giudizio di disvalore formulato sulla stessa, secondo una linea di indagine che deve seguire il tracciato, necessario, che è imposto dalla coerenza sistematica.

È la logica di sistema, infatti, ad esigere che quello che oggi va individuato in quanto sotteso al divieto patto commissorio sia un fondamento giustificativo che ne evidenzi la differenza dal marciano, con salvezza di quest'ultimo, del quale giustifichi la liceità.

Non si tratta di una operazione ermeneutica dagli esiti scontati, tanto è vero che la dottrina ha in più occasioni posto in evidenza

²⁰ A. BISCARDI, *La "lex commissoria"*, cit., p. 577 ss.; C.M. BIANCA, *Patto commissorio*, cit., p. 714. E. CARBONE, *op. loc. ultt. citt.*

come una compromissione della libertà morale del debitore possa consumarsi anche in presenza di un patto equo, che sotto l'aspetto economico-patrimoniale non imponga all'inadempiente un sacrificio superiore al dovuto²¹.

Il punto è, come abbiamo cercato di dimostrare, che l'evoluzione del contesto valoriale di riferimento, così come ratificata dalle ultime novità normative, testimonia che il bene della libertà dispositiva del debitore è sì meritevole di tutela; non però in assoluto, ma solo ove la sua incisione derivi da un'operazione negoziale dall'esito *quantitativamente* iniquo.

È vero che normalmente il legislatore rifugge dal penetrare l'area dell'equilibrio contrattuale²², astenendosi, in nome dell'esplicazione dell'autonomia privata delle parti, dal porre predefiniti giudizi in merito alla convenienza dello scambio, salve le note eccezioni (artt. 1448 e 763 c.c.).

Ma proprio prendendo in considerazione tali eccezioni, vediamo che dalla convenzione marciana si origina una situazione effettuale che non è paragonabile a quella che deriva dal contratto rescindibile, nel cui ambito la parte è danneggiata dal fatto di essersi obbligata a una prestazione sproporzionata.

Ed è in quest'ottica va riguardato il patto marciano, il quale è costitutivamente strutturato in modo tale da prevenire sin dall'origine una situazione di squilibrio che, per la particolare meritevolezza di tutela della posizione del debitore, ove concretatasi, meriterebbe (e, di fatto, continua a meritare nella configurazione commissoria), l'applicazione della sanzione caducatoria.

Per questo, esso può oggi senza dubbio essere considerato espressione di una volontà negoziale che si colloca nell'alveo della liceità, in quanto modalità di esercizio dell'autonomia contrattuale che non necessita *di per sé* d'esser limitata (né, lo ribadiremo, da soglie mi-

²¹ S. PUGLIATTI, *Precisazioni*, cit., p. 357; G. PALERMO, *Funzione illecita*, cit., pp. 41 e 47, già citati sul punto.

²² Proprio sull'idea che il legislatore voglia evitare un difficile giudizio *ex post* sull'equilibrio concreto dello scambio, si fonda l'esito legato all'operatività di una presunzione in merito allo squilibrio dei valori (nella fattispecie tipica dell'art. 2744 c.c.), cfr. F. MARTORANO, *Cauzione*, cit., p. 117 s.

nime di rilevanza giuridica dello squilibrio, che è escluso nella sua interezza, né) da un intervento esterno sanzionatore.

Abbiamo osservato che, a ben vedere, il debitore muove già da una situazione di non-libertà, in quanto assoggettato a quello che le fonti ci consegnano come un *juris vinculum*. E si tratta di un vincolo che riguarda il comportamento della persona che da esso è tenuta²³ (art. 1218 c.c.) e, insieme, il suo patrimonio (art. 2740 c.c.)²⁴.

Quanto alla persona del debitore, su di essa grava l'obbligo di tenere una condotta idonea a soddisfare l'interesse del creditore; quanto al patrimonio, abbiamo già rilevato che questo si trova complessivamente gravato quantomeno dalla garanzia generica dell'art. 2740 c.c., se non dagli effetti specifici del vincolo reale tipico di destinazione, costitutivo di poteri immediati su singoli beni.

Anche indipendentemente dalla presenza di cause legittime di prelazione, abbiamo precisato come nell'art. 2740 c.c. trovi fondamento normativo una ingerenza continua²⁵ del creditore nella sfera di autonomia patrimoniale del debitore, fin dal sorgere del vincolo obbligatorio e prescindendo dall'effettivo verificarsi dell'inadempimento. Tale ingerenza è prevista e disciplinata dalla legge mediante la regolamentazione di una serie di istituti proprio per la strumentalità di un tale controllo gestorio²⁶ al soddisfacimento dell'interesse creditorio.

Quindi, per prevenire situazioni pregiudizievoli rispetto al diritto del titolare di soddisfarsi sul patrimonio del debitore in caso di mancato adempimento spontaneo dell'obbligazione, al creditore sono dati strumenti di reazione contro le conseguenze negative ricollegabili ad atti di disposizione e condotte omissive, idonee a determinare la perdita, la diminuzione o il mancato incremento del patrimonio del-

²³ G. GORLA, *Le garanzie reali*, cit., p. 13 s. *Contra*, F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., p. 219.

²⁴ M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, cit., p. 162 s.; R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, cit., p. 4; V. ROPPO, *La responsabilità*, cit., p. 370; S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B. il "pasticcio"*, cit., p. 56.

²⁵ G. BONGIORNO, *op. cit.*, p. 11.

²⁶ F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., p. 263 s.; G. PACCHIONI, *Delle obbligazioni*, cit., p. 234.

l'obbligato. Il sequestro conservativo (art. 2905 c.c.), l'azione revocatoria (art. 2901 c.c.), l'azione inibitoria (art. 2813 c.c.), la decadenza dal beneficio del termine (art. 1186 c.c.) e l'azione surrogatoria (art. 2900 c.c.) non sono che esempi.

Dunque, fermo restando che il debitore è un soggetto in quanto tale non libero, dobbiamo notare che la misura del vincolo sul suo patrimonio che è riconducibile alla convenzione marciانا corrisponde a quella del *quantum debeatur* (salve le conseguenze economiche dell'inadempimento).

L'accordo con il creditore non genera una sproporzione di tipo *quantitativo* (il giudizio sulla quale, semmai, dovrebbe investire non il patto marciانا, ma il contratto di finanziamento, questo sí in astratto rescindibile).

Piuttosto (e si tratta dell'obiezione tradizionalmente sollevata dalla dottrina), un margine per la configurabilità di una lesione della sfera giuridica del debitore potrebbe semmai rinvenirsi sotto profilo *qualitativo* della prestazione da lui dovuta in base al marciانا: essa ha per oggetto un bene (in natura) in luogo della prestazione (pecuniaria, se consideriamo il contesto da noi esaminato dei contratti di finanziamento). E si tratterebbe di una lesione ulteriormente qualificata (data la generale liceità del diverso schema della *datio in solutum*) dalla previsione di un meccanismo condizionale che fa leva sull'inadempimento.

È evidente però che il legislatore oggi stima il debitore, a dirittura quando questi assuma la veste di consumatore, come sufficientemente avveduto da esplicitare validamente la propria autonomia negoziale in modo tale da gestire la conseguente incertezza circa la produzione o il consolidamento degli effetti reali; almeno ove tale incertezza investa non la diminuzione quantitativa, ma unicamente la componente qualitativa del suo patrimonio.

Ciò che continua ad essere vietato per i soggetti dell'obbligazione (e circoscrive ora l'ambito di operatività della sanzione caducatoria dell'art. 2744 c.c.) è un accordo con cui il debitore disponga della componente *qualitativa* del suo patrimonio, incidendone *nel contempo* la consistenza *quantitativa* in misura (sproporzionata solo perché) eccedente (mancando, lo ripetiamo, soglie di rilevanza giuridica della lesione predeterminate *ex lege*, dato che la cautela marciانا, garan-

tendo la proporzionalità, vale ad escludere qualsiasi lesione anche minima) l'ammontare del debito residuo rimasto inadempito.

Oggi sono dunque mutati i parametri valutati del giudizio di disvalore sugli effetti prodotti da una fattispecie complessa che sia variamente strutturata, nelle diverse ipotesi nominate (e aggiungiamo, innominate), intorno agli elementi del contratto di finanziamento, dell'inadempimento del debito originario e del meccanismo (legale o) convenzionale produttivo di effetti reali su un bene del debitore e a favore del creditore.

Peraltro, anche in questo movimento (apparentemente) evolutivo del legislatore la suggestione di innovatività deve forse cedere il passo a un'idea di riscoperta, se già negli anni Cinquanta del secolo scorso, la giurisprudenza aveva da riconoscere la validità della convenzione marciana sulla base degli effetti ascritti all'apprezzamento del terzo intorno al giusto prezzo: essa «toglie tale determinazione all'arbitrio del creditore, nel tempo stesso in cui offre sufficiente garanzia per la tutela degli eventuali interessi degli altri creditori e circa la piena libertà di scelta da parte del debitore»²⁷.

Un primo ordine di conclusioni si sviluppa allora nel senso che, ai fini del sindacato di illiceità della convenzione ad efficacia reale tra le parti dell'obbligazione, dalla considerazione del criterio relativo all'incertezza in merito alla produzione o al consolidamento del risultato traslativo (ora neutro), si passa alla centralità di un diverso indice, quello dell'incisione del patrimonio del debitore, (necessariamente) sotto il *duplice* aspetto qualitativo e quantitativo.

Lo svolgimento stesso dell'indagine, nelle due prospettive di sviluppo che abbiamo menzionato in apertura di queste riflessioni conclusive (inquadramento sistematico dei nuovi tipi di contratto di credito alla luce dell'attuale contenuto precettivo e della *ratio* del divieto del patto commissorio, nonché dell'esistenza e della portata del principio di inderogabilità dell'esecuzione coattiva giudiziale) ci ha imposto dapprima un confronto con uno statuto normativo già presente

²⁷ Cass., 21 luglio 1956, n. 2828, in *Mass. Foro it.*, 1956, p. 518.

e strutturato in modo articolato nel seno del nostro ordinamento positivo, quello delle garanzie tipiche.

Infatti, rispetto all'ostacolo che il principio di inderogabilità delle procedure di espropriazione forzata pone alla edificazione di un sistema costruito intorno (agli strumenti di autotutela esecutiva del credito, almeno con riferimento, e a partire, d) ai nuovi contratti di finanziamento bancario assistiti da meccanismi traslativi della proprietà dei beni del debitore, si tratta in primo luogo di capire se tali meccanismi integrino nuovi modelli di garanzie reali del credito da affiancare a quelli tipici.

Ciò è importante perché la sede normale di realizzazione della tutela offerta dalle garanzie reali è quella giurisdizionale, cui il creditore accede esercitando il suo diritto all'esecuzione forzata connesso all'inadempimento; in tale sede, infatti, egli farà valere i diritti di prelazione e di seguito in cui si sostanzia tipicamente il contenuto delle garanzie.

Quindi, ritenere che i meccanismi marciati di recente introduzione vadano ad incrementare il novero delle garanzie tipiche ha un significato ben preciso.

Poiché essi attribuiscono al creditore insoddisfatto una serie di diritti e facoltà dal cui esercizio deriva il conseguimento diretto e immediato dell'esecuzione per vie diverse dall'azione giurisdizionale, dalla cennata premessa in punto di qualificazione discende la conseguenza, in termini di inquadramento sistematico, di una loro collocazione accanto ad altre procedure esecutive speciali a carattere negoziale (attinenti appunto alla realizzazione di garanzie e) integranti isolate e frammentarie manifestazioni di un potere di autotutela (a titolo esemplificativo, pensiamo alle fattispecie di cui agli artt. 1960, 2797, 2798 e 1987 c.c.).

Ma non più di questo.

Essi andrebbero considerati alla stregua di eccezioni alla regola della generale realizzazione della tutela connessa alle garanzie reali per mezzo del processo di esecuzione. Il che, peraltro, non gioverebbe al progredire dell'indagine intorno alla effettiva sussistenza di un principio di inderogabilità delle procedure di espropriazione forzata.

Infatti, altro è dire che sono le garanzie tipiche a non potersi attuare, salvo eccezioni, che nel contesto della procedura disciplinata

dal codice di rito. Altro è dire che è il credito inadempito a non potersi realizzare coattivamente al di fuori di quel contesto procedimentale.

Da queste riflessioni è derivata la necessità di sottoporre a verifica il rapporto tra garanzie reali tipiche e, in generale, i meccanismi traslativi della proprietà dei beni del debitore.

Muovendo dai profili di analisi legati alla posizione che assume la convenzione commissoria prima, e la variante lecita marciana poi, rispetto ai contratti tipici di garanzia, il risultato che ne è emerso ha portato a escludere che il patto si ponga come modalità propria di realizzazione del rapporto sussunto in tali contratti. Esso non è dunque una modalità che si sovrappone, sostituendosi, alle procedure esecutive ordinarie²⁸.

Conformemente all'orientamento dominante in dottrina e in giurisprudenza sulla rilevanza del patto commissorio autonomo, il vincolo di garanzia non costituisce un elemento costitutivo del patto.

Non solo. È emerso che la realizzazione della garanzia attiene alla funzione di attuazione della responsabilità, ma non ne costituisce la fonte (in quanto il diritto di attuare la responsabilità non ha titolo nella garanzia, ma nell'obbligazione inadempita, *ex art. 2910 c.c.*)²⁹, né la esaurisce, potendo la responsabilità stessa trovare attuazione prescindendo dal vincolo di garanzia, per via giudiziale e, oggi con più certezza anche a livello sistematico, stragiudiziale.

Con la stipulazione del patto, quindi, le parti non intendono costituire una posizione di garanzia, che nell'ipotesi tipica del divieto è già costituita, né incidere su di essa, non ravvisandosi un nesso tra l'attuazione del patto e l'esecuzione del pegno o dell'ipoteca; ché, anzi la prima preclude il ricorso alle normali procedure di realizzazione del vincolo di garanzia³⁰.

Al contrario, abbiamo concluso che il patto attua un rapporto che, rivelandosi diverso per struttura ed effetti, da quelli sussumibili nei contratti di garanzia, necessariamente riposa su forme di realizzazione differenti.

²⁸ C.M. BIANCA, *op. loc. ultt. citt.*

²⁹ D. RUSSO, *Oltre*, cit., p. 109.

³⁰ C.M. BIANCA, *op. loc. ultt. citt.*

In particolare, è emersa la necessità di tenere ben distinta, prima la natura giuridica della posizione che va riconosciuta nella titolarità del creditore, a seconda che questi sia pignoratizio o ipotecario oppure stipulante una convenzione ad effetti reali col debitore. E, conseguentemente, lo strumento giuridico, attraverso il quale si realizza la soddisfazione della pretesa del creditore stesso, a seconda che egli si avvalga delle prerogative connesse alle garanzie reali ovvero degli effetti traslativi del patto commissorio.

In punto di qualificazione della posizione giuridica soggettiva vantata, in quanto creditore garantito da pegno o ipoteca, egli è titolare di un diritto di natura obbligatoria rafforzato dagli effetti della prelazione e dell'inerenza connessi al vincolo. In quanto parte della convenzione commissoria, il diritto di credito riceve tutela per il tramite della titolarità di una distinta e assorbente posizione giuridica soggettiva di natura reale, quella del diritto di proprietà, che trova fonte nell'efficacia del negozio traslativo.

In punto di conseguenze effettuali, la peculiare funzione di garanzia sottesa a pegno e ipoteca trova compiuta esplicazione nei diritti di prelazione e di seguito, che definiscono in modo autonomo la fisionomia di queste figure giuridiche. Invece, l'esecuzione del meccanismo traslativo, che è attivata dall'inadempimento (oppure che in esso trova presupposto, mentre l'attivazione è connessa all'esercizio di un diritto o di un potere riconosciuti al creditore dallo schema legale di riferimento), comporta una possibilità aggiuntiva per lo stipulante; quella di avvalersi del paradigma effettuale e rimediale connesso a una posizione giuridica soggettiva diversa e ulteriore dal mero diritto di credito, derivantegli dall'esser parte del rapporto obbligatorio, e che è il diritto dell'acquirente della proprietà del bene (che al primo si affianca, fino ad assorbirlo)³¹.

Questa alterità di modelli effettuali opera in direzione biunivoca.

Da un lato, il modello convenzionale del patto traslativo non è in alcun modo sussumibile nel tipo delle garanzie reali nominate, così come non sono i suoi effetti a potersi adeguare agli schemi effettuali delle garanzie tipiche.

³¹ C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., pp. 64-65.

Dall'altro lato, non sembra possa nemmeno avvenire il contrario, ovvero che i diritti di pegno e ipoteca possano tollerare una modifica strutturale ed effettuale tale da risolversi in un acquisto del dominio sottoposto alla condizione dell'esecuzione della prestazione dovuta. Al contrario, gli effetti delle garanzie, data la rigidità precettiva delle norme che li contemplano, non possono identificarsi, oltre i limiti imposti dalla disciplina positiva che li regola, con altre tipologie di diritti che pure implicano un rapporto di inerenza col bene³².

Dall'esclusione della possibilità di ravvisare nell'esecuzione dell'accordo traslativo una modalità di attuazione della garanzia tipica possiamo trarre alcune considerazioni.

In particolare, un primo corollario: la rigida tipizzazione del contenuto dei diritti reali di garanzia e, correlativamente, dei poteri spettanti al creditore ipotecario o pignoratizio nonché delle varie fasi dei procedimenti nel cui ambito tali poteri devono essere esercitati, è connessa alla natura imperativa della disciplina dettata in tema di realizzazione coattiva del credito assistito da siffatte garanzie, la quale deve ritenersi sottratta al potere modificativo delle parti del rapporto obbligatorio.

Ciò, peraltro, se comporta implicitamente un divieto di disporre del diritto del creditore all'interno dell'ambito di operatività della garanzia, non implica la preclusione in senso assoluto della possibilità per quest'ultimo di soddisfarsi eludendo le norme imperative che disciplinano la procedura esecutiva.

In altri termini, non si ritiene per ciò solo escluso che il creditore possa avvalersi di uno strumento (quale potrebbe essere l'accordo traslativo col debitore presidiato dalla cautela marciانا) che si colloca all'esterno, in una posizione di assoluta estraneità rispetto all'istituto della garanzia tipica, al punto da non potersi considerare una modificazione di esso idonea a comportare una deviazione dal procedimento di espropriazione³³.

Quanto nello specifico al principio di inderogabilità della realizzazione coattiva del credito mediante la procedura di espropriazione

³² D. RUBINO, *L'ipoteca*, cit., n. 155, 343 s.

³³ C.M. BIANCA, *op. loc. ultt. citt.*

forzata, è necessaria una ulteriore precisazione: l'esito della nostra indagine ci ha portato ad affrontare la questione da un duplice versante, processuale (questo, per il vero, da noi solo lambito) e sostanziale.

Infatti, se il rapporto inderogabilità-disponibilità viene valutato sotto il profilo del contenuto delle norme processuali, a presidio del quale troviamo le prescrizioni sulle forme e sui modi di svolgimento della tutela giurisdizionale, tale contenuto deve considerarsi sottratto al potere dispositivo delle parti. La conseguenza che se ne trae è nel senso della invalidità di convenzioni il cui regolamento negoziale è idoneo a porsi come modalità alternativa di svolgimento della stessa procedura giudiziale.

Al contrario, se il rapporto inderogabilità-disponibilità viene riguardato con riferimento agli interessi materiali meritevoli di tutela e, correlativamente, alle situazioni giuridiche soggettive di diritto privato in cui questi sono sussunti e che sono suscettibili di essere fatte valere in giudizio, non può che concludersi per la disponibilità di esse.

Più precisamente, la responsabilità del debitore e il correlativo potere di agire sui beni di questo, attribuito al creditore, configurano una situazione giuridica (autonoma³⁴ e comunque) immanente³⁵ al rapporto obbligatorio, in quanto il diritto del creditore sul patrimonio del debitore si identifica con il potere di conseguire coattivamente il bene dovuto in caso di inadempimento³⁶.

Considerando allora il risvolto sostanziale del nostro problema, abbiamo constatato che l'inizio e lo svolgimento della funzione giurisdizionale è rimesso alla volontà delle parti (quanto all'*an* se non quanto al *quomodo*)³⁷. E che queste ultime sono certamente vinco-

³⁴ R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, cit., p. 3; F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., p. 129.

³⁵ S. SATTA, *op. cit.*, p. 37.

³⁶ S. SATTA, *op. loc. ultt. citt.*

³⁷ A. ROCCO, *L'interpretazione*, cit., p. 100 s. Di recente, anche A. DI MAJO, *Responsabilità e patrimonio*, Torino, 2005, p. 41; A. CHIZZINI, *Konventionalprozess e poteri delle parti*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 45 s.; L. FOLLIERI, *Esecuzione*, cit., p. 32.

late al rispetto delle regole dell'ordinamento processuale, in tal senso inderogabili, ove ricorrano alla tutela giurisdizionale, ma rimangono libere di optare per una diversa soluzione, come in linea generale, il deferimento ad arbitri della loro controversia e, con riferimento all'ambito dell'esecuzione forzata, a forme alternative di liquidazione del patrimonio del debitore³⁸, come i nostri meccanismi traslativi di fonte legale o convenzionale strutturati secondo la cautela marciana.

Vi è poi un secondo corollario che possiamo trarre dall'aver escluso la possibilità di ravvisare nell'esecuzione dell'accordo traslativo una modalità di attuazione della garanzia tipica: nemmeno può ragionarsi in termini di (necessaria) incompatibilità (quanto meno nella prospettiva statica dell'astratta possibilità di coesistenza, se non in quella dinamica di concorrente attivazione di entrambi gli strumenti di tutela del credito) tra la convenzione e le garanzie tipiche; il che significa che non è nemmeno su tale incompatibilità che può giustificarsi il giudizio di illiceità sulla prima.

L'ipotizzata inerenza funzionale delle modalità di realizzazione del (rapporto dedotto nel) negozio ad effetti reali tra debitore e creditore rispetto alla soddisfazione coattiva dei crediti al fuori della tutela assicurata dal codice di procedura civile, onde trovare conferma, ci ha allora condotto ad accostare il tema della ricostruzione del fondamento casuale dei nuovi meccanismi traslativi della proprietà dei beni del debitore.

Innanzitutto, non ci è parso corretto fare riferimento, a proposito del patto commissorio, come della sua variante lecita marciana, allo schema negoziale della vendita a scopo di garanzia, ovvero della alienazione volta a costituire la garanzia di un credito, con la quale i primi non presentano che un'assonanza, sotto il profilo effettuale, di tipo descrittivo. In essi non si integra una vendita perché manca la causa di scambio; né ricorre una mera funzione di garanzia in senso tecnico, perché il negozio non si limita a rafforzare la realizzazione del credito avente titolo in un diverso rapporto obbligatorio³⁹.

³⁸ C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., p. 191.

³⁹ C.M. BIANCA, *op. loc. ultt. citt.*

L'assetto di interessi avuto di mira dalle parti dell'obbligazione concerne la destinazione con effetti reali di un bene del debitore, in una fase antecedente la scadenza del termine di adempimento, al soddisfacimento coattivo del credito ove si verifichi l'inadempimento.

In questa fase, che rappresenta il *prius* cronologico, ma anche logico e giuridico del congegno negoziale, la giustificazione che sorregge causalmente il programma espresso nel regolamento contrattuale non ci sembra di natura solutoria.

Come abbiamo osservato⁴⁰, si tratta di concentrare l'attenzione sul contenuto dell'accordo traslativo: esso attiene alla disciplina tra le parti delle conseguenze di un inadempimento che, nel momento in cui si consuma, ha ormai prodotto l'effetto suo proprio inerente alla trasformazione dell'obbligazione nel vincolo di responsabilità che tiene il debitore e il suo patrimonio⁴¹; vincolo che, fino a quel momento, non sussisteva se non in potenza, rimanendo, diciamo, inattivo, sotto il profilo effettuale.

Siamo dunque oltre la dimensione dell'adempimento e di ciò che rispetto ad esso assume la veste di surrogato; e non è nella disciplina di istituti che invece a tale dimensione appartengono (obbligazione alternativa⁴² o con facoltà alternativa⁴³, *datio in solutum*⁴⁴) che può essere ricercata la soluzione soddisfacente al problema dell'inquadramento di quell'accordo⁴⁵.

In altri termini, il diviso meccanismo traslativo non soddisfa propriamente il credito poiché non esclude né si sostituisce (quindi, non estingue), ma anzi lascia immutato l'obbligo di eseguire la prestazione originariamente convenuta; solo ne assicura il soddisfacimento per il caso di inadempimento⁴⁶.

⁴⁰ Cfr., *supra*, cap. I, par. 5.

⁴¹ F. PIRAINO, *L'inadempimento*, cit., p. 197.

⁴² A. BERTOLINI, *La tutela del debitore*, cit., p. 355.

⁴³ A. SCOTTI, *Il trasferimento*, cit., p. 1481.

⁴⁴ A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 36; con diversi accenti, si vedano le acute osservazioni sul punto di S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B. il "pasticcio"*, cit., pp. 51 e 77; e G. D'AMICO, *La resistibile ascesa*, cit., p. 25 s.

⁴⁵ F. PIRAINO, *op. loc. ultt. citt.*

⁴⁶ Sull'incompatibilità tra funzione solutoria e funzione di garanzia, abbiamo già citato E. SIMONETTO, *I contratti di credito*, cit., p. 408 s.

Prima della scadenza del termine di esecuzione di tale prestazione e con effetti suscettibili di prodursi solo nel caso di infruttuoso decorso dello stesso, il meccanismo traslativo, imprimendo al bene che ne è oggetto un vincolo reale di destinazione al soddisfacimento del credito, attribuisce un diritto all'acquisto eventuale del bene stesso (o un diritto all'eventuale consolidamento degli effetti dell'acquisto, già prodotti).

La destinazione così impressa al bene non vale a soddisfare l'interesse al conseguimento della prestazione, ovvero a consentire il recupero del contenuto originario del rapporto obbligatorio⁴⁷. Essa costituisce un vincolo reale, opponibile ai terzi, che collega il bene al soddisfacimento dell'obbligazione attraverso la previsione del suo trasferimento (o del consolidamento del trasferimento), nell'eventualità dell'inadempimento.

Esclusa la causa solutoria, nemmeno appare del tutto persuasivo il riferimento a quella di garanzia, almeno ove questa sia intesa in senso tecnico e, a giustificazione di ciò, valga il richiamo a quanto abbiamo osservato poco sopra intorno alla estraneità strutturale ed effettuale tra le posizioni giuridiche soggettive sottese al contratto di garanzia e a quello traslativo.

Solo in senso lato (*rectius*, descrittivo) la costituzione del nostro vincolo di destinazione può considerarsi attinente all'ambito della garanzia. Ovvero solo se si pone mente alla predisposizione di strumenti giuridici di cui il creditore possa avvalersi in caso di inadempimento e la cui efficacia si estrinseca nel rafforzamento della realizzazione del credito.

Il congegno negoziale delle parti mira, ci sembra, a predisporre una forma di autotutela con funzione cautelare⁴⁸, causalmente connessa all'esecuzione privata del vincolo di responsabilità contrattuale⁴⁹.

Vediamo perché.

La seconda fase⁵⁰, avendo come presupposto minimo l'inadempimento

⁴⁷ F. PIRAINO, *op. loc. ultt. citt.*

⁴⁸ C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., p. 157; G. BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, cit., p. 31.

⁴⁹ F. PIRAINO, *op. cit.*, p. 198.

⁵⁰ Nel testo non si sottende che vi siano due distinti negozi, ognuno con

mento della prestazione originaria, è produttiva di effetti solo in via eventuale.

La verifica del presupposto segna il passaggio dal momento in cui il bene è soggetto al vincolo di destinazione e quindi è esposto (ma non definitivamente inciso d) alla pretesa del creditore, che è futura e solo potenziale, a quello in cui il bene stesso diventa strumento attuale di realizzazione del credito in via autonoma e diretta⁵¹, stante la sottesa funzione esecutiva soddisfatta⁵² ed estintiva.

Riepilogando, tale ultima funzione, su cui riteniamo di costruire il fondamento giustificativo dell'attuazione del meccanismo traslativo, viene in emersione alla luce della potere attribuito al creditore di realizzare coattivamente il credito (funzione esecutiva), in via autonoma e diretta (ovvero mediante una regolamentazione convenzionale della responsabilità patrimoniale dalla quale discendono effetti, finali e non meramente prodromici alla realizzazione del credito, la cui attivazione è rimessa alla sola volontà del creditore).

Ciò avviene mediante una forma di estinzione della posizione debitoria (funzione estintiva) che resta estranea alla dimensione dell'adempimento e di ciò che rispetto ad esso assume la veste di surrogato (funzione *latu sensu* soddisfatta, ma non propriamente solutoria). E prescinde dalla costituzione di un vincolo di garanzia, tipica o atipica⁵³, il che risulta in modo ancor più evidente per le nuove fattispecie di finanziamenti bancari, nei quali il patto marcano non si configura come elemento accessorio al contratto di credito, essendo necessariamente parte del contenuto dello stesso⁵⁴.

Questo perché l'intento delle parti non è il mero rafforzamento della tutela del credito: il riferimento all'effetto del rafforzamento del credito coglie solo un aspetto, e lo coglie parzialmente, dell'assetto di interessi complessivamente voluto dalle parti. Ove ricorra una causa

una autonoma giustificazione causale, ma che via sia un unico congegno convenzionale

⁵¹ M. FERRARA SANTAMARIA, *La giustizia privata*, cit., p. 11.

⁵² L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici*, cit., p. 3 s.

⁵³ S. PUGLIATTI, *Precisazioni*, cit., p. 357.

⁵⁴ M. RISPOLI FARINA e G. FALCONE, *Le operazioni bancarie speciali*, in E. CAPOBIANCO (a cura di), *I contratti bancari*, Milano, 2016, p. 1461.

di garanzia, siffatto rafforzamento, per giungere al risultato finale della realizzazione coattiva del rapporto obbligatorio, necessita dell'ulteriore segmento, che rimane comunque autonomo e separato dalla costituzione del vincolo di garanzia, dell'azione esecutiva giudiziale.

È in questa sede, lo abbiamo rilevato, che trovano il loro ambito di esplicazione i diritti di prelazione e seguito caratteristici delle garanzie reali tipiche e il diritto di espropriazione che compete al creditore sprovvisto di garanzia.

Al contrario, il concetto di autotutela esecutiva permette di descrivere un congegno in cui, ove il creditore (acquirente sotto condizione o titolare del diritto di vendere o di appropriarsi del bene) si avvalga della tutela reale del credito che è collegata agli esiti che discendono dall'esecuzione meccanismo traslativo, egli ritrova in tale meccanismo non solo l'antecedente logico e giuridico del soddisfacimento del credito, dato dal (rafforzamento della tutela di questo mediante la costituzione del) vincolo di destinazione del bene con efficacia nei confronti dei terzi, ma anche il paradigma effettuale idoneo e sufficiente alla realizzazione forzata dello stesso.

Quindi, nella funzione di autosoddisfacimento a favore del creditore vi è senza dubbio un esito in termini di rafforzamento dell'aspettativa di realizzazione del credito, ma questo non è pienamente assimilabile a quello che è il risultato oggettivo di una garanzia in senso tecnico.

Come abbiamo già avuto modo di notare, infatti, il creditore non si avvale di un effetto analogo a quello della prelazione, poiché la sua tutela non si esplica attraverso un criterio di preferenza volto semplicemente a determinare l'ordine di soddisfazione sul patrimonio del debitore; invece, tale tutela si realizza mediante un trasferimento immediato della proprietà che rientra a pieno titolo nel paradigma effettuale riconducibile a una fattispecie complessa, le cui componenti sono date dalla pattuizione tra le parti cui faccia seguito l'inadempimento del credito garantito.

Allo stesso modo, nemmeno il diritto di sequela si pone a corredo degli strumenti posti a presidio del creditore che stipula col debitore, poiché l'effetto dell'opponibilità nei confronti dei terzi è già garantito dal fatto della (già acquisita) titolarità del creditore sul bene che è oggetto del patto.

La signoria sulla cosa assorbe tanto i diritti di prelazione e seguito quanto il diritto di espropriazione: che sia pignoratizio, ipotecario o anticretico, oppure semplicemente chirografario, il creditore che ha stipulato un negozio ad effetti reali col debitore è adeguatamente tutelato avvalendosi soltanto della titolarità acquisita sul bene; questo costituisce parte del suo patrimonio e dell'assolutezza di tale prerogativa egli gode in via esclusiva.

Senza che occorra alcuna attività del debitore (intesa come atto di pagamento), né l'intervento dell'organo giudiziale, l'attività del creditore è necessaria e sufficiente, da sola, a realizzare l'assetto di interessi diviso col debitore al momento della stipulazione (relativo alla produzione o al consolidamento dell'effetto traslativo programmato prima dell'inadempimento o nel congegno legale collegato al finanziamento), il quale è a sua volta idoneo a realizzare coattivamente il credito.

Tornando ad assumere una visione prospettica e storicamente più ampia, il ricorso a una forma di vincolo della proprietà⁵⁵, in passato considerato, oltre che mezzo di garanzia anacronistico⁵⁶, dannoso e «perniciossissimo»⁵⁷, «con scopi obliqui»⁵⁸, per la sua idoneità a costituire «un grave ostacolo ai progressi dell'agricoltura non che agli interessi del credito», non essendo che «un mutuo pignoratizio larvato, inventato nel fine di celare l'usura»⁵⁹, torna ora in auge come moderno strumento di escussione del credito, cui si affida la funzione di facilitare l'accesso ai finanziamenti bancari.

⁵⁵ Le citazioni riportate nel testo si riferiscono al vincolo realizzato dal patto di riscatto apposto alla vendita.

⁵⁶ M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité élémentaire*, cit., n. 2601, p. 801; S. GIANZANA, *Codice civile. Preceduto dalle relazioni ministeriale e senatoria, dalle discussioni parlamentari, e dai verbali della Commissione coordinatrice. Colle referenze sotto ogni singolo articolo agli altri codici italiani, al francese e alle leggi romane, nonché a tutti i precedenti legislativi coll'aggiunta delle leggi complementari*, Torino, 1887, n. 251, p. 321 s.

⁵⁷ L. COVIELLO, *Sull'indole giuridica del patto di riscatto nella vendita d'immobili e sulla forma del suo esercizio*, in *Giur. it.*, 1895, I, 1, p. 593.

⁵⁸ *Atti della Commissione delle assemblee legislative. Libro delle obbligazioni e alcune parti del libro «Della tutela dei diritti»*, Roma, 1940, p. 229.

⁵⁹ S. GIANZANA, *op. loc. ultt. cit.*

Tuttavia, non solo la costituzione del vincolo di destinazione, ma anche la successiva appropriazione del bene da parte del creditore non va intesa come attinente alla realizzazione di una garanzia, quanto piuttosto all'esecuzione del meccanismo traslativo funzionalmente idoneo a soddisfare in via di autotutela il credito inadempito.

Questa notazione non ci appare scontata. L'esame della disciplina delle garanzie reali tipiche ci ha infatti mostrato ipotesi che presentano una analogia di effetti con quelli che si producono in fase di esecuzione del negozio traslativo, ma ciò non vale ad attrarre questi ultimi nell'area di pertinenza della fase realizzativa dei diritti di garanzia quanto, al contrario, tali ipotesi nell'alveo dell'autotutela esecutiva.

Pur esprimendo le garanzie reali dei vincoli che imprimono al bene una destinazione funzionale alla soddisfazione preferenziale del credito per il quale sono costituiti⁶⁰ (di qui l'assonanza effettuale con l'accordo traslativo di cui ci occupiamo), la disamina delle norme che disciplinano la realizzazione di ipoteca, pegno e anticresi vede nel processo esecutivo una sede di carattere generale, ma non immanicabile e necessaria.

Basti pensare al diritto del creditore anticretico di appropriarsi direttamente dei frutti dell'immobile per imputarli agli interessi, se dovuti, e al capitale (art. 1960 c.c.).

E al diritto del creditore pignoratizio, decorso il termine di cinque giorni dall'intimazione di pagamento al debitore, di far vendere il bene per il conseguimento di quanto dovutogli (art. 2797 c.c.) o di domandare al giudice l'assegnazione della cosa in pagamento (art. 2798 c.c. e, ancor prima, art. 1884 c.c. abrogato).

Ancora, nell'ambito dell'espropriazione immobiliare (oltre al diritto del creditore di domandare l'assegnazione del bene (nuovo art. 590 c.p.c.), sulla cui configurazione abbiamo però riconosciuto di dover considerare il peso della discrezionalità giudiziale nell'accoglimento della relativa domanda), l'indagine sulla natura giuridica del diritto all'esecuzione forzata esclude che l'intervento giudiziale sia un elemento essenziale e di valenza caratterizzante la figura.

⁶⁰ E.T. LIEBMAN, *Il titolo esecutivo*, cit., 1934, I, pp. 146-147.

La cessione dei beni ai creditori (art. 1987 c.c.) non è che un esempio di ipotesi normativa in cui il creditore può realizzare il contenuto del suo diritto senza l'intervento dell'ufficio esecutivo, ma mediante una vendita degli immobili a scopo di soddisfacimento del credito.

Da ciò abbiamo concluso che un mezzo di attuazione delle garanzie tipiche, ma anche del diritto all'esecuzione forzata spettante al creditore chirografario, secondo la trama tracciata dal medesimo legislatore, può aversi anche per il tramite di poteri di (godimento e di) appropriazione del bene dato in garanzia.

Quindi, sono dati casi in cui il creditore ipotecario, pignoratizio, anticretico o chirografario può legittimamente realizzare il diritto sotteso alla garanzia reale specifica o alla garanzia patrimoniale generica senza la mediazione di organi dello Stato e il ricorso alle procedure di esecuzione coattiva proceduralizzate dalla legge.

Ne segue un primo corollario, cui si è già fatto cenno: ciò non deve portare a una erronea assimilazione degli effetti reali dei meccanismi traslativi dei beni del debitore, declinati secondo il paradigma marciano, con le modalità di appropriazione che attengono alla realizzazione delle garanzie tipiche. Tali meccanismi non possono essere visti né come una possibile variante che può assumere il contenuto dei diritti di garanzia, che è inderogabile; né come una modalità di attuazione della tutela offerta dal diritto di garanzia stesso.

E un secondo corollario, che poi si collega con gli esiti della nostra indagine sul fondamento causale e sulla ricostruzione sistematica delle nuove figure di credito bancario, specie alla luce dello sviluppo di un sistema alternativo di mezzi di reazione contro l'inadempimento rispetto alla procedura espropriativa giudiziale. Tale corollario riguarda, al di là degli schemi contrattuali tipici di recente introduzione, la generalità dei congegni negoziali (anche innominati) ad efficacia reale tra debitore e creditore in funzione sostanzialmente autosatisfattiva ed estintiva dell'obbligazione non spontaneamente adempiuta e nei quali sia garantita dalla cautela marciana l'equità dello scambio: non si può costruire la ragione giustificativa di un generale giudizio di illiceità degli stessi (per il tramite della loro riconduzione allo schema commissorio tutt'ora vietato) sull'assenza della mediazione degli organi dello Stato o sulla deviazione dagli schemi procedurali dell'esecuzione coattiva.

Si ritiene dunque provata l'inesistenza di una norma di carattere imperativo contenente un giudizio di disvalore su ogni deroga pattizia volta a prevedere, in sostituzione al ricorso al procedimento di espropriazione forzata, procedure alternative, di fonte negoziale, di liquidazione dei beni del debitore inadempiente.

Di conseguenza, non è corretto riferirsi alle nuove figure di contratti di finanziamento, come alle altre pur eterogenee di autotutela esecutiva, alla stregua di altrettante eccezioni a un principio di inderogabilità della tutela processuale del diritto di credito.

Sembra piuttosto possibile pensare a modalità concorrenti e alternative accomunate, in prospettiva funzionale, dall'idoneità a soddisfare coattivamente il credito rimasto inadempito; e ciò al fine di consentire all'autonomia privata di coniugare il ricorso a nuove forme di rafforzamento della posizione creditoria, autosufficienti nel conseguimento del risultato della realizzazione forzata del credito, rispetto all'alternativa rappresentata dal binomio tradizionale, in cui la fase di rafforzamento della realizzazione del credito necessita del completamento offerto dalla procedura espropriativa giudiziale.

Non appare contrario ai principi generali del nostro ordinamento ipotizzare che, in caso di inadempimento del debitore, il soddisfacimento coattivo dei diritti del creditore possa realizzarsi attraverso due procedimenti espropriativi alternativi, a sua scelta.

Questi sono rappresentati, da un lato, dalla espropriazione forzata giudiziale e, dall'altro, dall'esecuzione espropriativa privata, la quale è attuata in via immediata e diretta dal creditore (ovvero senza alcuna autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria e senza le formalità del processo esecutivo) nelle forme della appropriazione o della vendita del bene, esercitando i poteri connessi al meccanismo traslativo legale o convenzionale che assiste il contratto di finanziamento.

Se si scorgono nella appropriazione e nella vendita degli strumenti di espropriazione forzata per la soddisfazione del credito, essi non mutano la loro natura sostanziale per il solo fatto di essere oggetto di una pretesa del creditore sul bene in forza potere attribuitogli dalla legge (artt. 2797, 2798 c.c.) o dall'accordo intervenuto tra le parti⁶¹.

⁶¹ C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., *passim*.

I meccanismi traslativi dei beni del debitore non fanno altro che convertire in un diritto convenzionale e reciproco (dove la reciprocità è garantita dalla cautela marciانا a presidio del diritto del soggetto obbligato all'eccedenza sul valore del bene) i diritti (di carattere unilaterale) del creditore garantito di chiedere l'assegnazione in pagamento e la vendita del bene già previsti in suo favore dalla legge⁶².

⁶² Cfr. A. ASCOLI, *Patto commissorio*, cit., p. 208.

INDICE DEGLI AUTORI*

- | | |
|--|--|
| Aa.Vv., II, 44 | Bartolo, I, 127 |
| Adilardi G., I, 243 | Baudry-Lacantinerie G., De Loynes P.,
I, 127 |
| Agabitini C., I, 208 | Beale H., I, 196 |
| Agnese V., I, 8 | Bellafore F., I, 5 |
| Albanese M., I, 5 | Bellinvia M., Musto A., I, 219 |
| Albertario E., I, 31 | Berti Riboli E., Molinari M., I, 281 |
| Allara M., I, 81, | Bertolini A., I, 79; II, 64 |
| Alpa G., Andenas M., I, 2 | Besta E., I, 26; I, 26 |
| Ambrosini S., I, 99; III, 196 | Betti E., P, 20; I, 144; III, 81; III, 120;
III, 130 |
| Amoroso, III, 71 | Bianca C.M., I, 7; I, 26; I, 55; I, 61; I,
156; I, 157; I, 219; III, 126; |
| Amorth G., I, 31 | Bigliazzi Geri L., III, 2 |
| Andrioli V., I, 31; I, 63; II, 91; III, 72 | Biondi B., I, 22 |
| Anelli F., P, 3 | Biscardi A., I, 12 |
| Apicella G., III, 27 | Bolchini F., III, 160 |
| Arangio-Ruiz V., I, 22 | Bonell M.J., I, 263 |
| Arndts L., I, 12 | Bonfanti F.A., P, 15 |
| Ascarelli T., I, 36; III, 169 | Bongiorno G., P, 21; I, 13 |
| Ascoli A., I, 22; I, 127; I, 127 | Bonsignori A., III, 71 |
| Atzeri F., III, 25 | Bozzola G., I, 42 |
| Auletta G.G., III, 165 | Branca G., III, 60 |
| Aynées L., I, 266 | Bremer F.P., III, 42 |
| Bacone V., I, 7 | Brianda G., Pr, 27 |
| Barassi L., III, 46; III, 46 | Brodi E., P, 5; II, 13 |
| Barba V., I, 81 | Brugi B., I, 166; I, 167 |
| Barbero D., III, 35 | |
| Barbiera L., I, 49; III, 35 | |

* I numeri romani indicano il capitolo, quelli arabi le note in cui l'opera viene citata per la prima volta e in maniera completa. Pr. indica premessa.

- Brunetti G., I, 125; I, 125
 Bulgarelli A., II, 26
 Buonocore V., I, 2
 Burdese A., I, 12; I, 12; III, 92
 Buset G., I, 5
 Bussani M., I, 129; I, 264
 Butera A., III, 26
 Buzzonetti P., Pacella C., II, 29

 Caccavale C., II, 34
 Caccese M., I, 5
 Candian A., P, 14; I, 243; IV, 7
 Canessa N., I, 87
 Caponi R., P, 5
 Carbone E., I, 1; I, 35;
 Carbonnel C., I, 267
 Carnacini T., II, 84
 Cernelutti F., I, 50; I, 131; I, 230; III, 58; III, 151; III, 151
 Carnevali U., I, 39
 Carraro L., I, 36
 Carresi F., III, 28
 Carrière P., III, 193
 Cassandro G., III, 7
 Cassano G., I, 42
 Castana A., III, 82
 Castoro N., II, 91
 Caterina R., I, 243
 Caterini E., I, 275
 Cendon P., III, 77
 Cenni D., I, 218
 Cerini D., I, 252
 Cherti S., II, 5
 Chianale A., I, 4; I, 81; II, 76
 Chiodi A., I, 277
 Chioventa G., III, 131; III, 153
 Chironi G.P., I, 31; III, 43
 Chizzini A., IV, 37
 Ciccariello S., P, 13
 Cilento A., I, 199
 Cipriani N., P, 3; P, 8; P, 29; I, 38; I, 58; I, 129; I, 181; I, 198
 Civale F., I, 6
 Claps G., III, 141

 Clarich M., Fonderico G., P, 2
 Colesanti V., P, 13
 Consolo C., P, 1
 Costanza M., I, 87
 Coviello L., III, 46; IV, 57
 Croci C., III, 2
 Crocq P., I, 266; I, 267
 Cubeddu M.G., I, 62
 Cuturi T., III, 44

 D'Amelio M., I, 140
 D'Amico G., P, 4; I, 69
 D'Auria M., I, 198
 De Cupis A., I, 175
 De Gioia Carabellese P., Chessa C., I, 257
 Degni F., I, 175
 De Martini A., III, 28
 De Martino F., III, 3
 De Menech C., I, 103
 Denisart J.B., III, 13
 Denti V., III, 154
 Dernburg H., I, 23
 De Stefano G., II, 83
 Di Landro A.C., I, 281
 di Majo A., I, 81; IV, 37
 Dolmetta A., I, 114; IV, 18
 Donvito A., II, 41

 Enrietti E., I, 143
 Eschtruth A.D., Tran L.C., III, 133
 Exner A., III, 45

 Falabella M., I, 42
 Falzea A., III, 102
 Farace D., II, 34
 Ferrara Santamaria M., III, 136
 Ferrari Dalle Spade G., III, 6
 Ferrari M., I, 142
 Ferrario M., I, 188
 Ferretti R., Santoro A., I, 6
 Ferri L., III, 91
 Fiorentini F., I, 197; I, 199; I, 264; I, 264

- Follieri L., I, 7
 Fornero E., Rossi C., Urzì Brancati M.C., II, 48
 Fragali M., P, 21; I, 154
 Franceschelli R., I, 275
 Fusaro A., I, 248
- Gabrielli E., P, 11; P, 14; P, 14; P, 25; I, 274; III, 192; III, 192; III, 196
 Galati M., I, 60
 Galgano F., P, 17; I, 8; I, 8
 Galletti D., P, 14
 Gallo P., II, 76
 Gambaro A., I, 136; I, 275
 Garbagnati E., I, 230; III, 59
 Gardella A., I, 274
 Garsonnet E., III, 19
 Gentili A., I, 180
 Ghidini M., III, 83
 Gianzana S., IV, 56
 Gigliotti F., I, 153; I, 198; II, 34
 Giorgi G., I, 225
 Giorgianni M., III, 46; III, 64
 Giovene A., III, 29
 Gorla G., I, 230; II, 83
 Gorla G., Zanelli P., III, 185
 Granelli C., I, 7
 Grossi A., I, 262
 Guccione A.V., I, 260
- Hébert S., I, 267
 Herzen N., I, 22
 Hocquard J.-M., I, 267
- Iamiceli P., I, 136
 Iudica G., I, 2
 Iuliani A., I, 4
- Jaeger P.G., P, 13
 Joanneau L.C., Solon L.C., III, 17
- La Porta U., I, 64
 Laurent F., III, 35
 Leicht P.S., I, 26
- Lenzi R., I, 4; I, 4; I, 218; II, 37; II, 41
 Licini M., I, 219
 Liebman E.T., III, 65
 Lipari N., I, 228
 Lojacono V., I, 140
 Longo C., I, 12
 Lordi L., III, 184
 Loyseau C., III, 14
 Luminoso A., P, 6; I, 10; I, 41; I, 89; I, 129
 Lunetta A., I, 196
 Luzzatto G.I., III, 3
- Macario F., P, 13; I, 85; I, 242; III, 192
 Mancini P.S., Pisanelli G., Scialoja A., III, 24
 Mancini T., I, 32; I, 132
 Mandrioli C., III, 154
 Manfredini A.D., I, 11
 Mannella G.O., Platania G.C., I, 219
 Marano P., III, 187
 Marchetti G., I, 109
 Mariconda V., I, 9; I, 61; I, 87
 Marino R., I, 258
 Marrella F., I, 2
 Martino M., I, 161
 Martorana M., III, 26
 Martorano F., P, 21
 Mastropaolo E., III, 192
 Maynadier A., I, 267
 Mazzarini G., I, 6
 Merlin P.A., III, 13
 Merlinus, I, 221
 Messineo F., III, 52; III, 96
 Miccio R., III, 83
 Miele U., I, 31
 Minniti G., I, 9; I, 142
 Mirabelli G., III, 38
 Molle G., III, 190
 Mommsen T., P.M. Meyer, I, 25
 Monteleone G.A., I, 126
 Montesano L., II, 88
 Morace Pinelli A., I, 7

- Moscati E., I, 72
 Murino F., P, 10

 Nardi E., I, 20; I, 20
 Natale M., II, 72
 Navarretta E.I., 70,
 Nervi A., I, 136
 Nicolò R., I, 81; III, 120; III, 120
 Nicosia G., III, 3

 Ondeì E., I, 55

 Pacchioni G., I, 232
 Pacifici-Mazzoni E., I, 226
 Pagliantini S., P, 18; P, 19
 Palermo G., I, 37
 Panuccio V., III, 121
 Patti S., I, 2
 Pellecchia E., I, 246
 Perlingieri G., I, 239; I, 239
 Perlingieri P., I, 228; I, 239
 Persil J.C., III, 20
 Pertile A., III, 9
 Petrelli G., II, 43
 Piraino F., I, 77; II, 21
 Piscitello P., P, 14
 Planiol M., Ripert G., IV, 14
 Platania G.C., II, 5
 Pothier R.J., I, 224; III, 15
 Prado M.C.A., I, 263
 Proto Pisani A., III, 91
 Provinciali R., III, 99
 Pugliatti S., I, 62; I, 230
 Pugliese G., I, 55; I, 56; I, 175; I, 275;
 III, 3
 Punzi C., I, 230

 Raape L., III, 139
 Radoccia I., P, 21
 Rasi P., III, 8
 Ravà A., III, 51
 Ravazzoni A., II, 86
 Realmonte F., I, 129
 Redenti E., Vellani M., III, 71

 Resta E., III, 173
 Rinaldi R., Varrati A., II, 29
 Rispoli Farina M., Falcone G., IV, 54
 Rispoli G., I, 242
 Roberti M., III, 9
 Rocco A., III, 50; III, 161
 Rodotà S., I, 81
 Rojas Elgueta G., I, 7
 Roppo E., I, 85
 Roppo V., I, 7; I, 7
 Rossel V., Mentha F.H., I, 290
 Rota A., I, 26
 Rotondi G., III, 29
 Rubino D., Gaetano G.P., I, 57
 Rubino D., I, 32; I, 129; II, 83; III, 46
 Rumi T., P, 7; I, 4; I, 249
 Russo D., P, 12

 Sacchi E., III, 29
 Sacchi M., I, 281
 Sacchi O., I, 13
 Sacco R., I, 2; I, 67
 Salvatore B., I, 224
 Salvi F., III, 81; III, 176
 Santoro R., III, 3
 Sartore A., I, 20
 Sassani B., III, 72
 Sassi A., I, 84
 Satta S., III, 72; III, 130
 Saturno A., I, 28
 Schlesinger P., P, 13
 Schupfer F., I, 27
 Scotti A., I, 80
 Scozzafava O.T., I, 222
 Scuto C., III, 53
 Seatzu F., I, 263
 Seligman M., III, 22
 Serick R., I, 271
 Serra A., III, 191
 Sesta M., I, 142
 Simonetto E., I, 107
 Spadaro M., I, 196
 Stefini U., I, 103
 Stolfi G., I, 31; I, 132; III, 96

Talamanca M., I, 14	Varrone C., I, 295
Tamponi M., I, 7	Vassalli F., III, 83
Tarantino G., III, 195	Vecchio N.A., I, 222
Tarzia G., III, 1; III, 192	Verde G., II, 84
Tatarano M., II, 22; II, 81	Verde G., Capponi B., II, 91
Tedeschi V., III, 114	Viti V., I, 196
Testini L., I, 42	Vivante C., I, 127
Thomas J.A.C., I, 12	Voci P., III, 3; III, 5
Tommasi S., I, 253	
Trimarchi M., I, 3	Warnkönig L.A., I, 221
Triola R., I, 60	Watt G., I, 280
Troplong R.T., I, 224	Wiederkehr G., I, 267
Trotta A., I, 199	
Tucci G., P, 13; I, 8; III, 114, III, 189	Zabban A., III, 89
	Zaccaria A., I, 81
BValcavi G., I, 87	Zanzucchi M.T., III, 72
Vari B., I, 265	Zanzucchi M.T., Vocino C., II, 83

SOMMARIO

PREMESSA

<i>Su alcuni interventi del legislatore: nuove garanzie o rimedi agli inconvenienti dell'esecuzione coattiva?</i>	p. 7
---	------

CAPITOLO I

Tradizione e modernità dei mezzi di reazione contro l'inadempimento: i negozi traslativi della proprietà di beni del debitore tra divieto del patto commissorio e inderogabilità della procedura giudiziale di realizzazione coattiva dei diritti del creditore

1. Premessa	» 21
2. I meccanismi traslativi della proprietà dei beni del debitore come strumento di reazione contro l'inadempimento tra attuazione delle garanzie ed esecuzione della convenzione commissoria: origini ed evoluzione storica della disciplina	» 26
3. L'attualità del fondamento giustificativo del divieto del patto commissorio nel confronto con le diverse istanze sottese all'evoluzione della prassi dei mercati e ai recenti sviluppi dell'ordinamento. Sulle tracce del patto marciano	» 34
4. <i>Segue</i> . La configurazione delle fattispecie coperte dal divieto e il suo attuale ambito di operatività	» 37
5. <i>Segue</i> . Il fondamento giustificativo del divieto sotto il profilo delle categorie dogmatiche...	» 46
6. <i>Segue</i> ...e sotto il profilo assiologico	» 59
7. <i>Segue</i> . La sanzione caducatoria tra coerenza sistematica e adeguatezza come elemento indicatore degli interessi protetti	» 70
8. <i>Segue</i> . I limiti normativi alla configurazione della fattispecie com-	

279

missoria vietata e il loro inquadramento nella prospettiva dell'e-	p.	74
quilibrio sinallagmatico	»	92
9. Le fonti comunitarie		
10. I trasferimenti di diritti reali a scopo di garanzia negli ordina-		
menti europei: il sistema francese	»	98
11. <i>Segue</i> . Il sistema tedesco	»	102
12. <i>Segue</i> . Il sistema inglese	»	106
13. Considerazioni conclusive	»	114

CAPITOLO II

Le recenti declinazioni dei meccanismi traslativi sui beni del debitore: la variante marciana nei finanziamenti bancari

1. Premessa. L'ordinamento italiano. La legge di conversione del d.l.		
n. 59/2016 e i c.d. nuovi marciari: dal vaglio giudiziale di meri-		
tevolezza al riconoscimento normativo	»	125
2. L'art. 48 <i>bis</i> TUB	»	127
3. L'art. 120 <i>quinqüesdecies</i> TUB	»	137
4. Il prestito vitalizio ipotecario secondo la l. n. 248/2005, come		
modificata dalla l. n. 44/2015	»	141
5. Brevi considerazioni sull'effetto esdebitativo a favore del debitore		
finanziato	»	153
6. Conclusioni	»	160

CAPITOLO III

I meccanismi traslativi della proprietà di beni del debitore tra garanzie e autotutela esecutiva

1. Premessa	»	171
2. Il principio di inderogabilità della procedura esecutiva giudizial-		
ria: alla ricerca delle radici storiche del suo fondamento	»	172
3. Il rapporto tra garanzie reali tipiche e meccanismi traslativi della		
proprietà di beni del debitore	»	183
4. La natura giuridica dei diritti reali di garanzia come premessa...	»	187
5. <i>Segue</i>del confronto tra paradigmi effettuali	»	201
6. Il concetto di garanzia del credito e l'autotutela esecutiva	»	212
7. L'inquadramento attuale del tema dei rapporti tra la procedura		
di espropriazione coattiva e i meccanismi traslativi di autosoddi-		
sfacimento del creditore	»	223
8. Le attuali declinazioni normative del concetto di autotutela sati-		
sfattoria	»	235

CAPITOLO IV

*La procedura esecutiva giudiziaria: da garanzia inderogabile
a tutela del debitore che non adempie spontaneamente a
costo ordinamentale da evitare?*

p. 243

Indice degli Autori

» 273

Quaderni della Rassegna di diritto civile, pubblicazione trimestrale diretta da Pietro Perlingieri

edita con la collaborazione scientifica della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino e del Dipartimento di Scienze Politiche «Jean Monnet» dell'Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli

- GABRIELLO PIAZZA, *La convalida tacita nel diritto privato*, 1980, pp. 86.
- Rapporti personali nella famiglia*, a cura di Pietro Perlingieri, 1981, pp. 408.
- P. PERLINGIERI, R. PANE, O. CIAMPA, *L'aborto della minorenne e gli affidamenti familiari fra principi e prassi*, 1982, pp. 32.
- P. PERLINGIERI, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'affidamento del minore nella esegesi della nuova disciplina*, 1984, pp. 80.
- BIAGIO GRASSO, *Surrogazione legale e solidarietà*, 1984, pp. 56.
- VINCENZO E. CANTELMO, *Le forme attuali di proprietà privata: la forma agricola*, 1984, pp. 64.
- BRUNO TROISI, *L'autonomia della fattispecie di cui all'art. 2045 c.c.*, 1984, pp. 104.
- FILIPPO NAPPI, *Le regole proprietarie e la teoria delle immissioni*, 1986, pp. 202.
- G.B. ASCONE, L. ROSSI CARLEO, *La procreazione artificiale: prospettive di una regolamentazione legislativa nel nostro paese*, 1986, pp. 208.
- FRANCESCO MACIOCE, *Risoluzione del contratto e imputabilità dell'inadempimento*, 1988, pp. 90.
- PAOLA D'ADDINO SERRAVALLE, *Ingegneria genetica e valutazione del giurista*, 1989, pp. 180.
- CAMILLO VERDE, *Il contratto di sponsorizzazione*, 1989, pp. 156.
- MASSIMO EROLI, *I consorzi di collocamento di valori mobiliari*, 1989, pp. 76.
- ENRICO MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, 1990, pp. 188.
- DANIELA VALENTINO, *Leasing e risoluzione per inadempimento*, 1990, pp. 84.
- SALVATORE SICA, *Sperimentazione umana, disciplina francese e esperienza italiana*, 1991, pp. 202.
- FRANCESCO DE SIMONE, *I contratti associativi agrari dopo la legge 29/90*, 1991, pp. 184.
- Anziani e tutele giuridiche*, a cura di Pasquale Stanzone, 1991, pp. 474.
- ANTONINO PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Dalla responsabilità civile alla sicurezza sociale. A proposito dei diversi sistemi di interpretazione dei danni da circolazione di veicoli*, 1991, pp. 96.
- FRANCESCO PROSPERI, *Accordi agrari e autonomia assistita*, 1992, pp. 82.
- GILDA FERRANDO, *Profili del matrimonio civile*, 1992, pp. 146.
- FRANCESCO RUSCELLO, *Rilevanza dei diritti della persona e "ordinamento comunitario"*, 1993, pp. 118.
- R. DI RAIMO, P. FEMIA, M. MARINARO, R. MESSINETTI, P. PISACANE, M.A. URCIUOLI, *Partecipazione associativa e partito politico*, a cura di Pietro Perlingieri, 1993, pp. 264.

- GIUSEPPE VETTORI, *La rappresentazione (Profili interpretativi degli artt. 467, 468 e 469 c.c.)*, 1993, pp. 42.
- LUCIA RUGGERI, *La prassi mercantile nella contrattazione internazionale*, 1994, pp. 88.
- ACHILLE ANTONIO CARRABBA, *Scopo di lucro e autonomia privata. La funzione nelle strutture organizzative*, 1994, pp. 341.
- UBALDO LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, 1994, pp. 102.
- GABRIELLA RUBINO, *La serietà del volere*, 1994, pp. 100.
- CARMELA DI MARCO GENTILE, *Il nome della persona: tra mezzo di individuazione e segno di identificazione*, 1995, pp. 54.
- L'arbitrato. Fondamenti e tecniche*, a cura di Enrico Caterini e Giovanna Chiappetta, 1995, pp. XII + 372.
- Gli accordi fra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*, a cura di Giuseppe Barbagallo, Enrico Follieri, Giuseppe Vettori, 1995, pp. 106.
- Saggi di diritto privato europeo: persona, proprietà, contratto, responsabilità civile, private*, a cura di Roberto Pardolesi, 1995, pp. 550.
- NICOLA DI MAURO, *Condizioni illecite e testamento*, 1995, pp. 192.
- GISELLA PIGNATARO, *Sulle invalidità matrimoniali negli ordinamenti civile e canonico*, 1995, pp. 212.
- MAURO PENNASILICO, *Profili della "contrattazione" per persona da nominare*, 1995, pp. 162.
- LUISA MEZZANOTTE, *Il diritto di ritenzione. Dall'autotutela alla pena privata*, 1995, pp. 186.
- GERARDO VILLANACCI, *Performance bond. Caratteri e funzioni*, 1996, pp. 166.
- ANTONIO SCIAUDONE, *Il fondo rustico nella proprietà e nell'impresa*, 1996, pp. 222.
- FRANCESCO PAOLO TRAISCI, *Le immissioni fra tutela proprietaria e tutela della persona. Modelli a confronto*, 1996, pp. 304.
- MARIA CHIARA TATARANO, *La "prenotazione" tra prassi e autonomia d'impresa*, 1996, pp. 304.
- Politica e legislazione ambientale*, a cura di Vincenzo Pepe, 1996, pp. 238.
- LANFRANCO FERRONI, *La nuova disciplina civilistica del contratto di mutuo ad interessi usurari*, 1997, pp. 110.
- GIOVANNI MACCARRONE, *Contratto "con prestazione al terzo"*, 1997, pp. 256.
- VITO RIZZO, *Trasparenza e "contratti del consumatore" (la novella al codice civile)*, 1997, pp. 140.
- PAOLO MAGGI, *Condizione unilaterale*, 1998, pp. 160.
- La trascrizione del contratto preliminare*, a cura di Achille Antonio Carrabba, 1998, pp. 196.
- FRANCESCO SCAGLIONE, *Successioni anomale e contratto di società*, 1998, pp. 176.
- GIANNI BALDINI, *Responsabilità civile e ordinamento familiare. (Profili essenziali)*, 1998, pp. 108.
- FRANCESCO ALCARO, *L'attività. Profili ricostruttivi e prospettive applicative (Saggi)*, 1999, pp. 100.
- Authorities e tutela della persona*, a cura di Pietro Perlingieri, 1999, pp. IV + 288.
- ANDREA VIOLANTE, *Responsabilità oggettiva e causalità flessibile*, 1999, pp. 80.

- SALVATORE MONTICELLI, *La forma dei patti aggiunti al contratto*, 1999, pp. 80.
Le ONLUS tra codice civile e legislazione speciale, a cura di Michele Labriola, 2000, pp. 176.
- ERNESTO CAPOBIANCO, *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, 2000, pp. 232.
- GIUSEPPE PEDRIZZI, *La libertà di educazione e i suoi fondamenti costituzionali*, 2000, pp. 148.
- FABRIZIO PANZA, *Le successioni anomale con funzione produttiva*, 2000, pp. 92.
- GIOVANNI MACCARRONE, *Obbligazione di dare. Incoerenze dogmatiche e preconcetti*, 2000, pp. 200.
- STEFANIA GIOVA, *La conclusione del contratto via Internet*, 2000, pp. 208.
- ANNA MARIA SINISCALCHI, *Formazione del contratto e determinazione del prezzo. Nel diritto uniforme della vendita internazionale*, 2001, pp. 112.
- I diritti civili dello straniero*, a cura di Achille Antonio Carrabba, 2001, pp. 156.
- DOMENICO RUSSO, *Sull'equità dei contratti*, 2001, pp. 176.
- GIOVANNI LA ROCCA, *L'usurarietà sopravvenuta tra regole di responsabilità e di validità*, 2001, pp. 116.
- ANTONIO LORDI, *Il prezzo nel contratto di scambio*, 2001, pp. 208.
- MARIA VITTORIA COZZI, *Tutela dei mercati finanziari e responsabilità della società di revisione*, 2001, pp. 120.
- CAROLINA PERLINGIERI FEDERICO, *I diritti della personalità nel fenomeno associativo*, 2002, pp. 64.
- NICOLA CIPRIANI, *La natura dei contratti di comodato*, 2002, pp. 256.
- ANNA CARLA NAZZARO, *Oggettività giuridica dei 'beni produttivi'. Contributo allo studio dei rapporti di affitto*, 2002, pp. 208.
- ADELAIDE QUARANTA, *Acquisti degli enti non profit e sistema dei controlli*, 2002, pp. 180.
- MARCO TATARANO, *L'adeguamento della penale tra clausola e rapporto*, 2002, pp. 160.
- ALFONSINA DE FELICE, *Le sanzioni nel diritto del lavoro*, 2002, pp. 264.
- PAOLA D'ADDINO SERRAVALLE, *Questioni biotecnologiche e soluzioni normative*, 2003, pp. 248.
- VERA SCIARRINO, *Tutela del minore e comunità familiari nel sistema delle adozioni*, 2003, pp. 288.
- DANIELA VALENTINO, *Le cessioni dei crediti, il factoring e la cartolarizzazione*, 2003, pp. 208.
- Gli enti non profit tra codice civile e legislazione speciale*, a cura di Giovanna Visintini, 2003, pp. 408.
- CONCETTA MARIA NANNA, *Principio di precauzione e lesioni da radiazioni non ionizzanti*, 2003, pp. 380.
- GIOVANNI PERLINGIERI, *Negoziio illecito e negozio illegale. Una incerta distinzione sul piano degli effetti*, 2003, pp. 80.
- MASSIMO GAZZARA, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, 2003, pp. 116.
- ELSA BIVONA, *Il bisogno abitativo del locatore fra autonomia privata e funzione sociale della proprietà*, 2003, pp. 160.
- ACHILLE ANTONIO CARRABBA, *L'adempimento traslativo immobiliare nei contratti della crisi coniugale*, 2003, pp. 120.

- ANDREA VIOLANTE, *La responsabilità civile della Pubblica Amministrazione*, 2003, pp. 132.
- DANIELA DI SABATO, *L'atto di dotazione di beni in favore dell'associazione*, 2003, pp. 164.
- MARIA CHIARA TATARANO, *Il recesso dall'acquisto in multiproprietà e l'effetto reale*, 2003, pp. 104.
- MARIA CHIARA TATARANO, *La "rinegoziazione" nei finanziamenti bancari*, 2003, pp. 120.
- RAFFAELE DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, 2003, pp. 176.
- FABRIZIO CRISCUOLO, *Diritto dei contratti e sensibilità dell'interprete*, 2003, pp. 184.
- STEFANO POLIDORI, *La responsabilità dell'appaltatore. I rapporti fra disciplina generale e norme speciali nell'appalto*, 2004, pp. 144.
- FRANCESCA DELL'ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, 2004, pp. 224.
- ALESSIO DI AMATO, *Il danno da informazione economica*, 2004, pp. 256.
- Illiceità, immeritevolezza, nullità*, a cura di Fabrizio Di Marzio, 2004, pp. 256.
- MARCO TATARANO, *Patti successori e partecipazioni sociali*, 2004, pp. 152.
- GERARDO VILLANACCI, *Confideiussione e obbligazione solidale*, 2005, pp. 104.
- ANDREA ONANO, *La natura delle fondazioni di origine bancaria*, 2005, pp. 108.
- GIUSEPPE CHIAIA NOYA, *L'intervento del Fondo di garanzia per le vittime della strada*, 2005, pp. 192.
- GIOVANNI DI ROSA, *Responsabilità da custodia e rapporto di utenza autostradale*, 2005, pp. 100.
- ENRICO ANTONIO EMILIOZZI, *La riconciliazione dei coniugi tra separazione e "divorzio"*, 2005, pp. 340.
- MARIA VITTORIA COZZI, *Forme di protezione e discipline della prova*, 2005, pp. 116.
- ANTONIO BELLIZZI, *Dal subcontratto al subordinamento giuridico. Genesi della subfornitura tra processo produttivo e processo ordinante*, 2005, pp. 164.
- ANNA MARIA MICCOLI, *Nuovi limiti dell'autonomia contrattuale nei contratti per servizi di investimento finanziario*, 2005, pp. 180.
- MARIA ELENA QUADRATO, *La responsabilità civile dell'architetto*, 2005, pp. 140.
- VALERIA CORRIERO, *La funzione sociale della proprietà nelle aree protette*, 2005, pp. 180.
- Temi e problemi della civilistica contemporanea. Venticinque anni della Rassegna di diritto civile*, a cura di Pietro Perlingieri, 2005, pp. 688.
- UGO GRASSI, *La tutela esterna del possesso. Contributo allo studio delle fattispecie a qualificazione plurima*, 2006, pp. 224.
- GIANNI BALDINI, *Libertà procreativa e fecondazione artificiale. Riflessioni a margine delle prime applicazioni giurisprudenziali*, 2006, pp. 208.
- MARIAFORTUNATA LO MORO BIGLIA, *Il risarcimento della chance frustrata. Un itinerario incrementale*, 2006, pp. 144.
- FERDINANDO PARENTE, *I moduli consensuali di pianificazione del territorio e la tutela degli interessi differenziati*, 2006, pp. 228.
- Interessi e poteri di controllo nei rapporti di diritto civile*, a cura di Raffaele Di Raimo, 2006, pp. 528.

- FRANCESCA CAROCCIA, *L'interpretazione del contratto. Il modello dei Principi Unidroit per i contratti commerciali internazionali*, 2006, pp. 212.
- IGNAZIO TARDIA, *Interessi non patrimoniali e patti sanzionatori*, 2006, pp. 480.
- MARCO TATARANO, *La commissione di massimo scoperto. Profili giusprivatistici*. Seconda edizione, 2007 (2004¹), pp. 108.
- Il drafting legislativo: il linguaggio, le fonti, l'interpretazione*, a cura di Remigio Perchinunno, 2007, pp. 240.
- CATALDO DE SINNO, *Il contenuto della proprietà urbana fra libertà e controlli*, 2008, pp. 276.
- ENRICO ANTONIO EMILIOZZI, *Il danno alla persona. Profili sistematici e ricostruttivi*, 2008, pp. 144.
- VINCENZO VERDICCHIO, *Profili del patto di famiglia. Oggetto - Governance - Scioglimento*, 2008, pp. 112.
- DIEGO DE FELICE, *Principio di sussidiarietà ed autonomia negoziale*, 2008, pp. 176.
- GIOVANNI PACIULLO, *Il diritto all'abitazione nella prospettiva dell'housing sociale*, 2008, pp. 208.
- SALVATORE CASABONA, *Il dovere di assistenza verso il genitore in stato di bisogno. Un'indagine di diritto comparato*, 2008, pp. 96.
- ANTONIO MAGNI, *Brevettabilità e biodiversità*, 2008, p. 120.
- MARCO MANTELLO, *Autonomia dei privati e principio di non discriminazione*, 2008, pp. 192.
- GIUSEPPE PALAZZOLO, *Alimenti dovuti e mantenimento negoziato*, 2008, pp. 320.
- CRISTIANO CICERO, *La dicotomia minaccia-timore nell'atto giuridico*, 2009, pp. 128.
- GABRIELE SALVI, *Contributo allo studio della rescissione nel nuovo diritto dei contratti*, 2009, pp. 352.
- GAETANO PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare. Trascrizioni, annotazioni, cancellazioni: dalla "tassatività" alla "tipicità"*, 2009, pp. 464.
- GABRIELE PERANO, *Situazioni di debito e legittimazione surrogatoria*, 2009, pp. 460.
- RENATO MARINI, *Revocazioni delle donazioni e tutela del donante*, 2010, pp. 176.
- MARIA INDOLFI, *Attività ed effetto nella destinazione dei beni*, 2010, pp. 320.
- MARCO ANGELONE, *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela risarcitoria*, 2010, pp. 192.
- MATTIA COLONNELLI DE GASPERIS, *Le azioni correlate. Tracking stocks*, 2010, pp. 188.
- ANTONIO CILENTO, *L'acquisto di immobili in costruzione tra rischio economico e tutela della persona*, 2010, pp. 192.
- CRISTIANO CICERO, *Sul diritto civile dell'ente pubblico*, 2010, pp. 192.
- DARIO SCARPA, *Mandato nell'attività d'impresa e obblighi informativi*, 2010, pp. 168.
- LUCIA DI COSTANZO, *Sui security interests*, 2010, pp. 100.
- ANGELO TURCO, *L'amministrazione di sostegno. Novella e sistema*, 2010, pp. 336.

- ENRICO DAMIANI, *Venture capital e private equity*, 2010, pp. 96.
- MARIANO ROBLES, *Finanza di progetto e responsabilità professionale. Profili civilistici dell'asseverazione bancaria*, 2011, pp. 440.
- GABRIELLA MARCATAJO, *Rappresentanza e diritto europeo*, 2011, pp. 368.
- VINCENZO BANCONE, *Le organizzazioni non profit*, 2011, pp. 320.
- VINCENZO FARINA, *Attività d'impresa e profili rimediali nel franchising*, 2011, pp. 236.
- PAOLO SANNA, *La responsabilità civile delle società di rating nei confronti degli investitori*, 2011, pp. 212.
- ROBERTA MONGILLO, *Inadempimento e risoluzione di diritto*, 2012, pp. 320.
- CAMILLO VERDE, *La circolazione dei crediti futuri*, 2012, pp. 296.
- VINCENZO VERDICCHIO, *La circolazione dei beni di provenienza donativa*, 2012, pp. 164.
- GAETANO EDOARDO NAPOLI, *Il nesso causale come elemento costitutivo del fatto illecito*, 2012, pp. 380.
- RENATO MARINI, *Il diritto all'abitazione nei rapporti familiari*, 2012, pp. 136.
- ERIKA GIORGINI, *L'indicazione di pagamento come fattispecie*, 2012, pp. 124.
- EMANUELA MIGLIACCIO, *La responsabilità patrimoniale. Profili di sistema*, 2012, pp. 96.
- MARCO TATARANO, *La diseredazione. Profili evolutivi*, 2012, pp. 192.
- ULISSE COREA, *Obbligazioni solidali e giusto processo*, 2012, pp. 140.
- MATTEO MARIA FRANCISSETTI BROLIN, *L'indisponibilità e l'inespropriabilità (limitata) del fondo patrimoniale*, 2012, pp. 88.
- PASQUALE LAGHI, *La clausola di diseredazione: da disposizione "afflittiva" a strumento regolativo della devoluzione ereditaria*, 2013, pp. 160.
- NICOLA DI MAURO, *Oggetto ed esenzioni nella disciplina della collazione*, 2013, pp. 164.
- Il contratto di rete. Un nuovo strumento di sviluppo per le imprese*, a cura di Federico Briolini, Lisia Carota e Marialuisa Gambini, 2013, pp. 240.
- CAMILLA CREA, *Connessioni tra contratti e obblighi di rinegoziare*, 2013, pp. 196.
- MICHELE SPINOZZI, *Equilibrio contrattuale eterodeterminato*, 2013, pp. 136.
- FILIPPO FIORDIPONTI, *Le fondazioni di origine bancaria e il loro ruolo di socio stabile nelle aziende di credito: un legame che non si è sciolto*, 2013, pp. 136.
- ADELE MARIA CRISTINA UDA, *Profili civilistici e modelli contrattuali del leasing d'azienda*, 2014, pp. 292.
- Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione*, a cura di Rosanna Pane, 2014, pp. 256.
- LUCIA DI COSTANZO, *Il trust e le sue applicazioni*, 2014, pp. 80.
- ROSARIO FRANCO, *Revoca del legato mediante alienazione e interpretazione*, 2014, pp. 112.
- MARCELLO MAZZUCA, ANDREA PORCIELLO, *Sulle successioni mortis causa. Tra autonomia e valori costituzionali*, 2014, pp. 120.
- ANTONIO CILENTO, *Oltre il consenso informato. Il dovere di informare nella relazione medico-paziente*, 2014, pp. 108.
- MAURO MAGNELLI, *Gli atti di destinazione ex art. 2645-ter c.c. e la meritevolezza degli interessi*, 2014, pp. 360.
- Il nuovo diritto di famiglia*, a cura di Rosanna Pane, 2015, pp. 712.

- ROBERTA MANCO, *Negozio in danno di terzi e circolazione dei beni*, 2016, pp. 376.
- ROSARIO FRANCO, *Opponibilità dei provvedimenti di assegnazione della casa coniugale*, 2016, pp. 156.
- GUIDO BELLÌ, *L'alea contrattuale: tra autonomia privata e speculazione economica*, 2016, pp. 168.
- LUCA SITZIA, *Il potere di scelta del creditore sulla prestazione incompleta*, 2017, pp. 288.
- Famiglie e successioni tra libertà e solidarietà*, a cura di Rosanna Pane, 2017, pp. 268.
- GAETANO EDOARDO NAPOLI, *Strumenti di protezione della persona*, 2017, pp. 232.
- Questioni di diritto della famiglia e dei minori*, a cura di Pietro Perlingieri e Giovanna Chiappetta, 2017, pp. 292.
- ANTONIO DI BIASE, *Monopolio di fatto, dominio nel mercato ed obbligo a contrarre*, 2017, pp. 196.
- FRANCESCO LONGOBUCCO, *Eccesso di potere e perdita del diritto nel sistema delle pene civili*, 2017, pp. 144.
- FABRIZIO PIRANO, *Buona fede, ragionevolezza e «efficacia immediata» dei principî*, 2017, pp. 168.
- DOMENICO RUSSO, *Oltre il patto marciano*, 2017, pp. 236.
- ANNA MALOMO, *Responsabilità civile e funzione punitiva*, 2017, p. 168.
- ISABELLA MARTONE, *Il giudizio di meritevolezza. Questioni aperte e profili applicativi*, 2017, pp. 80.
- SONIA TULLIA BARBARO, *Forma, registrazione e sonabilità del contratto di locazione ad uso abitativo*, 2018, pp. 80.
- TOMMASO MARIA UBERTAZZI, *Garanzie infragruppo e rapporti obbligatori*, 2018, pp. 232.
- EDOARDO FERRANTE, *La vendita nell'unità del sistema ordinamentale. I «modelli» italo-europei e internazionali*, 2018, pp. 408.
- BARBARA MARUCCI, *La riforma sanitaria Gelli-Bianchi. Osservazioni in tema di responsabilità civile*, 2018, pp. 208.