

Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto Privato II

Patto commissorio e meccanismi negoziali marcciani.

L'apparente crisi di un divieto.

Chiar.mo Prof. Silvio Martuccelli

---

RELATORE

Chiar.mo Prof. Mauro Orlandi

---

CORRELATORE

Fabio Casale

Matr. 166123

---

CANDIDATO

Anno Accademico 2023/2024

## Indice

<b>Introduzione</b>	3
<b>Capitolo I</b>	
<b>Il divieto del patto commissorio</b>	
1. Nozione di patto commissorio (con brevi cenni storici).	7
2. Natura giuridica e differenze con figure affini.	11
3. <i>Ratio</i> del divieto.	20
4. Art. 2744 cod. civ.: norma materiale.	26
4.1. Alienazioni a scopo di garanzia.	30
4.1.1. Alienazione risolutivamente condizionata all'adempimento: vendita con patto di riscatto e vendita con patto di retrovendita.	32
4.1.2. Il <i>revirement</i> della Corte di Cassazione.	38
4.2. Cessione di crediti a scopo di garanzia.	43
4.3. <i>Sale and lease back</i> .	47
<b>Capitolo II</b>	
<b>Il patto marciano</b>	
1. Nozione.	58
2. Ascesa del patto marciano: tesi dottrinali ed evoluzione giurisprudenziale.	60

3. Struttura del patto marciano.	71
4. Profili funzionali del patto marciano.	77
5. I patti marciani tipici.	79
5.1. Garanzia finanziaria.	81
5.2. Prestito vitalizio ipotecario.	85
5.3. Il patto marciano nei contratti di credito immobiliare ai consumatori (art. 120- <i>quinquiesdecies</i> del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia).	91
5.4. Il patto marciano nei contratti di finanziamento alle imprese (art. 48- <i>bis</i> del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia).	98

### **Capitolo III**

#### **Alienazioni in garanzia e meccanismi marciani.**

1. La legittimità del patto marciano, al di là delle previsioni normative.	108
2. Il pegno irregolare.	108
2.1. Il pegno irregolare a mani di un terzo.	117
3. Il <i>trust</i> in funzione di garanzia.	122
4. Le partecipazioni sociali a tempo.	129

<b>Conclusioni</b>	138
--------------------	-----

<b>Bibliografia</b>	145
---------------------	-----

## Introduzione

L'origine del divieto del patto commissorio risale ad un editto del 320 dell'imperatore Costantino, a causa dell'eccessiva onerosità per il debitore dell'accordo, con cui si prevedeva che, se alla scadenza l'obbligazione non fosse stata adempiuta, il creditore acquistava la proprietà del bene oggetto di pegno. Questo divieto, inserito nella Compilazione giustiniana e ribadito nel diritto canonico, fu accolto dal *Code Napoléon* e, successivamente, dal Codice civile italiano del 1865.

Oggi il divieto della convenzione commissoria è stabilito dall'art. 2744, cod. civ., che prevede la nullità dell'accordo «col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore». La nullità colpisce sia l'accordo contestuale alla costituzione dell'ipoteca o del pegno (c.d. patto *in continenti*), sia quello posteriore (c.d. patto *ex intervallo*). La norma, collocata tra le disposizioni generali sulla responsabilità patrimoniale, è anticipata dall'art. 1963, cod. civ., in materia di anticresi.

Nonostante tale divieto rinvenga le proprie radici nel c.d. diritto romano classico, ancora oggi desta l'attenzione di dottrina e giurisprudenza, assumendo grande rilievo nella prassi economica. L'evoluzione del mercato e degli scambi ha, infatti, determinato una crescente esigenza di garantire agli operatori economici strumenti negoziali efficienti; senza tuttavia dimenticare la tensione del nostro ordinamento alla certezza del diritto.

In questo contesto, ha assunto centrale rilevanza la questione della tutela del credito. Dalla rapida attuazione delle pretese creditorie trae, infatti, giovamento l'intera economia.

Il sempre maggior bisogno di rafforzamento della posizione del creditore deriva dalla crisi del processo esecutivo, dovuta ai tempi e ai costi inevitabili dello stesso. Queste problematiche hanno spinto i

privati ad abbandonare le tradizionali garanzie del pegno e dell'ipoteca, in favore di strumenti negoziali, come le alienazioni in garanzia, il *sale and lease back* e i patti marciani. Tali operazioni hanno sollevato diversi problemi sistematici, soprattutto alla luce dei principi della *par condicio creditorum* e del divieto del patto commissorio.

Muovendo da queste premesse, quindi, il presente studio è volto a comprendere se, nel mutato contesto economico e normativo, sia possibile rinvenire un ribaltamento del tradizionale “rapporto regola-eccezione” tra divieto del patto commissorio e convenzione marciana.

La soluzione della suddetta *quaestio* permetterà, inoltre, di rispondere all'interrogativo concernente la necessità o meno di inserire esplicitamente una clausola marciana all'interno del negozio, allo scopo di non incorrere nella sanzione di nullità disposta dall'art. 2744, cod. civ..

Al fine di giungere a una soluzione di tali questioni, appare necessaria l'indagine di alcuni aspetti preliminari.

Nel primo capitolo, pertanto, sarà affrontata la natura giuridica del patto commissorio, esaminando le differenze di tale istituto con figure affini, quali la *datio in solutum* e la clausola penale. Si svolgerà, poi, un approfondimento sulle diverse teorie relative alla *ratio* del divieto di cui all'art. 2744, cod. civ., che hanno animato il dibattito giurisprudenziale e dottrinale.

Nonostante la diversità di ragionamenti e di conclusioni raggiunte, è possibile anticipare che dottrina e giurisprudenza si ritrovano su un terreno comune: gli artt. 2744 e 1963 cod. civ. sono norme materiali, che pongono un divieto di risultato. Alla luce di tale ricostruzione sarà, successivamente, possibile analizzare le principali fattispecie, affrontate dalla giurisprudenza. In particolare, gli ultimi paragrafi del primo capitolo si soffermeranno sullo studio delle alienazioni a scopo di garanzia (ponendo l'attenzione sulla vendita con

patto di riscatto, vendita con patto di retrovendita e sul *revirement* della Corte di Cassazione<sup>1</sup>), della cessione di crediti a scopo di garanzia e del *sale and lease back*.

Il secondo capitolo sarà dedicato, poi, allo studio del patto marciano. Quest'ultimo consiste in un accordo «in forza del quale in ipotesi di inadempimento dell'obbligazione garantita, il bene viene sì trasferito in proprietà del creditore insoddisfatto, ma ad un valore stimato da un terzo al momento di detto trasferimento; con la conseguenza che il creditore è tenuto a versare al debitore l'eventuale differenza tra il valore del bene trasferito e l'ammontare del credito rimasto inadempito (v. Cass. 28 maggio 2018, n. 13305)»<sup>2</sup>. Si effettuerà, innanzitutto, una ricostruzione del dibattito che ha portato all'ascesa della convenzione marciana: superate le teorie che negavano la liceità dell'istituto in esame, infatti, si è giunti al definitivo riconoscimento della validità del patto marciano, da parte della dottrina maggioritaria e della giurisprudenza di legittimità<sup>3</sup>.

Svolta un'analisi sulle pronunce giurisprudenziali, si procederà, poi, all'individuazione degli elementi costitutivi della convenzione marciana e, quindi, allo studio approfondito degli stessi. Ciò permetterà di effettuare alcune considerazioni sulla funzione dell'istituto, che consente di superare i profili d'illiceità del patto commissorio.

Si procederà, poi, ad una trattazione dei patti marciani tipici, passando in rassegna la disciplina della garanzia finanziaria, del prestito vitalizio ipotecario, del patto marciano nei contratti di credito

---

<sup>1</sup> Si fa riferimento alla sentenza del 3 giugno 1983, n. 3800.

<sup>2</sup> Cfr. V. A. TORRENTE – P. SCHLESIN, *Manuale di diritto privato*, XXIV ed., pp. 474 ss..

<sup>3</sup> Cass., 21 gennaio 2005, n. 1273.

immobiliare ai consumatori e di quello nei contratti di finanziamento alle imprese.

Nel terzo capitolo, infine, sarà svolta un'indagine sulle forme di applicazione della convenzione marciata, al di là di quelle disciplinate dalle norme di settore. La prima figura analizzata sarà il pegno irregolare, che rinviene la sua fonte normativa nell'art. 1851, cod. civ.. Muovendo da questa fattispecie, si svolgeranno, poi, alcune considerazioni sulle peculiarità del pegno irregolare a mani di terzo gestore. In seguito, si procederà all'esame del *trust* in funzione di garanzia e dell'impiego delle partecipazioni sociali a tempo come strumento di rafforzamento della posizione del creditore.

Alla luce dello studio condotto, si tenterà, in conclusione, di fornire le soluzioni alle problematiche avanzate in principio.

## Capito I

### Il divieto di patto commissorio

**SOMMARIO:** 1. Nozione di patto commissorio (con brevi cenni storici). – 2. Natura giuridica e differenze con figure affini. – 3. *Ratio* del divieto. – 4. Art. 2744 cod. civ.: norma materiale. – 4.1. Alienazioni a scopo di garanzia. – 4.1.1. Alienazione risolutivamente condizionata all’adempimento: vendita con patto di riscatto e vendita con patto di retrovendita. – 4.1.2. Il *revirement* della Corte di Cassazione. – 4.2. Cessione di crediti a scopo di garanzia. – 4.3. *Sale and lease back*.

#### 1. Nozione di patto commissorio (con brevi cenni storici).

Gli articoli 1963 e 2744 cod. civ., entrambi rubricati “Divieto del patto commissorio”, prescrivono la nullità del negozio «con cui debitore e creditore convengono che, in mancanza dell’adempimento dell’obbligazione nel termine concordato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno o in anticresi passi al creditore»<sup>4</sup>.

Il patto commissorio affonda le sue radici nel diritto romano di età classica. Ulpiano definì la *lex commissoria* come la «clausola apposta al contratto di compravendita che determina, in caso di mancato pagamento del prezzo entro il termine prestabilito, la restituzione della cosa venduta», la cui liceità era pacificamente ammessa. Il patto commissorio ebbe, anzi, ampia fortuna.

In questo periodo storico, la *lex commissoria* trovava principalmente duplice applicazione. Sotto primo profilo, si soleva far

---

<sup>4</sup> V. F. DI MARZIO (a cura di), *Codice Civile*, Milano, 2019.

accedere tale clausola al *pignus*<sup>5</sup>, costituendo, quest'ultimo, il negozio principale di garanzia, e la seconda un patto accessorio e autonomo. A differenza del *pignus* che conferiva una mera tutela possessoria, il patto commissorio determinava un trasferimento della proprietà in caso di inadempimento del debitore, garantendo al creditore una posizione dominicale.

Sotto altro profilo, la *lex commissoria* rappresentava elemento consustanziale dell'istituto della *fiducia*<sup>6</sup>, in quanto, in caso di inadempimento del debitore, l'obbligo di restituzione del bene – la cui proprietà era stata precedentemente trasferita sulla base del *pactum fiduciae* – sorgeva proprio in forza del patto commissorio.

La *lex commissoria* entrò, successivamente, in contrasto con gli orientamenti etico-religiosi, che ripudiavano fenomeni usurari, reputati *contra bonos mores*. Il patto commissorio iniziò ad essere visto come vessatorio per il debitore e sbilanciato in favore del creditore, essendo frequente che la cosa, oggetto del patto commissorio, avesse un valore economico superiore al credito garantito. Emerse con forza l'esigenza di tutela del debitore. Si giunse così all'emanazione dell'editto di Costantino nel 320 d.C., giunto a noi tramite il *Codex Theodosianum*<sup>7</sup>. La 'Costituzione' dell'imperatore sancì, per la prima volta, il divieto del

---

<sup>5</sup> V. A. Corbino, *diritto privato romano*, IV ed., Milano, 2019, p. 548 ss.

<sup>6</sup> La fiducia ricorreva in caso di alienazione solenne del diritto di proprietà, che attribuiva non l'ordinario contenuto economico di quel diritto, ma uno più limitato e funzionale alla finalità di garanzia attraverso il patto commissorio

<sup>7</sup> CTh. 3.2.1: IMPERATOR COSTANTINUS AD POPULUM. *Quoniam inter alias captiones praccipue commissoriae legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. Creditores enim re amissa iubemus recipere quod dederunt.* DAT. PRID. KAL. FEBR. SERDIC(AE) CONSTANTINO A. VII ET CONSTANTIO C. CONSS.

patto commissorio, prevedendo la nullità dei negozi costitutivi di pegno in cui le parti avevano convenuto che, per il caso di inadempimento, la proprietà della cosa data in garanzia sarebbe passata in capo al creditore. Tale divieto, recepito da Giustiniano nella Compilazione e ribadito nel diritto canonico, fu accolto, dapprima, dal *Code Napoléon* e, successivamente, dal Codice civile italiano del 1865.

In particolare, il Codice civile previgente si limitava a proibire il patto commissorio nell'anticresi (art. 1894<sup>8</sup>) e nel pegno (art. 1884<sup>9</sup>). Da qui il problema circa la possibilità di superare la mancanza di una esplicita menzione del patto commissorio inerente ad un rapporto di ipoteca. Ciò diede vita a due orientamenti.

Il primo giustificava l'estensione del divieto sulla base della *ratio* della disposizione, che trovava fondamento nella situazione di svantaggio del debitore, facilmente indotto dal bisogno a subire il patto commissorio senza valutare la convenienza, e la immoralità di tale patto, come mezzo di coartazione del debitore bisognoso<sup>10</sup>. A questa tesi furono, però, mosse due critiche: da un lato, pur discorrendo di interpretazione estensiva, si ricorreva in realtà ad una estensione analogica, non applicabile, ai sensi dell'art. 4 delle preleggi al Codice

---

<sup>8</sup> L'art. 1894, cod. civ. del 1865, così suonava: «Il creditore non diventa proprietario dell'immobile per la sola mancanza del pagamento nel termine convenuto: qualunque patto in contrario è nullo. In mancanza di pagamento può domandare coi mezzi legali la spropriazione del suo debitore».

<sup>9</sup> L'art. 1884, cod. civ. del 1865, così recitava: «Il creditore non può disporre del pegno pel non effettuato pagamento: ha però il diritto di far ordinare giudizialmente, che il pegno rimanga presso di lui in pagamento e lino alla concorrenza del debito secondo la stima da farsi per mezzo di periti, oppure che sia venduto all'incanto.

È nullo qualunque patto, il quale autorizza il creditore ad appropriarsi il pegno o a disporne senza le formalità sopra stabilite».

<sup>10</sup> C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957.

civile del 1865, ad una norma limitativa della libera disponibilità delle parti e, dunque, di carattere eccezionale; dall'altro, il rimedio alla iniquità di un patto commissorio relativo ad immobili non poteva essere la nullità, bensì la rescissione, espressamente prevista dalla legge quale tutela per il venditore nell'ipotesi di 'viltà' del prezzo (artt. 1529 ss., cod. civ. previgente).

Prevalse, dunque, il secondo orientamento – a cui approdò infine la giurisprudenza<sup>11</sup> –, il quale reputava valido il patto commissorio immobiliare perché non espressamente vietato dalla legge.

Il problema dell'ambito di applicazione del divieto del patto commissorio si è presentato ai compilatori del Codice civile del 1942, come testimoniato dalla relazione del Guardasigilli, n. 1127: “Una questione molto controversa risolve l'art. 2744...”. Il codice vigente colma, infatti, la lacuna richiamata, con l'espresso divieto del patto commissorio relativo a cose ipotecate.

Il Codice civile prevede ora il divieto del patto commissorio agli artt. 1963 e 2744. Il primo, con riguardo al contratto di anticresi<sup>12</sup>, prevede che: “È nullo qualunque patto, anche posteriore alla conclusione del contratto, con cui si conviene che la proprietà dell'immobile passi al creditore nel caso di mancato pagamento del debito”. L'art. 2744 cod. civ. ha il seguente tenore: «È nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel

---

<sup>11</sup> V. sentenza delle S.U. della Corte di Cassazione del 18 luglio 1923, e sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 1° luglio 1947, n. 1037. Si segnala, tuttavia, che non mancarono pronunce di segno contrario (v. C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, pag. 83-84).

<sup>12</sup> Ai sensi dell'art. 1960 cod. civ., «L'anticresi è il contratto col quale il debitore o un terzo si obbliga a consegnare un immobile al creditore a garanzia del credito, affinché il creditore ne percepisca i frutti, imputandoli agli interessi, se dovuti, e quindi al capitale».

termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore. Il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno».

La formulazione delle suddette disposizioni sembrerebbe circoscrivere la portata del divieto alle sole ipotesi in cui il patto commissorio sia accessorio rispetto a certi istituti di garanzia disciplinati dalla legge, ossia alle tipiche ipotesi di patto stipulato in favore di un soggetto titolare, al contempo, di un credito e di un diritto reale di garanzia, mobiliare o immobiliare, o al quale sia stato concesso in anticresi un immobile.

«L'espressa comminatoria di nullità avendo, ovviamente, espulso dalla pratica degli affari la realizzazione della fattispecie legale illecita, concernente il patto commissorio aggiunto ad ipoteca, pegno o anticresi, è sorta questa questione se la nullità riguardasse, o meno, anche il patto commissorio autonomo, e cioè l'operazione contrattuale, di regola integrata da una alienazione in funzione di garanzia, che di per sé preveda che la proprietà della cosa alienata in garanzia passi al creditore in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato»<sup>13</sup>.  
Intorno a tale questione, come si vedrà più avanti, si sono formate diversità di vedute in dottrina e in giurisprudenza.

## **2. Natura giuridica e differenze con figure affini.**

Prima di indagare la *ratio* e l'effettivo ambito di applicazione del divieto di patto commissorio, giova procedere ad una comparazione tra l'istituto in esame e figure affini; anche allo scopo di comprendere le ragioni per cui il legislatore ha reputato leciti tali istituti. Questo raffronto risulta, infatti, utile all'individuazione *a contrario* del

---

<sup>13</sup> Così Cass. civ., Sez. III, 16 ottobre 1995, n. 10805.

fondamento della nullità del patto commissorio e, dunque, dell'effettiva portata applicativa del divieto della convenzione commissoria.

Autorevole dottrina<sup>14</sup> ha qualificato il patto commissorio come contratto di vendita, in cui il prezzo sarebbe costituito dall'ammontare del debito oggetto di una preesistente obbligazione. Tale ricostruzione è stata, tuttavia, criticata, poiché nel rapporto negoziale di mutuo, cui accede il patto commissorio, mancherebbe il prezzo: il denaro versato dal creditore rappresenta non la controprestazione del trasferimento della proprietà del bene, bensì l'oggetto del contratto di finanziamento<sup>15</sup>.

Secondo altra tesi<sup>16</sup>, la convenzione commissoria andrebbe ricondotta nella categoria delle alienazioni sospensivamente condizionate. In particolare, il debitore venderebbe al creditore il bene gravato da pegno o ipoteca, subordinando l'effetto traslativo alla condizione dell'inadempimento dell'obbligo garantito. Si è, tuttavia, rilevato che il collegamento tra l'efficacia dell'alienazione e l'inadempimento del debitore importa il riconoscimento dell'alienazione come mezzo di soddisfacimento del rapporto obbligatorio. In altri termini, l'estinzione dell'obbligazione preesistente costituirebbe il prezzo dell'alienazione, snaturando la causa tipica della vendita.

---

<sup>14</sup> V. S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 235; G. MIRABELLI, *Del diritto dei terzi secondo il codice civile italiano*, I, Torino, 1889, 598; V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di legalità*, in *Foro it.*, 1990, I, p. 1436.

<sup>15</sup> Cfr. C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, p. 106.

<sup>16</sup> In linea con tale posizione si v. A. BUTERA, *Il patto commissorio nel mutuo ipotecario*, in *Giur. it.*, 1918, I, p. 507.

Altri Autori hanno fatto riferimento alla norma che disciplina la prestazione in luogo di adempimento (art. 1197 cod. civ.<sup>17</sup>), in base alla quale «il creditore può accettare che il debitore si liberi eseguendo una prestazione diversa da quella dovuta»<sup>18</sup>. Si è, tuttavia, segnalato che la prestazione in luogo dell'adempimento e la convenzione commissoria differiscono sul piano cronologico e funzionale.

Quanto al primo profilo, l'impostazione tradizionale<sup>19</sup> reputa che la differenza tra prestazione in luogo dell'adempimento e patto commissorio risiederebbe nel momento di stipula della convenzione rispetto alla scadenza dell'obbligazione e, dunque, dell'inadempimento. La *datio in solutum* può essere conclusa, indifferentemente, prima o dopo l'inadempimento; il patto commissorio – quale patto programmatico – deve, invece, necessariamente essere anteriore all'inadempimento. Emerge così la ragione giustificatrice dell'illiceità del patto commissorio: il trasferimento del bene è pattuito prima della scadenza dell'obbligazione, sicché l'atto traslativo non può

---

<sup>17</sup> L'art. 1197 cod. civ. prevede che: «Il debitore non può liberarsi eseguendo una prestazione diversa da quella dovuta, anche se di valore uguale o maggiore, salvo che il creditore consenta. In questo caso l'obbligazione si estingue quando la diversa prestazione è eseguita.

Se la prestazione consiste nel trasferimento della proprietà o di un altro diritto, il debitore è tenuto alla garanzia per l'evizione e per i vizi della cosa secondo le norme della vendita, salvo che il creditore preferisca esigere la prestazione originaria e il risarcimento del danno.

In ogni caso non rivivono le garanzie prestate dai terzi».

<sup>18</sup> V. A. TORRENTE – P. SCHLESIN, *Manuale di diritto privato*, XXIV ed., p. 428.

<sup>19</sup> Cfr. C. MARESCA, *Datio in solutum: la linea Maginot del patto commissorio*, in *Corr. Giur.*, 1999, p. 1130; E. BERGAMO, *Brevi note sul divieto di patto commissorio*, in *Giur. it.*, 2000, p. 1602; R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto civile*, Torino, 2019, p. 775; F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, p. 98.

considerarsi il frutto di una libera scelta del debitore, come accade nell'ipotesi della *datio in solutum*, ma rappresenta piuttosto l'esecuzione di un atto contrattualmente dovuto.

Sul piano funzionale, si apprezza maggiormente la differenza tra i due istituti in esame. La dazione in pagamento assolve, infatti, a una funzione solutoria. La causa di tale accordo giustifica la natura peculiare di tale trasferimento, caratterizzato dall'immediatezza e definitività. Il trasferimento è immediato perché la *datio in solutum* ha natura reale: si perfeziona al momento dell'esecuzione della prestazione surrogatoria, producendosi, simultaneamente, sia l'effetto traslativo sia l'estinzione dell'obbligazione originaria. Il trasferimento è, inoltre, definitivo, poiché il debitore, al perfezionarsi della *datio* in luogo del pagamento, perderà la proprietà del bene, non potendola recuperare neppure con l'adempimento dell'obbligazione originaria. In quanto negozio solutorio, infatti, gli effetti di quest'ultimo sono incompatibili con l'apposizione di una condizione. La *datio in solutum* produce, infatti, un effetto traslativo incondizionato.

Si è, dunque, affermato che la dazione in pagamento è un contratto reale ad effetti reali e con causa solutoria. Al contrario, il patto commissorio è carente del carattere della realtà, producendo un effetto traslativo privo dell'immediatezza e della definitività. La convenzione commissoria si distingue, inoltre, anche per la funzione di autotutela esecutiva<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Sul finire dello scorso secolo, è stata messa in discussione la visione tradizionale della dottrina, per cui il patto commissorio sarebbe caratterizzato da una funzione di garanzia. Secondo il nuovo orientamento, infatti, l'alienazione commissoria avrebbe una causa solutoria: «il *proprium* del patto commissorio è rappresentato dalla predeterminazione, prima della scadenza dell'obbligazione garantita, del trasferimento della proprietà di un bene del debitore in funzione

Ragionando sempre sul profilo causale, vi è chi ha ricondotto il patto commissorio nel novero delle alienazioni a scopo di garanzia. Mentre è, infatti, pacifica l'affermazione per cui, almeno sul piano strutturale, la convenzione commissoria autonoma è riconducibile allo schema delle alienazioni, in ragione dell'effetto traslativo; in merito al profilo causale, invece, la dottrina si divide in chi sostiene la funzione di garanzia e chi quella solutoria<sup>21</sup>.

La funzione di garanzia caratterizza gli istituti negoziali o legali che «risultano idonei a rafforzare l'aspettativa di realizzazione del credito, “aggiungendo” elementi ulteriori rispetto a quelli che l'ordinamento ricollega *ex lege* alla presenza di un rapporto obbligatorio»<sup>22</sup>. La funzione solutoria, al contrario, si rinviene negli strumenti che realizzano la pretesa finale del creditore, anche se diversi dall'adempimento. Muovendo da queste nozioni, hanno preso forma due diversi orientamenti.

L'interpretazione tradizionale rinviene nel patto commissorio una funzione di garanzia<sup>23</sup>, poiché l'effetto traslativo offre al creditore uno strumento di soddisfacimento delle proprie ragioni ulteriore a quelli che

---

solutoria ... ad esso, in quanto negozio traslativo in funzione satisfattiva, risulta estraneo un effetto di garanzia» (v. F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, p. 430 ss.).

<sup>21</sup> Per un'approfondita analisi della questione relativa all'alternativa tra funzione solutoria e di garanzia del patto commissorio si v. N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, pp. 61 e ss.

<sup>22</sup> V. N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 106. Nello stesso senso cfr. A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 19; F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., pp. 440 ss. e p. 89.

<sup>23</sup> Si v. C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., pp. 136 e ss.; G. TUCCI, *Garanzia. Diritto comparato e straniero*, in *Enc. dir.*, XIV, Roma, 1989, p. 1

il legislatore ricollega generalmente al rapporto obbligatorio. Autorevole dottrina<sup>24</sup> ha, infatti, sostenuto che il meccanismo commissorio appresta una tutela di intensità equivalente a quella offerta da pegno e ipoteca. Secondo tale impostazione, dunque, il patto in esame sarebbe da ricondurre alla categoria delle alienazioni in garanzia.

L'orientamento ermeneutico più recente, viceversa, propende per la funzione solutoria, argomentando sulla base dell'effetto estintivo dell'obbligazione garantita, determinato dalla convenzione commissoria. Quest'ultima verrebbe, dunque, intesa come clausola eventuale che accede ad un diverso negozio, causalmente autonomo, avente funzione di garanzia<sup>25</sup>.

La dottrina<sup>26</sup> si è, inoltre, occupata della distinzione tra patto commissorio e clausola penale. Può osservarsi, al riguardo, che la legge confina la seconda nell'ambito degli effetti obbligatori, consistendo, la clausola penale, nell'accordo per cui la parte inadempiente è tenuta a una determinata prestazione. Il patto commissorio ha, invece, di regola effetti reali. Non è escluso, tuttavia, come vedremo più avanti, che la convenzione commissoria abbia efficacia obbligatoria.

La differenza di maggiore interesse attiene, però, al profilo funzionale. Con la clausola penale, le parti individuano in anticipo la

---

<sup>24</sup> C.M. BIANCA, *Il divieto di patto commissorio*, cit., p. 115.

<sup>25</sup> Sul punto si precisa che il patto commissorio può accedere sia ad un'alienazione a scopo di garanzia (svolgendo funzione esclusivamente solutoria) che ad una garanzia reale tipica (pegno o ipoteca, realizzando una funzione sia solutoria che traslativa). In entrambi i casi, dunque, il patto produrrebbe un effetto soddisfacente, cfr. F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., pp. 429 e ss. e p. 98; G. BUONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984, pp. 141 e ss..

<sup>26</sup> V. C.M. BIANCA, *Il divieto di patto commissorio*, cit., pp.111 ss.

misura di quanto dovuto dal debitore inadempiente<sup>27</sup>, sicché a tale clausola viene attribuita duplice funzione: risarcitoria e sanzionatoria. Quest'ultima sussiste, però, solo qualora la penale sia superiore al danno patito. La dottrina ha, invece, escluso che il patto commissorio sia volto a cagionare una maggiore perdita a carico del debitore come sanzione per l'inadempimento.

La differenza tra clausola penale e patto commissorio sta allora in ciò: la predeterminazione del risarcimento contenuta nella clausola penale si traduce semplicemente nel maggiore interesse dell'obligato ad evitare l'inadempimento (parte della dottrina discorre, infatti, di funzione di garanzia in senso generico); nel caso del patto commissorio, invece, è possibile rinvenire una funzione di garanzia *stricto sensu*<sup>28</sup>.

Maggiormente problematica è l'individuazione del *discrimen* tra clausola penale, che obbliga il debitore inadempiente al trasferimento della proprietà di un bene individuato in favore del creditore, e patto commissorio ad effetti obbligatori, in cui il trasferimento della proprietà in conseguenza dell'inadempimento è affidato a un rapporto obbligatorio.

In altre parole, con siffatto patto commissorio si prevede, a carico del debitore, l'obbligo di soddisfare l'obbligazione principale, eventualmente rimasta inadempita, mediante il trasferimento di un bene individuato, e non di denaro o di altre cose fungibili. Si costituisce,

---

<sup>27</sup> Sebbene la convenzione commissoria contenga una predeterminazione del danno, si è reputato di non poter affermare la coincidenza della clausola penale e del patto commissorio sulla base di questo unico elemento in comune.

<sup>28</sup> Tale funzione caratterizza tutti quei mezzi giuridici che assicurano l'obbligazione vincolando altri soggetti all'esecuzione della prestazione o fornendo al creditore una tutela giuridica più incisiva, sia attraverso l'apposizione di vincoli sul patrimonio del debitore, sia mediante l'attribuzione di una posizione di preferenza rispetto al resto del ceto creditorio.

così, su una porzione del patrimonio del debitore, un vincolo di indisponibilità, ancorché di natura meramente obbligatoria<sup>29</sup>.

È allora evidente l'analogia strutturale tra le due figure ora richiamate, a tal punto che si è posto il problema della validità della clausola penale, avente ad oggetto il trasferimento di un bene del debitore in favore del creditore. Il rischio sarebbe, infatti, quello di un'alienazione commissoria.

Si è, tuttavia, sostenuta la validità di tale clausola, facendo valere plurimi motivi: sotto primo profilo, ciò che rileva è la funzione concretamente perseguita dalle parti; si è poi affermato che è possibile evitare lo squilibrio contrattuale mediante la *reductio ad aequitatem* (art. 1384 cod. civ.<sup>30</sup>); si è, altresì, rilevato che la formulazione letterale dell'art. 1382 cod. civ.<sup>31</sup> non impone limiti alla natura degli effetti della clausola penale, riferendosi genericamente ad una «determinata prestazione».

Quanto al patto commissorio obbligatorio, ci si è interrogati se esso debba ricadere nel divieto di legge, nonostante la differenza strutturale rispetto a modello testuale, che prevede un effetto reale

---

<sup>29</sup> Viene, quindi, in rilievo l'art. 1358 cod. civ., laddove il debitore, disattendendo l'obbligo di non alienazione in pendenza della condizione di inadempimento, trasferisca la proprietà del bene. Tale atto dispositivo sarebbe valido, ancorché illecito (v. C.M. BIANCA, *Il divieto di patto commissorio*, cit., pag. 180).

<sup>30</sup> L'art. 1384 cod. civ. così recita: «La penale può essere diminuita equamente dal giudice, se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento».

<sup>31</sup> L'art. 1382 cod. civ. così suona: «La clausola, con cui si conviene che, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, uno dei contraenti è tenuto a una determinata prestazione, ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore.

La penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno».

immediato nella condizione d'inadempimento (con il patto commissorio ad effetti obbligatori, come visto sopra, si realizza, invece, un effetto reale in favore del creditore mediato da un ulteriore negozio).

Al riguardo, si sono affermate due tesi. I fautori della prima teoria sostengono la validità di tale patto commissorio, perché esso attribuisce il «potere di comprare, non di prendere», sicché al creditore resterebbe preclusa l'«esecuzione privata», dovendo egli avvalersi di un mezzo legale a base negoziale, contro il quale sono esperibili i normali rimedi (si pensi alla rescissione per lesione)<sup>32</sup>. Si è poi aggiunto che il contratto definitivo trasferisce il bene *ex nunc*, senza vanificare le attese maturate dagli altri creditori, a differenza del patto commissorio ordinario, che trasferisce il bene *ex tunc*, per la retroattività della condizione sospensiva, annullando quelle attese<sup>33</sup>.

I sostenitori della seconda tesi affermano che, nel patto commissorio obbligatorio, l'esigenza di tutela del debitore verrebbe elusa dall'applicabilità dell'art. 2932 cod. civ., in forza del quale «se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso». Si è anche sostenuta l'applicabilità diretta del divieto, alla luce del dato testuale degli artt. 1936 e 2744 cod. civ., nei quali ricorre la locuzione «passare», riferita alla proprietà del bene, senza nessun riferimento al carattere della immediatezza<sup>34</sup>. Si è, altresì, dato

---

<sup>32</sup> F. CARNELUTTI, *Note sul patto commissorio*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, II, p. 892.

<sup>33</sup> G. STOLFI, *Promessa di vendita e patto commissorio*, in *Foro pad.*, 1957, I, pp. 767 ss.

<sup>34</sup> F. DALMAZZO, *Divieto del patto commissorio e promessa di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1958, II, p. 185.

rilievo al carattere materiale del divieto normativo<sup>35</sup>, che, come si vedrà (*infra*, § 4), è volto a colpire qualsiasi pattuizione negoziale concretamente impiegata per conseguire il risultato, vietato dall'ordinamento, del trasferimento della proprietà di un bene in favore del creditore come conseguenza dell'inadempimento<sup>36</sup>.

### **3. Ratio del divieto.**

L'indagine circa il fondamento del divieto, previsto dagli artt. 1963 e 2744 cod. civ., deve muovere dall'individuazione dei molteplici interessi coinvolti.

La tesi tradizionale affonda le proprie radici nei principi di matrice canonistica, volti a reprimere il fenomeno dell'usura. Questo filone interpretativo ha, quindi, individuato il fondamento del divieto del patto commissorio nell'esigenza di evitare la c.d. *debitoris suffocatio* e, dunque, di tutelare il debitore. Secondo tale tesi, infatti, il legislatore avrebbe previsto la nullità del patto commissorio, sotto il profilo soggettivo, come correttivo per l'indebita compromissione della libertà di autodeterminazione del debitore, dovuta alla coartazione subita, e, sotto il profilo oggettivo, come sanzione per l'illecito approfittamento dello stato di bisogno del debitore, da parte del creditore, concretizzantesi nella possibilità per quest'ultimo di lucrare indebitamente la differenza tra il valore del credito garantito e quello del bene oggetto del patto commissorio.

È stato, tuttavia, rilevato che tale ricostruzione non appare coerente con il nostro ordinamento. La tutela del contraente debole

---

<sup>35</sup> V. Cass., Sez. III, 19 febbraio 2019, n. 4729; Cass., Sez. II, 26 settembre 2018, n. 22903.

<sup>36</sup> M. FRAGALI, *Del mutuo*, in *Comm. c.c.*, a cura di Scialoja - Branca, Bologna-Roma, 1966, p. 252 ss..

costretto a contrarre in stato di bisogno è, infatti, affidata ad altro rimedio, costituito dall'azione di rescissione (art. 1448 cod. civ.).

Tra i vari presupposti legittimanti l'esperimento di tale rimedio<sup>37</sup> vi è la lesione del debitore, consistente nella sproporzione tra le prestazioni delle parti<sup>38</sup>, e l'approfittamento dello stato di bisogno ad opera della parte avvantaggiata. Aderire alla richiamata teoria – secondo cui la *ratio* del divieto in esame sta nell'approfittamento dello stato di bisogno del contraente debole – vorrebbe dire, allora, che il legislatore ha «disciplinato situazioni uguali in modo diverso attraverso l'applicazione di rimedi diversi, nullità e rescissione, pur in presenza di identici presupposti»<sup>39</sup>.

Ulteriore critica che può essere mossa alla tesi tradizionale è quella per cui la disciplina del divieto del patto commissorio e la relativa nullità si applicano indipendentemente dall'effettivo approfittamento dello stato di bisogno del debitore e dell'esistenza del danno dello stesso. Ciò conduce all'assurda conseguenza per cui sarebbero nulli anche i patti commissori in cui il valore del bene alienato in garanzia sia inferiore all'ammontare del credito, mentre l'azione di rescissione è esperibile solo in caso di lesione *ultra*

---

<sup>37</sup> L'azione di rescissione è esperibile alla presenza delle seguenti condizioni:

- a) la lesione del debitore deve eccedere la metà del valore che la prestazione eseguita e promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto;
- b) la conoscenza e il conseguente approfittamento dello stato di bisogno ad opera della parte avvantaggiata;
- c) il perdurare della lesione fino al tempo in cui l'azione rescissoria è proposta;
- d) la non decorrenza di un breve termine di prescrizione di un anno dalla conclusione del contratto.

<sup>38</sup> La lesione deve eccedere la metà del valore che la prestazione eseguita e promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto (v. nota precedente).

<sup>39</sup> V. G. CASSANO, *Le garanzie personali e reali*, Torino, 2006, p. 279.

*dimidium*. Appare, inoltre, irragionevole ancorare il fondamento della sanzione di cui all'art. 2744 cod. civ. al mero pericolo di approfittamento. Sostenendo ciò, infatti, si supporrebbe che il legislatore abbia previsto rimedi inversamente proporzionali alla gravità delle condotte sanzionate<sup>40</sup>.

Ulteriore circostanza depone contro la teoria in esame: l'esigenza di tutela del contraente debole, aderendo alla tesi tradizionale, sarebbe assente nell'ipotesi in cui colui che trasferisce in garanzia sia un terzo, diverso dalla persona del debitore. In tale eventualità, dunque, non sussisterebbero gli estremi del patto commissorio nullo. Simile conclusione, però, è stata smentita dalla Cassazione, secondo cui «il divieto del patto commissorio trova applicazione anche quando il bene sia stato dato a scopo di garanzia da un terzo anziché dal debitore (essendo il divieto posto) a tutela non tanto del debitore, quanto del soggetto esposto a responsabilità patrimoniale»<sup>41</sup>.

A fronte delle critiche mosse alla tesi tradizionale, si è sviluppato il secondo orientamento interpretativo. I fautori di quest'ultimo sostengono che il divieto in esame riposi sull'esigenza di tutela della *par condicio creditorum* e sul principio di tipicità delle cause di prelazione. Secondo tale teoria, la violazione della pari condizione dei creditori deriverebbe, infatti, da due circostanze: la prima consistente nel fatto che uno dei creditori sarebbe soddisfatto delle sue ragioni con preferenza rispetto agli altri, al di fuori delle tipiche cause di prelazione; la seconda, invece, costituita dal depauperamento del patrimonio del debitore e, conseguentemente, della garanzia patrimoniale generica (art.

---

<sup>40</sup> R. TRIOLA, *Vendita con patto di riscatto e divieto del patto commissorio*, in *GC*, I, p. 1767.

<sup>41</sup> Ci si riferisce a Cass., 3 giugno 1983, n. 3800.

2740 cod. civ.) degli altri creditori attraverso l'alienazione a scopo di garanzia del bene oggetto della convenzione commissoria<sup>42</sup>.

Anche questa ricostruzione non è stata esente da critiche. In primo luogo, alcuni autori hanno rilevato che il patto commissorio è vietato dall'ordinamento a prescindere sia dalla presenza di altri creditori, rispetto ai quali garantire la *par condicio creditorum*, sia dalla effettiva diminuzione del patrimonio del debitore, tale da renderlo inadeguato a soddisfare il resto del ceto creditorio. Queste obiezioni, pur significative, non risultano determinanti. Si potrebbe, infatti, replicare che l'ordinamento, nel vietare il patto commissorio, abbia introdotto una presunzione di contrarietà dello stesso alle ragioni degli altri creditori.

Più incisiva è, invece, la censura che pone l'attenzione sulle criticità di natura sistematica della tesi in esame. Quest'ultima trascura, infatti, la facoltà del debitore di soddisfare un creditore piuttosto che un altro, purché il credito sia scaduto (art. 2901, co. 3, cod. civ.) e un altro credito non sia assistito da privilegio. Del resto, ancorché sussistessero i requisiti, soggettivi ed oggettivi, richiesti per esperire l'azione revocatoria, sarebbe evidente l'aporia di sistema: il Codice civile sanziona, infatti, non con la nullità (effetto dichiarativo), ma con l'inefficacia relativa gli atti pregiudizievoli delle ragioni del creditore (effettivo costitutivo). Accogliendo la tesi che rinviene la *ratio* del divieto di patto commissorio nell'esigenza di garantire la *par condicio creditorum*, inoltre, il legislatore avrebbe previsto, anche in questo caso, rimedi inversamente proporzionali alla gravità delle condotte

---

<sup>42</sup> V. F. CARNELUTTI, *Mutuo pignoratizio e vendita con patto di riscatto*, in *RDPr*, 1946, p. 159; G. STOLFI, *Promessa di vendita e patto commissorio*, in *FP*, 1957, p. 767; V. ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, in *Comentario Scialoja-Branca*, Zanichelli – Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1966, p. 53.

disciplinate. L'esperibilità dell'azione revocatoria è, invero, subordinata all'*eventus damni* e alla *scientia damni*, che nella disciplina del patto commissorio risultano irrilevanti.

Una terza tesi<sup>43</sup> ravvisa il fondamento del divieto nel presunto principio di esclusività dello Stato nella funzione esecutiva. Tale principio è volto a tutelare un interesse pubblico: impedire forme convenzionali di autotutela e di autosoddisfacimento del creditore. Il patto commissorio rappresenta, infatti, un'ipotesi illecita di autotutela esecutiva consensuale. Anche tale teoria è stata, però, oggetto di critiche. Si è infatti segnalato che nel nostro ordinamento manca un dato positivo che conformi il principio dell'inderogabilità delle forme della procedura giudiziale. Nel Codice civile sono presenti, anzi, delle disposizioni di senso contrario: si pensi all'art. 1851 cod. civ.<sup>44</sup> relativo al pegno irregolare e all'art. 2797, ultimo comma, cod. civ.<sup>45</sup>.

È da segnalarsi l'orientamento, ancora diverso, secondo cui la *ratio* del divieto risiederebbe nella volontà di evitare il danno sociale

---

<sup>43</sup> V. E. BETTI, *Sugli oneri e sui limiti dell'autonomia privata in tema di garanzie e modificazioni di obbligazioni*, in *RDCo*, 1931, p. 689; M. FRAGALI, *Del mutuo*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli – Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1966, p. 254.

<sup>44</sup> L'art. 1851 cod. civ. così suona: «Se, a garanzia di uno o più crediti, sono vincolati depositi di danaro, merci o titoli che non siano stati individuati o per i quali sia stata conferita alla banca la facoltà di disporre, la banca deve restituire solo la somma o la parte delle merci o dei titoli che eccedono l'ammontare dei crediti garantiti. L'eccedenza è determinata in relazione al valore delle merci o dei titoli al tempo della scadenza dei crediti».

<sup>45</sup> L'art. 2797, ultimo comma, cod. civ. prevede che: «Per la vendita della cosa data in pegno le parti possono convenire forme diverse».

derivante dalla diffusione del patto commissorio, quale clausola di stile, sostitutiva rispetto alle garanzie legali tipiche<sup>46</sup>.

L'idea di un tale interesse generale non appare, di per sé, sufficiente a giustificare la nullità del patto. L'ordinamento giuridico, infatti, sembra fondato, alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme codicistiche, sul principio di autodeterminazione privata, ancorché nel rispetto dei principi di uguaglianza e solidarietà<sup>47</sup>.

Ulteriore filone interpretativo sostiene che la *ratio* del divieto deve rinvenirsi nell'esigenza, elevata a principio generale di ordine pubblico-economico, di garantire la proporzione tra ammontare del debito e soggezione del patrimonio del debitore<sup>48</sup>.

Mentre la dottrina appare divisa intorno alla questione della *ratio* del divieto del patto commissorio, la giurisprudenza sembra essere

---

<sup>46</sup> Tale tesi è stata sostenuta da BIANCA, *Patto commissorio*, in *Nov. Dig. it.*, Torino, 1965, XII, p. 717; E. ROPPO, *Il divieto del patto commissorio*, in *Tratt. Dir. priv.*, diretto da Rescigno, Torino, 1985, XIX, p. 437.

<sup>47</sup> G. MINNITI, *Garanzia e alienazione*, Torino, 2007, p. 57. In particolare sulla solidarietà, quale valore assunto dalla Costituzione (artt. 2 e 41, comma 2) quale principio fondamentale dell'ordinamento, e segnatamente quale strumento privilegiato per il perseguimento di una fisiologica evoluzione del sistema, dall'attuale grado di uguaglianza formale verso forme sempre più mature di uguaglianza sostanziale, cfr. G. PALERMO, *Contratto preliminare*, cit., specialmente p. 170 s. Sul punto si vedano anche P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 129 ss.; e C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 33 s.

Non del tutto esplorati risultano tuttavia in dottrina i rapporti tra l'autonomia privata ed i principi costituzionali di uguaglianza e solidarietà, risultando spesso i diversi, pur pregevoli contributi condizionati dallo specifico oggetto di indagine. Ma sul punto v. ora F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002, in pp. 83 ss. e 93 ss.

<sup>48</sup> U. CARNEVALI, *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Giuffrè 1982, p. 502. In giurisprudenza, v. Cass. 3 giugno 1983, n. 3800.

concorde nell'affermare che essa è da rinvenire nella esigenza di tutela del debitore da approfittamenti del creditore<sup>49</sup>.

Si devono, tuttavia, segnalare sfumature diverse di tale orientamento giurisprudenziale. Alcune pronunce, infatti, sono rigorose nel sostenere la necessità di tutela del contraente debole, e giungono a precisare che «l'art. 2744 c.c. esprime un divieto di risultato, mirando a difendere il debitore da illecite coercizioni del creditore ed è dunque posto a tutela del patrimonio individuale del contraente più debole, senza coinvolgere interessi fondamentali e generali della collettività»<sup>50</sup>. Altre sentenze, invece, sostengono che a fondamento del divieto sancito dall'art. 2744 cod. civ. ci sia anche l'esigenza di garantire la *par condicio creditorum*<sup>51</sup>.

#### **4. Art. 2744 cod. civ.: norma materiale.**

Nonostante la diversità di ragionamenti e di conclusioni raggiunte, dottrina e giurisprudenza si ritrovano su un terreno comune:

---

<sup>49</sup> In particolare, è ormai principio consolidato quello secondo cui «il divieto del patto commissorio si estende a qualsiasi negozio che venga impiegato per conseguire un risultato concreto, vietato dall'ordinamento, della illecita coercizione del debitore a sottostare alla volontà del creditore, accettando preventivamente il trasferimento della proprietà di un suo bene quale conseguenza della mancata estinzione di un suo debito» (v., *ex multis*, Cass., Sez. III, Ord., 25 febbraio 2024, n. 2469; Cass. civ., Sez. II, Sent., 14 maggio 2024, n. 13210; Cass., Sez. II, Sent., 20 febbraio 2013, n. 4262; Cass., Sez. III, Sent., 15 marzo 2005, n. 5635).

<sup>50</sup> Cass., sez. I, 21 settembre 2022, n. 27615.

<sup>51</sup> V. Cass., sez. II, 30 giugno 2021, n. 18494, dove si legge che «il divieto del patto commissorio va interpretato non secondo un criterio formalistico e strettamente letterale, ma secondo un criterio ermeneutico e funzionale, finalizzato ad una più efficace tutela del debitore e ad assicurare la *par condicio creditorum*».

gli artt. 2744 e 1963 cod. civ. sono norme materiali, che pongono un divieto di risultato<sup>52</sup>.

In particolare, la Corte di Cassazione ha affermato che «l'art. 2744 cod. civ. costituisce una norma materiale, che esprime un divieto di risultato, mirando a difendere il debitore da illecite coercizioni del creditore, assicurando nel contempo la garanzia della “*par condicio creditorum*”. Il divieto del patto commissario si estende a qualunque negozio, quale che sia il contenuto, che sia impiegato per conseguire il risultato concreto vietato dall'ordinamento. Perché l'operazione incorra nel divieto del patto commissario è necessaria l'esistenza di una situazione di debito del venditore nei confronti dell'acquirente, preesistente o coeva alla vendita, cosicché la vendita realizzi una forma di garanzia impropria»<sup>53</sup>.

La proibizione e la relativa sanzione di nullità sono, quindi, applicabili tutte le volte in cui i privati abbiano perseguito quel determinato risultato economico, a prescindere dalle modalità operative e procedurali utilizzate<sup>54</sup>. Alla luce di tale interpretazione estensiva, la

---

<sup>52</sup> Cfr. *ex multis*, Cass., 27 ottobre 2020, n. 23553; Cass., 11 settembre 2017, n. 21042; Cass., 21 gennaio 2016, n. 1075; Cass., 17 aprile 2014, n. 8957; Cass., 12 gennaio 2009, n. 437. In dottrina cfr. F. ANELLI, *L'alienazione in garanzia*, cit., p. 28. Più di recente A. LUMINOSO, *Patto commissario*, cit., p. I 4; M. ASTONE, *Inadempimento del consumatore e autotutela del finanziatore tra (divieto del) patto commissario patto marciano*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 741; E. CARBONE, *Debitoris suffocatio*, cit., p. 1091. Contrario, o quantomeno assai dubbioso, S. PAGLIANTINI, *I misteri del patto commissario, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della dir. 2014/17/UE*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 195.

<sup>53</sup> Cass., sez. II, 03 febbraio 2012, n.1675, massima in *Rivista del Notariato* 2012, 5, 2, 1185

<sup>54</sup> Si vedano, ad esempio, i casi decisi da Cass. II luglio 2019, n. 18680; Cass., 3 giugno 2019, n. 15112; Cass.,

giurisprudenza ha fatto spesso ricorso all'istituto della frode alla legge (1344 cod. civ.) per dichiarare l'invalidità di molteplici assetti negoziali; basti pensare, a titolo esemplificativo, al caso della procura a vendere l'immobile, che il debitore rilascia al creditore<sup>55</sup>.

L'affermazione della materialità delle norme in esame è un risultato relativamente recente. La dottrina ha iniziato, infatti, a studiare l'argomento sul finire degli anni ottanta, indagando i confini applicativi sul terreno normativo. Al riguardo, si sono scontrati due ipotesi ermeneutiche: una sostiene la natura generale del divieto di patto commissorio; l'altra, invece, il carattere eccezionale dello stesso.

I fautori della seconda tesi muovono dall'autonomia privata e, in particolare, dal principio di libertà contrattuale. Il divieto della

---

9 ottobre 2017, n. 23617. In dottrina cfr. 3 Così, A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto: artt. 1500 – 1509*, Milano, 1987, p. 277 (ivi a nt. 512 ampie citazioni bibliografiche) e più di recente ID., *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2017, p. 14, E. CARBONE, *Debitoris suffocatio e patto commissorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2012, p. 1088, che ricorda che «nell'impero del nuovo codice, l'epifania della frode alla legge quale paradigma d'invalidità esalta la categoria della norma materiale, unica realmente frodabile, poiché solo l'equivalenza economica tra risultato negoziale e risultato vietato denuncia un atto elusivo di norma imperativa ex art. 1344, in fraudem legi, anziché un atto contrario a norma imperativa ex art. 1343, contra legem. Il divieto sancito dagli artt. 1963 e 2744 si qualifica come norma materiale, proibitiva di un risultato elusivo della libertà e del patrimonio del debitore tipicamente prodotti nella forma indicata da quei disposti, ma producibile anche tramite strutture negoziali differenti».

<sup>55</sup> Cfr. Cass., 26 giugno 2018, n. 22903; Cass., 10 marzo 2011, n. 5740. Si veda anche il caso deciso da App. Bologna, 7 dicembre 2015, Nuova giur. civ. comm., 2016, p.737, con nota di BusET, G.: "Ancora su procura a vendere e divieto del patto commissorio".

convenzione commissoria, rispetto a tale principio generale, si porrebbe come deroga<sup>56</sup>.

Corollario della natura eccezionale della proibizione è l'impossibilità di applicare analogicamente le norme, riducendone al minimo il raggio applicativo.

La tesi della natura generale del divieto, al contrario, è stata giustificata alla luce dell'impianto del Codice civile. In particolare, si è rilevato che il legislatore ha inteso introdurre una regola e non un'eccezione, come si ricava dall'estensione del divieto all'ipoteca, mediante un'unica norma (art. 2744 cod. civ.) valevole per tutte le garanzie reali, e dalla previsione, al contempo, di medesimo divieto anche per la garanzia personale *ad rem* costituita dall'anticresi (art. 1963 cod. civ.)<sup>57</sup>. Si è altresì aggiunto che il carattere generale del divieto si evince dalla collocazione sistematica dell'art. 2744 cod. civ., il quale chiude il Capo I, intitolato "Disposizioni generali", del Titolo III "Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale".

Oggi, come sopra accennato, dottrina e giurisprudenza allineano la generalità alla materialità: il divieto concerne, dunque, ogni negozio diretto al raggiungimento del risultato riprovato dall'ordinamento. Si nega, quindi, la natura eccezionale del divieto, come applicabile esclusivamente alla convenzione che accede al pegno, all'ipoteca e all'anticresi.

---

<sup>56</sup> Cfr. G. PUGLIESE, *Nullità del patto commissorio, e vendita con patto di riscatto*, in *Giur. Compl. Cass. civ.*, 1945, I, p. 161; ID, *Intorno alla validità della vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, p. 1070

<sup>57</sup> Si v. S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1950, p. 317 e 318.; G. AMORTH, *Divieto del patto commissorio apposto a un mutuo ipotecario*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1949, p. 718; U. MIELE, *Sul patto commissorio immobiliare*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, II, p. 65 ss..

Da ciò discende la possibilità di un'interpretazione estensiva degli artt. 1936 e 2744 cod. civ..

Analizzati il fondamento applicativo e l'ambito di applicazione del divieto, è possibile passare, ora, all'esame delle fattispecie affrontate dalla giurisprudenza.

#### **4.1. Alienazioni a scopo di garanzia.**

Nella prassi commerciale, si sono diffusi numerosi schemi negoziali aventi come scopo la tutela del credito con efficacia *erga omnes*, basti pensare ai trasferimenti della proprietà in funzione di garanzia di un rapporto obbligatorio.

In particolare, nella categoria delle alienazioni a scopo di garanzia, *species* del più ampio *genus* delle garanzie reali atipiche, convergono le vendite sospensivamente condizionate all'inadempimento e quelle risolutivamente condizionate all'adempimento del debitore. Tali fattispecie possono costituire strumenti piegati dalle parti per il perseguimento di un fine di garanzia del credito. Questo scopo si realizza non attraverso la costituzione di uno *ius prelationis* in favore del creditore, ma mediante il trasferimento a quest'ultimo del pieno diritto di proprietà.

Elemento comune alle soprarichiamate figure di garanzie reali atipiche è la stipulazione di due contratti funzionalmente collegati: uno, volto a far sorgere l'obbligazione, a qualsiasi titolo giustificativo; l'altro, finalizzato al trasferimento di un bene, la cui definitività dipende dal verificarsi dell'inadempimento dell'obbligazione, e attraverso cui si realizza lo scopo di garanzia.

La vendita sospensivamente condizionata all'inadempimento è stata da sempre reputata nulla. Secondo la tesi tradizionale, infatti, il

patto commissorio avrebbe funzione di garanzia<sup>58</sup>. La convenzione commissoria, nello schema normativo, consisterebbe, invero, proprio in un'alienazione sospensivamente condizionata all'inadempimento del debitore, ove il trasferimento della proprietà rappresenterebbe la garanzia del credito<sup>59</sup>. L'impostazione tradizionale<sup>60</sup>, muovendo da una lettura formale dell'art. 2744 cod. civ., poneva l'accento sulla successione cronologica che sembra delineare la norma, laddove stabilisce che «è nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore». In altre parole, le alienazioni sospensivamente condizionate, rispecchiando la consequenzialità tra inadempimento e successivo trasferimento del bene, sono state sempre considerate nulle, perché in contrasto con il divieto del patto commissorio.

A conclusione diametralmente opposta si era giunti rispetto alla diversa ipotesi dell'alienazione sottoposta a condizione risolutiva.

---

<sup>58</sup> Sul punto V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, 1952; *contra* C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, op. cit., che osserva che la qualificazione del patto commissorio come vendita condizionata non è mai stata oggetto di particolari dimostrazioni.

<sup>59</sup> Per un maggiore approfondimento, vedi E. ROPPO, *Divieto del patto commissorio*, op. cit., p. 562

<sup>60</sup> In tal senso, *ex pluribus*, G. PUGLIESE, *Nullità del patto commissorio e vendita con patto di riscatto*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1945, I, 156; A. DE MARTINI, *Il negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia*, in *Giur. it.*, 1946, I, 2, 331. In giurisprudenza, cfr. Cass. 6 marzo 1978 n. 1104; Cass. 2 gennaio 1980 n. 452; Cass. 12 novembre 1982 n. 6005.

#### **4.1.1. Alienazione risolutivamente condizionata all'adempimento: vendita con patto di riscatto e vendita con patto di retrovendita.**

Le alienazioni risolutivamente condizionate all'adempimento si presentano, generalmente, sotto le vesti di vendita con patto di riscatto o di compravendita con patto di retrovendita.

Nella prassi, lo strumento elusivo del divieto di patto commissorio maggiormente adoperato è da sempre quello della vendita con patto di riscatto<sup>61</sup>. Quest'ultimo costituisce l'archetipo delle alienazioni a scopo di garanzia. Il patto di riscatto è l'accordo mediante il quale il venditore si riserva il diritto di «riavere la proprietà della cosa venduta mediante la restituzione del prezzo» e delle spese affrontate in dipendenza dell'acquisto (art. 1500 cod. civ.<sup>62</sup>). La pattuizione in esame risponde alla finalità «di consentire al venditore, che ne abbia necessità, di ottenere immediata liquidità senza, però, privarsi della possibilità di recuperare in un secondo momento la proprietà del bene venduto»<sup>63</sup>. Si è, dunque, di fronte, ad una vendita con effetto traslativo immediato,

---

<sup>61</sup> Controversa, come noto, è la natura di questo istituto. Per le varie opinioni, cfr. per tutti A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, cit., p. 20 ss., e B. CARPINO, *La vendita con patto di riscatto*, nel *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, vol. 11°, Torino, 1984, p. 259 ss. Per una compiuta analisi delle diverse configurazioni del riscatto, e la correlativa individuazione di una figura generale di *retrato*, nell'ambito del più ampio fenomeno dell'acquisto coattivo dei diritti, cfr. B. CARPINO, *L'acquisto coattivo dei diritti reali*, cit., specialmente p. 9 ss. e 130 ss.; ed ora dello stesso illustre Autore la voce *Riscatto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XL, p. 1106 ss..

<sup>62</sup> L'art. 1500 cod. civ. così suona: «Il venditore può riservarsi il diritto di riavere la proprietà della cosa venduta mediante la restituzione del prezzo e i rimborsi stabiliti dalle disposizioni che seguono. Il patto di restituire un prezzo superiore a quello stipulato per la vendita è nullo per l'eccedenza».

<sup>63</sup>S. MONTICELLI – G. PORCELLI, *I contratti dell'impresa*, volume I, Milano, 2021, p. 31.

ma sottoposto a condizione risolutiva potestativa<sup>64</sup>, ossia la dichiarazione unilaterale recettizia di riscatto<sup>65</sup>.

La vendita con patto di retrovendita è, invece, un'ipotesi di vendita cui è collegato un patto di retrovendita avente natura giuridica – secondo la tesi maggioritaria<sup>66</sup> – di contratto preliminare unilaterale costituente a carico dell'acquirente un obbligo a rivendere all'alienante, a sua richiesta, il medesimo bene compravenduto. A siffatta complessa operazione, da un lato, si ricollegano gli effetti propri della vendita; dall'altro, essa si presenta strumentale alla realizzazione di uno scopo di finanziamento in favore del venditore. Quest'ultimo ricorre a tale operazione quando necessita di liquidità e, pertanto, è costretto ad alienare un bene per conseguire a titolo di prezzo gli importi necessari al suo fabbisogno, riservandosi, al contempo, di riacquistare il bene entro un termine nel quale reputa di recuperare le somme necessarie allo scopo<sup>67</sup>.

È evidente che entrambi gli schemi negoziali ora richiamati possono essere piegati dalle parti ad uno scopo di garanzia.

La vendita con patto di riscatto e quella con patto di retrovendita si differenziano, però, perché il patto di retrovendita ha efficacia

---

<sup>64</sup> V. G. CAPOZZI, *Dei singoli contratti*, Milano, 1988, p. 146. L'autore afferma che: «in quanto essendo l'efficacia della dichiarazione subordinata all'onere patrimoniale della restituzione del prezzo e delle spese, l'atto di riscatto comporta una valutazione dei propri interessi da parte del venditore e non è, perciò, tale da potersi realizzare indifferentemente».

<sup>65</sup> Non è mancato chi ha rinvenuto nella disciplina in esame il riconoscimento positivo della liceità di una alienazione in garanzia con effetto traslativo immediato, ancorché risolutivamente condizionato all'adempimento dell'obbligazione garantita.

<sup>66</sup> V. G. CAPOZZI, *Dei singoli contratti*, 1988, p. 158; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1994, p. 1033.

<sup>67</sup> V. G. CASSANO, *Le garanzie personali e reali*, Torino, 2006, p. 261 ss..

meramente obbligatoria, tipica di ogni contratto preliminare, con conseguente necessità di un nuovo contratto di compravendita; la dichiarazione di riscatto comporta, invece, *ex se* il ritrasferimento del bene all'alienante senza la necessità di stipulare ulteriore contratto. Nonostante tale differenza, entrambi gli schemi negoziali, laddove impiegati per il perseguimento di finalità di garanzia, implicano un trasferimento immediato destinato a diventare definitivo nell'eventualità dell'inadempimento, sicché è possibile procedere ad una trattazione congiunta delle due fattispecie.

Come sopra accennato, in passato, le alienazioni risolutivamente condizionate all'adempimento erano reputate valide.

La tesi tradizionale affermava, infatti, sulla base di un'interpretazione letterale<sup>68</sup>, che l'art. 2744 cod. civ. non trovasse applicazione in tali ipotesi, disciplinando, tale norma, le alienazioni in cui l'effetto traslativo non è immediato. Il *discrimen* della liceità o meno della vendita era, dunque, da rinvenirsi esclusivamente nel criterio cronologico, ossia nel momento di perfezionamento dell'effetto traslativo. L'immediatezza del trasferimento era, quindi, sufficiente *ex se* ad escludere la nullità, rendendo lecita la vendita con patto di

---

<sup>68</sup> Tale orientamento muoveva dal tenore della norma, laddove dispone che «è nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore». La lettera sembrava porre l'accento sulla consequenzialità tra l'inadempimento ed il successivo trasferimento della proprietà, sia pur pattuito precedentemente.

riscatto<sup>69</sup> e le altre figure di alienazioni in garanzia risolutivamente condizionate<sup>70</sup>.

Questa risalente teoria sosteneva, infatti, che non ricorreva la medesima *ratio* sottesa all'art. 2744 cod. civ., in quanto l'immediatezza del trasferimento consentiva di escludere esigenze di protezione del debitore, non sussistendo una coazione sul medesimo nella fase di adempimento. Ad avviso di tale interpretazione, inoltre, non si configurava neppure una violazione della *par condicio creditorum*, in quanto il trasferimento della proprietà era frutto del consenso delle parti e non dell'inadempimento.

In conclusione, solo le alienazioni sottoposte alla condizione sospensiva dell'inadempimento si consideravano nulle in virtù del combinato disposto degli artt. 1418 e 2744 cod. civ.. Ciò in ragione del

---

<sup>69</sup> La giurisprudenza di legittimità maggioritaria aveva affermato la validità della vendita con patto di riscatto con scopo di garanzia. Tale soluzione era stata raggiunta distinguendo gli effetti che producono le fattispecie di cui agli artt. 1500 e 2744 cod. civ.. Nella prima ipotesi, infatti, il momento in cui si perfeziona il trasferimento della proprietà e quello della conclusione della vendita è simultaneo. Nel secondo caso, invece, l'effetto traslativo si realizza in un successivo ed eventuale momento, ossia quello dell'inadempimento.

<sup>70</sup> In tal senso vedi, *ex pluris*, G. PUGLIESE, *Nullità del patto commissorio, e vendita con patto di riscatto*, op. cit. In giurisprudenza così si esprimono Cass. Civ., 30 marzo 1967, n. 689, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, p. 52; dello stesso tenore le motivazioni di Cass. Civ., 14 dicembre 1978, n. 5967, in *Arch. civ.*, 1979, p. 462; Cass. Civ., 10 marzo 1979, n. 1493, in *Rep. Giur. It.*, 1979, voce "Patto commissorio", n. 4; Cass. Civ., 26 gennaio 1980, n. 642, in *Arch. civ.*, 1980, p. 681; Cass. Civ., 29 aprile 1980, n. 2854, *Rep. Giur. it.*, 1980, voce "Patto commissorio", n. 1; Cass. Civ., 14 aprile 1981, n. 2245, *ivi*, 1981, voce "Vendita", n. 73; Cass. Civ., 12 novembre 1982, n. 6005, *ivi*, 1982, voce "Patto commissorio", n. 2; Cass. Civ., 6 giugno 1983, n. 3843, *ivi*, 1983, voce "Vendita", n. 75; Cass. Civ., 18 aprile 1984, n. 2544, *ivi*, 1984, voce "Patto commissorio", n. 4; Cass. Civ., 8 maggio 1984, n. 2795, *ivi*, 1984, voce "Vendita", n. 51; Cass. Civ., 12 dicembre 1986, n. 7385, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, c. 1230).

fatto che si reputavano integranti la fattispecie del negozio in frode alla legge - *sub specie* della violazione del divieto della convezione commissoria -, ovvero perché costituenti negozi con causa illecita (illecita, perché derivante dall'alterazione della causa tipica della compravendita – ossia lo scambio di cosa dietro un prezzo - in causa di garanzia), oppure perché volti a realizzare interessi non ritenuti meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322 cod. civ.<sup>71</sup>.

Si è, tuttavia, affermato un diverso orientamento dottrinale, divenuto poi maggioritario, secondo il quale in tutti i casi in cui la definitività del trasferimento del bene sia collegato all'eventualità dell'inadempimento il contratto di vendita è nullo, stante la sua incompatibilità con la causa di garanzia. Secondo questa tesi, il negozio, qualificato dalle parti come una vendita, difetta del prezzo, elemento essenziale della stessa.

Più precisamente, nel caso in cui il credito sia sorto prima della conclusione del contratto, non vi è l'esecuzione del pagamento di un corrispettivo in denaro da parte dell'acquirente in favore dell'alienante; nel caso in cui il credito garantito sia nato contestualmente alla stipulazione del negozio, invece, l'obbligo di restituzione della somma

---

<sup>71</sup> Una conseguenza di tale interpretazione era la problematicità della simulazione. Era difficile, infatti, individuare le vendite risolutivamente condizionate, ma che dissimulassero un'alienazione sospensivamente condizionata. Ai fini della risoluzione di tale criticità, si era proposto di provare la simulazione. Indici di tale fenomeno sarebbero stati «il mantenimento del possesso del bene in capo al debitore-venditore, la previsione di un interesse sul prezzo da restituire, implicante un corrispettivo per il godimento del bene in capo all'acquirente, il collegamento del contratto di vendita al mutuo, la mancata corresponsione del prezzo, la sproporzione tra il valore del bene ed il prezzo pattuito nonché la mancata trascrizione del contratto» (così Cass. 5.4.1960, n. 776, FP, 1961, I, 49; e Cass. 11.2.1969, n. 465, GI, 1970, I, 1, 1582). In altre parole, le alienazioni a scopo di garanzia ad effetto traslativo immediato dovevano considerarsi valide, fatta eccezione per l'ipotesi della simulazione.

presa a mutuo esclude *ex se* la sua configurazione come prezzo dell'alienazione<sup>72</sup>. In questi casi, dunque, difetterebbe la funzione di scambio tipica della compravendita, indipendentemente dal momento in cui si perfeziona l'effetto traslativo.

Stando a tale orientamento, altresì, non sarebbe possibile sottrarre l'alienazione a scopo di garanzia dall'ambito applicativo del divieto di cui all'art. 2744 cod. civ. confinando il predetto scopo nell'area dei meri motivi. La funzione di garanzia inquinerebbe, infatti, la causa del contratto, al punto da trasformarlo da schema tipico a negozio atipico<sup>73</sup>.

La stessa dottrina muove, inoltre, duplice critica all'interpretazione letterale posta a base dell'asserita inapplicabilità del divieto in esame all'alienazione ad effetto traslativo immediato. In primo luogo, si rileva che il richiamo contenuto nell'art. 2744 cod. civ. alle sole alienazioni sottoposte a condizione sospensiva di inadempimento si spiega alla luce del carattere accessorio del patto commissorio ad una garanzia reale tipica. Per i casi espressamente tipizzati dalla disposizione, infatti, il divieto della convenzione commissoria deve necessariamente riferirsi ad un'alienazione sospensivamente condizionata all'inadempimento, non potendosi costituire un'ipoteca o un pegno su beni di proprietà del creditore, ancorché l'acquisto sia risolutivamente condizionato<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> Si v. F. CARNELUTTI, *Mutuo pignoratizio e vendita con patto di riscatto*, in *RDPr.* II, p. 159; C. M. BIANCA, *Il divieto di patto commissorio*, Giuffrè, Milano, p. 204.

<sup>73</sup> In tal senso vedi, R. TRIOLA, *Vendita con patto di riscatto e divieto del patto commissorio*, in *GC*, I, p. 1770; F. REALMONTE, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, in *FI*, 1989, I, p. 1442.

<sup>74</sup> Si v. F. REALMONTE, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, in *FI*, 1989, I, p. 1442.

La seconda critica opera, invece, su un piano puramente logico. Il legislatore ha voluto sanzionare con la nullità una posizione di particolare favore per il creditore, determinata da un'alienazione a scopo di garanzia condizionata sospensivamente all'inadempimento del debitore. Sarebbe allora insensato non sanzionare e vietare l'operazione che produce l'immediato effetto traslativo della proprietà del bene in favore del creditore. Quest'ultimo è, a ben vedere, maggiormente avvantaggiato, infatti, dal secondo tipo di operazione<sup>75</sup>. L'eventualità che il bene rimanga nella materiale disponibilità dell'alienante-debitore non sarebbe sufficiente, inoltre, a influenzare tali considerazioni.

#### **4.1.2. Il *revirement* della Corte di Cassazione.**

Le censure, mosse dalla migliore dottrina all'indirizzo tradizionale, hanno condotto a un *revirement* della Corte di Cassazione. Quest'ultima ha, infatti, definitivamente superato l'interpretazione letterale con la sentenza del 3 giugno 1983, n. 3800, affermando la nullità di tutte le alienazioni in garanzia che integrano un patto commissorio sotto il profilo funzionale (e non solo strutturale), per violazione dell'art. 1344 cod. civ., in ragione della «causa illecita volta a frodare il divieto di patto commissorio attraverso il ricorso ad un procedimento simulatorio». In altri termini, al criterio strutturale-cronologico si sostituisce, quale strumento di individuazione del confine di liceità, quello c.d. funzionale: ciò che rileva non è il momento in cui si perfeziona il trasferimento della proprietà, bensì il collegamento funzionale tra tale trasferimento e l'inadempimento di un'obbligazione. È dunque necessario indagare il reale intento perseguito dalle parti e verificare se esse abbiano inteso costituire una

---

<sup>75</sup> Sul punto C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 204.

garanzia e attribuire irrevocabilmente il bene al creditore soltanto in caso di inadempienza del debitore.

Tale mutamento di posizione si giustifica, infatti, alla luce del fatto che il risultato delle alienazioni in garanzia sospensivamente e risolutivamente condizionate è il medesimo, poiché la definitività del trasferimento si realizza con l'inadempimento dell'obbligazione.

La Suprema Corte rinviene, inoltre, una debolezza psicologica anche nell'ipotesi del debitore che aliena il bene immediatamente, sapendo di poterlo riottenere mediante l'adempimento dell'obbligazione collegata. D'altronde, una diversa soluzione permetterebbe di celare le intenzioni usurarie sotto la condizione risolutiva. Sotto ulteriore profilo, si rileva che l'effetto traslativo immediato non evita l'autotutela esecutiva. Né vale distinguere il procedimento sospensivo da quello risolutivo alla luce della tutela della *par condicio creditorum*.

Il primario rilievo attribuito, dalla sentenza sopra richiamata, allo scopo e al risultato del negozio è stato confermato dalla sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 3 aprile 1989, n. 1611<sup>76</sup>. Come si

---

<sup>76</sup> La Corte di Cassazione ha recentemente ribadito, con ordinanza, 26 febbraio 2018, n. 4514, che: «sulla scia di Cass. s.u. 1611/1989 va ribadito che “la vendita con patto di riscatto o di retrovendita, stipulata fra il debitore ed il creditore, la quale risponda all'intento delle parti di costituire una garanzia, con l'attribuzione irrevocabile del bene al creditore solo in caso di inadempienza del debitore, è nulla anche quando implichi un trasferimento effettivo della proprietà (con condizione risolutiva), atteso che, pur non integrando direttamente il patto commissorio, previsto e vietato dall'art. 2744 c.c., configura mezzo per eludere tale norma imperativa, e, quindi, esprime una causa illecita, che rende applicabile la sanzione dell'art. 1344 c.c.” (conf. Cass. 2126/1991, 7882/1994, 10648/1994) [...] d'altronde Cass. 1657/1996 condivisibilmente ha statuito che “la vendita con patto di riscatto o di retrovendita, anche quando sia previsto il trasferimento effettivo del bene, è nulla se stipulata per

legge nella motivazione delle Sezioni Unite, infatti, nell'ipotesi di vendita in garanzia soggetta a condizione risolutiva «si realizza ... un onere per il debitore, identico a quello che la legge vuol vietare allorché detta il divieto del patto commissorio con la conseguenza che le due situazioni impongono allo stesso modo l'intervento della tutela legislativa in favore del debitore privato della libertà di contrarre». In sostanza, in entrambe le ipotesi, sia che l'effetto traslativo si produca immediatamente (per poi consolidarsi con l'inadempimento) sia che si realizzi al momento del mancato adempimento, il trasferimento della proprietà viene nella realtà condizionato all'inadempienza del debitore.

La Corte di Cassazione, nella sentenza da ultimo richiamata, afferma la nullità dell'alienazione in garanzia con trasferimento immediato del bene, perché integrerebbe un'ipotesi di negozio in frode alla legge (art. 1344 cod. civ.)<sup>77</sup>. È, tuttavia, da segnalare che la

---

una causa di garanzia (piuttosto che per una causa di scambio) nell'ambito della quale il versamento del danaro, da parte del compratore, non costituisca pagamento del prezzo ma esecuzione di un mutuo ed il trasferimento del bene serva solo per costituire una posizione di garanzia provvisoria capace di evolversi a seconda che il debitore adempia o non l'obbligo di restituire le somme ricevute, atteso che la predetta vendita, in quanto caratterizzata dalla causa di garanzia propria del mutuo con patto commissorio, piuttosto che dalla causa di scambio propria della vendita, pur non integrando direttamente un patto commissorio vietato dall'art. 2744 c.c., costituisce un mezzo per eludere tale norma imperativa ed esprime, perciò, una causa illecita che rende applicabile, all'intero contratto, la sanzione dell'art. 1344 cod. civ.” (conf. Cass. 8957/2014)».

<sup>77</sup> In particolare, la Corte di Cassazione, Sezioni Unite (sentenza, 3 aprile 1989, n. 1611) afferma che: «le parti, in quanto adottano uno schema negoziale astrattamente lecito per conseguire un risultato vietato dalla legge, pongono in essere una causa illecita che inevitabilmente cade sotto la sanzione dell'art. 1344 cod. civ. La vendita, in sé lecita e non puramente formale, costituisce un negozio mezzo, perché tende ad eludere il contenuto di una norma ed assume la figura di contratto in frode alla legge, con ogni relativa conseguenza».

giurisprudenza successiva ha sanzionato un'alienazione in garanzia risolutivamente condizionata secondo la tecnica della causa concreta e, dunque, direttamente in contrasto con il divieto del patto commissorio<sup>78</sup>.

In particolare, si è rilevato che nel rapporto obbligatorio tra alienante-debitore e acquirente-creditore, la retrovendita o il patto di riscatto potrebbero celare, in realtà, un patto commissorio. Ciò accade allorché la causa in concreto perseguita dai contraenti non è quella tipica della compravendita – scambio di cosa contro prezzo –, ma una funzione di garanzia, ossia di rafforzamento delle ragioni del creditore. In tali casi, dunque, da un lato, la somma pagata non rappresenta il corrispettivo, ma erogazione di un finanziamento; dall'altro, il trasferimento non ha ad oggetto il diritto di proprietà, bensì consiste in un atto costitutivo di una garanzia, capace di estendersi fino a trasformarsi definitivamente in diritto di proprietà nel caso di inadempimento dell'obbligo di restituire la somma mutuata alla scadenza convenuta.

La giurisprudenza di legittimità ha, poi, provveduto ad individuare taluni elementi sintomatici della causa di garanzia. In particolare, la Corte di Cassazione ha affermato che la provvisorietà dell'effetto traslativo costituisce elemento rivelatore dello scopo di garanzia. Ulteriori elementi sintomatici idonei a denunciare la sussistenza di una operazione fraudolenta del tipo delineato sono, ad avviso della Suprema Corte: la presenza di una situazione credito-debitoria (preesistente o contestuale alla vendita); e, soprattutto, la sproporzione tra entità del debito e valore del bene alienato in garanzia, di regola presente nelle fattispecie in esame e costituente significativo segnale di una situazione di approfittamento della debolezza del

---

<sup>78</sup> V. Cass., 20 novembre 1996, n. 10175.

debitore da parte del creditore, che tende ad acquisire l'eccedenza di valore, così realizzando un abuso che il legislatore ha voluto espressamente sanzionare<sup>79</sup>.

---

<sup>79</sup> V. Cass. civ., Sez. III, Sent., 16 ottobre 1995, n. 10805, in cui si legge: «è proprio la provvisorietà che costituisce l'elemento rivelatore della causa di garanzia, e quindi della divergenza tra causa tipica del negozio prescelto e determinazione causale concreta, indirizzata alla elusione di una norma imperativa, qual è l'art. 2744 c.c.: le parti invero, adottando uno schema negoziale astrattamente lecito per conseguire un risultato vietato dalla legge, realizzano un'ipotesi di contratto in frode alla legge (art. 1344 c.c.). In senso conforme si esprime la sent. n. 2126 del 1991. In tale quadro, va quindi ribadito che è sanzionabile con la nullità, nei sensi suindicati, la vendita con patto di riscatto (o di retrovendita) che, risultando inserita in una più complessa operazione contrattuale, caratterizzata dalla sussistenza di un rapporto credito-debitorio tra venditore ed acquirente, sia piegata al perseguimento non già di un trasferimento di proprietà, bensì di un rafforzamento, in funzione e di accessoria rispetto al mutuo, della posizione del creditore, suscettivo di determinare la (definitiva) acquisizione della proprietà del bene in mancanza di pagamento del debito garantito, così realizzando il risultato giuridico ed economico vietato dall'art. 2744 c.c. (che, sotto tale profilo, integra quindi una norma materiale). Merita per contro un ulteriore approfondimento l'analisi degli elementi sintomatici idonei a denunciare la sussistenza di una operazione fraudolenta del tipo delineato. Al riguardo, più che l'indagine sull'atteggiamento soggettivo delle parti (valorizzata dalla sent. n. 3800 del 1983, non seguita, sul punto, dalle Sezioni Unite), sarà utile l'accertamento di dati obiettivi, quali la presenza di una situazione credito-debitoria (preesistente o contestuale alla vendita), e, soprattutto, la sproporzione tra entità del debito e valore del bene alienato in garanzia, di regola presente nelle fattispecie in esame e costituente significativo segnale di una situazione di approfittamento della debolezza del debitore da parte del creditore, che tende ad acquisire l'eccedenza di valore, così realizzando un abuso che il legislatore ha voluto espressamente sanzionare».

#### 4.2. Cessione di crediti a scopo di garanzia.

In passato si è dubitato della liceità della cessione del credito a scopo di garanzia. Quest'ultimo istituto era, infatti, reputato, da parte della dottrina, elusivo del divieto di patto commissorio.

Preliminarmente, occorre chiarire che la cessione del credito non è un tipo contrattuale a sé stante, ma un negozio a causa variabile, in quanto può rientrare, di volta in volta, nell'uno o nell'altro tipo contrattuale (vendita, donazione, negozio di garanzia e così via), a seconda del titolo o della causa che lo giustifica<sup>80</sup>.

Tale negozio è frequentemente utilizzato, nella prassi economica, al fine di garantire un finanziamento ricevuto da una banca attraverso la cessione di un credito vantato nei confronti di un terzo, c.d. *debitor debitoris*.

---

<sup>80</sup> Si v. Cass. civ., 13.12.73, n. 3004. Le funzioni concrete che giustificano causalmente la cessione del credito risultano, infatti, dalla combinazione tra la causa generica, ossia *venditio causa*, e una causa specifica, sottostante all'accordo tra le parti. La cessione può essere, dunque, anche *donandi causa* ovvero *solvendi causa* (v. G. CASSANO (a cura di), *I singoli contratti*. – Tomo II, Milano, 2010). In altri termini, il contratto di cessione può prevedere, a favore del cedente, un corrispettivo in denaro (nel qual caso si potrà discorrere di “vendita del credito”) ovvero una prestazione di altra natura (ad esempio, una fornitura di merci). Peraltro, la cessione può avere luogo anche senza corrispettivo, con la conseguenza che si potrà parlare di “donazione del credito”, ovvero essere effettuata in funzione di garanzia, ovvero ancora per estinguere un diverso debito del cedente verso il cessionario (si parla allora di “cessione solutoria”: art. 1198 cod. civ.). Alla luce delle molteplici funzioni che può svolgere, il contratto che ha come effetto la cessione del credito viene definito come contratto a causa variabile (v. V. A. TORRENTE – P. SCHLESIN, *Manuale di diritto privato*, XXIV ed., p. 402).

La cessione del credito a scopo di garanzia, qualificata come garanzia atipica<sup>81</sup>, consiste, infatti, nel trasferimento di un credito dal cedente-debitore al creditore-cessionario. Quest'ultimo è legittimato ad esigere sia il credito garantito sia quello ceduto in funzione di garanzia. Il secondo credito può, tuttavia, essere azionato nei confronti del *debitor debitoris* solo all'inutile scadenza del credito garantito. Laddove si verifichi l'estinzione, totale o parziale, dell'obbligazione garantita, invece, il credito ceduto sarà ritrasferito automaticamente nella sfera giuridica del cedente, senza svolgere ulteriore attività negoziale, analogamente al meccanismo della condizione risolutiva.

Alla luce di quanto detto, si è ritenuto che la cessione dei crediti in garanzia sia risolutivamente condizionata all'adempimento del cedente: qualora venga adempiuta l'obbligazione garantita, verificandosi la condizione, il credito trasferito tornerebbe nella titolarità del cedente<sup>82</sup>.

Come anticipato, si è a lungo discusso sulla compatibilità della cessione dei crediti in garanzia con i principi del nostro ordinamento<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> Per un migliore e completo inquadramento della tematica si veda U. STEFINI, *La cessione del credito con causa di garanzia*, Padova, 2007.

<sup>82</sup> La Suprema Corte ha affermato che «nella cessione del credito in funzione di garanzia, ove si verifichi l'estinzione, totale o parziale, dell'obbligazione garantita, il credito ceduto a scopo di garanzia, nella stessa quantità si ritrasferisce automaticamente nella sfera giuridica del cedente, con meccanismo analogo a quello della condizione risolutiva, senza quindi che occorra, da parte del cessionario, un'attività negoziale diretta a tal fine» (Cass. civ., 2 aprile 2001, n. 4796).

<sup>83</sup> Tra i vari dubbi di illiceità della figura, merita una menzione l'asserita inidoneità della causa di garanzia a giustificare il trasferimento della titolarità di un diritto. Come osservato da Perlingieri, tuttavia, essendo la figura qualificata come negozio a causa variabile o incompleta, è ammissibile una funzione di garanzia di un'obbligazione. Ciò è possibile, purché, sia rispettato il requisito della meritevolezza

Sotto il profilo strutturale, infatti, secondo alcuni interpreti, la figura in esame ricalcherebbe lo schema del patto commissorio. I fautori di tale orientamento estendono l'ambito di applicazione del divieto di cui all'art. 2744 cod. civ. anche ai diritti personali, non solo a quelli reali. In quest'ottica, si è osservato che anche nella cessione del credito sarebbe ravvisabile la medesima *ratio* del divieto, cioè il rischio della pressione psicologica che induca il debitore a cedere un credito di importo superiore al valore dell'obbligazione garantita, ed il pericolo di una violazione della *par condicio creditorum*, perché la fuoriuscita del credito dal patrimonio del debitore porrebbe il creditore cessionario al riparo dall'eventualità del concorso con altri creditore del cedente.

Tale tesi è stata confutata, in primo luogo, rilevando l'assenza di un intento del legislatore di includere nel divieto del patto commissorio il trasferimento di diritti di natura diversa da quella reale; in secondo

---

degli interessi perseguiti *ex art.* 1322, co. 2, c.c. Si ammette, dunque, l'idoneità della causa di garanzia a giustificare l'effetto traslativo della proprietà, in quanto l'ordinamento prevede un principio di tipicità delle situazioni reali, ma non un principio di tipicità dei contratti traslativi.

L'ammissibilità di costituire una garanzia atipica attraverso la cessione del credito è stata più volte affermata anche dalla giurisprudenza di legittimità. Al riguardo, basti pensare alla Cass. civ., 3.12.02, n. 17162. Nella citata pronuncia, infatti, la Suprema Corte afferma che «la cessione del credito è un negozio a causa variabile, che può essere stipulata anche al fine di garanzia senza che venga meno l'immediato effetto traslativo della titolarità del credito tipico di ogni cessione, in quanto è proprio mediante tale effetto traslativo che si attua la garanzia, pure quando la cessione sia *pro solvendo* e non già *pro soluto*, con mancato trasferimento al cessionario, pertanto, del rischio di insolvenza del debitore ceduto. Diversamente, qualora la cessione abbia ad oggetto crediti futuri, l'effetto traslativo si produce solamente quando il credito viene ad esistenza, mentre tale effetto non si produce affatto nell'ipotesi in cui sia desumibile dal contratto la volontà del cedente di non privarsi della volontà del credito e di realizzare solamente effetti minori, quali l'attribuzione al cessionario della mera legittimazione alla riscossione del credito».

luogo, sostenendo l'applicazione analogica alla cessione del credito in garanzia dell'art. 2803 cod. civ., in materia di pegno di crediti. Scaduto il credito garantito, infatti, la richiamata disposizione consente al creditore pignoratizio di ritenere del danaro ricevuto quanto basta per il soddisfacimento del suo diritto e restituire il residuo al costituente la garanzia.

L'articolo in esame sottrae la cessione del credito in garanzia dal divieto *ex art. 2744 cod. civ.*. Si assicura, infatti, un meccanismo che realizza il medesimo risultato ottenuto mediante l'apposizione di una clausola marciانا, ossia un controllo della misura dell'assoggettamento del debitore alla responsabilità patrimoniale. L'applicazione analogica della disposizione dettata in tema di pegno di crediti permette di ovviare al pericolo di un'ingiusta locupletazione ai danni del debitore. Questo rischio deriverebbe, infatti, dal trasferimento di un bene di valore eccedente l'entità del credito da soddisfare.

Semberebbe, dunque, che l'ordinamento voglia tutelare la libertà contrattuale del debitore. Le disposizioni che disciplinano il divieto di patto commissorio vanno considerate, come suggerisce parte della dottrina, come espressione del principio costituzionale di solidarietà, impedendo ingiuste prevaricazioni. Stando a tale interpretazione, quindi, la volontà del debitore di concludere un contratto di cessione del credito a scopo di garanzia appare adeguatamente tutelata dall'applicazione analogica dell'art. 2803 cod. civ.<sup>84</sup>.

---

<sup>84</sup> La giurisprudenza aderisce a tale indirizzo. La Corte di Cassazione afferma, infatti, che «non sembra che la sfera di operatività dell'art. 2744 c.c. possa essere estesa oltre le alienazioni di diritti reali e la costituzione di ipoteca e di pegni anche di crediti, in quanto norma di natura eccezionale, come tale non suscettibile di applicazione analogica. Inoltre, trattandosi di cessione e causa di garanzia, questa pur non incidendo sul trasferimento della titolarità del credito che si verifica con la

Non manca chi afferma che l'art. 2803 cod. civ. può essere applicato esclusivamente in presenza di crediti pecuniari. Secondo tale orientamento, dunque, il divieto di cui all'art. 2744 cod. civ. si estenderebbe alla cessione in garanzia dei crediti non pecuniari<sup>85</sup>.

### 4.3. *Sale and lease back.*

A seguito delle pronunce di legittimità, volte ad estendere l'ambito applicativo del divieto di patto commissorio, la dottrina e la giurisprudenza si sono interrogati sulla liceità del negozio di *sale and lease back*.

---

conclusione del contratto... incide sull'esercizio del diritto, cioè sulla libera disponibilità del credito, e il cessionario potrà trattenere nel caso di inadempimento del credito garantito soltanto quanto basta per il soddisfacimento delle sue ragioni, mentre è tenuto alla restituzione nei confronti del garante della residua del credito ceduto, essendo cessata la funzione di garanzia di questo. Per cui non si verifica il danno per il debitore, e per gli altri creditori di costui, che con il divieto del patto commissorio si intende evitare» (Cass. civ., 9.9.04, n. 18176).

<sup>85</sup> In questi termini A. D'ADDA, *La cessione del credito ed il factoring*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Roppo-Benedetti, Milano, 2014, p. 190 ss. L'Autore osserva che in materia di garanzie reali atipiche esiste una "disparità di trattamento" a seconda che oggetto del trasferimento sia un diritto di credito o un diritto reale: mentre la cessione del credito in garanzia è pacificamente ammessa, alle alienazioni in garanzia di un diritto reale viene riservato un trattamento più severo. Negli stessi termini anche T. MANCINI, *La cessione dei crediti futuri a scopo di garanzia*, Milano, 1968, p. 11 ss. In giurisprudenza si vedano Cass. Civ., 13 novembre 1973, n. 3004, in *Giur. il. Mass.*, 1973, p. 1029, che inquadra l'istituto nello schema dei negozi indiretti; App. Bologna, 19 dicembre 1972, in *Giur. mer.*, 1973, I, p. 386, nonché in *Dir. fall.*, 1973, II, p. 173, che ritiene che non dia origine a patto commissorio vietato la dazione in pegno di cambiale con girata in bianco.

La locazione finanziaria di ritorno è una particolare forma di *leasing* finanziario<sup>86</sup>.

L'istituto in esame si presenta quale «[...] schema negoziale socialmente tipico [...] contrassegnato da una specificità di struttura e di funzione con il quale un'impresa (o un lavoratore autonomo) vende un proprio bene (immobile o mobile), di natura strumentale per l'esercizio dell'attività, ad un'impresa di leasing, la quale lo concede contestualmente in leasing all'alienante, che corrisponde per l'utilizzazione del bene un canone ed ha la facoltà, alla scadenza, di riacquistar(ne) la proprietà esercitando un diritto di opzione, per un predeterminato prezzo»<sup>87</sup>. Stando alla giurisprudenza di legittimità, dunque, tale figura si caratterizza sotto un duplice profilo: strutturale e funzionale. Quanto al primo aspetto, il *sale and lease back* è un

---

<sup>86</sup> Unica definizione è contenuta nel co. 2 dell'art. 17, l. 2.5.1976, n.183, che stabilisce che «per operazioni di locazione finanziaria si intendono operazioni di locazione di beni mobili e immobili, acquistati o fatti acquistare dal locatore (c.d. *lessor*), su scelta e indicazione del conduttore (c.d. *lessee*), che ne assume tutti i rischi e con facoltà di quest'ultimo di divenire proprietario dei beni locati al termine della locazione, dietro versamento di un prezzo prestabilito».

<sup>87</sup> Cass. 16 ottobre 1995 n. 10805, in *Riv. giur. sard.*, 1996, 357, con nota di Luminoso, *La Corte di Cassazione si pronuncia per la validità del lease back*; Cass. 28 gennaio 2015 n. 1625, cit.; Cass. 9 marzo 2011 n. 5583, in [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it); Cass. 21 luglio 2004 n. 13850, in *Contratti*, 2004, 1011 ss., con nota di Calice, *Sale and lease back: la Suprema Corte ne riafferma la "tendenziale" liceità*; Cass. 18 dicembre 2002 n. 18048, in *Arch. civ.*, 2003, 1029 ss, con nota di Bonavitacola, *Elusione di imposta e riqualificazione degli atti elusivi, con particolare riguardo al lease back (o leasing di ritorno)*; Cass. 1 agosto 2002 n. 11419, in *Notariato*, 2004, 492 ss, con nota di Branca, *Il "sale and lease back" si fa largo nel nostro ordinamento*; Cass. 16 ottobre 1995 n. 10805, in *Riv. giur. sard.*, 1996, 357, con nota di Luminoso, *La Corte di Cassazione si pronuncia per la validità del lease back*.

contratto bilaterale<sup>88</sup>, in quanto sono coinvolti soltanto due soggetti: il proprietario di un bene lo aliena ad una società finanziaria che glielo concede in *leasing* secondo lo schema del costituito possessorio<sup>89</sup>. Con riferimento al secondo aspetto, invece, la locazione finanziaria di ritorno ha come scopo principale il finanziamento in denaro<sup>90</sup>.

La peculiarità più interessante dell'istituto risiede nell'attribuzione all'alienante, divenuto l'utilizzatore, della facoltà di riacquistare la proprietà del bene alla scadenza del contratto di *leasing* attraverso l'esercizio del riscatto e per il prezzo predeterminato dalle parti<sup>91</sup>.

---

<sup>88</sup> Parte della dottrina ha affermato che, nonostante i soggetti coinvolti sono formalmente due, il *lease back* andrebbe qualificato come contratto sostanzialmente trilatero. Tale filone interpretativo muove, infatti, dalla circostanza che l'utilizzatore svolge due ruoli: quello di utilizzatore nel contratto di *leasing* e quello di fornitore nella compravendita. In tal senso, R. DE NICTOLIS, *Nuove garanzie personali e reali*, Padova, 1998, p. 441, osserva che «sebbene l'operazione sia senz'altro bilaterale sul piano economico, da un punto di vista giuridico può ben essere considerata trilaterale perché l'utilizzatore-fornitore ha due ruoli, e la sua qualità giuridica nei rapporti con il concedente cambia, dunque, a seconda della natura dei problemi». Tale teoria è stata, però, criticata dalla dottrina e giurisprudenza. Al riguardo, cnf. Cass. 16.10.1995, n. 10805, *RN*, 1996, 568.

<sup>89</sup> V. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2011, p. 1312.

<sup>90</sup> Il *leasing* finanziario ha, invece, come scopo la realizzazione dell'interesse all'utilizzazione di un preciso bene e fornire il bene richiesto, fruendo del rapporto economico sottostante al contratto. Il finanziamento è, dunque, lo scopo ulteriore di un contratto utilizzato in funzione strumentale rispetto a quello scopo. Al riguardo, si v. R. CLARIZIA, *I contratti di finanziamento*, Torino, 1966.

<sup>91</sup> Per una compiuta disamina degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali intorno alle principali questioni poste dal *sale and lease back*, nonché in merito alla nozione di *sale and lease back*, ai dettagli dell'operazione e ai rapporti tra essa ed il patto commissorio si veda M. BUSSANI, *Il contratto di lease back*, in *Contr. e impr.*,

La suddetta caratteristica, come anticipato, ha fatto sorgere il dubbio della effettiva validità della locazione finanziaria di ritorno alla luce del divieto di patto commissorio. La violazione dell'art. 2744 cod. civ. potrebbe, infatti, manifestarsi ogniqualvolta, in conseguenza del mancato pagamento dei canoni del *leasing*, l'utilizzatore perda la facoltà di esercitare il riscatto, determinando la definitiva cristallizzazione dell'effetto traslativo in capo al finanziatore concedente. Al riguardo, si sono affermati due orientamenti interpretativi.

La prima e più risalente tesi era volta a negare la liceità del *lease back*. I fautori di tale interpretazione sostenevano, infatti, che ricorressero tutti gli elementi integranti il patto commissorio. Nella locazione finanziaria di ritorno sussiste, invero, una vendita di un bene da parte del soggetto, che diventerà utilizzatore. Quest'ultimo ottiene, in ragione della funzione finanziaria dell'operazione, il pagamento di un prezzo. Il corrispettivo costituirebbe, secondo l'orientamento in

---

1986, p. 558 ss.; ID., *Proprietà garanzia e contratto. Formule e regole nel leasing finanziario*, Trento, 1992, p. 147 ss.. Senza pretesa di esaustività vanno altresì ricordati i contributi di G.M. GALIMBERTI, *Il leasing industriale e il leasing immobiliare*, Milano, 1983; V. SANTARSIERE, "Sale and lease back" per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela, in *Arch. civ.*, 1997, p. 47 ss.; A. DOLMETTA, *Lease-back e patto commissorio: un rapporto complesso*, in *Giur. Comm.*, 2002, I, p. 306 ss.; F. DE FRANCESCO, *Sale and lease-back e divieto del patto commissorio*, in *Contratti*, 2003, p. 1156; M. IMBRENDA, *Leasing e lease back*, Napoli, 2008; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, p. 1237; G. DE NOVA, *Il contratto di leasing*, Milano, 1995, p. 299; *contra* R. CLARIZIA, *Il lease back tra tipicità legale e tipicità giurisprudenziale*, in *Riv. Italiana Leasing*, 1991, p. 522, il quale dubita della riconducibilità del *lease back* nell'alveo del *leasing* finanziario, sulla base della considerazione che mancherebbe la struttura trilaterale tipica del *leasing*; M.L. DE ROSA, *Lease back e patto commissorio*, in *Riv. it. leasing*, 1989, 1, p. 213 ss.

esame, l'importo di un finanziamento erogato dall'impresa concedente. Di conseguenza, il trasferimento della proprietà dovrebbe essere qualificato come atto costitutivo di una garanzia reale atipica della pretesa creditoria alla restituzione della somma mutuata. Da tutto ciò, si dedurrebbe che i canoni del *leasing* non sarebbero altro che le rate del mutuo.

Al contratto accede, inoltre, un patto di riscatto o di opzione, che riserva al venditore la possibilità di riacquistare la proprietà del bene, al pagamento di un prezzo, che sovente è assai inferiore al costo residuo del bene. L'effetto traslativo si consoliderebbe, dunque, in caso di mancato pagamento (esercizio della opzione per il riacquisto), ossia nell'ipotesi di inadempienza del *lessee*.

Alla luce di queste caratteristiche, la dottrina minoritaria e parte della giurisprudenza<sup>92</sup> hanno rinvenuto nel *lease back* una forte affinità con la retrovendita a scopo di garanzia e, dunque, una violazione riflessa del divieto di convenzione commissoria, configurandosi, in tale ipotesi, un mutuo assistito da garanzia reale atipica.

---

<sup>92</sup> In giurisprudenza cfr. Trib. Milano 19 giugno 1986, in *Foro pad.*, 1987, p. 408; Trib. Pavia 1° aprile 1998, in *Riv. it. leasing*, 1988, p. 203; Trib. Vicenza 12 luglio 1988, in *Fall.*, 1989, p. 728; Trib. Verona 15 dicembre 1988, in *Foro it.*, p. 1251, che reputa l'operazione di *sale and lease back* "uno strumento di sottrazione dei beni alle aspettative dei creditori"; App. Brescia 29 giugno 1990, in *Riv. not.*, 1991, p. 181; App. Cagliari 3 marzo 1993, in *Giur. comm.*, 1994, p. 662; Trib. Genova, 30 gennaio 1992, in *Giur. comm.*, 1993, II, p. 427; Trib. Roma 7 maggio 1990, in *Temi romana*, 1990, p. 137; Trib. Cosenza, 14 febbraio 1994, in *Il consulente dell'impresa comm. e ind.*, 1995, p. 2090, che ha ritenuto illecito il *lease back* in quanto contratto atipico che non persegue interessi meritevoli di tutela alla luce dei principi dell'ordinamento, e pertanto ex art. 1322 c.c. Ha aperto uno spiraglio di validità per il *lease back* qualora vi sia apposto il correttivo del patto marciano Trib. Monza, 24 maggio 1988, in *Foro it.*, 1989, I, p. 1271. Per la dottrina si v. S. CLERICÒ, *Il controverso rapporto tra sale and lease back e patto commissorio*, in *Riv. not.*, 2006, p. 1577.

L'orientamento che sostiene l'illiceità del *lease back* muove dal collegamento funzionale intercorrente tra la compravendita e la locazione finanziaria. Questi ultimi negozi contrattuali esaminati singolarmente, infatti, risultano del tutto leciti; analizzate in ragione del suddetto collegamento, invece, mostrerebbero lo scopo in concreto perseguito dalle parti, ossia l'erogazione di un mutuo assistito da una garanzia reale atipica. Tale ragionamento è posto, orbene, a fondamento giustificativo dell'asserita nullità del negozio, qualificato in frode alla legge, in quanto volto ad eludere il divieto di cui all'art. 2744 cod. civ..

Tale ricostruzione è, però, fortemente criticata dalla dottrina maggioritaria. Quest'ultima ha affermato, infatti, che la locazione finanziaria di ritorno e le alienazioni in garanzia collegate ad un mutuo non possono essere assimilate. Ciò è facilmente comprensibile qualora, abbandonando uno studio astratto delle due figure negoziali, si analizzasse il *lease back* nel contesto socio-economico in cui si inserisce, ossia nella economia delle imprese.

Si è obiettato, infatti, che difetterebbero gli elementi caratterizzanti le alienazioni in garanzia. Nella locazione finanziaria di ritorno mancherebbe, invero, un pregresso rapporto di credito-debito tra l'utilizzatore alienante ed il finanziatore concedente. Di conseguenza, inoltre, la vendita non può essere qualificata come un negozio accessorio a scopo di garanzia; piuttosto, deve essere considerata un presupposto necessario affinché il bene sia concesso in *leasing*. Da tale considerazione discende che la vendita è a scopo di *leasing* e non assolve una funzione di garanzia.

A conferma di tutto ciò, vengono addotte due argomentazioni<sup>93</sup>. La prima è che, se lo scopo della vendita fosse quello di garantire le ragioni creditorie dell'acquirente, ne discenderebbe che,

---

<sup>93</sup> V. G. CASSANO, *Le garanzie personali e reali*, Torino, 2006, p. 346

nell'eventualità di risoluzione anticipata del *leasing*, i canoni già pagati dovrebbero essere restituiti. In secondo luogo, si rileva che la vendita, che precede la concessione in *leasing*, non è sottoposta ad alcuna condizione, e che il patto di opzione è una clausola che accede al solo contratto di *leasing* e non anche al contratto di compravendita<sup>94</sup>. Deve aggiungersi, inoltre, che il riacquisto della proprietà del bene consegue alla manifestazione di volontà di esercitare il diritto di opzione, non discendendo in modo automatico dal pagamento di tutti i canoni.

Tali sforzi ermeneutici hanno condotto a un *revirement* giurisprudenziale, prima di merito e poi di legittimità. Secondo tale orientamento, infatti, è da riconoscersi la liceità del *sale and lease back* ogniqualvolta, all'esito dell'indagine della causa in concreto dell'operazione negoziale, si possa ragionevolmente escludere che l'effetto traslativo, ancorché immediato, non persegua uno scopo di garanzia del creditore concedente<sup>95</sup>.

---

<sup>94</sup> V. L. TESTINI, *Lease back e divieto di patto commissorio*, in *Notariato*, 1995, p. 589; P. BONTEMPI, *Divieto di patto commissorio e lease back*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, p. 908; F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, p. 472; D. MEFFIS, *Analisi in astratto e in concreto della validità del lease back*, in *Contratti*, 1994, 435; E. CALICE, *Sale and lease back: la Suprema Corte riafferma la tendenziale liceità*, in *Contratti*, 2014, p. 1013.

<sup>95</sup> Anche i successivi orientamenti giurisprudenziali confermeranno la bontà di questa soluzione interpretativa. Si veda la prima pronuncia del Suprema in materia di *lease back* Cass. Civ., 16 ottobre 1995, n. 10805, in *Corr. giur.*, 1995, p. 1360 ss., con nota di V. CARBONE, *Le peculiarità del lease back o sale lease back*, p. 1365 ss.; in *Giur. it.*, I, 1, 1996, p. 1382 ss., con nota di S.M. CINQUEMANI, *Sale and lease back tra liceità e frode al divieto del patto commissorio*, p. 1381 ss.; in *Contr.*, 1996, p. 28 ss., con nota di R. DE MEO; in *Foro it.*, 1996, I, p. 3492, con nota di A. MONTI; in *Notariato*, 1996, p. 220 ss.; in *Riv. giur. sarda*, 1996, p. 346 ss., con nota di A. LUMINOSO; Cass. Civ., 4 marzo 1996, n. 1657, in *Giur. comm.*, 1997, II, con nota di

In particolare, è solo con la sentenza, 16 ottobre 1995, n. 10805, che la Corte di Cassazione interviene sul punto, affermando che: «Nel contratto di “*sale and lease back*”, [...] la vendita ha scopo di *leasing* e non di garanzia perché, nella configurazione socialmente tipica del rapporto, costituisce solo il presupposto necessario della locazione finanziaria inserendosi nella operazione economica secondo la funzione specifica di questa, che è quella di procurare all'imprenditore, nel quadro di un determinato disegno economico di potenziamento dei fattori produttivi, liquidità immediata mediante l'alienazione di un suo bene strumentale, conservandone a questo l'uso con facoltà di riacquistare la proprietà dal termine del rapporto.

Tale vendita, ed il complesso rapporto atipico nel quale si inserisce, non è, quindi, di per sé, in frode al divieto di patto commissorio che, essendo diretto ad impedire al creditore l'esercizio di una coazione morale sul debitore spinto alla ricerca di un mutuo (o alla richiesta di una dilazione nel caso di patto commissorio *ab intervallo*) da ristrettezze finanziarie, ed a precludere, quindi, al predetto creditore la possibilità di fare proprio il bene attraverso un meccanismo che lo sottrarrebbe alla regola della “*par condicio creditorum*”, deve, invece, ritenersi violato ogni qualvolta lo scopo di garanzia non costituisca solo motivo, ma assurga a causa del contratto di vendita con patto di riscatto o di retrovendita». È necessario quindi verificare se «risulti in concreto, da dati sintomatici ed obiettivi, quali la presenza di una situazione

---

R. SIMONE, *Dr. Jekyll e Mr. Hide, ovvero la doppia vita del sale and lease back*. Quest'ultima è seguita in termini analoghi da Cass. Civ., 19 luglio 1997, n. 6663, in *Foro it.*, 1997, I, p. 3586; in *Rass. trib.*, 1998, p. 805, con nota di S.M. CECCACCI; in *Contr.*, 1998, p. 395, con nota di A. MANIACI; Cass. Civ., 15 aprile 1998, n. 4095, in *Foro it.*, 1998, I, p. 1820, con nota di R. SIMONE; Cass. Civ. 7 maggio 1998, n. 4612, in *Riv. dir. trib.*, 1998, II, p. 668 ss., in *Corr. giur.*, 9, 1998, p. 1039 ss., a proposito di liceità civilistica e trattamento fiscale del *lease back*.

credito-debitoria preesistente o contestuale alla vendita o la sproporzione tra entità del prezzo e valore del bene alienato ed, in altri termini, delle reciproche obbligazioni nascenti dal rapporto, che la predetta vendita, nel quadro del rapporto diretto ad assicurare una liquidità all'impresa alienante, è stata piegata al rafforzamento della posizione del creditore-finanziatore, che in tal modo tenta di acquisire l'eccedenza del valore, abusando della debolezza del debitore»<sup>96</sup>.

Tale orientamento è stato successivamente più volte confermato dalla Suprema Corte. Basti pensare alla pronuncia del 2014, in cui ha affermato che la locazione finanziaria di ritorno «configura un contratto d'impresa socialmente tipico che, come tale, è, in linea di massima, astrattamente valido, ferma la necessità di verificare, caso per caso, la presenza di elementi sintomatici atti a evidenziare che la vendita è stata posta in essere in funzione di garanzia ed è volta, pertanto, ad aggirare il divieto del patto commissorio» (Cass., 10.12.2014, n. 25972)<sup>97</sup>. Nella decisione richiamata, inoltre, si indicano le circostanze che permettono di definire l'operazione contrattuale come fraudolenta. Bisogna, invero, accertare: «a) l'esistenza di una situazione di credito e debito tra la società finanziaria e l'impresa venditrice utilizzatrice, b) le difficoltà economiche di quest'ultima, c) la sproporzione tra il valore del bene trasferito ed il corrispettivo versato dall'acquirente. (Conf. Cass. 5438/06; 5583/11). Gli indicatori d'illiceità evidenziati dalla giurisprudenza di legittimità sono stati approfonditi dalla dottrina che ha evidenziato (...) ulteriori indicatori quali ad esempio: a) il fatto che

---

<sup>96</sup> Fonti: Mass. Giur. It., 1995; Corriere Giur., 1995, 12, 1360, nota di CARBONE; Notariato, 1996, 3, 220, nota di NICOTRA; Vita Notar., 1997, 144, nota di LI VIGNI; Giur. It., 1997, 1, I, 682; Riv. Dir. Comm., 1997, II, 159, nota di ROCCO.

<sup>97</sup> La Corte in questa sentenza si occupa del rapporto tra *sale and lease back* ed elusione fiscale.

il bene permanga nella disponibilità della società di *leasing*; b) la mancanza d'interesse dell'apparente venditore/utilizzatore ad usare il bene oggetto di leasing; c) il tasso di interesse applicato all'operazione particolarmente gravoso; d) i vincoli contrattuali che impongono all'utilizzatore la corresponsione di tutti i canoni fino alla scadenza del contratto, anche nell'ipotesi in cui sia risolto anticipatamente; e) le facoltà concesse all'utilizzatore di sublocare il bene».

Di tali elementi, inoltre, deve essere provata la concorrente esistenza<sup>98</sup>.

In conclusione, ai fini della distinzione del *lease back* illecito da quello lecito, assume rilevanza l'individuazione della causa in concreto del contratto, intesa come "sintesi di interessi che questo è diretto a realizzare". Questa indagine deve essere condotta caso per caso dal giudice di merito, utilizzando le regole di interpretazione del contratto. Tale analisi deve essere svolta, inoltre, alla luce del contesto di fatto nel quale l'operazione si inserisce<sup>99</sup>. Il contratto di *lease back* dovrà

---

<sup>98</sup> Ancorché si tratti di un orientamento consolidato, parte della dottrina ha sollevato delle critiche (v. P. IAMICELI, *Leasing*, op. cit., p. 1299; A. DOLMETTA, *Lease back*, in *Giur. comm.*, 2002, p. 310; R. CLARIZIA, *I contratti*, Torino, 2002, p. 338). In primo luogo, si osserva che potrebbe essere tutt'altro che pacifica la prova dell'esistenza del rapporto di credito-debito e la sproporzione tra valore del bene ed entità del debito. Non è mancato chi obietta, inoltre, che il requisito della difficoltà finanziaria dell'utilizzatore sia discutibile, in quanto non è un elemento oggettivo ed è difficilmente verificabile (in questi termini v. I. RIVA, *Il contratto di sale and lease back*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 305; F. ARCARI, *Indici di anomalia*, in *Contratti*, 2008, p. 4. Si osserva che la valutazione non possa essere compiuta *ex post*, in quanto ciò che assume rilevanza è la sussistenza dello stato di debolezza economica esistente al momento della conclusione del contratto e che, in tale ottica, appare insufficiente dedurre il fallimento intercorso a una breve distanza temporale dal momento perfezionativo del contratto stesso).

<sup>99</sup> V. F. DE FRANCESCO, *Sale and lease back*, in *Contratti*, 2003, p. 1156.

reputarsi illecito – come visto sopra – nel caso in cui le parti abbiano inteso piegare il negozio ad uno scopo di garanzia. È, tuttavia, possibile apportare dei correttivi al regolamento negoziale, al fine di sottrarre il contratto alla dichiarazione di nullità. Al riguardo, si segnala che la Corte di Cassazione<sup>100</sup> ha affermato la liceità del contratto di *lease back* in forza della previsione di una clausola marciana (*infra* Capitolo II).

---

<sup>100</sup> Ci si riferisce alla sentenza, 28 gennaio 2015, n. 1625.

## Capitolo II

### Il patto marciano

**SOMMARIO:** **1.** Nozione. – **2.** Ascesa del patto marciano: tesi dottrinali ed evoluzione giurisprudenziale. – **3.** Struttura del patto marciano. – **4.** Profili funzionali del patto marciano. – **5.** I patti marciani tipici. – **5.1.** Garanzia finanziaria. – **5.2.** Prestito vitalizio ipotecario. – **5.3.** Il patto marciano nei contratti di credito immobiliare ai consumatori (art. 120-*quinquiesdecies* del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia). – **5.4.** Il patto marciano nei contratti di finanziamento alle imprese (art. 48-*bis* del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia).

#### **1. Nozione.**

Il patto marciano è un negozio di origine romanistica, espressamente riconosciuto nella compilazione giustiniana, nel noto passo di Marciano<sup>101</sup>, e concepito quale soluzione negoziale al divieto introdotto dall'imperatore Costantino.

Secondo la nozione maggiormente diffusa, la convenzione marciana è un accordo «con cui si conviene che, in caso di inadempimento, il creditore acquisti la proprietà di un bene del debitore,

---

<sup>101</sup> *D. 20. 1. 16. 9: Potest ita fieri pignoris datio hypothecae, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandum: hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio. Et ita divus Severus et Antoninus rescripserunt.*

con l'obbligo, per il creditore, di versare al debitore l'eventuale eccedenza di valore del bene stimato da un terzo rispetto all'importo del debito inadempito»<sup>102</sup>. Come si vedrà più avanti, definizione non dissimile è stata fornita dalla Corte di Cassazione<sup>103</sup>.

La convenzione in esame è utilizzata per evitare la sanzione di nullità di cui all'art. 2744, cod. civ.. Il patto marciano non è mai stato, tuttavia, oggetto di regolamentazione a livello generale. In tempi recenti, infatti, il legislatore ha introdotto taluni meccanismi marciani, nell'ambito di discipline speciali e settoriali, senza positivizzare un modello generale di tale istituto<sup>104</sup>.

L'assenza di una norma generale, volta a disciplinare il patto marciano e a sancirne la liceità, da un lato, e la non sovrapposibilità delle discipline dei cc.dd. "nuovi marciani", nonché la diversità degli ambiti di applicazione e dei soggetti coinvolti in tali negozi, dall'altro,

---

<sup>102</sup> Offre questa definizione della figura, comune alle opinioni della dottrina e della giurisprudenza maggioritaria, M. EBNER, voce *Patto marciano*, in *Enc. giur.*, XXII, p. 1.

<sup>103</sup> Ci si riferisce a Cass. 28.1.2015, n. 1625, in *Giur. it.*, 2015, p. 2341 ss. (con nota di VITI, *Lease back, patto commissorio e clausola marciana*); in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 1595 ss. (con nota di M. NATALE, *Lease back e strutture utili di patto marciano*); in *Foro napoletano*, 2015, p. 819 ss. (con nota di A. NAPOLITANO, *Il patto marciano e il contratto di "leasing": un'occasione mancata*. Note a margine di Cass. n. 1625/2015); in *Fallimento*, 2015, p. 791 ss. (con nota di M. SPADARO, *Sale and lease back, patto marciano e fallimento del venditore-utilizzatore*); e in *Corriere giur.*, 2016, p. 489 ss. (con nota di E. SCARDINO, *Il contratto di sale and lease back tra causa in concreto e cautela marciana*).

<sup>104</sup> Al riguardo, si discorre di marciano c.d. di diritto comune e marciani speciali. Si v. L. FOLLIERI, *Il patto marciano tra diritto «comune» e «speciale»*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2018, 12, p. 1857 e p. 1862. Nello stesso senso G. FAPPIANO, *Il patto marciano tra tipicità e autonomia contrattuale*, in *I contratti*, 2019, 1, pp. 94 e ss..

rendono ardua la precisa individuazione dei caratteri generali della convenzione in esame. Resta così irrisolta, tra le altre<sup>105</sup>, la questione relativa alla possibilità per i privati di adottare schemi negoziali al di fuori dei meccanismi tipici (*infra*, Capitolo III).

## **2. Ascesa del patto marciano: tesi dottrinali ed evoluzione giurisprudenziale.**

Alla luce della premessa esposta nel paragrafo precedente, è possibile affermare che il modello generale di marciano è un contratto atipico sul piano normativo, ancorché socialmente tipico. Il patto marciano è, dunque, sottoposto al controllo sulla meritevolezza degli interessi perseguiti e all'indagine in ordine alla liceità dell'operazione economica, secondo quanto disposto dall'art. 1322 cod. civ..

Con riferimento al primo aspetto, non può essere messa in discussione l'utilità sociale dell'operazione in commento per entrambe le parti. Da un lato, infatti, il creditore evita le lungaggini del procedimento esecutivo, ottenendo una più rapida realizzazione delle proprie ragioni. Dall'altro, il debitore si sottrae alle onerose spese del processo esecutivo, prevenendo al tempo stesso il ricorso alla vendita forzata. Il ricavato di quest'ultima è, invero, quasi sempre inferiore al valore di mercato del bene.

È piuttosto il giudizio di liceità che pone maggiori problematiche. Ciò in ragione della circostanza che il patto marciano è stato ricondotto "in una zona grigia"<sup>106</sup>, situata tra il divieto di cui all'art. 2744 cod. civ.

---

<sup>105</sup> Basti pensare, a titolo esemplificativo, al tema dell'effetto esdebitativo del patto marciano, nell'eventualità in cui il valore del bene sia inferiore all'ammontare del credito garantito.

<sup>106</sup> Ci si riferisce a C. DE MENECH, *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, in *Contratti*, 2015, p. 826.

e gli istituti codicistici che sembrano produrre i medesimi effetti. Viene qui in rilievo, allora, l'indagine relativa alla *ratio* della proibizione del patto commissorio, precedentemente svolta (*supra*, § 3, Capitolo I). L'individuazione del fondamento giustificativo della norma contenuta nell'art. 2744 cod. civ. costituisce, infatti, una questione pregiudiziale rispetto alla liceità del patto marciano<sup>107</sup>.

Alcuni autori reputano non ammissibile la convenzione marciana, muovendo dalla tesi secondo cui la illiceità del patto commissorio debba rinvenirsi nella coazione morale del debitore e nella violazione del principio di pari trattamento dei creditori. Il patto marciano supererebbe, stando a tale filone interpretativo, la prima obiezione di illiceità del contratto, ma sarebbe inidoneo alla tutela della *par condicio creditorum*. Il patto marciano eviterebbe, infatti, il pregiudizio all'interesse patrimoniale del debitore mediante la stima da parte di un

---

<sup>107</sup> In tal senso, Cfr. C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 204 il quale significativamente afferma che «Il problema del patto marciano si pone innanzitutto come problema della ratio del divieto di patto commissorio». Nella stessa direzione, cfr. G.F. MINNITI, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, 30. L'autore nel ricostruire i rapporti tra patto marciano e patto commissorio prende atto che «[...] l'univocità dell'orientamento di dottrina e giurisprudenza, concordi nel ritenere lecito il primo, non può non suscitare qualche perplessità, a fronte dello stato di profonda incertezza e continua controversia in cui le stesse versano, si può dire da sempre, in ordine all'individuazione della ratio, e conseguentemente dell'estensione del secondo»; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 129.; A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017, p. 18 il quale proprio dall'analisi comparativa tra le due figure individua nella sproporzione dello scambio uno degli elementi giustificativi del divieto di patto commissorio e, conseguentemente, trae la liceità del patto marciano.

soggetto terzo e imparziale del bene, ma non impedirebbe la sottrazione della *res* alla garanzia generica di cui all'art. 2740 cod. civ.<sup>108</sup>.

Alla medesima conclusione si dovrebbe giungere qualora si accogliesse la teoria per cui il fondamento giustificativo del divieto di cui all'art. 2744 cod. civ. sia costituito dal principio di esclusività dello Stato nella funzione esecutiva. Ciò perché si configurerebbe una forma di autotutela privata, elusiva della procedura esecutiva<sup>109</sup>, anche nel caso del correttivo della stima volto ad assicurare la proporzionalità tra ammontare del credito e valore del bene ceduto.

Secondo i fautori della tesi dell'illiceità del patto marciano, gli artt. 1851<sup>110</sup> e 2803<sup>111</sup> cod. civ. sarebbero norme speciali, in ragione della particolare natura del bene dato in garanzia, sicché non sarebbe possibile trarre, da tali disposizioni, una regola generale di liceità di qualsivoglia convenzione marciana (in senso contrario, come si vedrà più avanti, v. Cass., sez. III, 17 gennaio 2020, n. 844). In particolare,

---

<sup>108</sup> Così osserva F. REALMONTE, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, in *Foro it.*, 1989, I, p. 1444.

<sup>109</sup> Sulla illiceità della clausola marciana per violazione dell'ordine pubblico economico, cfr. C. ROMEO, *I limiti applicativi del patto commissorio autonomo*, in *Contratti*, 2000, p. 555. Per la presunta alterazione della *par condicio creditorum* si v. F. REALMONTE, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, in *Foro it.*, 1989, I, p. 1444. Sul punto v. ancora C. M. BIANCA, *Autotutela*, op. cit., p. 137.

<sup>110</sup> Disposizione dettata in materia di pegno irregolare. L'articolo prevede l'alienazione in garanzia al creditore del denaro o dei titoli oppignorati, salvo l'obbligo di restituire il *tantundem eiusdem generis* nel caso di adempimento, ovvero di restituire l'eccedenza rispetto all'entità del credito per l'ipotesi opposta di inadempimento del debitore.

<sup>111</sup> Tale articolo disciplina il pegno di crediti, consentendo al creditore di riscuotere le somme e trattenerle sino alla concorrenza del credito e con l'obbligo di restituire l'eventuale differenza di valore al debitore.

nei casi disciplinati dagli articoli richiamati, il valore della *res* è obiettivo o facilmente accertabile e, quindi, comparabile con più facilità con l'ammontare del credito residuo<sup>112</sup>. Le norme in esame rientrerebbero, quindi, nel settore delle garanzie mobiliari, rispetto alle quali non ha mai avuto modo di manifestarsi la questione della convenzione commissoria, connessa ontologicamente al patto marciano.

A seguito della pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite del 1989<sup>113</sup>, non è mancato chi ha dedotto dalla suddetta sentenza una conferma della illiceità del patto marciano. In particolare, le Sezioni Unite, nel rilevare il disvalore del patto commissorio, hanno posto l'accento sull'inidoneità dello scopo di garanzia ad assurgere a fondamento giustificativo di un effetto traslativo<sup>114</sup>. Si è dunque

---

<sup>112</sup> In tal senso v. C. DE MENECH, *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, op. cit., p. 827. L'opinione che ravvisa in queste disposizioni altrettante deroghe al divieto sancito dall'art. 2744 c.c. è superata. In tal senso, si pronunciava anticamente F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1947, p. 111. *Contra* M. CIRULLI, *Pegno irregolare costituito dal fideiussore a garanzia dei crediti scaduti e fallimento del debitore principale*, in *Giur. Mer.*, 1991, I, p. 712, e F. MARTORANO, *Cauzione e pegno irregolare*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, I, p. 119 s. Quest'ultimi autori affermano che semmai può parlarsi di limite al divieto del patto commissorio.

<sup>113</sup> Il riferimento è alle più volte menzionate sentenze gemellari del 1989. Cfr. Cass. civ., sez. un., 3.04.1989, n. 1611, in *Corr. Giur.*, con nota di V. MARICONDA, *Le Sezioni Unite dichiarano la nullità delle alienazioni in garanzia*, 1989, 5, pp. 522 e ss. e Cass. civ., sez. un., 21.04.1989, n. 1907, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 1821 con nota di M. COSTANZA, *Sulle alienazioni in garanzia e il divieto del patto commissorio*.

<sup>114</sup> Infatti «l'equilibrio delle prestazioni dedotte in contatto ha rilievo, in ordine agli effetti, solo con riferimento a negozi immuni da vizi di struttura; la considerazione del sinallagma è per definizione estranea alla disciplina della funzione tipica che, involgendo il giudizio di meritevolezza dell'interesse perseguito, è anzitutto stregua

rilevato che, in quest'ottica, anche la convezione marciana, realizzando un trasferimento finalizzato al rafforzamento del credito, sarebbe attratta nell'orbita dell'art. 2744 cod. civ.<sup>115</sup>. In altri termini, in ragione della circostanza che entrambi i negozi – patto commissorio e convezione marciana – perseguono una funzione di garanzia, non vi sarebbe ragione di sottoporli a regimi differenti<sup>116</sup>.

Quest'orientamento non ha, però, trovato avallo da parte della giurisprudenza di legittimità successiva. Tant'è vero che, negli ultimi anni, rinvenendo il fondamento giustificativo del divieto del patto commissorio nell'esigenza di tutelare il debitore da un arricchimento ingiustificato da parte del creditore che approfitta della propria posizione, la Corte di Cassazione ha riconosciuto la liceità della clausola marciana<sup>117</sup>. Quest'ultima viene, infatti, reputata valida in quanto idonea ad assicurare la proporzione tra l'ammontare del debito ed il valore del bene dato in garanzia, e a rendere irrilevante la coartazione eventualmente esercitata dal creditore nei confronti del debitore.

---

di validità della regola». Così, in espresso riferimento al patto marciano, G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 47 s..

<sup>115</sup> V. G. F. MINNITI, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, cit., pp. 29 e 58.

<sup>116</sup> Al riguardo è stato predicato che l'eventuale disparità di trattamento giuridico del patto marciano e commissorio potrebbe, addirittura, entrare in frizione con il canone costituzionale (art. 3 Cost.) di ragionevolezza, cfr. nota di V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, alla sentenza della Cass., sez. un., 3 aprile 1989, n. 1611, in *Foro it.*, 1989, p. 1422.

<sup>117</sup> Cass., 9 maggio 2013, n. 10986 (in *Vita notarile*, 2013, p. 719 ss.), che conferma la soluzione adottata da Cass., 21 gennaio 2005, n. 1273, in *Mass. Giur. it.*, 2005.

In materia di *sale and lease back*, deve farsi riferimento alla storica sentenza del 1995 (*supra*, § 4.3., Capitolo I)<sup>118</sup>. In quest'ultima pronuncia, infatti, i giudici di legittimità hanno individuato, quale indice rivelatore di un'operazione anomala, la sproporzione tra valore del bene aziendale alienato ed entità del corrispettivo versato dall'acquirente. Da tale assunto, dunque, si ricava *a contrario* che la proporzionalità dello scambio è parametro di liceità della locazione finanziaria di ritorno.

Al riguardo, assume particolare rilievo la sentenza della Corte di Cassazione n. 1625 del 28 gennaio 2015<sup>119</sup>. Dopo aver posto

---

<sup>118</sup> Ci si riferisce a Cass. civ., 16 ottobre 1995, n. 10805.

<sup>119</sup> Nella fattispecie sottoposta al vaglio della Suprema Corte, una società di *leasing* proponeva opposizione allo stato passivo del fallimento di una sua debitrice per mancata ammissione, tra le altre, della domanda di pagamento dei canoni di *leasing* e di restituzione dell'immobile relativi a un *sale and lease back* immobiliare. Il giudice di primo grado aveva respinto l'opposizione al passivo, rilevando la nullità del contratto per frode all'art. 2744 cod. civ.. Il giudice aveva, infatti, ritenuto decisive l'esposizione debitoria della società utilizzatrice nei confronti della concedente, maturata già all'epoca della stipulazione del contratto di *sale and lease back*, nonché la sproporzione tra il valore dell'immobile alienato alla concedente prima della stipula della locazione di ritorno ed il corrispettivo da quest'ultima dovuto per la vendita. La società di *leasing* proponeva ricorso negando la sussistenza degli indici sopra menzionati, rivelatori di un intento elusivo del divieto del patto commissorio, e facendo principalmente leva sull'esistenza all'interno del contratto di *sale and lease back* di una clausola marciana. In forza di quest'ultima convenzione doveva ritenersi escluso il perseguimento del risultato che la legge intende vietare con l'art. 2744 cod. civ. La Suprema Corte ha accolto il ricorso sulla base dell'assunto che la cautela marciana è suscettibile di superare i possibili profili di illiceità del *sale and lease back* mediante la previsione, al momento dell'inadempimento o dell'attuazione coattiva della pretesa creditoria, di un procedimento di stima del valore del bene trasferito in proprietà idoneo ad assicurare una valutazione imparziale, nonché la corretta

l'attenzione sulla possibile contrarietà della causa in concreto del *sale and lease back* al divieto di patto commissorio<sup>120</sup>, infatti, i giudici di legittimità hanno riconosciuto definitivamente la liceità della convenzione marciiana ed elaborato un vero e proprio statuto giuridico di tale patto, individuandone gli elementi costitutivi.

La Suprema Corte fornisce, dapprima, una nozione di patto marciiano, che accede a un *sale and lease back*, definendolo come una «clausola contrattuale con la quale si mira ad impedire che il concedente, in caso di inadempimento, si appropri di un valore superiore all'ammontare del suo credito, pattuendosi che al termine del rapporto, si proceda alla stima del bene e il creditore sia tenuto al pagamento in favore del venditore dell'importo eccedente l'entità del credito (*iure emptoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandum*)». La Corte di Cassazione rileva, poi, che l'ordinamento italiano conosce

---

determinazione dell'*an* e del *quantum* dell'eventuale eccedenza di valore rispetto al debito dell'utilizzatore. Conseguentemente, la Corte di Cassazione ha rinviato al giudice del merito affinché valutasse se nel caso di specie la clausola marciiana pattuita tra le parti potesse o meno consentire al contratto di *sale and lease back* di superare il vaglio di liceità ex art. 2744 c.c. Cfr. Cass. Civ. 28 gennaio 2015 n. 1625, in *Il Corriere giuridico*, 4, 2016 con nota di F. SCARDINO, *Il contratto di sale and lease back tra causa in concreto e cautela marciiana*, op. cit., p. 489 ss.; richiamata anche da M. NATALE, *Leaseback e strutture utili di patto marciiano*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2015, pp. 1595 ss..

<sup>120</sup> Nella sentenza citata si legge: «[...] la causa concreta del *sale and lease back* ben può essere piegata al fine illecito vietato dall'art. 2744 c.c., il quale costituisce una norma materiale, destinata a trovare applicazione non soltanto in relazione alle alienazioni a scopo di garanzia sospensivamente condizionate all'inadempimento del debitore, ma anche a quelle immediatamente traslative e risolutivamente condizionate all'adempimento del debitore, esprimendo un divieto di risultato».

già delle forme di autotutela esecutiva del creditore<sup>121</sup>, sempre nei limiti del *quantum debeatur*.

La clausola marciana svolge, quindi, funzione di “valvola di sicurezza”<sup>122</sup>, prevedendo «per il caso ed al momento dell’inadempimento, ossia quando si attuerà coattivamente la pretesa creditoria, un procedimento volto alla stima del bene, entro tempi certi e con modalità definite, che assicurino la presenza di una valutazione imparziale, in quanto ancorata a parametri oggettivi automatici, oppure affidata a persona indipendente ed esperta la quale a detti parametri farà riferimento al fine della corretta determinazione dell’*an* e del *quantum* della eventuale differenza da corrispondere all’utilizzatore» (Cass. n. 1625/2015). Il patto marciano esclude, dunque, il pericolo di una perdita sproporzionata rispetto all’entità del debito.

Affinché sia integrata la clausola marciana, devono concorrere, però, tre elementi costitutivi: a) la redazione della stima, ancorata a parametri oggettivi, del valore del bene da parte di un perito terzo ed imparziale attraverso un procedimento che si «svolga con tempi certi e modalità definite»; b) la posteriorità temporale della relazione peritale rispetto al momento in cui si verifica l’inadempimento; c) la proporzionalità tra il valore del bene trasferito e l’ammontare del

---

<sup>121</sup> A tal proposito la Suprema Corte invoca quelle fattispecie che tradizionalmente vengono considerate ipotesi codicistiche di marciari e precisamente: l’art. 1851 cod. civ. in materia pegno irregolare, la cessione dei beni ai creditori di cui art. 1982 cod. civ., l’art. 2798 cod. civ. in tema di escussione del pegno, il pegno di crediti ex art. 2803 cod. civ. (riscossione) e art. 2804 cod. civ. (assegnazione o vendita).

<sup>122</sup> L’espressione è di F. ANELLI, *L’alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, p. 487.

credito garantito con l'obbligo di restituzione dell'eventuale eccedenza tra tali parametri<sup>123</sup>.

Al ricorrere di tali requisiti, dunque, la giurisprudenza riconosce, alla clausola marciana, un effetto salvifico. Quest'ultimo consiste, da un lato, nella «idoneità della clausola a ristabilire l'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni del contratto» e, dall'altro lato, nella «sua capacità di scongiurare che l'attuazione coattiva del credito avvenga senza alcun controllo dei valori patrimoniali in gioco»<sup>124</sup>.

La pronuncia, da ultimo richiamata, sembra, quindi, aderire all'opinione per cui non debba essere eliminata la garanzia *ex se*, ma l'eccedenza di valore che deriva dal patto commissorio. La Corte di Cassazione richiama, infatti, a sostegno della liceità della clausola marciana, gli artt. 1851, 1982, 2798, 2803 e 2804 cod. civ.. Come osservato da autorevole dottrina, queste disposizioni disciplinano istituti che condizionano l'attuazione della pretesa creditoria al rispetto del diritto del debitore a pagare quanto effettivamente dovuto<sup>125</sup>.

Più di recente, la liceità del patto marciano nel contratto di *sale and lease back*, intesa come proporzionalità dello scambio, è stata ribadita<sup>126</sup>, giungendosi ad affermare che la mancanza di tale convenzione disvela l'anomalia dell'intera operazione negoziale.

---

<sup>123</sup> Il trasferimento si cristallizzerà immediatamente ove vi sia la corrispondenza tra valore del bene alienato ed ammontare del debito; in caso contrario, solo nel successivo momento della corresponsione del *surplus*.

<sup>124</sup> Così Cass. civ., sez. I, 28.01.2015, n. 1625.

<sup>125</sup> Il rilievo è colto anche da S. DEL CORE, *Il divieto del patto commissorio nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Vita not.*, 2016, III, p. 1421.

<sup>126</sup> In tal senso, Cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. III, 6.07.2017, in *Il Corriere Giuridico*, 2017, 12, pp. 1502 e ss., con nota di V. VITI, *La liceità del sale and lease back alla luce del divieto di patto commissorio e della previsione di meccanismi*

In particolare, la Suprema Corte, con la pronuncia 7 marzo 2019, n. 6589, ha individuato tra gli indici rivelatori del c.d. *sale and lease back* anomalo anche l'«assenza del c.d. patto marciano, cioè di apposita clausola con cui le parti abbiano preventivamente convenuto (Cass. 28/01/2015, n. 1625) che al termine del rapporto – effettuata la stima del bene con tempi certi e modalità definite, tali da assicurare una valutazione imparziale ancorata a parametri oggettivi ed autonomi ad opera di un terzo – il creditore debba, per acquisire il bene, pagare l'importo eccedente l'entità del suo credito, sì da ristabilire l'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni e da evitare che il debitore subisca una lesione dal trasferimento del bene»<sup>127</sup>.

---

*marciani*. La Suprema Corte, nel circoscrivere l'area di liceità del *sale and lease back*, ha ribadito che «l'operazione viola la *ratio* del divieto di patto commissorio ove il debitore trasferisca a garanzia del credito un proprio bene riservandosi la possibilità di riacquistarne la proprietà all'esito dell'adempimento dell'operazione, senza prevedere alcuna facoltà, in caso di adempimento di recuperare l'eventuale eccedenza di valore del bene rispetto all'ammontare del credito». In termini analoghi, più di recente, si v. Cass. civ., sez. I., 12.07.2019, n.18791, in *Il Fallimento*, 2020, 1, pp. 21 e ss. con nota di M. COSTANZA, *Il divieto di patto commissorio e operazioni di sale and lease back*.

<sup>127</sup> Cass. civ., sez. III, 7.03.2019, n. 6589, in banca dati *www.pluris cedam.utetgiuridica.it*. In senso conforme si v. Cass. civ. Sez. I, ord., 28-05-2018, n. 13305, in banca dati *www.pluris cedam.utetgiuridica.it*. In cui la Suprema Corte, nell'accertamento degli indizi sintomatici di un'anomalia dello schema causale socialmente tipico del contratto di *sale and lease back*, annovera anche «la sproporzione tra il prezzo ed il valore del bene alienato (risultante dall'espletata c.t.u.) e soprattutto [al]la mancanza di una specifica pattuizione (una sorta di “patto marciano” idoneo a scongiurare la nullità del contratto di *sale and lease back* per illiceità della causa) che preveda un apposito meccanismo o procedimento di stima del bene, entro tempi certi e con modalità predefinite, tale da assicurare una valutazione imparziale ed oggettiva, e così garantire che l'eventuale perdita della

La giurisprudenza ha, inoltre, affermato la liceità del patto marciano pronunciandosi in materia di vendita con patto di riscatto, valorizzando, anche in questa ipotesi, il requisito della proporzionalità delle prestazioni.

Al riguardo, giova rammentare la sentenza, 9 maggio 2013, n. 10986<sup>128</sup>, in cui la Corte di Cassazione ha menzionato, tra gli indici sintomatici di elusione dell'art. 2744 cod. civ. mediante una vendita con patto di riscatto, la sproporzione tra il valore del bene e l'entità del credito. In particolare, i giudici di legittimità hanno affermato che la suddetta sproporzione è il principale elemento sintomatico della frode, poiché, «il legislatore, nel formulare un giudizio di disvalore nei riguardi del patto commissorio, ha presunto, alla stregua dell' "*id quod plerumque accidit*", che in siffatta convenzione il creditore pretenda una garanzia eccedente il credito, sicché, ove questa sproporzione manchi - come nel pegno irregolare, nel riporto finanziario e nel cosiddetto patto marciano (ove al termine del rapporto si procede alla stima del bene e il creditore, per acquisirlo, è tenuto al pagamento dell'importo eccedente l'entità del credito) - l'illiceità della causa è esclusa».

Di recente, la Corte di Cassazione ha ribadito, con la sentenza, 17 gennaio 2020, n. 844<sup>129</sup>, la liceità della convenzione marciana. La pronuncia richiamata assume particolare rilievo, poiché la Suprema

---

proprietà sarebbe avvenuta al giusto prezzo, con obbligo del creditore di restituire l'eventuale surplus, onde ripristinare l'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni».

<sup>128</sup> Cass. civ., sez. II, 9.05.2013, n. 10986.

<sup>129</sup> Il riferimento è a Cass. civ., sez. III, 17.01.2020, n. 844, in banca dati [www.pluris cedam.utetgiuridica.it](http://www.pluris cedam.utetgiuridica.it).

Corte muove non dalla *ratio* del divieto commissorio<sup>130</sup>, ma dall'analogia con l'art. 1851 cod. civ. in materia di pegno irregolare. Quest'ultima disposizione consente, infatti, al creditore che abbia ricevuto in pegno cose fungibili di appropriarsene all'inadempimento del debitore, restituendo a quest'ultimo l'eccedenza di valore tra le cose date in pegno e l'ammontare del debito. Il patto marciano persegue lo stesso scopo rispetto a beni non dati in pegno, ma alienati in garanzia. La clausola in esame consente, quindi, al creditore di appropriarsi dei beni, restituendo al debitore la differenza di valore. La Suprema Corte ha chiarito, inoltre, che l'art. 1851 cod. civ. non è norma eccezionale, insuscettibile di applicazione analogica. Ciò in quanto «non è eccezione al principio generale di cui all'art. 2744 cod. civ., ma rispettoso della medesima ratio, anzi conseguenza di quel principio in quanto mira anche esso ad evitare approfittamenti del creditore ai danni del debitore». La Corte ha, tuttavia, precisato che, proprio in quanto la convenzione marciana può consentire di evitare approfittamenti del creditore ai danni del debitore, è necessario che le parti abbiano previsto criteri di stima del bene al momento del patto marciano.

### **3. Struttura del patto marciano.**

Dall'analisi giurisprudenziale appena svolta è possibile ricavare gli elementi costitutivi del patto marciano: i) la stima del valore del bene, operata da un perito terzo ed imparziale, ii) la collocazione

---

<sup>130</sup> Nella sentenza citata si legge: «Tradizionalmente si argomenta dalla ratio della norma suddetta. Siccome l'opinione prevalente ritiene che la ratio del divieto del patto commissorio stia nella tutela del debitore da approfittamenti del creditore, allora nel caso di patto marciano il rischio di tali approfittamenti è nullo; ed infatti coloro che attribuiscono al divieto del patto commissorio una ratio diversa, ad esempio la tutela della *par condicio creditorum*, ritengono nulla la pattuizione pure in presenza di un patto marciano tra creditore e debitore» (Cass. civ., Sez. III, 17/01/2020, n. 844).

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

La giurisprudenza di legittimità ha tracciato in modo rigoroso l'esatto contenuto del patto in esame e ha censurato le convenzioni generiche: appare, dunque, opportuno procedere ad un'analisi dettagliata dei singoli elementi strutturali.

Con riferimento alla relazione peritale, la Suprema Corte, con la più volte menzionata sentenza del 2015<sup>131</sup>, ha precisato che l'*aestimatio* della *res* deve avvenire «entro tempi certi e con modalità definite». Nella clausola marciana devono essere individuati dei «meccanismi oggettivi e procedimentalizzati», volti ad assicurare una valutazione equa. Si è, allora, rilevato che la stima può reputarsi equa solamente se eseguita secondo parametri obiettivi ovvero da un perito terzo ed imparziale il quale, a sua volta, dovrà uniformarsi ai predetti criteri. Bisogna precisare, inoltre, che le parti possono convenzionalmente stabilire diverse modalità di espletamento della relazione peritale purché, dalla formulazione della clausola, risulti che le stesse abbiano voluto anticipatamente pattuire che il trasferimento del bene a garanzia del credito potrà avvenire solo ad un «giusto prezzo» con conseguente obbligo del creditore di versare l'eccedenza del corrispettivo.

Con ordinanza, 28 maggio 2018, n. 13305, resa in materia di locazione finanziaria di ritorno, la Corte di Cassazione ha escluso che risponde ai canoni strutturali del patto marciano una clausola estremamente sommaria, con cui si fissava «una misura del tutto

---

<sup>131</sup> Cass. civ., sez. I, 28.01.2015, n. 1625, cit., pp. 486 e ss. con nota di F. SCARDINO, *Il contratto di sale and lease back tra causa in concreto e cautela marciana*.

generica e discrezionale, collegata alle pretese risarcitorie del concedente, che unitamente alle restanti clausole contrattuali lascia[va] anzi presumere l'esistenza di difficoltà economiche dell'impresa venditrice (poi in effetti fallita) ed un verosimile approfittamento delle sue condizioni di debolezza da parte della banca finanziatrice»<sup>132</sup>.

Si può, dunque, affermare che la clausola marciana debba prevedere con assoluta precisione i tempi, i modi ed i criteri con cui dovrà essere calcolato il *surplus* di valore oggetto dell'obbligo restitutorio in favore del debitore.

Quanto al profilo temporale, è opinione condivisa che la stima deve essere compiuta prendendo in considerazione il valore effettivo del bene successivamente all'inadempimento<sup>133</sup>, ossia al momento

---

<sup>132</sup> Si v. Cass. civ., sez. I, ord., 28.05.2018, n. 13305, in banca dati [www.pluriscedam.utetgiuridica.it](http://www.pluriscedam.utetgiuridica.it). In cui la Suprema Corte ha statuito che non risponde ai canoni strutturali del patto marciano una clausola in cui è «[...] contemplata semplicemente la “facoltà del concedente di richiedere il risarcimento dei danni in misura pari alla sommatoria di tutti i canoni successivi attualizzati...dedotto quanto il concedente abbia conseguito disponendo dei beni, al netto del corrispettivo pattuito per l'opzione”, ossia una misura del tutto generica e discrezionale, collegata alle pretese risarcitorie del concedente, che unitamente alle restanti clausole contrattuali lascia[va] anzi presumere l'esistenza di difficoltà economiche dell'impresa venditrice (poi in effetti fallita) ed un verosimile approfittamento delle sue condizioni di debolezza da parte della banca finanziatrice». Sull'applicabilità dell'art. 1349 cod. civ. alla relazione peritale, cfr. E. MAROCCO, *Note sul patto marciano*, in *Nuovo dir.*, 1989, p. 978; C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 223; U. CARNEVALI, *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXII, cit., p. 505.

<sup>133</sup> In particolare, M. NATALE, *Lease-back e strutture utili di patto marciano*, in *Rivista di diritto civile*, 2015, VI, p. 1609, rileva che «non si può dare rilievo al "giusto prezzo", determinato *ex ante* al momento della conclusione del contratto, quale parametro per verificare, in un momento successivo, la congruenza tra valore del bene e valore del credito ... Il “giusto prezzo” non può essere considerato un criterio

dell'attuazione coattiva della pretesa creditoria<sup>134</sup>. Questo convincimento si giustifica in ragione sia dell'esigenza di evitare forme di incentivazione dell'inadempimento derivanti da una determinazione *ex ante* che si rivela più favorevole al debitore al momento della scadenza dell'obbligazione<sup>135</sup>, sia del tradizionale sfavore dell'ordinamento verso forme di regolamentazione anticipata della fase patologia del rapporto obbligatorio<sup>136</sup>.

Con riguardo al profilo soggettivo, come anticipato, il terzo incaricato della valutazione deve essere in possesso dei requisiti di imparzialità ed indipendenza, sicché la nomina è rimessa alla scelta condivisa delle parti o, in difetto, all'autorità giudiziaria.

Si è osservato, tuttavia, che la scelta di rimettere la nomina del valutatore all'accordo delle parti potrebbe comportare il rischio di abusi da parte del creditore. Quest'ultimo, infatti, approfittando della situazione di debolezza del debitore ormai definitivamente inadempiente, potrebbe imporre la propria scelta con un accordo solo apparente, minando in tal

---

oggettivo di stima né un termine di raffronto per valutare la correttezza della stima effettuata».

<sup>134</sup> Così A. DOLMETTA, *Lease-back e patto commissorio*, *op. cit.*, che sottolinea l'opportunità che la determinazione temporale vada inserita nei testi contrattuali nei termini più puntuali possibili.

<sup>135</sup> Sul punto si veda, M. FRAGALI, *Del mutuo*, Zanichelli, Roma, 1966, p. 257.

<sup>136</sup> Così, C. DE MENECH, *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, *op. cit.*, p. 839. Al riguardo basti pensare agli artt. 1229 e 2937, co. 2, cod. civ.. Il primo articolo così recita: «è nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave. È nullo altresì qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore e dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico». L'art. 2937, co. 2, cod. civ., ha il seguente tenore: «Si può rinunciare alla prescrizione solo quando questa è compiuta».

modo l'obiettività della stima. A tali rilievi critici si è, tuttavia, obiettato che a scongiurare un simile rischio soccorrono i parametri oggettivi cui deve essere ancorata la valutazione. In questo modo, dunque, essendo rimessa all'equo apprezzamento dell'arbitratore, la stima può essere impugnata *ex art. 1349 cod. civ.* nelle ipotesi di manifesta iniquità od erroneità<sup>137</sup>. Al riguardo, come si vedrà più avanti, è intervenuta la disciplina dei patti marciani speciali<sup>138</sup>.

Quanto ai parametri oggettivi, infine, è necessario che la convenzione marciana indichi espressamente i criteri che devono essere seguiti dal terzo nell'*aestimatio* e che necessariamente dipendono dalla natura del bene (mobile od immobile), dall'esistenza di un valore ufficiale di mercato e dalla particolare situazione giuridica in cui lo

---

<sup>137</sup> In tal senso v. U. CARNEVALI, *Patto commissorio*, op. cit., p. 505; C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, op. cit., p. 223, che estende la legittimazione all'impugnativa *ex art. 1349 c.c.* anche ai creditori. Il riferimento all'*art. 1349 c.c.* si legge anche in giurisprudenza. Cfr. App. Trento 18 febbraio 1975, in *Giur. mer.*, 1975, I, p. 424 secondo cui, in caso di nomina unilaterale, «il terzo ripeterebbe i suoi poteri esclusivamente da una volontà unilaterale [...] con la conseguenza che, trovando qui applicazione i principi relativi alla disciplina propria dell'arbitraggio, male potrebbe prospettarsi [...] l'impugnativa cui, sul piano meramente negoziale, siffatto arbitraggio andrebbe soggetto da entrambe le parti». L'applicabilità dell'*art. 1349 c.c.* alla determinazione del terzo è affermata anche da Cass. Civ. 28 gennaio 2015, n. 1625, in *www.leggiditalia.it*.

<sup>138</sup> In particolare, l'*art. 120-quinquiesdecies*, comma 4, lett. d, T.U.B. prevede che il perito debba essere nominato di comune accordo dalle parti, ovvero, in mancanza, dal Presidente del Tribunale. In modo ancora più dettagliato, l'*art. 48-bis* del T.U.B. disciplina il procedimento peritale e sancisce espressamente l'impugnabilità della stima *ex art. 1349, cod. civ.*. In quest'ultimo sottotipo marciano, tuttavia, il riferimento all'*art. 1349 c.c.* appare atecnico. Il perito è, infatti, designato esclusivamente dal Presidente del Tribunale, configurandosi alla stregua non di un terzo arbitratore, ma di un ausiliario del giudice e, come tale, sottoposto al regime di responsabilità di cui all'*art. 64 c.p.c.*

stesso si trova. Ad esempio, per i beni immobili potrebbero rilevare la presenza di servitù, di garanzie, di limitazioni nell'utilizzo del bene.

In tal senso, parte della dottrina ha descritto la valutazione del terzo come una perizia contrattuale, in quanto consistente in un apprezzamento di carattere puramente tecnico, privo di discrezionalità, che le parti si impegnano ad accettare mediante un'espressa manifestazione di volontà<sup>139</sup>.

Il tratto distintivo del patto marciano è, tuttavia, la proporzionalità dello scambio, ossia la corrispondenza tra il valore del bene e l'entità del credito – garantita dalla relazione del perito –, nonché l'obbligo di corrispondere l'eventuale eccedenza. In ciò si rinviene, infatti, l'effetto legittimante della convenzione marciana, che permette di distinguerla dal patto commissorio. In quest'ultimo, invero, «l'equivalenza tra il valore del bene ed il valore del credito è del tutto casuale, [mentre] nel patto marciano essa è assunta a contenuto stesso del contratto, costituendo oggetto di un diritto del debitore»<sup>140</sup>.

La dottrina maggioritaria<sup>141</sup> sostiene che l'obbligo di restituzione dell'eccedenza costituisce connotato strutturale del patto marciano che necessita di esplicito riferimento all'interno della medesima clausola.

---

<sup>139</sup> Così M. NATALE, *Lease-back e strutture utili di patto marciano*, op. cit., p. 1610 che richiama, per il profilo qualificativo della perizia contrattuale in termini di arbitrato o arbitraggio; F. FESTI, *La Convenzione di arbitrato irrituale e la perizia contrattuale*, in *Trattato dei contratti*, diretto da V. ROPPO, Milano, 2014, p. 1252 ss..

<sup>140</sup> Il rilievo è di C.M. BIANCA, *Patto commissorio*, in *Novis Dig. It.*, XII, Torino, 1976, p. 718. In termini analoghi si esprime R. DE NICTOLIS, in *Rivista di diritto civile*, 1991, II, p. 540, il quale sostiene che «la differenza tra patto commissorio non svantaggioso per il debitore – illecito- e patto marciano- lecito- sta in ciò che nel primo la vantaggioosità per il debitore è del tutto casuale, mentre nel secondo è assunta a contenuto stesso del programma negoziale».

<sup>141</sup> Cfr., tra i tanti, C. DE MENECH, *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, cit., p. 840.

Secondo una diversa posizione dottrinale, invece, bisognerebbe distinguere alienazioni con causa di garanzia, da un lato, e trasferimento con causa di scambio e motivo di garanzia, dall'altro. Il diritto del debitore alla restituzione dell'eccedenza rappresenterebbe un effetto naturale delle prime con conseguente configurazione di un marciano implicito. Quest'ultima tesi muove dalla circostanza che per il valore residuo mancherebbe la giustificazione causale dello spostamento patrimoniale dell'eccedenza<sup>142</sup>.

La giurisprudenza dominante aderisce, tuttavia, al primo filone interpretativo, così argomentando: la corresponsione dell'eccedenza deve essere oggetto di un'espressa menzione all'interno della convenzione marciana<sup>143</sup>, al fine di evitare incertezze nella prassi applicativa dei rapporti obbligatori e di prevenire l'insorgenza di contenziosi giudiziari.

#### **4. Profili funzionali del patto marciano.**

La funzione della convenzione marciana si rinviene nell'effetto salvifico, che consente di superare i profili d'illiceità della convenzione commissoria. La stima imparziale da parte del terzo del valore del bene

---

<sup>142</sup> V. A. DOLMETTA, *La ricerca del «marciano utile»*, in *Riv. dir. civ.*, 4, 2017, pp. 815-816; A. DOLMETTA – G.P. PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1986; I. F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 452.; U. STEFINI, *La cessione del credito con causa di garanzia*, cit., p. 51.

<sup>143</sup> Tuttavia, come prontamente osservato, vi sono dei casi in cui la giurisprudenza ha riconosciuto delle fattispecie marciane ove la restituzione dell'eccedenza sarebbe *in re ipsa*, come nella cessione di crediti a scopo di garanzia ovvero il mandato a vendere *causa cavendi*. Cfr. C. DE MENECH, *Patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, cit., p. 838, *sub nota n. 77*.

e l'obbligo di restituzione dell'eccedenza da parte del creditore escludono, infatti, l'abuso connotato nel patto commissorio.

Il patto commissorio svolge ulteriori funzioni: da un lato, una funzione di garanzia, implicando un rafforzamento dell'aspettativa di soddisfacimento del credito; dall'altro, una funzione solutoria, in particolare uno scopo di autosoddisfacimento del credito<sup>144</sup>.

Sotto il primo profilo, si comprende la ragione per cui il patto marciano viene tradizionalmente collocato nell'area concettuale delle alienazioni con funzione di garanzia<sup>145</sup>. Sotto l'altro aspetto, si consente così di guardare la convenzione marciana nella prospettiva dell'autotutela esecutiva<sup>146</sup>. Il patto oggetto di trattazione permette, infatti, di soddisfare il credito senza ricorrere alla procedura esecutiva. Al riguardo, si parla di autoassegnazione del bene oggetto di garanzia senza l'intervento del giudice<sup>147</sup>.

---

<sup>144</sup> Di recente, in questo senso, A. LUMINOSO, *patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, cit., p. 20; G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Milano, 2017, p. 338.

<sup>145</sup> Per un approfondimento sulle alienazioni in garanzia, si segnalano, senza pretesa di completezza: S. PUGLIATINI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Diritto civile, Metodo. Teoria. Pratica*, Milano, 1951; F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996; F. MACARIO, *Circolazione e cessione dei diritti in funzione di garanzia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2006, p. 361 ss..

<sup>146</sup> Sul tema dell'autotutela, cfr.: M. FERRARA SANTAMARIA, *La giustizia privata*, Napoli, 1937; L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, Milano, I, 1971 e II, 1974; A. DAGNINO, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, Milano, 1983; G. BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984; L. MEZZANOTTE, *Il diritto di ritenzione. Dall'autotutela alla pena privata*, Napoli, 1995.

<sup>147</sup> Il dato, soprattutto se si considerano i marcciani introdotti dal legislatore speciale, si inserisce in una generale linea di tendenza alla progressiva dilatazione di quell'area grigia che separa l'inadempimento dell'obbligazione dall'operare delle regole in materia di esecuzione forzata (v. L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, Torino, 2016).

## 5. I patti marciali tipici.

Come anticipato, sono diverse le norme speciali che hanno dettato una regolamentazione del patto marcialo. Si fa riferimento, in particolare, alle discipline sul contratto di garanzia finanziaria, sul prestito vitalizio ipotecario; sul contratto di credito immobiliare ai consumatori garantito da ipoteca; e sul finanziamento alle imprese garantito dal trasferimento di un bene immobile.

Bisogna, tuttavia, precisare che si tratta di discipline non omogenee. Sicché si pone la questione se, malgrado la diversità delle figure disciplinate, sia possibile parlare di una fattispecie unitaria di patto marcialo, o se non si debba piuttosto discorrere di una pluralità di meccanismi di tipo marcialo<sup>148</sup>, previsti dal legislatore.

La diversità di disciplina tra i cc.dd. “patti marciali speciali” si giustifica in parte in ragione della differente condizione soggettiva del “finanziato”<sup>149</sup>. Ciò si riverbera sia sulla natura del bene oggetto dell’eventuale trasferimento in proprietà sia sugli interessi sottesi all’operazione di finanziamento<sup>150</sup>.

---

<sup>148</sup> Si preferisce questa espressione a quella di “patti marciali”, in ragione della circostanza che l’applicazione del meccanismo previsto nella disciplina del c.d. prestito vitalizio ipotecario non presuppone la stipulazione di un “patto”.

<sup>149</sup> Il soggetto finanziato è, infatti, differente in base alla fattispecie legale: una persona fisica ultrasessantenne nel caso del prestito vitalizio ipotecario; il consumatore nell’ipotesi del credito immobiliare; l’impresa per quanto riguarda il finanziamento garantito dal trasferimento di un bene immobile.

<sup>150</sup> E così, ad es., il patto regolato dal nuovo art. 120-*quinquiesdecies* T.U.B. concerne un’ipotesi di finanziamento ad un consumatore, garantito da un’ipoteca su un immobile, che le parti convengono (con clausola espressa) costituisca oggetto di trasferimento alla banca mutuante in caso di inadempimento. Per converso, l’art. 48-

Per converso, in tutte le ipotesi normative richiamate, il finanziatore è sempre la banca o altro soggetto autorizzato.

L'esplicito riconoscimento, da parte del legislatore, della validità della convenzione marcianda risponde all'esigenza di porre un rimedio alla crisi delle procedure esecutive pubbliche. Queste ultime si sono mostrate, infatti, inefficienti sia per le lungaggini necessarie al loro svolgimento, sia per gli insoddisfacenti risultati in termini di realizzazione del valore dei beni sottoposti ad esecuzione coattiva<sup>151</sup>.

Di particolare interesse è, inoltre, la circostanza che il legislatore non si preoccupa di disciplinare l'ammissibilità e la validità del patto marciando con riferimento alla generalità dei rapporti di credito. Viene lasciata aperta, quindi, la questione se, al di fuori dei casi espressamente disciplinati, la convenzione marcianda sia ammessa, in virtù dell'autonomia contrattuale<sup>152</sup>.

---

*bis* regola - come si legge nella rubrica - una fattispecie di finanziamento all'impresa, "garantito" in via autonoma (ossia a prescindere dalla costituzione di una ipoteca) dalla previsione convenzionale del trasferimento al creditore della proprietà o di altro diritto su un bene immobile (che, nella specie, è un immobile a destinazione commerciale, e comunque non può essere - dice la legge - un immobile adibito ad abitazione principale del proprietario, del coniuge, né di parenti o affini del proprietario entro il terzo grado) al verificarsi dell'inadempimento del debitore.

<sup>151</sup> Del resto, merita osservare che la medesima tecnica - basata sull'incentivo al credito attraverso la concessione di deroghe alle ordinarie norme che governano la realizzazione del diritto e l'operatività delle relative garanzie - è alla base del risalente meccanismo del credito fondiario. Al riguardo, è significativo che un'estensione di alcune delle norme relative al credito fondiario le precisamente di quelle contenute nell'art. 39, commi 1, 2, 3, 4 e 7, T.U.B.) sia esplicitamente prevista nella disciplina del c.d. "prestito vitalizio ipotecario".

<sup>152</sup> «Che non avrebbe in questo caso bisogno di essere specificamente regolamentata, attesa la presumibile occasionalità dell'erogazione di credito da parte di soggetti non istituzionalmente e professionalmente dediti a tale attività. Si

### 5.1. Garanzia finanziaria.

Il primo intervento legislativo volto ad accogliere espressamente il trasferimento di beni mobili con causa di garanzia risale al 2004. In attuazione della Direttiva 2002/47/CE<sup>153</sup>, infatti, è stato emanato il d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170, in materia dei contratti di garanzia finanziaria.

Tale categoria di negozi ricomprende «il contratto di pegno o il contratto di cessione del credito o di trasferimento della proprietà di attività finanziarie con funzione di garanzia, ivi compreso il contratto di pronti contro termine, e qualsiasi altro contratto di garanzia reale avente ad oggetto attività finanziarie e volto a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie» [art. 1, lett. *d*)].

Si tratta di una disciplina speciale sia dal punto di vista soggettivo sia da quello oggettivo. Quanto al primo aspetto, infatti, la normativa non trova applicazione riguardo a contratti tra persone fisiche; con riferimento al secondo profilo, la nuova regolamentazione si riferisce

---

lascerebbe, in questo caso, alla valutazione dei giudici (come è sin qui avvenuto) il compito di stabilire se concrete pattuizioni "marciane" (che resterebbero - in quanto non regolate dalla legge - pattuizioni atipiche) siano meritevoli di tutela ai sensi e per gli effetti dell'art. 1322 c.c.» (cfr. G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, in *I nuovi marciani*, 2017, Torino).

<sup>153</sup> La Direttiva ha voluto realizzare un regime comunitario per la dazione in garanzia di attività finanziarie con lo scopo di favorire l'integrazione, l'efficienza e la stabilità del mercato finanziario europeo. È stata individuata in maniera funzionale, inoltre, una tipologia di garanzia caratterizzata dalla qualifica soggettiva delle parti, dall'oggetto della garanzia e dalla natura dei crediti.

esclusivamente al contratto avente ad oggetto attività finanziarie, anche dematerializzate<sup>154</sup>.

Un ulteriore requisito concerne i crediti garantiti che devono avere natura di obbligazioni finanziarie. Queste ultime sono definite come «le obbligazioni, anche condizionali ovvero future, al pagamento

---

<sup>154</sup> Cfr. A. CHIANALE, *Alienazioni in garanzia e patti marciali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, 2021, Milano nota 5, p. 353: «Per attività finanziarie si intendono: *a)* il contante, definito come “denaro accreditato su un conto od analoghi crediti alla restituzione di denaro, quali i depositi sul mercato monetario”, con riferimento non tanto alla nozione di moneta avente corso legale (art. 1277 c.c.), quanto piuttosto al credito pecuniario del depositante, così come considerato nell'art. 1851 c.c. per il pegno irregolare; *b)* gli strumenti finanziari, che risultano dalla Sezione C dell'Allegato al tuf, la quale ha sostituito a sensi del d.lgs. 3 agosto 2017, n. 219, l'elenco in precedenza accolto dall'art. 1, comma 2, tuf, richiamato dal d.lgs. n. 170 del 2004: si tratta dei valori mobiliari (azioni e titoli rappresentativi di capitale di rischio negoziabili in mercati regolamentati; obbligazioni, altri titoli di debito e titoli di stato parimenti negoziabili), degli strumenti del mercato monetario, delle quote degli organismi di investimento collettivi, dei contratti di opzione, *futures*, *swaps* e di ogni altro strumento derivato relativi a tassi di interesse e merci, dei derivati per il trasferimento del rischio di credito, e delle quote di emissioni della Direttiva 2003/87/CB; peraltro si è ipotizzato di limitare il riferimento oggettivo al contenuto del tuf prima della citata modifica, così da escludere dall'oggetto dei contratti in esame gli strumenti derivati, in accordo con l'intenzione del legislatore comunitario e con la scarsa idoneità di tali strumenti a fungere da garanzia reale per la loro scarsa liquidità; *c)* i crediti in denaro derivanti da un contratto con il quale un ente creditizio concede un credito in forma di prestito, purché il debitore del credito dato in garanzia non sia un consumatore (art. 2, comma-2 *bis*: salvo che parte del contratto di garanzia sia una banca centrale o una banca sovranazionale): la normativa si applica quindi se l'ente finanziatore utilizza i propri crediti come garanzia per i propri debiti finanziari, inclusa l'ipotesi di garanzia data alle banche centrali avente ad oggetto finanziamenti concessi ai consumatori; *d)* per le banche centrali e per i sistemi di compensazione previsti dall'art. 1, comma 1, lett. r, del d.lgs. 12 aprile 2001, n. 120, le attività accettate a garanzia delle rispettive operazioni».

di una somma di denaro ovvero alla consegna di strumenti finanziari, anche qualora il debitore sia persona diversa dal datore della garanzia» [art. 1, lett. o)]<sup>155</sup>.

Non potendo, in questa sede, esaurire l'analisi dell'intero impianto normativo, si procederà alla disamina dei profili che appaiono di maggior interesse rispetto al tema d'indagine.

Al riguardo, dunque, occorre muovere dall'art. 4 del menzionato decreto. Tale disposizione disciplina le modalità di escussione del pegno per attività finanziarie. Allorché si verifichi un evento determinante l'escussione della garanzia finanziaria – inadempimento del debitore o qualsiasi altro evento convenuto tra i contraenti, che dà diritto di procedere all'escussione – il creditore pignoratizio ha la facoltà «di procedere osservando le formalità previste nel contratto: *a)* alla vendita delle attività finanziarie oggetto del pegno, trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del proprio credito, fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita; *b)* all'appropriazione delle attività finanziarie oggetto del pegno, diverse dal contante, fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita, a condizione che tale facoltà sia prevista nel contratto di garanzia finanziaria e che lo stesso ne preveda i criteri di valutazione; *c)* all'utilizzo del contante oggetto della garanzia per estinguere l'obbligazione finanziaria garantita»<sup>156</sup>.

---

<sup>155</sup> Sulla base di tale previsione è possibile ritenere che la garanzia finanziaria possa essere concessa da un terzo datore. Il requisito soggettivo si riferisce, dunque, al solo contratto di garanzia finanziaria.

<sup>156</sup> Per l'escussione v. ampiamente MURINO, *op. cit.*, 176 ss.; SALVATORE, *Trasferimenti*, cit., 25 ss.; merita ricordare, sulla natura facoltativa dell'escussione, che la Corte Giust. UE, 25 luglio 2018, causa C-107/17, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, 223 ss., con nota di FRATTARI, *La realizzabilità del contratto di garanzia finanziaria*

La modalità esecutiva, che qui più interessa, è quella appropriativa. L'appropriazione dell'oggetto della garanzia, che deve essere convenuta dalle parti, arricchisce il negozio di garanzia finanziaria con una convenzione marciانا. La modalità prevista alla lett. b) è corredata, infatti, dal limite del valore dell'obbligazione garantita e dall'obbligo di restituzione dell'eccedenza (art. 4, co. 2).

Viene in rilievo, altresì, l'art. 6, d.lgs. n. 170/2004, il cui primo comma<sup>157</sup> esplicita l'ammissibilità della cessione dei crediti e dell'alienazione degli strumenti finanziari in garanzia. Il comma 2 del medesimo articolo esclude, invece, l'applicazione dell'art. 2744, cod. civ. ai contratti di garanzia finanziaria che prevedono il trasferimento della proprietà con funzione di garanzia. Si è, però, segnalato che tale «precisazione non possiede un autonomo contenuto precettivo perché la disciplina dei contratti è coerente con la causa di garanzia che impone gli ormai noti correttivi marciاني e esclude in radice il conflitto con tale divieto [del patto commissorio]»<sup>158</sup>.

---

*nelle ipotesi di insolvenza del beneficiario*, cit., ha affermato che «l'articolo 4, paragrafi 1 e ss., della direttiva 2002/47 deve essere interpretato nel senso che non impone al beneficiario di una garanzia costituita in virtù di un contratto di garanzia finanziaria con costituzione di garanzia reale l'obbligo di recuperare in primo luogo da tale garanzia il proprio credito, derivante dall'inadempimento delle obbligazioni finanziarie garantite mediante tale contratto».

<sup>157</sup> Il primo comma così suona: «I contratti di garanzia finanziaria che prevedono il trasferimento della proprietà con funzione di garanzia, compresi i contratti di pronti contro termine, hanno effetto in conformità ai termini in essi stabiliti, indipendentemente dalla loro qualificazione». Viene così attuato il cons. (13) della Direttiva, che ha l'obiettivo di impedire la qualificazione come semplici diritti reali di garanzia da parte degli ordinamenti nazionali «dei contratti di garanzia fondati sul trasferimento della piena proprietà della garanzia finanziaria».

<sup>158</sup> La citazione è tratta da A. CHIANALE, *Alienazioni in garanzia e patti marciاني*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, 2021, Milano, p. 355.

Il decreto non legittima, infatti, le alienazioni in garanzia in ogni caso; l'art. 6 salvaguarda, invero, esclusivamente i contratti di garanzia finanziaria. La non applicabilità dell'art. 2744, cod. civ., disposta dal menzionato articolo, non significa che il contratto di garanzia finanziaria sia esente dai correttivi elaborati per il patto marciano, che nella materia in esame compaiono all'art. 4, d.lgs. n. 170/2004, dedicato alla escussione del pegno. Ne consegue, quindi, che l'art. 6, d.lgs. n. 170/2004, non ha introdotto una rivoluzionaria deroga al divieto di patto commissorio, ma ha riproposto un meccanismo marciano.

## **5.2. Prestito vitalizio ipotecario.**

Il prestito vitalizio ipotecario è disciplinato dall'art. 11-*quaterdecies*, D. L. 203/2005, come modificato dalla L. 2 aprile 2015, n. 44<sup>159</sup>. Il Decreto Legge forniva, tuttavia, soltanto la definizione dell'istituto, senza prevederne la disciplina. Ciò aveva reso opportuno un ulteriore intervento legislativo volto a individuare «specificatamente i diversi profili di questa nuova forma di finanziamento, che non possono essere regolamentati per analogia ai tradizionali mutui ipotecari»<sup>160</sup>. In base alla formulazione del 2015, la fisionomia

---

<sup>159</sup> L'art. 11-*quaterdecies*, co. 12, D.L. 30 settembre del 2005 si limitava a definire questa tipologia di credito immobiliare legato alla casa di abitazione come prestito avente ad oggetto «la concessione da parte di aziende ed istituti di credito nonché da parte degli intermediari finanziari, di cui all'art. 106 del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, di finanziamenti a medio e lungo termine, con capitalizzazione annuale di interessi e spese, e rimborso integrale in un'unica soluzione alla scadenza, assistiti da ipoteca di primo grado su immobili residenziali, riservati a persone fisiche con età superiore ai 65 anni compiuti».

<sup>160</sup> Cfr. R. RINALDI-A. VARRATI, *Lo sviluppo del prestito ipotecario vitalizio in Italia: potenzialità e problemi normativi*, in *Bancaria*, 2007, 3, p. 70 ss., cui si riferisce il periodo citato.

dell'istituto in esame può essere così sintetizzata: «il finanziatore concede al richiedente ultrasessantenne un prestito, assistito da ipoteca di primo grado sull'immobile residenziale, con capitalizzazione annua di interessi e spese e con rimborso integrale del prestito in unica soluzione, di regola entro un anno dalla morte del finanziato<sup>161</sup>, e con la possibilità per il finanziatore, in ipotesi di mancato rimborso, di vendere (in deroga alla normale procedura esecutiva) direttamente l'immobile offerto in garanzia al prezzo di mercato, secondo la valutazione fatta da un perito indipendente, e di trattenere le somme ricavate dalla vendita per estinguere il debito con restituzione dell'eventuale eccedenza agli eredi del finanziatore»<sup>162</sup>. Questi ultimi non dovranno sopportare, inoltre, il rischio di c.d. “*cross-over*”, ossia di debito che supera il valore del bene. Il legislatore ha, infatti, escluso questo rischio, prevedendo che «l'importo del debito residuo non può superare il ricavato della vendita dell'immobile, al netto delle spese sostenute» (art. 11-*quaterdecies*, comma 12-*quater*)<sup>163</sup>.

È da segnalare la circoscritta delimitazione soggettiva della disciplina in esame. Possono concedere il mutuo, infatti, esclusivamente istituti di credito e intermediari finanziari regolarmente iscritti all'albo di cui all'art. 106 T.U.B., in quanto autorizzati e sottoposti ai controlli e alla vigilanza della Banca d'Italia. Quanto al soggetto passivo del rapporto obbligatorio, si deve trattare

---

<sup>161</sup> È possibile che il rimborso avvenga in caso di alienazione del bene oppure in presenza di determinati eventi pregiudizievoli per il creditore stabiliti dal regolamento di attuazione.

<sup>162</sup> V. T. RUMI, *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *I nuovi marciatori*, 2017, Torino, p. 116.

<sup>163</sup> Cfr. A. CHIANALE, *L'inutilità dell'ipoteca nel prestito vecchietti*, in *Notariato*, n. 4/2016, p. 359. L'autore afferma che si tratta di una trasmissione di debito agli eredi limitata al valore dell'immobile.

necessariamente di persona fisica, non necessariamente consumatore, di età superiore ai sessanta anni.

Sul versante oggettivo, invece, il finanziamento è garantito da ipoteca di primo grado su immobili residenziali<sup>164</sup>.

Il termine di restituzione del finanziamento coincide, inoltre, con il momento della morte del soggetto finanziato o con il trasferimento, in tutto o in parte, del diritto di proprietà o di altri diritti reali o di godimento sull'immobile dato in garanzia o con il compimento di atti che ne riducono il valore in misura considerevole<sup>165</sup>.

È con riferimento alla mancata restituzione del prestito che l'istituto in esame risulta di particolare interesse, prevedendo l'art. 11-*quaterdecies*, comma 12-*quater*, d.l. n. 203/2005, un meccanismo marciano. L'articolo richiamato prevede, infatti, che «qualora il finanziamento non sia integralmente rimborsato entro dodici mesi dal verificarsi degli eventi di cui al citato comma 12<sup>166</sup>, il finanziatore

---

<sup>164</sup> In ragione del riferimento alla "residenza" operato dalla lett. g) dell'art. 3, D.M. n. 226/2015, si ritiene che si tratti della residenza del finanziato, e non di qualsiasi altra casa di sua proprietà.

<sup>165</sup> Tali atti, considerati cause legali di decadenza dal beneficio del termine *ex* art. 1186, cod. civ. (cfr. T. RUMI, *Il prestito vitalizio ipotecario*, nota 61, p. 125), sono specificati dall'art. 3, D.M. n. 226/2015. Quest'ultimo decreto individua le ipotesi che impediscono al finanziatore la vendita diretta del bene (costituzione di diritti reali di usufrutto, abitazione, uso, superficie e servitù sull'immobile ipotecato) e quelle che riducono il valore dell'immobile in modo significativo. Con riferimento alla seconda categoria, basti pensare, a titolo esemplificativo, alla mancata manutenzione del bene con conseguente revoca della sua abitabilità e all'attribuzione a terzi, diversi dai familiari del finanziato, del diritto di risiedere nell'immobile).

<sup>166</sup> Si fa riferimento alla morte del soggetto finanziato; trasferimento, in tutto o in parte, proprietà o di altri diritti reali o di godimento sull'immobile dato in garanzia; compimento di atti che ne riducano significativamente il valore, inclusa la

vende l'immobile ad un valore pari a quello di mercato, determinato da un perito indipendente incaricato dal finanziatore, utilizzando le somme ricavate dalla vendita per estinguere il credito vantato in dipendenza del finanziamento stesso». Si è rilevato come questa previsione rappresenti una deroga agli artt. 555 ss. cod. proc. civ., in materia di esecuzione forzata immobiliare.

Qualora il prezzo sia inferiore all'ammontare del credito garantito, inoltre, il finanziato o i suoi eredi non sono obbligati a rimborsare la somma residua. L'effetto esdebitativo previsto dalla legge estingue, invero, il credito.

Come osservato dalla dottrina<sup>167</sup>, il congegno di cui al comma 12-*quater* dell'art. 11-*quaterdecies* è compatibile con la *ratio* del divieto di patto commissorio. Ciò, in primo luogo, perché è la stessa legge che attribuisce al creditore il potere di autotutelarsi vendendo direttamente il bene dato in garanzia; in secondo luogo, poiché si tratta di un'autotutela esecutiva conformata dall'ordinamento attraverso un meccanismo marciano, idoneo ad assicurare garanzie, come il controllo esterno e l'imparzialità<sup>168</sup>, proprie della procedura giurisdizionale di tutela dei diritti. Vengono così assicurate la proporzione tra le

---

costituzione di diritti reali di garanzia in favore di terzi che vadano a gravare sull'immobile.

<sup>167</sup> Sul punto, criticamente, MANNELLA - PLATANIA, *op. cit.*, 200, per i quali sia il disegno di legge del 2007, sia la prassi formatasi sotto il vigore della previgente disciplina riservavano la nomina ad un soggetto terzo, nello specifico il Presidente del Tribunale del luogo in cui è situato l'immobile.

<sup>168</sup> Ciò viene garantito attraverso la nomina di un terzo arbitratore/perito imparziale, cui spetta la determinazione del prezzo dell'alienazione solo in un momento successivo all'inadempimento del debitore, nonché mediante la possibilità delle parti di ricorrere al giudice in base a quanto disposto dall'art. 1349, co. 1, cod. civ..

prestazioni delle parti e, dunque, la restituzione al debitore dell'eccedenza derivante dalla vendita del bene.

Si è, quindi, sostenuto che non appare condivisibile la tesi secondo cui il prestito vitalizio ipotecario costituisce una «nuova forma di “autotutela” esecutiva unilaterale al di fuori di ogni controllo giurisdizionale» in ragione della possibilità, per il creditore, di «procedere alla vendita dell'immobile senza dover preliminarmente procurarsi un titolo esecutivo e senza dover procedere al pignoramento dell'immobile», trattenendo dal ricavato «quella parte necessaria ad estinguere il proprio credito senza dover attendere un provvedimento giudiziale che “assegni” le somme»<sup>169</sup>.

Il credito del finanziatore può considerarsi privilegiato solo dal punto di vista processuale, «perché “salta” la procedura esecutiva giudiziale»<sup>170</sup>, ma non sotto l'aspetto sostanziale, in quanto non crea una nuova causa di prelazione, né altera l'ordine delle prelazioni già esistenti, essendo il finanziamento assistito da ipoteca di primo grado.

Si è precisato che nel caso in esame, pur essendo previsto un meccanismo marciano, non può parlarsi di “patto”, poiché il potere del finanziatore di vendere il bene non è rimesso ad una scelta negoziale, ma trova la sua fonte direttamente nella legge. In altri termini, l'eventuale vendita del bene è un effetto legale che scaturisce dalla conclusione del contratto in esame<sup>171</sup>. È possibile osservare, inoltre, che

---

<sup>169</sup> Così MANNELLA - PLATANIA, *op. cit.*, p. 175.

<sup>170</sup> V. T. RUMI, *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni “marciane” a garanzia del credito immobiliare*, in *I nuovi marciani*, Torino, Giappichelli Editore, 2017.

<sup>171</sup> Al riguardo, v. L. FOLLIERI, *Il patto marciano tra diritto «comune» e «speciale»*, cit., pp. 1862-1863; R. LENZI, *Il prestito vitalizio ipotecario*, cit. p. 1737, il quale discorre di “legittimazione a disporre di fonte legale”; A. LUMINOSO, *Patto*

il prestito vitalizio ipotecario non è una vera e propria alienazione in garanzia. In caso di inadempimento del debitore o dei suoi eredi, infatti, il finanziatore non acquista *ex lege* la proprietà dell'immobile, ma la legge gli attribuisce soltanto il potere di vendere il bene per soddisfarsi sul ricavato e restituire l'eventuale eccedenza agli aventi diritto.

Il meccanismo di garanzia del finanziatore si fonda, infatti, non sull'ipoteca, ma sul mandato con rappresentanza *ex lege* concesso al finanziatore *in rem propriam*, esercitabile anche in seguito alla morte del debitore, con le finalità e nelle ipotesi stabilite dalla legge. Nel caso in esame, l'ipoteca non svolge la tipica funzione di garanzia, ma viene utilizzata dalla legge quale strumento per rendere opponibile agli aventi causa del debitore l'esercizio del potere di vendita da parte del creditore<sup>172</sup>.

Dalla circostanza che il potere di vendita in esame ha fonte legale, ne discende che non occorre alcuna manifestazione di volontà del finanziato affinché sorga il potere di vendere l'immobile in capo al finanziatore né risulta necessario il conferimento di un apposito mandato a tal fine. Si tratta, dunque, di un effetto legale del contratto

---

*marciano, patto commissorio e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, p. 24, il quale si esprime in termini di “strumento (non convenzionale) di autosoddisfacimento del creditore”, e M. CONFORTINI, *Clausole negoziali: profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche*, Torino, 2017-2024.

<sup>172</sup> Per una prima valutazione in tal senso v. A. CHIANALE, *L'inutilità dell'ipoteca nel "prestito vecchietti"*, cit.; concordano la relazione del disegno di legge delega n. 1151 (Senato) del 19 marzo 2019 ammette che qui «l'ipoteca presenta tratti peculiari che la distinguono dalla tradizionale garanzia reale»; LENZI, *Il prestito*, cit., 1737 ., considera «alternativa» la ricostruzione del testo, ritenuta «un'interpretazione che cerca di dare senso all'ambiguo testo normativo » con « conseguenze sotto certi aspetti dirompenti rispetto alla disciplina tradizionale degli istituti in gioco».

Parte della dottrina ha rilevato che il potere di vendita è rinunciabile da parte del finanziatore. In tal senso, si è sostenuto che la rinuncia coincide con l'inizio dell'espropriazione immobiliare. Il creditore sceglie, quindi, di non procedere all'escussione in autotutela consentita dal legislatore. Se il finanziatore rinuncia alla garanzia marciaria, dunque, questi può escutere quella ipotecaria, in ragione della natura ancillare dell'iscrizione dell'ipoteca rispetto all'esercizio del potere di vendita del creditore. In altri termini, ad avviso di questo orientamento, la legge ha sì concepito il prestito vitalizio ipotecario come finanziamento con esdebitazione, prevedendo l'autotutela marciaria, ma non ha escluso l'esecuzione ipotecaria.

### **5.3. Il patto marciario nei contratti di credito immobiliare ai consumatori (art. 120 *quinquiesdecies* del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia).**

Il credito immobiliare ai consumatori è stato introdotto nell'ordinamento italiano con il D. Lgs. 21 aprile 2016 n. 72 (c.d. Decreto "Mutui"), mediante l'inserimento nel Titolo VI del D. Lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (Testo unico bancario: T.U.B.) del Capo I *bis* (artt. 120-*quinquies* – 120-*noviesdecies*)<sup>173</sup>. La nuova normativa è il frutto del recepimento della direttiva 2014/17/UE<sup>174</sup>.

L'art. 120-*quinquies*, lett. *c*), T.U.B. definisce i contratti di prestito immobiliare ai consumatori come i negozi di credito mediante i quali un finanziatore concede o si impegna a concedere a un

---

<sup>173</sup> Cfr. L. FOLLIERI, *La nuova disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, in A.V., *I contratti bancari*, a cura di PIRAINO e CHERTI, Torino, 2016, 217 ss..

<sup>174</sup> L'intervento eurounitario era mosso da un duplice scopo: rinvigorire la fiducia dei consumatori nel settore finanziario e contrastare il crescente indebitamento dei soggetti sovvenuti.

consumatore<sup>175</sup> un credito nella veste di dilazione di pagamento, di prestito o di altra facilitazione finanziaria, quando il credito è garantito da ipoteca di primo grado<sup>176</sup> sul diritto di proprietà, o su altro diritto reale, relativo a immobili residenziali, oppure quando esso è volto all'acquisto o alla conservazione del diritto di proprietà su un terreno o su immobile edificato o progettato, non destinato all'eventuale attività professionale svolta dal sovvenuto-acquirente<sup>177</sup>.

---

<sup>175</sup> Ai sensi dell'art. 3 del Codice del consumo, si intende per consumatore la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta.

<sup>176</sup> Arg. ex art. 38, co. 1, T.U.B..

<sup>177</sup> L'art. 120-sexies T.U.B. precisa altresì che non rientrano nella fattispecie del credito immobiliare ai consumatori : «a) contratti di credito in cui il finanziatore: 1) concede una *tantum* o periodicamente una somma di denaro o eroga credito sotto altre forme in cambio di una somma derivante dalla vendita futura di un bene immobile residenziale o di un diritto reale su un bene immobile residenziale; e; 2) non chiede il rimborso del credito fino al verificarsi di uno o più eventi specifici afferenti la vita del consumatore, salvo in caso di violazione, da parte del consumatore, dei propri obblighi contrattuali che consenta al finanziatore di domandare la risoluzione del contratto di credito; b) contratti di credito mediante i quali un datore di lavoro, al di fuori della sua attività principale, concede ai dipendenti crediti senza interessi o a un TAEG inferiore a quello prevalente sul mercato e non offerti al pubblico in genere; c) contratti di credito, individuati dalla legge, relativi a prestiti concessi a un pubblico ristretto, con finalità di interesse generale, che non prevedono il pagamento di interessi o prevedono tassi inferiori a quelli prevalenti sul mercato oppure ad altre condizioni più favorevoli per il consumatore rispetto a quelle prevalenti sul mercato e a tassi debitori non superiori a quelli prevalenti sul mercato; d) contratti di credito in cui il credito è concesso senza interessi o ulteriori oneri, a esclusione di quelli per il recupero dei costi direttamente connessi all'ipoteca; e) contratti di credito nella forma dell'apertura di credito, qualora il credito sia da rimborsare entro un mese; f) contratti di credito risultanti da un accordo raggiunto davanti a un giudice o altra autorità prevista dalla legge; g) contratti di credito relativi alla dilazione, senza spese, del

Viene qui in rilievo l'art. 120-*quinqüesdecies* T.U.B., rubricato sotto la voce "Inadempimento del consumatore". Tale disposizione è stata considerata, infatti, sin dalle prime interpretazioni<sup>178</sup>, una positivizzazione del patto marciano.

In particolare, il comma 3 del citato articolo<sup>179</sup> prevede che, fermo il divieto di patto commissorio, le parti del contratto di credito immobiliare ai consumatori possono inserire nel regolamento negoziale, mediante patto espresso, la previsione che collega all'inadempimento qualificato del consumatore la restituzione o il

---

pagamento di un debito esistente, se non comportano l'iscrizione di un'ipoteca; *h*) contratti di credito non garantiti finalizzati alla ristrutturazione di un bene immobile residenziale; *i*) contratti di credito in cui la durata non è determinata o in cui il credito deve essere rimborsato entro dodici mesi ed è destinato ad essere utilizzato come finanziamento temporaneo in vista di altre soluzioni per finanziarie l'acquisto della proprietà di un bene immobile».

<sup>178</sup> V. G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., 29 ss.; S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis T.U.B.: il "pasticcio" di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, in *I nuovi marciano*, Torino, 2017, pp. 51 ss..

<sup>179</sup> L'art. 120-*quinqüesdecies*, co. 3, T.U.B. così suona: «Fermo quanto previsto dall'articolo 2744 del codice civile, le parti possono convenire, con clausola espressa, al momento della conclusione del contratto di credito, che in caso di inadempimento del consumatore la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del medesimo bene comporta l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore derivante dal contratto di credito anche se il valore del bene immobile restituito o trasferito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è inferiore al debito residuo. Se il valore dell'immobile come stimato dal perito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è superiore al debito residuo, il consumatore ha diritto all'eccedenza. In ogni caso, il finanziatore si adopera con ogni diligenza per conseguire dalla vendita il miglior prezzo di realizzo. La clausola non può essere pattuita in caso di surrogazione nel contratto di credito ai sensi dell'articolo 120-*quater*».

trasferimento al creditore del bene immobile oggetto di garanzia reale o la legittimazione alla vendita dello stesso e il diritto a fare propri i proventi, in funzione soddisfattiva delle proprie ragioni.

La disposizione riconosce l'effetto estintivo della posizione debitoria del consumatore alla restituzione o al trasferimento al creditore del bene ipotecato oppure all'acquisizione del prezzo della vendita. Tale effetto si produce anche nel caso in cui il valore dell'immobile, restituito o trasferito, ovvero il ricavato della vendita siano inferiori al debito residuo. Qualora il valore del bene oppure l'ammontare del prezzo conseguito dalla vendita siano superiori al debito residuo, invece, il creditore ha l'obbligo di restituire l'eccedenza al debitore.

La norma precisa altresì che l'inadempimento qualificato, al ricorrere del quale è consentito al creditore di invocare la convenzione marciata, consiste nel mancato pagamento di un ammontare equivalente a diciotto rate mensili (120-*quinqüesdecies*, co. 4, lett. c), T.U.B.)<sup>180</sup>.

Nella disciplina in esame, a differenza di quanto previsto nell'art. 48-*bis*, T.U.B., in materia di finanziamenti alle imprese, il patto marciato non può essere successivo alla stipulazione del mutuo, ma deve essere contestuale ad essa.

L'art. 120-*quinqüesdecies*, co. 4, lett. d), T.U.B., richiede, inoltre, una stima, successiva all'inadempimento, del valore del bene da parte

---

<sup>180</sup> La lett. c) del co. 4 dell'art. 120-*quinqüesdecies*, T.U.B., prevede che: «costituisce inadempimento il mancato pagamento di un ammontare equivalente a diciotto rate mensili; non costituiscono inadempimento i ritardati pagamenti che consentono la risoluzione del contratto ai sensi dell'articolo 40, comma 2». In ogni caso, rimane fermo il diritto del finanziatore alla risoluzione del mutuo per inadempimento, secondo le regole di diritto comune.

di un perito indipendente<sup>181</sup>, scelto dalle parti o, in caso di disaccordo, nominato dal Presidente del Tribunale territorialmente competente.

Ai sensi dell'art. 120-*quinquiesdecies*, co. 4, lett. a), inoltre, «il finanziatore non può condizionare la conclusione del contratto di credito alla sottoscrizione della clausola». Si sostiene che dalla violazione di tale disposizione discenda la nullità parziale del contratto di credito immobiliare. Tale invalidità colpirebbe, infatti, esclusivamente il patto marciano, conservando il restante regolamento negoziale. A sostegno di questa teoria, si è argomentato che la prescrizione in esame ha «natura imperativa e non sembra esaurirsi in una mera regola di condotta ma anzi incidere sulla validità del regolamento contrattuale, rendendo il patto marciano un contenuto negoziale estorto in dispregio di un esplicito divieto di legge»<sup>182</sup>.

Passando agli aspetti problematici della normativa in esame, nell'ipotesi in cui il finanziatore decida di vendere il bene per soddisfare le proprie ragioni creditorie, è sorta la questione dei criteri a cui attenersi. La disciplina del credito immobiliare ai consumatori non prevede, infatti, un parametro simile a quello individuato in tema di prestito vitalizio ipotecario, ossia il criterio del “prezzo di mercato”<sup>183</sup>. L'art. 120-*quinquiesdecies*, co. 3, T.U.B. si limita a prescrivere che «in ogni caso, il finanziatore si adopera con ogni diligenza per conseguire dalla vendita il miglior prezzo di realizzo». Nonostante la genericità di quest'ultima disposizione, si ritiene che le due previsioni – quella in materia di prestito ipotecario vitalizio e quella concernente il credito

---

<sup>181</sup> La perizia deve essere svolta secondo i criteri stabiliti nell'art. 120-*duodecies* T.U.B..

<sup>182</sup> Cfr. F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori*, in *I nuovi marcciani*, Torino, 2017, p. 190.

<sup>183</sup> Parametro contenuto nell'art. 11-*quaterdecies*, comma 12-*quater*, D.L. 30 settembre 2005, n. 203.

immobiliare ai consumatori – conducano all’applicazione dello stesso criterio, poiché il miglior prezzo di realizzo coincide con il prezzo di mercato. A corroborare tale tesi, inoltre, soccorre la circostanza che, qualora il debitore contesti il prezzo ricavato dalla vendita, è verosimile che il consulente tecnico d’ufficio adotti, come parametro per accertare l’adeguatezza del prezzo, il valore di mercato dell’immobile<sup>184</sup>.

Ulteriore questione di rilievo è il rapporto tra escussione in autotutela e tutela giurisdizionale ordinaria attuata mediante l’espropriazione, essendo strutturata la prima come concorrente con la seconda<sup>185</sup>. Ciò significa che il finanziatore può scegliere quale forma di escussione porre in essere, essendo necessaria la sua manifestazione di volontà di avvalersi della clausola marciana. Si rendono opportune, tuttavia, due precisazioni. L’autotutela richiede, innanzitutto, un inadempimento qualificato. Qualora quest’ultimo manchi, ma si tratti comunque di un inadempimento di non scarsa importanza (art. 1455, cod. civ.), si ritiene che il finanziatore possa avvalersi dell’espropriazione ipotecaria<sup>186</sup>. In secondo luogo, se il creditore non si avvale dell’autotutela marciana, ricorrendo all’ordinaria espropriazione, il consumatore non può invocare l’effetto esdebitativo (art. 120-*quinquiesdecies*, comma 6, T.U.B.)<sup>187</sup>. Il creditore sceglierà,

---

<sup>184</sup> V. G. D’AMICO, *op. cit.*, p. 31.

<sup>185</sup> Cfr. F. PIRANO, *op. cit.*, p. 1749; V. CONFORTINI, *op. cit.*, 248. Favorevole alla tesi per cui il patto marciano limiti il potere del creditore di optare per l’azione esecutiva ordinaria v. G. GRISI, *Note in margine ad adempimento e responsabilità*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 557 ss..

<sup>186</sup> Cfr. SALVATORE, *op. cit.*, 72 ss.

<sup>187</sup> L’art. 120-*quinquiesdecies*, comma 6, T.U.B., così suona: «Nei casi, diversi da quelli di cui al comma 3, in cui il finanziatore fa ricorso all’espropriazione immobiliare e, a seguito dell’escussione della garanzia residui un debito a carico del

dunque, quest'ultima via quando sussiste il rischio di un ricavo dalla vendita in autotutela inferiore al proprio credito.

Dal momento che il patto marciano integra il contenuto del contratto di mutuo, il creditore non deve chiedere la risoluzione del rapporto contrattuale, che travolgerebbe anche la clausola, ma dovrebbe reagire chiedendo il rimborso integrale, a seguito della decadenza *ex art. 1186, cod. civ.*<sup>188</sup>. Da ciò consegue che, in forza della regola generale di alternatività dei rimedi posta dall'art. 1453, co. 2, cod. civ.<sup>189</sup>, se il finanziatore agisce per l'espropriazione ordinaria, invocando la risoluzione del contratto di mutuo, non gli è più permesso avvalersi della convenzione marciana.

In conclusione, è possibile affermare che il patto di cui all'art. 120-*quinquiesdecies* T.U.B. presenta tutti gli elementi essenziali dello schema della convenzione marciana. A questi elementi, però, la disciplina del credito immobiliare ai consumatori aggiunge al patto marciano un effetto del tutto peculiare: l'estinzione del debito, anche qualora il valore del bene o il prezzo della vendita risultino inferiori all'entità del credito residuo. Parte della dottrina<sup>190</sup> afferma che l'effetto esdebitativo sia legato di diritto alla convenzione marciana in esame.

---

consumatore, il relativo obbligo di pagamento decorre dopo sei mesi dalla conclusione della procedura esecutiva».

<sup>188</sup> In tal senso F. PIRAINO, *op. cit.*, p. 1749, e *ivi* la critica di ricostruzioni alternative.

<sup>189</sup> L'art. 1453, co. 2, cod. civ., così recita: «La risoluzione può essere domandata anche quando il giudizio è stato promosso per ottenere l'adempimento; ma non può più chiedersi l'adempimento quando è stata domandata la risoluzione».

<sup>190</sup> V. G. MATTARELLA, *Clausola marciana e tutela del consumatore: la dubbia compatibilità col diritto europeo dell'art. 120-quinquiesdecies t.u.b.*, in *LA NUOVA GIURISPRUDENZA CIVILE COMMENTATA*, 2020, p. 718 nt. 31; la condivide LUMINOSO, *Patto marciano*, cit., 140.

Quest'ultima non potrebbe, dunque, essere pattuita escludendo tale effetto.

#### **5.4. Il patto marciano nei contratti di finanziamento alle imprese (art. 48-*bis* del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia).**

L'art. 48-*bis*, T.U.B., disciplina un'ulteriore ipotesi di marciano tipico. La norma ora richiamata – inserita nel Testo Unico del D.L. 3.05.2016 n. 59 – prevede che il contratto di finanziamento, stipulato tra una banca, o altro soggetto autorizzato a concedere finanziamenti nei confronti del pubblico, ed un imprenditore, può essere garantito con il trasferimento a favore del creditore del diritto di proprietà o altri diritti immobiliari dell'imprenditore o di un terzo, sospensivamente condizionato all'inadempimento qualificato del debitore. La norma fa salvo, inoltre, l'obbligo del creditore di corrispondere al proprietario l'eventuale eccedenza del valore del diritto, stimato da un perito, rispetto all'ammontare del debito inadempito e delle spese di trasferimento.

L'inserimento della clausola marciana comporta, dunque, la facoltà<sup>191</sup> del creditore di attivare, al verificarsi della condizione di inadempimento del debitore, il procedimento di trasferimento alla banca, o a una società controllata dalla stessa o ad essa collegata, della proprietà di un immobile (o di altro diritto immobiliare), mediante il quale soddisfare le proprie ragioni creditorie.

---

<sup>191</sup> Il trasferimento non è, dunque, automatico, ma presuppone l'esercizio di un diritto potestativo da parte del creditore. Tale circostanza rappresenta una differenza rispetto al patto marciano conosciuto nella prassi contrattuale fino all'introduzione dell'art. 48-*bis*, T.U.B.

La natura dell'istituto è discussa in dottrina. Nonostante sia evidente la causa di garanzia del trasferimento in esame, vi è chi riconduce la nuova figura nell'ambito solutorio di cui all'art. 1197, cod. civ.<sup>192</sup>. Altra parte della dottrina sostiene, invece, che si tratti di un nuovo tipo contrattuale nel quale l'erogazione del credito viene garantita dall'alienazione immobiliare condizionata come elemento caratterizzante della figura<sup>193</sup>. Quest'ultima lettura è, tuttavia, confutata dalla possibilità che l'alienazione venga pattuita *ex intervallo* rispetto al finanziamento. Il contratto di finanziamento e l'alienazione in garanzia sono, dunque, distinti tra loro, nonostante il carattere accessorio della seconda rispetto al primo.

Il trasferimento in garanzia si atteggia in due modi differenti: da un lato, può essere l'unica garanzia immobiliare in favore del creditore<sup>194</sup>; dall'altro, può aggiungersi a un'ipoteca iscritta sullo stesso bene a favore della banca<sup>195</sup>.

---

<sup>192</sup> Per la funzione di garanzia v. M. NATALE, *Recenti tentativi di tipizzazione del patto marciano*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, 6; F. PIRAINO, *L'inadempimento*, cit., 197 ss.; V. CONFORTINI, *op. cit.*, 230 s.; per la funzione solutoria v. S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis*, cit., 51 ss..

<sup>193</sup> V. S. PAGLIANTINI, *op. loc. cit.*; SCOTTI, *op. cit.*, 1481 ss.: per la condivisibile critica di questa lettura, che in definitiva individua nel patto marciano dell'art. 48 bis tub una opzione di *datio in solutum*. v. G. D'AMICO, *op. cit.*, 23 ss., dove si ritengono parimenti infondate le ipotesi che il patto generi un'obbligazione alterativa ovvero un'obbligazione con facoltà alternativa.

<sup>194</sup> L'alienazione in garanzia assume, in questo caso, le vesti di clausola del finanziamento oppure può essere separatamente da esso.

<sup>195</sup> In questa ipotesi, l'alienazione in garanzia si cumula all'iscrizione di ipoteca sull'immobile a tutela del medesimo credito.

In entrambe le ipotesi citate, l'alienazione in garanzia può essere precedente, contestuale oppure successiva<sup>196</sup> alla concessione del finanziamento. Nel primo caso (alienazione precedente), la garanzia è data per un credito futuro, il quale deve sorgere da un rapporto già esistente.

L'ambito di applicazione dell'art. 48-*bis* è ristretto ai solo contratti cc.dd. *b2b*<sup>197</sup>. L'istituto riguarda, infatti, dal lato attivo, le ipotesi in cui il creditore sia una banca o altro soggetto autorizzato a concedere un finanziamento ai sensi dell'art. 106 T.U.B.. Con riguardo al lato passivo, invece, il debitore deve essere un imprenditore<sup>198</sup>.

Quando l'alienazione in garanzia è concessa da un terzo datore, la qualifica di imprenditore deve essere rivestita soltanto dal debitore garantito. Il terzo può, quindi, anche essere un consumatore, come risulta dal tenore del comma 3<sup>199</sup> della disposizione in commento. In

---

<sup>196</sup> La pattuizione intervenuta durante la vita del finanziamento non costituisce novazione del contratto di credito; le parti non intendono, infatti, sostituire all'obbligazione originaria una nuova obbligazione con oggetto o titolo diverso. Si tratta, piuttosto, di una costituzione di una garanzia reale accessoria al rapporto garantito.

<sup>197</sup> Al contrario, il prestito vitalizio ipotecario appartiene, invece, al *genus* dei contratti *b2c*.

<sup>198</sup> La definizione di imprenditore è contenuta nell'art. 2082, cod. civ.. Quest'ultima disposizione così suona: «È imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi». Per alcuni, inoltre, tale requisito impedisce la successione nel debito per atto tra vivi da parte di un non imprenditore (cfr. S. PAGLIATINI, *op. ult. cit.*, 44 nt. 4), risultando inefficace la vicenda sostanziale di successione nel debito garantito. all'opposto, invece, si ritiene che sia irrilevante la perdita del requisito soggettivo.

<sup>199</sup> Il comma 3 dell'art. 48-*bis*, ha il seguente tenore: «Il trasferimento non può essere convenuto in relazione a immobili adibiti ad abitazione principale del proprietario, del coniuge o di suoi parenti e affini entro il terzo grado».

questo caso, tuttavia, si presenta la questione dell'imprenditore c.d. di rimbalzo, affrontata dalla giurisprudenza con riferimento alla concessione della fideiussione. I giudici di legittimità avevano sostenuto, con un'interpretazione che parrebbe estendibile alla garanzia di cui all'art. 48-*bis* T.U.B., che sono applicabili al consumatore, garante di un imprenditore, le regole del rapporto obbligatorio principale. Questa soluzione interpretativa è stata, però, superata da recenti pronunce della Corte di Giustizia Europea e della Corte di Cassazione, nelle quali si è affermato che la disciplina delle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori deve trovare applicazione anche per il contratto di garanzia immobiliare, di cui beneficia una società commerciale, qualora il garante non agisca nell'esercizio della propria attività professionale<sup>200</sup>. Al terzo datore consumatore va applicata, quindi, «la relativa normativa di protezione, anche se in effetti, considerata la natura inderogabile di ampia parte del contenuto dell'alienazione disciplinata dall'art. 48-*bis*, T.U.B, è arduo individuare clausole che potrebbero essere ammissibili, ma vessatorie per il garante consumatore»<sup>201</sup>.

---

<sup>200</sup> Per l'esame di CEG, 19 novembre 2015, n. 74, v. M. RENNA, *La tutela consumeristica del fideiussore: riflessioni a partire da una recente pronuncia della Corte di giustizia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, pp. 1119 ss.; concorda ora Cass., 3 dicembre 2020, n. 27618. Cfr. S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis*, cit., p. 49 ss.; v. poi L. VIZZONI, *Spunti in tema di qualificazioni dei contraenti e posizione del terzo garante nel nuovo scenario delle garanzie del credito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, II, pp. 455 ss.; da ultimo sull'argomento v. l'analisi di M.C. DOLMETTA, *Sul fideiussore consumatore: linee dell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Barca, borsa, tit. cred.*, 2017, II, 281 ss.; M. SIMEON, *Il fideiussore del professionista può essere consumatore: tramonto della teoria del professionista "di riflesso"*, in *Giur. comm.*, 2020, II, 1243 ss..

<sup>201</sup> Cfr. A. CHIANALE, *Alienazioni in garanzia e patti marciali*, cit..

Qualora dovessero mancare i suddetti requisiti soggettivi, l'art. 48-*bis* non troverebbe applicazione. Non opererebbero così talune regole speciali, come, ad esempio, l'effetto prenotativo dell'iscrizione ipotecaria (comma 4)<sup>202</sup>.

Quanto al profilo oggettivo, invece, il finanziatore è garantito dal trasferimento della proprietà di un immobile appartenente al debitore o a un terzo, oppure di un altro diritto immobiliare, sospensivamente condizionato all'inadempimento del debito.

Il riferimento è, quindi, al settore immobiliare, ma non viene adottata un'elencazione tassativa, come è invece prevista per l'ipoteca (art. 2810 cod. civ.). L'alienazione marciata in esame può avere ad oggetto, quindi, ogni posizione giuridica qualificata dall'ordinamento come diritto reale immobiliare<sup>203</sup>.

A tutto ciò si deve aggiungere che, ai sensi dell'art. 48-*bis*, co. 3, T.U.B., la garanzia non può essere convenuta «in relazione a immobili

---

<sup>202</sup> Il co. 4 dell'art. 48-*bis*, T.U.B. ha il seguente tenore: «Il patto di cui al comma 1 può essere stipulato al momento della conclusione del contratto di finanziamento o, anche per i contratti in corso alla data di entrata in vigore della presente disposizione, per atto notarile, in sede di successiva modificazione delle condizioni contrattuali. Qualora il finanziamento sia già garantito da ipoteca, il trasferimento sospensivamente condizionato all'inadempimento, una volta trascritto, prevale sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite successivamente all'iscrizione ipotecaria. Fatti salvi gli effetti dell'aggiudicazione, anche provvisoria, e dell'assegnazione, la disposizione di cui al periodo precedente si applica anche quando l'immobile è stato sottoposto ad espropriazione forzata in forza di pignoramento trascritto prima della trascrizione del patto di cui al comma 1 ma successivamente all'iscrizione dell'ipoteca; in tal caso, si applica il comma 10».

<sup>203</sup> L'elasticità della norma consentirebbe, dunque, l'alienazione in garanzia anche dei diritti edificatori, la cui natura giuridica è discussa.

adibiti ad abitazione principale del proprietario, del coniuge o di suoi parenti e affini entro il terzo grado»<sup>204</sup>.

L'articolo in esame fissa, inoltre, la "soglia" che l'inadempimento deve raggiungere per essere idoneo ad attribuire all'istituto di credito il diritto potestativo di avvalersi della clausola marciana e, quindi, di renderla efficace. Il comma 5 qualifica come rilevante, in particolare, «il mancato pagamento [che] si protrae per oltre nove mesi dalla scadenza di almeno tre rate, anche non consecutive, nel caso di obbligo di rimborso a rate mensili; o per oltre nove mesi dalla scadenza anche di una sola rata, quando il debitore è tenuto al rimborso rateale secondo termini di scadenza superiori al periodo mensile; ovvero, per oltre nove mesi, quando non è prevista la restituzione mediante pagamenti da effettuarsi in via rateale, dalla scadenza del rimborso previsto nel contratto di finanziamento»<sup>205</sup>.

---

<sup>204</sup> Si ritiene che la destinazione abitativa principale debba essere valutata al momento dell'alienazione marciana.

<sup>205</sup> In senso critico G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., pp. 11 e ss.. L'Autore rileva, infatti, due problematicità dall'aver calibrato la soglia sulle rate insolute, piuttosto che sulla percentuale dell'inadempimento rispetto *al quantum debeatur*. In primo luogo, vi è il rischio che «la banca possa azionare la clausola marciana quando l'inadempimento non è ancora divenuto così grave da giustificare l'escussione della "garanzia" (e, dunque, la perdita del bene da parte del debitore), anche se va osservato che attenua almeno in parte, questo rischio la circostanza che si richieda altresì che l'inadempimento si sia protratto per oltre nove mesi». In secondo luogo, il suddetto criterio di individuazione della soglia dell'inadempimento «può aprire la strada ad un altro inconveniente (dovuto, questa volta, al requisito per cui l'inadempimento suddetto deve protrarsi per almeno nove mesi), in certo senso speculare al primo: ossia, di consentire l'esercizio del diritto di azionare la clausola marciana solo quando il livello dell'inadempimento è ormai troppo elevato. L'ipotesi può prospettarsi, in particolare, quando - essendo (relativamente) breve il periodo entro il quale deve avvenire il rimborso del

In caso di credito alle imprese garantito sia dall'ipoteca sia dall'alienazione di cui all'art. 48-*bis* T.U.B., dunque, si prospetta la seguente alternativa: il creditore si avvale del meccanismo marciano ove l'inadempimento rispetti i parametri fissati dal comma 5; la banca utilizza, invece, la garanzia ipotecaria iscritta sul medesimo immobile oppure ogni altra garanzia, allorché l'inadempimento sia rilevante ai sensi dell'art. 1455, cod. civ.<sup>206</sup>.

Qualora voglia avvalersi del meccanismo marciano, il creditore notifica al debitore una dichiarazione contenente tale volontà e indica l'ammontare del credito. La citata dichiarazione deve essere notificata anche al terzo datore e ai terzi titolari di diritti derivanti da un titolo iscritto o trascritto sul bene, indipendentemente dalla data delle rispettive formalità. Decorsi sessanta giorni dalla suddetta notifica, il creditore chiede al presidente del tribunale la nomina di un perito. Quest'ultimo redige, entro ulteriori sessanta giorni, la relazione giurata di stima del diritto oggetto di alienazione marciana. A tale fattispecie si applica l'art. 1349, co.1, cod. civ.: qualora mancasse la determinazione del perito, quindi, la stima verrebbe fatta dal giudice. Nel caso in cui la stima appaia manifestamente iniqua o erronea, invece, non trova applicazione l'art. 1349, cod. civ., in quanto l'art. 48-*bis*, co. 7, T.U.B.,

---

finanziamento (supponiamo: 24 mesi) - l'importo di tre rate mensili di inadempimento può assommare ad una cifra di una certa consistenza. In tal caso, poiché la banca deve attendere almeno nove mesi prima di poter chiedere l'esecuzione della clausola marciana (e, con essa, il trasferimento del bene immobile individuato come garanzia dell'adempimento), e poiché non si può escludere che in questo periodo rimangano inadempite anche altre rate (successive alle prime tre non pagate) ne deriva che la banca potrebbe essere costretta ad attendere troppo a lungo prima di poter (risolvere il rapporto e) chiedere il trasferimento del bene».

<sup>206</sup> In tal senso la dottrina è concorde: v. G. D'AMICO, *op. cit.*, 14 s.; CIPRIANI, *Appunti*, cit., 1013.

disciplina espressamente la contestazione della stima. La legge speciale stabilisce che anche quando il debitore contesta la stima, «il creditore ha comunque diritto di avvalersi degli effetti del patto di cui al comma 1 e l'eventuale fondatezza della contestazione incide sulla differenza da versare al titolare del diritto reale immobiliare»<sup>207</sup>.

In esecuzione della convenzione marciata, inoltre, l'escussione della garanzia, all'avveramento della condizione sospensiva dell'inadempimento, obbliga il creditore a corrispondere al garante «l'eventuale differenza tra il valore di stima del diritto e l'ammontare del debito inadempito e delle spese di trasferimento».

Ai sensi del comma 8 della disposizione in esame, inoltre, la condizione sospensiva di inadempimento si considera avverata al momento della comunicazione al creditore del valore di stima ovvero al momento dell'avvenuto versamento all'imprenditore della differenza di cui al comma 2, qualora il valore di stima sia superiore all'ammontare del debito inadempito.

Bisogna precisare, poi, che, se dopo la stipula dell'alienazione marciata altri creditori del concedente hanno iniziato una procedura esecutiva sul bene, l'accertamento dell'inadempimento qualificato *ex art. 48-bis*, co. 5, T.U.B., spetta al giudice dell'esecuzione su domanda del creditore garantito, secondo la procedura di cui al comma 10<sup>208</sup>. La

---

<sup>207</sup> Nonostante il silenzio del legislatore, si ammette che la contestazione possa provenire dal creditore, che ritenga eccessivamente elevata la stima del valore dell'immobile. In questo caso, tuttavia, in assenza di disposizione espressa, la procedura di escussione pare vada sospesa. Così M. TATARANO, *op. cit.*, 53 nt. 89, che considera necessario un ordinario processo di cognizione.

<sup>208</sup> Si presenta qui un'ulteriore ipotesi di affidamento al giudice dell'esecuzione del compito di emettere una pronuncia di accertamento, pur al solo fine dell'esecuzione: V. CONFORTINI, *op. cit.*, 240. L'art. 48-*bis*, co. 10, T.U.B., così suona:

possibilità di escutere l'alienazione marciiana in costanza di procedura esecutiva non è lesiva del principio della *par condicio creditorum*<sup>209</sup>. Il finanziatore non ottiene, infatti, nulla più di quanto gli sarebbe attribuito dalla prelazione ipotecaria; l'eccedenza rispetto al debito inadempito viene, inoltre, versata alla procedura, che la utilizza per la distribuzione anche ai creditori chirografari.

Risulta peculiare, inoltre, l'equiparazione, operata dal comma 13-*bis*<sup>210</sup>, tra l'alienazione marciiana oggetto di trattazione e l'ipoteca. Da tale equiparazione discende che il creditore non può giovare della propria posizione dominicale sul bene, ma deve affidarsi alla prelazione ipotecaria. Tale regola trova applicazione anche nell'ipotesi in cui non sia iscritta alcuna ipoteca sull'immobile, nonostante l'automatismo dell'escussione marciiana che assicura al creditore la proprietà del bene.

---

«Può farsi luogo al trasferimento a norma del presente articolo anche quando il diritto reale immobiliare già oggetto del patto di cui al comma 1 sia sottoposto ad esecuzione forzata per espropriazione. In tal caso l'accertamento dell'inadempimento del debitore è compiuto, su istanza del creditore, dal giudice dell'esecuzione e il valore di stima è determinato dall'esperto nominato dallo stesso giudice. Il giudice dell'esecuzione provvede all'accertamento dell'inadempimento con ordinanza, fissando il termine entro il quale il creditore deve versare una somma non inferiore alle spese di esecuzione e, ove vi siano, ai crediti aventi diritto di prelazione anteriore a quello dell'istante ovvero pari all'eventuale differenza tra il valore di stima del bene e l'ammontare del debito inadempito. Avvenuto il versamento, il giudice dell'esecuzione, con decreto, dà atto dell'avveramento della condizione. Il decreto è annotato ai fini della cancellazione della condizione, a norma dell'articolo 2668 del codice civile. Alla distribuzione della somma ricavata si provvede in conformità alle disposizioni di cui al libro terzo, titolo II, capo IV del codice di procedura civile».

<sup>209</sup> Preoccupazione avanzata da S. PAGLIANTINI, *Il mutuo*, cit., 960; la *par condicio*

è invece assicurata secondo ORLANDO, *op. cit.*, 1735.

<sup>210</sup> L' art. 48-*bis*, co. 13-*bis*, ha il seguente tenore: «Ai fini del concorso tra i creditori, il patto a scopo di garanzia di cui al comma 1 è equiparato all'ipoteca».

Da quanto detto, segue che trova applicazione l'art. 2748, co. 2, cod. civ., secondo cui i creditori privilegiati sono preferiti al creditore ipotecario. Di conseguenza, la banca non potrà, verificatasi la condizione sospensiva, far valere nei confronti del creditore privilegiato il proprio acquisto; essa è, invece, titolare di una prelazione equiparata a quella ipotecaria e, quindi, postergata rispetto ai creditori privilegiati<sup>211</sup>.

Il comma 13-*bis* ha riflessi anche nell'ipotesi di concorso tra finanziatori che concedono crediti di ammontare differente e concludono con il disponente un'unica alienazione in garanzia, a cui segue una sola nota di trascrizione, senza iscrivere ipoteca sullo stesso immobile. Nel determinare la quota di comproprietà di ciascuno, è possibile applicare l'art. 2854, cod. civ.<sup>212</sup>, che risolve il concorso di ipoteche iscritte nello stesso grado e prevede la prelazione dei diversi creditori ipotecari in proporzione all'ammontare dei rispettivi crediti<sup>213</sup>.

Appare opportuno, infine, affrontare la questione relativa all'effetto di esdebitazione. A differenza del prestito vitalizio ipotecario e della convenzione marciiana nel credito immobiliare ai consumatori, l'art. 48-*bis* tace a riguardo di tale effetto. Secondo parte della dottrina, essendo una deroga alla regola generale della responsabilità patrimoniale, non sarebbe possibile ricondurre in via interpretativa a questa fattispecie marciiana l'esdebitazione del debitore escusso. Tale soluzione non è, tuttavia, pacifica in dottrina (cfr. *infra*, Cap. III).

---

<sup>211</sup> V. A. CHIANALE, *Alienazioni in garanzia e patti marciiani*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, p. 424 e ss..

<sup>212</sup> L'art. 2854, cod. civ., così suona: «I crediti con iscrizione ipotecaria dello stesso grado sugli stessi beni concorrono tra loro in proporzione dell'importo relativo».

<sup>213</sup> V. A. CHIANALE, *Alienazioni in garanzia e patti marciiani*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, p. 426 e ss..

## Capitolo III

### Alienazioni in garanzia e meccanismi marciiani.

**SOMMARIO:** 1. La legittimità del patto marciano, al di là delle previsioni normative. – 2. Il pegno irregolare. – 2.1. Il pegno irregolare a mani di un terzo. – 3. Il *trust* in funzione di garanzia. – 4. Le partecipazioni sociali a tempo.

#### 1. La legittimità del patto marciano, al di là delle previsioni normative.

Alla luce di quanto esposto nel precedente capitolo, è possibile affermare che, sebbene non sia stato positivizzato un modello generale di patto marciano, la previsione legislativa di “marciiani speciali” (*supra*, Cap. II) consente di riconoscere definitivamente la liceità della convenzione marciana. Autorevole dottrina ha rilevato che l’attuale assetto normativo è «una singolarità: il modello generale di patto marciano, o, se si preferisce, il patto marciano di diritto comune, è, al momento, un contratto legalmente atipico mentre i suoi sottotipi sono contratti tipizzati dal legislatore»<sup>214</sup>.

Al di là delle fattispecie disciplinate, poi, nel diritto vivente si rinvencono molteplici forme di applicazione dell’istituto in esame.

Il presente capitolo si soffermerà sullo studio dei più importanti meccanismi marciiani.

#### 2. Il pegno irregolare.

L’ordinamento italiano prevede, ancor prima degli interventi legislativi degli ultimi anni, varianti di alienazioni in garanzia. La figura più importante è il pegno irregolare.

---

<sup>214</sup> A. LUMINOSO, *Patto marciano*, cit., 1414.

L'istituto in esame rinviene la propria fonte normativa nell'art. 1851, cod. civ.. Quest'ultima disposizione disciplina la c.d. «anticipazione bancaria impropria» (o «cauzione»)<sup>215</sup>. Ai sensi dell'articolo ora richiamato<sup>216</sup>, il pegno irregolare si configura nei casi in cui il debitore costituisce in pegno una cosa fungibile. Tale istituto può avere, dunque, ad oggetto depositi di denaro, merci o titoli, che non siano stati individuati, o i medesimi beni, ancorché individuati, se alla banca è stata conferita la facoltà di disporre con patto da provare per iscritto<sup>217</sup>. In questa seconda ipotesi, il creditore è obbligato a restituire esclusivamente la somma o la parte di titoli o di merci che eccedono l'ammontare del credito garantito. L'ultimo periodo dell'articolo in esame dispone, inoltre, la tipica obbligazione marciana in capo al creditore: «L'eccedenza è determinata in relazione al valore delle merci o dei titoli al tempo della scadenza dei crediti».

Alla luce di quanto sin qui esposto, la giurisprudenza di legittimità definisce il pegno irregolare come un «contratto in forza del quale il garante consegna e attribuisce in proprietà al creditore denaro o beni aventi un prezzo corrente di mercato, e per ciò reputati fungibili con il denaro, dei quali l'*accipiens* deve restituire il *tantundem* (solo) se

---

<sup>215</sup> Tale fattispecie va distinta dall' «anticipazione bancaria propria», ossia l'ipotesi che si configura quando denaro, merci e titoli sono costituiti in pegno regolare.

<sup>216</sup> L'art. 1851, cod. civ., ha il seguente tenore: «Se, a garanzia di uno o più crediti, sono vincolati depositi di danaro, merci o titoli che non siano stati individuati o per i quali sia stata conferita alla banca la facoltà di disporre, la banca deve restituire solo la somma o la parte delle merci o dei titoli che eccedono l'ammontare dei crediti garantiti. L'eccedenza è determinata in relazione al valore delle merci o dei titoli al tempo della scadenza dei crediti».

<sup>217</sup> In generale v. F. GRECO, Art. 1851, in Aa. Vv., *Dei singoli contratti*, III, a cura di Valentino, in *Comm. cod. civ.*, dir. da E. GABRIELLI, Assago, 2011, 859 ss..

e quando interviene l'adempimento dell'obbligazione garantita; restringendosi altrimenti l'obbligazione restitutoria alla eventuale eccedenza del valore dei beni trasferiti in proprietà, rispetto al valore della prestazione garantita rimasta inadempita»<sup>218</sup>.

La dottrina e la giurisprudenza si sono a lungo interrogate, inoltre, sulla causa giustificatrice che sorregge il trasferimento della proprietà dei beni al creditore, reputando inidonea a tal fine la sola causa di garanzia.

Al riguardo, si sono formati tre filoni interpretativi.

Secondo una dottrina minoritaria, il pegno irregolare andrebbe qualificato come dazione di pagamento sottoposta a condizione risolutiva<sup>219</sup>. In tal modo, quindi, si realizzerebbe un'estinzione

---

<sup>218</sup> V. Cass., Sez. U., 14.5.2001, n. 202, *CorG*, 2000, 1, 91). Cfr. C.M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, 1982, in *Commentario al cod. civ.*, VI, UTET, Torino, p. 26, in cui si legge: «il pegno irregolare può essere definito come quel contratto nel quale il debitore a scopo di garanzia consegna cose fungibili determinate per numero o misura al creditore, il quale ne diventa proprietario con l'obbligo di restituire un'uguale quantità di cose dal medesimo genere se e quando il credito sarà soddisfatto o si estinguerà per altra causa. In caso diverso il creditore pignoratizio dovrà restituire soltanto l'eventuale differenza».

<sup>219</sup> Secondo una risalente pronuncia della Corte di Appello di Milano, invece, «la causa dell'immediato trasferimento del pegno irregolare in proprietà del creditore viene individuata nella estinzione automatica ed anticipata, totale o parziale, del credito del mutuante, che si è voluto dai contraenti garantire con pegno in denaro. In altre parole, il creditore si deve ritenere già totalmente o parzialmente tacitato col pegno ricevuto, nel caso in cui il mutuo non gli venga restituito, mentre tale anticipato pagamento rimane privo di causa nel caso in cui il debitore restituisca il mutuo ed abbia diritto alla restituzione del pegno. Si tratta, quindi, di una “*datio in solutum*” condizionale da parte del debitore pignoratizio fin dal momento in cui versa il pegno: vale a dire di un pagamento sottoposto alla condizione sospensiva della restituzione del mutuo. Il creditore pignoratizio viene in tal modo a conseguire una maggiore e più

anticipata del debito garantito (onde la *causa solvendi*). L'atto satisfattivo verrebbe sottoposto, tuttavia, alla condizione risolutiva del pagamento. L'adempimento eliminerebbe, dunque, retroattivamente gli effetti della *datio in solutum*, rendendola priva di causa e obbligando il creditore alla restituzione di quanto trattiene, ormai, indebitamente.

Alla teoria così formulata è stata, tuttavia, mossa la critica, tra altre<sup>220</sup>, secondo cui «[è] inconciliabil[e] la funzione di garanzia, che è propria del pegno, con la funzione solutoria»<sup>221</sup>. In altre parole, si rileva l'incompatibilità tra la volontà di garantire un'obbligazione con l'intento di estinguerla immediatamente.

Altra tesi<sup>222</sup>, muovendo dalla coesistenza di un rapporto principale ed uno accessorio di garanzia, invoca la figura della compensazione fra il credito principale, rimasto insoddisfatto, ed il credito alla restituzione del *tandundem*. Si sostiene, dunque, che il trasferimento della proprietà sia finalizzato all'acquisto da parte del debitore di un contro-credito verso il proprio creditore («*causa credendi*»). Tale scopo si combinerebbe, inoltre, con la funzione di garanzia; il creditore pignoratorio avrebbe, infatti, la possibilità di

---

efficace garanzia, poiché non solo può liberamente disporre del denaro o delle altre cose fungibili a lui versate in pegno irregolare salvo, beninteso, a restituirle in caso che il debitore adempia al suo obbligo di restituzione, ma viene ad appropriarsi anticipatamente delle cose dategli a pegno nel caso in cui il debitore non adempia a detto suo obbligo, ritenendole definitivamente in conto del proprio avere, mediante una semplice imputazione, e solo rimanendo in credito o in debito della eventuale differenza » (App. Milano 6.5.1952, *BBTC*, 1952, II, 177).

<sup>220</sup> Per una trattazione più approfondita cfr. F. MASTROROSA, G. CASSANO, *Le garanzie personali e reali*, Torino, 2006, p. 323.

<sup>221</sup> Così Cass. 14.10.1953, n. 3906, *FI*, 1953, I, p. 1395.

<sup>222</sup> *Ex multis*, A. DE MARTINI, *Sulla natura giuridica del deposito cauzionale*, in *GI*, II, 1947, p. 336.

rifiutare l'adempimento della propria obbligazione fino alla realizzazione dell'obbligazione principale.

Avverso la tesi appena illustrata si oppone, però, il requisito della comune esigibilità dei crediti contrapposti, ai fini della compensazione. Nel pegno irregolare, infatti, il credito alla restituzione dei beni diverrebbe attuale solo dopo il soddisfacimento del credito che si vuole garantire. Si osserva, inoltre, che difetta l'autonomia dei rapporti da cui scaturiscono i contrapposti crediti, non potendo così operare l'istituto della compensazione c.d. "propria"<sup>223</sup>.

Il terzo filone ermeneutico ravvisa, invece, un parallelismo funzionale tra pegno irregolare e quello regolare, essendo ambedue gli istituti una *species* dei negozi con causa di garanzia. Entrambe le fattispecie costituiscono, infatti, uno strumento di autosoddisfacimento del creditore<sup>224</sup>. La giurisprudenza di legittimità ha affermato, al riguardo, che il pegno irregolare risponde «ad uno schema generale di portata generale ed accomunabile al pegno (c.d. regolare) di cui agli artt. 2784 ss. sia per il profilo (strutturale) della "natura reale" del

---

<sup>223</sup> Cfr. F. MASTROROSA, G. CASSANO, *Le garanzie personali e reali*, cit., pp. 324 ss.. «La compensazione in senso proprio postula l'autonomia dei reciproci rapporti di debito/credito; non è quindi configurabile allorché gli stessi traggano origine da un unico rapporto (così, ad es., non si ha compensazione in senso tecnico, fra il credito del lavoratore al TFR ex art. 2120 c.c. e quello del datore di lavoro all'indennità di mancato preavviso ex art. 2118, comma 2, c.c.: dette ragioni creditorie nascono infatti da un unico rapporto; v. Cass. 26 ottobre 2016, n. 21646): in quest'ultimo caso – c.d. compensazione impropria o atecnica – la valutazione delle reciproche pretese importa soltanto un accertamento contabile di dare ed avere, cui il giudice deve procedere anche in assenza di eccezione di parte (v. Cass. 19 febbraio 2019, n. 4825; Cass. 4 maggio 2018, n. 10798)» (A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, a cura di F. ANELLI e C. GRANELLI, XXIV ed., Milano, 2019, p. 433).

<sup>224</sup> Cfr. F. REALMONTE, *Il pegno*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, XIX, Torino, 1985, p. 649.

contratto (quanto all'attrazione della *datio rei* nel suo momento perfezionativo), sia per il profilo (funzionale) della condivisa "causa di garanzia"»<sup>225</sup>.

Dalla qualifica della fattispecie in esame alla stregua di un'alienazione in garanzia sorge il problema della compatibilità del pegno irregolare con il divieto di cui all'art. 2744, cod. civ.. L'obbligazione restitutoria dell'eccedenza di valore in capo al creditore (*ex art. 1851, cod. civ.*) consente, però, di escludere la violazione del divieto del patto commissorio<sup>226</sup>. Ne deriva che l'operazione negoziale impatta nel divieto, invece, qualora sia violata la disciplina legale; ad esempio, nel caso in cui vi sia una pattuizione che esclude la restituzione dell'eccedenza<sup>227</sup>.

Alla luce delle pronunce giurisprudenziali, è ormai pacifica l'opinione per cui entrambi i tipi di pegno – regolare ed irregolare – sono *species* dei negozi con causa di garanzia e conferiscono al titolare del credito un diritto di prelazione per il soddisfacimento sui beni oggetto di garanzia<sup>228</sup>. Come rilevato dalla Suprema Corte, tuttavia, sussiste una differenza di contenuto: «l'“effetto reale” che nel pegno regolare si concretizza nella creazione di uno *ius in re aliena* opponibile *erga omnes*, nel pegno irregolare assume, invece, la ben maggiore

---

<sup>225</sup> V. Cass., Sez. U., 14.5.2001, n. 202, CorG, 2002, I, 91.

<sup>226</sup> Cfr. F. ANELLI, *op. cit.*, pp. 268 ss..

<sup>227</sup> Come osservato da A. CHIANALE, *Alienazioni in garanzia e patti marciali, cit.*, p. 85, in simili ipotesi «può trovare applicazione l'art. 1419, comma 2, c.c., cosicché la costituzione del pegno irregolare rimane valida e le pattuizioni nulle per violazione del divieto vengono sostituite di diritto dalle norme imperative accolte dall'art. 1851 c.c.».

<sup>228</sup> Cfr. D. VITTORIA, *Pegno irregolare*, in *EGTreccani*, XXII, 1990, p. 6.

valenza e latitudine di un vero e proprio trasferimento di proprietà delle cose attribuite in garanzia.

Mentre l'obbligazione restitutoria, gravante sul creditore, che nel pegno regolare ha ad oggetto la medesima *res* di cui quegli ha avuto temporaneamente la detenzione, nel pegno irregolare si rivolge viceversa al *tantundem* di quanto ricevuto in garanzia»<sup>229</sup>.

Occorre, inoltre, affrontare il tema concernente le regole applicabili al pegno irregolare, nonché l'ambito operativo dell'articolo 1851, cod. civ.. Al riguardo, si è concluso per l'applicabilità di tale istituto, nonostante nasca come tipica garanzia bancaria, anche alle ipotesi estranee ai rapporti bancari<sup>230</sup>. Parte della dottrina<sup>231</sup> sostiene, infatti, l'esistenza dei presupposti per ricorrere all'*analogia legis*.

L'effetto traslativo, a cui si è già fatto cenno, ha come corollario che non grava sul creditore l'obbligo di conservazione e custodia, di cui all'art. 2790, cod. civ.<sup>232</sup>. Il titolare del credito non è, però, tenuto a chiedere l'autorizzazione del giudice per la vendita anticipata *ex art.* 2795, cod. civ., che può realizzare a propria discrezione.

È possibile affermare, inoltre, che il rischio di diminuzione del valore dei beni dati in pegno irregolare è a carico del creditore, fermo

---

<sup>229</sup> V. Cass., Sez.U., 14.5.2001, n. 202, *CorG*, 2000, 1; 91.

<sup>230</sup> Cass., 16 giugno 2005, n. 12964, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, pp. 162 ss., con nota di MAGGIORE, *Natura del pegno e volontà delle parti*. In passato, tuttavia, non sono mancate perplessità sull'applicazione di tale istituto anche alle ipotesi di natura non bancaria.

<sup>231</sup> V. A. DALMARTELLO, *Pegno irregolare*, in *NDI*, XII, Torino, 1965, p. 805.

<sup>232</sup> Ai sensi dell'art. 1848, cod. civ.: «La banca, oltre al corrispettivo dovutole, ha diritto al rimborso delle spese occorse per la custodia delle merci e dei titoli, salvo che ne abbia acquistato la disponibilità».

restando il supplemento di garanzia riconosciuto al creditore bancario ai sensi dell'art. 1850, cod. civ.<sup>233</sup>.

Ai fini dell'escussione del pegno irregolare, poi, il creditore trattiene le cose fungibili pari al credito rimasto inadempito. Non trovano, al riguardo, applicazione gli artt. 2796, 2797 e 2798, cod. civ., dettate in materia di pegno regolare. Si realizza, dunque, una mera operazione contabile, e non una compensazione (cfr. *supra*)<sup>234</sup>, in quanto il creditore imputa al proprio credito insoddisfatto il valore del bene, di cui è già proprietario.

La dottrina ha, inoltre, affermato che il creditore non è legittimato a ricorrere all'esecuzione forzata ordinaria, essendo tenuto a imputare le cose fungibili ricevute in pegno irregolare all'obbligazione rimasta inadempita<sup>235</sup>. Appare opportuno precisare, tuttavia, che il creditore

---

<sup>233</sup> L'art. 1850, cod. civ., così recita: «Se il valore della garanzia diminuisce almeno di un decimo rispetto a quello che era al tempo del contratto, la banca può chiedere al debitore un supplemento di garanzia nei termini d'uso, con la diffida che, in mancanza, si procederà alla vendita dei titoli o delle merci dati in pegno. Se il debitore non ottempera alla richiesta, la banca può procedere alla vendita a norma del secondo e quarto comma dell'articolo 2797.

La banca ha diritto al rimborso immediato del residuo non soddisfatto col ricavato della vendita».

<sup>234</sup> Così S. GATTI, *Pegno irregolare e fallimento del debitore*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, 111 ss.; nella giurisprudenza più recente Cass., 24 maggio 2004, n. 10000, in *Giur. it.*, 2005, 1418 ss., con nota di E. BATTELLI, *Pegno irregolare e divieto di patto commissorio*; Cass., 1° febbraio 2008, n. 245, in *Fall.*, 2008, 157 ss., con nota di M. COSTANZA, *Garanzia e gestioni. Osmosi e censure*; Trib. Milano, 22 aprile 2010; la compensazione è ancora richiamata in Cass., 11 giugno 2019, n. 15621, *Fall.*, 2019, 1123 s..

<sup>235</sup> Tale osservazione prende le mosse dalla previsione contenuta nell'art. 2802, cod. civ., che dispone l'imputazione automatica e obbligatoria degli interessi riscossi per il soddisfacimento delle ragioni del creditore garantiti dal pegno di crediti. In tal

non perde il diritto ad ottenere l'esatto adempimento da parte del debitore, ma esaurisce l'interesse ad agire per l'esecuzione forzata. Ciò si spiega in ragione dell'automatica estinzione del debito in conseguenza del trasferimento del diritto di proprietà del bene oggetto del pegno<sup>236</sup>.

Una recente sentenza della Corte di giustizia europea ha stabilito, inoltre, che l'escussione di una garanzia finanziaria stipulata mediante concessione di una garanzia reale ha carattere facoltativo<sup>237</sup>. Come osservato in dottrina, «una simile interpretazione potrebbe reagire sulle modalità di escussione del pegno irregolare nel diritto italiano e potrebbe allineare questa garanzia alle alienazioni in garanzia e alle pattuizioni marciarie, nelle quali spetta al creditore la scelta se soddisfarsi sul bene dato in garanzia o affidarsi alle ordinarie procedure esecutive»<sup>238</sup>.

Un avvicinamento dei due istituti – pegno irregolare, da un lato, e patto marciario, dall'altro – si è registrato, poi, nella sentenza della Corte di Cassazione, 17 gennaio 2020, n. 844, già richiamata nel § 2, Cap. 2. In questa pronuncia, infatti, la Suprema Corte ha riconosciuto, ricorrendo all'applicazione analogica dell'art. 1851, cod. civ., la liceità della convenzione marciaria, così motivando: «Intanto, va chiarito perché mai se ad un patto commissorio (il creditore trattiene la cosa data in garanzia all'inadempimento del debitore) accede un patto marciario

---

senso v. G. GORLA, *Del pegno. Delle ipoteche. Art. 2784 - 2899*, Bologna, 1992, p. 39.

<sup>236</sup> Osservazione di E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, Napoli, 2022, p. 176.

<sup>237</sup> Corte Giust. UE, 25 luglio 2018, causa C-107/17, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, 223 ss., con nota di C. FRATTARI, *La realizzabilità del contratto di garanzia finanziaria nelle ipotesi di insolvenza del beneficiario*.

<sup>238</sup> V. A. CHIANALE, *Alienazioni in garanzia e patti marciari*, cit., p. 88.

(il creditore vende la cosa, previa stima, e restituisce l'eccedenza al debitore) la pattuizione non ricade nel divieto dell'art. 2744 c.c..

Tradizionalmente si argomenta dalla *ratio* della norma suddetta. Siccome l'opinione prevalente ritiene che la *ratio* del divieto del patto commissorio stia nella tutela del debitore da approfittamenti del creditore, allora nel caso di patto marciano il rischio di tali approfittamenti è nullo; ed infatti coloro che attribuiscono al divieto del patto commissorio una *ratio* diversa, ad esempio la tutela della *par condicio creditorum*, ritengono nulla la pattuizione pure in presenza di un patto marciano tra creditore e debitore.

In realtà la liceità del patto commissorio cui accede un patto marciano sta nell'analogia con il pegno irregolare (art. 1851 c.c.) il quale consente al creditore che abbia ricevuto in pegno cose fungibili di appropriarsene all'inadempimento del debitore restituendo però a quest'ultimo l'eccedenza di valore (tra le cose date in pegno e l'ammontare del debito). Il patto marciano, che come è noto non è figura tipica, persegue esattamente lo stesso scopo rispetto a beni non dati in pegno ma alienati in garanzia; ossia consente al creditore di appropriarsene restituendo al debitore la differenza di valore.

Né può obiettarsi che l'art. 1851 c.c. è norma eccezionale, come tale insuscettibile di applicazione analogica in quanto non è affatto eccezione rispetto al principio generale dell'art. 2744 c.c., ma rispettoso della medesima *ratio*, anzi conseguenza di quel principio in quanto mira anche esso ad evitare approfittamenti del creditore ai danni del debitore».

### **2.1. Il pegno irregolare a mani di un terzo.**

Il pegno irregolare costituisce una *species*, tipizzata dal legislatore, di alienazione in garanzia, caratterizzata – come già visto (*supra*, § 2) – da un meccanismo marciano.

Alla fine del ventesimo secolo, alcuni autori hanno iniziato a studiare una peculiare variante di tale istituto, ossia il pegno irregolare a struttura trilaterale. In forza di questo schema, il debitore consegna denaro o altre cose fungibili a un soggetto terzo in garanzia del proprio creditore. La questione maggiormente dibattuta è stata la qualificazione di tale fattispecie. Al riguardo, si sono sviluppate diverse teorie.

Secondo la tesi tradizionale, la figura contrattuale consiste in un rapporto complesso: al pegno irregolare tra creditore e debitore accede un deposito irregolare<sup>239</sup> fatto al terzo da parte del debitore e creditore, congiuntamente in qualità di deponenti<sup>240</sup>. Da tale ricostruzione discende che il terzo è obbligato a non restituire il *tantundem* fino alla scadenza del credito. Il depositario è tenuto, inoltre, a restituire l'equivalente al debitore in caso di adempimento; nell'ipotesi di inadempimento, invece, il terzo deve consegnare il *tantundem* al creditore, ai fini dell'estinzione del credito garantito, con restituzione al debitore dell'eventuale eccedenza.

Ad avviso di altri autori, invece, l'operazione integrerebbe un contratto trilaterale di garanzia, caratterizzato da un collegamento negoziale tra deposito e pegno<sup>241</sup>. Altra parte della dottrina reputa inammissibile l'intervento del terzo per la mancanza del tratto distintivo del pegno irregolare, costituito dall'incameramento dell'oggetto della

---

<sup>239</sup> Il deposito irregolare è disciplinato dall'art. 1782, cod. civ.: «Se il deposito ha per oggetto una quantità di danaro o di altre cose fungibili, con facoltà per il depositario di servirsene, questi ne acquista la proprietà ed è tenuto a restituirne altrettante della stessa specie e qualità. In tal caso si osservano, in quanto applicabili, le norme relative al mutuo». Tale istituto deve essere inquadrato tra i contratti cc.dd. restitutori.

<sup>240</sup> Cfr. G. GORLA, *op. cit.*, pp. 43 ss..

<sup>241</sup> In tal senso D. RUBINO, *Responsabilità patrimoniale; il pegno*, 1949, Torino, p. 219.

garanzia con automatico soddisfacimento delle ragioni del creditore in caso di inadempimento del debitore<sup>242</sup>. Secondo altri autori, la fattispecie in commento non configurerebbe pegno irregolare, bensì pegno di crediti, individuando l'oggetto della garanzia nel credito del debitore verso il depositario alla restituzione del *tandundem*<sup>243</sup>. Degna di nota, infine, è la tesi<sup>244</sup> secondo cui «coesistono in astratto tre figure, tra loro comunque distinte, irriducibili a un unico schema tipologico e concretamente diversificate a seconda dell'intento pratico perseguito dalle parti: il pegno irregolare collegato al deposito irregolare presso il terzo (deposito cauzionale presso il terzo); il pegno regolare del credito nascente dal deposito irregolare presso il terzo; il deposito irregolare nell'interesse del terzo, come previsto dall'art. 1773 c.c.<sup>245,246</sup>».

Un esempio pratico di tali rapporti trilaterali con scopo di garanzia si rinviene nello stoccaggio di gas naturale<sup>247</sup>, qualificato come

---

<sup>242</sup> V. A. DALMARTELLO, *Pegno irregolare*, cit., p. 804.

<sup>243</sup> V. G. GORLA, *op. cit.*, p. 43; per un'articolata critica v. A. LUMINOSO, *Deposito cauzionale presso il terzo e depositi irregolari a scopo di garanzia*, in *Giur. comm.*, 1981, I, pp. 435 ss.; cfr. anche E. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 169 ss..

<sup>244</sup> In tal senso A. LUMINOSO, *op. ult. cit.*, 441 ss., che riduce a *questio voluntatis* l'individuazione di uno schema piuttosto di un altro; S. GATTI, *Pegno irregolare*, cit., pp. 111 ss.; Cass., 20 settembre 2013, n. 21608, applica l'art. 1773 c.c. al deposito fiduciario di assegno bancario a mani di un avvocato.

<sup>245</sup> L'art. 1773, cod. civ., così recita: «Se la cosa è stata depositata anche nell'interesse di un terzo e questi ha comunicato al depositante e al depositario la sua adesione, il depositario non può liberarsi restituendo la cosa al depositante senza il senza il consenso del terzo».

<sup>246</sup> V. A. CHIANALE, *Alienazioni in garanzia e patti marciiani*, cit., p. 482.

<sup>247</sup> La fattispecie in esame è disciplinata dalla normazione di livello secondario. Cfr. delib. 16 giugno 2016, n. 312/2016/R/gas, art. 10.6, e delib. 26 febbraio 2019, n. 67/2019/R/gas, art. 14.4, adottate dall'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico.

bene mobile fungibile, individuato, cioè, solo nel genere tramite riferimento a una quantità<sup>248</sup>.

Nell'operazione in esame gli utenti del servizio di stoccaggio, ossia le imprese che commercializzano il gas, conferiscono il bene all'impresa di stoccaggio; le imprese utenti chiedono, all'occorrenza, la restituzione del gas tramite la reimmissione dello stesso nella rete di distribuzione, al fine di venderlo agli acquirenti finali.

Il contratto di stoccaggio tra gestore del sito e le imprese utenti è qualificato come deposito irregolare. Da tale inquadramento discende l'applicazione dell'art. 1782, cod. civ., che riconosce al depositario la facoltà di servirsi del bene e la proprietà del medesimo, con l'obbligo di restituire identica quantità di gas. La suddetta facoltà di uso trova giustificazione nella circostanza che il gas depositato si confonde con quello già presente, mettendo a disposizione di altra impresa utente il gas, oggetto di unione nel giacimento. Nella prassi contrattuale, tuttavia, le parti di regola derogano pattiziamente all'acquisto della proprietà del gas da parte dell'impresa mineraria (gestore del giacimento). Il gas iniettato nel sito si unisce, dunque, al bene stoccato da altri utenti; in tal modo, la proprietà dell'intera quantità di gas

---

<sup>248</sup> Lo stoccaggio consiste nella «operazione con la quale il gas naturale viene immesso, mediante eventuale compressione, in una struttura sotterranea, avente caratteristiche tali da permetterne l'accumulo, la conservazione e, quando richiesto, il prelievo» (d.m. MISE 21 gennaio 2011, art. 2). L'attività di stoccaggio è regolata principalmente dalla l. 26 aprile 1974, n. 170, e dal d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164, artt. 11 ss.; essa costituisce attività mineraria con applicazione quindi delle regole generali della legge mineraria (r.d. 29 luglio 1927, n. 1443). Per approfondimenti rinvio a A. CHIANALE, *Profili civilistici di diritto minerario*, Torino, 2017, 93 ss..

diventa comune, proporzionalmente al valore dell'ammontare di gas spettanti a ogni utente (*ex* articolo 939, cod. civ.<sup>249</sup>).

Nell'ipotesi appena descritta, in cui ciascun utente del servizio di stoccaggio è comproprietario per quota dell'intera quantità di gas iniettato nel sito, è possibile che tale quota costituisca oggetto di garanzie reali a favore di creditori degli utenti medesimi.

Appare opportuno, al riguardo, distinguere due ipotesi. In un caso il creditore è la stessa impresa di stoccaggio, che vuole garantire i crediti per il servizio fornito. In tale ipotesi, la garanzia reale consiste in un pegno irregolare, con trasferimento del diritto di proprietà del gas all'impresa mineraria, la quale non permette al debitore di prelevare il gas oggetto di pegno dal sito, rendendolo di fatto indisponibile.

Nella diversa eventualità in cui il creditore garantito è un soggetto terzo rispetto al contratto di stoccaggio, «la struttura giuridica è complessa: il pegno è sempre irregolare, in considerazione della natura fungibile del bene; lo spossessamento viene fatto a mani del gestore del sito di stoccaggio; il rapporto con il gestore, già oggetto del contratto di stoccaggio, è regolato da un ulteriore contratto di deposito irregolare a favore e nell'interesse del terzo creditore, dove il trasferimento della proprietà al depositario può essere sospensivamente condizionato all'inadempimento del debito garantito, cosicché in tale evenienza il gestore dello stoccaggio diviene proprietario del gas e può adempiere all'obbligazione di restituire il *tantundem* al creditore garantito

---

<sup>249</sup> L'art. 939, co. 1, cod. civ., così suona: «Quando più cose appartenenti a diversi proprietari sono state unite o mescolate in guisa da formare un sol tutto, ma sono separabili senza notevole deterioramento, ciascuno conserva la proprietà della cosa sua e ha diritto di ottenerne la separazione. In caso diverso, la proprietà ne diventa comune in proporzione del valore delle cose spettanti a ciascuno».

mediante reimmissione nella rete a favore di un'impresa di distribuzione del gas, che agisce per conto del creditore stesso»<sup>250</sup>.

### 3. Il *trust* in funzione di garanzia.

Dal 1° gennaio 1992<sup>251</sup> è entrata in vigore la Convenzione internazionale riguardante la legge disciplinante i *trusts*.

Il *trust* è un istituto del diritto inglese. Il negozio prevede che «un soggetto (c.d. "*settlor*") trasferisca la proprietà di uno o più beni ad un altro soggetto (c.d. "*trustee*"), il quale ha l'obbligo di amministrarli e gestirli rispettando gli scopi indicati dal disponente, a favore di un terzo soggetto (c.d. "*beneficiary*")»<sup>252</sup>.

Due effetti tipici dell'istituto in esame – segregazione<sup>253</sup> e surrogazione reale<sup>254</sup> – hanno permesso al *trust* con scopo di garanzia

---

<sup>250</sup> V. A. CHIANALE, *Alienazioni in garanzia e patti marciati*, cit., p. 484.

<sup>251</sup> Si fa riferimento alla l. 16 ottobre 1989, n. 364.

<sup>252</sup> Cfr. R. CARLEO, S. MARTUCCELLI, S. RUPERTO, *Istituzioni di diritto privato*, III ed., Roma, 2019, p. 502.

<sup>253</sup> E. BARLA DE GUGLIELMI, *Trust: opinioni a confronto: atti dei Congressi dell'Associazione Il trust in Italia: terzo Congresso nazionale, Roma 2005: I trust per la famiglia, Firenze 2005*, Milano, 2006, p. 496, definisce la segregazione come «insensibilità della posizione soggettiva, che il disponente ha affidato al trustee, alle vicende obbligatorie, successorie e matrimoniali di quest'ultimo (nonché a quelle legate alle procedure concorsuali nel caso in cui il trustee sia una persona giuridica); ciò per garantire il perseguimento delle finalità o dello scopo per il quale il trust è stato istituito».

<sup>254</sup> E. BARLA DE GUGLIELMI, *Trust: opinioni a confronto*, cit., p. 496, afferma che la surrogazione reale «consiste nel trasferimento del vincolo di *trust* dai beni in *trust* ai beni in cui questi siano trasformati, ad opera del *trustee* o a causa delle loro caratteristiche; la surrogazione reale ci rivela quindi come il *trustee* non custodisca i beni in *trust*, ma, più propriamente, il quantum di ricchezza che questi beni rappresentano».

di diffondersi nella prassi. Quest'ultimo schema ha la seguente struttura: il debitore-disponente, o un terzo datore, trasferisce al *trustee* (soggetto terzo o il creditore medesimo) la proprietà di beni e/o somme di denaro a garanzia del titolare del credito, di regola una banca, che diviene beneficiario<sup>255</sup>. Al riguardo, merita ricordare che l'art. 1:102 dei Principi del diritto europeo contempla il *trust* come garanzia reale mobiliare.

Le regole relative alla gestione dei beni e le modalità di soddisfacimento delle ragioni creditorie, in caso di mancato adempimento dell'obbligazione garantita, sono delineate dall'autonomia negoziale delle parti e fissate nell'atto di costituzione del *trust*. La durata del negozio in commento è legata a quella dell'operazione a cui è sotteso. Alla scadenza del termine finale del *trust*, dunque, si prospettano due ipotesi: se il debitore esegue la sua obbligazione, i beni tornano al disponente; qualora il credito non venga adempiuto, invece, i beni sono alienati al fine di soddisfare le pretese del creditore<sup>256</sup>.

---

<sup>255</sup> In tema v. M. LUPOI, *I trust nel diritto civile*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. da Sacco, Torino, 2004, pp. 339 s.; F. MASTROPAOLO e E.M. MASTROPAOLO, *Negozi fiduciari e indiretti. Trusts. Garanzie*, in AA. VV., *I contratti di garanzia*, a cura di F. MASTROPAOLO, in *Tratt. dei contratti*, dir. da P. RESCIGNO e E. GABRIELLI, Assago, 2006, pp. 1758 ss.; Riso, *Affidamento con funzione di garanzia*, in Aa. Vv., *Moderni sviluppi dei Trust*, Assago, 2011, pp. 312 ss.; G. TUCCI, *Trust e contratto di affidamento fiduciario con funzione di garanzia*, in AA. VV., *I contratti bancari*, a cura di Capobianco, in *Tratt. dei contratti*, dir. da P. RESCIGNO e E. GABRIELLI, Assago, 2016, pp. 1849 ss.; già A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, Milano, 1995, p. 650, considera il *trust* in funzione di garanzia quale strumento per evitare le nullità commissorie.

<sup>256</sup> Cfr. E. BARLA DE GUGLIELMI, *Trust: opinioni a confronto: atti dei Congressi dell'Associazione Il trust in Italia: terzo Congresso nazionale, Roma 2005: I trust per la famiglia, Firenze 2005*, Milano, 2006.

La questione più complessa in materia di riconoscimento del *trust* in funzione di garanzia è stata rappresentata dalla compatibilità di tale figura con il divieto di patto commissorio di cui all'art. 2744, cod. civ.. Quest'ultima disposizione rientra, infatti, fra le norme imperative e inderogabili disciplinanti il trasferimento di proprietà e le garanzie reali che, in forza dell'art. 15 della Convenzione dell'Aja<sup>257</sup>, delineano il limite al riconoscimento dello schema negoziale oggetto di trattazione. Sicché, la dottrina ha rilevato che, per sfuggire alla nullità comminata dall'art. 2744, cod. civ., è necessario ricorrere all'adozione dei meccanismi della convenzione marciiana.

Da quanto sin qui esposto, dunque, emerge una garanzia caratterizzata dalla flessibilità e regolata dall'autonomia contrattuale delle parti. Il *trust* in funzione di garanzia ha avuto ampia fortuna per plurime ragioni: «il *guarantee trust* consente di evitare le segnalazioni pubblicitarie; la proprietà del bene è trasferita al *trustee* con separazione patrimoniale (quando l'ordinamento lo consente); si può atteggiare come garanzia non possessoria, cosicché soltanto in caso di inadempimento dell'obbligazione garantita il *trustee* si immette nel

---

<sup>257</sup> L'art. 15, così suona: «La Convenzione non costituisce ostacolo all'applicazione delle disposizioni della legge designata dalle norme del foro sul conflitto di leggi quando con un atto volontario non si possa derogare ad esse, in particolare nelle seguenti materie:

- a. protezione dei minori e degli incapaci;
- b. effetti personali e patrimoniali del matrimonio;
- c. testamenti e devoluzione ereditaria, in particolare la successione necessaria;
- d. trasferimento della proprietà e le garanzie reali;
- e. protezione dei creditori in caso di insolvenza; f. protezione dei terzi in buona fede.

Qualora le disposizioni del precedente paragrafo siano di ostacolo al riconoscimento del *trust*, il giudice cercherà di attuare gli scopi del *trust* in altro modo».

possesso del bene; la gestione e l'escussione della garanzia è flessibile e del tutto stragiudiziale»<sup>258</sup>. Il *trust* è idoneo, poi, a costituire una garanzia rotativa e flessibile, sia quando viene conferito un insieme di beni destinati a trasformazioni e alienazioni sia quando viene conferito un singolo bene.

In ambito immobiliare, a titolo esemplificativo, mentre l'ipoteca è caratterizzata dalla conservazione della proprietà in capo al debitore; nel *trust* in garanzia le parti prevedono, invece, in favore del *trustee*, poteri di gestione e di liquidazione del bene trasferito, consentendo la vendita dell'immobile durante l'esistenza del debito, e la sua sostituzione, quale oggetto di garanzia, con il prezzo ricavato e poi con i nuovi beni acquistati con tale prezzo. In ipotesi di inadempimento, il gestore può liquidare il bene, secondo le indicazioni contenute nell'atto istitutivo del *trust*, oppure assegnare il bene al creditore, sempre con il correttivo del patto marciano, cioè prevedendo la valutazione imparziale di un terzo e la restituzione dell'eccedenza al debitore. Il creditore garantito da ipoteca può, invece, realizzare il credito soltanto mediante l'espropriazione del bene, secondo le modalità disciplinate dal codice di procedura civile, ossia attraverso la vendita e l'attribuzione del ricavato con preferenza rispetto al resto del ceto creditorio, ovvero mediante l'assegnazione giudiziale.

Il *trust* in funzione di garanzia ha trovato applicazione in ulteriori ipotesi. Per modo di esempio, il ricorso a tale forma di *trust* è frequente nella prassi dei mercati finanziari con particolare riguardo all'emissione di titoli obbligazionari. Al riguardo, si segnala il decreto, 27 dicembre 1996, del Tribunale di Milano<sup>259</sup>, con cui il giudice di merito ha

---

<sup>258</sup> Cfr. A. CHIANALE, *Alienazioni in garanzia e patti marcani*, cit., p. 499.

<sup>259</sup> Si fa riferimento al decreto 27 dicembre 1996, in *Soc.*, 1997, pp. 585 ss.

omologato una delibera assembleare istitutiva di un *trust* immobiliare a garanzia di un prestito obbligazionario.

Nel caso in esame, una società per azioni intendeva emettere un prestito obbligazionario assistito da garanzia. Al fine di evitare gli inconvenienti derivanti dall'iscrizione ipotecaria sui beni immobili di proprietà della società<sup>260</sup>, si fece ricorso alla costituzione di una ulteriore società immobiliare di diritto inglese, a cui la emittente del prestito conferì i suddetti beni. Le azioni della società immobiliare furono trasferite, dunque, ad un *trustee* (società fiduciaria italiana) di un *trust* di scopo, contestualmente istituito in base alla legge di Jersey. In particolare, nell'atto istitutivo del *trust*, fu stabilito che il *trustee*, unico azionista della società immobiliare, si sarebbe assicurato che l'organo amministrativo locasse gli immobili, incassando i canoni. Alla costituzione del *trust* era stato previsto, inoltre, che la società di nuova costituzione non avrebbe dovuto distribuire i dividendi per tutta la durata dell'operazione.

Il *trustee* avrebbe ritrasferito, poi, le azioni della società immobiliare alla società emittente del prestito, laddove gli obbligazionisti fossero stati rimborsati; in caso di mancato o non integrale rimborso, il gestore avrebbe dovuto, invece, adottare le misure più idonee a soddisfare gli obbligazionisti (ad esempio, alienazione dei beni del *trust*), dovendo ritrasferire al disponente esclusivamente

---

<sup>260</sup> Al riguardo, si pensi alle lungaggini delle procedure immobiliari, che rendono realizzabile la garanzia ipotecaria in tempi non accettabili; e all'impossibilità di consentire con certezza di porre a garanzia degli obbligazionisti anche i canoni di locazione degli immobili, non sussistendo strumenti, nell'ordinamento italiano, che garantiscano agli obbligazionisti che i canoni degli immobili non siano aggredibili dai creditori sociali. A ciò si aggiunga la certa decurtazione del valore dei beni, a causa dell'insistenza su di essi del vincolo ipotecario.

quanto fosse residuo dal soddisfacimento degli obbligazionisti<sup>261</sup>. Quest'ultima previsione dell'atto istitutivo ha permesso al *trust* in commento di non incorrere nel divieto di cui all'art. 2744, cod. civ.. Le parti hanno inserito, attraverso il richiamo ai “mezzi più idonei” e all'obbligo di ritrasferimento dell'eccedenza, un meccanismo marciano, idoneo ad escludere il rischio di una perdita sproporzionata rispetto all'entità del debito e, dunque, a svolgere la funzione di “valvola di sicurezza” (*supra*, § 2, Cap. II)<sup>262</sup>. Con riguardo alle misure più idonee, è stato sostenuto che il *trustee* «potrà vendere l'immobile, solo alcuni appartamenti, o anche le azioni; potrà impiegare i canoni di locazione percepiti durante la vita del *trust* e accantonati dalla società immobiliare, ovvero potrà combinare queste possibilità con un mutuo garantito dall'immobile o dalle azioni»<sup>263</sup>.

Alla luce dell'analisi svolta, è possibile affermare che la costituzione del *trust* in garanzia ha consentito di tutelare, più efficacemente rispetto all'iscrizione dell'ipoteca, sia gli interessi della società emittente sia quelli degli obbligazionisti. In particolare, i

---

<sup>261</sup> Il regolamento del prestito enuncia le principali caratteristiche dell'operazione nei seguenti termini: «come stabilito dall'atto istitutivo del trust: a) sopraggiunto il termine finale del trust, il trustee si accerta che il rimborso del prestito obbligazionario abbia avuto luogo e, in caso positivo, trasferisce i beni del trust al disponente; b) qualora, invece, tale rimborso non abbia avuto luogo: b1) il trustee adotta, di intesa con il tutore, le misure più opportune per rimborsare gli obbligazionisti, come per esempio l'alienazione dei beni del trust o del patrimonio della società controllata e comunque impiegando, per questo fine, ogni reddito e altro provento accumulato durante la vita del trust; b2) il trustee trasferisce al disponente quanto sia residuo dopo avere soddisfatto gli obbligazionisti».

<sup>262</sup> L'espressione è di F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, p. 487.

<sup>263</sup> Come si legge in R. LENER, G. BISOGNI, *Omologa di un prestito obbligazionario garantito da un trust*, in *Società*, 1997, p. 587.

risultati economici della società immobiliare non figurano nel bilancio della emittente il prestito obbligazionario, in quanto le azioni della prima appartengono interamente al *trustee*. Ulteriore vantaggio per le parti consiste nell'impossibilità per i creditori della società emittente di aggredire, fino all'estinzione del *trust*, gli immobili. Ciò sarebbe accaduto, invece, qualora le azioni della società immobiliare fossero state di proprietà della emittente il prestito obbligazionario. Con l'iscrizione dell'ipoteca si sarebbe presentato, inoltre, l'ulteriore inconveniente per cui, in caso di mancato rimborso, i creditori sarebbero stati costretti a ricorrere all'esecuzione immobiliare, con tempistiche e costi inevitabili<sup>264</sup>.

La diffusione del *trust* con scopo di garanzia è agevolmente comprensibile anche ponendo a raffronto tale istituto con l'alienazione in garanzia. Questo confronto viene in rilievo soprattutto alla luce dell'ammissibilità, ormai pacifica, della convenzione marciara. Con lo strumento dell'alienazione in garanzia, le parti trasferiscono la titolarità di crediti o il diritto di proprietà di beni, allo scopo di soddisfare l'obbligazione garantita, senza tuttavia l'effetto della segregazione patrimoniale con riferimento al bene vincolato. È bensì vero che il medesimo effetto si può ottenere mediante altri strumenti giuridici, come la costituzione di una nuova persona giuridica o il mandato, ma tali schemi si dimostrano rispettivamente più onerosi – sia sul piano della costituzione sia su quello dell'amministrazione – o non rispondenti alle nuove esigenze del mercato<sup>265</sup>.

---

<sup>264</sup> Cfr. R. LENER, G. BISOGNI, *Omologa di un prestito obbligazionario garantito da un trust*, in *Società*, 1997, p. 587.

<sup>265</sup> V. F. MASTROROSA, G. CASSANO, *Le garanzie personali e reali*, Torino, 2006, p. 546.

#### **4. Le partecipazioni sociali a tempo.**

Nella prassi italiana hanno assunto particolare rilievo le cc.dd. partecipazioni sociali a tempo (o «auto-estinguibili»), soprattutto a seguito della riconosciuta legittimità da parte del Consiglio Notarile di Milano<sup>266</sup>. In particolare, l'importanza di tali partecipazioni sta in ciò: l'emissione di azioni o quote temporanee costituisce uno strumento che, da un lato, permette alle società di raccogliere capitale necessario per finanziare l'avvio di un'attività d'impresa o un determinato progetto imprenditoriale; e che, dall'altro, assicura all'investitore l'uscita dalla

---

<sup>266</sup> Si fa riferimento alla massima n. 190 del 16 giugno 2020, in cui si legge: «Sono legittime le clausole statutarie di s.p.a. o s.r.l. che prevedono l'automatica estinzione di azioni o quote al decorso di un termine o al verificarsi di una condizione non meramente potestativa – ivi compreso il conseguimento di un ammontare complessivo di utili calcolati nel corso del tempo, a decorrere da un determinato momento – anche senza alcun diritto di liquidazione a favore del titolare delle azioni o quote medesime.

Se si tratta di azioni senza indicazione del valore nominale o di quote di s.r.l., e non viene previsto alcun diritto di liquidazione a favore del loro titolare, l'estinzione delle azioni o quote avviene automaticamente, senza limite alcuno e senza modificazione dell'ammontare del capitale sociale (fatta salva la modificazione statutaria concernente il numero delle azioni in circolazione, che dà luogo all'obbligo di deposito dello statuto sociale aggiornato, ai sensi dell'art. 2436, comma 6, c.c., a cura degli amministratori).

Se si tratta di azioni con indicazione del valore nominale, l'estinzione delle azioni comporta o la riduzione del capitale sociale, subordinatamente al rispetto dell'art. 2445 c.c., o l'incremento del valore nominale di tutte le altre azioni, con gli eventuali arrotondamenti ove necessari.

Se l'estinzione delle azioni o quote dà luogo a un diritto di liquidazione in denaro o in natura a favore dei rispettivi titolari, l'esecuzione della liquidazione è subordinata al rispetto delle norme che disciplinano le distribuzioni ai soci, in dipendenza della natura e della composizione delle voci del patrimonio netto della società».

compagine societaria, al verificarsi di predeterminate condizioni, come il conseguimento di un certo importo di utili. Al vantaggio del rafforzamento patrimoniale si affianca, dunque, quello di realizzare un coinvolgimento non permanente del terzo investitore.

Le azioni o quote in commento sono partecipazioni sottoposte alternativamente a termine finale di durata o a condizione risolutiva.

L'ammissibilità delle partecipazioni "a durata predeterminata" è stata sostenuta sotto duplice profilo. In primo luogo, si è fatto riferimento all'art. 17, comma 3, d.lgs. 175/2016 (c.d. T.U.S.P.), il quale stabilisce che nelle società a partecipazione mista pubblico-privata<sup>267</sup> affidataria di appalti o concessioni «la durata della partecipazione privata alla società [...] non può essere superiore alla durata dell'appalto o della concessione». Si è, dunque, osservato che un meccanismo con cui lo statuto può conformarsi alla regola ora richiamata è proprio quello delle azioni o quote (detenute dal soggetto privato) riscattabili per decisione unilaterale del socio pubblico oppure partecipazioni "a tempo", destinate cioè a estinguersi in esito allo scioglimento o conclusione dell'appalto o alla scadenza della concessione, anche in virtù di esclusione automatica<sup>268</sup>. Si è altresì rilevato che tale congegno può essere applicato anche alle società di "diritto comune".

---

<sup>267</sup> Art. 17, comma 3, del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, ha il seguente tenore: «La durata della partecipazione privata alla società, aggiudicata ai sensi del comma 1 del presente articolo, non può essere superiore alla durata dell'appalto o della concessione. Lo statuto prevede meccanismi idonei a determinare lo scioglimento del rapporto societario in caso di risoluzione del contratto di servizio».

<sup>268</sup> F. GUERRERA, *Le società a partecipazione mista pubblico-privata (art. 17 tusp)*, in *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, a cura di S. Fortunato e F. Vessia, Giuffrè, Milano, 2017, 117 e ss., ed ivi 120.

Sotto altro profilo, si è segnalato che sul piano sistematico non sussistono ostacoli al riconoscimento delle cc.dd. partecipazioni a tempo; la partecipazione sociale non è caratterizzata, infatti, da vincoli o presunzioni di perpetuità. Il legislatore ha conferito, d'altronde, ampia autonomia statutaria, sia nelle s.p.a. sia nelle s.r.l., in materia di recesso e di riscatto<sup>269</sup>. In tali ultimi due casi, le azioni (o quote) sono convenzionalmente considerate a tempo.

Appare opportuno precisare, tuttavia, che le partecipazioni sociali «auto-estinguibili» si discostano dalle partecipazioni con potere di recesso e azioni riscattabili<sup>270</sup> per due ragioni. In primo luogo, mentre nel recesso e nel riscatto lo scioglimento del vincolo sociale si perfeziona a seguito dell'esercizio del diritto potestativo da parte

---

<sup>269</sup> P. SFAMENI, *Azioni di categoria e diritti patrimoniali*, Milano, 2008, 98, il quale afferma che «il legislatore della riforma, legittimando espressamente l'emissione di partecipazioni azionarie a tempo (è il caso del recesso convenzionale e del riscatto ai sensi dell'art. 2437-sexies c.c.) [...] colloca tale fattore tra gli elementi strutturali della partecipazione azionaria»; ed ivi, 147, ove si legge: «la compatibilità dell'investimento *a tempo* con la fattispecie societaria non è più, dunque, revocabile in dubbio [...]».

<sup>270</sup> In L. GENGHINI, P. SIMONETTI, *Le società di capitali e le cooperative*, Milano, III ed., 2022, p. 277 le azioni riscattabili sono definite come «quelle azioni per le quali, mediante apposita clausola statutaria di riscatto, si prevede che al verificarsi di determinate condizioni (anch'esse statutariamente previste) è attribuito alla società o ai soci il diritto di riscattarle». La Relazione alla riforma in merito alle azioni riscattabili si esprime, invece, nel modo che segue: «Ancora, con l'art. 2437 sexies, si sono espressamente previste le azioni riscattabili. Sicché esse, che si sono rivelate di particolare utilità in circostanze come quelli in cui la partecipazione del socio si spiega alla luce di rapporti extrasociali, per esempio di lavoro o di fornitura, debbono ormai ritenersi espressamente ammesse. Si è precisato in proposito, al fine di tutelare il capitale sociale, che il loro valore di riscatto è determinato secondo i criteri previsti per l'ipotesi di recesso e che resta salva l'applicazione della disciplina dell'acquisto di azioni proprie».

dell'avente diritto, nelle partecipazioni a tempo viene meno l'elemento di discrezionalità. In quest'ultima ipotesi, infatti, lo scioglimento si verifica automaticamente, ossia al realizzarsi dell'evento dedotto nello statuto o alla scadenza del termine stabilito nello stesso. Come rilevato dal Consiglio Notarile di Milano, «si tratta di una differenza che non desta però alcuna particolare criticità, dando naturalmente per scontato che il processo di auto-estinzione sia stato accettato dal socio interessato mediante la volontà di sottoscrivere una partecipazione dotata di quella peculiare caratteristica»<sup>271</sup>.

La seconda differenza è rappresentata dalla circostanza che le partecipazioni a tempo potrebbero non dare luogo ad alcun diritto economico a favore del socio uscente, anche in ragione dei già menzionati motivi che possono indurre a inserirle nello statuto<sup>272</sup>.

---

<sup>271</sup> V. motivazione della citata massima n. 190 del 16 giugno 2020 (v. <https://www.consiglionotarilemilano.it/massime-commissione-societa/190/>).

<sup>272</sup> Ebbene, nella motivazione della richiamata massima, il Consiglio notarile di Milano ha chiarito che: «Anche questa caratteristica non pare però porsi in rotta di collisione con alcun principio o alcuna norma inderogabile. È vero infatti che la disciplina vigente assicura al socio riscattato il diritto ad una corretta valorizzazione del proprio investimento, ma lo fa perché nell'ipotesi di riscatto il socio subisce l'estromissione per volontà altrui. Ed è altrettanto vero che, analogamente, la vigente disciplina contempla il diritto di liquidazione a favore del socio recedente [...]: ma lo fa perché, tipicamente, il recesso è [...] l'esercizio di un diritto di *exit* rispetto al quale il socio fisiologicamente effettua una comparazione tra il suo interesse a rimanere vincolato ad una società [...] e l'interesse costituito dalla liquidazione monetaria prevista a suo favore. Ebbene, le caratteristiche delle azioni o quote auto-estinguibili non rispondono a nessuna di tali logiche. Esse, piuttosto, sono partecipazioni che strutturalmente posseggono in sé la natura della temporaneità, natura che viene dal socio e dalla società accettata *ex ante* sulla base di valutazioni di convenienza economica rispetto alle quali nulla il diritto può dire. Tanto nel recesso quanto nel riscatto, detto altrimenti, lo scioglimento del vincolo è una reazione discrezionale ed

Appare fondamentale, dunque, analizzare la situazione che determina l'estinzione automatica del rapporto sociale. Tale elemento deve essere specificato nella clausola statutaria che introduce e regola la partecipazione «auto-estinguibile». La prassi notarile<sup>273</sup> ha affermato che la previsione convenzionale in esame deve essere qualificata, come già accennato, alla stregua di un termine<sup>274</sup> o di una condizione<sup>275</sup>. Nella seconda ipotesi, in particolare, viene in rilievo la figura della condizione risolutiva. È necessario chiarire, tuttavia, che non si deve trattare di una condizione meramente potestativa<sup>276</sup>, poiché altrimenti si attribuirebbe

---

eventuale del socio al verificarsi di un certo evento: la liquidazione del socio uscente costituisce, in qualche modo, la contropartita di tale reazione. Nelle partecipazioni auto-estinguibili le parti, invece, convengono ed accettano *ex ante* (tenendone conto, dunque, nella definizione delle condizioni anche economiche di ingresso nella compagine sociale) che i reciproci rapporti debbano considerarsi automaticamente chiusi e, per così dire, soddisfatti, al verificarsi di un certo evento. Non vi sono pertanto ragioni per imporre, in tali ipotesi, forme di liquidazione a favore del socio uscente» (v. <https://www.consiglionotarilemilano.it/massime-commissione-societa/190/>).

<sup>273</sup> Consiglio notarile Milano, Massima n. 190 del 16 giugno 2020.

<sup>274</sup> In A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, a cura di F. ANELLI e C. GRANELLI, XXIV ed., Milano, 2019, il termine è definito come «avvenimento futuro e certo, dal quale (termine iniziale) o fino al quale (termine finale) debbono prodursi gli effetti del negozio».

<sup>275</sup> In A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, a cura di F. ANELLI e C. GRANELLI, XXIV ed., Milano, 2019, pp. 620 ss., la condizione è definita come «avvenimento *futuro ed incerto*, dal quale le parti fanno dipendere o la produzione degli effetti del negozio, cui la condizione è apposta, o l'eliminazione degli effetti che il negozio ha già prodotto (art. 1353 c.c.)».

<sup>276</sup> Tale condizione ricorre quando l'evento dipende dall'arbitrio della parte obbligata. Un elemento accidentale di questo tenore è reputato valido dalla giurisprudenza di legittimità nell'ambito della disciplina del contratto in generale.

al socio a tempo un potere di recesso *ad nutum* dalla società<sup>277</sup>. Simile diritto è escluso dalla giurisprudenza maggioritaria<sup>278</sup>, in quanto configurerebbe un rischio eccessivo per la stabilità del rapporto societario, l'integrità del patrimonio sociale e la tutela del ceto creditorio. Si afferma, in tal senso, che la clausola statutaria, che prevedesse il potere di recesso *ad nutum*, sarebbe nulla per violazione di ordine pubblico di tutela del mercato.

---

La condizione potestativa semplice è, invece, definita come quella in cui «l'evento consiste in un comportamento che, pur restando volontario, non sfocia nel mero arbitrio, atteso che, in relazione all'assetto di interessi perseguito dal contratto, per il soggetto obbligato non è indifferente compierlo o meno, comportando tale scelta conseguenze obiettivamente apprezzabili» (v. R. CARLEO, S. MARTUCCELLI, S. RUPERTO, *Istituzioni di diritto privato*, III ed., Roma, 2019, p. 535). In tal senso, v. Cass. Civ. 25 luglio 2023, n. 22375; Cass. Civ. 20 novembre 2019 n. 30143. In particolare, Cass. Civ. 26 agosto 2014 n. 18239: «La condizione non può essere considerata meramente potestativa, quando l'evento dedotto in condizione sia collegata a valutazioni di interesse e di convenienza e si presenti come alternativa capace di soddisfare anche l'interesse proprio del contraente; soprattutto se la decisione sia affidata al concorso di fattori estrinseci, idonei ad influire sulla determinazione della volontà, pur se la relativa valutazione sia rimessa all'esclusivo apprezzamento dell'interessato.

La condizione è invece meramente potestativa se è stata rimessa al mero arbitrio del contraente, nel senso che il suo avveramento sia svincolato da qualsiasi razionale valutazione di opportunità e convenienza, sì da manifestare l'assenza di una seria volontà della parte di ritenersi vincolata dal contratto».

<sup>277</sup> In tal senso si è espresso l'Osservatorio sul diritto societario del Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato con l'Orientamento n. 66/2018 – *Le partecipazioni sociali a tempo*.

<sup>278</sup> In tal senso, M.S. RICHTER - A. PONTECORVI, *Recesso ed esclusione dalle società di capitali*, Napoli, 2022, p. 66 e dottrina ivi citata. Deve tuttavia rilevarsi che la questione, stante la sua rilevanza nomofilattica, è stata oggetto di un'ordinanza di rimessione in udienza pubblica da parte della sez. I della Corte di Cassazione v. ord. 12 giugno 2023 n. 16560.

La massima del consiglio notarile sopra richiamata si occupa, inoltre, della questione relativa alla necessità o meno di prevedere un diritto di liquidazione a favore del socio “uscente” per effetto del decorso del termine o del verificarsi dell’evento dedotto in condizione. La soluzione prospettata è nel senso di reputare possibili entrambe le previsioni, svolgendo, però, talune distinzioni.

Nell’ipotesi in cui non sia prevista la liquidazione e si tratti di azioni senza indicazione del valore nominale o di partecipazioni di s.r.l., l’estinzione automatica delle stesse non determina nessuna variazione del capitale sociale<sup>279</sup>. In particolare, nel primo caso si procederà alla semplice riduzione delle azioni in circolazione; nell’ipotesi di quote di s.r.l., allo stesso modo, il capitale non subirà mutazioni, e la misura delle partecipazioni dei soci restanti accrescerà in modo proporzionale.

Qualora si tratti di azioni con indicazione del valore nominale, invece, l’estinzione delle stesse determinerà o la riduzione del capitale sociale attraverso imputazione a riserva del valore nominale delle azioni esistenti<sup>280</sup> o l’incremento del valore nominale delle altre azioni.

---

<sup>279</sup> Fatta salva la modificazione statutaria circa il numero delle azioni in circolazione, con relativo obbligo di deposito dello statuto sociale aggiornato a cura degli amministratori, ai sensi dell’art. 2436, co. 6, cod. civ..

<sup>280</sup> Tutto ciò deve avvenire, però, nel rispetto dell’art. 2445, cod. civ., in materia di riduzione volontaria del capitale.

L’art. 2445, cod. civ. ha il seguente tenore: «La riduzione del capitale sociale può aver luogo sia mediante liberazione dei soci dall’obbligo dei versamenti ancora dovuti, sia mediante rimborso del capitale ai soci, nei limiti ammessi dagli articoli 2327 e 2413.

L’avviso di convocazione dell’assemblea deve indicare le ragioni e le modalità della riduzione. Nel caso di società cui si applichi l’articolo 2357, terzo comma, la riduzione deve comunque effettuarsi con modalità tali che le azioni proprie

Nel caso in cui l'estinzione della partecipazione «auto-estinguibile» dia luogo a un diritto di liquidazione, invece, si applicheranno le norme dettate in materia di distribuzione ai soci. La prassi notarile ammette, inoltre, che i criteri di determinazione del valore di disinvestimento siano liberamente negoziabili, non essendo necessaria l'applicazione della disciplina concernente il recesso del socio (artt. 2437-ter e 2473, cod. civ.)<sup>281</sup>. Il socio a tempo accetta la predeterminazione del valore o dei criteri di liquidazione, nell'ipotesi di partecipazioni «auto-estinguibili», sicché «non sussistono né le ragioni di tutela del socio ricorrenti qualora si verificino cause legali di recesso, né quelle invocate in caso di espulsione dalla compagine sociale per volontà altrui (azioni riscattabili, esclusione [...])»<sup>282</sup>.

Alla luce di quanto fin qui detto, è ora possibile comprendere come l'istituto esaminato assuma rilievo nell'ambito dello studio del divieto del patto commissorio (art. 2744, cod. civ.). Le cc.dd. partecipazioni a tempo potrebbero essere utilizzate in violazione di tale divieto. Si potrebbe, infatti, prospettare la seguente ipotesi: una società, avente bisogno di raccogliere somme di denaro, aumenta il capitale

---

eventualmente possedute dopo la riduzione non eccedano la quinta parte del capitale sociale.

La deliberazione può essere eseguita soltanto dopo novanta giorni dal giorno dell'iscrizione nel registro delle imprese, purché entro questo termine nessun creditore sociale anteriore all'iscrizione abbia fatto opposizione.

Il tribunale, quando ritenga infondato il pericolo di pregiudizio per i creditori oppure la società abbia prestato idonea garanzia, dispone che l'operazione abbia luogo nonostante l'opposizione».

<sup>281</sup> Gli articoli citati risultano, infatti, vincolanti soltanto per le ipotesi legali ed inderogabili di recesso. Sul punto, v. M. STELLA RICHTER JR-A. PONTECORVI, *Recesso ed esclusione dalle società di capitali*, Napoli, 2022, p. 96.

<sup>282</sup> Consiglio notarile Distretti Firenze, Pistoia e Prato, Massima n. 66 del 2018, motivazione, punto 5.

sociale, tramite emissione di nuove azioni a pagamento, sottoscritte da un terzo (in questo caso, il finanziatore). In altre parole, il sovrapprezzo non rappresenta altro che un mutuo in favore della società; la partecipazione agli utili assicura, invece, al creditore il pagamento degli interessi del prestito. La società e il finanziatore pattuiscono, inoltre, che tali azioni avranno una durata determinata.

In particolare, le parti possono convenire che, ad una certa data, la società dovrà restituire la somma pagata dal finanziatore, le cui azioni, all'avverarsi di tale condizione, si estingueranno automaticamente. Nell'ipotesi in cui, invece, la società si renda inadempiente, il finanziatore diverrà definitivamente titolare delle azioni precedentemente acquistate, restando componente della compagine sociale. Tale meccanismo potrebbe, tuttavia, violare il divieto previsto dall'art. 2744, cod. civ., se solo si pensi che, al momento dell'inadempimento, le azioni possono ben avere un valore maggiore di quello avuto al tempo della sottoscrizione delle stesse.

Ebbene, viene qui in rilievo la massima del Consiglio notarile di Milano, secondo cui sono lecite anche le azioni a tempo che non danno luogo ad alcun diritto di liquidazione a favore del loro titolare.

Al fine di garantire la liceità dell'operazione, infatti, potrebbe prevedersi un meccanismo marciano, in forza del quale, al momento della mancata restituzione della somma data in prestito, il finanziatore trattiene la titolarità delle partecipazioni, ma con l'automatica estinzione delle azioni, il cui valore rappresenti un'eventuale eccedenza dell'originario prezzo pagato per la sottoscrizione delle azioni (ossia delle somme erogate a mutuo), senza alcun diritto, in capo all'azionista, di liquidazione delle partecipazioni estinte.

## Conclusioni

L'analisi sin qui condotta dimostra la definitiva legittimazione delle alienazioni in garanzia, cui accede un patto marciano. Secondo parte della dottrina, tale riconoscimento porta a un capovolgimento del rapporto tra il divieto del patto commissorio e il patto marciano; il primo diventerebbe, infatti, eccezione vietata del secondo<sup>283</sup>. Questa dottrina soggiunge che tale ribaltamento di prospettiva si trae anche dal restringimento della sfera applicativa del divieto del patto commissorio, in forza della progressiva estensione delle garanzie marciane.

Questa interpretazione è, però, smentita da molteplici indici normativi, come l'art. 11 della legge delega del 19 ottobre 2017, n. 155<sup>284</sup>, l'art. 6, co. 2, d.lgs. n. 170 del 2004<sup>285</sup>, l'art.120-*quinqüesdecies*, co. 3, T.U.B.<sup>286</sup>. Queste previsioni consentono di affermare che il patto marciano non rappresenti una deroga al divieto di cui all'art. 2744, cod. civ., così ampia da sostenere un ribaltamento del rapporto regola-eccezione. D'altronde, autorevole dottrina<sup>287</sup> ha rilevato, muovendo dagli artt.120-*quinqüesdecies*, co. 3, T.U.B. e 11 della legge delega del 19 ottobre 2017, n. 155, che il richiamo alla

---

<sup>283</sup> Cfr. A. CHIANALE, *Alienazioni in garanzia e patti marciiani*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, 2021, Milano, p. 112.

<sup>284</sup> La disposizione ora richiamata configura, infatti, l'escussione stragiudiziale marciiana nel pegno non possessorio come una «deroga al divieto del patto commissorio».

<sup>285</sup> Tale articolo stabilisce che ai contratti di garanzia finanziaria che prevedono il trasferimento della proprietà con funzione di garanzia non si applica l'art. 2744, cod. civ..

<sup>286</sup> L'art. 120-*quinqüesdecies*, co. 3, T.U.B. disciplina il patto marciano, disponendo che resta fermo quanto previsto dall'art. 2744, cod. civ..

<sup>287</sup> Cfr. A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, pp. 25 ss..

salvezza dell'art. 2744 cod. civ. costituisce indice contrario a un presunto mutamento di rotta del legislatore rispetto alla natura e all'estensione del divieto.

Accanto a questi orientamenti interpretativi, potrebbe affermarsene un terzo, che non riconduca il rapporto, tra patto commissorio vietato e patto marciano lecito, nel tradizionale schema di regola ed eccezione, poiché i due istituti rispondono alla medesima *ratio*. Il patto marciano elide, infatti, proprio i profili di illiceità della convenzione vietata dal legislatore. In altre parole, il meccanismo marciano non è eccezione al principio generale, delineato dall'art. 2744 cod. civ., ma rispettoso della medesima *ratio*, anzi conseguenza di quel principio, poiché mira anche esso ad evitare approfittamenti del creditore ai danni del debitore.

Alla luce di quanto detto, è possibile ora affrontare il problema circa la necessità o meno di una previsione esplicita del patto marciano.

Ad avviso della teoria dottrinale, secondo cui il patto marciano e quello commissorio sarebbero rispettivamente la regola e l'eccezione, il negozio non dovrebbe necessariamente contenere una convenzione marciana espressa. Si è, infatti, sostenuto che «l'alienazione commissoria è un'alienazione con causa di garanzia arricchita di una clausola derogatoria della disciplina conseguente da tale causa»<sup>288</sup>. In

---

<sup>288</sup> V. A. CHIANALE, *Alienazioni in garanzia e patti marciano*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, 2021, Milano, p. 115. Cfr. F. ANELLI, *op. cit.*, pp. 452 ss., con ciò superando l'idea che la pattuizione commissoria sia strutturalmente separata e accessoria all'alienazione in garanzia; poi U. STEFINI, *La cessione del credito*, in *Tratt. dir. ci. Comm. Cicu-Messineo*, Milano, 2020, p. 385, pur aggiungendo che la nullità deriva dall'assenza di causa di garanzia provocata dalla pattuizione derogatoria; invece, N. CIPRIANI, *Il patto marciano tra garanzia del credito ed esecuzione forzata*, in *giurisprudenza italiana*, 2017, p. 1727 ss., condivide la soluzione, ma sul

altri termini, il patto commissorio rappresenterebbe una deroga al regime legale che impone l'applicazione delle cautele marciane. Ne discende che il divieto riguarderebbe le clausole contrattuali che espressamente consentono al creditore di appropriarsi di un bene (o del prezzo ricavato dalla sua vendita), senza la stima imparziale del valore del bene al momento dell'inadempimento, e senza l'obbligo per il creditore di restituire l'eventuale eccedenza tra il valore (o il prezzo ricavato) e il debito inadempito.

Stando a questa tesi e premettendo che la nullità della convenzione commissoria non si estende al contratto dal quale sorge l'obbligazione garantita<sup>289</sup>, si possono ipotizzare due conseguenze all'invalidità del patto vietato *ex art. 2744, cod. civ.*. In particolare, sarebbe possibile sostenere, da un lato, la conversione, ai sensi dell'art. 1424, cod. civ., del commissorio nullo in una convenzione marciana valida<sup>290</sup>. Dall'altro lato, potrebbe farsi ricorso all'integrazione

---

presupposto *de iure condendo* dell'introduzione dei correttivi marciiani nel testo dell'art. 2744 cod. civ. così da ricavare una norma imperativa che sostituisca la clausola nulla.

<sup>289</sup> Cfr. Cass. civ. 19 febbraio 2019, n. 4729: «Pare senz'altro pertinente il richiamo, proposto dal ricorrente con la memoria, al principio secondo cui "in tema di patto commissorio, la sanzione della nullità prevista dalla norma di cui all'art. 2744 c.c. riguarda il solo patto commissorio stipulato "a latere" dell'obbligazione restitutoria (con conseguente inefficacia del trasferimento del bene oggetto della stipulazione, *ex art. 2744 cit.*), e non anche detta obbligazione restitutoria, che resta del tutto valida indipendentemente dalle sorti del patto accessorio vietato" (Cass. n. 6864/2000), sulla cui scia può senz'altro affermarsi che la nullità non investe neppure il negozio ricognitivo dell'obbligazione di restituzione».

<sup>290</sup> In tal senso anche F. REALMONTE, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzioni dei rischi*, in *Foro it.*, 1989, I, p. 1446; G. GITTI, *Divieto del patto commissorio, frode alla legge, «sale and lease back»*, in *Riv. trim.*

eteronoma di cui all'art. 1374, cod. civ.. Applicando quest'ultima disposizione, dunque, si afferma che la clausola contenente il patto commissorio sarebbe espunta dal regolamento contrattuale in ragione della sua nullità e, quindi, automaticamente sostituita dal meccanismo marciano. In conclusione, «la nullità della pattuizione che esclude espressamente i correttivi marciari (stima e restituzione dell'eccedenza) travolge ai sensi dell'art. 1419, comma 1, c.c. l'intero contratto di garanzia soltanto se risulta provato che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella pattuizione»<sup>291</sup>.

La teoria appena esposta presenta, tuttavia, molteplici criticità.

Innanzitutto, nel quadro di riferimento non è possibile fare ricorso all'art. 1424, cod. civ.<sup>292</sup>. Affinché il contratto nullo produca *ex lege* gli effetti di un altro contratto, infatti, sono necessari due presupposti: che sussistano i medesimi requisiti di forma e di sostanza del secondo negozio; che, «avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti», possa ritenersi che esse avrebbero concluso il diverso contratto se fossero state consapevoli della nullità di quello stipulato.

---

*dir. proc. civ.*, 1993, 491; G. DI ROSA, *Autonomia contrattuale e attività d'impresa*, Torino, 2010, 61 ss.; contrario S. PAGLIANTINI, *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della direttiva 2014/17 UE*, in *Nuove leggi civ. comm.*, pp. 202 ss..

<sup>291</sup> V. A. CHIANALE, *Alienazioni in garanzia e patti marciari*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, 2021, Milano, p. 116.

<sup>292</sup> V. F. AGNINO; F. DI MARZIO, *Codice civile*, Milano, 2023, p. 1799: «La conversione del contratto nullo, quale istituto riconducibile al principio di conservazione degli atti negoziali ovvero al canone di buona fede oggettiva, consiste in una modifica legale del contratto che ne evita la nullità, pur nel rispetto sostanziale dello scopo delle parti, ovvero in una trasformazione-limitazione di quanto pattuito, il cui risultato deve rientrare in quello cui tendeva il contratto convertito. Si tratta dunque di un meccanismo legale di recupero del regolamento negoziale».

Pur potendosi presumere la sussistenza del secondo requisito, difettano i requisiti di sostanza richiamati dalla norma. In particolare, tali requisiti attengono all'oggetto del contratto (che deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile, ai sensi dell'art. 1346 cod. civ.), alla capacità e alla legittimazione delle parti. Ebbene, è proprio sotto l'aspetto della determinatezza o determinabilità dell'oggetto che si rinviene la lacuna del regolamento negoziale. La giurisprudenza di legittimità ha, infatti, censurato le convenzioni marciarie generiche, cioè quelle che non precisano i tempi, i modi ed i criteri con cui deve essere effettuata l'*aestimatio* della *res* data in garanzia. Quest'ultima operazione è, infatti, essenziale affinché si possa considerare determinata la tipica prestazione marciaria, ossia la restituzione della differenza tra valore del bene e ammontare del credito garantito. Diversamente dalla nomina del perito terzo e imparziale, invero, questi fattori non possono essere rimessi, in mancanza di accordo tra le parti, alla determinazione dell'autorità giudiziaria.

Tale convincimento è corroborato anche dalla Corte di Cassazione<sup>293</sup>, la quale ha affermato che non risponde ai canoni strutturali del patto marciario una convenzione estremamente sommaria (*supra*, Cap. II, § 3).

Alla luce di quanto detto, dunque, per poter operare l'art. 1424, cod. civ., è necessaria l'indicazione dei menzionati elementi (*id est*, dei requisiti sostanziali). Se così fosse, però, la clausola configurerebbe già un patto marciario, non essendo necessaria la conversione della convenzione commissoria nulla.

La seconda critica attiene, invece, al riferimento all'integrazione eteronoma di cui all'art. 1374, cod. civ.. In particolare, pur essendo espunta dal regolamento contrattuale la convenzione commissoria, nel

---

<sup>293</sup> V. Cass. civ., sez. I, ord., 28.05.2018, n. 13305.

nostro ordinamento difetta una norma imperativa che disciplini il patto marciano generale. Sarà possibile interrogarsi, semmai, sull'integrazione dei contratti mediante la disciplina di settore in materia di patti marciari speciali. Come già rilevato, tuttavia, queste normative afferiscono a determinate categorie di contratti e soggetti; non è pensabile, dunque, ricorrere a tali disposizioni per ricostruire una convenzione marciana di carattere generale da poter inserire nel negozio, che esuli dall'ambito di applicazione della normativa speciale, attraverso l'applicazione dell'art. 1374, cod. civ..

Si potrebbe controbattere, tuttavia, che è possibile un'integrazione mediante il dovere di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost.. La Costituzione rientra, infatti, nella nozione di «legge», come richiamata dall'art. 1374, cod. civ.. In altri termini, quindi, la fonte costituzionale è ricompresa tra le fonti legali di integrazione del contratto<sup>294</sup>. Affinché tali disposizioni assumano rilevanza ai sensi dell'art. 1374, cod. civ., tuttavia, devono ricorrere due condizioni: la norma costituzionale deve essere riferibile alla materia contrattuale; la disposizione deve essere sufficientemente determinata.

Quanto al primo profilo, si possono sollevare dubbi circa l'attinenza dell'art. 2 della Costituzione alla materia contrattuale, poiché la solidarietà sociale dell'articolo richiamato non sembra riferibile ai rapporti contrattuali<sup>295</sup>.

Dalle obiezioni appena esposte, è possibile affermare, dunque, che non sono percorribili né la strada della conversione né quella della integrazione (*ex art. 1374, cod. civ.*). Tale quadro sistematico accentua l'esigenza dell'introduzione da parte del legislatore di una norma

---

<sup>294</sup> Cfr. G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali*, in F. VOLPE; M. ANGELONE, *Correzione e integrazione del contratto*, Bologna, 2016, p. 25.

<sup>295</sup> V. G. D'AMICO, *op. cit.*, pp. 33 ss..

codicistica, disciplinante il patto marciano di “diritto comune”. In questo modo, infatti, sarebbero senz’altro applicabili gli artt. 1424 e 1374, cod. civ.. L’introduzione di una simile disposizione conferirebbe al sistema, inoltre, maggiore certezza: gli elementi e gli effetti della convenzione marciana di carattere generale sarebbero tipizzati. Ciò consentirebbe ai privati, da un lato, di prevedere nel negozio clausole conformi al tipo legale, non rischiando di essere coinvolti in giudizi dall’esito incerto relativamente alla validità strutturale della convenzione marciana; dall’altro, permetterebbe di poter far ricorso ai meccanismi della conversione del contratto nullo e dell’integrazione eteronoma del negozio.

In conclusione, l’introduzione di un’apposita norma si aspetta con estremo favore, essendo la migliore soluzione ai problemi sistematici che affliggono il nostro ordinamento e, in particolare, la disciplina della tutela del creditore. Come già accennato (*supra*, Introduzione), inoltre, la rapida soddisfazione delle ragioni creditorie porterebbe vantaggi all’intera economia.

## Bibliografia

- R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, IV ed., Torino, 2023.
- F. AGNINO; F. DI MARZIO, *Codice civile*, Milano, 2023.
- G. AMORTH, *Divieto del patto commissorio apposto a un mutuo ipotecario*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1949.
- V. ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, in *Comentario Scialoja-Branca*, Zanichelli – Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1966.
- F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996.
- F. ARCARI, *Indici di anomalia*, in *Contratti*, 2008.
- M. ASTONE, *Inadempimento del consumatore e autotutela del finanziatore tra (divieto del) patto commissorio patto marciano*, in *Eur. dir. priv.*, 2017.
- E. BARLA DE GUGLIELMI, *Trust: opinioni a confronto: atti dei Congressi dell'Associazione Il trust in Italia: terzo Congresso nazionale, Roma 2005: I trust per la famiglia, Firenze 2005*, Milano, 2006.
- E. BERGAMO, *Brevi note sul divieto di patto commissorio*, in *Giur. it.*, 2000.

E. **BETTI**, *Sugli oneri e sui limiti dell'autonomia privata in tema di garanzie e modificazioni di obbligazioni*, in *RDCo*, 1931.

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

C.M. **BIANCA**, *Patto commissorio*, in *Nov. Dig. it.*, Torino, 1965, XII.

L. **BIGLIAZZI GERI**, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, Milano, I, 1971 e II, 1974.

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

P. **BONTEMPI**, *Divieto di patto commissorio e lease back*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995.

M. **BUSSANI**, *Il contratto di lease back*, in *Contr. e impr.*, 1986.

A. **BUTERA**, *Il patto commissorio nel mutuo ipotecario*, in *Giur. it.*, 1918, I.

E. **CALICE**, *Sale and lease back: la Suprema Corte riafferma la tendenziale liceità*, in *Contratti*, 2014.

G. **CAPOZZI**, *Dei singoli contratti*, Milano, 1988.

B. **CARPINO**, *La vendita con patto di riscatto*, nel *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol. 11°, Torino, 1984.

E. **CARBONE**, *Debitoris suffocatio e patto commissorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2012.

R. CARLEO, S. MARTUCCELLI, S. RUPERTO, *Istituzioni di diritto privato*, III ed., Roma, 2019.

F. CARNELUTTI, *Mutuo pignoratizio e vendita con patto di riscatto*, in *RDPr*, 1946.

F. CARNELUTTI, *Note sul patto commissorio*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, II.

U. CARNEVALI, *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Giuffrè 1982.

G. CASSANO, *Le garanzie personali e reali*, Torino, 2006.

A. CHIANALE, *Alienazioni in garanzia e patti marciali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, 2021, Milano.

A. CHIANALE, *L'inutilità dell'ipoteca nel prestito vecchietti*, in *Notariato*, n. 4/2016.

N. CIPRIANI, *Il patto marcialo tra garanzia del credito ed esecuzione forzata*, in *giurisprudenza italiana*, 2017.

N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marcialo. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000.

M. CIRULLI, *Pegno irregolare costituito dal fideiussore a garanzia dei crediti scaduti e fallimento del debitore principale*, in *Giur. Mer.*, 1991, I.

- R. CLARIZIA, *I contratti di finanziamento*, Torino, 1966.
- R. CLARIZIA, *I contratti*, Torino, 2002.
- R. CLARIZIA, *Il lease back tra tipicità legale e tipicità giurisprudenziale*, in *Riv. Italiana Leasing*, 1991.
- S. CLERICÒ, *Il controverso rapporto tra sale and lease back e patto commissorio*, in *Riv. not.*, 2006.
- M. CONFORTINI, *Clausole negoziali: profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche*, Torino, 2017-2024.
- A. CORBINO, *diritto privato romano*, IV ed., Milano, 2019.
- A. D'ADDA, *La cessione del credito ed il factoring*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Roppo-Benedetti, Milano, 2014.
- A. DAGNINO, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, Milano, 1983.
- G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali*, in F. Volpe; M. Angelone, *Correzione e integrazione del contratto*, Bologna, 2016.
- G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, in *I nuovi marciari*, Torino, 2017.
- A. DALMARTELLO, *Pegno irregolare*, in *NDI*, XII, Torino, 1965.

F. DALMAZZO, *Divieto del patto commissorio e promessa di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1958, II.

F. DE FRANCESCO, *Sale and lease-back e divieto del patto commissorio*, in *Contratti*, 2003.

S. DEL CORE, *Il divieto del patto commissorio nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Vita not.*, 2016, III.

A. DE MARTINI, *Il negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia*, in *Giur. it.*, 1946, I.

A. DE MARTINI, *Sulla natura giuridica del deposito cauzionale*, in *GI*, II, 1947.

C. DE MENECH, *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, in *Contratti*, 2015.

R. DE NICTOLIS, in *Rivista di diritto civile*, 1991, II.

R. DE NICTOLIS, *Nuove garanzie personali e reali*, Padova, 1998.

G. De Nova, *Il contratto di leasing*, Milano, 1995.

M.L. De Rosa, *Lease back e patto commissorio*, in *Riv. it. leasing*, 1989, 1.

F. Di Marzio (a cura di), *Codice Civile*, Milano, 2019.

G. DI ROSA, *Autonomia contrattuale e attività d'impresa*, Torino, 2010.

A. DOLMETTA, *La ricerca del «marciano utile»*, in *Riv. dir. civ.*, 4, 2017.

A. DOLMETTA, *Lease-back e patto commissorio: un rapporto complesso*, in *Giur. Comm.*, 2002, I.

M.C. DOLMETTA, *Sul fideiussore consumatore: linee dell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, II.

A. DOLMETTA – G.P. PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1986.

M. EBNER, voce *Patto marciano*, in *Enc. giur.*, XXII.

G. FAPPIANO, *Il patto marciano tra tipicità e autonomia contrattuale*, in *I contratti*, 2019, 1.

M. FERRARA SANTAMARIA, *La giustizia privata*, Napoli, 1937.

F. FESTI, *La Convenzione di arbitrato irrituale e la perizia contrattuale*, in *Trattato dei contratti*, diretto da V. Roppo, Milano, 2014.

L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, Torino, 2016.

L. FOLLIERI, *Il patto marciano tra diritto «comune» e «speciale»*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2018, 12.

L. FOLLIERI, *La nuova disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, in A.V., *I contratti bancari*, a cura di Piraino e Cherti, Torino, 2016.

M. FRAGALI, *Del mutuo*, in *Comm. c.c.*, a cura di Scialoja - Branca, Bologna-Roma, 1966.

G.M. GALIMBERTI, *Il leasing industriale e il leasing immobiliare*, Milano, 1983.

A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, Milano, 1995.

S. GATTI, *Pegno irregolare e fallimento del debitore*, in *Riv. dir. comm.*, 2000.

F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1994.

L. GENGHINI, P. SIMONETTI, *Le società di capitali e le cooperative*, Milano, III ed., 2022.

R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto civile*, Torino, 2019.

G. GITTI, *Divieto del patto commissorio, frode alla legge, «sale and lease back»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993.

F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002.

G. GORLA, *Del pegno. Delle ipoteche. Art. 2784 - 2899*, Bologna, 1992.

F. GRECO, *Art. 1851*, in *Aa. Vv., Dei singoli contratti*, III, a cura di Valentino, in *Comm. cod. civ.*, dir. da E. Gabrielli, Assago, 2011.

G. **GRISI**, *Note in margine ad adempimento e responsabilità*, in *Eur. dir. priv.*, 2017.

F. **GUERRERA**, *Le società a partecipazione mista pubblico-privata (art. 17 tusp)*, in *Le “nuove” società partecipate e in house providing*, a cura di S. Fortunato e F. Vessia, Giuffrè, Milano, 2017.

M. **IMBRENDA**, *Leasing e lease back*, Napoli, 2008.

R. **LENER**, G. **BISOGNI**, *Omologa di un prestito obbligazionario garantito da un trust*, in *Società*, 1997.

V. **LOJACONO**, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, 1952.

A. **LUMINOSO**, *Deposito cauzionale presso il terzo e depositi irregolari a scopo di garanzia*, in *Giur. comm.*, 1981, I.

A. **LUMINOSO**, *La vendita con riscatto: artt. 1500 – 1509*, Milano, 1987.

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

M. **LUPOI**, *I trust nel diritto civile*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. da Sacco, Torino, 2004.

F. **MACARIO**, *Circolazione e cessione dei diritti in funzione di garanzia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2006.

G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Milano, 2017.

C. MARESCA, *Datio in solutum: la linea Maginot del patto commissorio*, in *Corr. Giur.*, 1999.

V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di legalità*, in *Foro it.*, 1990, I.

E. MAROCCO, *Note sul patto marciano*, in *Nuovo dir.*, 1989.

F. MARTORANO, *Cauzione e pegno irregolare*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, I.

F. MASTROPAOLO E E.M. MASTROPAOLO, *Negozi fiduciari e indiretti. Trusts. Garanzie*, in AA. VV., *I contratti di garanzia*, a cura di F. Mastropaolo, in *Tratt. dei contratti*, dir. da P. Rescigno e E. Gabrielli, Assago, 2006.

G. MATTARELLA, *Clausola marciana e tutela del consumatore: la dubbia compatibilità col diritto europeo dell'art. 120-quinquiesdecies t.u.b.*, in *LA NUOVA GIURISPRUDENZA CIVILE COMMENTATA*, 2020.

D. MEFFIS, *Analisi in astratto e in concreto della validità del lease back*, in *Contratti*, 1994.

F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1947.

L. **MEZZANOTTE**, *Il diritto di ritenzione. Dall'autotutela alla pena privata*, Napoli, 1995.

U. **MIELE**, *Sul patto commissorio immobiliare*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, II.

G. **MINNITI**, *Garanzia e alienazione*, Torino, 2007.

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

G. **MIRABELLI**, *Del diritto dei terzi secondo il codice civile italiano*, I, Torino, 1889.

S. **MONTICELLI** – G. **PORCELLI**, *I contratti dell'impresa*, volume I, Milano, 2021.

M. **NATALE**, *Leaseback e strutture utili di patto marciano*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2015.

M. **NATALE**, *Recenti tentativi di tipizzazione del patto marciano*, in *Riv. dir. banc.*, 2018.

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.

S. **PAGLIANTINI**, *Sull'art. 48 bis T.U.B.: il "pasticcio" di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, in *I nuovi marciani*, Torino, 2017.

G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, Giuffrè, 1970.

F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori*, in *I nuovi marciani*, Torino, 2017.

C.M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, 1982, in *Commentario al cod. civ.*, VI, UTET, Torino.

S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950.

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

F. REALMONTE, *Il pegno*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, XIX, Torino, 1985.

F. REALMONTE, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, in *FI*, 1989, I.

M. RENNA, *La tutela consumeristica del fideiussore: riflessioni a partire da una recente pronuncia della Corte di giustizia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II.

M.S. RICHTER - A. PONTECORVI, *Recesso ed esclusione dalle società di capitali*, Napoli, 2022.

R. RINALDI - A. VARRATI, *Lo sviluppo del prestito ipotecario vitalizio in Italia: potenzialità e problemi normativi*, in *Bancaria*, 2007, 3.

I. RIVA, *Il contratto di sale and lease back*, in *Contr. e impr.*, 2001.

C. ROMEO, *I limiti applicativi del patto commissorio autonomo*, in *Contratti*, 2000

E. ROPPO, *Il divieto del patto commissorio*, in *Tratt. Dir. priv.*, diretto da Rescigno, Torino, 1985, XIX.

D. RUBINO, *Responsabilità patrimoniale; il pegno*, 1949, Torino.

T. RUMI, *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *I nuovi marciatori*, 2017, Torino.

V. SANTARSIERE, *"Sale and lease back" per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela*, in *Arch. civ.*, 1997.

M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, V ed., Torino, 2021.

P. SFAMENI, *Azioni di categoria e diritti patrimoniali*, Milano, 2008.

M. SIMEON, *Il fideiussore del professionista può essere consumatore: tramonto della teoria del professionista "di riflesso"*, in *Giur. comm.*, 2020, II.

U. STEFINI, *La cessione del credito con causa di garanzia*, Padova, 2007.

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

L. TESTINI, *Lease back e divieto di patto commissorio*, in *Notariato*, 1995.

A. TORRENTE – P. SCHLESIN, *Manuale di diritto privato*, XXIV ed..

R. TRIOLA, *Vendita con patto di riscatto e divieto del patto commissorio*, in *GC*, I.

G. TUCCI, *Garanzia. Diritto comparato e straniero*, in *Enc. dir.*, XIV, Roma, 1989.

D. VITTORIA, *Pegno irregolare*, in *EGTreccani*, XXII, 1990.

L. VIZZONI, *Spunti in tema di qualificazioni dei contraenti e posizione del terzo garante nel nuovo scenario delle garanzie del credito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, II.