



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Scienze Politiche, Giuridiche e Studi Internazionali – SPGI

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN: Diritto Internazionale Privato e del
Lavoro

CICLO: XXXII

I “NUOVI MARCIANI” TRA DIRITTO INTERNO E DIRITTO PRIVATO EUROPEO

Coordinatore: Ch.ma Prof.ssa Arianna Fusaro

Supervisore: Ch.ma Prof.ssa Lorenza Bullo

Dottorando: Patrizio Merotto

SOMMARIO

INTRODUZIONE.....	1
-------------------	---

CAPITOLO PRIMO

IL DIVIETO DI PATTO COMMISSORIO: ORIGINI STORICHE ED EVOLUZIONE

1. Garanzia del credito e patto commissorio: note introduttive.....	6
2. <i>Lex commissoria</i> : origini e funzione.....	13
2.1. La <i>lex commissoria</i> nella compravendita.....	13
2.2. La <i>lex commissoria</i> nella <i>fiducia cum creditore</i>	18
2.3. La <i>lex commissoria</i> nel <i>pignus</i>	27
3. Il divieto di patto commissorio e l'elaborazione del patto marciano.....	36
4. Il divieto di patto commissorio dall'età intermedia alle codificazioni moderne.....	41
5. Il divieto di patto commissorio nell'esperienza di codificazione italiana	46
5.1. Il codice civile del 1865: formule normative e interpretazione giurisprudenziale.....	46
5.2. Il divieto di patto commissorio nel codice civile del 1942.....	52

CAPITOLO SECONDO

PATTO COMMISSORIO E PATTO MARCIANO NELLA PROSPETTIVA DI DIRITTO COMPARATO E DI DIRITTO PRIVATO EUROPEO

1.	L'esperienza francese.....	59
1.1.	Il divieto di patto commissorio nell'ordinamento francese.....	59
1.2.	L' <i>Ordonnance</i> n. 2006-346 del 23 marzo 2006: la riforma delle garanzie reali e l'abrogazione del divieto di patto commissorio.....	70
1.3.	Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia: la <i>fiducie- sûreté</i>	80
2.	L'esperienza tedesca.....	89
2.1.	Il divieto di patto commissorio nell'ordinamento tedesco....	89
2.2.	Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia: <i>sicherungsübereignung e sicherungsabtretung</i>	99
3.	L'esperienza olandese.....	111
3.1.	Premessa.....	111
3.2.	Il divieto di patto commissorio e le tecniche di realizzazione delle garanzie reali nel sistema olandese.....	112
3.3.	Il divieto di trasferimenti fiduciari a scopo di garanzia.....	117
4.	La prospettiva di diritto privato europeo.....	126
4.1.	Il <i>Draft Common Frame of Reference</i>	126
4.1.1.	<i>Draft Common Frame of Reference e Property Law</i>	126
4.1.2.	Il libro IX <i>DCFR: Proprietary security in movable assets</i>	131
4.1.3.	L'art. IX.7:105 del <i>Draft Common Frame of Reference: Pre- default agreement on appropriation of encumbered assets</i>	134

CAPITOLO TERZO

PATTO COMMISSORIO E PATTO MARCIANO NEL DIBATTITO

GIURISPRUDENZIALE E DOTTRINALE INTERNO

1. Il divieto di patto commissorio nell'evoluzione giurisprudenziale.143
 - 1.1. Il campo di applicazione dell'art. 2744 c.c.: il problema del patto commissorio autonomo.....143
 - 1.2. L'interpretazione del patto commissorio come alienazione sospensivamente condizionata all'inadempimento del debitore..147
 - 1.3. Il *revirement* giurisprudenziale del 1989: il divieto di patto commissorio come norma materiale.....154
 - 1.4. *Segue*: Il riconoscimento del patto marciano come limite al divieto di patto commissorio.....163
2. Natura e funzione del patto commissorio e del patto marciano: il dibattito dottrinale.....178
 - 2.1. Premessa.....178
 - 2.2. La natura giuridica del patto commissorio: l'accostamento ad istituti tipici.....180
 - 2.3. L'indagine incentrata sulla funzione del patto commissorio e del patto marciano.....184
 - 2.3.1. Il patto commissorio come alienazione in funzione di garanzia.....184
 - 2.3.2. Il patto commissorio e il patto marciano come alienazioni con funzione solutoria.....187
 - 2.3.3. Il patto commissorio e il patto marciano come negozi giuridici disciplinanti l'auto-soddisfacimento del creditore.....196
3. La *ratio* del divieto di patto commissorio.....202
 - 3.1. Considerazioni preliminari.....202
 - 3.2. La *debitoris suffocatio*.....204

3.3.	Responsabilità patrimoniale e divieto di autotutela esecutiva.....	207
3.4.	L'indagine in chiave sistematica.....	212
3.5.	Considerazioni conclusive.....	213

CAPITOLO QUARTO

LE NUOVE FIGURE DI PATTO MARCIANO

NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

1.	I nuovi marciاني di fonte legislativa.....	216
1.1.	Il prestito vitalizio ipotecario.....	219
1.2.	Il pegno non possessorio.....	223
1.3.	L'art. 48 <i>bis</i> T.U.B.: finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato.....	226
1.4.	L'art. 120 <i>quinqüesdecies</i> T.U.B.: la tutela del finanziatore nella disciplina del credito immobiliare ai consumatori	229
2.	Il patto marciano <i>ex art. 48 bis</i> T.U.B.....	233
2.1.	Il trasferimento di immobile sospensivamente condizionato all'inadempimento dell'obbligazione garantita: analisi della fattispecie.....	233
2.2.	La natura del patto marciano <i>ex art. 48 bis</i> T.U.B.....	250
3.	Il rapporto tra il patto marciano di diritto comune e le nuove fattispecie di patto marciano.....	265
	CONCLUSIONI.....	273
	BIBLIOGRAFIA.....	278

ABSTRACT

La tesi prende in esame la figura del patto marciano e la relazione che lega tale modello negoziale al divieto di patto commissorio, al fine di individuare quale sia il ruolo assunto dalla pattuizione marciana nel sistema dei principi regolanti la tutela del credito nei rapporti di garanzia reale.

Il primo capitolo è dedicato alla disamina in chiave storica del patto marciano in relazione al divieto di patto commissorio, muovendo dalle origini della pattuizione risalenti al diritto romano fino alla formulazione del divieto nelle moderne codificazioni continentali.

Il secondo capitolo compie un'analisi comparata del divieto di patto commissorio e delle tecniche di garanzia reale del credito nei sistemi giuridici francese, tedesco ed olandese, prendendo successivamente in esame le soluzioni elaborate nel *Draft Common Frame of Reference*.

Il terzo capitolo si rivolge al dibattito giurisprudenziale e dottrinale sviluppatosi nel panorama italiano in ordine all'interpretazione del divieto di patto commissorio e al ruolo del patto marciano nel novero delle tecniche di autotutela esecutiva.

Il quarto ed ultimo capitolo analizza le nuove fattispecie di patto marciano recentemente introdotte nell'ordinamento dal legislatore italiano, ponendole a confronto con la figura generale di patto marciano.

This Ph.d. thesis focuses on a peculiar type of pact known as "*patto marciano*".

In particular, this research analyses the relationship between this kind of agreement and the general principle of voidance of pre-default agreements on encumbered assets (also known as the prohibition of *lex commissoria*).

The research clarifies which is the role of *patto marciano* in relation to the general principles governing real securities.

The first chapter firstly provides an historical analysis of the prohibition of *lex commissoria* in Roman Law. Secondly, it shows the application of this prohibition from the Middle Age to the Modern Era.

The second chapter focuses on a comparative analysis of the prohibition of *lex commissoria* in the French, German and Dutch legal system.

The third chapter focuses on the italian debate about the interpretation of the principle of voidance of *lex commissoria* and the relationship between this principle and the so called *patto marciano*.

The fourth and last chapter analyses the new arrangements recently introduced by the italian lawmaker inspired to the model of *patto marciano*.

INTRODUZIONE

La presente ricerca si inserisce nella più ampia tematica attinente ai meccanismi di tutela del credito nei rapporti di garanzia reale e analizza il ruolo assunto in quest'ambito dalla figura del patto marciano alla luce del rapporto sussistente tra tale modello negoziale e il divieto di patto commissorio.

Lo studio prende avvio dalla recente introduzione nell'ordinamento italiano di una serie di istituti volti a modernizzare il mercato del credito recependo le istanze emerse nella prassi commerciale internazionale e modellati appunto sullo schema del patto marciano.

Si fa riferimento alle modifiche apportate alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario da parte della legge 2 aprile 2015, n. 44, ma soprattutto alle inedite figure del pegno mobiliare non possessorio e del trasferimento di immobili sospensivamente condizionato *ex art. 48 bis t.u.b.* – introdotti dal d.l. n. 59/2016 convertito con l. n. 119/2016 – nonché della fattispecie *ex art. 120 quinquiesdecies t.u.b.* rientrante nella disciplina del credito immobiliare ai consumatori, introdotta con il d.lgs. n. 72/2016 in attuazione della direttiva UE 2014/17/UE (c.d. *Mortgage Credit Directive*).

La rinnovata attenzione del legislatore per il modello negoziale del patto marciano, istituto dalle origini risalenti e consegnato alla storia dagli insegnamenti di diritto romano, ha reso più che mai attuale il tema dell'ammissibilità nel nostro ordinamento di fattispecie di tutela esecutiva privatizzata, imponendo all'interprete di verificare quale sia lo spazio riservato all'autonomia privata nella regolazione in via negoziale delle facoltà di soddisfazione del creditore sul patrimonio del debitore in via di autotutela.

Lo studio si pone quindi l'obiettivo di esaminare la generale figura del patto marciano in una prospettiva storica e comparata al fine di delineare la

natura e la funzione di tale pattuizione e la relazione che lega la stessa all'ambito di operatività del divieto di patto commissorio.

La disamina degli interessi sottesi al divieto di patto commissorio, e quindi la *ratio* che giustifica tale principio, consentirà di individuare la collocazione sistematica del patto marciano e porre a confronto tale modello generale con le fattispecie negoziali tipiche introdotte dal legislatore italiano.

Intraprendendo il cammino di ricerca così tracciato, il primo capitolo sarà dedicato ad un'analisi storica del patto marciano muovendo innanzi tutto dalle ragioni che hanno condotto la *scientia iuris* romana ad elaborare tale figura negoziale quale alternativa alle asperità connotanti la complementare *lex commissoria*.

In via preliminare, quindi, lo studio si rivolgerà alle peculiarità della *lex commissoria* e alle applicazioni della stessa nella prassi negoziale di diritto romano, al fine di comprendere le ragioni che hanno condotto alla sua proibizione ad opera della costituzione dell'imperatore Costantino nel 327 d.C..

È proprio con l'introduzione del divieto di patto commissorio, infatti, che il patto marciano assume rilevanza, proponendosi quale istituto in grado di attrarre la fattispecie commissoria nell'area della liceità, e risultando così legato a quest'ultima da un *fil rouge* che ne caratterizzerà le sorti fino alle odierne riflessioni.

In tale ottica la disamina proseguirà prendendo in considerazione le ragioni che hanno fondato la riaffermazione del divieto nell'epoca di diritto comune ed il recepimento dello stesso in seno alle maggiori esperienze di codificazione continentali.

Particolare attenzione sarà rivolta al dibattito che ha interessato i lavori preparatori al *Code Civil* del 1804 e che ha influenzato in modo determinante il codificatore italiano, il quale, prima nel codice del 1865, e successivamente in quello del 1942 ha offerto espressa formulazione normativa al divieto di patto commissorio agli artt. 2744 e 1963 c.c.

Il secondo capitolo sarà invece dedicato ad un'analisi comparata circa la portata e il significato attribuiti al divieto di patto commissorio nell'ordinamento francese, tedesco ed olandese, sistemi che – ad avviso di chi scrive – conducono la ricerca ad esiti particolarmente soddisfacenti in ordine alla delineazione dei principali formanti normativi ed interpretativi affermatasi nel panorama continentale in ordine alla materia oggetto di studio.

La parte finale del secondo capitolo sarà dedicata alla disciplina del Libro IX del *Draft Common Frame of Reference*, il progetto per una disciplina uniforme di diritto privato europeo, che, provvedendo a delineare una regolamentazione comune delle garanzie mobiliari, accoglie il divieto di patto commissorio quale principio condiviso dalle tradizioni giuridiche continentali, ma al contempo, in un'ottica di ammodernamento del sistema, valorizza tecniche di realizzazione della garanzia incentrate sul modello marciano.

Le riflessioni rivolte alle esperienze giuridiche citate e al progetto di codificazione uniforme si svilupperanno su due piani di indagine, distinti ma intrinsecamente legati tra loro.

Il primo, come detto, atterrà direttamente all'interpretazione e al campo di applicazione del divieto di patto commissorio.

Il secondo riguarderà invece l'evoluzione in tali ordinamenti delle tecniche di garanzia reale del credito sulla spinta delle istanze emerse nel panorama dei traffici commerciali internazionali, analizzando le ricadute di tale processo evolutivo sul valore sistematico attribuito al divieto di patto commissorio.

La combinazione dei descritti piani di indagine consentirà di comprendere a fondo le peculiarità che caratterizzano i formanti normativi e giurisprudenziali in tema di tutela reale del credito sviluppati negli ordinamenti oggetto di studio, e, d'altro canto, permetterà di cogliere quale sia, in questi sistemi giuridici, il ruolo attribuito alla pattuizione marciiana quale modello di tutela soddisfattiva realizzata in via stragiudiziale.

Sulla base della ricostruzione in chiave storica e comparata, l'indagine proseguirà con una valutazione critica del dibattito dottrinale e giurisprudenziale interno che ha interessato il divieto di patto commissorio.

Il terzo capitolo sarà pertanto dedicato all'analisi del lungo e faticoso percorso giurisprudenziale e dottrinale che ha riguardato l'interpretazione del divieto di patto commissorio fino all'affermazione, dal 2015 in poi, della legittimità di soluzioni negoziali sullo schema generale del patto marciano.

In questa fase della ricerca, particolare rilievo assumerà il profilo problematico attinente alla *ratio* che sta alla base del divieto, individuata dagli interpreti nella protezione di interessi talvolta confliggenti tra loro, come quello alla protezione del debitore da condotte prevaricatorie del creditore in fase di escussione della garanzia, quello della *par condicio creditorum*, ovvero quello all'inderogabilità *ex pacto* delle procedure di esecuzione forzata.

Sotto il profilo metodologico, la pattuizione commissoria e quella marciana saranno esaminate in termini di struttura e di funzione ai fini di un corretto inquadramento della fattispecie e quindi, di riflesso, delle ragioni che fondano il giudizio di illiceità da parte del legislatore italiano e straniero.

Giunti alla delineazione dello spazio di operatività del divieto di patto commissorio e del ruolo assunto dalla figura generale del patto marciano in relazione ai paradigmi governanti la tutela reale del credito, nel corso del quarto capitolo si passerà ad esaminare le nuove figure di patto marciano recentemente tipizzate dal legislatore.

In questa sede si tenterà di individuare i tratti che accomunano le singole fattispecie marciane, e di porre le stesse a confronto con il generale modello desunto dalle riflessioni svolte in chiave storica e comparata, in modo da ricondurre gli interventi normativi citati ad uno schema giuridico unitario e sottolinearne le caratteristiche fondanti.

Particolare attenzione sarà rivolta alla figura del trasferimento di beni immobili sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore

disciplinato dall'art. 48 *bis* t.u.b., riprodotto uno schema di tutela traslativa in grado di operare anche in via autonoma rispetto al diritto reale di garanzia tipico e quindi integrante un modello valido ad attirare nel campo di indagine, seppur *incidenter tantum*, la tematica dell'alienazione in funzione di garanzia.

Da ultimo, l'indagine si concentrerà sul problematico rapporto sussistente tra le fattispecie tipizzate di patto marciano e la generale figura oggetto di riconoscimento da parte della giurisprudenza, ovvero quello che in via interpretativa suole definirsi "il problema del rapporto" tra il cd. marciano di diritto comune e la pluralità di marciari speciali.

Tale ultima riflessione sarà finalizzata ad individuare indici utili ad una ricostruzione in via ermeneutica del modello di patto marciano attualmente operante nel nostro ordinamento ed offrire allo stesso una precisa collocazione sistematica nel novero dei mezzi di tutela del credito.

CAPITOLO PRIMO

IL DIVIETO DI PATTO COMMISSORIO:

ORIGINI STORICHE ED EVOLUZIONE

SOMMARIO: 1. – Garanzia del credito e patto commissorio: note introduttive. – 2. *Lex commissoria*: origini e funzione. – 2.1. La *lex commissoria* nella compravendita. – 2.2. La *lex commissoria* nella *fiducia cum creditore*. – 2.3. La *lex commissoria* nel *pignus*. – 3. Il divieto di patto commissorio e l’elaborazione del patto marciano. – 4. Il divieto di patto commissorio dall’età intermedia alle codificazioni moderne. – 5. Il divieto di patto commissorio nell’esperienza di codificazione italiana. – 5.1. Il codice civile del 1865: formule normative e interpretazione giurisprudenziale. – 5.2. Il divieto di patto commissorio nel codice civile del 1942.

1. Garanzia del credito e patto commissorio: note introduttive.

Le riflessioni che si svolgeranno in merito al divieto di patto commissorio non possono prescindere dalla comprensione della natura e della portata di tale tipologia di convenzione fin dalle sue prime apparizioni nell’ambito della regolazione dei rapporti di credito.

La disciplina delle tecniche di accesso al credito e quindi l’elaborazione di strumenti di garanzia dello stesso, tanto quanto il tema più generale della responsabilità patrimoniale, costituiscono profili della scienza privatistica che hanno assunto importanza capitale nell’organizzazione economica, sociale, politica e quindi giuridica delle civiltà più antiche¹.

¹ Risalgono ai sistemi arcaici diversi istituti a tutela del creditore per le ipotesi di inadempimento del debitore. Le sanzioni per l’inadempimento originariamente presentavano natura esclusivamente penale o coercitiva, mentre la sanzione di natura esecutiva, in un’ottica prettamente patrimoniale, costituisce l’ultimo passaggio dell’evoluzione dei mezzi di tutela del creditore, sul punto cfr. G. GORLA, *Le garanzie reali dell’obbligazione*, Milano, 1935, p. 26.

Esempi chiari della predisposizione di sanzioni coercitive all’inadempimento si rinvengono nel diritto romano, basti pensare alla *legis actio per manus iniunctionem*, azione di natura personale esperibile dal creditore avverso il debitore insolvente riconosciuto tale da una sentenza (*iudicatus*), mediante la quale il creditore poteva rivalersi sul debitore imprigionandolo per sessanta giorni e, in caso di persistente inadempimento o mancato

Il patto commissorio rientra nel novero delle soluzioni negoziali sviluppate con la finalità di tutelare il creditore da esiti patologici del rapporto obbligatorio.

Lo studio di tale convenzione, pertanto, impone un'analisi più ampia dell'insieme di norme che regolano il sistema delle garanzie del credito, sia che si faccia riferimento ai profili storici e comparatistici della fattispecie, sia laddove si proceda ad un esame della medesima alla luce dell'attuale assetto normativo.

Un approccio di questo tipo non solo permette di contestualizzare il significato del patto commissorio e delle disposizioni normative che lo riguardano nella cornice ordinamentale di vari sistemi giuridici nel corso di epoche diverse, ma, soprattutto, consente di cogliere quali siano gli interessi sottesi allo sviluppo di tali tecniche negoziali funzionali alla garanzia del credito e, d'altro canto, quali siano le ragioni di politica del diritto che giustificano la limitazione più o meno ampia dell'autonomia privata in tale ambito.

Muovendo da queste premesse, il dato che caratterizza in modo determinante l'analisi in chiave storica che di seguito verrà proposta è l'intima connessione sussistente tra il grado di organizzazione sociale ed economica delle civiltà nel corso della storia e l'articolazione dei sistemi di garanzia del credito da parte degli ordinamenti giuridici che di quelle civiltà costituiscono l'espressione.

Come si avrà modo di approfondire, tale considerazione troverà un riscontro evidente nel significato e nella portata del patto commissorio con riguardo all'evoluzione del sistema giuridico romano², ma non solo.

riscatto del debito, ucciderlo o venderlo come schiavo fuori Roma, M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, III ed., Palermo, 2006, p. 66 s.; L. PEPPE., *Studi sull'esecuzione personale. I. Debiti e debitori nei primi due secoli della repubblica romana*, Milano, 1981.

Per una disamina dell'esecuzione di natura personale e del rapporto con le forme di esecuzione patrimoniale nel diritto romano v. L. PEPPE, *Riflessioni intorno all'esecuzione personale in diritto romano*, in *Annali del seminario giuridico*, 2010, p. 147 s. e 157.

² V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Torino, 1952, p. 1 s., il quale, con riferimento al ruolo del patto commissorio nel contesto giuridico e sociale romano,

Nell'ambito della generale disamina del rapporto creditore-debitore, un ruolo privilegiato, per le finalità di questa indagine, deve attribuirsi all'area delle garanzie reali dell'obbligazione.

Il patto commissorio, infatti, consiste in una fattispecie negoziale che, fin dalle sue origini, si innesta nel substrato della garanzia di natura reale, tentando financo di sostituirsi³ ad essa, in una certa misura di surrogarla⁴, offrendo un assetto di regolazione di interessi fondato sul trasferimento del bene oggetto di garanzia a favore del creditore nell'ipotesi di inadempimento dell'obbligazione garantita.

Proprio per questa ragione la storia delle convenzioni di natura commissoria si radica nella tradizione delle garanzie reali del credito delle civiltà più antiche.

Testimonianze dell'impiego di forme di garanzia reale si rinvencono fin dalla prassi dei popoli neo-babilonesi⁵ e di quello egizio⁶, mentre fonti più ricche e dettagliate consentono di attribuire con certezza alla civiltà greca l'articolazione teorica e l'impiego diffuso di tali istituti giuridici⁷.

sostiene che “*tra gli istituti di diritto romano sia quiritario, sia classico, sia postclassico, che maggiormente risentirono dello sviluppo e della evoluzione dei principi sociali, etici, giuridici, religiosi della società romana, dai primordi al suo epilogo, un posto certamente notevole occupa il patto commissorio. E non si esagera se si dice che esso potrebbe, accanto ad altri istituti anch'essi significativi, essere considerato come modello, espressione e prodotto genuini dell'evoluzione giuridica del mondo romano: dei singoli successivi stadi del diritto di Roma il patto costituì tipica espressione*”.

³ Nel prosieguo di questo studio si avrà modo di precisare come, nella fenomenologia dei meccanismi di garanzia, il patto commissorio non operi solamente in via accessoria ad una garanzia reale tipica, ma possa presentarsi come un autonomo negozio giuridico con effetti traslativi variamente condizionati all'inadempimento dell'obbligazione principale che si intende garantita, la dottrina suole ricondurre tali ipotesi nella nozione di patto commissorio autonomo, sul punto si vedano, fin d'ora, le considerazioni di C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, p. 95 s.

⁴ Sull'analisi della collocazione del patto commissorio tra la funzione di garanzia e quella solutoria si vedano le riflessioni svolte in seguito, in particolare cfr. Cap. III, Par. 2.3.

⁵ C. PELLOSO, *Influenze greche nel regime romano della “Hypotheca”?*, Relazione in occasione del Seminario Internazionale “I sentieri di Dike” 10/11.03.2008 organizzato dal Prof. A. Maffi e dalla Prof.ssa E. Cantarella, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 2008, p. 42-43.

⁶ N. SHUPAK, *A new source for the study of the judiciary and law of ancient Egypt: “The tale of the eloquent peasant”*, in *JNES*, 1992, I, p. 8.

⁷ R. TAUBENSCHLAG, *The law of Greco-roman Egypt in the light of the Papyri*, Warsaw, 1955, p. 410 s.; C. PELLOSO, *Influenze greche nel regime romano della “Hypotheca”?*, cit.,

Nella pratica dei popoli ellenici⁸, infatti, era invalso l'utilizzo di forme di garanzia reale con o senza spossessamento⁹ del debitore, profilo che, come si vedrà, caratterizzerà anche la distinzione affermatasi in diritto romano tra *pignus datum* e *pignus conventum*, e proprio quest'ultima figura, a partire dal V secolo d.C., verrà definita dai giuristi romani con il termine *hypotheca*¹⁰, latinizzazione del termine greco sfruttato per indicare la garanzia reale senza spossessamento originario del debitore¹¹ penetrato nel linguaggio¹² della giurisprudenza attraverso la prassi dei tribunali romani delle province orientali dell'impero.

Un altro meccanismo di sicuro impiego nel diritto di origine greca è quello della vendita con patto di riscatto, o di retrovendita, con funzione di garanzia¹³.

p. 3 s.; U. E. PAOLI, voce *Pegno (diritto greco)*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, XII, Torino, 1965, p. 762 s.; J. W. JONES, *The Law and Legal Theory of the Greeks*, Oxford, 1956, p. 235 s.

⁸ J.V.A. FINE, "Horoi", *Studies in mortgage, real security and land tenure in ancient Athens*, in *Hesperia*, Supp. IX, Athens – Baltimore, 1951, p. 41 s.

⁹ C. PELLOSO, *Influenze greche nel regime romano della "Hypotheca"?*, cit., p. 44 s., l'Autore precisa che tale classificazione dei mezzi di garanzia nel mondo ellenico trova riscontro anche nell'impiego di diversi termini per la descrizione delle fattispecie citate, si vedano le note 89 e s., con particolare riferimento agli studi di H.F. HITZIG, *Das griechische Pfandrecht*, Munchen, 1895, p. 1 s.

¹⁰ Per uno studio del sistema di garanzie reali nella realtà ellenica v., su tutti, U. E. PAOLI, *Studi di diritto attico*, Firenze, 1930.

¹¹ Come di seguito verrà chiarito, gli studi sul tema delle garanzie reali sviluppati nelle civiltà antiche hanno evidenziato elementi di netta differenziazione tra l'ipoteca di matrice greca e quella di diritto romano, G. GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione*, cit., p. 30 s., osserva come l'ipoteca greca non fosse qualificabile in termini di *ius in re*, poiché effetto naturale ed automatico della sua costituzione consisteva in un divieto legale di alienazione del bene da parte del debitore, che in frequenti casi veniva riprodotto anche mediante un patto espresso di non alienazione, in tema v. anche F. DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum. Le origini dell'Interdictum Salvianum*, Torino, 2017, p. 7, in particolare con riferimento agli studi di M. Kaser, *contra* v. R. DE RUGGIERO, *Il divieto di alienazione del pegno nel diritto greco e romano*, Napoli, 1980, p. 156 s.

¹² Sull'influenza meramente terminologica e non sostanziale degli istituti di diritto greco su quelli di epoca romana tardoclassica, v. P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., p. 87 s., F. SCHULZ, *Classical roman law*, Oxford, 1951, p. 409 s.; F. DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum*, cit., p. 5.

¹³ In dottrina si ritiene che l'ipoteca greca abbia origine proprio in tale figura negoziale, definita anche "vendita di garanzia", cfr. G. GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione*, cit., p. 28.

In questa ipotesi – che assumerà rilevanza centrale anche con riguardo all’operatività del patto commissorio, o meglio, del divieto di patto commissorio nell’ordinamento giuridico italiano¹⁴ – il debitore vendeva al creditore una *res* a fronte del pagamento di un prezzo di ammontare corrispondente alla somma mutuata, in modo che solo la restituzione della somma potesse consentire al debitore di rientrare nella titolarità della *res*, in forza dell’attuazione della clausola di riscatto o di retrovendita¹⁵.

Gli effetti scaturenti da tale negozio giuridico erano di duplice portata: in primo luogo il trasferimento del diritto sul bene venduto garantiva al creditore l’inalienabilità dello stesso, in secondo luogo l’inadempimento dell’obbligazione garantita consentiva al creditore di appropriarsi¹⁶ del bene e quindi di soddisfare le proprie ragioni.

Pur potendosi riconoscere nel sistema ellenico di garanzie del credito analogie e tratti ricorrenti rispetto ad istituti giuridici di stampo romanistico, in dottrina¹⁷ è prevalsa la tesi secondo cui figure come il *pignus datum*, il *pignus conventum* (successivamente anche *hypotheca*), o la *fiducia cum creditore* debbano considerarsi prodotti autentici della *scientia iuris* romana, pertanto non influenzati, né in alcun modo derivati dagli analoghi istituti ellenici¹⁸.

¹⁴ V., *infra*, Cap. III, Par. 1.

¹⁵ C. PELLOSO, *Influenze greche nel regime romano della “Hypotheca”?*, cit., p. 45.; G. GORLA, *Le garanzie reali dell’obbligazione*, cit., p. 28.

¹⁶ G. GORLA, *Le garanzie reali dell’obbligazione*, cit., p. 29, usa l’espressione “potere di appropriazione” per descrivere la situazione giuridica soggettiva nella titolarità del creditore per effetto della stipulazione del patto di garanzia proprio a voler distinguere tale effetto rispetto al mero trasferimento condizionato della proprietà sul bene, che avvicinerebbe la fattispecie alla figura della *datio in solutum*.

¹⁷ A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino, 1949, p. 2; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., p. 87 s.; R. DE RUGGIERO, *Il divieto di alienazione del pegno nel diritto greco e romano*, cit., p. 5.; con riguardo alla tesi contraria, ampiamente superata, che rinveniva nel sistema ipotecario greco le origini di quello romano v. N. HERZEN, *Origine dell’hypothèque romaine*, Paris, 1889, p. 7 s., per un’esaustiva rappresentazione del dibattito e dei suoi esiti v. F. DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum*, cit., p. 4 s.

¹⁸ In termini generali, per un’analisi del rapporto tra le tradizioni giuridiche delle civiltà orientali ed il diritto romano v. P.G. MONATERI, *Black Gaius: a quest for the multicultural origins of the western legal tradition*, in *Hastings Law Journal*, 2000, III, p. 479 s., secondo cui l’apporto scientifico fornito dal diritto romano alla tradizione occidentale dovrebbe essere

Tale considerazione assume particolare significato con riguardo alle riflessioni che riguarderanno l'introduzione del patto commissorio nel panorama delle garanzie reali di diritto romano.

Secondo un orientamento dottrinale¹⁹, infatti, l'effetto commissorio²⁰, pur non espressamente regolato da un'apposita pattuizione tra creditore e debitore²¹, doveva ritenersi connaturale al regime pignoratorio regolato dal diritto ellenico, in tal guisa incidendo sulla qualificazione sostanziale dell'ipoteca di origine greca in termini di *datio in solutum* preventiva e condizionata all'inadempimento dell'obbligazione garantita.

Tuttavia da tale ricostruzione, la cui fondatezza peraltro è stata ampiamente criticata²² anche con riguardo al ruolo dell'ipoteca nello stesso sistema greco, non pare legittimo inferire presunte origini della *lex commissoria* di diritto romano in altri ordinamenti giuridici²³.

ridimensionato rispetto a quello delle civiltà dell'oriente mediterraneo; diversamente, pur ribadendo il primato della *scientia iuris* romana, non hanno mancato di riconoscere gli influssi sulla stessa delle civiltà orientali, tra tutte quella greca L. GAROFALO, *Diritti greci e scientia iuris romana*, in *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, Padova, 2008, p. 109 s.; G. SANTUCCI, *La scienza gaia e la strana idea del diritto romano non romano*, in *Eur. d. priv.*, 2007, IV, p. 1057 s.

Con riguardo alla specifica tematica del patto commissorio, occorre tenere a mente le considerazioni introduttive alla fondamentale opera di A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, cit., p. 2, secondo il quale, la specifica tematica della *lex commissoria* nel sistema delle garanzie reali nell'ordinamento giuridico romano non ha risentito di influssi ellenici, se non, in minima parte, con riguardo alla prassi provinciale ellenistica in epoca tardo classico e post-classica.

¹⁹ La tesi, variamente commentata e successivamente sviluppata, deve ricondursi alla *Verfallpand-Theorie*, elaborata da H.F. HITZIG, *Das griechische Pfandrecht*, Munchen, 1895, p. 1 s., secondo cui la garanzia reale di diritto greco assumeva una funzione essenzialmente solutoria, in base alla quale doveva ritenersi impossibile per il creditore escutere l'eventuale debito residuo, e, al contrario, il debitore non avrebbe avuto diritto all'*hyperocha*, ovvero il valore ulteriore rispetto all'ammontare del credito eventualmente ricavabile da una vendita del bene oggetto di garanzia.

²⁰ Intendendosi con tale espressione il trasferimento della proprietà del bene oggetto di garanzia al creditore in via automatica all'occorrere dell'inadempimento dell'obbligazione garantita.

²¹ Rende invece conto dell'impiego di clausole assimilabili al patto commissorio anche in diritto greco V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, cit., p. 7 s.

²² Su tutti U. E. PAOLI, *Studi di diritto attico*, cit.

²³ In arg. v. A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, cit., p. 2, secondo il quale, la specifica tematica della *lex commissoria* nel sistema delle garanzie reali nell'ordinamento giuridico romano non ha risentito di influssi ellenici, se non, in minima parte, con riguardo alla prassi provinciale ellenistica in epoca tardo classico e post-classica.

Le considerazioni che seguiranno, quindi, avranno modo di svilupparsi intorno al ruolo del patto commissorio quale istituto autentico del diritto romano, ideato e plasmato dai giuristi di tale epoca guardando al sistema di garanzie reali come disciplinate da quell'ordinamento giuridico, il quale, come poc' anzi sottolineato, si distingue nettamente da quello di altre civiltà²⁴.

Volgendo pertanto lo sguardo alla realtà giuridica ed economica romana, sono tre le fattispecie riguardo alle quali la *lex commissoria* ha trovato applicazione: il contratto di compravendita, la *fiducia cum creditore* ed il *pignus*.

Come si vedrà, se le ultime due figure citate costituiscono paradigmi – seppure appartenenti ad epoche diverse – della garanzia reale nell'ordinamento romano, l'innesto del patto commissorio nello schema dell'*emptio-venditio* consente di svolgere alcune interessanti notazioni in merito alla struttura della fattispecie commissoria²⁵.

²⁴ Si ripropongono e condividono in questa sede le notazioni introduttive e metodologiche alla fondamentale opera di A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, cit., p. 3, in cui l'A. precisa che “riteniamo ingiustificati i tentativi di instaurare paralleli e confronti con ambienti a mentalità ed esigenze le più disparate oltre che non perfettamente note; ci limiteremo a tenere conto del modo romano, sfondo economico e sociale sui cui prendono rilievo gli istituti giuridici che forniscono al creditore una garanzia reale, giungendo ad assicurargli pure, in modo variante attraverso il divenire storico, una facoltà di soddisfazione diretta su di essa”.

²⁵ Sottolinea il valore delle riflessioni svolte dalla dottrina romanistica circa la struttura della fattispecie commissoria anche sulla base degli studi sulla compravendita in diritto romano N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, p. 36.

2. La *lex commissoria*: origini e funzione.

2.1. La *lex commissoria* nella compravendita.

Gran parte delle fonti²⁶ di diritto romano che danno conto della struttura e degli effetti della *lex commissoria* attengono direttamente il contratto di compravendita²⁷.

L'istituto in esame, infatti, apparteneva alla categoria degli *accidentalium negotiorum*, trovando applicazione come clausola accessoria alla compravendita in forza della quale al venditore era concessa la facoltà di ritenere il contratto non concluso, e quindi del tutto improduttivo di effetti, nell'ipotesi di mancato pagamento del prezzo entro un determinato termine da parte del debitore²⁸.

In questi termini, quindi, la *lex commissoria* rientrava nel novero dei *pacta adiecta*²⁹, ovvero di quelle pattuizioni aggiunte al regolamento contrattuale che consentivano ad una delle parti di recedere dal contratto all'occorrere di particolari circostanze successive alla stipulazione.

²⁶ Gli studi di maggiormente rilevanti della fattispecie commissoria fanno riferimento in via principale a due passi del Digesto (18.3. 2 e 3) tratti dal libro XXXV di Pomponio *Ad Sabinum* e dal libro XXX *ad edictum* di Ulpiano, v., per tutti, A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, cit., p. 11.

²⁷ O. SACCHI, *Lex commissoria e divieto del patto commissorio. Autonomia negoziale o tutela del contraente più debole?*, in *Ius Antiquum*, 2007, XIX, p. 1; secondo A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, cit., p. 11, il riferimento alla compravendita delle fonti inerenti la *lex commissoria* sarebbe dovuto al fatto che le riflessioni inerenti il patto commissorio sono originate dagli studi in materia di fiducia, sostenendo ulteriormente che l'impiego della *lex commissoria* nella *fiducia* e nella compravendita presentasse delle analogie sostanziali.

²⁸ V. C. PENNACCHIO, *Note in tema di lex commissoria: a proposito di D.18.3.8 (Scaev. 7 Dig.)*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 2017, X, p. 34 s.; parte della dottrina, invero, si è espressa a favore della qualificazione della *lex commissoria* in termini di clausola apponibile ad ogni tipologia di contratto a prestazione corrispettive, v. N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 38, nt. 45, con riferimento alla tesi sostenuta da A. SACCHI, *Sul patto commissorio in diritto romano*, in *Archivio giuridico*, 55, 1894, p. 185 s.

²⁹ Altre fattispecie di pattuizioni aggiunte al contratto di compravendita di diritto romano sono l'*in idem addictio* e il *pactum de retroemendo* a favore del venditore, ovvero il *pactum displicentiae* a favore del compratore, sul tema v. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Napoli, 1990, p. 400 s.

Secondo l'interpretazione prevalente³⁰, la clausola commissoria era pattuita nell'esclusivo interesse del venditore, cosicché il mancato pagamento del prezzo da parte del compratore non ne comportava l'automatica efficacia, l'incorrere dell'inadempimento, piuttosto, determinava l'insorgenza in capo al venditore del diritto potestativo a servirsi della *lex* per ritenere il contratto come mai stipulato.

In base ad una prima linea interpretativa, attribuibile alla dottrina sabiniana³¹, la clausola in esame avrebbe costituito una condizione sospensiva, anche conosciuta nella giurisprudenza romana come condizione propriamente detta³², in forza della quale l'*emptio condicionalis* avrebbe dovuto ritenersi produttiva di effetti solo una volta avvenuto il pagamento del prezzo convenuto.

Diversamente, secondo la tesi proculeiana avanzata successivamente³³, che ha trovato effettivo riscontro nella pratica a partire dal II sec. d.C., la

³⁰ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, cit., p. 403, ad opinione del quale "è il venditore che deve prendere in proposito la sua deliberazione, scegliendo fra il pretendere dal compratore il prezzo e il volere che la cosa sia inempta, e i testi gli negano la possibilità di cambiare avviso dopo che abbia fatto la scelta"; in questo senso anche A. BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano*, Milano, 1976, p. 179; diversamente sostiene l'efficacia *ipso iure* della clausola senza che il soggetto nel cui interesse è stata posta debba dichiarare di avvalersene O. SACCHI, *Lex commissoria e divieto del patto commissorio. Autonomia negoziale o tutela del contraente più debole?*, cit., p. 2.

³¹ D. 41.4.2.2-3 (*Paul. 54 ad ed.*): *Si sub conditione emptio facta sit, pendente conditione emptor non usu capit, idemque est et si putet conditionem existisse, quae nondum existit; 3: (...) Sabinus si sic empta sit, ut nisi pecunia intra diem certum soluta esset, inempta res fieret, non usucapturum nisi persoluta pecunia.*

³² In diritto romano, infatti, non risulta teorizzata la condizione risolutiva come conosciuta nell'odierna civilistica. L'elaborazione concettuale dell'effetto tipico di tale condizione passò attraverso la qualificazione di fattispecie come la *lex commissoria* in termini di patto risolutivo annesso alla compravendita, a sua volta sottoposto a condizione sospensiva, D. 18.3.1 (Ulp.): *Si fundus commissoria lege venierit, magis est ut sub conditione resolvi emptio quam sub conditione contrahi videatur*, cfr. A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, IV ed., Torino, 2000, p. 521 s.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 552 s.

³³ Si ritiene che tale ricostruzione sia attribuibile al proculeiano Nerazio Prisco, D.18.3.5 (Nerat. lib. 5 membranarum): *Lege fundo vendito dicta, ut, si intra certum tempus pretium solutum non sit, res inempta sit, de fructibus, quos interim emptor percipisset, hoc agi intellegendum est, ut emptor interim eos sibi suo quoque iure perciperet: sed si fundus revenisset, Aristo existimabat venditori de his iudicium in emptorem dandum esse, quia nihil penes eum residere oporteret ex re, in qua fidem fefelisset*. Cfr. A. BISCARDI, *La lex commissoria nel sistema delle garanzie reali*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, Milano, 1962, p. 577.

fattispecie avrebbe dovuto qualificarsi in termini di *emptio pura*, immediatamente produttiva di effetti, ancorché sottoposta all'operatività di una clausola accessoria di natura risolutiva³⁴ attuabile in caso di mancato pagamento del prezzo³⁵.

Come attentamente osservato dalla dottrina romanistica³⁶, la *lex commissoria* quale clausola annessa alla compravendita la cui efficacia è incentrata sul pagamento del prezzo da parte del compratore, si atteggiava in termini di patto sulla responsabilità contrattuale. A prescindere dalla sua qualificazione in termini di condizione sospensiva o di clausola ad effetti risolutivi, infatti, il patto commissorio disciplinava l'inadempimento di una delle obbligazioni principali del contratto ed incideva sul regime effettuale dello stesso andando a modificare il suo paradigma fisiologico.

Tale considerazione risulta avvalorata anche da un'analisi etimologica del sintagma *lex commissoria*³⁷. Il fondamento semantico del termine latino *commissorium* rievoca infatti due concetti che ben si attagliano alla fattispecie

³⁴ Come già precisato *supra*, secondo la citata ricostruzione la compravendita veniva a considerarsi risolutivamente condizionata, ancorché tale effetto fosse conseguito mediante un patto aggiunto di risoluzione del negozio principale, a sua volta condizionato sospensivamente, cfr. nt. 28.

Riflette sulla riconducibilità all'effetto sospensivo dell'impiego di un patto di risoluzione aggiunto alla compravendita O. SACCHI, *Lex commissoria e divieto del patto commissorio. Autonomia negoziale o tutela del contraente più debole?*, cit., p. 3; v. anche i riferimenti, effettuati nella sua analisi storica, da N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 37, nt. 41.

³⁵ Sulle ricadute pratiche in termini di effetti della compravendita condizionata nell'ipotesi di avveramento della condizione e quindi di operatività della *lex commissoria* v. O. SACCHI, *Lex commissoria e divieto del patto commissorio*, cit., p. 2.; per la diversa configurazione delle obbligazioni in capo al compratore in caso di inadempimento del prezzo a seconda che la *lex commissoria* venisse qualificata in termini di condizione sospensiva o risolutiva cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, cit., p. 413 s.

³⁶ O. SACCHI, *Lex commissoria e divieto del patto commissorio. Autonomia negoziale o tutela del contraente più debole?*, cit., p. 5; A. BISCARDI, *La lex commissoria nel sistema delle garanzie reali*, cit., p. 576.

³⁷ Cfr. O. SACCHI, *Lex commissoria e divieto del patto commissorio. Autonomia negoziale o tutela del contraente più debole?*, cit., p. 4; A. BISCARDI, *La lex commissoria nel sistema delle garanzie reali*, cit., p. 576; sul profilo semantico del termine; V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, cit., p. 2 s., v. anche A. GUARINO, *Diritto privato romano*, XII ed., Napoli, 2001, p. 750 s., il quale si discosta parzialmente dalle citate interpretazioni sostenendo che all'espressione *lex commissoria* debba attribuirsi il significato di "patto di decadenza", facendo riferimento alla facoltà per il venditore di ritenere la vendita decaduta in caso di mancato pagamento del prezzo.

appena descritta: quello di esecutività e quello di inadempimento, o per meglio dire, di commissione di un illecito, in questo caso di natura contrattuale.

Ne deriva che, a seconda del taglio semantico che si voglia attribuire alla formula, la natura commissoria della clausola in discorso si tradurrebbe nell'acquisto di efficacia della stessa al verificarsi dell'inadempimento da parte del compratore, ovvero, nella sua articolazione quale conseguenza dell'inadempimento commesso dallo stesso³⁸.

Proprio nell'ambito delle riflessioni svolte dalla dottrina romanistica in merito alla compravendita con *lex commissoria* è stata proposta la tesi secondo cui tale articolazione dell'*emptio-venditio* sarebbe risultata idonea all'impiego in funzione di garanzia del credito³⁹.

Detta ricostruzione muove dall'affermata necessità di procedere ad uno studio unitario delle fattispecie applicative della *lex commissoria* nella prassi contrattuale romana, e quindi tanto con riferimento ai negozi di garanzia tipici, quali il *pignus* e la *fiducia cum creditore*, quanto appunto al contratto di compravendita⁴⁰.

Segnatamente con riguardo a tale ultima figura, infatti, si è osservato come l'integrazione del regolamento contrattuale con il patto commissorio avrebbe reso possibile la declinazione del contratto di compravendita in una *emptio-venditio in causam obligationis*, come tale idonea alla costituzione di una garanzia reale.

³⁸ Precisamente sul punto A. BISCARDI, *La lex commissoria nel sistema delle garanzie reali*, cit., p. 576.

³⁹ La tesi, seppur isolata nel panorama della dottrina romanistica, è compiutamente sviluppata in A. BISCARDI, *La lex commissoria nel sistema delle garanzie reali*, cit., p. 576 s., e viene proposta per la prima volta in ID., *Prassi e teoria della "lex commissoria"*, in *Lezioni ed esercitazioni romanistiche*, Siena, 1959, p. 1 s.

⁴⁰ A. BISCARDI, *La lex commissoria nel sistema delle garanzie reali*, cit., p. 576, si pone in aperto contrasto alle tesi sostenute dalla *communis opinio* dottrinale e riassumibili nelle posizioni di A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, cit., p. 10 s., secondo cui l'analisi della struttura e della funzione della *lex commissoria* nel contesto delle garanzie reali fosse da riferire unicamente alle fattispecie del *pignus* e della *fiducia cum creditore*, dovendosi ritenere estraneo a tale campo di indagine l'impiego della clausola nella compravendita.

Secondo un incedere argomentativo tutt'altro che estraneo a ricostruzioni affermatesi nel vigore delle moderne codificazioni⁴¹, si è sostenuto che il “*capovolgimento della protasi*” della clausola commissoria⁴² rispetto al suo ordinario impiego nel contratto di compravendita renderebbe quest'ultimo potenzialmente servente la funzione di garanzia.

In altri termini, calando lo schema della compravendita su un rapporto di mutuo, il creditore mutuante assumerebbe la posizione di *emptor*, il quale trasferisce una somma di denaro al debitore mutuatario nella posizione di *venditor*; questo, a sua volta, gli trasferisce la proprietà di una *res* costituente la garanzia del credito. A questo punto interverrebbe il rovesciamento della funzione della *lex commissoria* rispetto alla vendita ordinaria: solo la restituzione della somma mutuata dal debitore/venditore al creditore/compratore determinerebbe la risoluzione del contratto e quindi il rientro della *res* concessa in garanzia nella sfera proprietaria del debitore solvente.

È agevolmente riscontrabile, nella ricostruzione appena esposta⁴³, l'assonanza con il meccanismo dell'odierno patto di riscatto nella

⁴¹ Come in seguito si avrà modo di approfondire, lo sfruttamento della struttura della compravendita, in particolar modo con riguardo al patto di riscatto, in funzione di garanzia è tutt'altro che sconosciuta alla dottrina civilistica appartenente a varie epoche, non solo italiana, per una disamina dell'istituto e della sua declinazione in funzione di garanzia nell'ordinamento giuridico italiano tedesco e francese v. M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, Torino, 2000; in merito alla figura della *vente avec faculté de rachat* nel sistema francese cfr., per tutti, L. AYNÈS – P. CROCQ, *Droit des sûretés*, in P. MALAURIE – L. AYNÈS (a cura di) *Droit Civil*, XII ed., 2018, p. 452 s.; per una disamina più approfondita del tema v., *infra*, Cap. II.

⁴² A. BISCARDI, *La lex commissoria nel sistema delle garanzie reali*, cit., p. 579.

⁴³ Anticipando brevi cenni di quanto in seguito si avrà modo di osservare con riguardo alla compravendita con patto di riscatto e al suo impiego in funzione di garanzia, occorre sottolineare come la tesi di Biscardi non attribuisca sufficiente valore al fatto che il rovesciamento dell'operatività della clausola commissoria in questo caso determinerebbe la soddisfazione dell'interesse del creditore/compratore, all'opposto di quanto invece accade nel caso tradizionale della compravendita con *lex commissoria*, v. N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 38, spec. nt. 43, il quale sottolinea come il mutamento della funzione del negozio giuridico, in questo caso, determini irrinunciabilmente il mutamento della struttura del medesimo, avendo riguardo alla sfera di interessi che vengono tutelati.

compravendita, il cui ruolo ancillare alla funzione di garanzia è stato oggetto di ampio dibattito nella dottrina italiana⁴⁴, ma non solo.

Ciò che preme sottolineare in questa sede è come le questioni che ineriscono la struttura e la funzione del patto commissorio, fin dalle sue prime apparizioni, conducono ad interrogarsi circa il ruolo di tale clausola nel panorama degli strumenti di garanzia del credito ed in particolare con riferimento a negozi giuridici che, seppur distinti da quelli tipicamente predisposti alla costituzione di una garanzia reale, possono, in forza del loro impiego nella prassi contrattuale, risultare idonei a realizzare la medesima operazione giuridico-economica.

Già da queste prime considerazioni, quindi, si rende evidente l'idoneità della pattuizione commissoria alla realizzazione dell'interesse creditorio anche nell'ambito di operazioni di garanzia disciplinate da negozi giuridici diversi dagli istituti tipici di garanzia reale, secondo una tendenza che, come si avrà modo di esaminare in seguito, si manterrà viva e caratterizzerà l'articolazione della fattispecie commissoria pure negli ordinamenti giuridici moderni.

2.2. *La lex commissoria nella fiducia cum creditore.*

La *fiducia cum creditore*, peculiare declinazione dell'istituto della proprietà fiduciaria⁴⁵, costituisce la più antica figura di garanzia reale nell'esperienza giuridica romana.

⁴⁴ Per una generale disamina del dibattito inerente all'impiego della vendita con patto di riscatto in funzione di garanzia v. A. LUMINOSO, in *Comm. Schlesinger*, sub *artt. 1500-1509*, 1987, p. 221 s.; ID., *La compravendita*, Torino, 2015, p. 174 s.; D. RUBINO, *La compravendita*, in *Comm. Cicu-Messineo*, sub *art. 1500*, p. 1027 s.; C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, v. VII, t. 1, Torino, 1993, p. 639 s.

⁴⁵ La proprietà fiduciaria si afferma nella realtà giuridica romana fin dall'età arcaica e si propone come un negozio giuridico ad effetti reali, mediante il quale il fiduciante trasferisce al fiduciario la proprietà di una *res Mancipi*, al fine di perseguire un determinato scopo, che giustifica appunto il trasferimento e viene dedotto nel *pactum fiduciae*, ovvero nell'accordo

Il fenomeno fiduciario a scopo di garanzia, risalente all'epoca arcaica⁴⁶, si componeva di due elementi essenziali in punto di struttura⁴⁷.

Il primo consisteva nel trasferimento della proprietà di una *res* dal debitore al creditore a garanzia della restituzione di una somma concessa al primo a titolo di mutuo.

avente efficacia obbligatoria con il quale il fiduciario si obbliga al trasferimento della proprietà al fiduciante una volta conseguito lo scopo fiduciario.

Il negozio fiduciario si articola nella prassi romana in due varianti distinte: la *fiducia cum amico* e la *fiducia cum creditore*. La *fiducia cum amico* veniva impiegata per la realizzazione di operazioni economiche ascrivibili alla categoria del deposito e del comodato, mentre la *fiducia cum creditore*, veniva impiegata in funzione di garanzia di un sottostante rapporto di credito, sull'utilizzo della *fiducia* a scopo di *manumissio* v. G. GROSSO, *Sulla fiducia a scopo di manumissio*, in *R. it. sc. giur.*, 1929, p. 269 s.

In generale sul negozio fiduciario v. N. BELLOCCI, *La struttura della fiducia. Riflessioni intorno alla forma del negozio dall'epoca arcaica all'epoca classica del diritto romano*, Napoli, 1983. P. 1 s.; G. GROSSO, *Fiducia (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 384 s.; F. BERTOLDI, *Il negozio fiduciario nel diritto romano classico*, Modena, 2012; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., p. 3 s.; F. FERRARA, *I negozi fiduciari*, in *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto in onore di V. Scialoja*, II, Milano, 1905, p. 749 s.; P. M. PUTTI, voce *Negozio fiduciario*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, Torino, Agg. 2003, p. 911 s.; G. DIURNI, voce *Fiducia e negozio fiduciario (storia)*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 288 s.; A. SCHIAVONE (a cura di), *Diritto privato romano. Un profilo storico*, Torino, 2010, p. 317 s.; D. JONHSTON, *Trust and trust-like devices in Roman Law*, in R. HELMHOLZ – R. ZIMMERMANN, *Itinera Fiduciae. Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlin, 1998, p. 52; W. L. BURDICK, *The Principles of Roman Law and their Relation to Modern Law*, Clark, 2004, p. 355 s.

⁴⁶ L'analisi delle fonti riconduce l'apparizione dell'istituto in un periodo storico compreso tra il quinto ed il secondo secolo a.C., cfr. P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano*, Padova, 1963, p. 5.; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, IV ed., Torino, 2000, p. 521 s.; N. BELLOCCI, *La struttura della fiducia*, cit., p. 226 s.

Un'altra questione che ha impegnato la dottrina romanistica concerne il preciso momento di apparizione della *fiducia cum creditore* rispetto a quella *cum amico*: si pronuncia a favore dell'antiorità della *fiducia cum amico* A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, cit., p.16, nt. 1.

⁴⁷ Secondo l'opinione prevalente in dottrina, l'istituto si presenta come un negozio a formazione complessa caratterizzato da un atto ad effetti reali e da un patto ad effetti obbligatori contestuali e teleologicamente collegati, C. LONGO, *La fiducia*, in *Corso di diritto romano*, cit., p. 42 s.; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., p. 9; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 552.

A questa concezione unitaria del fenomeno della proprietà fiduciaria si sono contrapposte una serie di tesi che hanno valorizzato l'autonomia dei profili reali e obbligatori della fattispecie, per una disamina delle varie posizioni espresse in dottrina cfr. O. TORO, *Il divieto del patto commissorio e il patto marciano nei rapporti assoluti di garanzia*, Tesi di dottorato Università di Palermo, 2013, reperibile presso <https://iris.unipa.it/handle/10447/90846#.XK3GGZgzbIU>, p. 11 s.

Il secondo era costituito dal *pactum fiduciae*⁴⁸, ovvero dall'accordo avente efficacia meramente obbligatoria che vincolava il creditore fiduciario al ri-trasferimento al debitore della *res* ottenuta in garanzia una volta realizzata la restituzione da parte di quest'ultimo della somma mutuata.

Trattandosi di un atto solenne⁴⁹ di alienazione di *res Mancipi*, i negozi giuridici sfruttati per il trasferimento della proprietà fiduciaria al creditore potevano essere esclusivamente la *mancipatio* e la *in iure cessio*, dovendosi invece ritenere assolutamente escluso l'impiego della *traditio*⁵⁰.

Nella prassi negoziale non sempre alla cessione della proprietà si accompagnava lo spossessamento⁵¹ del debitore, soprattutto laddove la *fiducia* avesse ad oggetto beni immobili che, in questo modo, potevano rimanere nella disponibilità del debitore per il periodo di pendenza della proprietà fiduciaria⁵².

Sotto il profilo strutturale, la *fiducia cum creditore* può definirsi uno strumento di rafforzamento del credito diverso dal diritto reale di garanzia in

⁴⁸ G. DIURNI, voce *Fiducia e negozio fiduciario (storia)*, cit., p. 292.

⁴⁹ A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, IV ed., Torino, 2000, p. 430 s.

⁵⁰ O. TORO, *Il divieto del patto commissorio e il patto marciano nei rapporti assoluti di garanzia*, cit., p. 13; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 552 s.

⁵¹ A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., p. 750 s., in caso di mancato spossessamento del debitore fiduciante a quest'ultimo era garantita una tutela specifica nell'ipotesi in cui, adempiuta l'obbligazione, il creditore fiduciario non provvedesse a ritrasferire la proprietà della *res*, al debitore possessore, infatti, veniva in soccorso l'istituto dell'*usureceptio*, ovvero l'acquisto del *dominium* sulla *res* mediante una usucapione di favore (definita anche usucapione lucrativa) per la cui realizzazione era sufficiente il decorso di un anno.

Sottolinea la potenziale pericolosità per le ragioni del creditore fiduciario dell'*usureceptio* nelle ipotesi di mancato adempimento dell'obbligazione da parte del debitore M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 552 s., ragione per cui il creditore fiduciario, nelle ipotesi di mancato spossessamento della *res* oggetto del negozio fiduciario, era solito attribuire al debitore la cosa in concessione precaria.

⁵² A presidio dell'adempimento dell'obbligazione restitutoria del fiduciario, alle origini dell'istituto, stava solo la *fides* dell'accipiente, intesa come obbligo morale, successivamente tale obbligo ottenne una specifica tutela giuridica mediante l'introduzione dell'*actio fiduciae* a favore del debitore cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 552 s.; N. BELLOCCI, *La struttura della fiducia*, cit., p. 191 s.; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., p. 65 s.; V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1994, p. 308.

senso tecnico⁵³, ma in certi termini allo stesso accostabile, soprattutto per quanto attiene agli effetti⁵⁴.

Il negozio giuridico in discorso, infatti, determinava il trasferimento della piena proprietà su di un bene dal debitore al creditore, ancorché si trattasse di una proprietà speciale, di natura fiduciaria, e quindi conformata alla peculiare finalità che le parti perseguivano nell'operazione economico-giuridica che intendevano realizzare: in questo caso, quella di garanzia del credito.

Sul piano ontologico, quindi, la proprietà fiduciaria a scopo di garanzia di stampo romanistico non rientrava nella generale categoria⁵⁵ dei diritti reali di garanzia, poiché non determinava la costituzione di uno *ius in re aliena* a favore del creditore, il quale, almeno dal punto di vista formale, era pieno proprietario della *res*.

Sotto altro profilo, però, come attentamente osservato⁵⁶, il risultato pratico conseguito mediante l'utilizzo della *fiducia cum creditore* è assimilabile a quello che scaturisce dal diritto reale di garanzia.

La piena titolarità in capo al creditore della proprietà sul bene oggetto di garanzia, infatti, assicurava risultati coincidenti a quelli dello *ius sequelae* e dello *ius prelationis* tipici del diritto reale di garanzia, poiché in nessun modo era possibile l'acquisto di diritti sulla *res* o l'immediata soddisfazione sulla medesima da parte di terzi senza il consenso del legittimo proprietario⁵⁷.

Se nel più sta il meno, allora, è evidente che la *fiducia cum creditore*, mediante l'incisione sull'assetto proprietario dei beni oggetto di garanzia costituiva la prima e, per molto tempo anche l'unica, fattispecie di garanzia

⁵³ M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 552 s.

⁵⁴ G. DIURNI, voce *Fiducia e negozio fiduciario (storia)*, cit., p. 292 il quale sottolinea che "la *fiducia cum creditore* è la fattispecie che, pur se ha dei contorni precisi e dunque inconfondibili, si affianca al *pignus*, con cui per quel che si dirà sembra a volte essere confusa o quanto meno equiparata, soprattutto nel periodo intermedio per la funzione di garanzia delle ragioni patrimoniali del creditore"; C. LONGO, *La fiducia*, in *Corso di diritto romano*, Milano, 1933, p. 15 s.

⁵⁵ N. BELLOCCI, *La struttura della fiducia*, cit., p. 74 s., spec. p. 80.

⁵⁶ M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 552 s.; G. GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione*, Milano, 1935, p. 38.

⁵⁷ G. DIURNI, voce *Fiducia e negozio fiduciario (storia)*, cit. p. 292 s.; C. LONGO, *La fiducia*, in *Corso di diritto romano*, cit., p. 25 s.

reale in un ordinamento giuridico come quello romano, in cui – come si vedrà nel successivo paragrafo – l’istituto del *pignus* si proponeva originariamente quale strumento di garanzia dispiegante i propri effetti sul piano meramente possessorio⁵⁸.

Trattandosi di un istituto arcaico, progressivamente sostituito tra l’epoca classica e quella post-classica⁵⁹ dall’impiego del *pignus*, isolate sono le fonti⁶⁰ che danno conto della *fiducia cum creditore*, ed in particolare della relazione sussistente tra tale istituto e l’ambito di operatività della *lex commissoria*.

Parte della dottrina romanistica⁶¹, tuttavia, valorizzando i numerosi riferimenti operati dalle fonti all’applicazione della *lex commissoria* nell’ambito della compravendita, ha ritenuto che, in origine, tale pattuizione trovasse impiego proprio in relazione al negozio fiduciario con finalità di garanzia, e che le riflessioni svolte dai giuristi romani con riguardo alla compravendita abbiano tratto origine proprio dai discorsi incentrati sull’analogo patto in materia di *fiducia*⁶².

⁵⁸ B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1965, p. 433, sulla garanzia pignoratizia in diritto romano v. *amplius* Par. 2.3.

C. LONGO, *La fiducia*, in *Corso di diritto romano*, Milano, 1933, p. 25 s. evidenzia come “la garanzia inerente alla *fiducia cum creditore* è la più ampia ed energica che possa concepirsi, perché si attua non con l’attribuzione al creditore di uno *ius in re limitato*, ma addirittura con l’attribuzione al creditore della proprietà della cosa”.

⁵⁹ M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 552 s.

⁶⁰ Cfr. A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, cit., p. 11, il quale dà conto della sussistenza di un riferimento alla *lex commissoria* nell’ambito della *fiducia cum creditore* nella rubrica della *Pauli Sententiae* II, 13 (*de lege commissoria*).

Con riferimento alla generale struttura della fiducia cfr. N. BELLOCCI, *La struttura della fiducia*, cit., p. 27 s., con particolare riferimento a due frammenti: le *Tavolette Pompeiane* e la *Formula Baetica*.

⁶¹ La tesi, autorevolmente sostenuta da A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, cit., p. 11 s., muove dall’esegesi di due passaggi del Digesto inerenti alla *lex commissoria* nella vendita:

D.18.3.2 (Pomp. 35 Ad Sabinum) *Cum venditor fundi in lege ita caverit: “Si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit”, ita accipitur inemptus esse fundus, si venditor inemptum esse velit, quia id venditoris causa caveretur: nam si aliter acciperetur, exusta villa in potestate emptoris futurum, ut non dando pecuniam inemptum faceret fundum, qui eius periculo fuisset.*

D.18.3.3 (Ulp. 30 Ad edictum) *Nam legem commissoriam, quae in venditionibus adicitur, si volet exercebit, non etiam invitus.*

⁶² In senso contrario si esprime invece A. BISCARDI, *La lex commissoria nel sistema delle garanzie reali*, cit., p. 586; ID., *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano*, cit., p. 61 s., secondo cui la *lex commissoria* risulta incompatibile con la struttura della *fiducia cum*

Muovendo da queste premesse, secondo tale orientamento, la *lex commissoria* nell'ambito del negozio fiduciario si sarebbe atteggiata a clausola non solo integrante il *pactum fiduciae*, ma altresì esauriente il contenuto naturale del patto medesimo, rendendolo idoneo alla funzione di pignoramento della *res*⁶³.

Così concepita, la clausola commissoria non solo consentiva al creditore di ritenersi sciolto dall'obbligo restitutorio a favore del debitore in caso di inadempimento, ma liberava lo stesso dalla responsabilità per la cosa avuta in *fiducia*⁶⁴ all'occorrere dell'inadempimento.

Mette conto sottolineare, infatti, che l'inadempimento del debitore fiduciante non attribuiva automaticamente al trasferimento della proprietà della *res* in garanzia la funzione di soddisfacimento a favore del creditore. Trattandosi di una condizione posta nel suo interesse esclusivo, il creditore poteva sfruttare lo scioglimento del vincolo restitutorio e soddisfare le proprie ragioni sulla *res* oggetto del negozio fiduciario, ovvero esercitare l'*actio crediti* per ottenere l'adempimento dell'obbligazione garantita.

Anche in quest'ultimo caso, tuttavia, alla legittima ritenzione del bene, fondata sulla titolarità del diritto di proprietà concessogli *fiduciae causa*, non

creditor ritenendo, da un lato, che la *lex* sia inidonea a condizionare l'effetto traslativo della proprietà che è connaturale al negozio fiduciario il quale peraltro viene realizzato mediante *actus legitimi*, e dall'altro sostenendo che l'ipotizzato condizionamento dell'obbligo restitutorio derivante dal *pactum fiduciae* altro non sarebbe che l'effetto principale derivante dal *pactum fiduciae* medesimo.

⁶³ L'Autore, infatti, concepisce la *lex commissoria* come elemento dello stesso negozio fiduciario, operante in termini di condizione sospensiva dell'obbligo restitutorio da parte del creditore fiduciario avente ad oggetto l'adempimento dell'obbligazione da parte del debitore fiduciante, "individuata così la *lex commissoria*, ne verrebbe di conseguenza che, se prima della scadenza della prestazione, cui è tenuto, il debitore fiduciante non potrebbe far valere la pretesa a riavere la cosa data in garanzia senza aver adempiuto, dopo la scadenza, essendo definitiva l'inadempienza, verrebbe meno l'eventualità da parte sua di poter ancora avanzare pretese in merito", A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, cit., p. 16-17; tale profilo viene evidenziato anche da N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 40.

⁶⁴ A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, cit., p. 22, l'inadempimento del debitore fiduciario, quindi, secondo la tesi dell'Autore, non solo determinava lo scioglimento dell'obbligo restitutorio in capo al creditore fiduciante, ma impediva che su quest'ultimo potesse ritenersi gravante il *periculum rei*, impedendogli di fatto di esercitare l'azione di credito a sua disposizione, senza dover necessariamente soddisfarsi direttamente sulla cosa concessa in garanzia.

si accompagnava per il creditore l'assunzione del *periculum rei*, ovvero della responsabilità per la cosa oggetto del negozio fiduciario⁶⁵.

Ecco allora che, secondo questa chiave di lettura, alla *lex commissoria* nell'ambito della *fiducia cum creditore*, poteva essere attribuita un'altra importante funzione.

Lo sfruttamento dell'effetto commissorio da parte del creditore, infatti, realizzava il risultato – ulteriore rispetto a quelli poc'anzi descritti – di limitare all'acquisto della proprietà, si potrebbe dire definitiva, sulla *res* lo spettro di tutele esperibili nei confronti del debitore inadempiente, escludendo pertanto l'esercizio nei confronti di quest'ultimo dell'*actio crediti*⁶⁶.

Il creditore, in definitiva, era legittimato a tutelare le proprie ragioni in base a due alternative: soddisfarsi sulla *res* attribuitagli in proprietà fiduciaria, ovvero esercitare l'*actio crediti*, ritenendo legittimamente il bene e non risultando titolare *medio tempore* del *periculum rei*.

Electa una via, non datur recursus ad alteram: esercitato il diritto potestativo a soddisfarsi sul bene oggetto di negozio fiduciario, e quindi sfruttato l'effetto commissorio incardinato sul *pactum fiduciae*, il creditore si precludeva definitivamente ogni altra forma di tutela e pertanto concentrava sulla proprietà della *res* ogni soddisfacimento delle proprie ragioni⁶⁷.

⁶⁵ A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, cit., p. 22-23.

⁶⁶ L'incidenza del patto commissorio nello spettro delle tutele esperibili dal creditore a fronte dell'inadempimento del debitore assume valore determinante anche nel dibattito che recentemente ha interessato la fattispecie in esame; occorre infatti sottolineare come nelle recenti fattispecie normative di patto marciano e secondo parte della dottrina, il negozio traslativo assumerebbe carattere solutorio e quindi anche esdebitativo a favore del debitore, pertanto il suo esercizio da parte del creditore determinerebbe la totale tacitazione delle sue pretese nei confronti del debitore a prescindere dall'eventuale differenza tra il valore della *res* e l'ammontare del debito inadempito, cfr. *infra*, Cap. IV.

⁶⁷ V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, cit., p. 4 s., sottolinea la particolare rigidità della condizione del debitore nella garanzia costituita dalla *fiducia cum creditore*, evidenziando le analogie sussistenti tra la *lex commissoria* e la *fiducia*, entrambi meccanismi fondati sul trasferimento della proprietà della *res* al creditore in caso di inadempimento. Non a caso, infatti, nell'epoca di maggiore impiego della *fiducia cum creditore*, l'ordinamento giuridico romano ammetteva pacificamente la validità e l'utilizzo della *lex commissoria*, e d'altro canto il tramonto del negozio fiduciario e la proibizione del patto commissorio sono coincisi in termini temporali.

L'evoluzione dell'organizzazione sociale di una determinata civiltà, soprattutto in ragione dei mutamenti socio-economici che la interessano – come già premesso⁶⁸ – incide significativamente sull'articolazione degli istituti giuridici che ne costituiscono l'espressione⁶⁹.

Così è accaduto anche con riguardo alla *fiducia cum creditore*: lo sviluppo del traffico commerciale, infatti, ha condotto alla mitigazione delle condizioni cui era sottoposto il debitore in caso di inadempimento ed il risultato di tale tendenza può individuarsi nell'introduzione nella prassi negoziale del cd. *pactum vendendi* a favore del creditore⁷⁰.

In forza di tale clausola il creditore fiduciario, all'occorrere dell'inadempimento del debitore, era legittimato a vendere il bene oggetto di garanzia e a trattenere dalla somma così ricavata l'ammontare corrispondente al credito non adempiuto⁷¹.

È evidente che l'operatività di una simile pattuizione incideva sull'assetto dei reciproci interessi di creditore e debitore in termini di maggiore equità. Diversamente da quanto si è detto con riguardo agli effetti della *lex commissoria*, in ragione della quale il creditore acquistava la piena proprietà della *res* in garanzia a prescindere dall'eventuale maggior valore della stessa rispetto al credito garantito, in forza del *pactum vendendi* il concreto

⁶⁸ V., *supra*, Par. 1, ed in particolare le considerazioni di V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, cit. p. 1 s.

⁶⁹ Sottolinea la natura rudimentale sotto il profilo della tecnica giuridica della garanzia fiduciaria C. LONGO, *La fiducia*, in *Corso di diritto romano*, Milano, 1933, p. 25 s., secondo cui “questo tipo di garanzia reale, come ci insegna il diritto comparato, è frequente nei diritti primitivi o poco sviluppati, dove non è che una delle manifestazioni del carattere duro e inesorabile per i debitori, egoistico, sospettoso e precauzionale da parte dei creditori, che assume il fenomeno creditizio negli stadi arretrati dell'incivilimento. Per quanto poi concerne Roma in particolare, l'attuazione di un sistema di garanzia trova – almeno nei riguardi del diritto romano arcaico – la sua spiegazione anche in una ragione giuridica di indole generale; nel fatto cioè che lo *ius quiritium* non conosceva altri diritti sulle cose all'infuori della proprietà e delle servitù”.

⁷⁰ Per una disamina completa ed approfondita dello *ius vendendi* nella *fiducia cum creditore* si rinvia ancora all'opera di A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, cit., p. 25 s., in arg. v. anche P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., p. 31 s.

⁷¹ M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 477; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 521 s.

svolgimento delle operazioni di vendita consentiva alle parti di operare reciproci conguagli, ed in particolare legittimava il debitore alla pretesa dell'*hyperocha*⁷², ovverosia della differenza tra la somma ricavata dalla vendita e il complessivo ammontare del debito insoluto.

Se in una prima fase della prassi commerciale il *pactum vendendi* si proponeva quale opzione contrattuale sfruttabile dall'autonomia privata in alternativa all'asperità caratterizzante l'attuazione dell'effetto commissorio insito al negozio fiduciario⁷³, con l'andare del tempo lo *ius vendendi*, ovvero il meccanismo di soddisfazione del creditore poc'anzi descritto, diveniva elemento naturale della *fiducia cum creditore* e quindi implicita disciplina negoziale della fase patologica del rapporto obbligatorio⁷⁴ sottostante.

La conseguenza, evidente, è stata la limitazione dell'impiego e quindi dell'importanza a livello prima empirico e poi dogmatico della *lex commissoria* nei rapporti assoluti di garanzia, come quelli instaurati con il negozio fiduciario, ma, come vedremo di qui appresso, la stessa sorte ha interessato la clausola commissoria e quella di vendita a fini satisfattivi anche con riferimento al *pignus*.

⁷² A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, cit., p. 31, diversamente laddove il valore ricavato dalla vendita fosse inferiore al valore complessivo del credito inadempito, al creditore era riconosciuto il diritto di richiedere al debitore il pagamento del *superfluum*.

⁷³ A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, cit., p. 31, osserva l'Autore che "coll'individuarsi del *pactum vendendi*, viene meno l'identificazione costante della *commissoria* collo stesso *pactum fiduciae* annesso alla conclusione del negozio fiduciario per indirizzarlo a scopo di garanzia. Nel caso concreto, quando sia conclusa tra le parti la pattuizione di vendita, non c'è più posto per il patto commissorio, come condizionamento soluta ad diem pecunia dell'obbligo fiduciario alla restituzione; ma anche in generale si può pensare con alquanto fondatezza che quella coincidenza sia venuta col tempo obliterandosi".

⁷⁴ A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, cit., p. 29, deduce dall'evoluzione dell'istituto della *fiducia cum creditore* in relazione al patto commissorio ed allo *ius vendendi* l'attribuzione al negozio fiduciario della funzione preminentemente satisfattiva delle ragioni del creditore, sottolinea attentamente questo profilo N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 41, nt. 54.

2.3. *La lex commissoria nel pignus.*

La figura di garanzia reale che ha trovato prevalente impiego nell'esperienza giuridica romana, prima al fianco della *fiducia cum creditore* e progressivamente in luogo della stessa, è il pegno.

In generale, con l'espressione *pignus* veniva designata ogni tipologia di garanzia reale che non comportasse l'immediato trasferimento al creditore della proprietà della *res* che ne era oggetto⁷⁵, in ciò dovendosi individuare il fondamentale tratto differenziale dell'istituto in discorso rispetto al negozio fiduciario in funzione di garanzia⁷⁶.

Le prime testimonianze dell'utilizzo del *pignus*⁷⁷ quale garanzia reale del credito in diritto romano risalgono al III sec. a.C.⁷⁸, periodo a cui è riconducibile la comparsa del *pignus datum*, altresì definito pegno manuale, il cui perfezionamento passava necessariamente attraverso il materiale spossessamento del debitore⁷⁹ grazie alla *traditio* della *res*⁸⁰ oppignorata al creditore.

In termini di struttura, l'originale pegno manuale – così come si avrà modo di osservare per il pegno convenzionale – non è ascrivibile alla

⁷⁵ M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 478.

⁷⁶ Sul punto si vedano le considerazioni svolte *supra* al Par. 2.3; sul concetto di pegno nell'esperienza giuridica romana v. V. MANNINO, *Garanzie dell'obbligazione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 614 s.

⁷⁷ L'origine del termine giuridico *pignus* si riconduce a *pugno*, espressione che nelle fonti sta ad indicare la consegna materiale della *res*, come risulta da alcuni passi del Digesto:

D.50.16.238.2 (*Gai. 6 ad leg. Duod. Tab.*) *Pignus appellatum a pugno, quia res, quae pignori dantur, manu traduntur unde etiam videri potest verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui.*

D.13.7.9.2 (*Ulp. 28 ad ed.*) *Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam cum non transit nec possessionem ad creditorem.*

Sull'esegesi delle fonti con riguardo alle origini del termine *pignus* v. B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 434; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., p. 81 s.; O. TORO, *Il divieto del patto commissorio e il patto marciano nei rapporti assoluti di garanzia*, cit., p. 30.

⁷⁸ P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., p. 82; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 478.

⁷⁹ P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., p. 82.

⁸⁰ M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 379; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 377 s.

categoria dei diritti reali di garanzia⁸¹, poiché il creditore non diveniva titolare di uno *ius in re aliena* e la tutela del credito si risolveva nella situazione di fatto del possesso sulla *res* da parte del creditore, che in tal modo attuava sul debitore una coazione indiretta all'adempimento⁸².

La seconda declinazione della garanzia pignorizia di diritto romano corrisponde alla figura del *pignus conventum*⁸³, successivamente definito dai giuristi romani anche *hypotheca*, termine greco permeato nel linguaggio giuridico grazie all'influenza dei tribunali delle province orientali dell'impero⁸⁴.

Diversamente da quanto può apprezzarsi nei sistemi civilistici moderni, in cui i termini pegno ed ipoteca stanno ad indicare diritti reali di garanzia essenzialmente diversi sotto vari profili – su tutti quello dell'oggetto⁸⁵ della garanzia stessa – nell'ordinamento giuridico romano il *pignus conventum*, o *hypotheca*, si distingueva dal pegno manuale unicamente in punto di modalità

⁸¹ M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 480; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 377 s.

⁸² P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., p. 81 s.; G. GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione*, cit., p. 35 s.; sul rapporto tra il pegno e il regime della ritenzione E. NARDI, *Ritenzione e pegno gordiano*, Milano 1939, p. 85 s.; ID., *Studi sulla ritenzione in diritto romano*, Milano, 1947, p. 200 s.; in termini differenziali rispetto al modello di garanzia fiduciario v. L. ROSSI, voce *Pegno civile*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, XVIII, Torino, 1906-1910, p., 1243.

⁸³ Per un'analisi approfondita delle origini e della struttura di tale tipologia di garanzia v. di recente F. DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum. Le origini dell'Interdictum Salvianum*, Torino, 2017, p. 1 s.; storicamente in dottrina v. anche A. ASCOLI, *Le origini dell'ipoteca romana e l'interdetto salviano*, Livorno, 1887; N. HERZEN, *Origine dell'hypothèque romaine*, cit.; F. LA ROSA, *Ricerche sulle origini del pegno*, in *Scritti in onore di G. Auletta*, III, Milano, 1988; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., p. 81 s.; A. BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano*, cit., p. 150 s.

La dottrina romanistica tende a considerare il *pignus conventum* una figura più recente, il cui impiego risale agli inizi del II secolo a.C., cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 480, tuttavia secondo P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., p. 87, già nel terzo secolo a.C. la fenomenologia negoziale romana conosceva tanto la *datio* quanto la *conventio pignoris*, in arg. v. anche L. BOVE, voce *Pegno (diritto romano)*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, XII, Torino, 1965, p. 763 s.

⁸⁴ In arg. si vedano le considerazioni svolte *supra* nt. 11-12.

⁸⁵ B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 434, in diritto romano, infatti, sia il *pignus datum* che il *pignus conventum* potevano avere ad oggetto beni corporali sia mobili che immobili. Solo successivamente la giurisprudenza romana è giunta ad ammettere il pegno su beni incorporali quali i diritti di credito e i diritti reali su cosa altrui, in arg. v. P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., p. 81 s.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 175 s.

di costituzione della garanzia, con evidenti ricadute sulla struttura della stessa⁸⁶.

Il cd. “pegno convenzionato”, infatti, consisteva nella garanzia pignorizia non possessoria⁸⁷, fondata su un mero accordo tra creditore e garante, la *conventio pignoris*, in forza del quale il secondo si obbligava a mantenere a disposizione del primo determinati beni mobili o immobili pur conservandone la materiale disponibilità e pertanto potendo, *medio tempore*, fruire degli stessi. In caso di inadempimento dell’obbligazione garantita, il creditore aveva diritto alla consegna dei beni oggetto del *pignus conventum* da parte del debitore in modo da acquisirne il possesso⁸⁸.

Il tratto caratterizzante la struttura del pegno romano in ambedue le fattispecie descritte è senza dubbio l’inerenza di tale strumento di garanzia alla situazione di fatto del possesso⁸⁹.

⁸⁶ Le stesse fonti danno conto della labile differenza sussistente tra *pignus datum* ed *hypotheca*:

D.20.1.5.1 (*Marcian. lib. sing. ad form. hypoth.*) *Inter pignus autem hypothecam tantum nominis sonus differt.*

⁸⁷ Le prime fonti che danno conto dell’impiego del *pignus conventum* sono i capitoli 146-150 del *De agri cultura* di Catone: la garanzia pignorizia si fondava su un accordo tra il locatore e il conduttore di fondo rustico in forza del quale, a garanzia del pagamento del canone, venivano convenuti in pegno gli *invecta et illata* ovvero gli attrezzi da lavoro e ogni altra cosa impiegata nel fondo per la coltivazione, successivamente tale garanzia fu estesa ad altre tipologie di rapporto obbligatorio ed ebbe ad oggetto beni di natura diversa, sia mobili che immobili, cfr. P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., p. 81 s.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 378 s.; B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 434.

⁸⁸ Il primo mezzo di tutela approntato a favore del creditore pignorizio riguardava proprio il *pignus conventum* di *invecta* e *illata*, e fu l’*intredictum Salvianum*, di carattere proibitorio concesso al locatore avverso il conduttore in caso di mancato pagamento del canone e funzionale a garantire al locatore l’impossessamento delle cose oggetto di pegno (D.43.33), provvedimento analogo, ma di segno opposto, era l’*interdictum de migrando* (D.43.32) spettante al conduttore contro il locatore che gli impedisse di portare via dall’alloggio locato le cose ivi immesse e presupponeva che il canone fosse stato regolarmente pagato o che non si trattasse delle cose convenute in pegno, cfr. M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 378.; A. ASCOLI, *Le origini dell’ipoteca romana e l’interdetto salviano*, cit., p. 58 s.

⁸⁹ M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 480; B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 433; G. LA PIRA, *Struttura classica del pignus*, in *Studi in onore di F. Cammeo*, II, Padova, 1933, p. 1 s.; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., p. 81 s.; G. GORLA, *Le garanzie reali dell’obbligazione*, cit., p. 35 s.; A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, cit., p. 95 s.; A. BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano*, cit., p. 143; sottolinea questo profilo nell’ambito della generale

Ciò appare evidente nel *pignus datum*, in cui lo spossessamento del debitore, come detto, integrava la tecnica di perfezionamento della garanzia, ma riassume anche il regime di tutela a favore del creditore, poiché solo il corretto adempimento dell'obbligazione garantita consentiva al debitore di ottenere la riconsegna della *res*⁹⁰. Considerazioni simili, tuttavia, possono proporsi con riguardo al *pignus conventum*, nell'ambito del quale, all'inadempimento del debitore sorgeva in capo al creditore il diritto ad ottenere e conservare il possesso dei beni oggetto di garanzia fino al successivo corretto adempimento dell'obbligazione garantita.

Il processo evolutivo del modello di pegno verso la configurazione in termini di *ius in re aliena*, e quindi come vero e proprio diritto reale di garanzia⁹¹, conosce un momento di svolta verso la metà del I secolo a.C., con l'introduzione dell'*actio Serviana*⁹² mediante la quale il creditore pignoratorio poteva conseguire o recuperare la materiale disponibilità del bene oggetto di pegno avverso qualsiasi possessore dello stesso, trattandosi di un'*actio in rem*, di fatto divenendo così titolare dello *ius sequelae* sul bene oggetto di garanzia⁹³.

disamina delle origini del patto commissorio pignoratorio C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 86 s.

⁹⁰ Sull'ulteriore tutela consistente nel diritto di ritenzione a garanzia di altri crediti tra le stesse parti, definita anche pegno gordiano v. B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 437, e per una disamina generale del tema v. E. NARDI, *Ritenzione e pegno gordiano*, Milano 1939.

⁹¹ A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 377 s.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 378 s.

⁹² P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., p. 81 s.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 327 s., l'*actio Serviana*, originariamente introdotta a tutela del creditore nell'ambito del *pignus conventum*, successivamente trovò applicazione ad ogni tipologia di garanzia pignoratoria a prescindere dall'oggetto o dalle modalità di costituzione della stessa, venendo denominata anche *actio quasi Serviana*, *hypotecaria*, o più di frequente *actio pignoratitia in rem*. Si trattava di un'*actio in factum* e *in rem* esperibile dal creditore pignoratorio per il conseguimento del possesso della cosa pignorata avverso lo stesso debitore, o qualsiasi altro terzo, e poteva essere esperita del creditore anche nelle ipotesi in cui il creditore avesse conseguito e poi perduto il possesso della *res*, in arg. v. anche A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 377 s.; B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 435; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 480.

⁹³ Giova peraltro sottolineare come anche la tutela garantita dall'*actio Serviana* sia modellata sulla tutela, seppur *erga omnes*, della situazione possessoria spettante al creditore, come osservato anche da P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., p. 81 s.

Le considerazioni appena svolte consentono di analizzare quale fosse il significato e la portata della pattuizione commissoria in relazione alla garanzia pignoratizia⁹⁴.

La disciplina sia sostanziale che processuale del *pignus*, infatti, non legittimavano in alcun modo il creditore a godere⁹⁵ o disporre del bene oggetto di garanzia pendente il termine per l'adempimento dell'obbligazione sottostante⁹⁶, né tantomeno di soddisfarsi direttamente su di esso in caso di inadempimento del debitore.

Può affermarsi pertanto che tale modello di garanzia reale, per le sue caratteristiche strutturali e funzionali, non fosse idoneo a sorreggere fenomeni di soddisfacimento coattivo da parte del creditore sui beni oppignorati⁹⁷ a fronte dell'inadempimento dell'obbligazione garantita.

Segnatamente l'esigenza di una tutela più completa ed efficiente delle ragioni creditizie nell'ambito dei rapporti di garanzia contribuì, in età classica⁹⁸, all'impiego nella prassi contrattuale della *lex commissoria* quale clausola accessoria alla *datio* o alla *conventio pignoris* funzionale all'appropriazione da parte del creditore dei beni oggetto di garanzia nell'ipotesi di inadempimento del debitore⁹⁹.

⁹⁴ A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, cit., p. 95, sottolinea che la problematica inerente il ruolo della *lex commissoria* e dello *ius vendendi* nel *pignus* costituisca una “*problematica giuridica, ma in pari tempo di evoluzione storica, nel quale non bisogna perdere di vista la fondamentale struttura dell'istituto pignoratizio, che appare sanzionato dal pretore tramite interdetti tipici della tutela possessoria*”.

⁹⁵ B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 436; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., p. 756.

⁹⁶ Un'altra figura che affonda le proprie origini nel diritto romano e che assumerà rilevanza nel corso della presente indagine è quella dell'*antichresis*, pattuizione in forza della quale, il creditore aveva diritto di imputare i frutti della *res* oppignorata interamente agli interessi del credito garantito; di tale istituto, la cui denominazione presenta chiare origini elleniche, è dato conto anche nella compilazione giustiniana:

D.20.1.11.1 (*Marcian.*) *Si antichresis facta sit et in fundum aut in aedes aliquis inducatur, eo usque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur, cum in usuras fructus percipiat aut locando aut ipse percipiendo habitandoque.*

Sul tema v. A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 377 s.; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., p. 757; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 381; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., p. 199.

⁹⁷ C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 85 s.

⁹⁸ M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 483.

⁹⁹ B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 436.

Secondo la tesi maggiormente avvalorata nella dottrina romanistica¹⁰⁰, pur nella quasi totale assenza di diretti riferimenti testuali¹⁰¹ all'istituto in esame, deve ritenersi che la *lex commissoria* annessa al *pignus datum* si atteggiasse in termini di condizione sospensiva¹⁰² apposta alla *traditio* della *res* costitutiva della garanzia, avente ad oggetto l'inadempimento del debitore.

La clausola commissoria, sebbene distinta ed accessoria rispetto al naturale regolamento negoziale del pegno, risultava così idonea ad alterare la natura¹⁰³ dello stesso in ragione del suo operare.

In forza della *lex commissoria*, infatti, l'inadempimento del debitore incideva sulla *traditio* costitutiva del pegno mutandone la causa, o per meglio dire, attribuendovi una *iusta causa traditionis*¹⁰⁴ consistente nella finalità di soddisfazione del credito garantito mediante l'appropriazione da parte del creditore.

Grazie all'innesto della *lex commissoria* sul negozio pignoratizio, quindi, le parti disciplinavano *ex ante* un elemento costitutivo della garanzia, la *traditio* appunto, prevedendo che alla stessa potesse attribuirsi natura solutoria del credito garantito nell'ipotesi di inadempimento del debitore¹⁰⁵.

¹⁰⁰ H. DERNBURG, *Das Pfandrechnach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, I, Leipzig, 1860, p. 675; A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, cit., p. 111.

¹⁰¹ Una delle poche fonti che trattano dell'istituto in esame è proprio la costituzione di Costantino che nel 326 d.C. sancì il divieto del patto commissorio:

C.8.34(35).3 (Cod. Th. 3.2.1) *De pactis pignorum et de commissoria lege in pignoribus rescindenda*

Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum paeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. creditores enim re amissa iubemus recuperare quod dederunt.

¹⁰² A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, cit., p. 111.

¹⁰³ A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, cit., p. 112.

¹⁰⁴ P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., p. 225, il quale richiama a supporto della tesi due testi, di Gaio e di Scevola.

¹⁰⁵ P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., p. 225, spec. nt. 1; A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, cit., p. 112, secondo cui "se nella vendita la condizione sospensiva, almeno secondo la costruzione sabiniana, inerisce al sorgere delle obbligazioni reciproche e nella fiducia alla costituzione dell'obbligo fiduciario alla restituzione, nel pegno invece, ove l'annessa *lex commissoria* riflette l'intenzione delle parti di considerare il trasferimento del pegno al creditore come avvenuto a titolo di

Volgendo lo sguardo all'ipotesi di *pignus conventum*, anche in questo caso l'apposizione della *lex commissoria* alla *conventio pignoris* avrebbe assunto il significato poc'anzi delineato con riguardo al pegno manuale, con la differenza fondamentale che, non essendo il creditore in possesso del bene oppignorato al momento della costituzione della garanzia, la *iusta causa* di trasferimento della *res* avrebbe caratterizzato causalmente la *traditio* pretesa ed ottenuta dal creditore solo successivamente all'inadempimento da parte del debitore¹⁰⁶.

Analogamente a quanto osservato in tema di *fiducia cum creditore*, anche con riguardo al *pignus* deve ritenersi che l'effetto commissorio non costituisca la conseguenza automatica dell'inadempimento del debitore, quanto piuttosto che il creditore fosse titolare del diritto potestativo a servirsi della clausola con gli effetti appena descritti, ovvero, in alternativa, che lo stesso potesse agire per ottenere l'esatto adempimento dell'obbligazione garantita da parte del debitore¹⁰⁷.

Secondo un processo evolutivo affine¹⁰⁸ a quello che ha interessato la garanzia fiduciaria, anche con riguardo al negozio pignoratizio si è assistito all'affermazione nella prassi negoziale della tecnica alternativa di

soddisfazione del credito garantito, per il caso non sia adempiuto alla scadenza, la condizione inerisce più propriamente al venire ad esistenza della iusta causa giustificativa dell'effetto traslativo del complesso negozio e solo di riflesso si può ritenere operante sull'effetto traslativo medesimo".

¹⁰⁶ A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, cit., p. 114.

¹⁰⁷ A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, cit., p. 117 s.; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., p. 225, a detta del quale "come per la fiducia, così per il pegno, la *lex commissoria* deve essere considerata una convenzione che creditoris causa cavetur: al verificarsi della *lex*, il creditore, che fino a quel momento era titolare di un diritto di credito e di un diritto condizionato di pegno, non perde, al momento in cui si verifica la condizione che sospendeva il secondo diritto, il diritto di credito: il verificarsi della *lex commissoria* conferisce al creditore, insieme, ed alternativamente, col diritto di credito, il diritto di appropriarsi del pegno".

¹⁰⁸ A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, cit., p. 131, ritiene che alla *distractio pignoris* si sia pervenuti successivamente all'affermazione della *lex commissoria*, in linea con quanto verificatosi nella *fiducia cum creditore*, dovendo ulteriormente sottolinearsi come il meccanismo di soddisfazione fondato sullo *ius vendendi* costituisca un meccanismo assai più evoluto del patto commissorio e consentisse la comparazione tra il valore della cosa pignorata e l'ammontare del credito garantito; in questo senso anche M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 483, dubitativo sul punto P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., p. 200.

soddisfazione del creditore consistente nella *distractio pignorum*¹⁰⁹, ovvero nell'attribuzione in via pattizia al creditore dello *ius vendendi* sulla *res* oppignorata nell'ipotesi di inadempimento da parte del debitore¹¹⁰.

Se dal punto di vista della struttura lo *ius vendendi* quale clausola accessoria alla garanzia pignoratoria è assimilabile all'analoga pattuizione annessa al negozio fiduciario, le due fattispecie divergono invece quanto alle modalità di esercizio della suddetta clausola da parte del creditore.

Ed invero, a differenza di quanto si verificava per effetto del trasferimento fiduciario della proprietà, nel pegno il creditore non diveniva titolare di alcun diritto sulla *res* oggetto di garanzia, poiché – come ampiamente sottolineato – quest'ultimo conseguiva il possesso del bene ovvero, nel *pignus conventum*, il diritto ad ottenere il possesso del medesimo in caso di inadempimento dell'obbligazione garantita.

Nell'ambito della garanzia pignoratoria, quindi, la pattuizione dello *ius vendendi* si articolava in termini di preventiva autorizzazione¹¹¹ del debitore,

¹⁰⁹ La prima testimonianza dell'impiego di tale negozio risale a *Servio*: D.47.10.15.32 (Ulp. l. 77 ad ed.) *Item si quis pignus proscrisperit venditurus, tamquam a me acceperit, infamandi mei causa, Servius ait iniurarum agi posse.*

¹¹⁰ Secondo la dottrina romanistica prevalente, la condizione per considerare lecita l'alienazione del pegno da parte del creditore era l'esecuzione da parte del creditore della *denuntiatio* ovvero della dichiarazione indirizzata al debitore di volersi avvalere dello *ius vendendi* una volta verificatosi l'inadempimento. A tale atto formale è stato attribuito lo scopo di consentire al debitore il controllo delle operazioni di vendita, e del pari quello di garantire il creditore circa la correttezza del proprio operato nell'esercizio del diritto di vendita, sul punto, per tutti, cfr. A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, cit., p. 160 s.

Nelle fonti, riscontro dell'obbligatorietà di tale atto nell'ambito dell'esercizio dello *ius vendendi* si ritrova in D.13.7.4 (Ulp. l. 41 ad Sab.).

¹¹¹ A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, cit., p. 137; B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 437 s.; altre tesi, di portata minoritaria nel panorama dottrinale, hanno offerto una diversa ricostruzione della legittimazione del creditore alla vendita del pegno in forza dello *ius distrahendi*, A. MANIGK, *Pignus*, in Pauly-Wissowa, *Real Encyclopadie der klassischen Altertumswissenschaft*, XX, 1, 1941, p. 1248 s., sostiene che la facoltà di alienazione del pegno da parte del creditore si fonda sul meccanismo, ritenuto coesistente alla struttura del pegno, in forza del quale all'inadempimento dell'obbligazione la proprietà della *res* pignorata si trasferisce automaticamente al creditore (cd. *Verfallpand*), il quale pertanto effettuerebbe la vendita in qualità di pieno proprietario, *contra* v. A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, cit., p. 132; P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento della proprietà. Storia e critica di una dottrina*, Padova, 1924, p. 256 s., sostiene invece che il mancato adempimento determini l'effetto rinunziativo sulla proprietà del bene oggetto di garanzia da parte del debitore.

unico proprietario del *pignus*, all'alienazione¹¹² del medesimo da parte del creditore in deroga ai normali principi in tema di legittimazione al trasferimento della proprietà¹¹³.

Fin dalla sua apparizione, il *pactum vendendi* si atteggiava a strumento negoziale facoltativo a disposizione dell'autonomia privata in alternativa al meccanismo traslativo proprio della *lex commissoria*, ma la fruizione della facoltà di vendita del pegno rimaneva sottoposta all'espressa pattuizione dell'apposita clausola in sede di costituzione del rapporto pignoratorio¹¹⁴.

La progressiva evoluzione dei traffici commerciali, tuttavia, ha favorito la diffusione nella prassi del negozio attributivo dello *ius vendendi* il quale, a partire dall'epoca classica¹¹⁵, ha assunto le vesti di elemento naturale dell'accordo pignoratorio¹¹⁶, disciplinante le ipotesi di insolvenza del debitore a prescindere dall'espressa negoziazione *ab origine*, e proponendosi quale

Sull'operatività della vendita in forza di *ius distrahendi* si veda, su tutti, un passo delle Istituzioni di Gaio:

Gai.II,64 ... *item creditor pignus ex pactione, quamvis eius ea res non sit. Sed hoc fortisan ideo videatur fieri, quod voluntate debitoris intellegitur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur.*

Per un'approfondita esegesi delle fonti sul punto v. P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., p. 204.

¹¹² La disciplina dello *ius vendendi* si completava con l'istituto dell'*impetratio dominii* in forza del quale il creditore che non riusciva a vendere ad un prezzo ragionevole il pegno poteva richiedere all'autorità statale un provvedimento in forza del quale gli venisse riconosciuto il possesso della *res iure dominii*, di fatto determinandosi gli effetti scaturenti dalla *lex commissoria*, v. A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, cit., p. 206 s.; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., p. 230 s.

¹¹³ A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, cit., p. 137 s., critica la tesi secondo cui in questa fattispecie la vendita da parte del creditore sarebbe avvenuta in forza di un negozio rappresentativo di fonte convenzionale, precisando che tale aspetto potrebbe essere valorizzato quanto agli effetti della vendita, che si ripercuoterebbero in capo al debitore proprietario della *res*, ma non quanto alla gestione dell'operazione negoziale in quanto il creditore agisce in nome e nell'interesse esclusivamente proprio, in questo senso anche B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 438.

¹¹⁴ A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, cit., p. 139 s.; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., p. 200 s.; B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 437.

¹¹⁵ U. RATTI, *Sull'accessorietà del pegno e sul ius vendendi del creditore pignoratorio*, in *Studi urbinati*, 1927, I, p. 1 s., sostiene, diversamente dalla tesi maggioritaria, che lo *ius vendendi* sia divenuto un elemento naturale del *pignus* solamente in epoca post-classica e in ragione dell'introduzione del divieto di patto commissorio.

¹¹⁶ A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, cit., p. 152; B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 437; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 483; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., p. 758.

opzione privilegiata rispetto alla *lex commissoria* per la disciplina delle conseguenze dell'inadempimento nei rapporti di credito assistiti da garanzia reale. Ciò si deve alla maggiore flessibilità di tale meccanismo di soddisfacimento del credito, idoneo ad assicurare il contemperamento degli interessi di entrambe le parti del rapporto di garanzia¹¹⁷.

Da un lato, infatti, il creditore poteva fruire della diretta liquidazione del bene rivalendosi sul ricavato della vendita, dall'altro il debitore otteneva un trattamento più equo avendo diritto alla restituzione dell'*hyperocha*, ovvero l'eventuale differenza tra l'ammontare ottenuto dalla vendita della *res* e il valore del credito inadempito¹¹⁸.

3. Il divieto di patto commissorio e l'elaborazione del patto marciano.

Muovendo dalle riflessioni svolte nei paragrafi precedenti può osservarsi come già in una fase antecedente alla formulazione normativa del divieto di patto commissorio¹¹⁹, la scienza giuridica romana si fosse mossa verso l'affinamento degli istituti posti a presidio delle ragioni creditizie nel campo delle garanzie reali, da un lato attribuendo maggiore agilità alle tecniche di soddisfazione del creditore, dall'altro cercando di stemperare il carattere di penalità a carico del debitore insito nella pattuizione commissoria.

Significativa, con riguardo a questa tendenza, è l'evoluzione¹²⁰ che ha interessato l'istituto della *fiducia cum creditore*¹²¹, come detto, la più antica

¹¹⁷ A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, cit., p. 195 s.

¹¹⁸ Allo stesso modo, nel caso in cui dalla vendita del pegno si ricavasse una somma inferiore all'ammontare del credito inadempito, al creditore era riconosciuto il diritto ad agire per il *superfluum*, ovvero la parte di credito rimasta insoddisfatta, cfr. A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, cit., p. 187 s.; v. anche D. E. PHILIPSON, *Development of the Roman Law of Debt Security*, *Stanford Law Review*, 1968, VI, p. 1230 s.

¹¹⁹ P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., p. 205.

¹²⁰ N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 44.

¹²¹ V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, cit., p. 4 s., osserva che "risulta degna di nota la coincidenza e la connessione giuridica della liceità del patto commissorio, con l'esistenza della fiducia; connessione della quale si ha la riprova nel fatto che la proibizione del patto commissorio e la scomparsa della fiducia quasi coincisero nel

figura di garanzia reale del credito elaborata nell'ordinamento giuridico romano.

Da elemento coesistente alla struttura nel negozio fiduciario, infatti, la *lex commissoria* ha progressivamente assunto il ruolo di clausola eventuale dello stesso, la cui applicazione al rapporto di garanzia doveva essere oggetto di specifica pattuizione da parte dell'autonomia privata, fino ad essere scalzata nella prassi applicativa dalla maggiore flessibilità dello *ius vendendi* sulla *res* oggetto di garanzia¹²².

Analoghe considerazioni possono svolgersi in merito al *pignus*, riguardo al quale la *lex commissoria* ha costituito *ab origine* una delle alternative a disposizione dell'autonomia privata per la disciplina delle tecniche di soddisfacimento del creditore, al fianco dello *ius vendendi* e di altre fattispecie idonee ad ottenere il medesimo risultato pratico per il creditore¹²³, come la vendita del pegno o la *datio in solutum*, che progressivamente hanno trovato applicazione assai più diffusa.

La formalizzazione del giudizio di riprovevolezza nei confronti della pattuizione commissoria si deve alla costituzione imperiale di Costantino¹²⁴

tempo. Quest'ultimo si confaceva e si adattava assai bene all'accennato regime di garanzia: considerata questa come una vendita condizionata, si poteva benissimo permettere il patto commissorio che non attuava altro che il passaggio di proprietà della cosa in caso di inadempimento. Essendo allora, la condizione del debitore assai dura e la garanzia fiduciaria nell'interesse del creditore era naturale il rigore usato nei mezzi di garanzia del credito, consistenti nel trasferimento immediato della proprietà per mezzo della fiducia, senza l'obbligo, mediante aggiunta del patto commissorio, di rendere conto della cosa nel caso di inadempimento".

¹²² N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 44.

¹²³ A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, cit., p. 120 s. analizza una serie di fattispecie la cui riconducibilità alla *lex commissoria* pignorizia è discussa nella dottrina romanistica quali la vendita del pegno al creditore, v. D.20,5,12; Vat. Fragmenta. (Pap. 1.3 Resp.); D.20,1,16,9 (Marc. l. sing. Ad form. Hyp.); D.18,1,81; pattuizioni di natura anticretica v. D.13,7,39; la *datio in solutum* v. C.8.13(14).13; C.4,51,4; D.46,3,45; l'Autore, pur riconoscendo l'effettiva diffusione di pattuizioni funzionali al conseguimento di risultati analoghi a quello della *lex commissoria* ritiene tuttavia che le stesse non possano qualificarsi in termini di *lex commissoria pignorum*, la quale presenta caratteristiche strutturali del tutto peculiari ed idonee ad attribuirvi piena autonomia.

¹²⁴ Il brano della costituzione imperiale è riportato nel *Codex Theodosianus*:

C.Th.3,2,1: *Quoniam inter alias captiones percipue commissoriae legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali*

del 324 d.C., che, anche sotto l'influenza delle dottrine del cristianesimo¹²⁵, sancì il divieto assoluto della *lex commissoria* qualificandola in termini di pattuizione capziosa caratterizzata dall'asperità connotante la posizione del debitore nel rapporto di garanzia¹²⁶.

Eccezionalmente, al divieto di patto commissorio fu attribuita efficacia retroattiva¹²⁷, prevedendo espressamente che la proibizione valesse non solo per le pattuizioni commissorie stipulate successivamente all'introduzione della stessa, ma anche per quelle precedenti alla medesima, seguendo l'intento, manifesto, di eliminare ogni memoria della clausola in esame.

A chiusura della formula, la costituzione disciplinava gli effetti della nullità del patto commissorio, prevedendo che il creditore fosse obbligato alla restituzione della *res* al debitore, e quest'ultimo, a sua volta, dovesse provvedere alla ripetizione della somma mutuataagli in attuazione del rapporto di credito¹²⁸.

contractus laborat, hac sanctionae respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet, creditores enim re ammissa tubemus recipere quod dederunt.

Poiché tra i vari patti capziosi emerge principalmente l'asprezza del patto commissorio, piace sanzionare la nullità e abolirne ogni memoria in futuro. Pertanto se qualcuno è oppresso da tale patto, respiri grazie a questa sanzione, che con i patti passati colpisce anche i presenti e li proibisce per il futuro. I creditori perduta la cosa, comandiamo che ricevano in restituzione ciò che dettero, v. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, VII, Milano, 2000, p. 276.

Il divieto viene riportato anche nel *Codex* di Giustiniano 8.34.3, in cui, tuttavia, diversamente dal *Codex Theodosianus* si fa espresso riferimento alla *lex commissoria pignoribus*, formula che secondo la dottrina migliore starebbe a significare l'indubbia applicabilità del divieto a tutte le fattispecie di garanzia reale realizzate dall'autonomia privata, cfr. C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 89.

¹²⁵ V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, cit., p. 7 s., il quale osserva che “non si può ben comprendere la proibizione di Costantino se non la si inquadri in quel vasto travaglio spirituale-religioso che contribuì potentemente dal II secolo in poi al rinnovamento di tutto il diritto romano; e conseguentemente anche all'evoluzione dell'istituto preso in esame, così come di tutto il diritto romano”, v. in particolare p. 12 s. in merito al rapporto tra il divieto e la generale riprovazione dell'usura.

¹²⁶ V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, cit., p. 10; C. M. BIANCA, voce *Patto commissorio*, in *Nov. dig. disc. priv. – sez. civ.*, XIII, Torino, 1965, p. 711 s.; G. PIOLA, voce *Patto commissorio*, in *Nov. dig. disc. priv. – sez. civ.*, XVIII, Torino, 1906, p. 1029 s.; nella dottrina più recente v. N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 40 s.; M. DI PAOLO, voce *Patto commissorio*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, Torino, 1995, p. 309 e s.; A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999, p. 112, spec. nt. 170.

¹²⁷ V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, cit., p. 11.

¹²⁸ C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 88.

Articolata in questi termini, quindi, la violazione della norma imperativa in discorso determinava la caducazione non solo del rapporto di garanzia, ma anche dell'obbligazione garantita, andando così a ripercuotersi sull'intera operazione economico/giuridica realizzata dalle parti.

Quanto al campo di applicabilità del divieto, la dottrina prevalente¹²⁹, sulla base dell'esegesi delle fonti, tende a ritenere che la norma fosse concepita per sanzionare la clausola commissoria in tutte le sue declinazioni nell'ambito della generale categoria delle garanzie reali del credito, e quindi senza distinzione tra *pignus datum* e *conventum*, o, eventualmente, nelle fattispecie che assumessero le sembianze del negozio fiduciario in funzione di garanzia.

A fronte della formulazione normativa del divieto, la prassi negoziale romana – proseguendo il processo evolutivo già iniziato con l'impiego diffuso dello *ius vendendi* nell'ambito dei rapporti reali di garanzia – è giunta all'elaborazione di soluzioni affini alla clausola commissoria in termini di struttura ed effetti, ma in grado di escludere i profili di iniquità a detrimento del debitore e pertanto di scongiurare qualsiasi profitto del creditore nell'attuazione della garanzia reale.

Il risultato di tale processo evolutivo può riassumersi nella teorizzazione del cd. patto Marciano, negozio giuridico che eredita la propria denominazione dal giureconsulto Elio Marciano¹³⁰ vissuto nel III secolo d.C., il quale ebbe a sostenere la liceità del trasferimento al creditore di un bene oggetto di *pignus* od *hypotheca* in caso di inadempimento del debitore a

¹²⁹ Cfr. C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 89, secondo cui questa deve essere l'interpretazione da attribuire all'espressione *lex commissoria pignorum* contenuta nel *Codex* di Giustiniano e divergente dal semplice riferimento alla *lex commissoria* nel frammento del *Codex Theodosianus*.

¹³⁰ M. EBNER, voce *Patto marciano* (aggiornamento), in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 2007, p. 1 s., il quale precisa che nella formulazione originaria del patto marciano il contenuto essenziale del negozio traslativo si risolveva “nella previsione del trasferimento di un bene al creditore per il caso di inadempimento di un'obbligazione; nella stima del bene effettuata da un terzo; e nell'obbligo del creditore di corrispondere al debitore la differenza tra il valore del bene e l'importo del debito inadempito”; v. anche R. ORESTANO, *Marciano Elio (Aelius Marcianus)*, in *Nov.mo dig. it.*, X, Torino, 1964, p. 254 s.

condizione però che tale trasferimento fosse accompagnato da una stima del bene effettuata successivamente alla scadenza del debito¹³¹.

Ne derivava che, secondo il meccanismo già esaminato in tema di *ius vendendi*, le parti, sulla base della stima effettuata, avrebbero avuto diritto a reciproci conguagli e, in particolare, il debitore avrebbe potuto agire per ottenere l'*hyperocha*, ovvero la differenza tra il valore del bene trasferito al creditore per effetto del patto e l'ammontare del credito inadempito.

Mediante l'introduzione nell'assetto negoziale della clausola di stima, quindi, pur producendosi l'effetto traslativo automatico proprio della *lex commissoria*, il debitore sarebbe stato protetto da ingiustificate locupletazioni da parte del creditore, il quale, mediante l'appropriazione del bene oggetto di garanzia avrebbe potuto soddisfarsi esclusivamente mediante un'attribuzione patrimoniale esattamente corrispondente al valore del debito inadempito.

¹³¹ D.20.1.16.9 Marcianus libro primo ad formulam hypothecariam: *Potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve, ut, si intra certus tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem, iusto praetio tunc aestimandum; hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio.*

A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, cit., p. 120, osserva come quasi sicuramente il brano sia stato oggetto di interpolazione da parte dei compilatori giustiniani, in particolare con riferimento all'aggiunta dell'espressione *iusto praetio tunc aestimandum*, il che renderebbe probabile che il brano facesse originariamente riferimento ad un'ipotesi di *lex commissoria*, in arg. v. anche N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 43, nt. 65.

4. Il divieto di patto commissorio dall'età intermedia alle codificazioni moderne.

Le fonti risalenti al periodo medievale¹³², pur nella loro frammentarietà, danno conto di un'iniziale riemersione¹³³ della pattuizione commissoria nella prassi negoziale con particolare riguardo ad istituti riconducibili alla tradizione germanica¹³⁴ e longobarda come quello della *datio in affiduciato*¹³⁵, ovvero un negozio di natura fiduciaria¹³⁶ con finalità pignoratizia mediante il quale il debitore cedeva al creditore la proprietà di un bene apponendovi la condizione risolutiva avente ad oggetto il corretto adempimento dell'obbligazione garantita.

Il rinnovato¹³⁷ studio del *Corpus Iuris Civilis*, tuttavia, consentì la riscoperta del divieto di patto commissorio che, proprio sulla base della

¹³² Per una disamina completa delle fonti e degli istituti appartenenti al periodo medievale v. C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 89 s., spec. nt. 135.

¹³³ E. BESTA, *I diritti sulle cose nella storia del diritto romano*, Milano, 1964, p. 265 s. dubita che, nonostante le riforme giustinianee, fosse scomparso dalla prassi negoziale l'utilizzo di alienazioni condizionate a favore diretto del creditore, osservando che “*mentre scemava la prosperità economica e la sicurezza sociale e corrispondentemente si restringeva il credito, non parve opportuno il rinunciare a quella che era in fondo la garanzia più comoda e più solida per il creditore. Pur venendo meno rispetto ai fondi la mancipatio o la in iure cessio, restò nell'uso la trasmissione della proprietà della cosa del debitore al creditore sotto condizione risolutiva pel caso che la obbligazione fosse stata soddisfatta*”.

¹³⁴ Tra gli istituti di garanzia di matrice germanica si rinvia la cd. *altere Satzung*, in forza della quale il bene del debitore passava in possesso al creditore affinché questo ne godesse i frutti, il quale ne acquistava la definitiva proprietà in caso di inadempimento dell'obbligazione garantita secondo il meccanismo di *Verfallpfand*; diversamente, nella cd. *jungere Satzung* il possesso della cosa rimaneva in capo al debitore, cfr. E. BESTA, *I diritti sulle cose nella storia del diritto romano*, Milano, 1964, p. 265 s.; C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 92.; V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, cit., p. 15

¹³⁵ E. BESTA, *I diritti sulle cose nella storia del diritto romano*, cit., p. 265 s.; P. S. LEICHT, *Storia del diritto italiano. Il diritto privato*, II, Milano, 1943, p. 95 s.; F. SCHUPFER, *Il diritto privato dei popoli germanici*, Città di Castello, 1909, p. 277 s., e spec. p. 290 con riguardo alla formula del Cartolario longobardo.

¹³⁶ G. DIURNI, *Fiducia. Tecniche e principi negoziali nell'alto medioevo*, Torino, 1992, p. 10 s.; E. BESTA, *I diritti sulle cose nella storia del diritto romano*, cit., p. 254 s.

¹³⁷ G. DIURNI, *Fiducia. Tecniche e principi negoziali nell'alto medioevo*, cit., p. 10 s.; C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 89 s.

formula giustiniana, venne riproposto in una decretale di papa Innocenzo III del 1198¹³⁸.

Analogamente a quanto osservato in merito al brano della costituzione contenuta nel Digesto¹³⁹, anche in epoca medievale il divieto faceva riferimento alla *lex commissoria pignoris*, non potendosi peraltro dubitare che il termine *pignus* – come nella tradizione romanistica da cui le decretale trae origine – fosse inteso anche in diritto comune nell’ampio significato di garanzia reale, ricomprendente pure l’ipoteca e negozi in funzione di garanzia attuati mediante il trasferimento della proprietà¹⁴⁰.

Come attentamente rilevato in dottrina¹⁴¹, all’elaborazione delle tecniche di garanzia reale del credito di diritto comune si deve l’affermazione di una

¹³⁸ C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 89 s., nt. 132; V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, cit., p. 16-17.

¹³⁹ V. *supra*, p. 26-27.

¹⁴⁰ Cfr. C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 93; in generale sull’elaborazione della categoria dei diritti reali nell’epoca di diritto comune v. M. ROTONDI, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*, Padova, 1937, p. 143; in arg. v. anche S. MOGDOLONA, *Fiducia and pignus in sources of post-classical roman law – Synonyms or terms utilized for different kind of pledges?*, in *Zbornik Radova*, 2008, p. 498 s.

Occorre tuttavia precisare che il sistema delle garanzie reali elaborato dalla *scientia iuris* romana non ha trovato, nell’epoca di diritto comune, una precisa riproposizione ed un’evoluzione (con alcune eccezioni di rilievo): a tal riguardo un profilo rilevante attiene alla difficoltà di offrire un’elaborazione compiuta alla figura della garanzia reale non possessoria, sia immobiliare – sul modello dell’*hypotheca* – che mobiliare, incentrata invece sulla figura del costituito possessorio a favore del debitore. Gli ostacoli teorici e pratici ad una tale elaborazione devono rinvenirsi nell’assenza di un efficiente sistema pubblicitario a supporto della costituzione della garanzia, elemento che ha condotto progressivamente all’abbandono, quantomeno per i beni mobili, della garanzia non possessoria, cfr. W. J. ZWALVE, *A labyrinth of creditors: a short introduction to the history of security interests in goods*, in E.M. KIENINGER – M. GRAZIADEI, *Security rights in movable property in European Private Law*, Cambridge, 2004, p. 38 s.; sulla relazione tra la ricomparsa della *lex commissoria* e la natura possessoria e non possessoria della garanzia reale, soprattutto con riguardo alle origini dell’istituto della *foreclosure* di matrice anglosassone v. W. M. MC GOVERN JR., *Forfeiture, Inequality of Bargaining Power and the Availability of Credit: An Historical Perspective*, in *N. U. Un. Law Review*, v. 74, II, 1979-1980, p. 141 s.

¹⁴¹ C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 95 s. sottolinea come la progressiva affermazione del principio di inderogabilità della procedura esecutiva ha influenzato notevolmente la formulazione del patto commissorio nelle moderne codificazioni, specialmente con riferimento alla garanzia ipotecaria, per la quale – come in seguito si avrà modo di osservare – almeno inizialmente non verrà previsto il divieto di patto commissorio; sulle origini storiche del divieto di deroga alle procedure giurisdizionali di esecuzione forzata si veda il recente studio di E. DE BELVIS, *L’esecuzione privatizzata*, Napoli, 2018, p. 172 s.

rinnovata tendenza che, radicatasi fino alla soglia delle moderne codificazioni, avrebbe avuto una notevole influenza sulla strutturazione dogmatica e normativa del divieto di patto commissorio.

Si fa riferimento all'imporsi del principio per cui, in caso di inadempimento del debitore, la soddisfazione del creditore mediante la realizzazione della garanzia non potesse prescindere da una procedura precisamente individuata e tassativamente devoluta alla forza pubblica¹⁴².

Ipotesi significative dell'applicazione di tale principio si ritrovano nel diritto consuetudinario tedesco¹⁴³, ma soprattutto in quello francese, in cui il consolidato obbligo di intervento dell'autorità giudiziaria nella fase esecutiva sui beni immobili oggetto di garanzia per un verso ha reso inutile la codificazione del divieto di patto commissorio ipotecario e per un altro ha avallato l'introduzione nel codice di procedura civile¹⁴⁴ di una norma *ad hoc* che sancisse la nullità degli accordi atti a disciplinare la realizzazione delle garanzie immobiliari in deroga alla procedura esecutiva stabilita per legge¹⁴⁵.

¹⁴² V. C. M. BIANCA, voce *Patto commissorio*, cit., p. 712 s.

¹⁴³ V. M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 151 s.; G. GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione*, cit., p. 58 s.; C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 98 s.; la tendenza alla realizzazione della garanzia tramite procedure giurisdizionali trova riscontro nel diritto germanico altomedievale nell'istituto della *neuere Satzung*, modello originario di garanzia immobiliare non possessoria per la cui realizzazione, in caso di inadempimento del debitore non operava il trasferimento commissorio al creditore (*Verfallpfand*), bensì la liquidazione dello stesso (*Verkaufspand*) con soddisfazione sul ricavato, sul punto si vedano gli studi di F. FIORENTINI, *Le garanzie immobiliari in Europa. Studi di diritto comparato*, Berna, 2009, p. 28 s.; P. J. DU PLESSIS, *Towards the Medieval Law of Hypothec*, in J.W. CAIRNS (a cura di), *The Creation of the Ius Commune*, Edinburg, 2010, p. 159 s.

¹⁴⁴ Si fa riferimento all'art. 742 del codice di procedura civile francese introdotto dalla legge 2 giugno 1841: "*toute convention portant qu'à défaut d'exécution des engagements pris envers lui, le créancier aura le droit de faire vendre les immeubles de son débiteur sans remplir les formalités prescrites pour la saisie immobilière, est nulle et non avenue*". Con tale disposizione si è posto fine al dibattito inerente all'ammissibilità della cd. *voie parée*, ovvero di quell'accordo di esecuzione parata in forza del quale era riconosciuto al creditore il diritto di vendere l'immobile ipotecato senza ricorrere al giudice in caso di inadempimento del debitore, cfr. M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 57 s.; C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 98 s.

¹⁴⁵ C. M. BIANCA, voce *Patto commissorio*, cit., p. 713, per il dubbio risolto negativamente dalla dottrina francese della derogabilità delle procedure di esecuzione forzata sugli immobili ipotecati cfr. Cap. II, Par. 1.1.

D'altro canto, però, in dottrina è andata affermandosi la tesi secondo cui la pattuizione commissoria con riguardo al bene oggetto di ipoteca doveva ritenersi ammissibile poiché

Da una disamina generale delle principali esperienze di codificazione¹⁴⁶ proposte a partire dal XIX secolo si può rilevare una generalizzata ricezione normativa del divieto di patto commissorio¹⁴⁷, cui però fa da *pendant* la centralità del dibattito poc'anzi descritto circa la portata di siffatte pattuizioni sul sistema di tutela giurisdizionale dei diritti, ed in particolare sulle procedure di esecuzione forzata.

È infatti nel momento in cui la tutela dei rapporti di credito ha trovato per la prima volta disciplina nel diritto positivo che il dibattito sul fondamento e sulla portata del divieto di patto commissorio si è arricchito di un'altra prospettiva d'indagine.

Le riflessioni sul significato di questa norma, infatti, non si sono più limitate all'analisi della fattispecie da un punto di vista della giustizia contrattuale e della tutela del debitore, ma hanno ricompreso il tema dell'ammissibilità o meno di negozi giuridici regolanti profili del rapporto obbligatorio, come quello del soddisfacimento coattivo del credito in sede di attuazione del vincolo di responsabilità, la cui disciplina – per la particolare delicatezza degli interessi sottesi – risultano riservati alla tutela giurisdizionale dei diritti.

Questo profilo d'indagine, come avremo modo di verificare in seguito¹⁴⁸, assumerà rilevanza non solo con riguardo al dibattito circa la *ratio* del divieto di patto commissorio, ma, soprattutto, in ordine all'analisi dell'attuale sistema

qualificata in termini di *datio in solutum* o compravendita tra garante e garantito, ovvero accordi aventi ad oggetto il bene ipotecato che non influivano sulla procedura di esecuzione forzata, ma regolavano il semplice trasferimento del bene al creditore.

¹⁴⁶ Sull'influenza dei principi di origine romanistica come successivamente riscoperti ed elaborati dalle scuole di diritto comune v. R. ZIMMERMANN, *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*, Oxford, 2000, p. 1 s.; il divieto di patto commissorio ha trovato affermazione anche in ordinamenti giuridici non europei, che tuttavia hanno subito l'influenza delle codificazioni continentali, come quello brasiliano, sul punto v. A. DE MIRANDA VALVERDE TERRA – G. SAMPAIO DA CRUZ GUEDES, *Appropriation of collateral by the creditor: from prohibition of Lex Commissoria to legality of Pacto Marciano*, in *Revista de Faculdade de Direito Federal de Minas Gerais*, 70, 2017, p. 51 s.

¹⁴⁷ V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, cit., p. 18-19; A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., p. 163.

¹⁴⁸ V., *infra*, Cap. III, Par. 2.3.

normativo e quindi al ruolo attribuibile all'autonomia privata nel campo della tutela dei diritti, con particolare riferimento alle ipotesi di autotutela esecutiva¹⁴⁹.

I successivi paragrafi saranno dedicati alla disamina dello sviluppo legislativo del divieto di patto commissorio nella codificazione italiana dall'articolato del 1865 al definitivo assetto normativo assunto nel 1942.

A questi fini, si darà conto dell'influenza esercitata sull'esperienza legislativa italiana dai principi sottesi alla codificazione francese, riservando tuttavia osservazioni più approfondite riguardo le principali esperienze giuridiche europee al capitolo secondo di questo lavoro, cui sarà dedicato lo sviluppo di un'analisi in chiave comparativa del divieto di patto commissorio¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Le riflessioni qui proposte in ordine alla ruolo dell'autonomia privata nel settore della tutela esecutiva assumono notevole importanza non solo al fine di individuare la *ratio* su cui si sono basate le scelte del codificatore italiano anche in relazione al divieto di patto commissorio, ma soprattutto per comprendere l'evoluzione che sta interessando l'ordinamento italiano, e non solo, in ordine alla diffusione di tecniche di regolazione dell'esecuzione forzata in via privata, sul tema si vedano fin d'ora gli studi di G. BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984 e più recentemente di G. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, Torino, 2016; con specifico riferimento al rapporto tra il divieto di patto commissorio e il principio di inderogabilità delle norme sull'esecuzione forzata v. E. DE BELVIS, *L'esecuzione privatizzata*, Napoli, 2018, p. 171 s.; per lo sviluppo del dibattito inerente alle nuove figure tipiche di patto marciano quali modelli di autotutela esecutiva v., *infra*, Cap. IV.

¹⁵⁰ V., *infra*, Cap. II.

5. Il divieto di patto commissorio nell'esperienza di codificazione italiana.

5.1. Il codice civile del 1865: formule normative e interpretazione giurisprudenziale.

Come già accennato, in materia di garanzie reali il codice civile italiano del 1865 ha subito in larga parte l'influenza delle soluzioni adottate dal *Code Napoleon*.

Il legislatore francese, giova ricordarlo, aveva affrontato il problema del patto commissorio¹⁵¹ optando per l'enunciazione del divieto con riguardo al pegno (art. 2078 c.c.) e all'anticresi¹⁵² (art. 2088 c.c.), tacendo tuttavia in merito all'ipoteca – rispetto alla quale si riteneva dominante il principio di inderogabilità della procedura esecutiva immobiliare da parte dell'autonomia privata e pertanto non trovava ragione di formulazione il divieto in esame¹⁵³ – nonché in merito di patto commissorio *ex intervallo*, ovvero l'ipotesi in cui il patto fosse stato stipulato in un momento successivo alla costituzione della garanzia reale.

¹⁵¹ Per una disamina completa ed approfondita dei lavori preparatori al *Code Napoleon* con riguardo al dibattito inerente al divieto di patto commissorio v. M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 44 s., il quale sottolinea come il dibattito inerente l'alienazione in funzione di garanzia abbia avuto come punto di riferimento principale l'ammissibilità o meno della compravendita con patto di riscatto, fattispecie cui veniva riconosciuto un tasso di litigiosità ben più elevato rispetto alle pattuizioni commissorie pignoratorie. Così il terzo progetto preliminare *Cambacérès* propone il divieto con riguardo al pegno ed all'anticresi, non occupandosi dell'ipoteca la cui disciplina sarebbe stata riservata ad un'apposita normativa.

Il divieto di patto commissorio riferito ai rapporti civili, inoltre, trovò applicazione diffusa anche con riguardo al pegno nei rapporti commerciali, nonostante il disposto di cui all'art. 1884 c.c. cfr. sul punto le osservazioni dell'Autore, p. 56, nt. 99.

¹⁵² F. MASTROPAOLO, *L'anticresi come contratto costitutivo di una garanzia consistente in poteri su cose immobili*, in *R. d. civ.*, 2004, V, p. 711 s.

¹⁵³ M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 55 e 57 s. sottolinea la lacunosità dell'intervento normativo in materia di patto commissorio ipotecario, segnalando come l'inderogabilità della procedura esecutiva immobiliare sia un principio codificato solo nel 1841 mediante l'introduzione del codice di procedura civile dell'art. 742 inerente alle clausole di *voie parée*, cfr. in particolare p. 64 s., nt. 108.

In Italia, pur essendosi sostenute tesi proclivi all'eliminazione dal progetto di codice unitario del divieto di patto commissorio¹⁵⁴, tacciato di essere espressione di un atteggiamento eccessivamente paternalistico da parte del legislatore, si è giunti all'adozione di una soluzione sostanzialmente corrispondente a quella transalpina¹⁵⁵. E così il divieto è stato espressamente enunciato con riguardo al pegno¹⁵⁶ (art. 1884 secondo comma c.c.) e all'anticresi¹⁵⁷ (art. 1894 c.c.), ma non per il patto commissorio *ex intervallo* e nemmeno per quello annesso all'ipoteca, riguardo alla quale tuttavia – diversamente da quanto accadeva nel sistema francese – non veniva in soccorso alcuna disposizione del coevo codice di procedura civile in materia di inderogabilità della procedura esecutiva immobiliare, determinandosi così, di fatto, una lacuna normativa in tale area¹⁵⁸.

Un altro istituto giuridico che, seppur indirettamente, ha assunto notevole rilevanza nell'ambito dei ragionamenti sottesi al divieto di patto commissorio

¹⁵⁴ M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 67 s.

¹⁵⁵ A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., p. 164.

¹⁵⁶ Art. 1884 secondo comma c.c.: *Il creditore non può disporre del pegno pel non effettuato pagamento: ha però il diritto di far ordinare giudizialmente, che il pegno rimanga presso di lui in pagamento e fino alla concorrenza del debito secondo la stima da farsi per mezzo di periti, oppure che sia venduto all'incanto.*

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

La medesima disposizione venne introdotta all'art. 459 del codice di commercio del 1882, ai sensi del quale “è nullo qualunque patto che autorizzi il creditore ad appropriarsi della cosa avuta in pegno”, v. U. CARNEVALI, voce *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 324 s.

¹⁵⁷ Art. 1894 c.c.: *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.* Cfr. F. MASTROPAOLO, *L'anticresi come contratto costitutivo di una garanzia*, cit., p. 740 s.

¹⁵⁸ C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 103; M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 72; giova precisare, peraltro, che anche nell'ordinamento francese era discussa la sussistenza di un principio di inderogabilità dell'esecuzione forzata. Con una legge del 1841, il legislatore d'oltralpe ha introdotto l'art. 742 del codice di procedura civile con il quale venivano vietate le clausole di esecuzione parata, ovvero quegli accordi atti ad attribuire al creditore il diritto di procedere alla vendita privata del bene ipotecato, v. *infra*, Cap. II, Par. 1.

A favore della sussistenza nell'ordinamento giuridico di un principio generale di inderogabilità della procedura esecutiva si esprimeva invece E. BETTI, *Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione delle obbligazioni*, in *R. d. comm.*, 1931, II, p. 688 s., in arg. v. anche E. ENRIETTI, *Patto commissorio ex intervallo*, in *R. d. priv.*, 1939, I, p. 21 s.

è quello della vendita con patto di riscatto. Ed invero già il dibattito sotteso alla codificazione napoleonica aveva rivolto l'attenzione alla potenziale fruibilità di tale negozio in funzione di garanzia di un'operazione di credito, non essendo mancate in quella sede opinioni contrarie al riconoscimento normativo della convenzione in discorso poiché idonea a dissimulare operazioni di natura usuraria¹⁵⁹.

Era infatti ben noto già alla dottrina francese del XVIII e XIX secolo che la *vente avec faculté de rechat ou de rémère* nella pratica poteva agevolmente regolare un'operazione di mutuo con contestuale trasferimento della proprietà di un bene del debitore a garanzia del credito concessogli, riservando all'esercizio del riscatto e quindi alla restituzione della somma mutuata, la possibilità per quest'ultimo di rientrare nella proprietà del bene ceduto in garanzia¹⁶⁰.

La linea prevalente, tuttavia, è stata quella di riconoscere legislativamente un patto che aveva ottenuto un'indiscussa diffusione nella prassi negoziale privilegiando la libertà dell'autonomia privata nella regolazione di un'operazione giuridica come quella della vendita con riscatto che, di fatto, assolveva anche a funzioni di reperimento di liquidità¹⁶¹, rispondendo quindi alla necessità di finanziamento degli operatori giuridici.

Ancora una volta, la soluzione francese incise in modo determinante sulla produzione normativa italiana, ed infatti, pur a seguito di un intenso dibattito¹⁶² in sede di lavori preparatori aventi ad oggetto il rapporto tra la

¹⁵⁹ M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 12.

¹⁶⁰ Per maggiori approfondimenti sul tema, nel panorama francese, v., *infra*, Cap. II, Par. 1.

¹⁶¹ V. A. LUMINOSO, in *Comm. Schlesinger*, sub *artt. 1500-1509*, 1987, p. 221 s.; D. RUBINO, *La compravendita*, in *Comm. Cicu-Messineo*, sub. art. 1500, vol. XXIII, Milano, 1971, p. 65 s.

¹⁶² A tal riguardo si vedano le osservazioni di G. Vacca nella sua relazione alla commissione del Senato sul progetto di codice civile, secondo cui "*la vendita con patto di riscatto non è in fondo che un mutuo pignoratizio larvato, inventato nel fine di celare l'usura ... talvolta la fraude intrinseca si manifesta per segni evidentissimi, come interviene nel concorso del duplice elemento della viltà del prezzo e della rilocazione al venditore durante il termine del riscatto*", in M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 25.

vendita con patto di riscatto e l'operatività del divieto di patto commissorio, si optò per l'introduzione nel codice della disciplina di tale operazione contrattuale agli artt. 1515 – 1528¹⁶³ c.c..

L'assetto normativo appena descritto appalesava un approccio parzialmente limitato, se non concettualmente viziato, del legislatore ottocentesco alla problematica del patto commissorio, e questo fondamentalmente per due motivi.

In primo luogo, infatti, come già sottolineato, la scelta di formulare il divieto della pattuizione commissoria strumentalmente a fattispecie di garanzia tipiche non giustificava il silenzio in materia di ipoteca, cui non si accompagnava alcuna espressa presa di posizione, nemmeno in seno al codice di rito¹⁶⁴, riguardo all'inderogabilità della procedura esecutiva stabilita per legge e alla contestuale signoria in tale ambito della forza pubblica.

In secondo luogo, è proprio la tipizzazione del patto commissorio oggetto di divieto in termini di negozio strumentale a garanzie tipiche quali il pegno e l'anticresi ad aver lasciato sguarnita dalla potenziale applicabilità del divieto l'area occupata dal cd. patto commissorio autonomo, ovvero quella congerie di meccanismi negoziali articolati dall'autonomia privata per la realizzazione di operazioni di trasferimento della proprietà a scopo di garanzia a prescindere dalla costituzione di qualsivoglia garanzia reale tipica¹⁶⁵.

Riscontri dell'appena descritta lacunosità del dettato normativo, peraltro, non tardarono ad arrivare nella pratica, ove si affermò con assoluta

¹⁶³ Il codice civile del 1865, peraltro, disciplina il cd. "patto commissorio tacito", recependo l'istituto come originariamente elaborato in diritto romano, quale condizione risolutiva tacita del contratto di compravendita avente ad oggetto l'inadempimento della controparte. Tale istituto era previsto in via generale per ogni contratto sinallagmatico all'art. 1165 c.c. e, in materia di compravendita, agli artt. 1511-1512 c.c., cfr. G. PIOLA, voce *Patto commissorio*, in *N.mo dig. disc. priv. – sez. civ.*, XVIII, Torino, 1906, p. 1025 s.; di recente v. anche N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 46.

¹⁶⁴ C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 103-104.

¹⁶⁵ M. BUSSANI, *Patto commissorio, proprietà e mercato. Appunti per una ricerca*, in *R. crit. d. priv.*, 1997, p. 113 s.

predominanza rispetto ad altre questioni, il problema del patto commissorio immobiliare¹⁶⁶.

Con questa formula, volutamente generica, si fa riferimento alle numerose fattispecie di pattuizioni commissorie interessanti beni immobili non mediante l'impiego di un patto accessorio alla garanzia ipotecaria¹⁶⁷, ma appunto per mezzo di meccanismi negoziali, come la vendita con riscatto, realizzati nella sostanza per la regolazione dell'operazione giuridica vietata dal divieto di patto commissorio.

Nell'assenza di un valido addentellato normativo cui fare ricorso per l'applicazione generalizzata del divieto a fattispecie atipiche rispetto alla restrittiva formulazione legislativa, la giurisprudenza¹⁶⁸ dei primi decenni del '900 si orientò verso il tentativo di estendere la portata del divieto anche alle fattispecie di patto commissorio immobiliare, sostenendo che le ragioni di tutela del debitore a fondamento della norma, assurte a principio generale dell'ordinamento, sarebbero valse a giustificare l'applicazione anche in materia di mutui ipotecari e così, di fatto, giungendo ad un'estensione analogica¹⁶⁹ del divieto.

¹⁶⁶ C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 74 s.

¹⁶⁷ C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 73, sottolinea come le controversie aventi ad oggetto il patto commissorio annesso alla garanzia ipotecaria furono assolutamente sporadiche nella vigenza del codice abrogato, mentre assai più ampia è la giurisprudenza con riferimento a patti commissori impropriamente denominati "ipotecari", ma attuati mediante negozi giuridici come la vendita con patto di riscatto o di retrovendita aventi ad oggetto immobili e dissimulanti il patto vietato, cfr. per l'ampia giurisprudenza sul tema nt. 106-108.

¹⁶⁸ Cfr. *ex multis* Cass. Roma, 15 maggio 1914, in *Rep. F. it.*, 1914, voce *mutuo*; App. Venezia, 5 settembre 1916, in *R. d. comm.*, 1916, II, p. 887 s. con nota critica di F. CARNELUTTI, *Note sul patto commissorio*; in *R. d. comm.*, 1917, II, p. 706 s. con nota di G. P. CHIRONI, *Ipoteca e patto commissorio*; Cass. Firenze, 2 luglio 1917, in *G. it.*, 1918, p. 499 s. con nota critica di A. BUTERA, *Il patto commissorio nel mutuo ipotecario*; *contra* Cass. 7 gennaio 1928, in *R. d. comm.*, 1929, II, p. 46 s. con nota di B. BRUGI, *Limiti del divieto di patto commissorio*, per un'ampia disamina della giurisprudenza v. ancora C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 80 s.

¹⁶⁹ Per la critica dell'interpretazione analogica del divieto di patto commissorio v. E. SACCHI, *Contratto di mutuo e patto commissorio*, in *G. it.*, 1923, I, p. 801 s.; B. BRUGI, *Limiti del divieto di patto commissorio*, cit., p. 46 s.; A. GIOVENE, *Patto commissorio illecito e vendita condizionale lecita*, in *R. d. comm.*, 1911, II, p. 843 s.; A. BUTERA, *Il patto commissorio nel mutuo ipotecario*, cit., p. 499 s.

In aperta avversione a tale orientamento giurisprudenziale si espresse la Corte di Cassazione a Sezioni Unite con la sentenza del 28 luglio 1923¹⁷⁰, che, muovendo dal divieto di interpretazione analogica *ex art. 4 disp. prel. c.c.*, ritenne valido il patto commissorio immobiliare in quanto non espressamente vietato dalla legge, affermando pertanto la necessità di un'interpretazione restrittiva del divieto, trattandosi di una norma dal carattere speciale la cui applicazione doveva pertanto limitarsi alle sole pattuizioni commissorie annesse al pegno e all'anticresi.

Almeno per un ventennio tale fu l'orientamento costante in giurisprudenza, ma il dibattito, lungi dal sopirsi, riemerse in occasione della pronuncia della Corte di Cassazione del 16 aprile 1945¹⁷¹, con cui venne riaffermata l'illiceità del patto commissorio ipotecario e, più in generale, di quello immobiliare in applicazione del divieto come formulato dal codice civile del 1865.

L'apparato argomentativo della decisione era, nella sostanza, quello già proposto dall'originario filone giurisprudenziale descritto ed incentrato sulla *ratio* di tutela del debitore rispetto ad atteggiamenti predatori del creditore; a supporto di tale posizione, inoltre, veniva sfruttata la formulazione del nuovo art. 2744 c.c. nel frattempo entrato in vigore – che sanciva il divieto anche per il patto commissorio ipotecario – quale indice interpretativo utile alla teorizzazione del divieto di patto commissorio come principio generale governante le tecniche di realizzazione della garanzia reale¹⁷².

Il nuovo e definitivo *revirement* giurisprudenziale inerente al campo di applicazione del divieto sotto il vigore del codice ottocentesco si deve alla sentenza della Cassazione a Sezioni Unite¹⁷³ del 1 luglio 1947, n. 1037, con cui venne riproposta l'interpretazione restrittiva del dettato normativo,

¹⁷⁰ In *R. d. comm.*, 1924, II, p. 233 s., con nota di E. ALBERTARIO, *Sulla nullità del patto commissorio aggiunto al mutuo ipotecario*.

¹⁷¹ In *G. it.*, 1945, I, p. 156 s.; in arg. v. G. AMORTH, *Divieto del patto commissorio apposto ad un mutuo ipotecario*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1949, p. 717 s.

¹⁷² Cfr. C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 84.

¹⁷³ In *G. it.*, 1947, I, p. 461 s.

affermandosi che il divieto dovesse ritenersi applicabile esclusivamente con riguardo alle pattuizioni commissorie annesse al pegno e all'anticresi.

Da quanto fin qui analizzato, quindi, può dirsi che la formulazione normativa del divieto nel codice del 1865 lasciava aperte¹⁷⁴, in punto di fattispecie, due fondamentali problematiche: la prima era quella del patto commissorio ipotecario, cui risultava strettamente connesso, con riguardo alla prassi contrattuale, il tema generale del patto commissorio immobiliare; la seconda era quella del patto commissorio *ex intervallo*¹⁷⁵, ovvero l'ipotesi in cui la pattuizione vietata dalla legge venisse stipulata in un momento successivo alla costituzione della garanzia tipica¹⁷⁶.

5.2. Il divieto di patto commissorio nel codice civile del 1942.

Le problematiche che avevano accompagnato la codificazione ottocentesca ebbero modo di riproporsi in tutta la loro forza nel corso dei lavori preparatori al codice civile del 1942, come si evince anche dalla relazione del Guardasigilli al testo del libro VI, in cui il divieto di patto commissorio veniva descritto come una “*questione molto controversa*”¹⁷⁷.

¹⁷⁴ C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 84 s.; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 47.

¹⁷⁵ In giurisprudenza prevalse la tesi della validità del patto commissorio *ex intervallo*, cfr. Cass. Torino, 10 marzo 1887, in *F. it.*, 1887, I, p. 484 s., Cass, 21 luglio 1956, n. 2828, in *Rep. F. it.*, 1956 voce *patto commissorio*; in senso contrario, in dottrina v. B. BRUGI, *Patto commissorio ex intervallo*, in *R. d. comm.*, 1911, II, p. 396 s.; E. ENRIETTI, *Patto commissorio ex intervallo*, cit., p. 21 s.; G. MIRABELLI, *Del diritto dei terzi secondo il codice civile*, I, Milano, 1889, p. 595 s.; G. P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, II ed., Torino, 1918, p. 575 s.

¹⁷⁶ Sottolinea la mancanza nella formulazione del divieto nel *Code Napoleon* di una espressa disciplina del patto commissorio *ex intervallo* M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 55.

¹⁷⁷ *Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942, Libro VI*, Roma, 1943, p. 260: “una questione molto controversa risolve l’art. 2744, il quale sancisce anche per l’ipoteca il divieto del patto commissorio, che il codice del 1865 stabiliva solo con riguardo al pegno e all’anticresi. Le ragioni che giustificano tale divieto per il pegno sussistono del pari per l’ipoteca. Per altro, sotto l’impero del codice precedente, un’autorevole corrente dottrinale, in contrasto con la giurisprudenza della corte di cassazione, riteneva che in tema d’ipoteca il divieto fosse egualmente applicabile. La

La soluzione legislativa¹⁷⁸ fu quella di estendere il divieto al patto commissorio ipotecario e, del pari, sancire la nullità anche per il patto *ex intervallo*, ovvero, come già chiarito, l'ipotesi in cui il negozio commissorio venga stipulato dalle parti in un momento successivo alla costituzione della garanzia reale tipica.

Il risultato può apprezzarsi nella formulazione dell'art. 2744 c.c., ai sensi del quale “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. Il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno”.

Con riguardo all'ipoteca, le ragioni dell'estensione del divieto – nelle intenzioni del legislatore – riposano essenzialmente nell'identità di *ratio* rispetto al patto commissorio pignoratorio ed anticretico, ovvero la tutela del debitore dal possibile profittamento del creditore ai suoi danni, e nell'ulteriore argomentazione per cui, laddove consentito, il patto commissorio avrebbe costituito un pericolo evidente per il sistema del credito ipotecario poiché l'effetto traslativo a favore del creditore garantito avrebbe frustrato le ragioni di tutela dei creditori ipotecari di grado successivo¹⁷⁹.

Il legislatore, quindi, avveduto del contrasto dottrinale e giurisprudenziale prodottosi nella vigenza del precedente codice, ha risolto – almeno apparentemente – il problema dell'impossibilità di applicare analogicamente una norma di natura speciale come il divieto in esame, estendendone la portata operativa all'intera gamma delle garanzie reali tipiche.

sanzione di nullità colpisce così il patto in continenti come il patto ex intervallo: anche in quest'ultimo caso ricorre la ratio che informa il divieto. È facile, infatti, che il debitore, versando in gravi angustie economiche, si assoggetti, per ottenere una dilazione, alla stipulazione del patto”.

¹⁷⁸ Per un'ampia disamina dei lavori preparatori al codice civile del 1942 cfr. M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 86 s.

¹⁷⁹ Con riguardo alle osservazioni in sede di lavori preparatori del Prof. Leonardo Coviello cfr. ancora M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 89 s., in particolare per le critiche a tale argomentazione, in dottrina v. p. 90.

Ancora, l'argomento incentrato sul *favor debitoris* è stato addotto a fondamento dell'estensione del divieto al patto *ex intervallo*, sulla base del ragionamento per cui la prevaricazione del debitore mediante la negoziazione della clausola commissoria avrebbe modo di verificarsi in egual misura sia che la stessa intervenga *in continenti*, e quindi contestualmente alla costituzione della garanzia reale, sia in un momento successivo, laddove anzi, pendente il rapporto di credito, le ristrettezze economiche o la diminuzione della garanzia patrimoniale generica del debitore potrebbero indurre il creditore ad imporre l'introduzione della clausola vietata¹⁸⁰.

Il divieto di patto commissorio¹⁸¹, infine, è stato riproposto in materia di anticresi all'art. 1963 c.c. ai sensi del quale “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”.

¹⁸⁰ Cfr. sul punto *Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942*, cit., p. 260.

¹⁸¹ *Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942, Libro IV*, Roma, 1943, p. 174: “*infine si è riprodotto per l'anticresi, come per ogni altra garanzia avente per oggetto una cosa, il divieto del patto commissorio (art. 1963). Qui, come per il pegno e per l'ipoteca (art. 2744), si è colpito il patto anche se intervenuto posteriormente alla conclusione del contratto. Buona parte della dottrina era per la validità del patto posteriore; ma non si è creduto di seguirla. Il debitore è sempre in uno stato di soggezione, prima e dopo. Le angustie anteriori al contratto deprimono la sua libertà di volere; ma dopo aver ottenuto il credito, egli deve alla sua estinzione, e, se gli è impossibile o difficile l'adempire, vede profilarsi lo spettro della esecuzione forzata, che gli deprime ugualmente la libertà di determinazione*”.

Con il contratto di anticresi¹⁸², ex art. 1960 c.c., le parti danno vita ad una garanzia di natura¹⁸³ personale, che tuttavia trova attuazione nella consegna di un bene immobile al creditore affinché quest'ultimo possa percepirne i frutti e imputarli agli interessi, se dovuti, o al capitale.

È evidente, in questo caso, come, a prescindere dalla natura della situazione giuridica soggettiva costituita mediante la conclusione di tale contratto, l'esecuzione del medesimo e quindi l'attuazione della funzione di garanzia, sia incentrata sul trasferimento al creditore del possesso di un bene del debitore¹⁸⁴.

In questo senso, l'assunzione da parte dell'anticresi di una forte nota di realtà sotto il profilo funzionale ha storicamente indirizzato la volontà dei codificatori – ed in particolare, come già esaminato, quello francese¹⁸⁵ – ad assoggettare tale tipo contrattuale al divieto di patto commissorio¹⁸⁶. Ciò in ragione del presentarsi, in modo evidente, delle condizioni per l'indebito sfruttamento del debitore mediante l'inserimento – *in continenti* o *ex*

¹⁸² Per un inquadramento del contratto di anticresi v. G. TUCCI, voce *Anticresi*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, Torino, 1998, p. 337 s.; G. PERSICO, voce *Anticresi*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, p. 529 s.; M. FRAGALI, *Dell'anticresi*, in *Comm. Scialoja Branca*, sub artt. 1960-1964, p. 194 s.; G. ZUDDAS, voce *Anticresi*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma, 1985 p. 1 s.; V. TEDESCHI, voce *Anticresi*, in *Noviss. Dig. It.*, I, 1, Torino, 1964, p. 657 s.; V. TEDESCHI, *L'anticresi*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1954, p. 40 s.; C. CICERO, *Anticresi* in *Comm. Schlesinger*, sub. art. 1960, p. 324 s.; G. BOZZI, *La fideiussione, le figure affini e l'anticresi*, in *Tratt. Rescigno*, XIII, Torino, 1986, p. 276 s.; F. MACARIO, *Garanzie personali*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2009, p. 379 s.

Per una recente applicazione del divieto di patto commissorio al contratto di anticresi, v. Cass. Cass. 12 gennaio 2009, n. 437, in *Contratti*, 2009, VIII-IX, p. 803 s. con nota di M. GALATI, *Divieto di patto commissorio e contratto di anticresi*.

¹⁸³ Il peculiare contenuto tipico del contratto di anticresi induce la dottrina ad attribuirvi una duplice funzione, in primo luogo di garanzia, ma in via subordinata anche satisfattiva del creditore, cfr. G. TUCCI, voce *Anticresi*, cit. p. 339 s.

¹⁸⁴ F. MASTROPAOLO, *L'anticresi come contratto costitutivo di una garanzia*, cit., p. 707 s.

¹⁸⁵ L'art. 2088 code civil, abrogato con la riforma delle garanzie reali del 2006, recitava: *Le créancier ne devient point propriétaire de l'immeuble par le seul défaut de paiement au terme convenu; toute clause contraire est nulle; en ce cas, il peut poursuivre l'expropriation de son débiteur par les voies légales*.

¹⁸⁶ M. FRAGALI, *Dell'anticresi*, cit., p. 194 s.

*intervallo*¹⁸⁷ – della clausola di trasferimento al creditore della proprietà sul bene concesso in godimento al verificarsi dell'inadempimento.

Volendo tirare le fila delle riflessioni sottese all'opera di codificazione del divieto di patto commissorio nell'ordinamento italiano, possono individuarsi alcune linee di tendenza che, come in seguito si avrà modo di verificare¹⁸⁸, hanno avuto importanti ripercussioni sul lavoro interpretativo della dottrina e della giurisprudenza fino ai giorni nostri.

Come già osservato, il dibattito inerente alla portata del divieto di patto commissorio affonda le proprie radici nei principi sottesi alla codificazione unitaria, e già nella vigenza del primo codice civile, pur alla luce di una formulazione normativa parzialmente diversa rispetto a quella attuale, hanno avuto modo di emergere le criticità che successivamente avrebbero impegnato la dottrina¹⁸⁹ e la giurisprudenza¹⁹⁰ nell'applicazione dell'art. 2744 c.c..

Si fa riferimento, ancora una volta, all'evidente inconciliabilità di una formula normativa delineante un divieto dalla portata applicativa circoscritta, ancorato alla tutela del debitore nella fase di realizzazione della garanzia reale tipica, con l'intento – più o meno celato – di attribuirvi il ruolo di principio generale dell'ordinamento giuridico, perciò stesso tendente all'applicazione generalizzata a tutte le possibili fattispecie elaborate dall'autonomia privata per conseguire un risultato giuridico che, tramite l'applicazione della norma, si intende precludere¹⁹¹.

¹⁸⁷ Il codice civile francese, tuttavia, in materia di anticresi – così come per il pegno – non prevedeva il divieto di patto commissorio *ex intervallo*, v. *infra*, Cap. II, Par. 1.

¹⁸⁸ Per un'approfondita disamina del dibattito dottrinale e dell'evoluzione dell'interpretazione giurisprudenziale in merito al campo di applicazione del divieto di patto commissorio v., *infra*, Cap. III.

¹⁸⁹ Per una ricognizione delle principali posizioni dottrinali in merito all'interpretazione del divieto di patto commissorio si veda, fin d'ora N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 50 s.

¹⁹⁰ Cfr., *infra*, Cap. III.

¹⁹¹ In arg. si vedano le considerazioni svolte da C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 63 s.

Se negli intenti del legislatore il divieto in esame aspirava al ruolo di norma espressione di un principio generale di tutela del debitore, infatti, gli esiti della sua applicazione concreta non hanno fatto che stressare ulteriormente l'angustia dei confini legislativi entro cui lo stesso divieto è stato formulato.

Ed invero la giurisprudenza della prima metà del '900 da conto dell'utilizzo nella prassi contrattuale di negozi commissori assai raramente corrispondenti a quelli tipizzati dal legislatore, ma molto più spesso informati al modello dell'alienazione a scopo di garanzia¹⁹².

Il risultato è la scarsa conciliabilità tra la fattispecie astratta e quella concreta di patto commissorio la cui ragione può individuarsi nell'errato approccio al problema, il quale, a ben vedere, richiede di essere affrontato e risolto in termini generali, con riguardo ad una pattuizione che può presentarsi in via accessoria ad una garanzia reale tipica, ma anche – e forse soprattutto – come autonomo meccanismo traslativo a favore del creditore in caso di inadempimento dell'obbligazione garantita¹⁹³.

Se quanto fin qui detto è vero, le vie ragionevolmente perseguibili dal legislatore che si approssiava alla disciplina del divieto di patto commissorio, come attentamente osservato¹⁹⁴, avrebbero dovuto essere essenzialmente due: la prima avrebbe condotto alla mancata codificazione del divieto, lasciando agli interpreti il compito di individuare le fattispecie da reputarsi illecite in applicazione dei principi generali già presenti nell'ordinamento giuridico; la seconda avrebbe avallato la formulazione del divieto in via generale, rendendolo idoneo a colpire qualsiasi negozio giuridico che, a prescindere

¹⁹² N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 50 s.

¹⁹³ L'approccio alla problematica del campo di applicazione del divieto di patto commissorio da questo angolo prospettico appare tutt'altro che irrilevante ove si ponga mente al fatto che la criticità inerente all'applicazione del principio in ordine alle fattispecie negoziali atipiche elaborate dall'autonomia privata ha assunto di recente un ruolo centrale nel dibattito, soprattutto a seguito della pronuncia della Corte di Cassazione n. 1625 del 2015 in merito alla liceità della fattispecie di *sale and lease back* assistito da una clausola traslativa informata al modello marciano, v., *infra*, Cap. III, Par. 1.4.

¹⁹⁴ M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 42 s.

dalla costituzione di una garanzia reale tipica, esitasse nel diritto del creditore di acquistare la proprietà del bene oggetto di garanzia in caso di inadempimento del debitore a prescindere da ogni valutazione circa il concreto valore del bene rispetto a quello del debito inadempito.

Il legislatore italiano, tuttavia – come appena osservato – ha seguito una terza via, introducendo il divieto con riguardo a fattispecie tipiche, e pertanto mancando di occuparsi di quello che era stato, e avrebbe continuato ad essere, il problema fondamentale in termini di applicazione pratica della norma, ovvero il patto commissorio autonomo.

CAPITOLO SECONDO

PATTO COMMISSORIO E PATTO MARCIANO NELLA PROSPETTIVA DI DIRITTO COMPARATO E DI DIRITTO PRIVATO EUROPEO

SOMMARIO: 1. – L’esperienza francese. – 1.1. Il divieto di patto commissorio nell’ordinamento francese. – 1.2. L’*Ordonnance* n. 2006-346 del 23 marzo 2006: la riforma delle garanzie reali e l’abrogazione del divieto di patto commissorio. – 1.3. Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia: la *fiducie-sûreté*. – 2. L’esperienza tedesca. – 2.1. Il divieto di patto commissorio nell’ordinamento tedesco. – 2.2. Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia: *sicherungsübereignung e sicherungsabtretung*. – 3. L’esperienza olandese. – 3.1. Premessa. – 3.2. Il divieto di patto commissorio e le tecniche di realizzazione delle garanzie reali nel sistema olandese. – 3.3. Il divieto di trasferimenti fiduciari a scopo di garanzia. – 4. La prospettiva di diritto privato europeo. – 4.1. Il *Draft Common Frame of Reference*. – 4.1.1. *Draft Common Frame of Reference e Property Law*. – 4.1.2. Il Libro IX DFCR: *Proprietary security in movable assets*. – 4.1.3. L’art. IX.7:105 del *Draft Common Frame of Reference: Pre-default agreement on appropriation of encumbered assets*.

1. L’esperienza francese

1.1. *Il divieto di patto commissorio nell’ordinamento francese.*

Tra le esperienze europee di *civil law*, la prima testimonianza del recepimento e della formalizzazione del divieto di patto commissorio in un’opera di codificazione di diritto privato si rinviene nel *code Napoléon* del 1804¹⁹⁵.

Detta proibizione, tramandata dall’insegnamento di diritto romano, aveva già trovato applicazione in vari istituti di diritto consuetudinario¹⁹⁶ invalsi

¹⁹⁵ Per un’analisi dei lavori preparatori al *code Napoléon* e delle ragioni sottese alla codificazione del divieto di patto commissorio, nella dottrina italiana, si veda la fondamentale opera di M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 9 s. e 97 s.

¹⁹⁶ Nella dottrina italiana si vedano gli studi di C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 98 s. il quale da conto della riproposizione del divieto riguardo alla *lex commissoria pignoris*, sottolineando tuttavia che anche nel periodo medievale nel concetto di *pignus* ricadevano diverse figure di negozio giuridico in funzione di garanzia, quali le vendite *nomine pignoris* che nel diritto consuetudinario francese e nella dottrina anche

durante il periodo medievale nei territori francesi, consolidandosi quale principio generale nell'ambito delle garanzie reali del credito¹⁹⁷.

Ciò, peraltro, non ha impedito ai redattori del *code Napoléon* di discutere a lungo sulle ragioni del divieto e sull'opportunità della sua codificazione¹⁹⁸, secondo un ordine di ragionamenti che – come già accennato in apertura di questo lavoro¹⁹⁹ – hanno interessato anche altri istituti giuridici quali la vendita con patto di riscatto (*vente avec faculté de rachat ou de réméré*²⁰⁰), figura negoziale che da una parte della dottrina²⁰¹ veniva giudicata, al pari e forse più della convenzione commissoria, potenzialmente idonea a dissimulare operazioni di natura usuraria²⁰².

A valle del citato dibattito, tuttavia, il legislatore francese ha optato per il riconoscimento del modello tipico della *vente avec faculté de rachat ou de*

successiva all'entrata in vigore del *code civil* rientravano nella categoria di *contract pignoratif*, in arg. v. anche M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 55.

D'altro canto l'Autore sottolinea come nel diritto consuetudinario il patto commissorio immobiliare sia stato progressivamente assorbito dall'affermarsi di un principio generale di inderogabilità delle procedure di esecuzione forzata, cfr. spec. p. 96 s.

¹⁹⁷ Sull'applicazione del divieto di patto commissorio in epoca medievale v. *supra* cap. I, par. 4.

¹⁹⁸ M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 9 s., il quale sottolinea come nei primi due progetti *Cambacérès* non fosse previsto il divieto di patto commissorio, mentre molto più delicato era il dibattito inerente la vendita con patto di riscatto, che nella pratica presentava un tasso di litigiosità ben maggiore della convenzione commissoria annessa alla garanzia reale tipica, v. P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil, suivi d'une édition de ce code, à laquelle sont ajoutés les lois, décrets et ordonnances formant le complément de la législation civile de la France, et ou se trouvent indiqués, sous chaque article séparément, tous les passages du recueil qui s'y rattachent*, Osnabruck, 1968, p. 95 s.

¹⁹⁹ V. *supra* Cap. I, Par. 4.

²⁰⁰ La denominazione *vente à réméré*, sfruttata per la definizione delle operazioni di vendita con patto di riscatto, è stata impiegata nel codice civile francese fino all'entrata in vigore della l. 12 maggio 2009 che ne ha soppresso l'utilizzo in quanto terminologia desueta, cfr. L. AYNÈS – P. CROCQ, *Droit des sûretés*, in P. MALAURIE – L. AYNÈS (a cura di) *Droit Civil*, XII ed., 2018, p. 452 s.; v. anche C. SÈJAN-CHAZAL, *La réalisation de la sûreté*, Dalloz, v. 190, Paris, 2019, p. 135 s.

²⁰¹ C. WITZ, *Vente. Vente à réméré*, in *J. Cl. Civ.*, art. 1659 à 1673, 1993, p. 63 s.

²⁰² La figura esaminata rientrava storicamente nella categoria del *contrat pignoratif*, modello diffuso fin dall'epoca di diritto consuetudinario, sul tema v. PH. A. MERLIN, *Recueil Alphonse de questions de droit*, III, t. XIII, Paris, 1824, p. 90 s.

*rénière*²⁰³, e – sul frangente delle tecniche di realizzazione della garanzia reale – per la formulazione del divieto di patto commissorio.

Secondo il dettato del *code civil* del 1804, quindi, il divieto di patto commissorio trovava applicazione per il pegno all'art. 2078 c.c.²⁰⁴ e all'art. 93 del *code de commerce*²⁰⁵, e per l'anticresi all'art. 2088 c.c.²⁰⁶.

A differenza di quanto previsto dal codice civile italiano del 1942²⁰⁷, invece, il codice d'oltralpe non contemplava il divieto di patto commissorio ipotecario e pertanto nessuna disciplina *ad hoc* era prevista per le ipotesi di convenzione commissoria avente ad oggetto beni immobili.

Parte della dottrina²⁰⁸, tuttavia, ha ritenuto che, pur in mancanza di un riscontro normativo espresso, il divieto di patto commissorio immobiliare affondasse le proprie radici nel principio di inderogabilità delle procedure

²⁰³ R. T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code / De la vente, ou commentaires du tit. VI du liv. III du Code civil*, Paris, 1845, p. 330 s.

²⁰⁴ Art. 2078 *code civil*.

Le créancier ne peut, à défaut de paiement, disposer du gage: sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères. Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus est nulle.

²⁰⁵ Art. 93 *code de commerce (ancien)*.

A défaut de paiement à l'échéance, le créancier peut, huit jours après une simple signification faite au débiteur et au tiers bailleur de gage, s'il y en a un, faire procéder à la vente publique des objets donnés en gage.

...
Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus prescrites est nulle.

²⁰⁶ Art. 2088 *code civil*.

Le créancier ne devient point propriétaire de l'immeuble par le seul défaut de paiement au terme convenu; toute clause contraire est nulle; en ce cas, il peut poursuivre l'expropriation de son débiteur par les voies légales

²⁰⁷ Come già analizzato, invece, il codice civile del 1865 influenzato dalla formulazione del divieto di patto commissorio da parte del codice civile francese, non prevedeva la proibizione della pattuizione commissoria annessa all'ipoteca, l'estensione della disciplina alla garanzia ipotecaria si deve appunto al codice del 1942, v. *supra*, Cap. I, Par. 5.2.

²⁰⁸ V. C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 98, diversamente sul punto M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 64 s. precisa che il principio in questione potrebbe ammettersi solo con riguardo all'invalidità di negozi giuridici stipulati all'interno della procedura esecutiva e non funzionali ad escludere la medesima, in questo senso v. J. VINCENT – J. PRÉVAULT, *Voies d'exécution et procédure de distribution*, IIX ed., Paris, 1995, p. 40 s.

esecutive immobiliari²⁰⁹ appartenente alla tradizione giuridica francese consolidatasi nell'ambito dello *ius commune*²¹⁰.

Sul punto il legislatore francese ha avuto modo di intervenire successivamente, nel 1841, introducendo all'art. 742²¹¹ del *code de procédure civile* il divieto delle clausole di *exécution* o *voie pairée*²¹² (cd. clausole di vendita o esecuzione parata), cioè delle pattuizioni con cui il creditore si riservava il diritto di disporre la vendita del bene ipotecato privatamente senza perciò fare ricorso all'autorità giurisdizionale²¹³.

Il divieto di siffatte clausole – almeno secondo le proposizioni di principio del legislatore²¹⁴ – si fondava sulla *ratio* di tutela e conservazione

²⁰⁹ La vigenza di siffatto principio anche nell'ordinamento giuridico italiano era sostenuta da E. BETTI, *Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione delle obbligazioni*, cit. p. 688 s., v. *amplius* Cap. III, Par. 4.4.

²¹⁰ Cfr. F. BOURJON, *Le droit commun de la France*, Paris, 1770, tome 2, p. 711; PH. A. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Bruxelles, 1825-1828, p. 391 s.

²¹¹ Art. 742 *Code de procédure civile (ancien)*.

Toute convention portant qu'à défaut d'exécution des engagements pris envers lui, le créancier aura le droit de faire vendre les immeubles de son débiteur sans remplir le formalités prescrites pour la saisie immobilière, est nulle et non avenue.

²¹² Per uno studio recente della disposizione anche alla luce della riforma delle garanzie intervenuta nel 2006, v. A. DOBIGNY-REVERSO, *La clause de voie parée: une manifestation de l'opposition entre liberté contractuelle et droit de propriété au XIXe siècle*, in *Revue d'Histoire du Droit*, 2018, p. 157 s., sul principio nel generale sistema di realizzazione della garanzia reale cfr. C. SÈJAN-CHAZAL, *La réalisation de la sûreté*, cit., p. 314 s.; L. AYNÈS – P. CROCQ, *Droit des sûretés*, cit., p. 273 s.

²¹³ Sul tema, anche da un punto di vista storico, v. J. VACHEZ, *Etude historique et critique de la clause de voie parée*, Angers 1903, p. 5.; E. MASSÉ, *De la clause de voie parée*, Bordeaux, 1902; A. HERBERT, *Des formes de la saisie immobilière et spécialement de la prohibition de la clause de voie parée*, Paris 1905; P. BESNARD, *De la clause de voie parée*, Paris 1907.

La *ratio* della novella si suole ricondurre ad un bilanciamento operato dal legislatore tra il principio di libertà dell'autonomia privata e quello della tutela del diritto di proprietà, con esito evidentemente a favore di quest'ultimo cfr. A. DOBIGNY-REVERSO, *La clause de voie parée*, cit., p. 162.

²¹⁴ In realtà, tenendo conto del contesto socio-economico in cui la norma si colloca, pare che la novella in parola costituisca non tanto un limite all'autonomia privata in sé, quanto piuttosto un limite agli interessi del ceto notarile che in forza della clausola di esecuzione parata deteneva un fortissimo potere sulle tecniche di realizzazione della garanzia ipotecaria, cfr. A. DOBIGNY-REVERSO, *La clause de voie parée*, cit., p. 162, e sul punto v. anche M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 64 s. sottolinea come nella prassi, le clausole di esecuzione parata abbiano trovato applicazione nonostante il divieto, con l'avallo di dottrina e giurisprudenza.

della proprietà immobiliare, ma, secondo alcuni autori²¹⁵, anche sull'esigenza di limitare il rischio di una vendita dell'immobile ad un prezzo vile, appena sufficiente alla soddisfazione del creditore ipotecario, e quindi nell'ottica di protezione da un lato del debitore concedente la garanzia, e dall'altro dei possibili creditori concorrenti sul prezzo ricavato dalla vendita nell'ambito della procedura di esecuzione forzata²¹⁶.

Procedendo ad un esame dei lavori preparatori e della formulazione delle disposizioni del *code civil* in materia di patto commissorio, quindi, si evince come anche nel sistema francese il divieto in esame si fondasse sulla necessità di protezione del debitore da prevaricazioni del creditore nella fase di realizzazione della garanzia reale²¹⁷.

Ad un'attenta analisi, tuttavia, possono individuarsi alcuni profili che hanno caratterizzato l'elaborazione del divieto fin dalle sue origini e successivamente hanno contribuito in modo determinante a condizionarne l'interpretazione e l'applicazione.

In primo luogo occorre sottolineare come le disposizioni esaminate non abbiano fatto in alcun modo riferimento al patto commissorio *ex intervallo*, ovvero all'ipotesi in cui la clausola esaminata fosse oggetto di negoziazione tra le parti in un momento successivo alla costituzione della garanzia reale²¹⁸.

²¹⁵ Sul dibattito riguardante il rapporto tra il divieto di *voie parée* e il principio di tutela del debitore v. A. DOBIGNY-REVERSO, *La clause de voie parée*, cit., p. 160 s.

²¹⁶ A. DOBIGNY-REVERSO, *La clause de voie parée*, cit., p. 162.

²¹⁷ P. CROCQ, *Propriété et garantie*, Paris, 1995, p. 450 s.; P. SIMLER – P. DELEBECQUE, *Droit civil. Les sûretés, Publicité foncière*, Dalloz, VII ed., Paris, 2016, p. 324 s. e 510. Occorre sottolineare come nell'applicazione giurisprudenziale del divieto, tanto quanto nella teorizzazione dottrinale del medesimo la nullità della clausola commissoria veniva pressoché univocamente concepita quale nullità relativa di protezione e quindi riferita esclusivamente alla clausola in sé, a meno che non potesse verificarsi che la clausola commissoria aveva costituito l'unica ragione determinante del contratto di finanziamento nel suo complesso, cfr. Cass. Civ., 16 mars 1983, *Bull. Civ.*, I, n. 100. Sul punto si vedano ancora le considerazioni in chiave comparatistica svolte da M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 138.

²¹⁸ P. SIMLER – P. DELEBECQUE, *Droit civil. Les sûretés, Publicité foncière*, Dalloz, cit., p. 511; sottolinea questo aspetto, nell'ambito di un'analisi comparatistica dei formanti legislativi M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 54 s.

La presa di posizione del legislatore, peraltro, non è mai stata revocata in dubbio dagli interpreti, ed anzi, secondo la giurisprudenza consolidata²¹⁹ il patto commissorio stipulato successivamente alla conclusione del contratto di finanziamento e alla contestuale costituzione della garanzia reale doveva ritenersi una valida espressione dell'autonomia privata, poiché in quella fase del rapporto di credito il debitore avrebbe dovuto ritenersi in grado di tutelare i propri interessi e decidere liberamente sulla convenienza di una tale stipulazione²²⁰.

In secondo luogo – come anticipato – il patto commissorio immobiliare non era in alcun modo preso in considerazione dal legislatore francese e la mancanza di un divieto appositamente riferito alla clausola di trasferimento del bene ipotecato non poteva ritenersi del tutto sopperita dal citato divieto di esecuzione parata, che in via generale condivideva solo in parte le ragioni sottese al divieto di patto commissorio²²¹ e nella pratica ha trovato impiego assai limitato²²².

Il quadro che ne derivava, quindi, era quello di un formante legislativo che, pur riconoscendo l'esigenza di tutela del debitore da condotte prevaricanti del creditore nella fase di esecuzione del rapporto di garanzia, del pari offriva una formulazione del divieto di patto commissorio in termini

²¹⁹ Cfr. *ex multis* Cass. Civ., 17 novembre 1959, in *Bull. Civ.*, I, n. 480; CA Paris, 20 dec. 1983, *D.*, 1984, 175, in dottrina sul punto v. P. CROCQ, *Propriété et garantie*, cit., p. 450 s.; P. SIMLER – P. DELEBECQUE, *Droit civil. Les suretés, Publicité foncière*, Dalloz, cit., p. 511, per ampi riferimenti giurisprudenziali e per l'applicazione del medesimo principio anche nell'ambito immobiliare, pur alla luce dell'art. 742 *code de procédure civil* ancien v. M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 126 s.

²²⁰ Come già analizzato con riguardo alla codificazione del divieto nel sistema italiano, il medesimo approccio è stato adottato con il codice del 1865, mentre il successivo codice del 1942 ha optato per l'estensione del divieto anche al patto *ex intervallo* ancora sulla base dell'esigenza di protezione del debitore, ritenuto in una posizione di debolezza sfruttabile dal creditore anche in pendenza del rapporto di finanziamento, sul punto v. supra Cap. I, Par. 5.

²²¹ A. DOBIGNY-REVERSO, *La clause de voie parée*, cit., p. 162; *contra* P. SIMLER – P. DELEBECQUE, *Droit civil. Les suretés, Publicité foncière*, Dalloz, cit., p. 412 s.

²²² Sull'interpretazione della norma e sulla sua applicazione v. M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 60 s.

assai circoscritti e pertanto proclive ad un'interpretazione restrittiva della norma²²³.

Importanti conferme della tendenza appena delineata possono agevolmente riscontrarsi rivolgendo l'attenzione all'atteggiamento della giurisprudenza prima, e del legislatore poi, in merito alla categoria delle alienazioni a scopo di garanzia.

Fin dall'entrata in vigore del *code Napoléon*, infatti, nella prassi negoziale era invalso l'impiego di accordi rientranti nella categoria dei *contrats pignoratif*, ovvero di quei negozi giuridici regolanti operazioni di trasferimento della proprietà in funzione di garanzia²²⁴ svincolati dalle garanzie reali tipiche.

In tale categoria rientravano la già citata *vente à réméré*²²⁵, ovvero la vendita con patto di riscatto, la *clause de réserve de propriété*²²⁶ ossia la vendita con riserva di proprietà, ed ancora la generica *aliénation fiduciaire à titre de garantie*²²⁷.

La giurisprudenza, dal canto suo, in forza di un'interpretazione restrittiva del divieto di patto commissorio, risultava propensa a verificare la liceità delle citate operazioni solo ove le stesse avessero ad oggetto beni mobili²²⁸ e, anche in quest'ipotesi, lo scrutinio inerente all'eventuale sussistenza di un *contrat*

²²³ M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 54 s.

²²⁴ L. AYNÈS – P. CROCQ, *Droit des suretés*, cit., p. 273 s.; P. ANCEL, *Droit des surétes*, Paris, 2014, p. 220 s.; P. SIMLER – P. DELEBECQUE, *Droit civil. Les suretés, Publicité foncière*, cit., p. 324 s.

²²⁵ J. B. HEINRICH, *La vente à réméré d'obligations*, in *JCPN*, 1985, I, 279; A. PERROT, *La vente à réméré de valeurs mobilières*, in *Rev. Trim. Dr. Com.*, 1993, p. 1 s.

²²⁶ M. PEDAMON, *La réserve de propriété en droit allemand et en droit français*, in *RJ com.*, fevr., 1982, p. 62 s.; J. GHESTIN, *Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété*, *Dalloz*, 1981, p. 1 s.

²²⁷ M. CABRILLAC – C. MOULY – S. CABRILLAC – P. PÉTEL, *Droit des suretés*, X ed., Paris, 2015; L. AYNÈS – P. CROCQ, *Droit des suretés*, cit., p. 273 s.; C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, Paris, 1981; ID., *La fiducie - sureté en droit français*, in *L'évolution du droit des suretés*, *RJ com.*, 1982, p. 67-75.

²²⁸ Cfr. Cass. Civ., 25 mars 1957, *Bull. Civ.*, I, n. 149, sul tema, in senso critico all'orientamento descritto P. SIMLER – P. DELEBECQUE, *Droit civil. Les suretés, Publicité foncière*, *Dalloz*, cit., p. 412 s.

pignoratif dissimulante un patto commissorio mobiliare era condotto in base a stringenti criteri interpretativi²²⁹.

Significativamente, quindi, nelle riflessioni degli interpreti francesi – in forte discontinuità rispetto a quanto verificatosi nell’ambito del dibattito italiano²³⁰ – il divieto di patto commissorio ha giocato un ruolo assolutamente marginale²³¹ ai fini della valutazione di liceità dell’alienazione a scopo di garanzia, e ciò *in primis* alla luce della descritta interpretazione restrittiva del divieto²³², ma, soprattutto, in forza di un generale atteggiamento di apertura verso l’impiego del diritto di proprietà in via funzionale alla garanzia del credito²³³.

Sullo stesso piano di valutazioni si è mosso il legislatore francese che a più riprese ha dimostrato di valorizzare la figura della cessione di proprietà a scopo di garanzia mediante l’introduzione di specifici istituti giuridici volti a disciplinare tale tipologia di operazioni.

Il riferimento va in primo luogo alla disciplina del leasing finanziario o *crédit bail*²³⁴ di cui alla *loi* n. 66-455, 2 *juliet* 1966 e s.m.i., che secondo la

²²⁹ V. *ex multis* Cass. Civ., 28 avril 1964, in *Bull. Civ.*, II, n. 220; Cass. Comm., 24 oct. 1956, in *Bull. Civ.*, III, n. 257, sul punto v. L. AYNÈS – P. CROCQ, *Droit des suretés*, cit., p. 273 s., ove si sottolinea come in tali casi i criteri sfruttati dalla giurisprudenza potevano risultare approssimativi facendo riferimento ad un’analisi in concreto dell’operazione avuto riguardo per esempio alla viltà del prezzo di cessione, o alla circostanza che il bene venduto venisse rimesso a disposizione del cedente; per ampi riferimenti giurisprudenziali v. ancora M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 124.

²³⁰ Sul punto si vedano le considerazioni sviluppate *infra*, Cap. III, Par. 1.

²³¹ P. CROCQ, *Propriété et garantie*, cit., p. 250 s.

²³² C. SÈJAN-CHAZAL, *La réalisation del la sûreté*, Dalloz, cit., p. 84.; M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 122 s.

²³³ Sulla tendenza alla valorizzazione della trasmissione di proprietà in funzione di garanzia, anche alla luce delle problematiche connesse alla costituzione e alla realizzazione delle garanzie reali tradizionali cfr. P. CROCQ, *Propriété et garantie*, cit., p. 250 s.; occorre del pari sottolineare come anche la dottrina francese abbia discusso sull’ammissibilità della proprietà in funzione di garanzia, v. in arg. L. AYNÈS – P. CROCQ, *Droit des suretés*, cit., p. 424 s., gli argomenti tradizionali sfruttati da parte della dottrina per contestare tale ammissibilità si incentravano sul principio di *numerus clausus* dei diritti reali, sull’incompatibilità tra il modello di proprietà piena ed esclusiva e quello incentrato sulla funzionalizzazione e conseguente compressione del diritto in funzione di garanzia, nonché sul pregiudizio arrecabile agli altri creditori in ragione del trasferimento anche in ragione dei diversi regimi di opponibilità dell’operazione.

²³⁴ Nella dottrina francese è invalsa la tesi secondo cui il *credit-bail*, pur disciplinando un’operazione di finanziamento predisponga un meccanismo di garanzia reale a favore del

dottrina doveva ritenersi applicabile anche alla fattispecie del *sale and lease back*, o *cession-bail*.

Ed infatti, prima il legislatore con una serie di riferimenti normativi²³⁵ *ad hoc* nell'ambito delle disposizioni in materia di *credit bail*, e successivamente la giurisprudenza, prendendo espressamente in considerazione la figura quale peculiare declinazione del leasing finanziario²³⁶, hanno indotto gli interpreti²³⁷ a ritenere il *cession-bail* un autonomo meccanismo contrattuale atto a regolare non solo un'operazione di finanziamento, ma anche e soprattutto la finalità di garanzia, mediante la cessione del bene al creditore e la contestuale rilocalizzazione del medesimo al debitore, in tal modo garantendo a quest'ultimo di mantenere il possesso del bene pendente il rapporto di garanzia.

Pur non potendosi negare che la figura del *cession-bail* per le sue caratteristiche strutturali e funzionali attirasse nel campo di indagine il tema della potenziale violazione del divieto di patto commissorio, del pari occorre sottolineare come, anche in questo caso, la dottrina francese²³⁸ se ne sia occupata solo in via marginale, mentre pressoché nulli risultano gli arresti della giurisprudenza²³⁹ sul tema.

concedente modellata sullo schema della riserva di proprietà, cfr. M. CABRILLAC – C. MOULY – S. CABRILLAC – P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, cit., p. 434 s.; L. AYNÈS – P. CROCQ, *Droit des sûretés*, cit., p. 430; V. M. BEY., *Le crédit-bail envisagé comme une sûreté in L'évolution du droit des sûretés*, *RJC*, 1982, p. 52; M. GIOVANOLI, *Le crédit-bail en Europe: développement et nature juridique*, Paris, 1980, p. 483 s.

²³⁵ Sul punto v. M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 126 s.

²³⁶ Cfr. Cass. Civ., 11 jan. 1990, in *Gaz. Pal.*, 1990, p. 180 secondo cui “*la cession-bail est une technique de financement par laquelle en établissement de crédit spécialisé achète à un utilisateur un bien et le lui remet aussitôt à disposition en vertu d'un contrat de crédit-bail a l'issue duquel l'utilisateur locataire peut, en levant l'option d'achat stipulée à son profit, redevenir propriétaire du bien*”, definizione della fattispecie che ha sostituito quella precedentemente fornita da Cass. Civ., 29 nov. 1973, cfr. P. CROCQ, *Propriété et garantie*, cit., p. 33.

²³⁷ Per tutti P. CROCQ, *Propriété et garantie*, cit., p. 33; per una distinzione sul piano teorico tra il *cession-bail* e la figura generale della *fiducie sûreté* v. C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, p. 203, ID., *Les transferts fiduciaires à titre de garantie*, in *Colloque de Luxembourg 1984*, L.G.D.J., 1985, p. 55 s.

²³⁸ V. C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, p. 183 s.; C. SÈJAN-CHAZAL, *La réalisation de la sûreté*, Dalloz, cit., p. 94 s.; G. PARLEANI, *Le contrat de lease-back*, in *Rev. Trim. Dr. Com.*, 1973, p. 690 s.

²³⁹ Cfr. M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 100.

Un'altra fattispecie rilevante ai fini della presente indagine consiste nella *Loi Dailly*²⁴⁰ del 2 gennaio 1981 disciplinante la cessione di crediti a garanzia di finanziamenti concessi da parte di istituti di credito a persone giuridiche o a persone fisiche nell'esercizio dell'attività professionale²⁴¹.

Dal punto di vista strutturale la figura in esame era concepita quale meccanismo di garanzia riservato ad operazioni di apertura di credito²⁴² e si concretizzava in una cessione fiduciaria di crediti del soggetto finanziato all'istituto di credito in via proporzionale all'ammontare complessivo del finanziamento concessogli. In tal modo al soggetto finanziato era garantita la possibilità di fruire continuativamente della linea di credito mantenendo costante il valore complessivo dei crediti ceduti in garanzia²⁴³.

Sulla base del negozio fiduciario, alla scadenza dell'obbligazione garantita, in caso di corretto adempimento il soggetto finanziato poteva ottenere la retrocessione del credito ceduto, diversamente, in caso di

²⁴⁰ La disciplina predisposta dalla cd. *Cession Dailly* è oggi interamente trasposta agli artt. L-313-23 e seguenti del *Code monétaire e financier* cfr. L. AYNÈS – P. CROCQ, *Droit des suretés*, cit., p. 430; sull'istituto v. anche P. CROCQ, *Propriété et garantie*, cit., p. 250 s.; D. SCHMIDT – PH. GRAMLIN, *La loi n. 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit*, in *D.*, 1981, p. 217 s.; P. GOETZ – M. ADDED, *Pratique de la loi Dailly*, in *Rev. Banque*, 1986, p. 13 s.; D. LEGAIS, *Les garanties conventionnelles sur le créances*, in *Coll. Droit des Affaires et de l'Enterprise*, 1986, n. 573, p. 310 s.

²⁴¹ Successivamente, con legge del 24 gennaio 1984 è stato esteso il campo di applicazione della *Loi Dailly* ai crediti del cedente nei confronti di persone giuridiche in generale e nei confronti di persone fisiche, senza la necessità che il credito dovesse interessare l'attività professionale anche di quest'ultime, cfr. P. CROCQ, *Propriété et garantie*, cit., p. 30.

²⁴² Sia in dottrina che in giurisprudenza era andato sviluppandosi il dibattito inerente all'ammissibilità della cessione del credito a scopo di garanzia di diritto comune, e quindi anche al di fuori del ristretto campo dei finanziamenti tra istituti di credito e professionisti, sul punto, alle porte della riforma del diritto delle garanzie del 2007, si è espressa negativamente Cass. Comm., 19 déc. 2006, n. 05-16395, in *RLDC*, 2007, n. 35, p. 38; in *JCP G*, 2007, II, con nota di D. LEGAIS; in *RTD Civ.*, 2007, p. 160; in arg. v. anche L. AYNÈS, *La cession de créance à titre de garantie: quel avenir?*, in *Dr. et patr. avr.*, 2007, p. 28 s.; in dottrina si ritiene che la decisione citata sia stata fortemente condizionata dal progetto di legge in fase di approvazione disciplinante l'istituto della *fiducie*.

²⁴³ Cfr. L. AYNÈS – P. CROCQ, *Droit des suretés*, cit., p. 430 s.; P. SIMLER – P. DELEBECQUE, *Droit civil. Les suretés, Publicité foncière*, *Dalloz*, cit., p. 541 s.

inadempimento, l'istituto di credito poteva soddisfarsi procedendo alla riscossione del medesimo nei confronti del debitore ceduto²⁴⁴.

Anche con riguardo a questa fattispecie – e ben prima che la stessa fosse oggetto di apposita disciplina normativa – la giurisprudenza²⁴⁵ ha avuto modo di esprimersi in termini di compatibilità con il divieto di patto commissorio mobiliare *ex art. 2078 code civil*, sulla base del rilievo, condiviso dalla dottrina²⁴⁶, per cui nell'ipotesi di garanzia avente ad oggetto un diritto di credito non sussiste per il debitore un pericolo di ingiustificato arricchimento ai suoi danni da parte del creditore nella fase di escussione della garanzia.

Lo stesso ordine di ragionamenti, si badi, è stato proposto dalla dottrina e dalla giurisprudenza per affermare la compatibilità con il divieto di patto commissorio di altre fattispecie peculiari regolanti trasferimenti di proprietà in funzione di garanzia, come l'operazione di *pension*, ovvero l'insieme di peculiari fattispecie sussumibili nella generale categoria di *gage-espèces*²⁴⁷.

In definitiva, quindi, può senza dubbio affermarsi che nell'ordinamento francese, ben prima della riforma delle garanzie reali intervenuta nel 2006, lo spazio di operatività riservato al divieto di patto commissorio fosse assai limitato.

E ciò non solo avuto riguardo alla formulazione legislativa del divieto – come visto limitato al patto commissorio pignoratorio ed anticretico *in continenti* – ma soprattutto alla luce della tendenza condivisa da dottrina e giurisprudenza – e riscontrabile in una serie di interventi legislativi – a mantenere separati i piani di valutazione inerenti l'ammissibilità

²⁴⁴ L. AYNÈS – P. CROCQ, *Droit des sûretés*, cit., p. 430 s., nella dottrina italiana si vedano ancora le riflessioni di M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 100 s.; v. anche B. CASSANDRO Sulpasso, *La réification de la créance in diritto francese*, in *R. d. civ.*, 1995, II, p. 533 s.

²⁴⁵ *Ex multis* Cass. Civ., 10 mai 1947, in *Rev. Trim. Dr. Com.*, 1948, p. 128.

²⁴⁶ Cfr. PH. MALAURIE – L. AYNES, *Lés sûretés. La publicité foncière*, cit., p. 200 s.

²⁴⁷ M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 122 s.

dell'alienazione in funzione di garanzia da un lato e l'equilibrio delle posizioni di debitore e creditore nel rapporto di garanzia dall'altro²⁴⁸.

Un tale approccio sul piano sia dogmatico che operativo ha favorito lo sviluppo nel sistema francese delle garanzie reali di soluzioni giuridiche maggiormente flessibili e quindi in grado di rispondere alle esigenze concrete della prassi commerciale, intraprendendo un processo evolutivo che – come si vedrà nel corso del seguente paragrafo – si sarebbe successivamente risolto nella radicale riforma del diritto delle garanzie nel 2006.

1.2. *L'Ordonnance 2006-346 del 23 marzo 2006: la riforma delle garanzie reali e l'abrogazione del divieto di patto commissorio.*

A partire dai primi anni del 2000, in occasione del bicentenario del *code Napoléon*²⁴⁹, il sistema privatistico francese ha vissuto una stagione di riforme²⁵⁰ volte a modernizzare la disciplina dei rapporti patrimoniali²⁵¹ con

²⁴⁸ Un elemento ulteriore a supporto dell'interpretazione restrittiva del divieto di patto commissorio, prima della riforma del 2006, si rinveniva nell'influenza del regime introdotto mediante il recepimento della direttiva 2002/47/CE in materia di contratti di garanzia finanziaria, che ha riconosciuto la tecnica di garanzia reale del credito mediante la cessione fiduciaria di crediti o di strumenti finanziari e la tecnica di realizzazione della garanzia incentrata su meccanismi di appropriazione del bene in via stragiudiziale, cfr. M. STORCK, *Transposition de la directive communautaire relative aux contrats de garantie financière*, in *RTD Comm.*, 2005, p. 357 s.

²⁴⁹ L'anniversario del bicentenario del *code Napoléon*, nel 2004, è stata l'occasione per l'emersione di studi volti a celebrare la tradizione civilistica francese, ma allo stesso tempo miranti ad individuare quali potessero essere gli orizzonti di riforma del sistema di diritto privato, cfr. P. MALAURIE – Y. LEQUETTE (a cura di), *Le code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, 2004.

²⁵⁰ Per un'approfondita analisi della riforma delle garanzie nella dottrina italiana v. F. FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica*, cit., p. 1155 s.; ID., *La riforma francese delle garanzie reali*, in *Not.*, 2006, IV, p. 439 s.; ID., *Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati Europei*, in F. PREITE – A. GAZZANTI PUGLIESE DI COTRONE (a cura di) *Atti notarili diritto comunitario e internazionale*, IV, t. I, Milano, 2011, p. 783 s.; ID., *Le garanzie immobiliari in Europa. Studi di diritto comparato*, Berna, 2009, p. 825 s.

²⁵¹ Nel processo di modernizzazione del diritto privato francese un ruolo di non poco conto deve attribuirsi alla di poco precedente riforma tedesca del diritto delle obbligazioni cfr. F. FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica*, cit., p. 1156.

l'obiettivo di recepire le istanze emerse nella prassi commerciale e offrire una collocazione sistematica unitaria e coerente ad una serie di fattispecie che erano andate affermandosi sul piano della prassi giurisprudenziale e, in alcuni casi, avevano trovato riconoscimento da parte di interventi normativi speciali²⁵².

Questo processo ha conosciuto una prima, fondamentale, tappa nel 2006 con la riforma delle garanzie del credito²⁵³, un settore del diritto privato ritenuto di cruciale importanza dal legislatore francese per lo sviluppo dell'economia²⁵⁴ soprattutto nell'ottica di incrementare la competitività del sistema nel mercato internazionale ed attrarre investimenti.

Nell'ambito delle garanzie reali il legislatore francese è intervenuto operando una riorganizzazione delle categorie generali e disciplinando normativamente una serie di istituti che in tempi più o meno recenti, come già esaminato²⁵⁵, erano stati riconosciuti dalla prassi giurisprudenziale o da singole leggi speciali.

Il risultato di tale lavoro normativo può apprezzarsi nell'introduzione del nuovo libro IV del *code civil* in cui sono riunite, organicamente, tutte le disposizioni in materia di garanzie, sia personali che reali²⁵⁶.

Sulla riforma che ha interessato il codice civile tedesco v. G. CIAN, *Significato e lineamenti della riforma dello Schuldrecht tedesco*, *R. d. civ.*, 2003, I, p. 1 s.; ID. (a cura di), *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo dei contratti?*, Padova, 2004; A. DIMAJO, *La Modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania*, in *Eur. d. priv.*, 2002, III, p. 834 s.

²⁵² Proprio il sistema delle garanzie reali del credito, come evidenziato nel precedente paragrafo era stato interessato da una serie di provvedimenti settoriali inerenti in larga parte meccanismi di trasferimento della proprietà a scopo di garanzia, v. *supra*, Par. 1.1.

²⁵³ V. SAGAERT (a cura di), *Le réformes du droit privé en France. Un modèle pour le droit privé européen?*, Bruxelles, 2009, p. 1 s.; PH. DELEBEQUE, *Le régime des hypothèques*, in *Commentaire de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux suretés*, in *JCP E*, 2006, n. 26; W. DROBNIG, *La réforme française du droit des suretés réelles*, in *Dalloz*, 2007, p. 1488 s.

²⁵⁴ In generale sul ruolo delle tecniche di garanzia del credito in relazione allo sviluppo del mercato del credito e della competitività sui mercati internazionali v. E. BRODI, *La tutela del credito in Italia: spunti per una lettura gius-economica delle cause di prelazione (parte prima)*, cit., p. 1402 s.

²⁵⁵ V. *supra*, Par. 1.1., in questo Capitolo.

²⁵⁶ F. FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica*, cit., p. 1156.

Tra le novità principali della riforma nel campo delle garanzie mobiliari si rinviene il riconoscimento in via generale della figura del pegno non possessorio al fianco del classico pegno manuale, la tipizzazione del *gage-espèces* – fattispecie di pegno su beni fungibili già ampiamente accolto dalla giurisprudenza – e la riqualificazione del *nantissement*, definito in termini di garanzia su beni mobili incorporali.

Nell'area delle garanzie immobiliari, invece, novità di forte impatto hanno interessato il regime ipotecario, con l'introduzione dell'*hypothèque rechargeable*, un modello di ipoteca impiegabile più volte dal soggetto costituente a garanzia di crediti diversi o successivi nel tempo, e con la regolamentazione del *prêt viager hypothécaire*, ovvero il prestito vitalizio ipotecario, disciplinato anche dal legislatore italiano tra il 2006 e il 2015 e modellato sullo schema del *reverse mortgage* di stampo anglosassone.

La riforma in esame, oltre ad aver operato un aggiornamento degli istituti di garanzia reale e al contempo un riordino delle categorie generali al fine attribuire al relativo sistema coerenza ed organicità, ha inciso anche sul diverso ma complementare piano della realizzazione delle garanzie reali, al fine di semplificarne il regime giuridico ed assicurare rapidità ed efficienza alla tutela del creditore, presidiando al contempo il fondamentale principio di protezione del debitore da condotte abusive²⁵⁷.

In quest'ambito la principale innovazione apportata dalla riforma è stata l'abrogazione del divieto di patto commissorio²⁵⁸ cui è corrisposto il riconoscimento del patto marciano²⁵⁹ quale generale tecnica di realizzazione della garanzia in via stragiudiziale.

²⁵⁷ C. SÈJAN-CHAZAL, *La réalisation del la sûreté*, Dalloz, cit., p. 121 s.; P. ANCEL, *La réforme du droit des sûretés en France*, in SAGAERT (a cura di), *Le réforme du droit privé en France. Un modèle pour le droit privé européen?*, cit., p. 29 s.

²⁵⁸ Cfr. M. CABRILLAC – C. MOULY – S. CABRILLAC – P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, cit., p. 815 s.; L. AYNÈS – P. CROCQ, *Droit des sûretés*, cit., p. 299 s., e 687 s.; P. SIMLER – P. DELEBECQUE, *Droit civil. Les sûretés, Publicité foncière*, Dalloz, cit., p. 510 s.

²⁵⁹ F. FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica*, cit., p. 1156, la dottrina e la giurisprudenza francese riconoscono nel nuovo istituto la tipizzazione del patto commissorio quale modalità di escussione della garanzia, ma come si vedrà, il meccanismo contrattuale riconosciuto dal legislatore francese presenta le

Così in materia di pegno²⁶⁰ (*gage*), all'abrogazione del divieto *ex art.* 2078 c.c. ha fatto da *pendant* la nuova disciplina di cui all'art. 2348²⁶¹ c.c. in forza del quale le parti possono convenire, alla costituzione della garanzia o in un momento successivo²⁶², che in caso di inadempimento dell'obbligazione il creditore diventi proprietario del bene oggetto di pegno²⁶³, a condizione

caratteristiche del trasferimento in proprietà del bene oggetto di garanzia a giusto prezzo, sul modello appunto del patto marciano, come definito dalla dottrina italiana facendo riferimento al celebre passo del giurista Elio Marciano, cfr. *supra*, Cap. I, Par. 3.

²⁶⁰ Il legislatore ha previsto ulteriormente che il patto commissorio stipulato successivamente all'entrata in vigore della riforma con riguardo ad una garanzia precostituita sia da considerarsi nullo, ma la nullità deve ritenersi comunque relativa e il costituente può rinunciare alla medesima e quindi fruire del patto, cfr. M. CABRILLAC – C. MOULY – S. CABRILLAC – P. PÉTEL, *Droit des suretés*, cit., p. 300.

²⁶¹ Art. 2348 c.c.

Il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou postérieurement, qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien gagé.

La valeur du bien est déterminée au jour du transfert par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, à défaut de cotation officielle du bien sur un marché organisé au sens du code monétaire et financier. Toute clause contraire est réputée non écrite.

Lorsque cette valeur excède le montant de la dette garantie, la somme égale à la différence est versée au débiteur ou, s'il existe d'autres créanciers gagistes, est consignée.

Una disposizione del medesimo tenore si rinviene nel *Code de commerce* in materia di *gage commercial*, infatti l'art. L.521-3 quarto comma prevede che “*Le créancier peut également demander l'attribution judiciaire du gage ou convenir de son appropriation conformément aux articles 2347 et 2348 du code civil*”.

Occorre ulteriormente precisare che, a seguito dell'*ordonnance n. 2016-56 du 29 janvier 2016*, il patto commissorio può essere pattuito anche con riguardo ad un *gage des stocks*, ovvero al pegno commerciale non possessorio avente ad oggetto le riserve di magazzino del costituente di cui agli artt. L.527-1 e ss. *Code de commerce*.

²⁶² Il patto commissorio, quindi, per espressa volontà di legge può essere stipulato sia *in continenti* che *ex intervallo*, quest'ultima fattispecie, peraltro, era già considerata pienamente lecita e quindi estranea al previgente divieto, cfr. P. SIMLER – P. DELEBECQUE, *Droit civil. Les suretés, Publicité foncière, Dalloz*, cit., p. 512, v. *amplius, supra*, Par. 1.1. in questo Capitolo.

²⁶³ Tesi diverse sono state proposte in dottrina e in giurisprudenza riguardo all'atteggiarsi del momento traslativo per effetto del patto commissorio. L'art. 2348 c.c., infatti, non precisa se l'effetto traslativo debba ritenersi automatico al momento dell'inadempimento, ovvero se debba riconoscersi al creditore la mera facoltà di servirsi del patto al verificarsi dell'inadempimento, in tal modo dovendosi ritenere che il creditore sia titolare di un'opzione all'acquisizione in proprietà del bene. Per l'interpretazione del patto commissorio annesso al *nantissement* come clausola di trasferimento automatico ed eventuale v. Cass. comm., 16 déc. 2008, n. 08-13814, *contra* per la qualificazione della clausola come opzione di acquisto della proprietà a favore del creditore v. M. CABRILLAC – C. MOULY – S. CABRILLAC – P. PÉTEL, *Droit des suretés*, cit., p. 786 s.; secondo L. AYNÈS – P. CROCQ, *Droit des suretés*, cit., p. 300 s., il patto commissorio non può interpretarsi in termini di opzione a meno che le parti, nell'esercizio dell'autonomia privata, non abbiano disposto diversamente; il dibattito interessa anche la prospettiva dell'efficacia della clausola con riguardo ad un'eventuale procedura esecutiva: parte della dottrina infatti ritiene che l'automaticità dell'effetto traslativo potrebbe rivelarsi controproducente per lo stesso creditore perché pregiudicherebbe

però che il suo valore venga determinato al momento del trasferimento in base alla stima²⁶⁴ di un esperto nominato amichevolmente o per via giudiziaria, ovvero sulla base della quotazione ufficiale in un mercato regolamentato²⁶⁵.

Al secondo comma la stessa disposizione prevede che, nell'ipotesi in cui il valore del bene – come stimato – superi quello del credito garantito, il creditore sia obbligato a versare al debitore la differenza, ovvero a metterla a disposizione di eventuali ulteriori creditori pignorati.

La formulazione della norma è chiara nel riconoscere il trasferimento di proprietà del bene oggetto di pegno quale metodo di escussione privata della garanzia fruibile dall'autonomia privata; allo stesso tempo, però, il debitore è tutelato dall'ingiustificato arricchimento del creditore mediante la qualificazione del procedimento di stima del bene in termini di condizione

una possibile rinegoziazione del termine di adempimento dell'obbligazione, o rischierebbe di tradursi *de facto* in una rinuncia preventiva alla procedura di esecuzione forzata, cfr. F. PÉROCHON, *La réforme du droit des entreprises en difficulté*, in *Dalloz*, 2009, p. 653; *contra* v. ancora L. AYNÈS – P. CROCQ, *Droit des suretés*, cit., p. 300 s., i quali – secondo una tesi condivisibile – sottolineano che rimettere l'effetto traslativo ad una mera facoltà del creditore potrebbe risultare eccessivamente pregiudizievole per il debitore ed anche per eventuali creditori concorrenti, diversamente laddove il creditore intendesse riservarsi la facoltà di procedere in via esecutiva ordinaria lo stesso potrebbe negoziare appositamente tale facoltà oppure il diritto di rinunciare all'effetto commissorio.

Ed ancora, come attentamente segnalato da attenta dottrina, nel silenzio della legge occorre individuare quale debba ritenersi il momento in cui si produce l'effetto traslativo automatico: tale profilo assume importanza centrale nelle ipotesi in cui il debitore inadempiente risulti soggetto ad una procedura concorsuale, poiché successivamente alla dichiarazione di fallimento il patto commissorio non potrebbe produrre i propri effetti, come sancito dall'art. L.622-7 del *Code de commerce* (*Il fait enfin obstacle à la conclusion et à la réalisation d'un pacte commissaire*) cfr. A. DADOUN, *La date du transfert de propriété en exécution du pacte commissaire*, in *Dr. e patr.*, 2009; L. AYNÈS – P. CROCQ, *Droit des suretés*, cit., p. 301.

²⁶⁴ Secondo l'interpretazione pacifica della norma il trasferimento della proprietà non deve ritenersi subordinato né differito alla realizzazione della stima sul bene, viceversa è necessario che la stima intervenga al momento del verificarsi del trasferimento, cfr. L. AYNÈS – P. CROCQ, *Droit des suretés*, cit., p. 301.

²⁶⁵ V. M. CABRILLAC – C. MOULY – S. CABRILLAC – P. PÉTEL, *Droit des suretés*, cit., p. 815 s.; L. AYNÈS – P. CROCQ, *Droit des suretés*, cit., p. 299 s., e 687 s.; S. HEBERT, *Le pacte commissaire après l'ord. 23 mars 2006*, in *Dalloz*, 2007, n. 2052.

indefettibile di validità dell'operazione²⁶⁶, diversamente infatti “*toute clause contraire est réputée non écrite*”²⁶⁷”.

Il medesimo principio viene proposto simmetricamente con riguardo alle tecniche di realizzazione del pegno su crediti – la cui disciplina, come detto, si colloca nell'ambito del *nantissement de meubles incorporels* (lib. IV, tit. II, cap. II c.c.) – ed infatti, ai sensi dell'art. 2365²⁶⁸ c.c. il creditore, in caso di inadempimento dell'obbligazione garantita, può farsi assegnare il credito oggetto di pegno per via giudiziale o, appunto, in forza di apposita convenzione disciplinante tale eventualità, ma ex art. 2366²⁶⁹ c.c., laddove il creditore, mediante il trasferimento della garanzia abbia ottenuto un valore

²⁶⁶ In dottrina si ritiene che la *ratio* sottesa all'obbligo di stima del bene oltre alla protezione del debitore, debba ricollegarsi alla tutela di altri eventuali creditori cfr. L. AYNÈS – P. CROCQ, *Droit des suretés*, cit., p. 301.

²⁶⁷ Parte della dottrina, tuttavia, ha osservato come la disposizione in esame si collochi al secondo periodo del comma secondo dell'art. 2348 c.c. e che quindi non sembra porsi a protezione dell'obbligo di restituzione dell'eccedenza sancito al seguente comma terzo dello stesso articolo, ne deriverebbe che tale obbligo di restituzione, diversamente dall'obbligo di stima, potrebbe non considerarsi norma di ordine pubblico; sulla base di questo ragionamento, L. AYNÈS, *Le nouveau droit du gage*, in *Dr. et patr.*, 2007, p. 48 s. ha ritenuto che l'eventuale maggior valore acquisito dal creditore debba qualificarsi in termini di ingiustificato arricchimento e quindi debba essere sottoposto alla disciplina sulla ripetizione dell'indebito; altra parte della dottrina, invece, ha prospettato la tesi secondo cui l'eventuale *surplus* di valore acquisito dal creditore debba qualificarsi in termini di attribuzione patrimoniale a titolo di penale per l'inadempimento, come tale suscettibile di essere ridotta dal giudice laddove ritenuta manifestamente eccessiva, cfr. P. CROCQ, *Gage*, in *Répertoire Civil Dalloz*, V, 2007, n. 137; in arg. v. anche P. LEMAY, *La clause pénale en nature*, in *RTD Com.*, 2017, p. 801 s.

²⁶⁸ Art. 2365 c.c.

En cas de défaillance de son débiteur, le créancier nanti peut se faire attribuer, par le juge ou dans les conditions prévues par la convention, la créance donnée en nantissement ainsi que tous les droits qui s'y rattachent.

Il peut également attendre l'échéance de la créance nantie.

In caso di sottoposizione del debitore ad una procedura concorsuale, nonostante il disposto dell'art. L. 622-7 *Code de commerce* imponga l'inefficacia del patto commissorio, la soddisfazione del creditore sarà solo posticipata e non preclusa, poiché lo stesso avrà diritto di richiedere ed ottenere il pagamento da parte del debitore del credito oggetto di pegno alla scadenza di quest'ultimo, cfr. L. AYNÈS – P. CROCQ, *Droit des suretés*, cit., p. 324.

²⁶⁹ Art. 2366 c.c.

S'il a été payé au créancier nanti une somme supérieure à la dette garantie, celui-ci doit la différence au constituant.

eccedente a quanto dovutogli²⁷⁰, quest'ultimo è obbligato a versare la differenza al soggetto costituente la garanzia.

L'unica disciplina²⁷¹ in cui il patto commissorio – o meglio, il patto marciano – è assolutamente precluso all'autonomia privata è quello dei contratti di credito mobiliare al consumo ai sensi dell'art. L311-32, ora trasposto all'art. L312-38 del *code de la consommation*²⁷².

Il meccanismo di realizzazione stragiudiziale della garanzia poc'anzi esaminato si rinviene anche in tema di ipoteca²⁷³ – e, in forza del rinvio operato dall'art. 2388 c.c. anche in tema di anticresi²⁷⁴ – all'art. 2459²⁷⁵ c.c., ai sensi del quale è rimessa alle parti la facoltà di stipulare una convenzione commissoria²⁷⁶ per cui, in caso di inadempimento dell'obbligazione garantita,

²⁷⁰ In questo caso, data la natura del bene oggetto di pegno, la legge non prevede l'obbligo di valutazione della garanzia trasferita, cfr. L. AYNÈS – P. CROCQ, *Droit des suretés*, cit., p. 323.

²⁷¹ Occorre peraltro dare conto del problematico coordinamento della disciplina del patto commissorio con quella inerente alla procedura fallimentare di cui all'art. L.622-7 *Code de commerce*, ai sensi del quale l'apertura della procedura nei confronti del debitore impedisce la realizzazione del patto commissorio. La dottrina francese si è espressa in termini assai critici con riguardo alla citata disposizione, tacciata di rendere in concreto inefficace, sul piano dei rapporti commerciali, il riconoscimento del patto commissorio operato dal legislatore, per tutti v. L. AYNÈS – P. CROCQ, *Droit des suretés*, cit., p. 302, spec. nt. 134, ove l'Autore sottolinea come, più coerentemente, il nuovo art. 48 *bis* t.u.b. italiano, disciplinante l'ipotesi di patto marciano immobiliare riservato ai finanziamenti concessi alle imprese, abbia previsto al comma dodici che il fallimento del debitore titolare di diritto reale immobiliare sul bene oggetto di patto non preclude l'operare della fattispecie traslativa a favore del creditore ammesso al passivo; nella dottrina francese v. G. AFFAKI, in *Banque e droit*, 2016, n. 168, p. 47 s.; per un'analisi della fattispecie dell'art. 48 *bis* v. *infra* Cap. IV, Par. 2.

²⁷² Art. L.312-38 *code de la consommation*.

En cas de défaillance de l'emprunteur, seuls les modes de réalisation du gage autorisés par les articles 2346 et 2347 du code civil sont ouverts aux créanciers gagistes, à l'exclusion du pacte comissoire prévu à l'article 2348 qui est réputé non écrit.

²⁷³ M. CABRILLAC – C. MOULY – S. CABRILLAC – P. PÉTEL, *Droit des suretés*, cit., p. 815 s.

²⁷⁴ Occorre precisare che, fermo il rinvio appena citato, l'art. 2388 c.c. fa ora riferimento al *gage immobilier*, termine con cui il legislatore, nel 2009, ha ridefinito il contratto di anticresi, cfr. *LOI n. 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures*.

²⁷⁵ Art. 2459 c.c.

Il peut être convenu dans la convention d'hypothèque que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué. Toutefois, cette clause est sans effet sur l'immeuble qui constitue la résidence principale du débiteur.

²⁷⁶ Con riguardo al patto commissorio ipotecario, profili problematici sono stati evidenziati in dottrina in merito al regime di opponibilità del patto nei confronti di soggetti

l'immobile ipotecato è trasferito automaticamente in proprietà del creditore²⁷⁷.

Anche in questo caso, tuttavia, l'art. 2460²⁷⁸ c.c. introduce la cautela marciana in forza della quale, poiché il trasferimento della proprietà possa considerarsi valido, il bene deve essere stimato²⁷⁹ e l'eventuale eccedenza rispetto al valore del debito inadempito deve essere versata al debitore, o se sussistenti, agli altri creditori ipotecari²⁸⁰.

Occorre peraltro precisare che il meccanismo stragiudiziale di trasferimento del bene ipotecato, ai sensi dell'art. 2459²⁸¹ ultimo comma c.c.

terzi in particolare acquirenti successivi del bene immobile non liberato ma, soprattutto, altri creditori ipotecari, sul tema v. *funditus* L. AYNÈS – P. CROCQ, *Droit des suretés*, cit., p. 398.

²⁷⁷ La dottrina francese, peraltro, non ha mancato di sottolineare come il patto commissorio ipotecario in realtà non fosse mai stato espressamente vietato dal legislatore e allo stesso tempo tale tipologia di convenzione fosse piuttosto rara nell'ambito dei traffici commerciali, cfr. L. AYNÈS – P. CROCQ, *Droit des suretés*, cit., p. 397; ciò nonostante alcuni Autori hanno criticato l'espresso riconoscimento del patto commissorio ipotecario sostenendo che in tale settore una tale convenzione non potrebbe garantire un grado di tutela del debitore pari a quello fornito dalla vendita pubblica, v. J-M. HOCQUARD, *Le pacte commissorie: une fausse bonne idée*, in *Dr.et patr.*, 2005, p. 80 s.; M. CABRILLAC – C. MOULY – S. CABRILLAC – P. PÉTEL, *Droit des suretés*, cit., p. 815 s., secondo cui il patto commissorio avente ad oggetto immobili si sottopone ad un duplice rischio per il debitore: il primo riguarda la possibilità che il creditore, solitamente un istituto di credito in posizione di forza, possa esercitare pressioni per la nomina di uno stimatore che gli sia più favorevole, e il secondo riguarda l'impossibilità di escludere a priori che creditore e terzo estimatore non si accordino in via fraudolenta.

²⁷⁸ Art. 2460 c.c.

Dans les cas prévus aux deux articles précédents, l'immeuble doit être estimé par expert désigné à l'amiable ou judiciairement.

Si sa valeur excède le montant de la dette garantie, le créancier doit au débiteur une somme égale à la différence; s'il existe d'autres créanciers hypothécaires, il la consigne.

²⁷⁹ È stato sottolineato che l'art. 2460 c.c. non riporta la medesima formulazione del corrispondente art. 2348 c.c. in tema di patto commissorio mobiliare, per cui potrebbero sussistere dubbi circa la natura imperativa della norma che impone la stima dell'immobile; tuttavia la soluzione preferibile in dottrina si ritiene essere l'estensione in via interpretativa all'art. 2460 c.c. del principio di imperatività affermato in materia di patto commissorio pignoratorio, cfr. M. CABRILLAC – C. MOULY – S. CABRILLAC – P. PÉTEL, *Droit des suretés*, cit., p. 818.

²⁸⁰ La disposizione è stata criticata in dottrina nella parte in cui propone l'obbligo di versamento dell'eccedenza agli altri creditori: trattandosi di una procedura stragiudiziale di realizzazione della garanzia, infatti, pare difficilmente ammissibile che eventuali altri creditori iscritti possano dividersi l'eventuale eccedenza del valore del bene al di fuori di una procedura esecutiva ordinaria, cfr. sul punto L. AYNÈS – P. CROCQ, *Droit des suretés*, cit., p. 398, anche con riguardo alla medesima problematica nell'ambito del patto commissorio mobiliare.

²⁸¹ Cfr. *supra*, Par. 1.1.

non può trovare applicazione nelle ipotesi in cui l'immobile oggetto di garanzia costituisca la residenza principale del debitore²⁸².

Ed ancora, nell'ambito della disciplina delle garanzie immobiliari, la riforma in esame non è intervenuta sul descritto art. 742 c.p.c. *ancien*, che quindi continua a sancire il divieto di clausole di *voie parée*²⁸³, e – a ben vedere – proprio in ragione della coesistenza con il nuovo istituto tipizzato dal legislatore, pare assumere un ruolo più preciso nell'ambito della disciplina sostanziale e processuale delle garanzie immobiliari.

Infatti la convenzione commissoria – come delineata dalle disposizioni descritte – si articola esclusivamente in termini di trasferimento della proprietà sul bene oggetto di garanzia e si pone al di fuori della procedura di esecuzione forzata, concretizzando una vera e propria alternativa alla stessa.

Il divieto *ex art. 742 c.p.c. ancien*, invece, trova applicazione *in primis* con riferimento alle possibili convenzioni aventi effetto nell'ambito della procedura di esecuzione forzata, ed *in secundis* riguardo agli accordi in forza dei quali al creditore è conferito il potere di procedere alla vendita in via privata del bene ipotecato²⁸⁴.

L'analisi delle innovazioni operate dal legislatore francese in ordine alle tecniche di escussione della garanzia reale consegnano all'interprete alcuni dati di fondamentale importanza ai fini di un'analisi comparata dei formanti legislativi.

In primo luogo occorre segnalare come la riforma esaminata abbia sostanzialmente recepito sul piano normativo una serie di istituti espressione

²⁸² Secondo M. CABRILLAC – C. MOULY – S. CABRILLAC – P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, cit., p. 816, la natura di residenza principale del debitore da attribuire all'immobile deve essere oggetto di verifica al momento della realizzazione della garanzia pignorizia e non al momento della conclusione del patto.

²⁸³ Cfr. F. FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica*, cit., p. 1199.

²⁸⁴ La novella del 2006 e la conseguente convivenza del patto commissorio da un lato e del divieto di *voie parée* dall'altro tendono a confermare l'interpretazione di una parte della dottrina che attribuiva al divieto *ex art. 742 c.c.* il ruolo di protezione del ruolo dello stato all'interno della procedura esecutiva e non, come si verificava assai spesso nella pratica, al di fuori della stessa, in arg. v. M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 57 s.

di una tendenza largamente consolidata nella prassi giurisprudenziale consistente nello sfruttamento del trasferimento della proprietà sul bene garantito quale tecnica di realizzazione²⁸⁵ della garanzia reale alternativa alla procedura ordinaria.

Nel fare ciò, il fondamentale principio su cui si innerva la riforma è quello di garantire, anche nelle ipotesi di realizzazione della garanzia sul piano privato, l'equilibrio oggettivo tra le posizioni delle parti del rapporto di garanzia.

Come si evince dal corpo dell'*avant-projet de texte*, infatti, la *ratio* su cui si incentra il nuovo articolato è quella di impedire che la garanzia, e quindi pure la peculiare fase di realizzazione delle stessa, procuri al creditore un ingiustificato arricchimento²⁸⁶ ai danni del debitore.

A ben vedere, quindi, prima di ammettere normativamente il meccanismo commissorio, il legislatore francese – anche guardando alle soluzioni elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza – ha circoscritto la *ratio* dell'abrogando divieto alla necessità di impedire un ingiustificato arricchimento del creditore nella fase di escussione della garanzia.

Sulla base di questa presa di coscienza dei valori fondanti la materia in esame, le riforma ha saputo allinearsi alle esigenze concrete dell'autonomia privata delineando il trasferimento della proprietà sul bene oggetto di garanzia quale via alternativa all'esecuzione forzata, rimessa alla disciplina da parte dell'autonomia privata, ma allo stesso sottoposta ai limiti echeggianti il patto

²⁸⁵ A conferma del fatto che il legislatore francese abbia adottato un approccio teso a riconoscere il patto commissorio quale tecnica di escussione della garanzia in via privata, occorre segnalare che la riforma delle garanzie è intervenuta nell'ambito della realizzazione della garanzia predisponendo un meccanismo *ad hoc* per il trasferimento della proprietà del bene oggetto di garanzia o per la liquidazione del medesimo per via giudiziale, e così in materia di pegno su beni mobili corporali agli artt. 2346-2347 c.c., di pegno su crediti all'art. 2365 c.c., e di ipoteca all'art. 2458 secondo comma c.c.

²⁸⁶ Cfr. art. 2286-3 *avant-projet de texte* redatto dall'*Association Henri Capitant*, peraltro non trasposto nell'*ordonnance* del 2006, ai sensi del quale “*la sûreté ne peut procurer au créancier aucun enrichissement*”.

marciano di matrice romanistica²⁸⁷, in grado di racchiudere l'operazione entro gli invalicabili confini della giustizia sostanziale.

Sotto un altro punto di vista, la novella del 2006 risulta particolarmente apprezzabile in termini di tecnica legislativa in ragione della sistematicità con cui è intervenuta sulla materia delle garanzie reali e quindi anche in materia di patto commissorio, delineando il trasferimento di proprietà del bene in garanzia quale modello di esecuzione privata applicabile in via generale al pegno – di beni corporali e non – tanto quanto all'ipoteca, rimettendo a puntuali disposizioni il compito di individuare le peculiari fattispecie di settore in cui l'istituto non può trovare applicazione²⁸⁸.

1.3. *Il trasferimento della proprietà in funzione di garanzia: la fiducia-sûreté.*

L'opera riformatrice del legislatore francese in materia di garanzie reali del credito, lungi dall'esaurirsi con la descritta *Ordonnance* del 2006, ha successivamente interessato il controverso tema della proprietà-garanzia.

Come già sottolineato, infatti, fin dai tempi più risalenti nella prassi negoziale d'oltralpe erano andate affermandosi tecniche di garanzia del credito incentrate sul trasferimento della proprietà²⁸⁹.

²⁸⁷ V. *supra*, Cap. I, Par. 3.

²⁸⁸ Una fattispecie speciale riguardo alla quale l'*Ordonnance* del 2006 aveva precluso la negoziabilità del patto commissorio è quella del *gage des stocks*, un nuovo modello di pegno commerciale non possessorio costituibile sulle scorte di magazzino dell'imprenditore (cfr. *Code de commerce* artt. L.527-1/9), ai sensi dell'originario art. L.527-3, infatti "*est réputée non écrite toute clause prévoyant que le créancier deviendra propriétaire des stocks en cas de non-paiement de la dette exigible par le débiteur*", successivamente con l'*ordonnance n. 2016-56 du 29 janvier 2016*, il divieto è stato abrogato e pertanto all'autonomia privata è riconosciuta la libertà di pattuire un patto commissorio avente ad oggetto un *gage des stocks*, cfr. C. JUILLET, *La réforme du gage de stocks*, in *Recueil Dalloz*, 2016, p. 561 s.

²⁸⁹ V. *supra*, Par. 1.1., in questo Capitolo.

Alla diffusione della *venté a réméré* o della *clause de réserve de propriété*²⁹⁰ in funzione di garanzia, più recentemente era subentrato l'impiego di istituti come la cessione fiduciaria del credito a scopo di garanzia e il *gage-espèces*, ovvero il pegno su somme di denaro, fattispecie in taluni casi oggetto anche di puntuali interventi normativi quali la descritta *loi Dailly* ovvero la disciplina in materia di *credit bail*²⁹¹.

Il progressivo riconoscimento giurisprudenziale e legislativo di tali figure giuridiche – seppure in via disorganica e frammentaria – sul finire del secolo scorso è divenuto indice evidente di una tendenza ormai consolidata nell'autonomia privata a ricercare alternative ai modelli tradizionali di garanzia in grado di assicurare maggiore agilità quanto a costi e tempi di costituzione ma, soprattutto, un regime di soddisfazione del creditore immediato ed efficiente in caso di inadempimento dell'obbligazione garantita²⁹².

Da questo punto di vista, l'esperienza francese²⁹³ – come peraltro quella di altri ordinamenti giuridici, tra cui quello italiano – consente di attrarre nel campo di indagine una problematica più generale afferente alla disciplina delle garanzie reali del credito, che negli ultimi decenni ha assunto notevole rilevanza nel dibattito dottrinale internazionale²⁹⁴.

²⁹⁰ Sul tema, per tutti v. P. CROCQ, *Propriété et garantie*, cit., p. 18 s. e 38 s., cfr. *supra*, Par. 1.1.

²⁹¹ V. *amplius*, *supra* Par. 1.1., in questo Capitolo.

²⁹² F. FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica*, cit., p. 1157 s.; il trasferimento fiduciario della proprietà, per esempio, è stato largamente sfruttato dall'autonomia privata come mezzo funzionale alla costituzione di garanzie mobiliari non possessorie in grado di evitare alle parti adempimenti pubblicitari (e relativi costi) connaturali alla disciplina normativa delle garanzie tipiche., cfr. ID., *Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati Europei*, cit., p. 821 s.

²⁹³ F. FIORENTINI, *Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati Europei*, cit., p. 821 s.; il fenomeno di surrogazione della garanzia mobiliare non possessoria con la proprietà fiduciaria è un fenomeno risalente anche in altri ordinamenti giuridici europei, per un'analisi nell'ambito del sistema olandese delle garanzie, cfr. J.H.M.VAN ERP – L. P. W. VAN VLIET, *Real and personal security*, cit., p. 115 s.

²⁹⁴ Sul tema v. F. FIORENTINI, *Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati Europei*, cit., p. 821 s.; A. VENEZIANO, *Le garanzie mobiliari non possessorie. Profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale*, Milano, 2000, p. 105 s.; U. DROBNIG, *Present and Future of Real and Personal Security*, in *ERPL*, 2003, V, p. 623 s.;

Si fa riferimento alla crescente tensione, se non addirittura alla contrapposizione, tra modelli di qualificazione e quindi di regolamentazione della garanzia reale, in tutti i suoi aspetti, dalla costituzione alla realizzazione della stessa.

E così su un fronte si è proposto un paradigma cd. “formale” di garanzia – caratteristico della maggioranza degli ordinamenti europei ed ereditato dalla tradizione di diritto romano²⁹⁵ – fondato su una rigida classificazione delle garanzie reali tipizzate dal legislatore, e proclive ad un’analisi in termini strutturali delle fattispecie sviluppate dall’autonomia privata alla luce dei modelli già regolati dall’ordinamento.

Sull’altro fronte, invece, grazie agli studi sviluppati in prima istanza dalla dottrina statunitense²⁹⁶, è emerso il modello cd. “funzionale” di garanzia, in forza del quale la valutazione della fattispecie da parte del legislatore (e quindi dell’interprete) predilige un approccio sostanziale/teleologico, orientato ad individuare il fine perseguito dalle parti nell’operazione concreta e di conseguenza identificare la disciplina da applicarsi a prescindere dall’*habitus* formale sfruttato dall’autonomia privata, sia esso confacente alle figure tradizionali di garanzia ovvero modellato su schemi atipici di trasferimento della proprietà in funzione di garanzia²⁹⁷.

M. BRIDGE – R. MACDONALD – R. SIMMONDS – C. WALSH, *Formalism, Functionalism and Understanding the Law of Secured Transaction*, in *McGill Law Journal*, 1999, p. 567 s.

²⁹⁵ Occorre tuttavia precisare che un approccio formalista alla categorizzazione dei diritti reali di garanzia si rinviene pure nell’ordinamento anglosassone, cfr. F. FIORENTINI, *Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati Europei*, cit., p. 821 s. con riferimento all’opera di L. GULLIFER, *Quasi-security Interests: Functionalism and the Incidents of Security*, in I. DAVIES (a cura di) *Issues in International Commercial Law*, Burlington, 2005, p. 3 s.

²⁹⁶ Il modello di garanzia funzionale è stato sviluppato dalla dottrina statunitense nell’ambito delle tecniche di garanzia su beni mobili ed è alla base della formulazione dell’art. 9 dello *Uniform Commercial Code*, cfr. R. CUMING, *The Internationalization of Secured Financing Law: the Spreading Influence in the Concepts UCC, Article 9 and its Progeny*, in *Making Commercial Law. Essays in Honour of Roy Goode*, Oxford, 1997, p. 501 s.

²⁹⁷ Il modello statunitense ispirato ad un approccio funzionale nella qualificazione della garanzia reale ha influenzato diverse riforme del sistema delle garanzie negli ordinamenti dell’America latina, ma non solo. Recentemente – nel 2013 – anche nell’ordinamento belga il sistema delle garanzie reali del credito è stato assoggettato ad importanti riforme. Con la *Loi 24 juin et 11 juillet 2013*, il Titolo XVII del Libro II del codice civile è stato integralmente

Il legislatore francese, ancora una volta – giova ribadirlo – mosso dalla necessità allineare l’ordinamento alle rinnovate esigenze del mercato, ha saputo trovare un punto di equilibrio nella tensione tra i modelli descritti provvedendo a riconoscere, al fianco degli istituti classici – peraltro, come si è visto, ampiamente rinnovati – uno schema tipico di proprietà funzionale alla garanzia del credito, offrendone una disciplina generale ed organica tesa a soddisfare l’interesse del creditore, ma allo stesso tempo, a garantire il debitore e i terzi da condotte fraudolente nella costituzione, ma soprattutto nella realizzazione della garanzia.

riorganizzato sulla base di tre capitoli intitolati: *Du gage, De la Réserve de Propriété, e Du Droit de Réention*. Tra gli obiettivi perseguiti dalla riforma si propone l’intento del legislatore di applicare un approccio funzionale alla regolazione della garanzia reale, in forza del quale figure analoghe di garanzia siano assoggettate al medesimo regime giuridico, indipendentemente dalle differenze concettuali che le caratterizzano.

Tra i profili maggiormente rilevanti della riforma si annovera la riorganizzazione delle disposizioni in materia di pegno, con l’introduzione della figura del pegno senza spossessamento unitamente all’eliminazione di una serie di fattispecie speciali di garanzia mobiliare.

Sul piano delle tecniche di realizzazione della garanzia reale nell’ipotesi di inadempimento, l’art. 47 della *Loi*, ispirandosi al modello introdotto dalla riforma francese, ha abrogato il divieto di patto commissorio mobiliare prevedendo espressamente la possibilità per il creditore di soddisfarsi mediante la rilocazione del bene oggetto di garanzia, ovvero mediante l’appropriazione dello stesso. In tale ultima ipotesi, la legge prevede espressamente, all’art. 53, che la modalità di realizzazione della garanzia risulti da un accordo espresso tra le parti in sede di costituzione della garanzia, ovvero successivamente.

Quanto alle modalità di escussione privatizzata, l’art. 53 della *Loi* impone che il valore del bene debba essere determinato da un esperto al momento del trasferimento della proprietà, ovvero, per i beni quotati in mercati regolamentati facendo riferimento alla quotazione resa nello stesso momento. Inoltre la legge prevede che la realizzazione della garanzia debba effettuarsi in base al principio di buona fede e in forza di un criterio di giustificazione economica (suscettibile di vaglio da parte del giudice a priori, ovvero anche in una fase antecedente all’attuazione della clausola di escussione privatizzata). Laddove, infatti, il creditore, mediante la liquidazione del bene ovvero l’acquisizione della proprietà, ottenga un valore eccedente a quello del debito inadempito, esso è obbligato a restituire l’eccedenza al debitore, laddove non sussistano ulteriori creditori di grado successivo.

Per un’analisi del nuovo modello belga di garanzia reale del credito, anche con riferimento alle tecniche di realizzazione della garanzia v. E. DIRIX, *The Reform of Security Law in Belgium*, in A. APERS – S. BOULY – E. DEWITTE – D. GRUYAERT, *Property Law Perspective III*, Cambridge – Antwerp – Portland, 2015, p. 135 s.; ID., *The New Belgian Act on Security Interests in Movable Property*, in *Int. Insolvency Rev.*, 2014, XXIII, p. 171 s.; F. HELSEN, *Security in Movables Revisited: Belgium’s Rethinking of the Article 9 UCC System*, in *ERPL*, 2015, VI, p. 959 s.; A. MORELL – F. HELSEN, *The Interrelation of Transparency and Availability of Collateral: German and Belgian Laws of Non-possessory Security Interests*, in *European Review of Private Law*, 2014, III, p. 422 s.

È da questi presupposti che trae origine la riforma di cui alla *Loi n. 2007-211 du 19 février 2007* con cui, agli artt. 2011 e ss. del *code civil*, è stata introdotta la disciplina della *fiducie*.

All'art. 2011²⁹⁸ c.c. l'istituto in esame viene definito come quell'operazione in forza della quale uno o più costituenti trasferiscono beni, diritti o garanzie, presenti o futuri, ad uno o più fiduciari che li mantengono separati dal proprio patrimonio e li gestiscono agendo per uno scopo specifico nell'interesse di uno o più beneficiari.

Già da un'analisi *prima facie* della figura come delineata dal legislatore appare evidente l'analogia, in punto di struttura e di funzione, tra la *fiducie* francese e il modello di patrimonio segregato e destinato rispondente al *trust*²⁹⁹ di matrice anglosassone.

Ai fini della presente indagine, la declinazione della proprietà fiduciaria che viene in rilievo è quella della *fiducie-sûreté*, ovvero della fiducia a scopo di garanzia³⁰⁰.

²⁹⁸ Art. 2011 c.c.

La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires.

²⁹⁹ È proprio la volontà di introdurre un istituto di diritto francese equivalente ed alternativo al *trust* anglosassone che ha mosso le varie proposte di legge in materia, fin dagli inizi del '900, cfr. E. M. MASTROPAOLO, *La fiducie nel diritto positivo francese*, in *R. d. civ.*, 2000, I, p. 35 s.; per una teoria della *fiducie* quale modello giuridico di trasferimento fiduciario della proprietà, prima della sua introduzione nel codice civile, si veda la fondamentale opera di C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, cit.; in arg. v. anche M. GRIMALDI, *La fiducie*, in *Répertoire Défrénois*, 1991, n. 35085.

Il cammino che ha condotto all'introduzione della *fiducie* nell'ordinamento francese può dirsi tutt'altro che agevole: un primo *avant projet* è stato presentato nel 1990, ma non ha avuto successo soprattutto per l'opposizione del Ministero di Economia e Finanza che guardava con sospetto all'istituto, considerandolo un mezzo di potenziale evasione fiscale; l'idea di una disciplina della proprietà fiduciaria è emersa nuovamente con la proposta di legge n. 178 depositata al Senato da Philippe Marini, sul cui articolato hanno preso avvio i lavori sfociati successivamente nella legge del 2007, in arg. v. L. AYNÈS – P. CROCQ, *Droit des sûretés*, cit., p. 441.

³⁰⁰ La definitiva consacrazione della *fiducie-sûreté* quale metodo di costituzione della garanzia reale si ha con la *Loi n. 2009-112 del 30.01.2009*, mediante la quale il legislatore francese ha chiarito che la *fiducie* può essere costituita per perseguire finalità di gestione o di garanzia, di fatto completando la laconica definizione fornita dall'art. 2011 c.c.

A valle di una serie di modifiche legislative che hanno interessato l'originario articolato del 2007, la *fiducie-sûreté* si presenta all'interprete quale modello di garanzia reale fondato sul trasferimento fiduciario della proprietà fruibile, in qualità di soggetto costituente la garanzia, sia da persone giuridiche che da persone fisiche³⁰¹.

Ristretto è invece il novero soggettivo dei possibili fiduciari, ovvero dei soggetti deputati alla gestione del patrimonio per la finalità di garanzia. Tale posizione, ai sensi dell'art. 2015 c.c., può essere assunta esclusivamente da istituti di credito, società di servizi, società di investimento, enti deputati alla gestione di portafogli, società assicurative registrate e, da ultimo, anche da avvocati³⁰².

Giocoforza, nelle ipotesi in cui il creditore non soddisfi i requisiti soggettivi appena delineati, per aversi la regolare costituzione della *fiducie* le parti dovranno individuare un terzo fiduciario fra i soggetti *ex art.* 2015 c.c. cui sarà affidata l'amministrazione dei beni in garanzia nell'interesse del creditore/beneficiario, secondo lo schema definito *fiducie-sûreté avec entiercement*³⁰³.

Il contratto costitutivo della fiducia deve essere redatto in forma scritta a pena di nullità e deve essere sottoposto a pubblicità in apposito registro ai fini dell'opponibilità nei confronti dei terzi.

³⁰¹ In origine la costituzione della *fiducie* era riservata esclusivamente a persone giuridiche soggette all'imposta sulle società (*ancien art.* 2014 c.c.), successivamente il rango soggettivo dei costituenti il patrimonio fiduciario è stato esteso anche alle persone fisiche in forza della *Loi 4 août 2008*, in arg. v. L. AYNÈS – P. CROCQ, *Droit des suretés*, cit., p. 445; A. NERI, *Un'altra tappa nel percorso della fiducie francese: le modifiche introdotte dalla legge 4 agosto 2008*, in *Trusts*, 2008, VI, p. 595 s.

³⁰² Anche l'estensione alla categoria degli avvocati della possibilità di ricoprire il ruolo di fiduciario si deve con la *Loi 4 août 2008*, cui è seguita una riforma delle disposizioni in materia di deontologia professionale intervenuta nel 2009 ad opera del Consiglio Nazionale degli Avvocati francese, cfr. C. SAND, *Dernières précisions concernant les conditions d'exercice de la qualité de fiduciaire par les avocats*, in *JCP G*, 2010.

³⁰³ L. AYNÈS – P. CROCQ, *Droit des suretés*, cit., p. 444; sulla possibilità di costituire un patrimonio fiduciario a favore di terzo, v. M. CABRILLAC – C. MOULY – S. CABRILLAC – P. PÉTEL, *Droit des suretés*, cit., p. 638.

Come previsto dall'art. 2011 c.c., l'oggetto della *fiducie* può consistere in beni, diritti e garanzie: non sussiste quindi alcuna limitazione quanto alla natura e alla tipologia dei beni che le parti possono destinare alla costituzione del patrimonio fiduciario, il quale quindi potrà essere impiegato per la realizzazione di una garanzia mobiliare o immobiliare.

Proprio al fine di coordinare detta previsione con la disciplina delle garanzie prevista dal libro IV del *code civil*, il legislatore ha declinato l'istituto della *fiducie-sûreté* riservandogli un'apposita regolamentazione tanto nell'ambito delle garanzie mobiliari, agli artt. 2372-1 e ss. c.c., che in quello delle garanzie immobiliari agli artt. 2488-1 e ss. c.c..

Con la *fiducie-sûreté*, quindi, le parti danno luogo ad un trasferimento temporaneo e funzionalizzato della proprietà su beni mobili o immobili ad un soggetto fiduciario, il quale diviene in tal modo titolare di un patrimonio separato per la durata del rapporto di garanzia.

In caso di fisiologico svolgimento del rapporto obbligatorio garantito, il fiduciario è obbligato a ritrasferire i beni vincolati al costituente, diversamente, nell'ipotesi di inadempimento dell'obbligazione garantita il creditore ha diritto di rivalersi direttamente sul patrimonio fiduciario³⁰⁴.

Tale ultima eventualità è disciplinata secondo uno schema comune dall'art. 2488-3 c.c. per la garanzia immobiliare e all'art. 2372-3 c.c. per quella mobiliare.

Nell'ipotesi in cui il creditore sia anche fiduciario, la legge gli riconosce la piena disponibilità sui beni oggetto del patrimonio fiduciario: egli avrà quindi diritto di godere e disporre degli stessi quale pieno proprietario.

Diversamente, laddove il creditore non sia anche fiduciario, il primo avrà diritto di chiedere ed ottenere dal secondo la piena disponibilità dei beni, ovvero – ove previsto espressamente dal contratto di *fiducie* – di pretendere la vendita dei beni e soddisfarsi sul ricavato.

³⁰⁴ L. AYNÈS – P. CROCQ, *Droit des sûretés*, cit., p. 444

A completamento delle regole governanti la realizzazione della garanzia fiduciaria il legislatore francese impone una serie di cautele che ricalcano perfettamente quelle predisposte in materia di garanzie reali tipiche con la riforma del 2006 in riferimento al neo-consacrato patto commissorio³⁰⁵.

Ed anzi, proprio perché la realizzazione della garanzia fiduciaria, come detto, si fonda in via generale sul trasferimento della proprietà al creditore, gli interessi sottesi all'escussione della *fiducie-sûreté* ricalcano esattamente quelli della fattispecie commissoria e si risolvono nella necessità di garantire che la realizzazione della garanzia non conferisca al creditore un valore eccedente a quello del debito inadempito.

A tal fine gli artt. 2372-3 – 2372-4 da un lato, e gli artt. 2488-3 – 2488-4 c.c. dall'altro, impongono che i beni oggetto di *fiducie* siano oggetto di valutazione al momento dell'inadempimento mediante una stima realizzata da un esperto nominato amichevolmente o dal giudice, a meno che non si tratti di beni quotati in un mercato regolamentato (per i beni mobili). Alla norma è attribuita natura imperativa e qualsiasi pattuizione contraria “*est réputée non écrite*”.

Ancora, riproponendo lo schema del patto marciano, le disposizioni citate prevedono l'obbligo per il creditore di restituire al debitore l'eventuale eccedenza tra il valore dei beni acquisiti in proprietà risultante dalla perizia di stima – ovvero il ricavato della liquidazione degli stessi – e quello dell'obbligazione inadempita.

La disciplina della *fiducie-sûreté*, in definitiva, offre due dati di notevole rilevanza ai fini della presente indagine.

Il primo riguarda la scelta del legislatore francese di accogliere in un istituto tipico il modello di garanzia reale incentrato sul trasferimento della proprietà, di fatto superando le argomentazioni di carattere dogmatico storicamente avanzate da parte della dottrina avverso l'ammissibilità di una

³⁰⁵ M. CABRILLAC – C. MOULY – S. CABRILLAC – P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, cit., p. 638 s.; L. AYNÈS – P. CROCQ, *Droit des sûretés*, cit., p. 440 s.

tale soluzione, e d'altro canto dimostrandosi sensibile alla necessità – affermatasi soprattutto a livello internazionale – di allinearsi ad un approccio funzionale alla garanzia reale³⁰⁶.

Il secondo attiene più direttamente la collocazione dogmatica del patto commissorio nella disciplina delle garanzie reali del credito.

Seguendo un approccio condivisibile, infatti, il formante legislativo sviluppato *post* 2006 ha dimostrato di affrontare il tema del patto commissorio esclusivamente dalla prospettiva delle tecniche di realizzazione della garanzia – sia essa di natura tradizionale, ovvero modellata sullo schema della *fiducie-sûreté* – tenendolo ben distinto, sul piano dogmatico prima che normativo, dal diverso piano dell'alienazione a scopo di garanzia, che, come già sottolineato, deve inquadrarsi invece tra le possibili tecniche di garanzia del credito.

Da ultimo, concepire il trasferimento commissorio semplicemente come una tecnica di realizzazione della garanzia, ha consentito al legislatore francese di individuare quale sia il fondamentale rischio sotteso ad un meccanismo di tal guisa, ossia lo squilibrio oggettivo delle posizioni di debitore e creditore alla luce del complessivo rapporto di garanzia.

³⁰⁶ La disciplina delle garanzie reali del credito nell'ordinamento francese, nonostante la fondamentale riforma del 2006, continua ad essere una questione di forte attualità tanto che in data 18 giugno 2018 è stato presentato in parlamento un progetto di ulteriore riforma della materia nel quadro di una complessiva riforma in materia di impresa.

Il progetto denominato “*Pacte*” prevede un ulteriore riordino del sistema delle garanzie mobiliari e la soppressione di una serie di fattispecie speciali desuete con l'obiettivo di uniformare il più possibile la disciplina del pegno, oltre alla soppressione di una serie di privilegi speciali e alla modifica del regime della riserva di proprietà con finalità di garanzia.

Tra gli obiettivi del legislatore si propone anche la volontà di uniformare le tecniche di realizzazione della garanzia reale, sia tradizionale che fiduciaria, mediante un coordinamento della disciplina prevista per l'esecuzione forzata nel codice di procedura civile e quella delle procedure concorsuali, in modo da ampliare la possibilità per le parti di richiedere l'assegnazione giudiziale del bene oggetto di garanzia ovvero di servirsi del patto commissorio anche nell'ambito di procedure liquidative concorsuali; per un commento al progetto di riforma e alle sue implicazioni in relazione alla generale disciplina della garanzia reale del credito in Francia v. Y. BLANDIN – V. MAZEAUD, *Quelle Réforme pour le droit des sûretés?*, Dalloz, Paris, 2019; J. D. PELLIER, *Le Réforme du droit des sûretés est en marche!*, in *D. actu.*, 2018; M. GRIMALDI – D. MAZEAUD – P. DUPICHOT, *Présentation d'un avant-projet de réforme des sûretés*, in *Rec. Dalloz.*, 2017, p. 1717 s.

Eliminato quel rischio alla radice, per mezzo di una disciplina incentrata sul modello del patto marciano, il trasferimento del bene oggetto di garanzia in sede di escussione della medesima merita di trovare pieno riconoscimento quale tecnica di autotutela esecutiva fruibile dal creditore in via alternativa alle ordinarie procedure giudiziali.

2. L'esperienza tedesca.

2.1. *Il divieto di patto commissorio nell'ordinamento tedesco.*

All'influenza dei principi di origine romanistica³⁰⁷ – come si è già accennato³⁰⁸ – non si è sottratto nemmeno l'ordinamento tedesco³⁰⁹, che, fin dall'originale versione del codice civile (*Bürgerliches Gesetzbuch*³¹⁰) entrata in vigore nel 1900, ha recepito il divieto di patto commissorio (cd. *verfallklausel*³¹¹) trasponendolo in due diverse disposizioni: l'art. 1149 riguardo all'ipoteca e l'art. 1229 riguardo al pegno³¹².

³⁰⁷ Sull'influenza del diritto romano su quello delle popolazioni germaniche medievali v. C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 92 s.; F. FIORENTINI, *Le garanzie immobiliari in Europa. Studi di diritto comparato*, cit., p. 28 s.; giova peraltro considerare che il sistema tedesco delle garanzie reali, a seguito dell'entrata in vigore del BGB, è andato progressivamente sviluppandosi in base all'influenza della normativa di settore e, soprattutto, delle soluzioni giurisprudenziali, determinandosi così un graduale spostamento della realtà giuridica dagli istituti tradizionali di derivazione romanistica, v. sul punto G. PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, Napoli, 1980, p. 2 s.; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, p. 244 s.

³⁰⁸ V. *supra*, Cap. I, par. 1.3.

³⁰⁹ M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 152.

³¹⁰ D'ora in avanti per comodità BGB.

³¹¹ Letteralmente l'espressione sta per *clausola di decadenza*, ove per decadenza si intende quella dalla proprietà del bene oggetto di garanzia reale, che ne comporta il trasferimento al creditore, cfr. G. VALENTE, *Patto commissorio e pegno nel diritto Tedesco: Verfallvereinbarung und Pfandrecht*, in *Jus Civile*, 2014, XII, p. 404 s.; M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 75 s.

³¹² Diversamente dal Codice Civile italiano, la disciplina del patto commissorio trova collocazione nel BGB in due diverse disposizioni in materia di pegno ed ipoteca, istituiti a loro volta disciplinati nel Libro III relativo ai diritti reali (*Sachenrecht*).

Ai sensi dell'art. 1149 BGB³¹³ “*il proprietario non può, fintanto che il credito non è in suo confronto scaduto, accordare al creditore il diritto di pretendere, per essere soddisfatto, il trasferimento della proprietà del fondo o di promuovere l'alienazione del fondo per altra via che sia quella dell'esecuzione forzata*³¹⁴”.

La norma colpisce quindi la pattuizione commissoria accessoria all'ipoteca che disponga il trasferimento automatico dell'immobile, ovvero l'attribuzione al creditore dello *ius vendendi* in via privata sul medesimo³¹⁵.

Dal tenore letterale della disposizione traspare il giudizio di disvalore del legislatore tedesco nei confronti di una pattuizione che, nella sostanza, andrebbe a derogare la procedura prevista *ex lege* per la realizzazione della garanzia immobiliare³¹⁶.

³¹³ Art. 1149. *Unzulässige Befriedigungsabreden.*

Der Eigentümer kann, solange nicht die Forderung ihm gegenüber fällig geworden ist, dem Gläubiger nicht das Recht einräumen, zum Zwecke der Befriedigung die Übertragung des Eigentums an dem Grundstück zu verlangen oder die Veräußerung des Grundstücks auf andere Weise als im Wege der Zwangsvollstreckung zu bewirken.

Cfr. H. WOLFSTEINER, in J. VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 3 – Sachenrecht, Berlin, 2019, p. 427 s.

³¹⁴ M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 152.

³¹⁵ Secondo l'interpretazione pacifica la pattuizione contrastante con il divieto *ex art.* 1149 BGB deve ritenersi nulla, rientrando nel campo di applicazione dell'art. 134 BGB, ai sensi del quale “*un negozio giuridico che urta contro un divieto di legge è nullo, se non risulta diversamente dalla legge*”, cfr. K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, VII, Auf., München, 2016, p. 327 s.; v. anche R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 1993, p. 546 s.

³¹⁶ Il principio è cristallizzato nella disposizione di cui all'art. 1147 BGB ai sensi del quale “*Il soddisfacimento del creditore sul fondo e sugli oggetti a cui l'ipoteca si estende ha luogo in via di esecuzione forzata*”, cfr. M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, p. 155; H. WOLFSTEINER, in J. VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, cit., p. 427 s.; sulle origini storiche di questo principio v. C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 97 s.

Le tecniche di realizzazione della garanzia ipotecaria predisposte dalla legge sono essenzialmente due, individuate dall'art. 869 *Zivilprozessordnung* (ZPO) che rimanda alla disciplina di dettaglio in leggi speciali: la *Zwangsvollstreckung*, ovvero la vendita a pubblici incanti, e la *Zwangsvollverwaltung*, ovvero gestione ed amministrazione dell'immobile al fine di trarne i frutti da imputare al credito inadempito, cfr. V. SAGAERT, *Security rights in immovable assets*, in S. VAN ERP – B. AKKERMANS (a cura di), *Cases, Materials and Text on Property Law. Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, cit., p. 545 s.

Tale posizione trova conferma nell'opinione della dottrina pressoché pacifica³¹⁷ secondo cui la vera *ratio* fondante il divieto di patto commissorio immobiliare deve attribuirsi in via assolutamente prevalente³¹⁸ alla necessità di offrire un livello adeguato di tutela a tutte le parti coinvolte nella fase di realizzazione della garanzia.

È per tale motivo che, sulla base del principio appena esposto, gli interpreti concordano nel ritenere nulle pure le pattuizioni in forza delle quali venga attribuito al creditore lo *ius vendendi* sul bene tramite il conferimento di una procura o di un mandato a liquidare l'immobile in caso di inadempimento³¹⁹ dell'obbligazione garantita.

La precisa collocazione dogmatica del divieto in parola si è risolta nella quasi totale assenza di litigiosità in ordine all'applicazione dell'art. 1149 BGB.

Ciò per due ordini di motivazioni. In primo luogo per una ragione di natura pratica consistente nella particolare efficienza nell'ordinamento tedesco delle procedure di esecuzione immobiliare che, nella prassi, ha disincentivato l'impiego da parte dell'autonomia privata di pattuizioni commissorie³²⁰.

³¹⁷ D. EICKMANN, in *MünchKommBGB*, RdNr. 2-3; per ampi riferimenti alle posizioni della dottrina tedesca cfr. M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 152.

³¹⁸ Nell'opinione dottrinale tradizionale accanto al principio di inderogabilità della procedura di esecuzione forzata immobiliare, l'ulteriore *ratio* su cui riposa il divieto di patto commissorio è la necessità di precludere l'impiego di clausole usurarie nei rapporti di credito, questa ultima ragione giustificatrice – tuttavia – ha progressivamente assunto portata marginale. Ulteriore principio riconnesso alla disposizione in esame è quello sancito dall'art. 925 comma secondo BGB in forza del quale è preclusa l'assunzione di un obbligo di trasferimento immobiliare condizionato, sul punto v. M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 153, v. anche D. GIGLIO, *Il divieto del patto commissorio ed il problema delle alienazioni in funzione della garanzia*, cit., p. 196.

³¹⁹ Cfr. M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 154, spec. nt. 11-12; sul dibattito sviluppatosi nell'ordinamento italiano inerente alla compatibilità di negozio liquidativi del bene oggetto di garanzia mediante il conferimento di una procura o di un mandato a vendere al creditore v., *infra*, Cap. III, Par. 1.4.

³²⁰ F. FIORENTINI, *Appunti sull'integrazione giuridica europea in materia di garanzie immobiliari*, in *I contratti di finanziamento e le garanzie reali nella prospettiva europea. Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche*, Trieste, 2003, p. 182 s.

In secondo luogo alla luce della pressoché costante interpretazione restrittiva del divieto *ex art. 1149 BGB*, che – proprio in ragione della strumentalità al principio di inderogabilità della procedura esecutiva immobiliare – ha trovato applicazione esclusivamente riguardo al patto commissorio annesso alla garanzia ipotecaria³²¹ e non riguardo a fattispecie di alienazione in funzione di garanzia realizzate in via autonoma e svincolata dalla garanzia reale tipica.

Muovendo all'analisi del divieto di patto commissorio pignoratorio, l'art. 1229 BGB³²² dispone che “*è nullo l'accordo concluso prima che operi la legittimazione alla vendita del bene, in base al quale, se il creditore pignoratorio non è soddisfatto o non è soddisfatto in tempo, lo stesso acquista la proprietà o il diritto al trasferimento della proprietà della cosa*”.

Dal punto di vista della struttura, la disposizione in esame³²³ limita il campo dell'invalidità ai negozi di trasferimento della proprietà conclusi antecedentemente all'inadempimento dell'obbligazione garantita, diversamente, laddove un tale accordo intervenga successivamente

³²¹ Nella dottrina tedesca è stata avanzata la tesi per cui la disposizione dell'art. 1149 BGB debba considerarsi espressione di un principio generale dell'ordinamento giuridico e pertanto da ritenersi applicabile anche con riguardo alle fattispecie di cd. patto commissorio autonomo, ovvero quei negozi giuridici non accessori alla garanzia reale tipica che tuttavia disciplinano un trasferimento di proprietà a soddisfazione del creditore per il caso di inadempimento dell'obbligazione garantita, v. H. F. GAUL, *Lex Commissoria und Sicherungsübereignung*, in *Arch. civ. Praxis*, 1968, 168, p. 351 s.; in giurisprudenza, tuttavia – seppur in via del tutto marginale – è stato espresso l'orientamento opposto secondo cui il divieto *ex art. 1149 BGB* ha lo scopo di impedire la trasformazione di una garanzia reale tipica in una garanzia commissoria e quindi deve essere oggetto di interpretazione assolutamente restrittiva, v. BGH 25 giugno 1995, in *BGHZ*, 130, p. 101 s.; sul dibattito v. M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 156 s.

³²² Art. 1229. *Verbot der Verfallvereinbarung.*

Eine vor dem Eintritt der Verkaufsberechtigung getroffene Vereinbarung, nach welcher dem Pfandgläubiger, falls er nicht oder nicht rechtzeitig befriedigt wird, das Eigentum an der Sache zufallen oder übertragen werden soll, ist nichtig.

³²³ In base all'interpretazione pacifica della dottrina, l'art. 1229 BGB trova applicazione anche alle ipotesi di pegno avente ad oggetti diritti di credito, v. W. WIEGAND, in J. VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 3 – Sachenrecht, § 1229, cit., p. 480 s., il *Bürgerliches Gesetzbuch*, peraltro, prevede espressamente all'art. 1277 che nel caso di pegno di credito il creditore possa trovare soddisfazione solo in base alle regole che governano l'esecuzione forzata, facendo espressamente riferimento all'applicazione dell'art. 1229 anche a questa fattispecie.

all'inadempimento del debitore, si ritiene che la fattispecie configuri un'ipotesi di *datio in solutum*, negozio da giudicarsi pienamente valido ed efficace ai sensi dell'art. 364 BGB³²⁴.

Ancora, in termini di fattispecie astratta, la norma dell'art. 1229 BGB mira a colpire il trasferimento del bene oggetto di pegno a favore del creditore sia che quest'ultimo operi in forza di un effetto reale automatico correlato all'inadempimento dell'obbligazione garantita, sia che si atteggi in termini di patto commissorio obbligatorio – sfruttando la terminologia elaborata dalla dottrina italiana³²⁵ sul tema – e quindi concretizzi un negozio giuridico che dia luogo ad un'obbligazione in capo al debitore al successivo trasferimento della proprietà del bene oggetto di pegno³²⁶.

Il patto commissorio pignoratorio, quindi, viene inquadrato dal legislatore tedesco come una pattuizione idonea ad incidere sulla natura del diritto reale financo a mutarla radicalmente.

La garanzia pignoratoria, infatti, per espressa volontà di legge³²⁷ attribuisce al creditore il semplice diritto di procedere alla vendita del bene

³²⁴ Cfr. M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 155 s.; G. VALENTE, *Patto commissorio e pegno nel diritto Tedesco*, cit., p. 404 s., sulla valutazione di liceità della *datio in solutum post* inadempimento in relazione alla *ratio* su cui si fonda il divieto di patto commissorio v. *infra* in questo paragrafo.

³²⁵ La fattispecie del patto commissorio obbligatorio è frutto dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale italiana relativa all'interpretazione dell'art. 2744 c.c.: la norma, diversamente dall'art. 1229 BGB, non prevede espressamente la nullità di tale dinamica negoziale, ma a più riprese la giurisprudenza, con l'avallo della dottrina, in forza di un'interpretazione estensiva del divieto di patto commissorio ne ha sancito la nullità, facendo tuttavia eccezione per quelle ipotesi in cui meccanismi contrattuali di questo genere fossero integrati dall'autonomia privata mediante cautele di stampo marciano, per approfondimenti sul tema v. *infra*, Cap. III, Par. 1.3/1.4.

³²⁶ L'ipotesi di patto commissorio obbligatorio è quindi oggetto di espressa disciplina da parte dell'art. 1229 BGB, in tal modo il legislatore tedesco ha fugato ogni dubbio interpretativo circa l'ambito di applicazione della disposizione in esame con riguardo alla garanzia pignoratoria, operando una valutazione di illiceità avente ad oggetto il risultato finale consistente nel trasferimento della proprietà del bene in ragione dell'inadempimento dell'obbligazione garantita, a prescindere dal momento in cui tale effetto venga a prodursi, v. M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 158.

³²⁷ Art. 1228. *Befriedigung durch Pfandverkauf.*

Die Befriedigung des Pfandgläubigers aus dem Pfande erfolgt durch Verkauf.

Der Pfandgläubiger ist zum Verkauf berechtigt, sobald die Forderung ganz oder zum Teil fällig ist. Besteht der geschuldete Gegenstand nicht in Geld, so ist der Verkauf erst zulässig, wenn die Forderung in eine Geldforderung übergegangen ist.

che ne è oggetto alla scadenza dell'obbligazione garantita nell'ipotesi in cui quest'ultima sia, in tutto o in parte, inadempita³²⁸.

Nella valutazione del legislatore e degli interpreti tedeschi, quindi, l'operare della pattuizione commissoria andrebbe a determinare la trasformazione del pegno nel cd. “*pegno di scadenza*”³²⁹, traducendo la situazione giuridica sostanziale di cui è titolare il creditore in ragione della garanzia reale in un'attribuzione della proprietà a soddisfazione delle proprie ragioni³³⁰.

Gli interpreti sono concordi nell'attribuire al divieto di cui all'art. 1229 BGB la *ratio* di protezione del debitore che, spinto da una valutazione ottimistica circa la possibilità di adempiere correttamente l'obbligazione garantita, concederebbe al creditore il potere di appropriarsi di un bene di valore superiore rispetto all'ammontare del credito garantito³³¹.

Giova peraltro sottolineare che, stante l'indubbia necessità di tutelare la posizione del debitore, la ragione fondante il divieto – secondo

La realizzazione del pegno è fatta mediante la vendita.

Il creditore pignoratizio ha diritto di vendere il bene non appena l'obbligazione è scaduta in tutto o in parte. Se l'obbligazione non ha ad oggetto somma di denaro la vendita è consentita solo se il credito è stato convertito in una somma di denaro.

Le tecniche di realizzazione della garanzia pignoratizia a disposizione del creditore sono essenzialmente due: da un lato, ai sensi degli artt. 1233 primo comma, la vendita da effettuarsi a pubblico incanto (disciplinata dagli artt. 1234 ss. BGB), dall'altro la procedura di esecuzione forzata di cose mobili, in arg. v. G. VALENTE, *Patto commissorio e pegno nel diritto Tedesco*, cit., p. 404 s.; V. SAGAERT, *Security rights in immovable assets*, in S. VAN ERP – B. AKKERMANS (a cura di), *Cases, Materials and Text on Property Law. Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, cit., p. 451 s.

³²⁸ Per una disamina in chiave comparata dei poteri riconosciuti al creditore pignoratizio nell'ambito delle procedure di insolvenza nel diritto tedesco v. M. VEDER, *Cross-border insolvency proceedings and security rights*, Utrecht, 2004, p. 24 s.

³²⁹ L'espressione *pegno di scadenza*, come detto, viene resa nel tedesco con il termine *verfallpfand*, che allude segnatamente al meccanismo di trasferimento della proprietà sul bene oggetto di pegno in via automatica alla scadenza dell'obbligazione garantita.

La medesima impostazione terminologica si ritrova nella definizione di patto commissorio, ovvero *verfallvereinbarung* che letteralmente sta a significare *accordo decadenziale*: in questa situazione l'accordo decadenziale si riferisce al diritto di proprietà del debitore sul bene oggetto di pegno determinando l'automatico trasferimento della garanzia al creditore in caso di inadempimento dell'obbligazione garantita.

³³⁰ Sul punto di vedano le considerazioni di G. VALENTE, *Patto commissorio e pegno nel diritto Tedesco*, cit., p. 410 e i relativi riferimenti alla dottrina tedesca.

³³¹ La tesi storicamente si attribuisce al fondamentale studio di H. F. GAUL, *Lex Commissoria und Sicherungsübereignung*, cit., p. 351.

l'interpretazione assolutamente prevalente – si risolve nel pericolo di oggettiva sproporzione tra il valore del bene oggetto di garanzia e quello complessivo del credito³³². Ed è segnatamente per questo ordine di ragionamenti che il negozio traslativo stipulato successivamente all'occorrere dell'inadempimento, risolvendosi in una *datio in solutum*, si ritiene pienamente lecito, poiché in tale ipotesi risulta del tutto spazzato il rischio di una valutazione errata del debitore circa la propria solvibilità posto che, in quel caso, è proprio la certezza dell'inadempimento a costituire il presupposto della dazione in pagamento³³³.

In termini generali, la nullità per contrarietà al divieto di patto commissorio *ex art. 1229 BGB* è unanimemente reputata³³⁴ una declinazione speciale della generale norma di cui all'art. 138 BGB³³⁵ che sancisce la nullità del negozio giuridico contrario al buon costume.

³³² W. WIEGAND, in J. VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, cit., RdNr. 9; U. DROBNIG, *Die Verwertung von Mobiliarsicherheiten in einigen Ländern der Europäischen Union*, in *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 1996, p. 40 s.

³³³ V. ancora H. F. GAUL, *Lex Commissoria und Sicherungsübereignung*, cit., p. 351; W. WIEGAND, in J. VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 3 – Sachenrecht, § 1229, cit., RdNr. 9; occorre peraltro sottolineare che anche il negozio di *datio in solutum*, quantunque astrattamente lecito si ritiene pacificamente assoggettabile ad uno scrutinio *ex post* alla luce dell'art. 138 BGB in forza del quale devono considerarsi illeciti i negozi giuridici di matrice usuraria (v. spec. il secondo comma della norma citata), v. G. VALENTE, *Patto commissorio e pegno nel diritto Tedesco*, cit., p. 413.

³³⁴ W. WIEGAND, in J. VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 3 – Sachenrecht, § 1229, cit., RdNr. 9.

³³⁵ Art. 138. *Sittenwidriges Rechtsgeschäft. Wucher.*

Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.

Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen.

Art. 138. Negozio giuridico immorale.

Un negozio giuridico contrario ai buoni costumi è nullo.

Nulla è in specie un negozio giuridico col quale taluno, abusando del bisogno, della leggerezza o dell'inesperienza di altri, fa promettere o dare a sé o ad un terzo per una prestazione vantaggi patrimoniali che superano talmente il valore della prestazione che, fatta ragione delle circostanze patrimoniali, i vantaggi si trovano in evidente sproporzione colla prestazione.

In particolare, il secondo comma della citata disposizione fulmina con la nullità i negozi giuridici conclusi mediante lo sfruttamento dello stato di bisogno o di minorata capacità di una parte al fine di ottenere una prestazione sproporzionata a vantaggio dell'altra³³⁶.

La nullità *ex art. 1229 BGB*, allora, si ritiene fondata su una presunzione assoluta circa la pericolosità della pattuizione commissoria e la conseguente idoneità della stessa a comprimere la libertà negoziale del debitore in fase di costituzione della garanzia. Ne deriva che il carattere di illiceità risulta intrinseco al negozio giuridico commissorio, a prescindere da un concreto scrutinio circa l'effettiva lesione patrimoniale del debitore³³⁷.

Sulla scorta delle considerazioni appena svolte sono due le notazioni principali che assumono rilevanza in ordine alla configurazione del divieto di patto commissorio nell'ordinamento tedesco nell'ottica di una valutazione comparata dell'istituto.

In primo luogo occorre sottolineare come, in seno al sistema giuridico tedesco, sussista una parziale, ma al contempo decisiva, divaricazione teorica riguardo ai principi e agli interessi sottesi al divieto di patto commissorio con riferimento al pegno da una parte e all'ipoteca dall'altra.

³³⁶ Ulteriormente, come osservato in merito al patto commissorio ipotecario, la violazione dell'art. 1229 BGB rientra nel novero delle cause di nullità ai sensi dell'art. 134 BGB, v. G. VALENTE, *Patto commissorio e pegno nel diritto Tedesco*, cit., p. 413. Maggiori dubbi si sono sviluppati in dottrina riguardo alla natura relativa o assoluta della nullità, ovvero se debba considerarsi nullo esclusivamente il patto commissorio, ovvero l'intera operazione di garanzia e quindi pure il negozio costitutivo del pegno. Al riguardo, la tesi maggioritaria si fonda sull'interpretazione combinata dell'art. 1229 e dell'art. 139 BGB. In particolare, si ritiene che laddove la clausola commissoria risulti sintomatica di una complessiva operazione inequivocabilmente usuraria, l'intera operazione debba considerarsi nulla in applicazione dell'art. 139 BGB ai sensi del quale la nullità parziale comporta la nullità dell'intero negozio giuridico laddove risulti che quest'ultimo non sarebbe stato concluso senza la clausola affetta da nullità (sulla scorta di un criterio che riecheggia quello *ex art. 1419 c.c.*). Diversamente, laddove, in forza di uno scrutinio in concreto non possa accertarsi la palese natura usuraria dell'operazione complessiva, si ritiene che la nullità debba limitarsi alla sola pattuizione commissoria, v. W. WIEGAND, in J. VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 3 – Sachenrecht, § 1229, cit., RdNr. 9.

³³⁷ M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 159 s.

In parziale analogia a quanto si è visto con riferimento all'ordinamento francese³³⁸, infatti, le ragioni che giustificano il divieto di patto commissorio immobiliare risultano saldamente ancorate al principio di inderogabilità della procedura esecutiva e quindi ad un principio di ordine pubblico che inerisce direttamente la natura del diritto reale di garanzia sul versante della realizzazione del medesimo³³⁹.

Per quanto attiene al patto commissorio pignoratorio, invece, si propone in modo netto e prevalente la *ratio* di tutela del debitore rispetto ad una dinamica negoziale essenzialmente dannosa per quest'ultimo. Ciononostante, come analizzato, l'interpretazione dell'art. 1229 BGB muove da una base argomentativa incentrata su una valutazione oggettiva delle posizioni delle parti del rapporto di garanzia, valutazione che si risolve nel pericolo di ingiustificato arricchimento del creditore ai danni del debitore nella fase di realizzazione della garanzia stessa³⁴⁰.

In altre parole, il fondamento giustificativo del divieto risiede in un giudizio avente ad oggetto l'equilibrio patrimoniale delle posizioni di debitore e creditore in seno al rapporto di garanzia.

³³⁸ Sul divieto di patto commissorio immobiliare nell'ordinamento francese v. *supra*, Par. 1.1. in questo Capitolo. Come si è già osservato, infatti, il *Code Civil* francese, fin dalla sua formulazione originaria, non contemplava il divieto di patto commissorio accessorio all'ipoteca e ciò nonostante gli interpreti tendevano ad affermare la sussistenza di tale principio in ragione della necessaria inderogabilità delle procedure previste *ex lege* per la realizzazione della garanzia immobiliare. Tale posizione ha assunto maggiore rilievo con l'introduzione nel *Code de Procédure Civile* dell'art. 742 che sancisce il divieto delle clausole di *exécution* o *voie parée* (cd. clausole di vendita o esecuzione parata), disposizione sopravvissuta fino ad oggi. Sul dibattito circa l'interpretazione e la reale portata applicativa di tale disposizione v., per tutti, A. DOBIGNY-REVERSO, *La clause de voie parée: une manifestation de l'opposition entre liberté contractuelle et droit de propriété au XIXe siècle*, cit., p. 157 s.

³³⁹ M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 78 e 155; come già sottolineato, pur in assenza di un espresso riferimento normativo sul punto, la sussistenza di un principio generale di inderogabilità della procedura esecutiva era stato posto a fondamento del divieto di patto commissorio nell'ordinamento italiano da parte di autorevole dottrina risalente, per tutti v. E. BETTI, *Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione delle obbligazioni*, cit., p. 688 s., più in generale sul dibattito dottrinale nel panorama italiano v., *infra*, Cap. III, Par. 4.3.

³⁴⁰ W. WIEGAND, in J. VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 3 – Sachenrecht, § 1229, cit., RdNr. 9.

Tale approccio caratterizza il formante legislativo ed interpretativo tedesco rispetto a quello di altre realtà continentali poiché – diversamente, per esempio, da quanto accaduto in seno al dibattito dottrinale e giurisprudenziale italiano³⁴¹ – la valutazione in chiave soggettiva relativa alla coercizione della volontà del debitore, o l’analisi di altri possibili interessi sottesi alla disposizione come quello della *par condicio creditorum*³⁴², se non possono dirsi estranei a tale ordine di riflessioni, assumono per certo un valore marginale, o comunque una posizione subordinata nella complessiva valutazione del fondamento giustificativo del divieto³⁴³, che – come detto – muove da un approccio alla dinamica negoziale incentrato sulla necessità di garantire l’equilibrio delle reciproche posizioni di creditore e debitore.

Da ultimo, un dato attira l’attenzione dell’interprete in ordine all’applicazione delle disposizioni analizzate da parte della dottrina e delle corti tedesche: le riflessioni sottese al divieto di patto commissorio rimangono circoscritte alla disciplina dei diritti reali di garanzia tipici.

Ciò posto, nell’ottica di un’analisi comparata dell’istituto, che prenda in considerazione non solo l’approccio legislativo alla fattispecie, ma pure l’interpretazione e l’applicazione delle disposizioni inerenti al divieto di patto commissorio in seno all’ordinamento tedesco, occorre verificare se – ed eventualmente in che misura – le riflessioni appena sviluppate abbiano assunto un ruolo nella valutazione circa la liceità delle figure atipiche di garanzia reale progressivamente affermatesi nella prassi negoziale tedesca e permeate nella stessa anche grazie all’influenza dei modelli di matrice internazionale³⁴⁴.

³⁴¹ In merito al dibattito dottrinale e giurisprudenziale sviluppatosi in ordine alla *ratio* del divieto di patto commissorio nel sistema giuridico italiano v. *infra*, Cap. III, Par. 4.

³⁴² Con riferimento al dibattito inerente al rapporto tra il patto commissorio e il principio di *par condicio creditorum* nel panorama dottrinale italiano, v. *supra*, Cap. III, Par. 4.3, su tutti, si vedano le considerazioni svolte da A. LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, cit., p. 219 s.

³⁴³ Su questa posizione, nella dottrina italiana, E. LASCIALFARI, voce *Alienazioni a scopo di garanzia*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2004, p. 3 s.

³⁴⁴ Nell’area delle tecniche di garanzia reale del credito invalse nella prassi negoziale tedesca si propone anche il *treuhand*, ovvero una fattispecie di proprietà fiduciaria non

Tale profilo di analisi consentirà in primo luogo di comprendere appieno quale sia l'approccio che ha interessato l'interpretazione da parte della dottrina e della giurisprudenza del divieto di patto commissorio, e, in via ulteriore, di delineare compiutamente l'atteggiamento degli interpreti tedeschi in ordine alla fattispecie che in via preponderante ha caratterizzato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale maturato in diversi ordinamenti giuridici continentali, ovvero l'alienazione in funzione di garanzia.

2.2. *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia: sicherungsübereignung e sicherungsabtretung.*

Ampliando il campo d'indagine alla generale tematica delle tecniche di garanzia reale del credito, il fenomeno che assume rilievo centrale nella disamina del sistema tedesco consiste nell'affermazione in seno alla prassi commerciale di negozi giuridici atipici funzionali alla realizzazione di operazioni di garanzia sfruttati in via alternativa rispetto agli istituti disciplinati dal codice civile, in particolare nell'ambito delle garanzie mobiliari.

In tale ultimo settore, le figure che senza dubbio ricoprono un ruolo di primario interesse ai fini della presente indagine sono la *sicherungsübereignung*³⁴⁵, ovvero l'alienazione di beni mobili in funzione di

espressamente disciplinata dal legislatore, ma articolata sul modello del *trust* di diritto anglosassone, in arg. v. A. BRAUN – W. SWADLING, *Management: Trust, Treuhand and Fiducie*, in S. VAN ERP – B. AKKERMANS (a cura di), *Cases, Materials and Text on Property Law. Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, cit., p. 553 s.; S. GRUNDMANN, *The evolution of Trust and Treuhand in 20th Century*, in R. HELMHOLZ – R. ZIMMERMANN, *Itinera Fiduciae. Trust and Treuhand in Historical Perspective*, cit., p. 469 s.

³⁴⁵ Per un'approfondita disamina dell'istituto della *sicherungsübereignung*, nell'ambito delle tecniche di garanzia reale del credito e con riferimento al divieto di patto commissorio v. R. SERIK, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, II, *Die einfache Sicherungsübertragung*, Heidelberg, 1963; ID., *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco*, Heidelberg, 1988; H. F. GAUL, *Lex Commissoria und Sicherungsübereignung*, cit., p. 351 s.; N. REICH, *Funktionalanalyse und Dogmatik bei der Sicherungsübereignung*, in *Arch. civ.*

garanzia e la *sicherungsabtretung*, ossia il trasferimento del credito per il medesimo fine³⁴⁶.

Si tratta di modelli negoziali che affondano le proprie origini nella prassi commerciale tedesca risalente al XIX secolo³⁴⁷ trovando progressivamente ampio ed indiscusso riconoscimento da parte degli interpreti³⁴⁸ e degli operatori del diritto già all'epoca dei lavori preparatori al *Bürgerliches Gesetzbuch*.

Ciò, peraltro, non ha condotto alla tipizzazione normativa dell'alienazione di beni mobili e di crediti a scopo di garanzia: tali istituti sono stati pertanto relegati all'area della tipicità sociale e giurisprudenziale³⁴⁹

Praxis, 1969, p. 247 S.; C. WITZ, *Le droit des sûretés réelles mobilières en République Fédérale d'Allemagne*, in *Revue Internationale de droit comparé*, v. 37, I, 1985, p. 27 s.; nella dottrina italiana v. M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 82 s. e 161 s.; G. PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, cit., p. 2 s.; A. VENEZIANO, *Le garanzie mobiliari non possessorie. Profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale*, Milano, 2000.

N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 244 s.; E. GABRIELLI, *Autonomia privata e diritto comune europeo delle garanzie mobiliari*, in *R. crit. d. priv.*, 1995, IV, p. 643 s.; B. CASSANDRO Sulpasso, *Comparazione giuridica ed uniformazione delle legislazioni: le garanzie mobiliari*, in *R. d. civ.*, 1995, I, p. 573 s.; G. BRIANDA, *Le prospettive del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria, lex mercatoria e tradizione*, cit., p. 797 s.; D. GIGLIO, *Il divieto del patto commissorio ed il problema delle alienazioni in funzione della garanzia*, cit., p. 197 s.; E. DE BELVIS, *L'esecuzione privatizzata*, cit., p. 98 s.

³⁴⁶ Sulla cessione del credito a scopo di garanzia nel sistema tedesco, su tutti, v. R. SERIK, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, cit.; ID., *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco*, cit.; C. WITZ, *Le droit des sûretés réelles mobilières*, cit., p. 41 s.

³⁴⁷ M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 159 s., il quale sottolinea come per lungo tempo, almeno fino all'abrogazione delle leggi in materia di usura, l'operazione in esame venisse realizzata mediante la conclusione di una compravendita con patto di riscatto; in merito al dibattito dottrinale e giurisprudenziale sul tema dell'alienazione in funzione di garanzia v. H. F. GAUL, *Lex Commissoria und Sicherungsübereignung*, cit., p. 351 s.

³⁴⁸ V. ancora, per tutti, H. F. GAUL, *Lex Commissoria und Sicherungsübereignung*, cit., p. 351 s.

³⁴⁹ V. J. DALHUISEN, *Transnational, Comparative, Commercial, Financial and Trade Law*, v. III, Oxford, 2013, il riconoscimento giurisprudenziale dell'alienazione a scopo di garanzia risale alla pronuncia RG, 2 giugno 1890, in *RGZ*, 1890, p. 173, v. anche RG, 8 novembre 1904, in *RGZ*, 59, p. 146; V. SAGAERT, *The right of ownership as security instrument*, in S. VAN ERP – B. AKKERMANS (a cura di), *Cases, Materials and Text on Property Law. Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, cit., p. 511 s.; il riconoscimento della fattispecie fiduciaria a scopo di garanzia, peraltro, è stato lungamente criticato dalla dottrina tedesca proprio in ragione dell'assenza di una base normativa cui fare riferimento per la regolazione del fenomeno, su tutti v. H. F. GAUL, *Lex Commissoria und Sicherungsübereignung*, cit., p. 351 s.

pur essendo riconosciuti anche dal codificatore tedesco del '900 – in sede di lavori preparatori al codice civile – quali figure sicuramente lecite e non confliggenti con la disciplina positiva della garanzia mobiliare tipica, ovvero quella pignorizia³⁵⁰.

Il modello dell'alienazione in funzione di garanzia, nella duplice declinazione della *sicherungsübereignung* e della *sicherungsabtretung*, non solo ha goduto di un notevole successo nella prassi contrattuale lungo tutto il secolo scorso, ma senza dubbio concretizza tutt'ora la fattispecie di prevalente impiego da parte dell'autonomia privata per la realizzazione di operazioni di garanzia, al fianco, ma soprattutto in luogo, del pegno tradizionale³⁵¹.

In termini di struttura, la *sicherungsübereignung* si articola su un contratto ad effetti reali in forza del quale la proprietà di uno o più beni mobili del debitore vengono trasferiti in via fiduciaria al creditore; a tale convenzione si affianca di norma il perfezionamento di un costituito possessorio – istituto tipico regolato dall'art. 930 BGB³⁵² – ovvero un accordo avente natura obbligatoria grazie al quale il creditore, cessionario del bene,

³⁵⁰ Sul dibattito in seno ai lavori preparatori al BGB in merito alla liceità della *Sicherungsübereignung* e al rapporto tra quest'ultima e la garanzia pignorizia v. M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 82 s., in particolare, l'Autore da conto del dibattito inerente all'ammissibilità del costituito possessorio quale tecnica di perfezionamento della garanzia mediante alienazione del bene mobile e della compatibilità di tale meccanismo con il modello tradizionale di pegno incentrato sullo spossessamento del debitore, v. spec. p. 84-85.

L'esigenza della prassi commerciale di prescindere dallo spossessamento della *res* ai fini della costituzione della garanzia mobiliare ha condotto all'elaborazione di strutture alternative alla garanzia reale tradizionale fondata sul *Faustpfandprinzip*, ovvero sullo spossessamento quale tecnica di costituzione della garanzia, v. sul punto G. PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, cit., p. 30 s.

³⁵¹ N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 244 s.; G. BRIANDA, *Le prospettive del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria, lex mercatoria e tradizione*, cit., p. 797 s.; V. SAGAERT, *The right of ownership as security instrument*, cit., p. 511 s.

³⁵² Art. 930 Besitzkonstitut.

Ist der Eigentümer im Besitz der Sache, so kann die Übergabe dadurch ersetzt werden, dass zwischen ihm und dem Erwerber ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt.

acquista il possesso sulla *res*, ma solo in via mediata poiché la materiale disponibilità della stessa permane in capo al debitore cedente³⁵³.

Il duplice ordine di effetti appena descritto – e quindi il meccanismo reale da un lato e il costituito possessorio dall'altro – trovano titolo esclusivamente nel cd. “accordo di garanzia” in forza del quale le parti regolano i limiti e le condizioni cui è soggetto il debitore nell'esercizio del materiale possesso sul bene trasferito³⁵⁴.

In definitiva, quindi – in ossequio al generale principio che governa il meccanismo di trasferimento della proprietà nell'ordinamento tedesco – la fattispecie dell'alienazione in funzione di garanzia si presenta come un'operazione negoziale complessa costituita da un negozio causale di attribuzione della proprietà al creditore e da un negozio reale di materiale adempimento dell'obbligo di trasferimento cui si coniuga, come detto, la realizzazione del costituito possessorio a favore del debitore concedente la garanzia³⁵⁵.

Non essendo stata oggetto di espressa disciplina da parte del BGB, la fattispecie negoziale complessa appena delineata appartiene alla categoria dei contratti atipici e, secondo l'opinione pacifica degli interpreti³⁵⁶, costituisce una declinazione legittima del principio di libertà negoziale riconosciuto all'autonomia privata.

³⁵³ G. PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, cit., p. 40 s.; R. SERICK., *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco*, cit., p. 11 s.; J. DALHUISEN, *Transnational, Comparative, Commercial, Financial and Trade Law*, cit., p. 89.

³⁵⁴ R. SERICK, *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco*, cit., p. 16 s. il quale osserva che “l'accordo di garanzia non è previsto quale tipo nominato di contratto né nel BGB, né in altre leggi. La sua ammissibilità deriva dal principio dell'autonomia negoziale e della libertà contrattuale, il quale comprende sia la libertà di concludere contratti, sia quella di determinarne il contenuto. L'atteggiamento dei rapporti tra datore della garanzia e creditore garantito dipende in primo luogo dall'accordo delle parti”.

³⁵⁵ R. SERICK, *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco*, cit., p. 11 s.; E. GABRIELLI, *Autonomia privata e diritto comune europeo delle garanzie mobiliari*, cit., p. 654; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 244 s.

³⁵⁶ R. SERICK, *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco*, cit., p. 16 s.

I principali tratti strutturali della fattispecie appena analizzata palesano il fondamentale carattere fiduciario del trasferimento della proprietà in funzione di garanzia nell'ordinamento tedesco³⁵⁷.

Secondo l'opinione consolidata della dottrina e della giurisprudenza, infatti, il modello della *sicherungsübereignung* concretizza un negozio di natura fiduciaria in forza del quale il creditore cessionario risulta solo formalmente titolare del diritto di proprietà sulla *res*, poiché – sotto il profilo sostanziale – la situazione giuridica soggettiva di cui quest'ultimo diviene titolare in ragione del trasferimento è essenzialmente conformata allo scopo di garanzia che governa la complessiva operazione negoziale³⁵⁸.

Il fondamentale corollario di tale assunto consiste nell'intima correlazione sussistente tra il regime dei poteri riconosciuti al creditore sul bene oggetto del negozio fiduciario e il sottostante rapporto di garanzia.

In altri termini, il creditore garantito risulta titolare del diritto di proprietà all'unico fine di trovare soddisfazione privilegiata sul bene in caso di inadempimento dell'obbligazione garantita³⁵⁹.

Tale aspetto si riverbera pure sulla struttura del negozio fiduciario che normalmente prevede espressamente l'obbligo in capo al creditore di ritrasferire al debitore la proprietà della cosa mobile oggetto di garanzia in

³⁵⁷ N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 247.; V. SAGAERT, *The right of ownership as security instrument*, cit., p. 511 s.; E. GABRIELLI, *Autonomia privata e diritto comune europeo delle garanzie mobiliari*, cit., p. 553 s.; G. PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, cit., p. 40 s.

³⁵⁸ E.M. KIENINGER (a cura di), *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, Cambridge, 2009, p. 438 s.; R. SERICK., *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco*, cit., p. 18 s., il trasferimento fiduciario a scopo di garanzia nell'ordinamento tedesco ha condotto gli interpreti ad elaborare il cd. principio di conversione (*Umwandlungsprinzip*), in forza del quale il diritto di proprietà trasferito a scopo di garanzia deve essere imputato al patrimonio del costituente la garanzia (ossia il fiduciante) con il risultato che il fiduciario deve ritenersi titolare di una legittimazione assimilabile a quella del creditore pignoratizio.

³⁵⁹ Tale caratteristica risulta riconnessa nella cd. efficacia quasi reale della proprietà fiduciaria, cfr. R. SERICK, *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco*, cit., p. 16 s.; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 247.

Sulla connotazione funzionale del diritto di proprietà allo scopo di garanzia, in giurisprudenza v. BGH 24 ottobre 1979, in *ZIP*, 1980, p. 40 s., con specifico riferimento alle ripercussioni sull'eventuale procedura fallimentare della garanzia mediante trasferimento della proprietà.

caso di corretto adempimento dell'obbligazione garantita; nella prassi contrattuale, tuttavia, non sono mancati casi più isolati in cui alla cessione fiduciaria è stata apposta la condizione risolutiva avente ad oggetto l'inadempimento dell'obbligazione garantita³⁶⁰.

Analizzando la fattispecie da un altro angolo prospettico, inoltre, si evince chiaramente come la funzionalizzazione del regime proprietario allo scopo di garanzia che caratterizza la figura della *sicherungsübereignung* si coniughi all'altro fondamentale profilo già esaminato, ovvero quello consistente nell'attribuzione della materiale disponibilità della *res* al debitore cedente mediante la realizzazione di un costituito possessorio³⁶¹.

Ed è segnatamente questa la peculiarità che ha contribuito in modo decisivo all'affermazione nella prassi negoziale della *sicherungsübereignung*³⁶².

Tale fattispecie contrattuale, infatti, si è progressivamente consolidata quale archetipo della garanzia mobiliare non possessoria, al fianco del tradizionale pegno incentrato invece sullo spossessamento della *res* quale tecnica di costituzione della garanzia stessa³⁶³.

Detto fenomeno trova fondamento nell'esigenza maturata nella pratica degli scambi commerciali – e quindi principalmente da parte di imprenditori

³⁶⁰ N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 246 s.; R. SERICK, *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco*, cit., p. 16 s.; J. DALHUISEN, *Transnational, Comparative, Commercial, Financial and Trade Law*, cit., p. 89, il quale da conto della possibilità nella pratica negoziale di strutturare il trasferimento fiduciario a scopo di garanzia in termini di vendita condizionale, in tal caso la condizione di adempimento andrebbe a determinare l'automatico ritrasferimento del bene in capo all'acquirente formale, tratto quest'ultimo che tenderebbe a caratterizzare il profilo di accessorialità del negozio in funzione di garanzia rispetto al rapporto di finanziamento principale; ove invece si faccia riferimento al trasferimento fiduciario propriamente inteso, il corretto adempimento dell'obbligazione garantita determinerebbe un mero obbligo in capo al creditore al ritrasferimento del bene, che in caso di inadempimento legittimerebbe il fiduciante al risarcimento del danno.

³⁶¹ E.M. KIENINGER (a cura di), *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, cit., p. 438 s.

³⁶² V. E. GABRIELLI, *Sulle garanzie rotative*, Napoli, 1998, p. 27 s.; G. TUCCI, voce *Garanzia*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, Torino, 1992, p. 580 s.

³⁶³ G. PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, cit., p. 40 s.; R. SERICK, *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco*, cit., p. 16 s.; V. SAGAERT, *The right of ownership as security instrument*, cit., p. 511 s.; E.M. KIENINGER (a cura di), *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, cit., p. 438 s.

ed istituti di credito – di impiegare meccanismi contrattuali in grado di consentire alle imprese di accedere al mercato del credito offrendo in garanzia i propri beni strumentali senza tuttavia perdere il possesso degli stessi e quindi conservando la possibilità di impiegarli per lo svolgimento dell'attività economica cui sono destinati³⁶⁴.

Considerazioni analoghe a quelle fin qui svolte – seppure sulla base di ragioni parzialmente divergenti – possono svolgersi con riguardo all'altra fattispecie di trasferimento fiduciario a scopo di garanzia affermatasi nella prassi negoziale tedesca, ovvero la *sicherungsabtretung* avente ad oggetto diritti di credito³⁶⁵.

Anche in questo caso, infatti, la diffusione ed il consolidamento nel traffico giuridico del trasferimento fiduciario in funzione di garanzia ha trovato la propria ragione giustificatrice nella flessibilità della figura in esame, nonché nella maggiore capacità della stessa di soddisfare gli interessi degli operatori economici rispetto al modello tradizionale della garanzia pignorizia³⁶⁶.

A tale riguardo, possono individuarsi due profili che caratterizzano la fattispecie della cessione del credito a scopo di garanzia rispetto alla generale figura del pegno su crediti disciplinato dal codice civile tedesco.

Il primo inerisce direttamente la tecnica di perfezionamento della garanzia pignorizia avente ad oggetto diritti di credito. L'art. 1280 BGB³⁶⁷, infatti, prevede che il pegno possa considerarsi validamente costituito solo ove sia stata correttamente effettuata la notificazione della creazione del

³⁶⁴ Sul punto, per tutti, v. ancora G. PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, cit., p. 31 s.

³⁶⁵ R. SERICK, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, II, *Die einfache Sicherungsübertragung*, Heidelberg, 1963, p. 44 s.; E.M. KIENINGER (a cura di), *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, cit., p. 531 s.

³⁶⁶ V. SAGAERT, *Security interests*, in S. VAN ERP – B. AKKERMANS (a cura di), *Cases, Materials and Text on Property Law. Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, cit., p. 444 s.

³⁶⁷ Art. 1280. Anzeige an den Schuldner
Die Verpfändung einer Forderung, zu deren Übertragung der Abtretungsvertrag genügt, ist nur wirksam, wenn der Gläubiger sie dem Schuldner anzeigt.

vincolo reale al debitore del rapporto obbligatorio oggetto di garanzia, diversamente, la cessione del credito ai sensi dell'art. 398 BGB, non abbisogna di alcuna notificazione al debitore ceduto per ritenersi validamente perfezionata³⁶⁸.

A fronte di tale rilievo, gran parte della dottrina tedesca ha individuato nella cessione del credito a scopo di garanzia un meccanismo negoziale funzionale all'interesse del soggetto costituente la garanzia – quindi del mutuatario – a mantenere un grado maggiore di riservatezza circa il proprio livello complessivo di indebitamento e riguardo la propria capacità di far fronte alle obbligazioni contratte con soggetti terzi³⁶⁹.

Il secondo profilo che viene in rilievo ai fini della presente disamina consiste nella difficoltà di coniugare la garanzia pignoratizia tradizionale all'interesse concreto, assai consolidato nel campo delle transazioni commerciali nazionali ed internazionali, di provvedere alla costituzione della garanzia su crediti futuri³⁷⁰.

A tal riguardo, infatti, occorre fare nuovamente riferimento al dettato dell'art. 1280 BGB³⁷¹, in forza del quale la necessità della notificazione al debitore del rapporto di credito oggetto di pignoramento ai fini della valida costituzione del vincolo reale sostanzialmente impedisce la costituzione del pegno su crediti futuri, poiché preclude la costituzione del rapporto di garanzia in un momento antecedente alla venuta in esistenza del credito che costituisce l'oggetto del diritto reale.

Diversamente, come attentamente osservato dalla dottrina³⁷², mediante la cessione fiduciaria del credito in funzione di garanzia le parti sono in grado

³⁶⁸ M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 159 s.; R. SERICK, *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco*, cit., p. 73 s.; E.M. KIENINGER (a cura di), *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, cit., p. 531 s.

³⁶⁹ R. SERICK, *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco*, cit., p. 73 s.

³⁷⁰ E.M. KIENINGER (a cura di), *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, cit., p. 531 s.

³⁷¹ V., *supra*, nt. 363.

³⁷² E.M. KIENINGER (a cura di), *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, cit., p. 531 s.; R. SERICK, *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco*, cit., p. 73 s.

di sfruttare un istituto regolamentato dal legislatore in via ancillare all'operazione di garanzia e, in particolare, anche nelle ipotesi in cui la medesima abbia ad oggetto crediti futuri, quindi non ancora entrati a far parte del patrimonio del garante.

Entrambe le fattispecie delineate, quindi – seppure per ragioni di natura strutturale e funzionale divergenti – dimostrano una peculiare attrattività nella pratica commerciale tedesca che si giustifica alla luce dell'elasticità degli istituti affrontati e della loro capacità di soddisfare gli interessi di natura economica e operativa di cui sono portatori i maggiori attori del mondo imprenditoriale.

Ai fini della presente indagine, occorre infine rivolgere l'attenzione ai profili di disciplina che caratterizzano l'alienazione a scopo di garanzia nell'ipotesi di inadempimento dell'obbligazione garantita, e quindi da un lato al regime giuridico cui soggiace il rapporto fiduciario nell'ipotesi di insolvenza del debitore concedente la garanzia e dall'altro, più specificamente, a quali siano i mezzi di tutela assicurati al creditore a fronte dell'inadempimento del debitore.

Con riguardo alla *sicherungsübereignung*, la disciplina del rapporto fiduciario e quindi pure delle conseguenze dell'inadempimento del debitore trovano regolazione nell'accordo di garanzia, sono perciò le parti a determinare in via convenzionale quali siano i poteri del creditore sul bene trasferitogli nell'ipotesi di insolvenza del debitore³⁷³.

Tra le tecniche di realizzazione della garanzia fiduciaria affermatesi nella prassi della contrattazione bancaria e commerciale tedesca trova prevalente impiego l'attribuzione al creditore cessionario del bene dello *ius vendendi* sul medesimo al fine di soddisfarsi sul ricavato della vendita in via preferenziale³⁷⁴.

³⁷³ M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 159 s.

³⁷⁴ R. SERICK, *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco*, cit., p. 73 s.; E.M. KIENINGER (a cura di), *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, cit., p. 531 s.

Assai più rare sono le ipotesi in cui al creditore è riconosciuto il diritto di trattenere in via definitiva la proprietà della *res* in via di soddisfacimento, e ciò non stupisce, ove si ponga mente al fatto che di norma l'interesse dei soggetti finanziatori si concentra sulla garanzia del credito concepita come riserva di valore su cui trovare soddisfazione in via succedanea rispetto all'obbligazione garantita³⁷⁵.

In entrambe le ipotesi prospettate, tuttavia, i poteri riconosciuti al creditore sul bene oggetto di garanzia risultano delimitati da clausole stabilmente invalse nella prassi contrattuale che obbligano lo stesso alla restituzione al debitore della differenza tra il valore del bene e quello del credito inadempito³⁷⁶.

In un caso l'obbligo restitutorio ha ad oggetto la somma eccedente il credito garantito come risultante dalla vendita in via stragiudiziale del bene da parte del creditore, nell'altro il valore di riferimento è quello risultante da apposita stima del bene oggetto di trasferimento effettuata successivamente all'inadempimento.

Muovendo dai medesimi principi, anche nell'ambito della prassi contrattuale inerente alla cessione del credito a scopo di garanzia la dottrina ha riscontrato l'imposizione di clausole che, a fronte dell'inadempimento dell'obbligazione garantita, limitano il potere di escussione del credito da parte del cessionario nei limiti della somma necessaria e sufficiente a soddisfare le proprie pretese.

La questione che assume rilevanza centrale nella disamina della struttura e della funzione del modello di alienazione a scopo di garanzia nell'ordinamento tedesco corrisponde alla totale estraneità del divieto di patto commissorio, espressamente formulato – come già analizzato – nel

³⁷⁵ M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 159 s.

³⁷⁶ R. SERICK, *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco*, cit., p. 73 s.

Bürgerliches Gesetzbuch, alle fattispecie della *sicherungsübereignung* e della *sicherungsabtretung*³⁷⁷.

In via preliminare occorre sottolineare che – diversamente da quanto si è verificato in altri ordinamenti giuridici, su tutti quello italiano e quello olandese³⁷⁸ – il modello dell’alienazione in funzione di garanzia, pur non ottenendo riconoscimento in uno schema tipico disciplinato dal legislatore, ha trovato nell’ordinamento tedesco scarsi ostacoli di natura dogmatica³⁷⁹ sia quanto all’ammissibilità teorica, che quanto alla diffusione pratica come strumento di garanzia del credito alternativo rispetto alle garanzie reali tipiche³⁸⁰.

Come osservato, inoltre, in un siffatto contesto normativo ed interpretativo gli interessi e le questioni sottese al divieto di patto commissorio non hanno assunto rilevanza alcuna in merito alla valutazione di liceità della fattispecie del trasferimento fiduciario a scopo di garanzia³⁸¹.

Ma vi è di più. Se, infatti, la configurabilità teorica dell’alienazione in garanzia consentirebbe – come accaduto in seno al dibattito italiano – di attirare nel campo di indagine altri principi generali dell’ordinamento come quello del *numerus clausus* dei diritti reali, o quello di causalità nel trasferimento dei diritti³⁸², che evidentemente esulano dalle logiche direttamente inerenti al divieto di patto commissorio, tale ultimo principio –

³⁷⁷ M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 159 s.; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 246 s.

³⁷⁸ Sul dibattito inerente all’ammissibilità dell’alienazione a scopo di garanzia, v., *infra*, Par. 3, in questo Capitolo.

³⁷⁹ Per una ricognizione delle argomentazioni che nella dottrina internazionale e comparatistica sono state avanzate avverso l’ammissibilità dell’alienazione a scopo di garanzia, v. F. FIORENTINI, *Garanzie reali atipiche*, cit. p. 259 s.; B. AKKERMANS, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, cit.

³⁸⁰ N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 246 s.; J. DALHUISEN, *Transnational, Comparative, Commercial, Financial and Trade Law*, cit., p. 88 s.; V. SAGAERT, *The right of ownership as security instrument*, cit., p. 511 s.; F. FIORENTINI, *Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati Europei*, cit., p. 827 s.

³⁸¹ Sottolinea questo profilo N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 246 s.

³⁸² Per una valutazione critica delle tradizionali argomentazioni svolte dalla dottrina italiana contraria all’ammissibilità dell’alienazione in funzione di garanzia v. G. D’AMICO, *Alienazioni a scopo di garanzia*, cit., p. 585 s.

secondo l'opinione prevalente nella dottrina tedesca³⁸³ – non ha assunto alcun significato nemmeno in ordine al giudizio di liceità delle pattuizioni dirette a regolare, in seno al *pactum fiduciae*, le tecniche di realizzazione della garanzia atipica e quindi i poteri riconosciuti al creditore che si trova già nella titolarità del bene oggetto di garanzia al momento dell'inadempimento del debitore.

In altri termini, la *ratio* di tutela del debitore dal rischio di ingiustificato arricchimento del creditore nella fase di escussione della garanzia reale non costituisce, nel formante interpretativo tedesco, un argomento alla luce del quale effettuare uno scrutinio circa la liceità o la proporzionalità delle clausole negoziali che integrano il trasferimento di diritti in funzione di garanzia.

Ciò, tuttavia, non implica che la posizione debitoria rimanga sguarnita di tutela, poiché secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale – suffragato dall'opinione dottrinale – la fattispecie traslativa disciplinata dall'alienazione a scopo di garanzia deve ritenersi in ogni caso soggetta ad uno scrutinio di liceità in concreto in forza del quale, anche ove non espressamente previsto dal *pactum fiduciae*, il creditore deve ritenersi obbligato alla restituzione dell'eccedenza di valore ottenuta con il definitivo acquisto della proprietà, sulla base di un'argomentazione desunta dal generale principio di cui all'art. 138 BGB³⁸⁴.

³⁸³ V. M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 159 s.; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 246 s., la questione, peraltro, non è andata esente da critiche dottrinali, poiché secondo una tesi il divieto di patto commissorio avrebbe dovuto assumere il valore di principio generale dell'ordinamento ed essere quindi posto a fondamento del giudizio di liceità della figura dell'alienazione in funzione di garanzia, v. su tutti, H. F. GAUL, *Lex Commissoria und Sicherungsübereignung*, cit., p. 351 s., in dottrina e in giurisprudenza, tuttavia, la ricostruzione esaminata è divenuta assolutamente minoritaria, prevalendo l'orientamento che giudica il divieto di patto commissorio estraneo alle dinamiche soddisfattorie per il creditore radicate nella struttura dell'alienazione a scopo di garanzia, per ampi riferimenti giurisprudenziali v. R. SERICK., *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco*, cit., p. 73 s.

³⁸⁴ M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 159 s.; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 249 s.; R. SERICK, *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco*, cit., p. 73 s.

3. L'esperienza olandese.

3.1. Premessa.

Nel corso di un'indagine comparata riguardo al ruolo del divieto di patto commissorio nel sistema delle garanzie reali del credito alcune interessanti notazioni possono essere svolte analizzando le soluzioni adottate dal codice civile olandese. E ciò per due ordini di motivazioni.

Il primo riposa su un dato storico e sistematico e cioè che il *Nieuw Burgerlijk Wetboek*, entrato in vigore nel 1992³⁸⁵, è un codice di recente elaborazione, ma soprattutto concretizza un'opera legislativa radicata su di un'approfondita analisi comparata dei maggiori modelli civilistici continentali – in particolare quello francese e quello tedesco – con il fine di giungere a soluzioni uniformi e maggiormente evolute anche nel panorama del diritto privato europeo.

Da questo angolo prospettico, quindi, il sistema gius-privatistico olandese costituisce un terreno fertile per lo sviluppo delle riflessioni sottese alla comparazione giuridica³⁸⁶, in particolare con riferimento alla disciplina del diritto patrimoniale, un settore, come già sottolineato, oggetto di profondi mutamenti nell'ultimo ventennio a livello nazionale e internazionale.

Il secondo ordine di motivazioni attiene più precisamente alle scelte di politica del diritto adottate dal legislatore olandese in tema di garanzie reali. Come si avrà modo di approfondire nei successivi paragrafi, infatti, il dibattito inerente all'articolazione delle tecniche di garanzia reale del credito e, in particolare, al ruolo assunto dall'alienazione in funzione di garanzia nell'ambito di tali tecniche, ha impegnato a fondo la dottrina e la

³⁸⁵ Sul processo di codificazione olandese v. E. IORATTI, *Il nuovo codice civile dei Paesi Bassi fra soluzioni originali e circolazione dei modelli*, in *R. d. civ.*, 1992, I, p. 117 s.

³⁸⁶ Sulle tecniche di comparazione giuridica nel diritto privato v. R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 1995, p. 10 s.; con riferimento al sistema olandese v. R. SACCO – A. GAMBARO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Tratt. Sacco*, Milano, 2018, p. 277 s.

giurisprudenza olandese anche alla luce della forte presa di posizione del legislatore che, nel 1992, ha optato per l'affermazione *expressis verbis* dell'inammissibilità dei negozi fiduciari a scopo di garanzia.

A fronte di un tale approccio legislativo, quindi, occorrerà verificare quali siano i principi sottesi al divieto di *fiducia cum creditore*, ma anche se, ed eventualmente come, tali principi si pongano in relazione alla fattispecie commissoria.

3.2. *Il divieto di patto commissorio e le tecniche di realizzazione delle garanzie reali nel sistema olandese.*

Nell'ambito del *Nieuw Burgerlijk Wetboek*³⁸⁷ la disciplina delle garanzie reali del credito trova collocazione al libro terzo, dedicato al diritto patrimoniale in generale³⁸⁸, ed in particolare al titolo IX contenente disposizioni in materia di pegno (*pand*) e ipoteca (*hypotheek*).

Tra i principi generali in materia di garanzie reali, delineati alla prima sezione del citato titolo IX, il codice civile olandese formalizza il divieto di patto commissorio³⁸⁹, avente ad oggetto, secondo il disposto dell'art. 3:235 NBW³⁹⁰, il patto in forza del quale al creditore è attribuito il diritto di appropriarsi del bene oggetto di pegno o ipoteca.

³⁸⁷ Di seguito per comodità NBW.

³⁸⁸ BW, Libro III: *Vermogensrecht in het algemeen*, v. R.J.Q. KLOMP – C. MAK, *Burgerlijk Wetboek*, Nijmegen, 2018, p. 287 s.; per la versione inglese dell'articolato olandese cfr. H. WARENDORF – R. THOMAS – I. CURRY-SUMMER, *The Civil Code of The Netherlands*, Leiden, 2009, p. 487 s.; S. HARDT – N. KORNET (a cura di), *The Maastricht Collection. Comparative Private Law*, v. IV, Groningen, 2017, p. 120 s.

³⁸⁹ S. VAN ERP – L.P.W. VAN VLIET, *Real and personal security*, cit., p. 118; S. SCOTT, *A Comparison between Belgian, Dutch and South African Law Dealing with Pledge and Execution Measures*, in *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, vol. 43, I, 2010, p. 110 s.; W.H.M. REEHUIS – A.H.T. HEISTERKAMP, *Goederenrecht*, Deventer, 2012, p. 552.; V. SAGAERT, *Security Interests*, in S. VAN ERP – B. AKKERMANS (a cura di), *Cases, Materials and Text on Property Law. Ius Commune Casebooks*, cit., p. 453.

³⁹⁰ Art. 3:235 NBW.

Elk beding waarbij de pand of hypotheekhouder de bevoegdheid wordt gegeven zich het verbonden goed toe te eigenen, is nietig.

Anche l'ordinamento olandese, quindi, fortemente influenzato dalla tradizione romanistica³⁹¹ – e dall'elaborazione del diritto romano compiuta dalla pandettistica tedesca³⁹² – riconosce il divieto di patto commissorio come un principio generale governante la disciplina delle garanzie reali del credito posto a tutela del debitore avverso l'imposizione di clausole che possano risultare eccessivamente onerose e condurre ad un ingiustificato arricchimento del creditore³⁹³.

Secondo l'interpretazione giurisprudenziale³⁹⁴ consolidata, il divieto di patto commissorio colpisce anche l'accordo con cui viene attribuito al creditore lo *ius vendendi*, ovvero il potere di provvedere alla vendita privata del bene oggetto di garanzia e di soddisfarsi sul ricavato.

In termini generali, infatti, il legislatore olandese preclude all'autonomia privata la possibilità di regolare in via pattizia la realizzazione della garanzia reale, predisponendo invece una serie di opzioni perseguibili in sede di esecuzione forzata miranti alla liquidazione del bene³⁹⁵ e alla rapida soddisfazione del creditore, assicurando in ogni caso un livello minimo di

Qualsiasi accordo in forza del quale è attribuito al creditore il potere di appropriarsi del bene oggetto di garanzia è nullo.

³⁹¹ Lo studio del diritto romano costituisce il fondamento della scienza giuridica olandese e la base da cui ha preso le mosse, nel corso del XVII secolo, l'elaborazione del *Roman-Dutch Law*, su cui si è fondato l'ordinamento privatistico olandese, v. J.W. WESSELS, *History of the Roman-Dutch Law*, Clark – New Jersey, 2005; W.G. SCHULZE, *Parate Executie, Pacta Commissoria, Banks and Mortgage Bonds*, in *De Jure*, 2004, 37, p. 256 s.

³⁹² S. SCOTT, *A Comparison between Belgian, Dutch and South African Law Dealing with Pledge and Execution Measures*, in *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, vol. 43, I, 2010, p. 94.

³⁹³ Sul fondamento del divieto di patto commissorio nel diritto romano come successivamente elaborato nella tradizione di *Roman-Dutch Law* cfr. W.G. SCHULZE, *Parate Executie, Pacta Commissoria, Banks and Mortgage Bonds*, cit., p. 256 s.; S. SCOTT, *Pacta Commissoria (Vervalbedinge) en Pandreg*, in *Journal of South African Law*, 2010, IV, p. 779 s.

³⁹⁴ Il principio, formulato per la prima volta dalla Corte Suprema olandese nella vigenza del precedente codice civile, successivamente non è mai stato messo in discussione, cfr. Hoge Raad, 1 Aprile 1927, in *Nederlandse Jurisprudentie*, 1927, p. 601, v. anche S. SCOTT, *A Comparison between Belgian, Dutch and South African Law Dealing with Pledge and Execution Measures*, cit., p. 110, W.H.M. REEHUIS – A.H.T. HEISTERKAMP, *Goederenrecht*, cit., p. 552 s.

³⁹⁵ S. VAN ERP – L.P.W. VAN VLIET, *Real and personal security*, cit., p. 110 s.

controllo su tali procedure da parte dell'autorità giudiziaria ovvero di un pubblico ufficiale.

Ciò è facilmente apprezzabile con riguardo alla garanzia pignorizia per la cui escussione, in linea di principio, il legislatore prevede una procedura esecutiva in via sommaria³⁹⁶.

Ai sensi dell'art. 3:248 primo comma NBW, infatti, il creditore può provvedere alla liquidazione del bene oggetto di pegno senza dover ricorrere all'autorità giudiziaria³⁹⁷, ma procedendo ad una vendita ad asta pubblica sovrintesa da un notaio, il quale garantisce la regolarità delle operazioni di vendita e di soddisfacimento del creditore sul ricavato³⁹⁸.

Tale soluzione può essere esclusa solo in forza di apposita pattuizione tra le parti in sede di costituzione della garanzia reale. In tal caso il creditore, per procedere alla fase esecutiva, dovrà necessariamente rivolgersi all'autorità giudiziaria cui sarà rimesso il compito di verificare l'effettiva sussistenza dell'inadempimento³⁹⁹ da parte del debitore prima di dare avvio alla vendita giudiziale (art. 3:248 secondo comma NBW).

Come accennato, alcune alternative sono concesse alle parti in sede esecutiva al fine di consentire una soluzione celere della procedura alla condizione però che le stesse siano sottoposte al controllo diretto da parte del giudice.

E così le parti possono richiedere congiuntamente al tribunale competente per la fase esecutiva l'autorizzazione alla vendita privata del bene anziché ad asta pubblica⁴⁰⁰.

³⁹⁶ La procedura esecutiva, una volta intrapresa regolarmente da parte del creditore, può essere continuata e portata a termine pure in pendenza di una procedura concorsuale a carico del debitore ai sensi dell'art. 57 *Faillissementswet*.

³⁹⁷ Giova sottolineare che una procedura esecutiva di questo genere agevola notevolmente la rapidità della fase realizzativa e quindi la generale efficienza del sistema di escussione della garanzia pignorizia, che in via generale si realizza sul piano stragiudiziale.

³⁹⁸ P.R. WOOD, *Comparative law of security interests and title finance*, London, 2007, p. 374.

³⁹⁹ S. SCOTT, *A Comparison between Belgian, Dutch and South African Law Dealing with Pledge and Execution Measures*, cit., p. 107.

⁴⁰⁰ Alternativa prevista dall'art. 3:251 primo comma NBW.

Alternativamente, il creditore può richiedere al Presidente della Corte competente di assegnargli la proprietà del bene oggetto di pegno a soddisfazione delle proprie pretese⁴⁰¹. Condizione inderogabile ai fini dell'accoglimento dell'istanza è che il giudice, in via esclusiva, provveda a determinare il valore del bene oggetto di pegno al momento del trasferimento, in modo da evitare ogni rischio di ingiustificato arricchimento del creditore⁴⁰².

Quest'ultima fattispecie costituisce l'unica ipotesi in cui il legislatore olandese consente la soddisfazione del creditore mediante il trasferimento della proprietà del bene oggetto di garanzia⁴⁰³.

Gli interpreti⁴⁰⁴, peraltro, sono concordi nel ritenere la fattispecie estranea al patto commissorio rilevando che l'acquisto della proprietà ha luogo *post* inadempimento dell'obbligazione garantita⁴⁰⁵ e comunque risulta sottoposto al controllo giudiziale sul complessivo equilibrio dell'operazione esecutiva.

⁴⁰¹ H.J. SNIJDERS – E.B. RANK-BERENSCHOT, *Goederenrecht*, The Netherlands, 2012, p. 464 s.; S. SCOTT, *A Comparison between Belgian, Dutch and South African Law Dealing with Pledge and Execution Measures*, cit., p. 110; S. VAN ERP – L.P.W. VAN VLIET, *Real and personal security*, cit., p. 110 s.

⁴⁰² S. SCOTT, *A Comparison between Belgian, Dutch and South African Law Dealing with Pledge and Execution Measures*, cit., p. 110.

⁴⁰³ Un'altra fattispecie ascrivibile all'acquisizione della proprietà a fini di soddisfacimento del creditore si ritiene desumibile in via interpretativa dal disposto dell'art. 251 secondo comma NBW, in forza del quale le parti possono accordarsi per la liquidazione del pegno in via alternativa rispetto alle procedure ordinarie. In tale ipotesi la giurisprudenza ha ritenuto ammissibile un accordo tra le parti successivo all'inadempimento in forza del quale azioni o strumenti finanziari oggetto di pegno siano trasferiti al creditore ad un prezzo di mercato; in questo caso, è stato argomentato, la peculiare natura dei beni escluderebbe la possibilità di un ingiustificato arricchimento del creditore, cfr. Hoge Raad, 17 Gennaio 1929, in *Nederlandse Jurisprudentie*, 1929, p. 622; in dottrina, peraltro, si è sostenuto che tale accordo possa ritenersi valido anche ove stipulato prima della scadenza dell'obbligazione garantita, v. S. SCOTT, *A Comparison between Belgian, Dutch and South African Law Dealing with Pledge and Execution Measures*, cit., p. 110, spec. nt. 98, nell'ambito di un'analisi comparata del divieto di patto commissorio nel diritto olandese e sudafricano entrambi fondati sulla tradizione di *Roman-Dutch Law*.

⁴⁰⁴ S. VAN ERP – L.P.W. VAN VLIET, *Real and personal security*, cit., p. 117 s.; S. SCOTT, *A Comparison between Belgian, Dutch and South African Law Dealing with Pledge and Execution Measures*, cit., p. 116 s.

⁴⁰⁵ La tesi è pacificamente accolta nella giurisprudenza italiana, francese e tedesca che tendono a qualificare la fattispecie in termini di valida *datio in solutum* estranea alla pattuizione commissoria, cfr. Par. 1-2, in questo Capitolo e *infra*, Cap. III, Par. 2.

Volgendo lo sguardo ai sistemi di realizzazione della garanzia ipotecaria, il codice civile olandese dimostra di non discostarsi sensibilmente dalle disposizioni appena esaminate⁴⁰⁶.

L'art. 3:268 primo comma NBW, infatti, prevede che in caso di inadempimento dell'obbligazione garantita il creditore ipotecario possa provvedere alla vendita del bene senza ricorrere ad un'autorizzazione da parte del giudice secondo una procedura semplificata consistente nella vendita a pubblici incanti sotto la supervisione di un notaio⁴⁰⁷. In via alternativa, su richiesta di una delle parti o di entrambe, il giudice può autorizzare la vendita privata dell'immobile⁴⁰⁸.

L'ultimo comma dell'art. 3:268 NBW, infine, precisa che qualsiasi altro accordo in forza del quale al creditore sia attribuito il potere di rivalersi sul bene ipotecato al di fuori delle procedure previste per legge deve ritenersi nullo, in sostanza riproponendo il divieto di clausole cd. "di esecuzione parata" già accolto in altri ordinamenti giuridici⁴⁰⁹.

⁴⁰⁶ Il sistema olandese di esecuzione forzata immobiliare risulta tra i più efficienti d'Europa, infatti la durata media di una procedura esecutiva immobiliare in Olanda è di tre mesi, cfr. H. PLOEGER – A. VAN VELTEN – J. ZEVENBERGEN, *Real Property Law and Procedure in the European Union. Report for the Netherlands*, Firenze, 2005, p. 38 s.

⁴⁰⁷ S. VAN ERP – L.P.W. VAN VLIET, *Real and personal security*, cit., p. 121; H. PLOEGER – A. VAN VELTEN – J. ZEVENBERGEN, *Real Property Law and Procedure in the European Union.*, cit., p. 38 s.

⁴⁰⁸ Ulteriormente, dottrina e giurisprudenza ritengono validi accordi in forza dei quali, in caso di inadempimento del debitore, al creditore sia attribuito il potere di acquisire la gestione dell'immobile senza permesso del giudice ove ciò sia strettamente necessario per la fruttuosità della successiva esecuzione forzata, cfr. S. VAN ERP – L.P.W. VAN VLIET, *Real and personal security*, cit., p. 121.

⁴⁰⁹ Il riferimento va alla *prohibition de voie parée*, di cui all'art. 742 c.p.c. (*ancien*) francese, e all'art. 1149 BGB, v. *supra* Par. 1.1. e 2.1., in questo Capitolo.

3.3. *Il divieto di trasferimenti fiduciari a scopo di garanzia.*

Particolarmente interessante ai fini della presente indagine risulta essere la parabola legislativa che ha interessato la figura dell'alienazione a scopo di garanzia nell'ordinamento olandese.

L'impiego di negozi atipici disciplinanti il trasferimento di proprietà con finalità di garanzia, infatti, ha trovato larga diffusione nella prassi commerciale olandese fin dai primi decenni del '900, rappresentando per l'autonomia privata una valida alternativa alle garanzie reali tipiche soprattutto al fine di costituire garanzie non possessorie su beni mobili⁴¹⁰.

Investita della questione, la Corte Suprema Olandese in due sentenze gemelle risalenti al 1929⁴¹¹, ha dichiarato la legittimità di tali operazioni negoziali riconoscendo la meritevolezza dell'interesse privato alla costituzione di garanzie mobiliari non possessorie in assenza di una disciplina *ad hoc* nel codice civile⁴¹².

Nel corso dei successivi decenni, tuttavia, il tasso di litigiosità connesso alla figura dell'alienazione a scopo di garanzia è andato progressivamente

⁴¹⁰ Nella prassi commerciale al fine di costituire una garanzia non possessoria l'alienazione in funzione di garanzia era seguita da un costituito possessorio a favore del debitore cedente, il quale in tal modo manteneva la materiale disponibilità del bene.

⁴¹¹ Hoge Raad, 25 Gennaio 1929, in *Nederlandse Jurisprudentie*, 1929, p. 616; Hoge Raad, 21 Giugno 1929, in *Nederlandse Jurisprudentie*, 1929, p. 1096, secondo cui “*an agreement in which ownership of a movable good is transferred for security purposes, and of which the debtor remains detentor with regulation on the exercise of the ownership rights, is not contrary to statute and does not aim at eluding the statutory provisions with regard to the pledge agreement*”, cfr. V. SAGAERT, *Security Interests*, in S. VAN ERP – B. AKKERMANS (a cura di), *Cases, Materials and Text on Property Law. Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, cit., p. 514, nt. n. 132.; D. HAYTON, *Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring Funds*, The Hague, 2002, p. 104 s.

Le pronunce in esame hanno ulteriormente riconosciuto la legittimità del cd. “pegno silente” di crediti, ovvero il pegno su crediti che, diversamente da quanto previsto dalla figura tipica disciplinata dal codice del 1838, non richiede la notificazione al creditore ai fini della valida costituzione della garanzia.

⁴¹² S. VAN ERP – L.P.W. VAN VLIET, *Real and personal security*, cit., p. 117 s. Può fin d'ora notarsi come anche nel dibattito olandese – analogamente a quanto osservato per quello tedesco – il tema della legittimità dell'alienazione a scopo di garanzia sia andato sviluppandosi di pari passo con quello delle garanzie non possessorie, originariamente sconosciute alla maggioranza degli ordinamenti di *civil law* e progressivamente considerate necessarie nella prassi commerciale.

aumentando e la giurisprudenza è tornata sul tema precisando che la situazione giuridica soggettiva del creditore titolare del bene trasferitogli in via fiduciaria doveva equipararsi a quella di un creditore pignorativo⁴¹³.

Ne derivava che, nell'ipotesi di inadempimento dell'obbligazione garantita, al creditore non era riconosciuto il diritto di acquistare definitivamente la proprietà del bene in via soddisfattiva. Lo stesso, diversamente, avrebbe dovuto provvedere alla vendita del bene rivalendosi sul ricavato in via proporzionale al credito inadempito e restituendo l'eventuale differenza al debitore.

È evidente, quindi, come le riflessioni incentrate sull'alienazione a scopo di garanzia lungo tutto il secolo scorso abbiano condotto le corti olandesi a prendere in considerazione le problematiche sottese al divieto di patto commissorio e quindi ad analizzare la fattispecie dal punto di vista del possibile squilibrio delle posizioni di creditore e debitore nella fase di realizzazione della garanzia.

Altrettanto paradigmatica risulta essere la risposta interpretativa fornita dalle corti stesse, che, al fine di assicurare soluzioni equitative, hanno riattribuito la fattispecie traslativa nel campo delle tutele approntate dalla disciplina legale predisposta per la realizzazione della garanzia pignorativa.

Il dibattito appena esaminato ha vissuto una nuova stagione a partire dal 1992, anno in cui il nuovo codice civile olandese (*NBW*) ha formalizzato il divieto di stipulare negozi giuridici ascrivibili alla figura della *fiducia cum creditore*⁴¹⁴.

⁴¹³ Hoge Raad, 7 Marzo 1975, in *Nederlandse Jurisprudentie*, 1976, p. 91; v. S. VAN ERP – L.P.W. VAN VLIET, *Real and personal security*, cit., p. 119; D. HAYTON, *Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring Funds*, cit., p. 105.

⁴¹⁴ Art. 3:84 comma terzo *NBW*.

Een rechthandeling die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid of die de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen, is geen geldige titel van overdracht van te goed.

Un atto giuridico diretto al trasferimento di un bene per finalità di garanzia, ovvero privo dello scopo di attribuire il bene al patrimonio dell'avente causa, non costituisce valido titolo di trasferimento del bene.

R. G. ANDERSON – J. W. A. BIEMANS, *Reform of Assignment in Security: Lessons from the Netherlands*, in *Edinburgh Law Review*, 2012, XVI, p. 24 s.; V. SAGAERT, *Security*

A fondamento della proibizione sono state poste una serie di ragioni complementari.

In primo luogo, il legislatore olandese ha ritenuto che il trasferimento fiduciario della proprietà concretizzasse uno strumento giuridico sovra dimensionato rispetto alla finalità di garanzia, che diversamente avrebbe potuto essere perseguita mediante lo sfruttamento di garanzie tipiche⁴¹⁵, implicanti la costituzione di un diritto reale sui beni del debitore e quindi un minore sacrificio per il patrimonio di quest'ultimo.

D'altro canto il legislatore, avvedutosi dell'esigenza – emersa soprattutto nella prassi commerciale – di fare ricorso a garanzie prescindenti dallo spossessamento del debitore, ha provveduto a tipizzare le figure del pegno mobiliare non possessorio⁴¹⁶ (*bezitloos pandrecht*) e del pegno su crediti cd.

Interests, in S. VAN ERP – B. AKKERMANS (a cura di), *Cases, Materials and Text on Property Law. Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, cit., p. 514; U. DROBNIG, *Present and Future of Real and Personal Security*, cit. p. 653; W. LOOF – A. BERLEE, *Case Study: Harmonizing Security Rights*, in B. AKKERMANS – J. HAGE – N. KORNET – J. SMITS (a cura di), *Who Does What? On the allocation of regulatory competences in European Private Law*, Antwerp, 2015, p. 217; F. FIORENTINI, *Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati Europei*, cit., p. 827 s.; S. DE GROOT, *Three questions in relation to the scope of book IX DCFR*, in S. VAN ERP – A. SALOMONS – B. AKKERMANS, *The Future of European Property Law*, Munich, 2012, p. 148 s.; E.M. KIENINGER – M. GRAZIADEI, *Security rights in movable property in European Private Law*, Cambridge, 2004, p. 456 s.

Il legislatore olandese, delineando la fattispecie soggetta a nullità, pone l'accento sul profilo causale dell'atto traslativo e quindi considera invalido il trasferimento fiduciario in generale sia – espressamente – ove lo stesso sia realizzato a scopo di garanzia, ma pure nell'ipotesi più generale in cui il negozio non sia supportato dalla reale intenzione di trasferire la proprietà.

Nella dottrina olandese v. S. DE GROOT – A. F. SALOMONS, *Zekerheidsoverdracht in het Nederlandse BW, de Franse Code civil en de Europese DCFR*, in *Ars Aequi*, 2011, p. 383 s.; J.W. TELLEGEN, *Fiducia cum creditore en ons systeem van zakelijke rechten*, in *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 2002, p. 1475 s., in prospettiva comparata v. H. C. SIGMAN, *Keerweer v Sogelease BV Seen from an American Perspective*, in *Weekblad voor Privatrecht, Notariaat en Registratie*, 1996, p. 167 s.

⁴¹⁵ S. VAN ERP – L.P.W. VAN VLIET, *Real and personal security*, cit., p. 119; F. FIORENTINI, *Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati Europei*, cit., p. 827, spec. nt. 207.

⁴¹⁶ Il pegno mobiliare non possessorio trova disciplina all'art. 3:237 NBW, mentre il pegno "silente" su crediti (*stil pandrecht*), ovvero svincolato dalla notificazione al debitore del credito oggetto di garanzia, all'art. 3:239 NBW. In entrambi i casi la costituzione della garanzia richiede la stipulazione di una scrittura privata, ovvero di un atto pubblico successivamente oggetto di registrazione presso l'autorità tributaria: tale formalità, tuttavia, soddisfa la finalità di assicurare la certezza della data di costituzione del pegno, ma alla stessa non è riconosciuta alcuna funzione pubblicitaria cfr. V. SAGAERT, *Security Interests*, in S.

“silente” (*stil pandrecht*) ovvero svincolato dalla notificazione al debitore del credito oggetto di garanzia.

Un altro principio su cui si è radicato il divieto *ex art. 3:84 NBW* è quello della certezza delle situazioni giuridiche. Come osservato da parte della dottrina⁴¹⁷, infatti, l’assenza di una regolazione *ex lege* del negozio fiduciario conduceva ad una condizione di incertezza non solo circa la possibile divaricazione tra la titolarità formale e quella sostanziale del diritto di proprietà sul bene oggetto di disposizione, ma pure riguardo alla concreta perimetrazione dei poteri e delle facoltà riconosciute al creditore e al debitore in via funzionale al rapporto di garanzia⁴¹⁸.

Ed ancora, si è ritenuto che il negozio fiduciario avente ad oggetto beni mobili abbinato ad un costituito possessorio a favore del cedente concretizzasse, di fatto, una garanzia non possessoria svincolata da qualsivoglia tipologia di pubblicità, con evidente pregiudizio per la generalità dei terzi, ma soprattutto per i creditori – attuali o potenziali – del debitore/cedente, i quali avrebbero potuto agevolmente incorrere in false aspettative circa la consistenza patrimoniale di quest’ultimo⁴¹⁹.

VAN ERP – B. AKKERMANS (a cura di), *Cases, Materials and Text on Property Law. Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, cit., p. 444 s.; S. VAN ERP – L.P.W. VAN VLIET, *Real and personal security*, cit., p. 119.; P.R. WOOD, *Comparative law of security interests and title finance*, cit., p. 496.; E.M. KIENINGER – M. GRAZIADEI, *Security rights in movable property in European Private Law*, cit., p. 456 s.

⁴¹⁷ S. VAN ERP – L.P.W. VAN VLIET, *Real and personal security*, cit., p. 119.

⁴¹⁸ La problematica, come già osservato, si è proposta anche nel sistema tedesco in ordine alla cessione della proprietà a scopo di garanzia. Il legislatore tedesco, tuttavia, riconosce all’autonomia privata la libertà di regolare la fattispecie negoziale e quindi delineare i poteri e le facoltà del creditore titolare fiduciario, v. *supra*, Par. 2.2. in questo Capitolo.

⁴¹⁹ V. W. LOOF – A. BERLEE, *Case Study: Harmonizing Security Rights*, in B. AKKERMANS – J. HAGE – N. KORNET – J. SMITS (a cura di), *Who Does What?*, cit., p. 217. Sul punto occorre peraltro sottolineare una contraddizione di fondo del legislatore olandese, che da una parte proibisce trasferimenti fiduciari a scopo di garanzia rei di ingenerare la cd. “falsa ricchezza” del debitore, ma dall’altra ammette che il pegno non possessorio sia svincolato da un meccanismo di registrazione con efficacia pubblicitaria piena, di fatto riconoscendo alla figura neo-introdotta l’idoneità a creare su questo fronte le medesime problematiche cagionate dalla *fiducia cum creditore*. Sottolinea l’affinità tra il pegno non possessorio e la previgente *fiducia cum creditore* P.R. WOOD, *Comparative law of security interests and title finance*, cit., p. 112.

In termini generali, quindi, le ragioni addotte a fondamento della nullità del trasferimento fiduciario a scopo di garanzia da parte del codice civile olandese attengono più direttamente al profilo strutturale del rapporto di garanzia, in termini di astratta idoneità del diritto di proprietà ad assolvere la funzione di garanzia.

La potenziale violazione o l'elusione del divieto di patto commissorio non sembrano palesarsi nei ragionamenti del legislatore olandese in tale ambito, e ciononostante occorre sottolineare come sia la dottrina che la giurisprudenza, a più riprese, abbiano rivolto la propria attenzione anche ai profili inerenti alla realizzazione della garanzia reale che, nel caso di un trasferimento fiduciario non disciplinato *ex lege*, avrebbe potuto dare luogo ad un ingiustificato arricchimento da parte del creditore⁴²⁰.

Occorre peraltro segnalare come la netta presa di posizione del legislatore olandese in ordine alla realizzabilità di trasferimenti fiduciari a scopo di garanzia, pur avendo offerto maggiori certezze al sistema delle garanzie reali del credito, nondimeno ha dovuto confrontarsi con la prassi commerciale che non ha abbandonato l'impiego di negozi giuridici fondati su meccanismi traslativi, più o meno espliciti, i quali hanno finito per lambire l'area di operatività del divieto *ex art. 3:84 NBW*.

Così il dibattito in merito alla *fiducia cum creditore*, lungi dall'esaurirsi, ha avuto modo di proseguire con riguardo all'interpretazione e al campo di applicazione del divieto stabilito dalla legge.

La figura negoziale su cui si sono maggiormente concentrate le riflessioni di dottrina e giurisprudenza è quella del *sale and lease-back*⁴²¹.

⁴²⁰ V. ancora S. VAN ERP – L.P.W. VAN VLIET, *Real and personal security*, cit., p. 119, particolare attenzione a questo profilo era stata rivolta della giurisprudenza pronunciata sull'alienazione a scopo di garanzia prima dell'entrata in vigore del nuovo codice civile.

⁴²¹ V. D. FABER – B. SCHUIJLING, *Leasing under Dutch Law*, in *Unif. Law Rev.*, 2011, 16/I, p. 373 s.; la figura del *sale and lease back* e il rapporto con il divieto di patto commissorio e la tematica delle alienazioni a scopo di garanzia ha impegnato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale in altri ordinamenti, come quello francese, ma soprattutto quello italiano, v. *infra*, Cap. III, Par. 1.4.

Tale fattispecie contrattuale originariamente delineata dalla prassi commerciale come mezzo di finanziamento per l'attività di impresa, concretizza un'operazione negoziale complessa costituita dalla cessione di un bene e dalla contestuale rilocalazione del medesimo al soggetto cedente, il quale in tal modo può acquisire liquidità senza perdere il possesso della *res* e, solitamente, è in grado di riottenere la piena proprietà sulla stessa esercitando un'opzione di acquisto al termine del contratto di locazione.

Pur non concretizzando *recta via* un negozio fiduciario a scopo di garanzia, il *sale and lease-back* viene sovente declinato dall'autonomia privata a negozio giuridico *cavendi causa* in forza del quale il debitore cede al creditore un proprio bene a garanzia della somma che gli viene corrisposta e mantiene il possesso dello stesso a titolo di locazione.

È evidente che, per struttura e funzione, la fattispecie in discorso si proponga in termini di – almeno potenziale – conflittualità con il divieto di *fiducia cum creditore* sancito dall'art. 3:84 terzo comma NBW.

La giurisprudenza olandese ha avuto modo di occuparsi del problema in due importanti sentenze intervenute a distanza di un decennio l'una dall'altra.

Nel 1995, pronunciandosi in merito al celebre caso *Sogelease*⁴²², la Corte Suprema olandese ha stabilito che nell'analisi in ordine a fattispecie come

⁴²² *Mr. Keereweer as the insolvency administrator of De Zaaiers BV vs Sogelease*, Hoge Raad, 19 Maggio 1995, in *Nederlandse Jurisprudentie*, 1996, p. 119 s.

Il caso: Nel 1991 la società *De Zaaiers BV* acquistava dei macchinari da stamperia grazie ad un finanziamento realizzato sulla base di un *sale and lease back agreement* con la società *Sogelease*, la quale a sua volta acquistava i macchinari e ne ritrasferiva il possesso alla società finanziata. L'accordo di *sale and lease back* prevedeva la locazione dei macchinari per sette anni a favore della *De Zaaiers BV*, al termine dei quali la stessa avrebbe potuto riottenere la piena proprietà ad un prezzo prefissato. In caso di inadempimento nel pagamento dei canoni di locazione *Sogelease* aveva il diritto richiedere la risoluzione del contratto e mantenere la piena proprietà dei macchinari.

Nel 1993 la *De Zaaiers BV* veniva dichiarata fallita e il curatore fallimentare adiva l'autorità giurisdizionale al fine di far accertare la finalità di garanzia dell'operazione richiedendo che i macchinari fossero quindi liquidati e il ricavato fosse distribuito tra i creditori concorsuali. Cfr. V. SAGAERT, *Security Interests*, in S. VAN ERP – B. AKKERMANS (a cura di), *Cases, Materials and Text on Property Law. Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, cit., p. 513 s.; D. FABER – B. SCHUIJLING, *Leasing under Dutch Law*, cit., p. 373 s.; E.M. KIENINGER – M. GRAZIADEI, *Security rights in movable property in European Private Law*, cit., p. 456 s.

quella del *sale and lease-back* – ma, in generale, con riguardo a tutte le ipotesi di trasferimenti a scopo di garanzia – occorre distinguere tra alienazioni che possono definirsi “genuine” perché realmente indirizzate a determinare un effetto traslativo a favore dell’avente causa e quindi valide, e alienazioni “non genuine”, invalide in quanto fondate sulla finalità di garanzia e quindi operativamente miranti ad offrire all’avente causa un mezzo di soddisfazione in caso di inadempimento del debito garantito.

Tra i criteri da impiegare nell’indagine in concreto, la Corte si è orientata in primo luogo verso un’analisi comparativa della fattispecie rispetto ai tratti della garanzia reale tipica.

E così nell’ipotesi in cui il regolamento contrattuale preveda che il creditore, in caso di inadempimento, possa procedere alla vendita del bene soddisfacendosi sul ricavato con l’obbligo di restituzione dell’eccedenza la fattispecie deve ascrivere alla categoria delle alienazioni a scopo di garanzia e quindi ritenersi nulla⁴²³.

Diverso atteggiamento interpretativo è tenuto dalla Corte nel caso in cui il contratto preveda il trasferimento della piena proprietà al *lessee* e al contratto di *lease-back* sia apposta una clausola di riacquisto al termine della locazione.

In siffatta ipotesi si è sostenuto che la clausola di riacquisto non costituisce indice, di per sé, della funzionalizzazione della proprietà attribuita al *lessor* allo scopo di garanzia.

Diversamente, la piena titolarità del diritto di proprietà può ritenersi compatibile con un diritto personale di godimento come quello scaturente da un contratto di locazione, e l’inadempimento del *lessee* in quest’ipotesi determina il semplice diritto del proprietario alla risoluzione del contratto con riacquisto del pieno potere sulla *res*⁴²⁴.

⁴²³ S. DE GROOT, *Three questions in relation to the scope of book IX DCFR*, in S. VAN ERP – A. SALOMONS – B. AKKERMANS, *The Future of European Property Law*, cit., p. 148 s.

⁴²⁴ S. DE GROOT, *Three questions in relation to the scope of book IX DCFR*, cit., p. 148 s.

La gamma dei criteri esegetici da impiegare al fine di inquadrare la fattispecie di *sale and lease back* è stata ampliata con la successiva, e altrettanto discussa, pronuncia della Corte Suprema del 2005⁴²⁵.

In tale occasione i giudici olandesi hanno sottolineato la necessità di ricercare l'intenzione delle parti oltre il dato letterale dell'accordo prendendo in considerazione le reciproche aspettative delle stesse in ordine al risultato dell'operazione negoziale conclusa⁴²⁶.

Al riguardo, si è aggiunto, l'iniziale squilibrio tra il prezzo di cessione e il valore del bene ceduto può essere un indice da tenere in considerazione, ma non può considerarsi risolutivo ai fini di un giudizio di validità della fattispecie.

Nonostante le pronunce esaminate abbiano avuto il merito di tracciare quantomeno una linea interpretativa nell'ambito dell'applicazione del divieto di negozi fiduciari a scopo di garanzia, il dibattito rimane aperto, soprattutto a causa dell'effettiva incertezza che regna in ordine agli esiti di un tale approccio ermeneutico.

Particolarmente interessante ai fini della presente indagine, è l'argomento sviluppato dai giudici olandesi incentrato sull'accostamento della fattispecie di *sale and lease back* alla garanzia reale tipica con peculiare riferimento ai profili di soddisfazione del creditore in caso di inadempimento.

Ad un'attenta analisi, infatti, il criterio proposto dalla *Hoge Raad* mirante all'individuazione di clausole attribuenti al creditore il potere di liquidare il bene e rivalersi sul ricavato può risultare utile ad una valutazione *prima facie* della fattispecie in termini di alienazione in garanzia o meno, ma – a ben guardare – si rivela un criterio eccessivamente formalistico, nel momento in cui esclude dall'indagine focalizzata sulle tecniche di realizzazione della

⁴²⁵ *BTL Case*, Hoge Raad, 18 Novembre 2005, in *Nederlandse Jurisprudentie*, 2006, p. 151, cfr. S. DE GROOT, *Three questions in relation to the scope of book IX DCFR*, cit., p. 149.

⁴²⁶ Tale criterio di interpretazione del contratto è stato introdotto per la prima volta in giurisprudenza nella pronuncia inerente al caso *Haviltex*, Hoge Raad, 13 Marzo 1981, in *Nederlandse Jurisprudentie*, 1981, p. 635.

garanzia reale la valutazione degli interessi sottesi al codificato divieto di patto commissorio.

L'eccessivo formalismo – e, in definitiva, la potenziale incoerenza – del criterio analizzato si manifesta in tutta la sua evidenza ove si ponga mente al fatto che l'assenza di una clausola che attribuisca al creditore lo *ius vendendi* sul bene trasferito in attuazione di un'operazione di *sale and lease back* non è di per sé sufficiente a sottrarre la fattispecie dallo scopo di garanzia. Ma, soprattutto, con l'applicazione di tale criterio si omette di considerare che l'assenza di una clausola siffatta può ben significare la definitiva attribuzione della proprietà al creditore in caso di inadempimento, senza alcun obbligo di rendiconto, il che in tutta evidenza concretizzerebbe un patto commissorio illecito – come già analizzato – anche nel sistema olandese.

Un dato inequivocabile può desumersi dalle riflessioni svolte, e cioè che il divieto di trasferimenti fiduciari a scopo di garanzia nel sistema olandese in questi decenni è stato sottoposto ad importanti ridimensionamenti sul piano interpretativo⁴²⁷, perdendo progressivamente il carattere di assolutezza che ne aveva caratterizzato l'entrata in vigore.

Tale tendenza, peraltro, è riscontrabile anche sul piano normativo⁴²⁸, per esempio nell'ambito della trasposizione della direttiva 2002/47/CE, disciplinante i cd. *financial collateral arrangements*, che ha espressamente riconosciuto la tecnica di garanzia fondata sul trasferimento di crediti o strumenti finanziari.

⁴²⁷ V. SAGAERT, *Security Interests*, in S. VAN ERP – B. AKKERMANS (a cura di), *Cases, Materials and Text on Property Law. Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, cit., p. 444 s.

⁴²⁸ V. S. VAN ERP – L.P.W. VAN VLIET, *Real and personal security*, cit., p. 110 s., occorre peraltro sottolineare come il divieto di trasferimenti fiduciari a scopo di garanzia soffre di un'altra importante eccezione nelle clausole di riserva della proprietà a garanzia del pagamento del corrispettivo per il bene trasferito (*eigendomsvoorbehoud*), disciplinate all'art. 3:92 *NBW*. Fino al 1992 questa tipologia di accordi potevano essere sfruttati per garantire qualsiasi obbligazione presente o futura tra le parti, ma con l'entrata in vigore del divieto ex art. 3:84 *NBW*, l'ambito di applicazione è stato ristretto alle sole obbligazioni correlate alla cessione del bene, permane tuttavia uno spazio di operatività dell'istituto che, evidentemente, pone un'ulteriore eccezione al divieto in esame.

L'implementazione nell'ordinamento della citata direttiva ha creato forte imbarazzo al legislatore olandese, il quale si è visto costretto ad introdurre una disposizione *ad hoc*, l'art. 7:55 NBW, in forza della quale i trasferimenti di strumenti finanziari a scopo di garanzia devono reputarsi al di fuori del campo di applicazione del divieto *ex art. 3:84 NBW*⁴²⁹.

In definitiva, quindi, il divieto di *fiducia cum creditore*, pur costituendo un principio generale dell'ordinamento olandese, pare non risolvere la tensione sussistente tra i principi generali governanti il sistema delle garanzie reali e le esigenze della prassi negoziale, sempre più proclive all'impiego di quelle che la dottrina internazionale definisce *functional securities*⁴³⁰, ovvero meccanismi di funzionalizzazione della proprietà allo scopo di garanzia.

4. La prospettiva di diritto privato europeo.

4.1. Il *Draft Common Frame of Reference*.

4.1.1. *Draft Common Frame of Reference e Property Law*.

La tematica delle garanzie reali del credito e, più in generale, la disciplina della proprietà e dei diritti reali sono aree della scienza privatistica storicamente rimaste al di fuori dei progetti di armonizzazione di diritto

⁴²⁹ V. SAGAERT, *Security Interests*, in S. VAN ERP – B. AKKERMANS (a cura di), *Cases, Materials and Text on Property Law. Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, cit., p. 515. Occorre notare come il medesimo approccio normativo sia stato tenuto dal legislatore italiano in sede di trasposizione della direttiva *collateral* con riguardo al divieto di patto commissorio. Il d.lgs. n. 170/2004, infatti, disciplina le fattispecie di garanzia finanziaria prevedendo espressamente la non applicabilità con riguardo alle medesime dell'art. 2744 c.c.

⁴³⁰ V. U. DROBNIG, *Present and Future of Real and Personal Security*, in *ERPL*, 2003, V, p. 623 s.

privato condotti a livello europeo⁴³¹ tra la fine degli anni '90 e la prima decade del nuovo millennio⁴³².

La ragione è presto detta: i fondamenti dogmatici su cui poggiano le regole governanti la proprietà, i diritti reali e gli istituti ad essi affini risultano fortemente radicati nella tradizione di ogni ordinamento giuridico finendo per dare vita a regimi di disciplina in molti casi assai divergenti fra loro⁴³³.

Basti pensare alle difficoltà che possono emergere nella definizione del concetto stesso di proprietà comparando gli ordinamenti di derivazione romanistica a quelli di *common law*⁴³⁴, ovvero alle profonde divergenze che caratterizzano il meccanismo del trasferimento *inter vivos* dei beni⁴³⁵.

Un tale rilievo, storicamente, è stato giudicato un ostacolo quasi insormontabile dalla dottrina internazionale e dai redattori di un potenziale

⁴³¹ Sul piano internazionale, tuttavia, tra la fine degli anni '90 e l'inizio del nuovo millennio si è assistito all'emersione di convenzioni internazionali o proposte legislative miranti ad uniformare la disciplina delle garanzie reali del credito, a tal proposito si vedano la *UNCITRAL Guide on Secured Transactions* del 12 febbraio 2002, la *UN Convention on Assignment of Receivables* del 12 dicembre 2001, ovvero la *Cape Town Convention on Interests in Mobile Equipment* del novembre 2001, frutto della conferenza unificata di UNIDROIT e ICAO, e la *Model Law on Secured Transactions* definita dalla Banca Europea per la Ricostruzione e lo Sviluppo indirizzata alla modernizzazione del diritto delle garanzie nei paesi dell'Europa centrale e dell'est, sull'analisi dei modelli di uniformazione del diritto delle garanzie sul piano internazionale v. I. OLEKHOV, *Security Interests in Personal Property: the Perspective of Harmonisation*, Edinburgh, 2002, p. 37 s.; I. DAVIES, *The New Lex Mercatoria: International Interests in Mobile Equipment*, in *ICLQ*, v. 52, 2003, p. 151 s.; H. BALE, *The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions as a model for law reform: some conclusions*, in N. AKSELI – N. ORKUN, *Availability of Credit and Secured Transactions in a Time of Crisis*, Cambridge, 2013, p. 275 s.

⁴³² V. E. C. RITAINE, *Common Frame of Reference and Property Law: A General Introduction*, in S. VAN ERP – A. SALOMONS – B. AKKERMANS, *The Future of European Property Law*, cit., p. 16, tale approccio è stato seguito nella redazione dei *Principi Unidroit*, nella Convenzione Internazionale sulla Compravendita di Beni Mobili (CISG), ma l'intenzione di escludere dai progetti di armonizzazione del diritto privato la categoria dei diritti reali è stata manifestata pure dalla Commissione Europea nell'ambito del progetto *Common Frame of Reference* (CFR).

⁴³³ V. E. C. RITAINE, *Common Frame of Reference and Property Law: A General Introduction*, cit., p. 16.

⁴³⁴ A. GAMBARO, *Western Property Law*, in M. BUSSANI – F. FERRO (a cura di), *European Private Law: A Handbook*, I, Berne, 2009, p. 47 s.

⁴³⁵ Per uno studio in termini comparati dei principi governanti il trasferimento dei diritti v. L. VAN VLIET, *Transfer of movables in German, French, English and Dutch Law*, Nijmegen, 2000; nell'ambito di studi di diritto privato europeo v. R. SACCO, *A Comparative Analysis: The Contractual Transfer of Ownership of Movables*, in M. BUSSANI – F. FERRO (a cura di), *European Private Law: A Handbook*, I, Berne, 2009, p. 89 s. spiegate

progetto di diritto privato unificato, i quali hanno ritenuto pressoché impossibile individuare in tale area un nucleo comune di regole e principi, né persino una terminologia condivisa e funzionale a descrivere in via unitaria i concetti fondamentali che interessano la materia⁴³⁶.

L'unica eccezione rispetto al descritto approccio è rappresentata dal *Draft Common Frame of Reference*⁴³⁷, ovvero il progetto di disciplina comune del diritto privato europeo frutto del lavoro congiunto di una serie di gruppi di ricerca⁴³⁸ – su tutti, il gruppo di studio per un codice civile europeo diretto dal prof. Von Bar⁴³⁹ – e pubblicato nella versione definitiva nel gennaio del 2009.

Lungo i dieci libri di cui si compone, l'opera offre un quadro di principi e regole in tema di diritto delle obbligazioni e dei contratti, di responsabilità civile e, negli ultimi tre libri⁴⁴⁰, si dedica ad alcuni temi direttamente attinenti all'area del diritto di proprietà e dei diritti reali, quali il trasferimento della

⁴³⁶ V. E. C. RITAINE, *Common Frame of Reference and Property Law: A General Introduction*, in S. VAN ERP – A. SALOMONS – B. AKKERMANS, *The Future of European Property Law*, cit., p. 16.

⁴³⁷ D'ora in avanti, per comodità, *DCFR*.

⁴³⁸ L'iniziativa trova origine nella determinazione del Consiglio dell'Unione Europea dell'Aprile 2007 in merito alla possibile creazione di un quadro comune di riferimento per il diritto contrattuale europeo. Numerosi sono i gruppi di ricerca che sono stati coinvolti nell'iniziativa, su tutti il *Joint Network on European Private Law (CoPECL)* che comprende lo *Study Group on a European Civil Code*, il *Research Group on the Existing EC Private Law* (cd. *Aquis Group*) e il *Trento Common Core Group*, sui lavori e sui risultati dei gruppi di ricerca citati cfr. M. BUSSANI – U. MATTEI, *The Common Core of European Private Law*, I, *The Hague*, 2003; O. LANDO, *The Common Core of European Private Law and the Principles of European Contract Law*, in *Hastings International and Comparative Law Review*, 1997, p. 809 s.; C. VON BAR – E. CLIVE (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, Munich, 2009.

⁴³⁹ V. C. VON BAR, *Working Together Towards a Common Frame of Reference*, in *Juridica International*, 2005, X, p. 15 s.

⁴⁴⁰ Per tutti v. ancora il testo cd. "accademico", integrale del *DCFR* in C. VON BAR – E. CLIVE (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, cit., con particolare riferimento ai volumi quinto e sesto.

proprietà di beni mobili⁴⁴¹ (libro VIII), le garanzie su beni mobili (libro IX) e il *trust*⁴⁴² (libro X).

Tale politica normativa⁴⁴³ si fonda sulla convinzione, condivisa da molta parte della dottrina nel panorama internazionale⁴⁴⁴, che la delimitazione di una disciplina armonizzata del diritto delle obbligazioni e dei contratti non possa prescindere dalla regolamentazione di una serie di aspetti che ineriscono l'area della cd. *property law*.

L'esigenza, è stato sostenuto, si rende evidente solo ponendo mente al fatto che una larga parte dei contratti hanno l'effetto di trasferire diritti su beni – in particolare il diritto di proprietà – ovvero di definire un regime di gestione o utilizzo dei beni medesimi.

Il diritto dei contratti, quindi, produce un impatto fondamentale sul diritto di proprietà, in termini di titolarità e di contenuto, cosicché le due aree risultano sostanzialmente inseparabili⁴⁴⁵.

⁴⁴¹ V. L. VAN VLIET, *Acquisition and Loss of Ownership of Goods*, in L. ANTONIOLLI – F. FIORENTINI (a cura di), *A factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference*, Munich, 2011, p. 269 s.

⁴⁴² V. W. SWADLING, *The DCFR Trusts: A Common Law Perspective*, in S. VAN ERP – A. SALOMONS – B. AKKERMANS, *The Future of European Property Law*, cit., p. 21 s.

⁴⁴³ Occorre peraltro sottolineare che la scelta di ricomprendere tematiche attinenti al diritto di proprietà e ai diritti reali appartiene alla versione cd. “accademica” del DCFR e si pone in contrapposizione con le determinazioni della stessa Commissione Europea che originariamente aveva concepito il progetto di armonizzazione del diritto privato europeo con esclusivo riferimento al diritto dei contratti e delle obbligazioni, v. European Contract Law and the Revision of the *Acquis*: The Way Forward, 11.10.2004, COM (2004)651 final, OJ C 14, 20.01.2005, p. 6.; E. C. RITAINE, *Common Frame of Reference and Property Law: A General Introduction*, cit., p. 5.

⁴⁴⁴ Su tutti, v. S. VAN ERP, *DCFR and Property Law: The Need for Consistency and Coherence*, in R. SCHULZE (a cura di), *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Munster, 2009, p. 261; A. GAMBARO, *Western Property Law*, in M. BUSSANI – F. FERRO (a cura di), *European Private Law: A Handbook*, cit., p. 47 s.; C. VON BAR – U. DROBNIG, *The interaction of contract law and tort and property law in Europe: a comparative study*, Munich, 2004, p. 112 s.; M. HAENTJENS, *Between Property Law and Contract Law: the Case of Securities*, in S. VAN ERP – A. SALOMONS – B. AKKERMANS, *The Future of European Property Law*, cit., p. 165 s.; B. AKKERMANS, *The Role of the (D)CFR in the Making of European Private Law*, in V. SAGAERT – M. E. STORME – E. TERRY (a cura di), *The Draft Common Frame of Reference: National and Comparative Perspectives*, cit., p. 265 s.; S. VAN ERP, *Civil and Common Property Law: Caveat Comparator – The Value of Legal Historical-Comparative Analysis*, in *ERPL*, 2003, III, p. 394 s.

⁴⁴⁵ S. VAN ERP, *DCFR and Property Law: The Need for Consistency and Coherence*, cit., p. 273, a conclusione delle sue riflessioni sottolinea come “*The law of contract, the law of tort and the law of property are inseparable. Rules on contract law, even if these rules would*

In questa chiave di lettura, privare un progetto di diritto privato europeo di un regime atto a disciplinare larga parte degli effetti scaturenti dall'esercizio dell'autonomia privata avrebbe reso l'opera poco utile in concreto e, in definitiva, avrebbe tradito lo spirito dell'iniziativa normativa stessa.

Nonostante l'idea di armonizzazione del diritto privato europeo per mezzo di uno strumento normativo vincolante risulti sostanzialmente tramontata⁴⁴⁶, la versione finale del *DCFR*, frutto delle riflessioni condotte dalla dottrina internazionale, costituisce una valida base di riflessione riguardo agli elementi che legano il campo del diritto contrattuale e quello dei diritti reali, ma, soprattutto, consente di analizzare quali siano i formanti normativi e dottrinali su cui poggia la disciplina armonizzata delle garanzie mobiliari, anche con riferimento alle tecniche di realizzazione delle stesse⁴⁴⁷.

be limited to consumer contracts, will inevitably affect property law. For that reason DCFR, already in its present state, will have enormous impact on property law”.

⁴⁴⁶ Con determinazione del Consiglio dell'Unione Europea dell'aprile 2008 si è stabilito che il Common Frame of Reference avrebbe costituito uno strumento normativo non vincolante modellato come una serie di linee guida per i legislatori europei da sfruttare come oggetto di ispirazione nell'ambito del procedimento normativo, cfr. *Conclusions of the Justice Council of 7.11.2008* (Doc 15306/08 JUSTCIV 236).

⁴⁴⁷ Nella dottrina internazionale, peraltro, permane l'idea che la disciplina delle garanzie mobiliari necessiti di un'armonizzazione effettiva, anche sulla base di una possibile direttiva in materia di garanzie del credito, che prenda spunto dalla disciplina del libro IX del *DCFR* e da quella delle più importanti convenzioni internazionali in materia di regolamentazione uniforme delle garanzie reali, come la *Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment* del 2001, o la *UNCITRAL Guide on Secured Transactions* del 12 febbraio 2002, sul tema v. E.M. KIENINGER, *Collateralisation of Contracts*, in *EPLJ*, 2013, II, p. 363 s.

4.1.2. Il libro IX DCFR: Proprietary security in movable assets.

Come accennato, il libro IX del *DCFR* è dedicato alla disciplina delle garanzie aventi ad oggetto beni mobili⁴⁴⁸.

In prima istanza la normativa in esame delinea il proprio campo di applicazione e quindi, seppur indirettamente, offre una definizione di garanzia mobiliare nell'ottica di una regolamentazione armonizzata.

Ai sensi dell'art. 1.101⁴⁴⁹, infatti, la disciplina del libro IX prende in considerazione gli accordi contrattuali atti a dare vita da un lato ai tradizionali diritti reali di garanzia su beni mobili, dall'altro a meccanismi di riserva della proprietà sui medesimi.

Il secondo comma della stessa norma, inoltre, prevede l'applicabilità del medesimo regime, salvi i necessari adattamenti, al *trust* in funzione di garanzia, alle garanzie mobiliari costituite in base ad atti unilaterali e a quelle previste *ex lege*, in quanto compatibili⁴⁵⁰.

Fin dalla prima definizione, quindi, può notarsi come il *DCFR* non ricomprenda nel proprio campo di applicazione esclusivamente la garanzia mobiliare tradizionale, ma si rivolga pure ad altri meccanismi contrattuali sfruttati per il perseguimento dello scopo di garanzia, nella consapevolezza che accordi di riserva della proprietà non solo trovano costante applicazione nel traffico giuridico, ma sono pure espressamente regolamentati nella

⁴⁴⁸ *Book IX. Proprietary Security in Movable Assets*. V. C. VON BAR – E. CLIVE (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, cit., p. 5389 s., questa parte del progetto è stata realizzata dal gruppo di ricerca sui diritti di garanzia, diretto da Ulrich Drobnig; U. DROBNIG – O. BOGER, *Proprietary Security Rights in Movable Assets: (PEL Prop. Sec.)*, Munich, 2009, p. 253 s.; A. VENEZIANO, *The DCFR Book on Secured Transactions: Some Policy Choices made by the Working Group*, in S. VAN ERP – A. SALOMONS – B. AKKERMANS, *The Future of European Property Law*, cit., p. 124 s.

⁴⁴⁹ V. Chapter I. *General rules*, Section I. *Scope*, art. IX-1:101, in C. VON BAR – E. CLIVE (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law.*, cit., p. 5389 s.

⁴⁵⁰ V. Chapter I. *General rules*, Section I. *Scope*, art. IX-1:101, in C. VON BAR – E. CLIVE (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law.*, cit., p. 5389 s.

maggioranza degli ordinamenti civilistici europei⁴⁵¹ integrando quindi un modello di fattispecie condiviso.

Scendendo maggiormente nel dettaglio, le successive disposizioni completano la qualificazione giuridica del diritto di garanzia su beni mobili (art. 1:102) e dell'accordo di riserva della proprietà (art. 1:103)⁴⁵².

Ai sensi dell'art. 1:102⁴⁵³, per diritto reale di garanzia deve intendersi qualsiasi tipologia di diritto reale limitato che assicuri al creditore il diritto di soddisfarsi in via preferenziale sul bene oggetto di garanzia: il modello di riferimento è chiaramente il pegno, ma la norma, sfruttando il criterio teleologico, ricomprende pure ogni altro meccanismo negoziale ad esso assimilabile⁴⁵⁴.

In particolare, il paragrafo terzo della disposizione in esame, operando un'assimilazione in via funzionale⁴⁵⁵ al concetto di diritto reale di garanzia

⁴⁵¹ Uno dei profili maggiormente dibattuti con riguardo alla redazione del *DCFR* è proprio quello attinente alla qualificazione giuridica dei meccanismi di ritenzione della proprietà che trovano declinazione nei vari ordinamenti giuridici europei in una serie di fattispecie quali la riserva di proprietà, la vendita condizionata, il leasing finanziario o la compravendita con patto di riscatto. L'alternativa, sul piano teorico, era quella di inquadrare le fattispecie in via autonoma in ragione della diversità strutturale rispetto ai tradizionali meccanismi di garanzia, ovvero provvedere ad un approccio funzionale unificando la regolazione giuridica degli istituti in ragione dello scopo cui sono deputati adottando così il metodo sviluppatosi a livello internazionale e modellato sull'art. 9 dello *UCC*. Il *DCFR*, invece, provvede ad una soluzione intermedia includendo i meccanismi di ritenzione della proprietà nel campo di applicazione generale della disciplina delle garanzie reali, ma al contempo disciplinando in via diversificata determinati profili dell'istituto, cfr. sul tema A. VENEZIANO, *The DCFR Book on Secured Transactions: Some Policy Choices made by the Working Group*, cit., p. 133 s.; B. AKKERMANS, *The Role of the (D)CFR in the Making of European Private Law*, cit., p. 265 s.

⁴⁵² C. VON BAR – E. CLIVE (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law.*, cit., p. 5389 s.

⁴⁵³ V. S. DE GROOT, *Three questions in relation to the scope of book IX DCFR*, cit., p. 139.

⁴⁵⁴ A. VENEZIANO, *The DCFR Book on Secured Transactions: Some Policy Choices made by the Working Group*, cit., p. 128 s.; C. VON BAR – E. CLIVE (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, cit., p. 5392 s.

⁴⁵⁵ Sul tema v. S. DE GROOT, *Three questions in relation to the scope of book IX DCFR*, cit., p. 144 s., la quale sottolinea come, pur potendo ritenersi l'approccio funzionale una soluzione valida nell'ottica del processo di armonizzazione, nondimeno occorre tenere in considerazione che un modello di regolazione funzionale dell'alienazione a scopo di garanzia potrebbe minare la coerenza del sistema sul piano degli ordinamenti nazionali, soprattutto di quelli in cui la figura dell'alienazione a scopo di garanzia risulta discussa ovvero rimessa alla verifica di particolari requisiti sul piano interpretativo.

appena definito, ricomprende nella categoria anche i negozi di trasferimento della proprietà in funzione di garanzia, quali la cessione di beni corporali e di crediti, il *sale and lease back* e il *sale and resale*, ovvero gli accordi riconducibili alla vendita con riscatto⁴⁵⁶.

Dal punto di vista dogmatico, l'approccio funzionale adottato dai redattori del *DCFR* ha quindi ampliato i confini del tradizionale concetto di *ius in re aliena* riconnesso alla figura del *pignus* di matrice romanistica, dimostrandosi sensibile a due principali fenomeni che hanno interessato la tecnica di garanzia mobiliare in pressoché tutti gli ordinamenti europei.

Il primo è quello consistente nel riconoscimento prima giurisprudenziale e poi legislativo di figure di garanzia mobiliare non possessoria⁴⁵⁷ che oramai trovano legittimazione diffusa in normative speciali o addirittura come modello generale di garanzia pignorizia al fianco di quella tradizionale fondata sullo spossessamento della *res*⁴⁵⁸.

⁴⁵⁶ Book IX, art. 1:102, Par. 3/4 *DCFR*.

...

A transfer or purported transfer of ownership of a movable asset which is made, on the basis of a contract for proprietary security, with the intention or the effect of securing satisfaction of a secured right can create only a security right in the asset for the transferee.

Paragraph 3 applies in particular to:

- a) *a security transfer of ownership of corporeal assets;*
- b) *a security assignment,*
- c) *a sale and lease back*
- d) *a sale and resale.*

⁴⁵⁷ Dal punto di vista strutturale, delle tecniche di costituzione della garanzia, la figura della garanzia mobiliare non possessoria trova espresso riconoscimento nel *DCFR* all'art. 2:103. *Possessory e non possessory security rights.*

Unless otherwise agreed by the parties, the creation of a security right by contract does not require possession of the encumbered asset by the secured creditor.

Sul punto v. A. VENEZIANO, *Security rights in movables in the DCFR: general presentation*, in V. SAGAERT – M. E. STORME – E. TERRY (a cura di), *The Draft Common Frame of Reference: National and Comparative Perspectives*, Antwerp, 2012, p. 306 s.

⁴⁵⁸ V. A. VENEZIANO, *Le garanzie mobiliari non possessorie. Profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale*, cit.; ID., *The DCFR Book on Secured Transactions: Some Policy Choices made by the Working Group*, cit., p. 21 s.; U. DROBNIG, *Present and Future of Real and Personal Security*, cit., p. 637 s.; E. GABRIELLI, *Le garanzie sui beni dell'impresa: profili della floating charge nel diritto inglese*, in *B. borsa tit. cred.*, 1995, I, p. 633 s. in merito all'introduzione nel sistema francese della garanzia reale non possessoria con la riforma del 2006 v. F. FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica*, cit., p. 821 s.; per il sistema olandese v. J.H.M. VAN ERP – L. P. W. VAN VLIET, *Real and personal security*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, 2002, p. 115; per il sistema tedesco v. R. SERIK, *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco*, cit.

Il secondo fenomeno, peraltro strettamente riconnesso al primo, consiste nell'affermazione nella prassi commerciale della tendenza al perseguimento della finalità di garanzia mediante modelli che istituzionalmente non sarebbero deputati a quello scopo, su tutti il trasferimento della proprietà⁴⁵⁹.

Muovendo invece alla perimetrazione dei meccanismi di riserva della proprietà come mezzo di garanzia, l'art. 1:103⁴⁶⁰ fa generico riferimento a quei negozi giuridici in cui la ritenzione della proprietà è finalizzata a garantire il corretto adempimento di un'obbligazione.

Nella descritta definizione rientrano, ai sensi del paragrafo secondo, la clausola di riserva di proprietà in un contratto di compravendita, semplice o a rate, di leasing con opzione di acquisto per il *lessee*, ovvero di deposito con finalità di garanzia.

4.1.3. L'art. IX.7:105 del *Draft Common Frame of Reference: Pre-default agreement on appropriation of encumbered assets*.

Il capitolo VII del libro IX è dedicato alla disciplina delle tecniche di realizzazione della garanzia mobiliare⁴⁶¹.

Occorre innanzitutto premettere che il progetto di armonizzazione non ambisce ad incidere sul regime di escussione della garanzia nell'ambito della procedura di esecuzione forzata poiché tale profilo di disciplina, attenendo

⁴⁵⁹ C. VON BAR – E. CLIVE (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, cit., p. 5614; F. FIORENTINI, *Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati Europei*, cit., p. 783 s.; ID., *Garanzie reali atipiche*, cit., p. 253 s.; A. VENEZIANO, *The DCFR Book on Secured Transactions: Some Policy Choices made by the Working Group*, cit., p. 128 s.

⁴⁶⁰ C. VON BAR – E. CLIVE (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, cit., p. 5396 s.

⁴⁶¹ A. VENEZIANO, *The DCFR Book on Secured Transactions: Some Policy Choices made by the Working Group*, cit., p. 129; M. TRIMARCHI, *The pre-default agreement on appropriation of an encumbered asset: patto commissorio e patto marciano*, in *Draft common frame of reference, what for?*, Milano, 2013, p. 81 s.

alla materia processualistica, rientra essenzialmente nella competenza degli stati membri⁴⁶².

L'obiettivo del titolo VII del *DCFR* è invece quello di delineare un modello di realizzazione stragiudiziale della garanzia che diversamente offra all'autonomia privata una soluzione efficiente in termini di equilibrio degli interessi in gioco, con particolare attenzione alla posizione del debitore, assicurando al contempo un mezzo agile di soddisfazione per il creditore⁴⁶³.

Come attentamente osservato⁴⁶⁴, infatti, la fase di realizzazione costituisce un aspetto assai delicato della complessiva disciplina della garanzia reale poiché influisce in modo determinante sulla capacità dell'istituto adottato dalle parti di soddisfare l'interesse creditizio in caso di esiti patologici del rapporto obbligatorio⁴⁶⁵ riverberandosi perciò sul complessivo grado di efficienza del meccanismo di garanzia medesimo⁴⁶⁶.

Ed è segnatamente in base a questa esigenza che in molti ordinamenti giuridici è andata sviluppandosi la tendenza da parte dell'autonomia privata ad adottare tecniche di realizzazione della garanzia alternative⁴⁶⁷ rispetto alle

⁴⁶² C. VON BAR – E. CLIVE (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, cit., p. 5614 s.

⁴⁶³ C. VON BAR – E. CLIVE (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, cit., p. 5616.

⁴⁶⁴ Nella dottrina internazionale si veda il fondamentale studio di P.R. WOOD, *Comparative law of security and guarantees*, London, 1995, p. 7 s.; con riguardo allo sviluppo delle tecniche di garanzia reale del credito v. F. FIORENTINI, *Garanzie reali atipiche*, cit., p. 253 s.; ID., *La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica*, cit., p. 1195; con specifico riferimento al *DCFR*, C. VON BAR – E. CLIVE (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, cit., p. 5613 s.; per un'analisi economico-giuridica di tali profili, nella dottrina italiana v. E. BRODI, *La tutela del credito in Italia: spunti per una lettura gius-economica delle cause di prelazione (parte prima)*, cit., p. 1397 s.; con particolare riferimento alle ragioni che giustificano la disciplina del *DCFR* v. A. VENEZIANO, *Security rights in movables in the DCFR: general presentation*, cit., p. 306 s.

⁴⁶⁵ Come già osservato, peraltro, il profilo attinente ai sistemi di realizzazione della garanzia (cd. *rules of enforcement*) costituisce uno dei fattori determinanti ai fini del complessivo sviluppo del mercato del credito, v. E. BRODI, *Il sistema delle garanzie in Italia: una lettura economica delle disposizioni in materia di privilegio, pegno e ipoteca*, cit., p. 1399 s.

⁴⁶⁶ A. VENEZIANO, *Security rights in movables in the DCFR: general presentation*, cit., p. 308.; M. TRIMARCHI, *The pre-default agreement on appropriation of an encumbered asset: patto commissorio e patto Marciano*, cit., p. 85.

⁴⁶⁷ Come attentamente osservato da C. VON BAR – E. CLIVE (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, cit., p. 5614: “it appears that in

procedure esecutive spesso assai lente ed eccessivamente onerose a fronte di risultati poco soddisfacenti per il creditore⁴⁶⁸.

Da questo punto di vista il *DCFR* risulta particolarmente interessante poiché provvede a delineare un quadro di norme disciplinanti una dinamica che, ponendosi quale alternativa alle procedure tradizionali di esecuzione forzata, normalmente è rimessa alla libera espressione dell'autonomia privata, con esiti talvolta pregiudizievoli in termini di validità ed efficacia delle soluzioni elaborate dalle parti alla luce dei principi generali dell'ordinamento giuridico⁴⁶⁹.

In termini di struttura, quindi, la normativa⁴⁷⁰ in esame – coerentemente con le appena esaminate ragioni di politica legislativa – prevede la possibilità

many European countries there is an increasing movement seeking an alternative to the traditional method of enforcing security rights because of its delays, costs and often disappointing results"; v. anche A. VENEZIANO, *A Secured Transactions' Regime for Europe: Treatment of Acquisition Finance Devices and Creditors' Enforcement Rights*, in *Juridica International, European Initiatives (CFR) and Reform of Civil Law in the Member States*, v. XIV, 2008, p. 89 s.

⁴⁶⁸ La scelta del gruppo di lavoro di intervenire definendo un assetto di norme regolanti la fase di escussione stragiudiziale della garanzia, e quindi tentando di individuare una serie di principi e linee direttive entro cui l'autonomia privata possa esprimersi nella disciplina di questa fase del rapporto di garanzia, assume oggi un valore centrale nel dibattito inerente alle tecniche di garanzia e di sviluppo del mercato del credito. La Commissione Europea, infatti, nel marzo 2018 ha formalizzato una proposta di direttiva in attuazione del generale piano d'azione per affrontare la questione del credito deteriorato in Europa, prevedendo l'introduzione di un sistema di *Accelerated Extrajudicial Collateral Enforcement* ovvero di uno schema di strumenti deputati alla regolazione in via stragiudiziale della fase di escussione della garanzia, sul tema v. V. CONFORTINI, *Autonomia privata e realizzazione del credito garantito. La proposta di direttiva europea relativa ai gestori di crediti, agli acquirenti di crediti e al recupero delle garanzie reali*, in *Eur. d. priv.*, 2018, III, p. 1039 s.; con riguardo alle recenti novità legislative introdotte nel nostro ordinamento v. C. ANGELELLI, *Note di confronto tra la nuova escussione extragiudiziale delle garanzie di cui alla proposta di direttiva del 13 marzo 2018 ed il nuovo art. 48 bis t.u.b.*, in *Dirittobancario.it*, 2018, VII.

⁴⁶⁹ Tra i principi che vengono in considerazione nell'ambito del giudizio di liceità delle soluzioni alternative all'esecuzione forzata il divieto di patto commissorio ha assunto storicamente un rilievo fondamentale in diversi ordinamenti giuridici, sul punto v. F. FIORENTINI, *Garanzie reali atipiche*, in *R. d. civ.*, 2000, II, p. 253 s.; ID., *Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati Europei*, cit., p. 783 s.

⁴⁷⁰ Book IX, art. 7:103, *Extra-judicial and judicial enforcement*.

Unless otherwise agreed, the secured creditor may carry out extra-judicial enforcement of the security right.

A security right in an asset of a consumer can only be enforced by a court or other competent authority, unless after default the consumer security provider has agreed to extra-judicial enforcement.

per le parti di accedere alla fase di realizzazione della garanzia per via giudiziale o stragiudiziale, attribuendo tuttavia a quest'ultima il ruolo di opzione prevalente laddove non diversamente disposto dai contraenti⁴⁷¹.

Tra le soluzioni stragiudiziali a disposizione dell'autonomia privata per la realizzazione della garanzia reale, il *DCFR* attribuisce rilievo primario alla liquidazione del bene tramite asta pubblica o privata con soddisfazione del creditore sul ricavato, ammettendo tuttavia la percorribilità di altre opzioni quali la locazione del bene con soddisfazione sui frutti, l'attribuzione del bene al creditore a titolo di *datio in solutum* ovvero, nel caso in cui la garanzia abbia ad oggetto diritti di credito o strumenti negoziabili, la possibilità per il creditore di riscuotere il credito, venderlo o appropriarsene⁴⁷².

Particolarmente interessante, ai fini della presente indagine, è il dettato dell'art. 7:105, che attiene direttamente le pattuizioni dirette a regolare sul piano negoziale gli esiti dell'inadempimento dell'obbligazione garantita con riguardo ai beni oggetto di garanzia.

Il primo comma⁴⁷³ della disposizione citata riproduce il divieto di patto commissorio, affermando la nullità degli accordi stipulati prima

In the case of retention of ownership devices the parties may not agree to exclude extra-judicial enforcement and par (2) does not apply.

Enforcement is to be undertaken by the secured creditor in a commercially reasonable way and as far as possible in cooperation with the security provider and, where applicable, any third person involved.

⁴⁷¹ C. VON BAR – E. CLIVE (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, cit., p. 5618, “enforcement of a security right may either be undertaken by the secured creditor applying for enforcement by a court or other competent authority (judicial enforcement) or by the secured creditor taking enforcement into its own hands (extra-judicial enforcement). While the former method of enforcement is traditionally more accepted than the latter (mostly due to its perceived greater degree of protection of the security provider), it is extra-judicial enforcement which can be expected to operate in a faster and less costly way. For this reason it is the main rule adopted here, unless consumer security providers are involved”.

L'art. 7:104 *DCFR*, peraltro, prevede comunque la possibilità per il creditore e per ogni possibile soggetto terzo pregiudicato dalla procedura stragiudiziale di escussione della garanzia di adire la corte competente per ottenere un provvedimento che riporti la procedura stragiudiziale entro i limiti posti dalla normativa predisposta dal Draft, ovvero che provveda alla liquidazione di eventuali danni cagionati nel corso della procedura medesima.

⁴⁷² Book IX, art. 7:207. *General rule on realisation*, cfr. C. VON BAR – E. CLIVE (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, cit., p. 5637 s.

⁴⁷³ Book IX, art. IX.7:105. *Predefault agreement on appropriation of encumbered assets*.

dell'inadempimento e volti al trasferimento al creditore della proprietà dei beni oggetto di garanzia reale successivamente al *default* del debitore⁴⁷⁴.

Ulteriore riferimento al divieto di pattuizione commissoria si ritrova nella formulazione dell'art. 5:101 che apre il capitolo dedicato alle cd. "*predefault rules*", ovvero ai principi generali regolanti gli accordi tra debitore e creditore antecedenti all'inadempimento ed atti a disciplinare il rapporto di garanzia.

Ai sensi del secondo comma dell'art. 5:101⁴⁷⁵, infatti, alle parti è preclusa la negoziazione *ex ante* di clausole che provvedano al trasferimento al creditore del bene oggetto di garanzia in via anteriore⁴⁷⁶ all'inadempimento o all'occorrere del medesimo⁴⁷⁷.

Anche il *DCFR*, quindi, recepisce il divieto di patto commissorio quale principio generale condiviso dalla maggioranza delle tradizioni giuridiche europee attribuendovi la *ratio* di protezione del debitore da ingiustificati arricchimenti a suo detrimento nella fase di escussione della garanzia⁴⁷⁸.

(1) *Any agreement concluded before default providing for the transfer of ownership of the encumbered assets to the secured creditor after default, or having this effect, is void.*

⁴⁷⁴ A. VENEZIANO, *Security rights in movables in the DCFR: general presentation*, cit., p. 309.

⁴⁷⁵ Book IX, art. 5:101. *General principles*.

...

(2) *Any agreement concluded before default and providing for the appropriation of the encumbered assets by the secured creditor or having this effect, is void, unless expressly provided otherwise. This paragraph does not apply to retention of ownership devices.*

⁴⁷⁶ Diverso atteggiamento è tenuto invece nei confronti degli accordi stipulati dalle parti in un momento successivo all'inadempimento regolanti la *datio in solutum* a favore del creditore, come espressamente previsto dall'art. 7:216, cfr. C. VON BAR – E. CLIVE (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, cit., p. 5659 s.

⁴⁷⁷ Lo stesso art. 5:101, tuttavia, rimanda alla possibilità che principio generale patisca eccezioni espressamente disciplinate dalla legge. Il riferimento, nell'ambito dello stesso libro IX, va all'art. 5:208 *Appropriation of civil fruits*, che disciplina l'ipotesi di imputazione dei frutti civili maturati dal bene in garanzia prima dell'eventuale escussione della medesima, all'art. 5:207 *Banks entitled to dispose of financial assets* ai sensi del quale, ove espressamente previsto dalle parti, l'intermediario finanziario ha diritto di gestire e disporre dei beni oggetto di garanzia laddove questi siano prodotti finanziari, salvo l'obbligo di restituzione di beni della stessa natura, qualità e valore in caso di corretto adempimento dell'obbligazione garantita.

⁴⁷⁸ Cfr. C. VON BAR – E. CLIVE (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, cit., p. 5618 "*Paragraph (2) contains a principle that was already known in Roman Law (lex commissoria) and that – even if subject to a growing number of exceptions – still is universally accepted throughout the Member States. The security provider is not to be deprived of its assets on the basis of an agreement concluded*

Proseguendo l'analisi dell'art. 7:105, tuttavia, si possono rilevare ulteriori spunti di riflessione in merito all'approccio tenuto dai redattori del *Draft* con riguardo ai trasferimenti commissori.

In primo luogo giova sottolineare che il divieto di patto commissorio come recepito dal *DCFR* trova collocazione sistematica esclusivamente nell'ambito dei meccanismi di realizzazione della garanzia reale, tipica o atipica, mentre non assume significato in ordine all'astratta ammissibilità della figura dell'alienazione a scopo di garanzia⁴⁷⁹.

Ciò proprio sulla base dell'assunto – andato affermandosi negli ultimi decenni nella maggioranza degli ordinamenti europei anche sulla base della prassi dei traffici commerciali internazionali – che la causa di garanzia possa supportare negozi giuridici disciplinanti il trasferimento della proprietà e che questi differiscano sotto il profilo della qualificazione giuridica dalla pattuizione commissoria, la quale si fonda esclusivamente sulla finalità

before default that provides for an appropriation of the encumbered assets by the secured creditor.

...

The reason justifying this prohibition is that an agreement for the appropriation of the encumbered assets, i.e. the transfer of unencumbered ownership to the secured creditor in exchange for the extinction of the obligation covered by the security, contains grave risks for the security provider. The value of the encumbered assets might well surpass the amount of the secured right; by agreeing before default on an appropriation, the security provider would lose all the protection which attempts to protect the security provider against the loss of its assets for less than their value and which is available against the secured creditor's normal rights and remedies in the post-default stage".

Sul punto v. anche A. VENEZIANO, *Security rights in movables in the DCFR: general presentation*, cit., p. 306 s.; si vedano anche le osservazioni proposte da Hugh Bale a commento del sistema di realizzazione della garanzia mobiliare definito dal DCFR in M. TRIMARCHI, *The pre-default agreement on appropriation of an encumbered asset: patto commissorio e patto Marciano*, cit., p. 84 s.

⁴⁷⁹ C. VON BAR – E. CLIVE (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, cit., p. 5575 ove, a commento dell'art. 5:101 in merito agli accordi disciplinanti il rapporto di garanzia pre-inadempimento, si chiarisce che *"it should be made clear that paragraph 2 in no way invalidates security transfers of ownership or sale-and-lease-back arrangement. Even though the parties might purport to transfer ownership to the secured creditor, these are transfers for security purposes only and not an appropriation within the meaning of the provisions"*; occorre peraltro sottolineare che attuando un approccio funzionale alla regolamentazione della garanzia reale, il DCFR assimila il trasferimento a scopo di garanzia e i meccanismi di *sale and lease back* alla garanzia reale tradizionale, idonea alla costituzione di un semplice diritto reale limitato, e pertanto in tali fattispecie il datore della garanzia viene considerato come formale titolare della proprietà sul bene, cfr. art. 1:102 par. (3).

satisfattoria del creditore e quindi rileva essenzialmente con riferimento al momento della realizzazione della garanzia reale⁴⁸⁰.

In secondo luogo, l'art. 7:105⁴⁸¹ apre ad una serie di eccezioni al sopradescritto divieto di patto commissorio. Il paragrafo secondo della disposizione in esame, infatti, ammette che il divieto non trovi applicazione nelle ipotesi in cui la garanzia abbia ad oggetto un bene fungibile commerciabile su un mercato regolamentato a prezzi pubblici, ovvero nel caso in cui le parti si siano accordate per la pronta determinazione di un ragionevole prezzo di mercato del bene in garanzia.

Il paragrafo quarto, quindi, prevede che nelle citate ipotesi il creditore garantito possa soddisfarsi sul bene esclusivamente in base al valore dello stesso come risultante da accordo o da prezzo di mercato al momento del trasferimento, e il debitore abbia diritto all'eccedenza di valore rispetto al credito inadempito rimanendo responsabile per l'eventuale ammontare non soddisfatto con il trasferimento.

Di tutta evidenza, quindi, il *DCFR* legittima il trasferimento della proprietà per fini satisfattori fondato sullo schema del patto marciano, ovvero sulla valutazione del bene e sulla regolazione delle differenze di valore rispetto al credito inadempito al fine di provvedere ad un trasferimento a giusto prezzo⁴⁸².

⁴⁸⁰ Significative in questo senso risultano essere l'esperienza francese e quella tedesca sul tema delle alienazioni a scopo di garanzia quale tecnica di garanzia del credito, cfr. *supra*, Par. 1 e 2, in questo Capitolo.

⁴⁸¹ Book IX, art. 7:105. *Predefault agreement on appropriation of encumbered assets.*

...
Paragraph (1) does not apply:

a) *if the encumbered asset is a fungible asset that is traded on a recognised market with published prices; or*

b) *if the parties agree in advance on some method which allows a ready determination of a reasonable market price.*

Paragraph (3) does not apply to a consumer security provider.

Where appropriation is allowed, the secured creditor is entitled to appropriate encumbered assets only for the value of their recognised or agreed market price at the date of appropriation. The security provider is entitled to any surplus over the obligations covered by the security right. The debtor remains liable for any deficit.

⁴⁸² A. VENEZIANO, *Security rights in movables in the DCFR: general presentation*, cit., p. 309.

Da quanto fin qui analizzato può concludersi che il tema dell'alienazione a scopo di garanzia da una parte, e dei trasferimenti di proprietà in fase di realizzazione della garanzia dall'altra, assumano un rilievo considerevole nell'ambito di una disciplina uniforme di diritto privato europeo delle garanzie mobiliari.

Come detto, l'ammissibilità teorica dell'alienazione in funzione di garanzia è ampiamente riconosciuta dal *DCFR*⁴⁸³, che risolve la potenziale problematicità derivante dalla diversità strutturale della figura rispetto ai tradizionali istituti di garanzia assimilandone in via funzionale la disciplina e quindi rendendo una pluralità di fattispecie eterogenee idonee a trovare regolazione sulla base di principi e norme di dettaglio uniformi.

D'altro canto risulta netta la presa di posizione dei redattori del progetto di scindere la natura giuridica, gli interessi sottostanti e di conseguenza la collocazione sistematica della convenzione commissoria rispetto alla figura dell'alienazione a scopo di garanzia⁴⁸⁴.

Al patto commissorio viene attribuita una funzione esclusivamente soddisfacente per il creditore e quindi tale figura inerisce direttamente la fase di realizzazione della garanzia.

Per tale motivo il giudizio di disvalore nei confronti del patto commissorio si radica su di una valutazione meramente oggettiva dell'equilibrio delle reciproche posizioni di debitore e creditore, non venendo in rilievo altre ragioni giustificatrici l'illiceità di tale pattuizione⁴⁸⁵.

⁴⁸³ S. DE GROOT, *Three questions in relation to the scope of book IX DCFR*, cit., p. 139.

⁴⁸⁴ C. VON BAR – E. CLIVE (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, cit., p. 5575.

⁴⁸⁵ In via generale nella prassi delle transazioni internazionali si è andata affermando la tendenza all'abbandono dell'applicazione di regole di validità disciplinanti la fase di escussione della garanzia, e le pattuizioni che possono incidervi, a favore di principi maggiormente flessibili funzionali a garantire la correttezza della procedura, su tutte il principio di ingiustificato arricchimento del creditore cfr. A. VENEZIANO, *Security rights in movables in the DCFR: general presentation*, cit., p. 309; ID., *A Secured Transactions' Regime for Europe: Treatment of Acquisition Finance Devices and Creditors' Enforcement Rights*, cit., p. 94 s.

Simmetricamente, il trasferimento di proprietà in fase satisfattiva rientra nell'area della liceità laddove le condizioni oggettive di pregiudizio per il debitore risultino precluse dall'applicazione della cautela marciana, in forza della valutazione del bene oggetto di garanzia post-inadempimento e della regolazione delle reciproche posizioni patrimoniali tra le parti del rapporto.

In questi termini, allora, il trasferimento marciano acquista un valore specifico nel panorama delle tecniche stragiudiziali di realizzazione della garanzia, ponendosi quale valida alternativa fruibile dall'autonomia privata per la regolazione degli esiti patologici del rapporto obbligatorio al di fuori delle procedure di esecuzione forzata e al fianco di altre tecniche di soddisfazione coattiva del creditore, su tutte l'attribuzione al creditore dello *ius vendendi* sui beni oggetto di garanzia.

CAPITOLO TERZO

PATTO COMMISSORIO E PATTO MARCIANO NEL DIBATTITO

GIURISPRUDENZIALE E DOTTRINALE INTERNO

SOMMARIO: 1. – Il divieto di patto commissorio nell'evoluzione giurisprudenziale. – 1.1. Il campo di applicazione dell'art. 2744 c.c.: il problema del patto commissorio autonomo. – 1.2. L'interpretazione del patto commissorio come alienazione sospensivamente condizionata all'inadempimento del debitore. – 1.3. Il *revirement* giurisprudenziale del 1989: il divieto di patto commissorio come norma materiale. – 1.4. *Segue*: Il riconoscimento del patto marciano come limite al divieto di patto commissorio. – 2. Natura e funzione del patto commissorio e del patto marciano: il dibattito dottrinale. – 2.1. Premessa. – 2.2. La natura giuridica del patto commissorio: l'accostamento ad istituti tipici. – 2.3. L'indagine incentrata sulla funzione del patto commissorio e del patto marciano. – 2.3.1. Il patto commissorio come alienazione in funzione di garanzia. – 2.3.2. Il patto commissorio e il patto marciano come alienazioni con funzione solutoria. – 2.3.3. Il patto commissorio e il patto marciano come negozi giuridici disciplinanti l'auto-soddisfacimento del creditore. – 3. La *ratio* del divieto di patto commissorio. – 3.1. Considerazioni preliminari. – 3.2. La *debitoris suffocatio*. – 3.3. Responsabilità patrimoniale e divieto di autotutela esecutiva. – 3.4. L'indagine in chiave sistematica. – 3.5. Considerazioni conclusive.

1. Il divieto di patto commissorio nell'evoluzione giurisprudenziale.

1.1. Il campo di applicazione dell'art. 2744 c.c.: il problema del patto commissorio autonomo.

Come esaminato nella parte finale del primo capitolo⁴⁸⁶, il codice civile del 1942 ha risolto sul piano normativo due questioni che avevano profondamente caratterizzato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale circa l'interpretazione del divieto nel codice previgente.

La prima è quella del patto commissorio ipotecario⁴⁸⁷, espressamente vietato mediante l'estensione della fattispecie *ex art. 2744 c.c.*; la seconda è

⁴⁸⁶ V. *supra*, Cap. I, Par. 5.2.

⁴⁸⁷ Come già sottolineato, il codice civile del 1865 sanciva la nullità del patto commissorio annesso esclusivamente al pegno e all'anticresi, nulla disponendo in materia di ipoteca; la questione dell'invalidità del patto commissorio immobiliare ha impegnato la giurisprudenza fin dalla prima metà del secolo scorso, ma, a seguito della pronuncia a Sezioni Unite del 1

quella che riguarda più in generale le modalità di negoziazione del patto commissorio, ed inerisce il patto commissorio *ex intervallo*⁴⁸⁸, anch'esso sottoposto espressamente al divieto sia in materia di pegno ed ipoteca, che in tema di anticresi.

Pur dovendosi riconoscere ai citati emendamenti alla fattispecie astratta il merito di aver fornito agli interpreti maggiori punti di riferimento in sede di attuazione della norma, occorre del pari sottolineare come la nuova formulazione normativa non abbia placato i dubbi della dottrina e della giurisprudenza riguardo ai confini applicativi del divieto⁴⁸⁹.

Nuove formule, ma problemi ben noti, si potrebbe osservare. E d'altronde non poteva accadere diversamente se, come già sottolineato, il tasso di litigiosità nettamente preponderante nella pratica⁴⁹⁰ atteneva fattispecie che, dal 1942 in poi – tanto quanto nella prima metà del XX secolo – non si articolavano in termini di pattuizioni commissorie accessorie a diritti reali di garanzia tipici, ma concretizzavano operazioni di trasferimento della proprietà in funzione di garanzia⁴⁹¹.

luglio 1947, n. 1037, è prevalsa l'interpretazione restrittiva del divieto, pertanto non estendibile al patto commissorio ipotecario, v., *supra*, Cap. I, Par. 5.1.

⁴⁸⁸ Sul dibattito dottrinale in ordine all'estensione del divieto *ex art. 2744 c.c.* alle fattispecie di patto commissorio *ex intervallo* nella vigenza del codice civile del 1865 v. E. ENRIETTI, *Patto commissorio ex intervallo*, in *R. d. priv.*, 1939, I, p. 21 s., in generale sul tema v. *supra*, Cap. I, Par. 5.1.

⁴⁸⁹ Per un'ampia disamina del dibattito giurisprudenziale e dottrinale in merito al campo di applicazione del divieto di patto commissorio, anche in relazione alla figura dell'alienazione a scopo di garanzia, v. M. SESTA, *Le garanzie atipiche*, Padova, 1988, p. 1 s.

⁴⁹⁰ Sul tema, per tutti, v. C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 74 s.

⁴⁹¹ In dottrina sulla problematica attinente all'ammissibilità nel nostro ordinamento della figura generale dell'alienazione a scopo di garanzia, anche in relazione al divieto di patto commissorio v. S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1950, p. 298 s. il quale esamina molto lucidamente il problema avendo riguardo alle diverse alternative negoziali – tipiche, come il contratto di compravendita, o atipiche, come il negozio traslativo astratto – mediante le quali può essere perseguito lo scopo di garanzia. Particolare attenzione è rivolta alle argomentazioni tradizionali in forza delle quali non si ritiene ammissibile un negozio traslativo atipico in funzione di garanzia, riassumibili – nel pensiero dell'Autore – nel principio di causalità delle attribuzioni patrimoniali e nel principio di tipicità dei diritti reali. In merito alla vendita con finalità di garanzia, la principale critica mossa alle ricostruzioni incentrate sull'analisi della compravendita con patto di riscatto o di retrovendita, attiene all'insussistenza in queste ipotesi del requisito di duplicità dei rapporti giuridici che caratterizza la relazione intercorrente tra l'obbligazione principale

E così il problema del patto commissorio ipotecario, formalmente risolto dalla lettera dell'art. 2744 c.c., si è tradotto nel problema del patto commissorio autonomo, avente ad oggetto tutte quelle fattispecie negoziali svincolate dalla garanzia reale tipica, ma indirizzate a realizzare il risultato giuridico vietato dalla norma in esame⁴⁹².

Tra le espressioni più diffuse dell'autonomia privata nell'ambito delle pattuizioni commissorie "atipiche" si ritrovano fattispecie come la vendita con patto di riscatto⁴⁹³ o con patto di retrovendita in funzione di garanzia, l'alienazione di beni sospensivamente condizionata all'inadempimento del debitore⁴⁹⁴, ovvero la cd. vendita fiduciaria⁴⁹⁵, immediatamente efficace, ma

e quella di garanzia, le quali, alla luce della definizione di garanzia in senso tecnico devono ritenersi distinte ancorché legate da un rapporto di accessorietà.

Risulta peraltro interessante sottolineare fin d'ora come l'indagine circa l'astratta ammissibilità dell'alienazione in funzione di garanzia e quella inerente alla compatibilità della medesima con il divieto di patto commissorio siano condotte dall'Autore in via separata, quantomeno nelle premesse metodologiche: lo scritto, infatti, distingue le varie fattispecie mediante le quali può realizzarsi il trasferimento della piena proprietà a scopo di garanzia ed esamina criticamente la loro compatibilità con i principi generali dell'ordinamento, per poi analizzare in particolare la relazione sussistente tra questi negozi giuridici e il divieto di patto commissorio, in particolare facendo riferimento alle argomentazioni incentrate sulla teoria del negozio in frode alla legge; sulla rivisitazione del pensiero espresso da S. Pugliatti, v. G. D'AMICO, *Il contributo di Pugliatti alla dottrina della fraus legi e all'interpretazione del divieto di cui all'art. 2744 c.c.*, in CICCARELLO – GARASSINI – TOMMASINI (a cura di) *Salvatore Pugliatti*, Napoli, 2016, p. 239 s.; diversamente G. PUGLIESE, *Intorno alla validità della vendita a scopo di garanzia*, in *R. d. civ.*, 1955, I, p. 1064-1072, pur muovendo dalla necessaria valutazione preliminare circa la sussistenza o meno di rapporti obbligatori distinti – ovvero il rapporto di mutuo e quello di garanzia – sostiene che nel caso in cui il rapporto di credito si esaurisca in quello della compravendita con patto di riscatto, quest'ultima assolve alla sua funzione ordinaria riconosciuta dalla legge, mentre nel caso in cui possano individuarsi due rapporti separati, la vendita assolve ad una funzione di soddisfacimento del creditore e in questo caso deve allora verificarsi se il negozio giuridico sia stato perfezionato in frode alla legge; criticamente sul punto C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 243 s.; v. anche C. VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli 1968.

⁴⁹² M. BUSSANI, *Patto commissorio, proprietà e mercato*, cit., p. 113 s.

⁴⁹³ V. A. LUMINOSO, in *Comm. Schlesinger*, sub artt. 1500-1509, 1987, p. 221 s.; in merito alla vendita con riserva della proprietà declinata alla funzione di garanzia v. F. TULUI, *Osservazioni sulla natura giuridica della vendita con riserva della proprietà*, in *R. d. comm.*, 1980, p. 355 s.

⁴⁹⁴ Sull'impiego di questa fattispecie quale modello di alienazione in funzione di garanzia v. ancora S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, cit., p. 298 s.; C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 74 s.

⁴⁹⁵ In merito alla cd. vendita fiduciaria si vedano le considerazioni di L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933, p. 143 s.; N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, p. 336 s.; C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel*

sottoposta a condizione risolutiva di adempimento dell'obbligazione garantita⁴⁹⁶.

L'effetto reale a favore del creditore funzionalizzato all'inadempimento dell'obbligazione garantita è elemento essenziale di tutte queste figure, le quali, tuttavia, non sono suscettibili di applicazione diretta del divieto *ex art.* 2744 c.c..

Si ripropone, quindi, e in questo caso con maggior vigore, il tema problematico dei confini applicativi del divieto di patto commissorio.

Come si avrà modo di osservare nel corso dei successivi paragrafi, l'iniziale tesi giurisprudenziale orientata ad un'interpretazione restrittiva della norma, anche grazie all'opera della dottrina – in larga parte favorevole ad un'applicazione estesa della norma in esame anche alle fattispecie non tipicamente contemplate dalla stessa – si è progressivamente evoluta nel verso di un'interpretazione funzionale del divieto, teleologicamente orientata ad impedire il prodursi di un determinato effetto giuridico nell'ambito della realizzazione della garanzia reale, ovvero il trasferimento al creditore di un bene del debitore nell'ipotesi di inadempimento dell'obbligazione garantita⁴⁹⁷.

Pur riservando alle pagine seguenti l'approfondimento del tortuoso *iter* giurisprudenziale che ha interessato l'interpretazione del divieto di patto commissorio, può fin d'ora segnalarsi come, sul piano metodologico, le tesi che hanno interessato il campo di applicazione della norma in discorso abbiano seguito essenzialmente due linee argomentative, spesso combinate tra loro: da una parte quella incentrata sulla generale qualificazione giuridica della fattispecie commissoria e quindi sulla struttura del negozio giuridico che

nostro ordinamento giuridico, in *R. d. comm.*, 1936, I, p. 345 s.; S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *R. it. sc. giur.*, 1948, p. 182 s.

⁴⁹⁶ F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, p. 25 s.; E. ROPPO, *Note sopra il divieto del patto commissorio*, in *R. not.*, 1981, p. 401 s.; A. LUMINOSO, in *Comm. Schlesinger*, sub *artt. 1500-1509*, cit., p. 226.

⁴⁹⁷ Per una recente panoramica del percorso giurisprudenziale che ha interessato l'interpretazione del divieto di patto commissorio cfr. S. DEL CORE, *Il divieto del patto commissorio nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Vita not.*, 2016, III, p. 1415 s.

il divieto intende sanzionare⁴⁹⁸, dall'altra quella ancorata alla *ratio* sottesa alla norma⁴⁹⁹, ovvero agli interessi tutelati dalla disposizione in esame, che in larga parte si è ritenuta espressione di principi generali dell'ordinamento giuridico.

Entrambi gli approcci alla problematica hanno condotto ad interessanti esiti in termini di ricostruzione teorica della fattispecie, pur non andando esenti da critiche e pertanto saranno oggetto di specifico esame nel corso di questo lavoro.

1.2. L'interpretazione del patto commissorio come alienazione sospensivamente condizionata all'inadempimento del debitore.

Fin dall'entrata in vigore del nuovo codice civile, la giurisprudenza – peraltro in linea di continuità con quanto osservatosi nella prima metà del secolo scorso – ha dovuto confrontarsi con l'interpretazione del divieto di cui all'art. 2744 c.c. al fine di tratteggiarne il perimetro applicativo⁵⁰⁰ rispetto a fattispecie invalse nella prassi negoziale e non ricomprese nello schema normativo del divieto.

⁴⁹⁸ Come si vedrà in seguito l'analisi strutturale della fattispecie prospettata in giurisprudenza si è tradotta essenzialmente in un'interpretazione restrittiva del divieto di patto commissorio, cfr. *infra*, Par. 2.2.

⁴⁹⁹ Per un'analisi critica dell'approccio interpretativo incentrato esclusivamente sulla *ratio* del divieto di patto commissorio cfr. F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 25 s.

⁵⁰⁰ Oltre alla problematica questione del patto commissorio autonomo, in dottrina, si è discussa l'applicabilità del divieto *ex art.* 2744 c.c. anche all'ipotesi di patto commissorio riferito ad un bene oggetto di privilegio speciale (legale o convenzionale), per l'opinione affermativa, assolutamente prevalente, cfr. V. ANDRIOLI, in *Comm. Scialoja – Branca*, sub artt. 2745-2783, p. 55 s.; ID., *Disciplina intertemporale del divieto di patto commissorio e sua applicabilità ai privilegi speciali*, in *F. it.*, 1942, I, p. 954 s.; E. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. Rescigno*, XIX, Torino, 1997, p. 336 s.; F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 25 s.; A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., p. 169.

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale, affermatosi negli anni successivi alla vigenza del nuovo codice civile⁵⁰¹ e consolidatosi fino all'inizio degli anni '80, il problema del patto commissorio autonomo trovava soluzione sulla base di un'interpretazione restrittivamente ancorata alla struttura della pattuizione commissoria come definita dalla fattispecie dell'art. 2744 c.c..

Valorizzando il dato legislativo, ai sensi del quale viene disposta la nullità del patto in forza del quale la proprietà del bene oggetto di garanzia è trasferita al creditore in caso di inadempimento, si è pervenuti ad una qualificazione in chiave strutturale⁵⁰² della generale fattispecie commissoria come alienazione sospensivamente condizionata all'inadempimento dell'obbligazione garantita.

Pur nella necessità di verificare il margine di estensione dell'operatività del divieto, quindi, la giurisprudenza muoveva da un'interpretazione fortemente legata al dato letterale⁵⁰³ dell'art. 2744 c.c. al fine di ricavarne un modello generale ed astratto di patto commissorio illecito.

Il risultato, in termini di approccio alle fattispecie concrete – ed in particolare ai vari meccanismi di cessione della proprietà a scopo di garanzia⁵⁰⁴ – è stato l'individuazione del *discrimen* tra figure negoziali lecite

⁵⁰¹ Cfr. Cass. 24 giugno 1957, n. 2402; l'orientamento in esame trova modo di riaffermarsi anche nei successivi decenni v. Cass. 1 febbraio 1974, n. 282, in *G. it.*, 1974, I, p. 1024 s. con nota di M. V. DE GIORGI; per un'analisi approfondita della tesi giurisprudenziale restrittiva v. M. SESTA, *Le garanzie atipiche*, Padova, 1988, p. 10 s.; C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 79 s.; in dottrina v. D. RUBINO, *La compravendita*, in *Comm. Cicu-Messineo*, sub. art. 1500, cit., p. 1027 s., per una ricostruzione dell'evoluzione del pensiero dell'Autore in merito alla figura della compravendita con patto di riscatto conclusa in funzione di garanzia in relazione al divieto di patto commissorio v. N. CIPRIANI, *Divieto del patto commissorio e alienazioni a scopo di garanzia nel pensiero di Domenico Rubino*, in P. PERLINGIERI – S. POLIDORI (a cura di) *Domenico Rubino*, II, Napoli, 2009, p. 707 s.

⁵⁰² Per una ricognizione delle pronunce giurisprudenziali a favore di tale opzione interpretativa v. N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 18 s., e spec. 50 s.

⁵⁰³ Sottolineano tale profilo dell'argomentazione delle Corti F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 25 s.; A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., p. 174.

⁵⁰⁴ La tesi in esame non è andata esente da critiche in dottrina, v. C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 79 s.; S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, cit., p. 298 s. in merito all'applicabilità del divieto di patto commissorio alle fattispecie di vendita con patto di riscatto; diversamente a favore della tesi che riteneva valida

e illecite nel momento in cui, in tali negozi giuridici veniva a prodursi l'effetto traslativo a favore creditore in relazione all'inadempimento dell'obbligazione garantita⁵⁰⁵.

L'attenzione dell'interprete, quindi, avrebbe dovuto rivolgersi essenzialmente alla relazione temporale sussistente tra l'inadempimento dell'obbligazione garantita e il verificarsi dell'attribuzione al creditore della proprietà sul bene oggetto di garanzia.

Ne derivava l'illiceità di tutte quelle fattispecie in cui l'effetto traslativo era sospensivamente condizionato all'inadempimento dell'obbligazione garantita, poiché si riteneva che in quel caso il trasferimento della proprietà avvenisse in occasione e a causa dell'inadempimento, concretizzandosi pertanto in via diretta il meccanismo vietato dalla legge⁵⁰⁶.

Diversamente, si concludeva per la liceità delle cd. "vendite fiduciarie⁵⁰⁷", ovvero di quelle ipotesi in cui la cessione della proprietà a scopo di garanzia avesse efficacia immediata, ma instabile, risultando

la vendita immediatamente traslativa G. PUGLIESE, *Intorno alla validità della vendita a scopo di garanzia*, cit., p. 1067; successivamente la critica è stata ripresa anche da E. ROPPO, *Note sopra il divieto del patto commissorio*, cit., p. 401 s. il quale sottolineava che "come il patto commissorio può essere ricondotto ad un'alienazione in garanzia anche se esso non produce l'immediato trasferimento della proprietà, così in via reciproca, un'alienazione fatta a scopo di garanzia può essere ricondotta al patto commissorio anche se essa sia caratterizzata da effetto traslativo immediato".

⁵⁰⁵ Cfr. *ex multis* Cass. 30 marzo 1967, n. 689 in *G. it.*, 1968, I, p. 52 s.; Cass. 1 febbraio 1974, n. 282 in *G. it.*, 1974, I, p. 1024 s.; Cass. 15 settembre 1970, n. 1426 in *F. it.*, 1970, VI, p. 1677 s.; Cass. 21 gennaio 1980, n. 462 in *Rep. F. it.*, 1980, voce *patto commissorio*.

⁵⁰⁶ Sulla valutazione sotto il profilo causale dell'alienazione sospensivamente condizionata all'inadempimento, in senso critico v. E. ROPPO, *Note sopra il divieto del patto commissorio*, cit., p. 401 s.; V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, in *F. it.*, 1989, I, p. 1428 s.

⁵⁰⁷ Sulla vendita fiduciaria a scopo di garanzia cfr. Cass. 14 dicembre 1978, n. 5967 in *Arch. civ.*, 1979, p. 462 s.; Cass. 20 maggio 1976, n. 1800, in *Rep. F. it.*, 1976, voce *patto commissorio*; Cass. 20 aprile 1968, n. 1221, *ibid.*, voce *patto commissorio*; Cass. 8 luglio 1971, n. 2153, *ibid.*, voce *patto commissorio*; in generale sul tema v. M. SESTA, *Le garanzie atipiche*, Padova, 1988, p. 10 s.; nella dottrina più risalente v. L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari*, cit., p. 143 s.; N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, cit., p. 336 s.; A. DE MARTINI, *Il concetto di negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia*, in *G. it.*, 1946, I, p. 330 s.

sottoposta a condizione risolutiva o integrata da pattuizioni aventi lo stesso ordine di effetti, quali il patto di riscatto⁵⁰⁸ o di retrovendita.

In tali ipotesi, secondo l'opinione della giurisprudenza, la vendita avente efficacia traslativa immediata, ancorché non definitiva, avrebbe mantenuto la propria identità tipologica e causale, dovendosi confinare all'area dei motivi lo scopo di garanzia perseguito mediante l'operazione contrattuale⁵⁰⁹.

Il presupposto di tale approccio consisteva, evidentemente, nell'astratta ammissibilità dell'impiego del contratto tipico di compravendita anche per la realizzazione di operazioni di garanzia⁵¹⁰.

Sulla base del criterio di classificazione⁵¹¹ appena descritto, il divieto *ex art. 2744 c.c.* poteva trovare applicazione esclusivamente con riguardo alle figure negoziali elaborate in base al modello dell'alienazione sospensivamente condizionata all'inadempimento dell'obbligazione garantita, diversamente, le ipotesi di alienazione in garanzia immediatamente

⁵⁰⁸ Cfr. *ex multis* Cass. 29 aprile 1980, n. 2854 in *Rep. F. it.*, 1980, voce *patto commissorio*; Cass. 18 settembre 1974, n. 2498, *ibidem*, voce *cit.*; Cass. 19 giugno 1974, n. 1810, *ibidem*; Cass. 15 settembre 1970, n. 1426, *ibidem*.

⁵⁰⁹ In questo senso nella dottrina più risalente G. PUGLIESE, *Intorno alla validità della vendita a scopo di garanzia*, cit., p. 1067; F. CARNELUTTI, *Mutuo pignorativo e vendita con clausola di riscatto*, in *R. d. proc.*, 1946, II, p. 146 s.; sul punto, si veda l'analisi critica di F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 30 s., spec. 103 s.

⁵¹⁰ V. spec. Cass. 21 gennaio 1980, n. 462, cit.; A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., p. 174, osserva ulteriormente come il descritto criterio distintivo trovasse conforto nella tesi dottrinale invalsa nei decenni successivi all'entrata in vigore del codice del 1942 secondo cui il contratto tipico, in quanto espressamente disciplinato dalla legge, non potesse presentare una causa illecita; sulla base di questo orientamento l'analisi delle fattispecie negoziali traslative ha condotto la giurisprudenza a ritenere possibile il perseguimento dello scopo di garanzia mediante il contratto tipico di compravendita con patto di riscatto, che avrebbe dovuto pertanto ricondursi alla categoria delle vendite fiduciarie, effettive poiché immediatamente produttive di effetti reali e quindi poste al di fuori della fattispecie astratta di patto commissorio; sul punto v. anche le considerazioni di S. D'ERCOLE, *Sull'alienazione in garanzia*, in *Contratto e impr.*, 1995, p. 232; la tesi evidentemente non risulta meritevole di accoglimento alla luce della recente affermazione della teoria della cd. causa in concreto quale giustificazione economico-giuridica dell'operazione realizzata dalle parti, v. per tutti, C. M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *R. d. civ.*, 2014, II, p. 251 s.; nella dottrina più risalente v. G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 340 s.

⁵¹¹ Per un'analisi delle posizioni dottrinali critiche a tale linea interpretativa, v. A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., p. 174; F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 103 s.; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 67 s.

efficaci, in quanto considerate strutturalmente estranee alla fattispecie commissoria dovevano ritenersi lecite poiché, altrimenti, si sarebbe giunti ad ammettere un'applicazione analogica del divieto di patto commissorio.

Una siffatta interpretazione dell'art. 2744 c.c. conduceva all'inaccettabile risultato di ricavare un'autentica zona franca entro il campo di applicazione del divieto di patto commissorio⁵¹².

Una zona entro la quale all'autonomia privata era concessa la libertà di stipulare pattuizioni sostanzialmente commissorie, in quanto disciplinanti un meccanismo di trasferimento della proprietà in funzione dell'inadempimento del debitore, alla sola condizione che le stesse si atteggiassero in termini di cessione immediatamente efficace a favore del creditore e solo risolutivamente condizionata al corretto adempimento dell'obbligazione garantita⁵¹³.

Poco coerentemente, invece, la tesi esposta non teneva in debito conto il profilo funzionale dell'operazione contrattuale oggetto di vaglio alla luce dell'art. 2744 c.c., mancando di cogliere il fondamentale dato in forza del quale operazioni contrattuali immediatamente traslative della proprietà in funzione di garanzia finivano per disciplinare un assetto di interessi sostanzialmente corrispondente a quello oggetto di divieto⁵¹⁴.

La giurisprudenza, peraltro, consapevole delle criticità⁵¹⁵ di ordine sistematico e applicativo a cui il suesposto orientamento andava incontro in

⁵¹² Sul punto F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 32 s.; A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., p. 170 s.

⁵¹³ V. E. ROPPO, *Note sopra il divieto del patto commissorio*, cit., p. 401 s.; in senso critico alla descritta interpretazione v. C. M. BIANCA, *Vendita con patto di riscatto e alienazione in garanzia*, in *F. Pad.*, 1969, I, p. 1239 s.

⁵¹⁴ A favore di una valutazione della fattispecie commissoria in chiave funzionale in ragione della *ratio* sottesa al divieto E. ROPPO, *Note sopra il divieto del patto commissorio*, cit., p. 401 s.; M. IACUANIello BRUGGI, voce *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, Roma, 1988, p. 9 s.; la tesi successivamente è stata ripresa ed ampliata da F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 32 s. facendo leva sulla qualificazione giuridica in termini di struttura e funzione del patto commissorio.

⁵¹⁵ Sul punto di vedano le considerazioni di C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 76 s.; ID., *Il divieto del patto commissorio: un passo indietro della Cassazione*, in *R. d. civ.*, 1987, II, p. 117 s.

ordine alla tenuta dei principi generali in tema di realizzazione delle garanzie reali, ha provveduto ad elaborare una via argomentativa alternativa finalizzata a sancire la nullità delle alienazioni immediatamente traslative ritenute elusive del divieto di patto commissorio.

Ed invero, fattispecie rientranti nel modello della vendita immediatamente efficace, ma risolutivamente condizionata al corretto adempimento da parte del debitore, sono state qualificate, al sussistere di determinati indici presuntivi, in termini di negozio fittizio dissimulante⁵¹⁶ proprio una compravendita ad efficacia sospesa e pertanto direttamente contraria al divieto *ex art. 2744 c.c.*.

L'accertamento della simulazione verteva segnatamente sul momento in cui il bene oggetto del negozio giuridico veniva trasferito al creditore: oggetto di scrutinio, in altre parole, era la reale intenzione delle parti di porre in essere un patto commissorio, simulando un negozio giuridico immediatamente traslativo della proprietà a favore del creditore⁵¹⁷.

L'impiego di tale apparato interpretativo, incentrato sulla simulazione del negozio vietato, consentiva alla giurisprudenza di rimanere fedele alla qualificazione giuridica del patto commissorio come alienazione sospensivamente condizionata all'inadempimento del debitore, rendendo

⁵¹⁶ V. M. SESTA, *Le garanzie atipiche*, Padova, 1988, p. 10 s.; A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., p. 175 s.; F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 34 s.

Secondo l'interpretazione giurisprudenziale appena delineata l'indagine circa la sussistenza di un negozio dissimulante un patto commissorio doveva condursi sulla base di una serie di indici sintomatici della reale intenzione delle parti, quali la mancanza della consegna del bene all'acquirente-creditore nella vendita con patto di riscatto, ovvero la mancata corresponsione del prezzo di compravendita laddove la stessa fosse stata stipulata in via funzionale ad un precedente rapporto di mutuo, sul punto cfr. *ex multis* Cass. 20 aprile 1968, n. 1221, in *G. it.*, 1969, I, p. 1169 s.; per una approfondita ricognizione delle pronunce più risalenti in questo senso v. C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 275 s.; v. anche M. SESTA, *Le garanzie atipiche*, cit., p. 25 s.

⁵¹⁷ V. F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 35; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 67 s.

tuttavia possibile sancire la nullità di negozi traslativi strutturalmente diversi, senza incorrere nell'interpretazione analogica del divieto *ex art. 2744 c.c.*⁵¹⁸.

Tuttavia, come osservato⁵¹⁹, ad un'attenta analisi la coerenza di tale approccio ermeneutico risultava solo apparente e finiva per prestare il fianco ad evidenti criticità.

Se, infatti, in via teorica non può escludersi a priori che il negozio simulato possa costituire una delle vie percorribili dall'autonomia privata per realizzare un'operazione sostanzialmente commissoria e quindi eludere l'applicazione del divieto, del pari non pare corretto attrarre nel fenomeno simulatorio tutte le possibili fattispecie negoziali atte a regolare un assetto di interessi sostanzialmente corrispondente a quello vietato dall'art. 2744 c.c., ma strutturalmente diverse dal modello dell'alienazione sospensivamente condizionata all'inadempimento del debitore.

Gli è, infatti, che in molte ipotesi la pattuizione di un'alienazione immediatamente traslativa e risolutivamente condizionata al corretto adempimento del debitore non sottende alcun fenomeno simulatorio, poiché l'operazione che le parti intendono realizzare è, ancora una volta, un'alienazione a scopo di garanzia, solo strutturalmente diversa dal modello di patto commissorio propugnato dalla tesi esposta, ma funzionalmente orientata al conseguimento del medesimo risultato giuridico⁵²⁰.

La necessità di rimanere coerente a tale interpretazione letterale dell'art. 2744 c.c., quindi, ha imposto alla giurisprudenza un utilizzo artificioso⁵²¹ dell'istituto della simulazione al fine di estendere il campo di operatività del

⁵¹⁸ Nella dottrina più risalente si vedano le considerazioni critiche di C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 275 s.

⁵¹⁹ Si vedano ancora le considerazioni di F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 25 s.; A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., p. 168.

⁵²⁰ In questo senso, già S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, cit., p. 298 s.

⁵²¹ Così F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 35 s.; per una recente critica dell'impostazione argomentativa fondata sulla simulazione in ipotesi di alienazioni compiute con finalità di garanzia v. M. COSTANZA, *La causa di garanzia fra simulazione, illiceità e assenza di causa*, in *Società*, 2017, III, p. 289 s.

divieto di patto commissorio a fattispecie che, sulla base della premessa interpretazione, avrebbero dovuto ritenersi pienamente lecite.

Dalle riflessioni appena svolte si evince come l'interpretazione letterale del divieto, incentrata sull'individuazione della struttura del patto commissorio come disciplinato dall'art. 2744 c.c., abbia condotto a risultati poco soddisfacenti sia quanto alla ricostruzione teorica della fattispecie commissoria – ed in particolare del patto commissorio autonomo – sia quanto ai profili applicativi del divieto.

1.3. Il revirement giurisprudenziale del 1989: il divieto di patto commissorio come norma materiale.

Il primo, fondamentale, passo verso il mutamento di approccio nell'interpretazione dell'art. 2744 c.c. viene compiuto dalla Corte di Cassazione con la pronuncia del 3 giugno 1983, n. 3800⁵²².

In tale occasione, infatti, per la prima volta viene proposto il superamento della rigida classificazione fondata sul momento in cui si produce l'effetto traslativo del bene a favore del creditore al fine di valutare la liceità di negozi giuridici disciplinanti alienazioni a scopo di garanzia.

Abbandonando l'argomentazione incentrata sulla qualificazione del patto commissorio in chiave strutturale – e quindi con esclusivo riferimento all'alienazione sospensivamente condizionata all'inadempimento del

⁵²² Cass. 3 giugno 1983, n. 3800, in *F. it.*, 1984, I, p. 212 s. con nota di F. MACARIO; in *G. it.*, 1984, I, p. 1648, con nota di G. M. DANUSSO, *Patto commissorio e vendite a scopo di garanzia*; in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 2953 s. con nota di G. AZZARITI; in *Nuova g. civ. comm.*, 1985, I, p. 97 s., con nota di E. ROPPO, *Patto di riscatto – patto commissorio*; in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 1899 s. con nota di G. AMATO, *Ancora sul patto commissorio e sulla vendita a scopo di garanzia* che sottolinea la necessità di sfruttare la categoria del negozio in frode alla legge per la corretta qualificazione della fattispecie di vendita in garanzia, laddove non sussistano indici sufficienti ad attribuire carattere simulato all'operazione in concreto realizzata dalle parti; in *Corr. giur.*, 1985, p. 201 s., con nota di G. PIEPOLI, *Quale futuro per la proprietà-garanzia?*; in *Vita not.*, 1983, p. 966 s., con nota di G. NAPOLEONE, *Un improvviso "revirement" della Suprema Corte sulla vendita a scopo di garanzia*; v. anche M. SESTA, *Le garanzie atipiche*, cit., p. 30 s.

debitore – la Corte ha invece sottolineato la necessità di una valutazione della fattispecie in chiave funzionale, diretta ad individuare il profilo programmatico dell'operazione contrattuale realizzata dalle parti, di fatto accogliendo gli argomenti già ampiamente sviluppati dalla dottrina⁵²³ che si era occupata del tema.

In tale prospettiva, l'applicazione del divieto di patto commissorio non dipendeva più dal formale meccanismo negoziale sfruttato per regolare l'alienazione in garanzia, ma dal sostanziale risultato perseguito dalle parti mediante tale negozio giuridico.

Ingiustificata, pertanto, risultava essere la distinzione tra alienazioni ad effetti sospesi illecite ed alienazioni immediatamente efficaci – ma risolutivamente condizionate al corretto adempimento dell'obbligazione garantita – valide, se è vero che in entrambi i casi l'alienazione ha finalità di garanzia e il risultato perseguito è quello di condizionare il definitivo acquisto da parte del creditore della proprietà su un bene del debitore in caso di inadempimento dell'obbligazione garantita.

Un passo avanti nell'interpretazione del divieto, quindi, ma forse solo a metà. Infatti, pur a fronte del forte valore innovativo delle argomentazioni addotte nella pronuncia in esame, la Corte ha tuttavia dimostrato di non sapersi affrancare completamente dal paradigma interpretativo elaborato della giurisprudenza anteriore⁵²⁴.

Ed invero, il descritto approccio funzionale, atto ad individuare lo scopo perseguito dalle parti con il negozio traslativo in funzione di garanzia, non assumeva – nell'argomentare della Corte – valore interpretativo autonomo e

⁵²³ Nella dottrina più risalente cfr. C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 84.; G. PUGLIESE, *Intorno alla validità della vendita a scopo di garanzia*, cit., p. 1064-1072; S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, cit., p. 298 s.; T. MANCINI, *Vendita con patto di riscatto e nullità ex art. 2744 codice civile*, in *F. it.*, 1966, I, p. 1119 s.

⁵²⁴ Per un'analisi critica dell'argomento fondato sulla simulazione del negozio giuridico cfr. F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 25 s.; A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., p. 185; sullo stesso ordine di argomentazioni sviluppate però con riguardo ad una successiva pronuncia della Corte di Cassazione, si veda la nota critica di C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio: un passo indietro della Cassazione*, cit., p. 117-124.

principale ai fini dell'applicazione del divieto, ma veniva declinato ad indice strumentale all'accertamento dell'attività simulatoria da parte dell'autonomia privata⁵²⁵.

Persisteva quindi l'impiego dello schema simulatorio nell'analisi delle fattispecie di alienazione in garanzia finalizzato all'individuazione della vendita condizionata sospensivamente quale operazione dissimulata e quindi nulla per diretta contrarietà al divieto di patto commissorio⁵²⁶.

L'apertura all'interpretazione in chiave funzionale dell'art. 2744 c.c. ha trovato negli anni successivi una decisa conferma in giurisprudenza⁵²⁷, pur dovendosi segnalare alcune pronunce⁵²⁸ ancora fedeli al precedente orientamento: il dibattito, dunque, rimaneva aperto⁵²⁹, ma decisamente orientato verso l'ampliamento della portata applicativa del divieto di patto commissorio.

A riprova del fatto che i tempi fossero ormai maturi per un definitivo ripensamento in merito all'interpretazione dell'art. 2744 c.c., la Corte di

⁵²⁵ F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 30 s.; A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., p. 184.

⁵²⁶ V. I. BUGANI, *Il divieto di patto commissorio e la vendita con patto di riscatto (o con patto di retrovendita)*, in *Nuova g. civ. comm.*, 1986, II, p. 31 s.

⁵²⁷ *Ex multis* Cass. 11 gennaio 1988, n. 46, in *F. it.*, 1988, I, p. 387; Cass. 6 dicembre 1983, n. 7271, in *G. it.*, 1984, I, p. 65 s. con nota di M. ROSNATI, *Alienazioni in garanzia e patto commissorio*; in *Quadrimestre*, 1984, p. 347 con nota di G. OBERTO, *Vendita con patto di riscatto, divieto del patto commissorio e contratto di lease back*.

⁵²⁸ In particolare v. Cass. 12 dicembre 1986, n. 7385, in *R. d. civ.* 1987, II, p. 117 s. con nota di C. M. BIANCA, *Il divieto di patto commissorio*, cit.; in *Corr. giur.*, 1987, p. 613 s. con nota di V. MARICONDA, *Ancora sull'alienazione in garanzia*; in *Nuova g. civ. comm.*, 1987, I, p. 735 s. con nota di M. BUSSANI – L. GAUDINO; in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 545 s. con nota di R. TRIOLA, *Gli effetti dell'esercizio del riscatto convenzionale*; in *Resp. Civ.*, 1987, p. 474 s. con nota di A. CHIANALE, *In margine a Cass. 7385/86, Su divieto di patto commissorio e vendita con patto di riscatto*; v. anche Trib. Spoleto, 3 giugno 1988, in *Rass. Giur. Umbra*, 1998, p. 402 con nota di A. SASSI, *Condizione potestativa, vendita con patto di riscatto e trasferimento in funzione di garanzia*.

Viene proposta invece l'argomentazione incentrata sul negozio in frode alla legge, *ex multis*, da Cass. 16 aprile 1987, n. 3784 in *G. it.*, 1988, I, p. 1231 s.

⁵²⁹ A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., p. 185 sottolinea come la giurisprudenza successiva al 1983, pur riproponendo e sviluppando gli argomenti fin qui analizzati, abbia omissis di individuare in modo esplicito una tipologia di convenzione direttamente contraria al divieto di patto commissorio, sfruttando altre impostazioni fondate sul concetto di contratto simulato oppure di contratto in frode alla legge, mancando tuttavia di individuare un criterio univoco per l'applicabilità del divieto di patto commissorio; sul punto v. anche E. CALÒ, *Appunti sul patto commissorio*, in *R. giur. ed.*, 1987, II, p. 380 s.

Cassazione nel 1989, con due sentenze a Sezioni Unite⁵³⁰, è intervenuta a sanare il descritto contrasto giurisprudenziale.

⁵³⁰ Cass. Sez. Un., 3 aprile 1989, n. 1611, in *F. it.*, 1989, I, p. 1428 s. con nota di V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, che critica il ricorso al contratto in frode alla legge per giudicare la fattispecie di patto commissorio autonomo nulla, sostenendo la necessità di affermare in questi casi la diretta violazione dell'art. 2744 c.c.; *ivi*, p. 1440 s. con nota di F. REALMONTE, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, che invece rinvia la lesività della fattispecie commissoria nell'attribuzione al debitore di un duplice ordine di rischi, ovvero quello di perimento del bene oggetto di disposizione e quello di sproporzione tra l'ammontare del debito garantito e il valore della *res* oggetto di garanzia; in *Nuova g. civ. comm.*, 1989, I, p. 353 s.; in *R. d. civ.*, 1990, II, p. 615 s. con nota di M. G. CUBEDDU, *Patto commissorio e vendita con patto di riscatto: la risposta delle Sezioni Unite*; in *R. not.*, 1989, XLII, p. 908 s. con nota di N. DI MAURO, *Sul divieto di patto commissorio e le alienazioni a scopo di garanzia*.

Il caso da cui prende le mosse la pronuncia in esame attiene la conclusione di un contratto di compravendita avente ad oggetto un immobile stipulato facendo espresso riferimento alla funzione di garanzia di un debito pregresso tra le parti; l'alienante aveva mantenuto il possesso del bene e aveva continuato a percepire i canoni per la locazione del medesimo, ma non aveva ottenuto il ritrasferimento della proprietà una volta adempiuto il debito garantito; nella fattispecie, quindi, la compravendita si proponeva come sottoposta a patto di riscatto ovvero a condizione risolutiva di corretto adempimento dell'obbligazione garantita.

La pronuncia, come detto, si discosta nettamente dal precedente orientamento in forza del quale la compravendita risolutivamente condizionata doveva ritenersi effettiva e quindi pienamente lecita – a differenza di quella sospensivamente condizionata all'inadempimento di altra e parallela obbligazione – facendo leva sulla *ratio* di tutela del debitore sottesa al divieto di patto commissorio che, nell'ipotesi in esame, risulterebbe aggirato mediante la stipulazione di un negozio giuridico in frode alla legge e quindi da ritenersi nullo *ex art.* 1344 c.c.. A conclusione dell'*iter* argomentativo si precisa infatti che “*lungi dal poter identificare in astratto una categoria di negozi soggetti a nullità, perché contrastanti con il divieto di patto commissorio e limitare ad essi l'efficacia di tale divieto, occorre riconoscere che qualsiasi negozio può incorrere nella sanzione di nullità, quale che ne sia il contenuto, nell'ipotesi in cui venga impiegato per conseguire i risultati sopra detti, vietati dall'ordinamento giuridico*”.

Cass. Sez. Un. 21 aprile 1989, n. 1607, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 1824 con nota di M. COSTANZA, *Sulle alienazioni in garanzia e il divieto del patto commissorio*; in *R. Not.*, 1989, XLII, p. 917 s. con nota di T. PASQUINO, *Patto commissorio: alienazioni in garanzia e contratti di lease-back ... vite parallele*, in *R. not.*, 1989, XLII, p. 917 s.; in *F.it.*, 1990, I, p. 205 s. con nota di G. VALCAVI, *Intorno al divieto di patto commissorio, alla vendita simulata a scopo di garanzia e al negozio fiduciario*.

Anche in questo caso, la pronuncia delle Sezioni Unite muove dalla questione circa l'applicabilità del divieto di patto commissorio a fattispecie di vendita in funzione di garanzia accompagnate da patto di riscatto, condizione risolutiva di corretto adempimento, ovvero da *pactum de retrovendendo* o *de retroemendo*. Nell'occasione la Corte ripropone il medesimo *iter* argomentativo sfruttato nella pronuncia resa pochi giorni prima, affermando in modo netto la necessità di superare la distinzione tra vendite immediatamente traslative lecite e vendite sospensivamente condizionate illecite, dovendo far riferimento alla *ratio* del divieto di patto commissorio e qualificando il medesimo quale norma materiale mirante ad impedire il prodursi di un determinato risultato economico-giuridico a danno del debitore.

L'orientamento inaugurato con le citate pronunce a Sezioni Unite ha trovato immediata conferma in Cass. 6 luglio 1990, n. 7161, in *Corr. giur.*, 1990, p. 1139 s.; per un commento in merito al rapporto tra vendita con patto di riscatto e divieto di patto commissorio alla luce

Muovendo da un'approfondita analisi delle origini storiche del divieto e della *ratio* che ne ha giustificato l'introduzione nell'ordinamento giuridico, la Suprema Corte ha accolto l'interpretazione in chiave funzionale del divieto di patto commissorio quale norma diretta ad impedire il prodursi di un determinato risultato economico-giuridico, ovvero l'automatico trasferimento della proprietà di un bene oggetto di garanzia dal debitore al creditore in caso di inadempimento dell'obbligazione garantita⁵³¹.

Come detto, a tale conclusione si è pervenuti privilegiando l'analisi del fondamento giustificativo del divieto, ovvero la sua *ratio*, riconosciuta nella duplice necessità di tutelare il debitore da potenziali approfittamenti da parte del creditore e, al contempo, di impedire che, mediante meccanismi di autotutela esecutiva estranei alle procedure previste *ex lege*, fossero pregiudicate le concorrenti ragioni degli altri creditori⁵³².

Sulla base di questa premessa interpretativa e metodologica, la Corte ha abbandonato definitivamente l'interpretazione letterale dell'art. 2744 c.c. ed ha affermato l'applicabilità del divieto sia alle alienazioni sospensivamente condizionate che a quelle risolutivamente condizionate, attribuendo rilievo decisivo al risultato cui, nella pratica, tali meccanismi negoziali ambiscono, ovvero il definitivo trasferimento della proprietà al creditore in caso di inadempimento⁵³³.

Ragionando con riferimento alla vendita con patto di riscatto, le Sezioni Unite hanno ulteriormente rilevato che l'impiego di tale meccanismo contrattuale tipico in funzione di garanzia non costituisce un profilo

del nuovo orientamento giurisprudenziale v. M. BIN, *Singoli contratti*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1991, p. 959 s.

⁵³¹ V. ancora Cass. Sez. Un., 3 aprile 1989, n. 1611, cit.

⁵³² La Corte precisa infatti come “*il divieto di patto commissorio è diretto ad impedire al creditore l'esercizio di una coazione morale sul debitore, spesso spinto alla ricerca di un mutuo da ristrettezze finanziarie, con facoltà di far proprio il bene oggetto di pegno, ipoteca o dato in anticresi, attraverso un meccanismo che gli permetta di sottrarsi alla fondamentale regola della par condicio creditorum*”.

⁵³³ V. M. G. CUBEDDU, *Patto commissorio e vendita con patto di riscatto: la risposta delle Sezioni Unite*, cit., p. 620 s.

meramente attinente all'irrelevante sfera dei motivi, ma vale a caratterizzare la causa del negozio giuridico e di conseguenza incide sulla qualificazione del medesimo. In altre parole, la finalità di garantire un diverso vincolo obbligatorio, in questo caso, permea la causa nel negozio giuridico finendo per sostituire la causa di scambio con quella, diversa ed incompatibile, di garanzia⁵³⁴.

Ne deriva, secondo l'argomentare della Corte, che l'utilizzo da parte dell'autonomia privata dello schema tipico della compravendita – anche nella sua declinazione con patto di riscatto – per un fine concreto diverso da quello che l'ordinamento gli attribuisce, e che invece è proprio della costituzione di una garanzia reale con annesso un patto commissorio, si traduce nell'intenzione delle parti di eludere il divieto *ex art. 2744 c.c.* mediante un negozio giuridico in frode alla legge, e pertanto da considerarsi nullo in applicazione dell'*art. 1344 c.c.*⁵³⁵.

⁵³⁴ In dottrina, peraltro, è stata sottolineata l'incoerenza del passaggio finale nell'argomentazione sviluppata dalla Corte che, dopo aver affermato che il perseguimento dello scopo di garanzia incide direttamente sulla causa del negozio giuridico rendendola diversa ed incompatibile rispetto a quella di scambio, propria del contratto tipico di compravendita, conclude invece sostenendo che in un'operazione di questo tipo la vendita con patto di riscatto conclusa dalle parti è una "vera vendita", ma diretta a conseguire indirettamente il risultato vietato dalla legge, per un'analisi critica del passaggio cfr. F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 25 s.; A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., p. 189 s.; sul punto, in senso critico anche S. D'ERCOLE, *Sull'alienazione in garanzia*, cit., p. 240 s.; a favore di tale configurazione della vendita con riscatto in funzione di garanzia si era espresso invece G. PUGLIESE, *Intorno alla validità della vendita a scopo di garanzia*, cit., p. 1064-1072.

⁵³⁵ Per una disamina generale del negozio in frode alla legge e del suo concreto atteggiarsi in relazione alla fattispecie commissoria v. L. CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943, p. 229 s., spec. p. 234; il dibattito inerente alla violazione del divieto di patto commissorio per mezzo di un negozio fraudolento ha condotto la dottrina più risalente a discutere circa gli elementi costitutivi della fattispecie *ex art. 1344 c.c.* e l'autonomia di tale figura rispetto alla diretta violazione di legge determinante l'illiceità della causa, sul punto si vedano le considerazioni di S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, cit., p. 298 s. il quale critica il criterio discretivo incentrato sul perseguimento di un risultato analogo a quello vietato dalla legge mediante il negozio fraudolento, ritenendo invece che la vendita a scopo di garanzia debba ritenersi colpita dal divieto di patto commissorio di cui mira a conseguire il risultato specifico, nella sua integrità, e non già un risultato semplicemente analogo o simile; sul tema v. anche C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 243 s.

Viene così accantonato definitivamente il passaggio interpretativo imperniato sulla simulazione del patto commissorio vietato cui aveva fatto impropriamente riferimento la Cassazione del 1983 e che pure era stato ripreso da numerose sentenze negli anni successivi⁵³⁶.

Le pronunce in esame, a ben vedere, assumono un valore determinante nel dibattito giurisprudenziale che fino a quel momento aveva interessato da un lato la qualificazione giuridica del patto commissorio oggetto di divieto e dall'altro, di riflesso, il campo applicativo del medesimo divieto in relazione a fattispecie non tipicamente previste dagli artt. 2744 e 1963 c.c..

Come attentamente osservato⁵³⁷, tuttavia, pur dovendosi attribuire alle citate sentenze l'indubbio merito di aver ricondotto a coerenza il sistema di principi e regole che governano l'applicazione del divieto di patto commissorio, occorre del pari riflettere sulle implicazioni di tali arresti giurisprudenziali.

Le argomentazioni proposte dalla Corte, infatti, seguono due linee direttrici fondamentali: per un verso, attraverso la consacrata interpretazione funzionale, si attribuisce al divieto di patto commissorio la natura di norma materiale, come detto finalizzata ad impedire il prodursi di un determinato risultato economico-giuridico; per un altro viene chiarita l'incompatibilità dal punto di vista causale tra il contratto tipico della compravendita e operazioni di garanzia del credito.

Ciò che però si omette di analizzare⁵³⁸ è il rapporto sussistente tra il modello generale dell'alienazione in funzione di garanzia e il divieto di patto commissorio.

⁵³⁶ Cfr. *ex multis* Cass. 3 novembre 1984, n. 5770, in *Rep. F. it.*, 1984, voce *Patto commissorio*; Cass. 3 novembre 1984, n. 5569, in *R. it. leasing*, 1984, p. 568 s.; Cass. 6 dicembre 1983, n. 7271, in *F. it.*, 1984, II, p. 425 s.

⁵³⁷ F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 46.

⁵³⁸ La critica è stata autorevolmente avanzata per la prima volta da F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 40 s., spec. 103 s.; v. anche M. G. CUBEDDU, *Patto commissorio e vendita con patto di riscatto: la risposta delle Sezioni Unite*, cit., p. 620 s., secondo cui "si cadrebbe in errore di prospettiva se si considerasse estranea all'ordinamento qualsiasi forma di alienazione in garanzia, comunque attuata, solamente sulla base delle indicazioni offerte dall'art. 2744 c.c. Questo equivarrebbe a voler dire che

La Corte, in altri termini, tace in ordine a tutte quelle fattispecie negoziali atipiche che fanno della garanzia la propria giustificazione causale in via originaria ed esclusiva. Ed è un silenzio equivoco quello degli ermellini, i quali, pur avendo delineato i requisiti al ricorrere dei quali il contratto tipico di compravendita deve reputarsi stipulato in frode alla legge, non si sono occupati direttamente della fattispecie generale dell'alienazione con causa di garanzia e del suo rapporto con il divieto di patto commissorio.

In dottrina⁵³⁹, peraltro, si sono alternate tesi secondo cui anche tali negozi giuridici costituiscono ipotesi di frode alla legge, ad altre che diversamente sostenevano la nullità delle stesse per diretta contrarietà alla norma dell'art. 2744 c.c..

Ciò che senza dubbio può affermarsi è che, in questi termini, il problema del patto commissorio autonomo sia stato affrontato solo indirettamente dalle pronunce esaminate.

L'attenzione della Corte, infatti è stata rivolta essenzialmente all'individuazione di un apparato argomentativo utile all'applicabilità del

la fattispecie commissoria e la causa di garanzia si equivalgono, e che il legislatore ha inteso in tal modo sanzionare con la nullità sia una forma attraverso la quale si può perseguire la causa di garanzia, sia la causa stessa. Ma, contraria al sistema, non sembra essere la funzione di garanzia in quanto tale, bensì la funzione di garanzia perseguita in assenza di una adeguata tutela dei soggetti coinvolti nella vicenda negoziale"; si sofferma sulla necessità analizzare le concrete condizioni alle quali risponde la fattispecie dell'alienazione a scopo di garanzia ai fini dell'applicazione del divieto di patto commissorio anche E. LASCIALFARI, voce *Alienazioni a scopo di garanzia*, cit., p. 14 s.; ID., *Alienazioni a scopo di garanzia*, in V. CUFFARO (a cura di), *Le garanzie rafforzate del credito*, Padova, 2000, p. 155 s.; il tema ha trovato ampio e lucido approfondimento nell'opera di N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 38 s.; più recentemente v. N. A. VECCHIO, *Il divieto del patto commissorio e la causa delle alienazioni*, in *Contratti*, 2016, V, p. 429 s.; D. MARINELLI – S. SABATINI, *Le alienazioni in garanzia. Giurisprudenza, dottrina e casistica*, Santarcangelo di Romagna, 2018, p. 59 s.; sulla problematica della funzione di garanzia quale giustificazione causale del trasferimento di diritti v. U. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto. La causa ed il trasferimento dei diritti*, I, Torino, 2000, p. 144 s.; a favore dell'ammissibilità della causa di garanzia quale fondamento del trasferimento del diritto di proprietà v. anche A. LUMINOSO, *Appunti sui negozi traslativi atipici*, Milano, 2007, p. 3 s. spec. 59 s., seppure con perplessità in ordine alla compatibilità della figura con il principio di tipicità delle cause legittime di prelazione e di *par condicio creditorum*; per una disamina più approfondita della tematica v. *infra.*, Par. 2.3.1.

⁵³⁹ Sul punto v. N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 38 s.

divieto *ex art. 2744 c.c.* alle fattispecie che, direttamente o meno, conseguano il risultato vietato dalla legge⁵⁴⁰.

L'argomento incentrato sul negozio in frode alla legge, tuttavia, se appare idoneo a disciplinare l'ipotesi in cui ad uno schema contrattuale tipico venga attribuita la diversa ed incompatibile causa di garanzia – come paradigmaticamente accade con riguardo alla compravendita con patto di riscatto – allo stesso tempo permette alla Corte di non pronunciarsi direttamente sull'ammissibilità teorica del negozio giuridico traslativo atipico, originariamente concepito dalle parti con causa di garanzia.

Il risultato – come si avrà modo di analizzare nel corso del seguente paragrafo – è stato l'eccessivo sviluppo dell'interpretazione teleologica e funzionale del divieto di patto commissorio, a discapito di un'analisi incentrata sulla natura delle varie fattispecie negoziali sfruttate per regolare operazioni di garanzia.

Tale approccio, eletto di lì a poco a vera e propria linea di tendenza nell'operato della giurisprudenza, si è di fatto risolto nell'abuso dell'interpretazione estensiva dell'art. 2744 c.c.; interpretazione che, da approdo teorico felicemente salutato nel panorama dottrinale e giurisprudenziale, ha finito ben presto per divenire uno strumento di eccessiva limitazione dell'autonomia privata nell'area degli strumenti di garanzia reale del credito.

⁵⁴⁰ L'impostazione metodologica descritta è stata ampiamente adottata anche successivamente dalla giurisprudenza v., *ex multis*, Cass. 27 settembre 1994, n. 7878, in *Contratti*, 1995, III, p. 271 s. con nota di G. BOZZOLA, *Alienazione in garanzia e patto commissorio: la Suprema Corte riconferma la nullità*; più recentemente v. Cass. 17 aprile 2014, n. 8957, in *Giust. civ. mass.*, 2014; Cass. 26 febbraio 2018, n. 4514, in *Giust. civ. mass.*, 2018; Cass. 11 luglio 2019, n. 18680.

1.4. Il riconoscimento giurisprudenziale del patto marciano.

Nonostante il fondamentale apporto teorico fornito dalle sentenze gemelle delle Sezioni Unite sul finire degli anni '80, il dibattito inerente all'alienazione in funzione di garanzia in rapporto al divieto di patto commissorio si è protratto fino ai nostri giorni arricchendosi di rinnovati spunti di riflessione.

Come ampiamente confermato dalle pronunce successive⁵⁴¹ infatti, l'attenzione della giurisprudenza per oltre un decennio è stata principalmente

⁵⁴¹ Sull'applicazione del divieto di patto commissorio quale norma materiale, successivamente alle pronunce delle Sezioni Unite cfr. Cass. 27 febbraio 1991, n. 2126, in *G. it.*, 1992, I, p. 136 s. con nota di M. ARIETTI, *Vendita con patto di riscatto a scopo di garanzia e divieto del patto commissorio*; in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 3167 s. con nota di A. M. AZZARO, *Vendita a scopo di garanzia e divieto del patto commissorio*; Cass. 13 dicembre 1994, n. 10648, in *Giust. civ. mass.*, XII, p. 342 s.; riprendendo la duplice *ratio* del divieto di patto commissorio di proteggere il debitore da indebite coartazioni del creditore nonché di tutelare gli eventuali creditori concorrenti v. Cass. 12 febbraio 1993, n. 1787.

Con riferimento alla compravendita con patto di riscatto cfr. Cass. civ., Sez. II, 28 settembre 1994, n. 7890, in *Corr. giur.*, 1995, I, p. 60 s. con nota di F. CARINGELLA, *Il divieto di patto commissorio "autonomo": nuovi confini e nodi ancora al pettine*; Cass. 4 marzo 1996, n. 1657, in *G. comm.*, 1997, II, p. 656 s. con nota di R. SIMONE; in *Nuova g. civ. comm.*, 1997, I, p. 475 s. con nota di IZZO; Cass. 11 giugno 2007, n. 13621, in *Giust. civ.*, 2007, XII, p. 2716 s.; Cass. 12 ottobre 2011, n. 20956, in *Giust. civ. mass.*, 2012, VII-VIII, p. 1757 s.; Cass. 17 aprile 2014, n. 8957, in *Giust. civ. mass.*, 2014, p. 67 s.; più recentemente, in senso contrario, valorizzando il dato consistente nell'assenza di un vincolo di funzionalità tra l'inadempimento dell'obbligazione garantita e l'esercizio del patto di retrovendita stipulato dalle parti v. Cass. 20 febbraio 2013, n. 4262.

La Corte ha avuto modo di affermare la nullità per contrarietà al divieto di patto commissorio anche nell'ipotesi di contratto di riporto impiegato in funzione di garanzia, v. Cass. 15 novembre 1993, n. 11278, in *Corr. giur.*, 1994, V, p. 607 s. con nota di G. RENNA, *Riporto e patto commissorio*.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale in esame rientrano nel campo di applicabilità del divieto anche le fattispecie di cd. "patto commissorio obbligatorio", ovvero quei negozi giuridici in forza dei quali l'inadempimento del debitore non determina l'automatico effetto traslativo a favore del creditore, ma appunto l'obbligo del debitore di effettuare tale trasferimento al creditore in un successivo momento solitamente mediante un contratto preliminare unilaterale di vendita del bene condizionato all'inadempimento dell'obbligazione garantita, il problema era già stato affrontato nella dottrina più risalente v. G. STOLFI, *Promessa di vendita e patto commissorio*, in *F. Pad.*, 1957, I, p. 766 s.; in giurisprudenza cfr. Cass. 16 agosto 1990, n. 8325, in *G. it.*, 1991, I, p. 1208 s. con nota di G. M. PELLEGRINI, *In tema di alienazioni in garanzia e patto commissorio*; Cass. 30 ottobre 1991, n. 11638; Cass. 19 settembre 1992, n. 10749; Cass. 29 agosto 1998, n. 8624, in *F.it.*, 1999, I, p. 175 s. con nota di A. CANDIAN, *Appunti dubbiosi sulla ratio del divieto di patto commissorio*; in *G. it.*, 1999, X, con nota di C. IRULLI, *Alienazioni a scopo di garanzia e patto commissorio*; Cass. 23 ottobre 1999, n. 11924, in *Nuova g. civ. comm.*, 2000, I, p. 597 s. con nota di CAMILLERI; in *G. it.*, 2000, VIII-IX, p. 1599 s. con nota di E. BERGAMO, *Brevi note*

rivolta alla delineazione di un apparato argomentativo utile a rendere applicabile il divieto di patto commissorio anche a fattispecie atipiche di garanzia reale del credito.

Se, tuttavia, l'interpretazione letterale e restrittiva del divieto aveva palesato tutti i propri limiti, la radicalizzazione dell'interpretazione funzionale ed estensiva dello stesso ha condotto la giurisprudenza ad un atteggiamento eccessivamente intransigente⁵⁴² nei confronti dell'autonomia privata, sfociante nella generalizzata irrogazione della sanzione di nullità a tutte le fattispecie negoziali disciplinanti meccanismi traslativi in funzione di garanzia sulla base dell'applicazione dell'art. 2744 c.c. come norma materiale.

Sotto la scure del divieto sono cadute per esempio fattispecie negoziali divergenti dallo schema dell'alienazione in garanzia, ma miranti ad attribuire al creditore il potere di liquidare il bene oggetto di garanzia e soddisfarsi sul

sul divieto di patto commissorio; facendo ricorso alla teoria del collegamento negoziale tra contratto preliminare e definitivo v. Cass. 19 maggio 2004, n. 9466, in *Giust. civ. mass.*, 2004, V, p. 324 s.; in *Contratti*, 2004, XI, p. 979 s. con nota di L. CILIA, *Divieto del patto commissorio e negozi collegati*; più recentemente v. Cass. 9 ottobre 2017, n. 23617, in *Giust. civ. mass.*, 2018.

Con riguardo invece alla stipulazione di un patto d'opzione a favore del creditore condizionato all'inadempimento dell'obbligazione garantita v. Cass. 10 febbraio 1997, n. 1233, in *Contratti*, 1997, p. 455 s. con nota di U. CARNEVALI, *Patto commissorio anche senza l'inadempimento del creditore?*; in *Notariato*, 1998, p. 142 s., con nota di A. DE ROSA, *Divieto del patto commissorio e patto di opzione*. Con specifico riguardo al diritto d'opzione contenuto in un patto parasociale in funzione di garanzia avente ad oggetto partecipazioni sociali cfr. C. BITONTO, *Patti parasociali e patto commissorio: attendi a quei due?*, in *Società*, 2012, VIII-IX, p. 903 s.

⁵⁴² N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 19 s.

ricavato, in forza di un mandato⁵⁴³ o di una procura⁵⁴⁴ a vendere ricalcanti il modello dello *ius vendendi* di matrice romanistica.

⁵⁴³ Con riguardo al rapporto tra mandato ad alienare in funzione di garanzia e divieto di patto commissorio v. Cass. 23 novembre 2001, n. 14911, in *Rass. d. civ.*, 2003, p. 471 s., in senso favorevole all'ammissibilità della figura del mandato ad alienare concesso al creditore, focalizzandosi sulla funzione liquidatoria del medesimo v. invece Cass. 7 dicembre 1999, n. 13708, in *R. not.*, 2001, p. 458 s.

In dottrina sul tema cfr. C. M. BIANCA, *Garanzia mediante alienazione simulata e conferimento al creditore di un mandato di vendita*, in *F. Pad.*, 1958, I, p. 455 s. che, in commento a Cass. 20 novembre 1950, n. 2624, nega la contrarietà della fattispecie al divieto di patto commissorio in primo luogo criticando la tesi secondo cui la stessa contrasterebbe con l'indimostrato divieto di autotutela privata, e in secondo luogo sottolineando come tale strumento imponga, diversamente dall'esecuzione forzata, un obbligo di diligenza da parte del creditore nell'esecuzione del mandato; in senso contrario la tesi più risalente di E. BETTI, *Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione delle obbligazioni*, in *R. d. comm.*, 1931, II, p. 688 s.; più di recente sul tema A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., p. 305 s.; G. Buset, *Anche una procura a vendere può violare il divieto di patto commissorio?*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2015, I, p. 62 s.; D. CENNI, *Mandato ad alienare a scopo di garanzia*, in *Not.*, 1998, I, p. 61 s.

⁵⁴⁴ Per la contrarietà al divieto di patto commissorio di una procura a vendere conferita al creditore v. Cass. 1 giugno 1993, n. 6112, in *R. d. comm.*, 1994, II, p. 135 s., in tale occasione la Corte, dopo aver ribadito – in ossequio all'orientamento consolidato – che non è possibile identificare con precisione una categoria di negozi in astratto idonei a violare il divieto di patto commissorio, del pari ha sottolineato la necessità di individuare l'ulteriore requisito consistente nel collegamento funzionale tra il negozio giuridico concretamente sfruttato dalle parti e il rapporto di credito, poiché, in mancanza di tale requisito non può dedursi la volontà delle parti di realizzare il negozio in parola al fine di consentire al creditore una soddisfazione diretta e privilegiata sul bene oggetto di garanzia in caso di inadempimento dell'obbligazione garantita; in arg. v. Cass. 5 marzo 2010, n. 5426, in *Giust. civ. mass.*, 2010, p. 64 s. ove si afferma la nullità di una procura a vendere irrevocabile concessa al creditore in via del tutto autonoma e in mancanza di ogni garanzia reale a favore del creditore; Cass. 10 marzo 2011, n. 5740, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 1453 s. con nota di G. ADILARDI, *Brevi osservazioni in tema di divieto di patto commissorio causa concreta del contratto e patto marciano*; in *G. it.*, 2012, III, p. 568 s. con nota critica di M. ALBANESE, *Brevi note in tema di patto commissorio, procura a vendere e autonomia privata ovvero la fattispecie e i suoi confini*, il quale opportunamente sottolinea come, nella fattispecie, il collegamento funzionale sussistente tra la procura a vendere e il rapporto di mutuo non siano di per sé indici sufficienti di violazione del divieto ex art. 2744 c.c., dovendosi necessariamente verificare la lesività in concreto del regolamento negoziale così realizzato, scrutinio invece omesso dalla Corte che non ha tenuto in debito conto la pattuizione dell'obbligo di stima del bene e il corrispondente obbligo per il rappresentante-creditore di restituire al debitore l'eventuale eccedenza tra il ricavato della vendita ed il debito inadempito, elementi quest'ultimi che avevano indotto i Giudici di merito a negare la violazione del divieto di patto commissorio; Cass. 2 luglio 2013, n. 16558, in *Notariato*, 2013, VI, p. 620 s.; App. Roma 18 maggio 2006; Cass. 8 luglio 2014, n. 15486 in *Nuova g. civ. comm.*, 2015, I, p. 62 s. con nota di G. Buset, *Anche una procura a vendere può violare il divieto di patto commissorio?*, anche in questo caso la pronuncia si allinea all'orientamento interpretativo generalmente affermatosi sul finire degli anni '90, incentrando il giudizio di illiceità della fattispecie sulla semplice declinazione del negozio giuridico in funzione di garanzia del credito, omettendo ogni scrutinio circa la lesività in concreto della posizione del debitore; per la validità della figura in esame v. invece App.

Tale atteggiamento della giurisprudenza, peraltro, non è andato esente da critiche da parte della migliore dottrina⁵⁴⁵, la quale ha sottolineato come un approccio solamente marginale al problema del patto commissorio, incentrato sul campo di applicazione del rispettivo divieto, avrebbe finito per penalizzare negozi giuridici elaborati dall'autonomia privata meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico⁵⁴⁶.

Si è pertanto imposta la necessità di una rivalutazione dei confini applicativi del divieto di patto commissorio, che da eccessivamente angusti sono passati ad essere arbitrariamente estesi e quindi tutt'altro che ben delimitati⁵⁴⁷.

Bologna, 7 dicembre 2015, in *Nuova g. civ. comm.*, 2016, V, p. 737 s. con nota di G. Buset, *Ancora su procura a vendere e divieto di patto commissorio*.

In dottrina sul tema cfr. R. Ghenghini, *Patto commissorio e procura a vendere*, in *Contratto e impr.*, 1995, p. 260 s.

⁵⁴⁵ F. Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 25 s., sottolinea che "... un simile atteggiamento, influenzato da una tradizione secolare di sforzi di repressione delle elusioni di divieto di patto commissorio, rischia di far sì che il quadro coerente che le Sezioni Unite hanno costituito rimuovendo l'inaccettabile distinzione tra vendite in garanzia immediate e ad efficacia sospesa vada oltre il segno, traducendosi in un modello applicativo totalizzante – in contrasto con il fatto che la norma imperativa costituisce un limite all'autonomia privata – che finirebbe per penalizzare anche negozi rispondenti a meritevoli esigenze della pratica".

⁵⁴⁶ N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 20 s., sottolinea come l'eccessiva estensione dei confini applicativi del divieto di patto commissorio abbia indotto, inesorabilmente, ad una generale incertezza circa la liceità dei vari strumenti negoziali elaborati dall'autonomia privata per la realizzazione di operazioni di garanzia, di fatto incidendo sulle scelte concrete degli operatori economici che, soprattutto nel settore creditizio, prediligono soluzioni quanto più possibile certe ed efficaci.

⁵⁴⁷ In merito al dibattito concernente la qualificazione del divieto di patto commissorio come principio generale dell'ordinamento giuridico, la Corte di Cassazione ha precisato che detto principio non può ascriversi alla categoria dell'ordine pubblico internazionale, v. Cass. Sez. Un., 5 luglio 2011, n. 14650, in *G. comm.*, 2012, III, p. 681 s. con nota di M. Martino, *Le Sezioni Unite sui rapporti tra divieto del patto commissorio e ordine pubblico internazionale*.

Tra le fattispecie cui dottrina⁵⁴⁸ e giurisprudenza hanno rivolto maggiore interesse nell'ambito del citato dibattito, un ruolo di importanza centrale deve attribuirsi al cd. patto marciano⁵⁴⁹.

La pattuizione marciana⁵⁵⁰, infatti, consiste in un negozio giuridico con struttura ed effetti essenzialmente corrispondenti al patto commissorio, poiché disciplinante il trasferimento della proprietà su un bene del debitore a favore del creditore in caso di inadempimento dell'obbligazione garantita.

Il fondamentale tratto differenziale – in ossequio alla ricostruzione del modello risalente alla scienza romanistica⁵⁵¹ – consiste nella predeterminazione negoziale di un meccanismo di stima del bene oggetto di garanzia, da compiersi successivamente all'inadempimento dell'obbligazione garantita, cui corrisponde l'obbligo da parte del creditore che acquista la proprietà del bene di corrispondere l'eventuale differenza tra il valore dello stesso e l'ammontare del credito inadempito.

⁵⁴⁸ Sul ruolo del patto marciano, o più in generale della cautela marciana, nell'ambito del dibattito inerente al divieto di patto commissorio, in dottrina v. E. ROPPO, *Note sopra il divieto del patto commissorio*, cit., p. 401 s.; L. RAGAZZINI, *Vendita in garanzia con patto di riscatto. Patto commissorio. Patto marciano*, in *R. not.*, 1991, I, p. 133 s.; E. MARROCCO, *Note sul patto marciano*, in *Nuovo dir.*, 1989, p. 977 s.; A. LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *R. d. civ.*, I, p. 219 s., fondamentali le osservazioni sviluppate a partire dalla seconda metà degli anni '90, in *primis* da F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 445 s.; M. BUSSANI, *Patto commissorio, proprietà e mercato*, cit., p. 113 s.; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 22 s.; E. LASCIALFARI, voce *Alienazioni a scopo di garanzia*, cit., p. 14 s.; ID., *Alienazioni a scopo di garanzia*, in V. CUFFARO (a cura di), *Le garanzie rafforzate del credito*, cit., p. 155 s.; A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., p. 276 s.

⁵⁴⁹ A favore della liceità del patto marciano, nel panorama dei meccanismi negoziali disciplinanti alienazioni in funzione di garanzia, si rinvencono opinioni dottrinali e pronunce giurisprudenziali assai risalenti. Nella vigenza del codice civile del 1865 v. App. Messina, 2 dicembre 1878, in *F. it.*, 1879, I, p. 244 s. con nota di L. FULCI, *Della validità della vendita dal mutuatario al mutuante per il caso in caso di non restituzione del mutuo col patto che il prezzo sia fissato da periti*; successivamente cfr. Cass. 21 giugno 1946, n. 732, in *G. it.*, 1947, I, p. 32 s.; Cass. 21 dicembre 1950, n. 2807, in *F. it.*, 1951, I, p. 573 s.; Cass. 30 marzo 1954, n. 988, in *Rep. F. it.*, p. 1043 s.; Cass. 21 luglio 1956, n. 2828, in *F. it.*, 1956, I, p. 11 s.

In dottrina cfr. G. P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, cit., p. 575 s.; G. STOLFI, *Patto commissorio e ipoteca*, in *F. it.*, 1926, I, p. 282 s.

⁵⁵⁰ N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 96.

⁵⁵¹ Cfr. *supra*, Cap. I, Par. 3.

Così articolato, il patto marciano si propone quale archetipo di meccanismo negoziale regolante l'effetto traslativo⁵⁵² in grado di elidere ogni margine di ingiustificato arricchimento del creditore ai danni del debitore in ragione dell'attribuzione del bene a suo favore in caso di inadempimento.

Tale ultimo profilo, segnatamente, assume valore alla luce di un'analisi funzionale⁵⁵³ del fenomeno traslativo disciplinato dal patto marciano, un'analisi, cioè, indirizzata ad individuare la reale idoneità della fattispecie concreta a ledere gli interessi sottesi al divieto e quindi a conseguire il risultato giuridico vietato dall'art. 2744 c.c..

Occorre peraltro rilevare come i descritti caratteri della pattuizione marciana consentano di elevare la figura a generale cautela applicabile ad una molteplicità di negozi giuridici disciplinanti la garanzia del credito, anche al di fuori della diretta alienazione con funzione di garanzia, laddove tuttavia il creditore possa fruire di forme di autotutela satisfattiva su beni del proprio debitore⁵⁵⁴.

Il meccanismo marciano, infatti, può agevolmente trovare declinazione anche in quelle ipotesi – fatte rientrare nel campo di applicazione del divieto

⁵⁵² E. LASCIALFARI, voce *Alienazioni a scopo di garanzia*, cit., p. 14 s.; F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 445 s.

Come si avrà modo di approfondire nel corso dei prossimi paragrafi, alla tesi che qualifica il patto marciano in termini di alienazione in funzione di garanzia si è affiancata quella che attribuisce allo stesso funzione solutoria e strumentale o accessoria ad un'alienazione a scopo di garanzia. A prescindere dalle opzioni interpretative, il valore del patto marciano ai fini delle presenti riflessioni risulta invariato: che si tratti di alienazione in garanzia oppure di clausola annessa ad un'alienazione in garanzia, il contenuto di tale negozio giuridico vale a sottrarre l'operazione dal campo di applicazione della nullità *ex art.* 2744 c.c., sul punto cfr. N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 96.

⁵⁵³ Sottolinea l'importanza di tale approccio, anche al fine di provvedere ad una generale ricostruzione del divieto di patto commissorio N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 22.

⁵⁵⁴ In questa chiave di lettura la cd. "cautela marciana" si concentra nella comparazione tra il valore del debito inadempito e il valore della *res* oggetto di garanzia, sia nel caso in cui quest'ultima sia trasferita al creditore – come accade nella tradizionale struttura del patto marciano, corrispondente in questo caso al patto commissorio – sia nel caso in cui il bene sia soggetto a liquidazione dovendosi in quest'ipotesi fare riferimento alla somma ricavata mediante la vendita. Il modello marciano quindi trova in queste fattispecie comune applicazione come già osservato con riguardo alle origini della pattuizione in diritto romano e ai tratti che la accomunavano all'istituto dello *ius vendendi* a favore del creditore quale metodo di realizzazione della garanzia reale, cfr., *supra*, Cap. I, Par. 3.

di patto commissorio dalla giurisprudenza⁵⁵⁵ – in cui al creditore venga conferito lo *ius vendendi* sul bene oggetto di garanzia con facoltà di soddisfazione sul ricavato.

Sulla base di questi spunti la giurisprudenza⁵⁵⁶, nel corso dell'analisi delle numerose fattispecie negoziali elaborate dall'autonomia privata, ha avuto modo di individuare in determinati negozi giuridici realizzati in funzione di garanzia profili di liceità segnatamente derivanti dall'espressa previsione di una clausola marciana, in tal modo intraprendendo un percorso in controtendenza rispetto alla consolidata interpretazione estensiva del divieto di patto commissorio⁵⁵⁷.

E così – ad esempio – la Corte di Cassazione⁵⁵⁸ ha sancito la validità dell'accordo con cui, a garanzia della restituzione di una somma concessagli

⁵⁵⁵ Cfr. *supra* nt. 531.

⁵⁵⁶ Cfr. Cass. 16 ottobre 1995, n. 10805, in *Contratti*, 1996, I, p. 28 s. con nota di R. DE MEO, *Il contratto di lease back normale e anomalo*; in *Notariato*, 1996, III, p. 220 s. con nota di M. NICOTRA; in *G. it.*, 1996, VII con nota di S. M. CINQUEMANI, *Sale and lease back tra liceità e frode al divieto di patto commissorio*; Trib. Monza, 24 maggio 1988, in *F. it.*, 1989, I, p. 1271 s.; più recentemente sul tema Cass. 9 maggio 2013, n. 10986, in *Vita not.*, 2013, II, p. 719 s., nell'occasione la Corte – a valle di una sommaria ricognizione delle tesi dottrinali e giurisprudenziali che si sono succedute in merito all'interpretazione del divieto di patto commissorio – sostiene la necessità di uno scrutinio in concreto, in base ad indici fattuali, della fattispecie negoziale atipica impiegata per la realizzazione dell'operazione di garanzia e riconosce l'attitudine della cautela marciana ad escludere in concreto i profili di illiceità che caratterizzano le fattispecie astrattamente ascrivibili alla categoria dell'alienazione in funzione di garanzia, affermando che “*deve considerarsi che l'illiceità è invece esclusa, pur in presenza di costituzioni di garanzie che postulano un trasferimento della proprietà, qualora queste siano integrate da schemi negoziali che il menzionato abuso escludono in radice, come avviene nel caso del pegno irregolare (art. 1851 c.c.), del riporto finanziario e del cd. patto marciano, in virtù del quale al termine del rapporto di procede alla stima, ed il creditore, per acquisire il bene, è tenuto al pagamento dell'importo eccedente l'entità del credito*”.

⁵⁵⁷ Recentemente, per una ricognizione dei limiti applicativi del divieto di patto commissorio con riguardo agli indici fattuali in base ai quali occorre compiere un'analisi in concreto dell'operazione negoziale realizzata dalle parti in funzione di garanzia cfr. Cass. 21 gennaio 2016, n. 1075, in *Contratti*, 2016, V, p. 429 s. con nota di N. A. VECCHIO, *Il divieto di patto commissorio e la causa delle alienazioni*; in *Nuova g. civ. comm.*, 2016, VI, p. 908 s. con nota di C. BOTTA, *Gli incerti confini applicativi del patto commissorio e il sempre più diffuso favore per la pattuizione marciana*.

⁵⁵⁸ Cass. 18 marzo 2015, n. 5440, che, riprendendo l'argomentazione sviluppata in Cass. 9 maggio 2013, n. 10986, sottolinea la necessità di sottrarre al giudizio di illiceità *ex art. 2744 c.c.* la fattispecie di un mandato a vendere conferito al creditore per l'ipotesi di inadempimento dell'obbligazione garantita, in base al rilievo decisivo per cui le parti, nella fattispecie avevano espressamente pattuito che il creditore, in esecuzione del mandato,

a mutuo, il debitore abbia conferito ad un istituto di credito un mandato irrevocabile alla vendita di titoli di stato condizionato all'inadempimento dell'obbligazione garantita.

In questo caso la Corte ha rilevato che l'inapplicabilità del divieto di patto commissorio derivava dall'agevole liquidabilità ad un prezzo di mercato dei beni oggetto di garanzia (ovvero i titoli di stato) e dalla specifica pattuizione, contestuale al conferimento del mandato, con cui le parti avevano previsto che l'istituto di credito avrebbe potuto soddisfarsi sul ricavato dalla vendita solamente entro i limiti del credito inadempito, essendo obbligato alla restituzione al debitore dell'eventuale eccedenza⁵⁵⁹.

La sottrazione alla sfera della nullità della descritta operazione contrattuale, quindi, è passata attraverso la qualificazione della stessa in termini di pattuizione marciana, caratterizzata da un meccanismo di imparziale determinazione del valore del bene oggetto di vendita (in questo caso prescindente da una procedura di stima, ma intrinseca alla natura dei beni oggetto di garanzia, ovvero titoli di stato quotati in un mercato regolamentato) e dal contestuale obbligo del creditore di restituzione della differenza tra il ricavato dalla liquidazione del bene e l'ammontare del credito inadempito⁵⁶⁰.

avrebbe potuto trattenere solamente la somma strettamente sufficiente al soddisfacimento del proprio credito, restituendo al mandante/debitore l'eventuale residuo, dovendosi pertanto qualificare la fattispecie in termini di patto marciano e non di patto commissorio vietato.

⁵⁵⁹ Per un'analisi delle argomentazioni sviluppate in giurisprudenza circa i criteri di liceità della fattispecie negoziali del mandato ad alienare conferito al creditore in caso di inadempimento v. C. BOTTA, *Responsabilità patrimoniale – Gli incerti confini applicativi del divieto del patto commissorio e il sempre più diffuso favore per la pattuizione marciana*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2016, VI, p. 908 s.

⁵⁶⁰ In questo senso la pronuncia fa opportunamente riferimento a fattispecie tipiche del nostro ordinamento in cui è concessa al creditore la facoltà di soddisfarsi sul bene oggetto di garanzia, come previsto dagli artt. 1851 c.c. e 2803 c.c. rispettivamente in materia di pegno irregolare a garanzia di anticipazione bancaria e riscossione del credito dato in pegno, fattispecie che costituiscono indici sistematici rilevanti della sussistenza nel nostro ordinamento di ipotesi in cui sono ammessi meccanismi di auto-soddisfacimento del creditore in forza di un effetto reale automatico sulla *res* oggetto di garanzia, a condizione che la natura dell'operazione garantisca l'equilibrio delle reciproche posizioni, v. sul punto N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 89 s.

La fattispecie che tuttavia ha maggiormente impegnato la giurisprudenza nell'opera di elaborazione e valorizzazione del concetto di patto marciano è senza dubbio il contratto di *sale and lease back*⁵⁶¹.

Mediante tale operazione, che concretizza una declinazione del leasing finanziario⁵⁶², le parti si accordano per la vendita di un bene e la contestuale

⁵⁶¹ In termini generali per una disamina della fattispecie di *sale and lease back* v. A. MUNARI, voce *Leasing*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 2002, p. 656 s.; V. BUONOCORE, voce *Leasing*, in *Noviss.mo dig. it.*, IV, Roma, 1983, p. 797 s.; G. DE NOVA, voce *Leasing*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, X, 1993, p. 460 s.; M. BUSSANI, voce *Leasing*, in *Dig. disc. priv. - sez. civ.*, (Agg.), Torino, 2011, p. 594 s.; ID., *Leasing*, in *R. d. civ.*, 1992, II, p. 759 s.; ID., *Proprietà-garanzia e contratto. Formule e regole nel leasing finanziario*, Trento, 1992, p. 147 s.; ID., *Il contratto di lease back*, in *Contr. e impresa*, 1986, II, p. 558 s.; A. LUMINOSO, *Il sale and lease back*, in V. BUONOCORE (a cura di) *Contratti d'impresa e operazioni bancarie. Manuale di diritto commerciale*, X ed., Torino, 2011, p. 1028 s.; M. RABITTI, *Il leasing*, in G. GITTI – M. MAUGERI – M. NOTARI (a cura di) *I contratti per l'impresa. Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, I, Bologna, 2012, p. 259 s.; D. BECCARI, *Orientamenti sul leasing*, in *Corr. giur.*, 2018, V, p. 697 s.

⁵⁶² M. BUSSANI, *Leasing*, in *R. d. civ.*, 1992, II, p. 759 s.; M. RABITTI, *Il leasing*, cit., p. 259 s., che tuttavia sottolinea come in dottrina sono state proposte tesi proclivi a qualificare il *sale and lease back* quale autonomo modello contrattuale del tutto distinto dal *leasing*.

In via generale occorre sottolineare come la figura del contratto di *leasing*, ampiamente diffusa in Italia nella prassi negoziale d'impresa a partire dagli anni sessanta, sia stata oggetto di regolazione normativa solamente in via marginale con riguardo a determinati profili operativi, senza tuttavia che il legislatore abbia provveduto a delineare una disciplina organica del modello contrattuale di locazione finanziaria. Ne è derivata la costante qualificazione del *leasing* in termini di contratto socialmente tipico, valutazione che ha interessato pacificamente pure la peculiare declinazione del *sale and lease back*; recentemente, tuttavia, con la legge n. 124 del 4 agosto 2017 il legislatore è intervenuto offrendo per la prima volta una definizione normativa del contratto di locazione finanziaria all'art. 1, comma 136. Tale intervento, secondo la tesi maggioritaria, ha comportato il superamento della precedente distinzione interna tra le varie tipologie di *leasing* operativo, finanziario e di ritorno, rendendo la disciplina in esame applicabile in via generale, pur non avendo comportato una tipizzazione in senso tecnico del contratto di *leasing*. In particolare, ai fini della nostra indagine risulta interessante notare come, all'art. 1 comma 139 della citata legge, si sia provveduto a disciplinare l'ipotesi specifica di realizzazione delle ragioni del concedente sul bene oggetto di locazione in caso di inadempimento, facendo espresso riferimento alla “vendita del medesimo o alla ricollocazione sulla base di valori risultanti da pubbliche rilevazioni di mercato elaborate da soggetti specializzati” ovvero, ove ciò non sia possibile, procedendo “alla vendita sulla base di una stima effettuata da un perito scelto dalle parti di comune accordo”, riconoscendo quindi normativamente uno schema di soddisfazione del creditore incentrato sull'esercizio dello *ius vendendi* sul bene oggetto del contratto. Sulle novità normative che hanno interessato il contratto di *leasing*, anche con riferimento alle ripercussioni sul modello di *sale and lease back* v. E. LUCCHINI GUASTALLA, *Il contratto di leasing finanziario alla luce della legge n. 124/2017*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2019, I, p. 179 s.; C. PATRIARCA, *La nuova disciplina della locazione finanziaria (art. 1, commi 136 ss., L. 4 agosto 2017, n. 124)*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2018, V, p. 1116 s.; A. SCARPA, *Leasing: che c'è di nuovo?*, in *Imm. e prop.*, 2017, X, p. 573 s.

cessione in locazione (appunto definita di ritorno) del medesimo al venditore, a favore del quale viene ulteriormente pattuita un'opzione di riacquisto a fronte del pagamento di una somma determinata.

Il regolamento di interessi tra le parti, quindi, trova realizzazione grazie a due contratti funzionalmente collegati tra loro: quello di compravendita e quello successivo di locazione⁵⁶³.

La combinazione di meccanismi negoziali descritta – il cui utilizzo ha trovato affermazione nell'ambito delle operazioni di finanziamento all'attività di impresa⁵⁶⁴ – permette al venditore di acquisire liquidità privandosi provvisoriamente della proprietà di un proprio bene, mantenendone tuttavia il possesso e quindi la facoltà di utilizzo a titolo di locazione, con la possibilità di riacquisire il pieno diritto di proprietà mediante la restituzione dilazionata della somma ottenuta con la vendita.

Ad una prima analisi, può dirsi evidente l'affinità strutturale e funzionale tra l'operazione contrattuale descritta e la figura generale dell'alienazione a scopo di garanzia⁵⁶⁵.

A tal riguardo, tuttavia, secondo quello che ormai è un orientamento consolidato in giurisprudenza⁵⁶⁶, l'operazione di *sale and lease back*,

⁵⁶³ M. BUSSANI, voce *Leasing*, cit., p. 596.

⁵⁶⁴ Si suole ricondurre l'originaria comparsa nel nostro ordinamento del modello del *leasing* alla riproduzione in Italia di un modello contrattuale di matrice statunitense, v. R. MICHAELS, *American Law (United States)*, in J. M. SMITS (a cura di), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham, 2006, p. 74 s.; M. RABITTI, *Il leasing*, cit., p. 259.

⁵⁶⁵ Sul rapporto tra la funzione di garanzia e il contratto di *sale and lease back*, anche in relazione al divieto di patto commissorio v. I. RIVA, *Il contratto di sale and lease back e il divieto di patto commissorio*, in *Contratto e impr.*, 2001, I, p. 300 s.; M. GRONDONA, *Funzione di garanzia, "lease back" e trasferimenti vietati*, in *Not.*, 1998, II, p. 171 s.; A. A. DOLMETTA, *Lease back e patto commissorio: un rapporto complesso*, in *G. comm.*, 2002, II, p. 306 s.

La problematica attinente alla declinazione del modello di *sale and lease back* alla funzione di garanzia ha impegnato gli interpreti anche in altri ordinamenti giuridici continentali, come quello francese e, in particolare quello olandese ove – come esaminato – l'impiego dell'operazione di *lease back* in funzione di garanzia si è posto contrasto con il divieto di trasferimenti fiduciari a scopo di garanzia di cui all'art. 3:84 *BW*, v. *supra* Cap. II, Par. 3.3.

⁵⁶⁶ Cfr. Cass. 14 marzo 2006, n. 5438, in *R. not.*, 2006, VI, p. 1571 s. con nota di CLERICÒ, *Il controverso rapporto tra sale and lease back e patto commissorio*; in *Contratti*, 2007, VI, p. 522 s. con nota di F. T. VESPASIANI, *Il lease back e il divieto di patto commissorio ancora*

proponendosi quale modello contrattuale socialmente tipico⁵⁶⁷ ascrivibile alla categoria dei contratti d'impresa, risulta caratterizzata dall'autonoma giustificazione causale consistente nel finanziamento dell'attività imprenditoriale.

Lo schema contrattuale in esame, in forza dell'interpretazione descritta, presenta quindi causa autonoma di *lease back* e non di garanzia, almeno nella sua applicazione fisiologica, pur rimanendo ammissibile – secondo l'argomentare delle corti – la valutazione di illiceità della fattispecie sulla base di uno scrutinio in concreto dell'attività svolta dalle parti⁵⁶⁸.

La Corte di Cassazione, tuttavia, in una pronuncia⁵⁶⁹ del 2015, è tornata sul tema della compatibilità dell'operazione di *sale and lease back* con il divieto di patto commissorio.

al vaglio della suprema corte; Cass. 22 marzo 2007, n. 6969, in *Giust. civ. mass.*, 2007, III, p. 35 s.; in *Contratti*, 2008, I, p. 33 s. con nota di F. ARCARI, *Indici di anomali del lease back*; v. anche Cass. 22 aprile 1998, n. 4095; Cass. 7 maggio 1998, n. 4612; Cass. 6 agosto 2004, n. 15178; Cass. 29 marzo 2006, n. 7296; più recentemente l'orientamento appena delineato ha trovato conferma in Trib. Milano, Sez. VI, 26 giugno 2019, n. 6224.

⁵⁶⁷ L'orientamento in questione muove dall'assetto normativo *ante* 2017, che – come specificato *supra* in nt. 550 – parrebbe aver offerto legittimazione normativa espressa al modello generale del leasing a prescindere dalle sotto categorie in cui questo può suddividersi.

Occorre peraltro sottolineare come un indice normativo, seppur di carattere marginale, a favore del riconoscimento della liceità del *sale and lease back* si ritrovi nell'espresso riferimento operato a tale figura dall'art. 2425 *bis* c.c., disposizione che prevede l'iscrizione a bilancio delle plusvalenze derivanti da operazioni di compravendita con locazione finanziaria al venditore, v. M. RABITTI, *Il leasing*, cit., p. 275.

⁵⁶⁸ Sul punto *ex multis* Cass. 3 febbraio 2012, n. 1675, in *Contratti*, 2012, XII, p. 1023 s. con nota di G. TARANTINO, *Patto commissorio, alienazioni in garanzia ed autonomia privata: alla ricerca di un difficile equilibrio*; in *G. it.*, 2013, II, p. 2 s. con nota di A. TROTTA, *Il patto commissorio autonomo: tradizione e cambiamento*; v. anche Cass. 21 luglio 2004, n. 13580, in *G. it.*, 2005, V con nota di G. CASSANO, *Il contratto di sale and lease back*; in *Contratti*, 2004, XI, p. 1011 s. con nota di E. CALICE, *Sale and lease back: la suprema corte ne riafferma la tendenziale liceità*; Cass. 11 giugno 2003, n. 9324, in *Contratti*, 2003, XII, p. 1145 s. con nota di F. DE FRANCESCO, *Sale and lease back e divieto del patto commissorio*.

⁵⁶⁹ Cass. Civ., Sez. I, 28 gennaio 2015, n. 1625, in *G. it.*, 2015, XI, p. 2341 con nota di V. VITI, *Lease back, patto commissorio e clausola marciana*; in *Fall.*, 2015, VII, p. 791 s. con nota di M. SPADARO, *Sale and lease back, patto marciano e fallimento del venditore – utilizzatore*; in *Corr. giur.*, 2016, IV, p. 486 s., con nota di F. SCARDINO, *Il contratto di sale and lease back tra causa in concreto e cautela marciana*; per un'analisi del rapporto tra divieto di patto commissorio e patto marciano che prende le mosse dalla pronuncia in esame v. M. NATALE, *Lease-back e strutture utili di patto marciano*, in *R. d. civ.*, 2015, VI, p. 595 s.

In tale occasione è stato precisato che l'indagine inerente al concreto fondamento causale dell'operazione negoziale esaminata non è di per sé sufficiente a decretare la nullità della stessa per contrarietà all'art. 2744 c.c.. Per contro, anche nelle ipotesi in cui, in base ad indici sintomatici individuabili in base ad un'esegesi fattuale⁵⁷⁰, si possa concludere per la sussistenza di un *lease back* anomalo⁵⁷¹, poiché servente la funzione di garanzia, occorre ulteriormente analizzare il sostanziale regolamento di interessi tra le parti al fine di verificare l'illiceità della fattispecie.

Muovendo da questa argomentazione, la Corte ha chiarito che, anche nell'ipotesi in cui la causa in concreto del contratto di *sale and lease back* sia quella di garanzia, l'introduzione nel regolamento contrattuale della cautela marciana consente alla fattispecie di essere valutata in termini di liceità, sfuggendo così al campo di applicazione del divieto *ex art. 2744 c.c.*⁵⁷². E ciò proprio in considerazione del fatto che la stima del bene oggetto di garanzia successiva all'inadempimento e il contestuale obbligo di restituzione dell'eventuale eccedenza rispetto al valore del credito garantito precludono in

⁵⁷⁰ V. M. NATALE, *Lease-back e strutture utili di patto marciano*, cit., p. 595 s.

⁵⁷¹ Nella pronuncia in esame è stata ribadita la possibilità che, in base al suo concreto atteggiarsi, il contratto di *sale and lease back* presenti degli indici di anomalia utili a qualificarlo quale negozio servente la funzione di garanzia del credito. Tali indici sono stati individuati nell'esistenza di una pregressa posizione debitoria dell'utilizzatore nei confronti del concedente, nella situazione di difficoltà economica in cui versa l'utilizzatore al momento di perfezionamento dell'operazione e nella sproporzione tra il corrispettivo pattuito per la cessione e il reale valore del bene trasferito.

⁵⁷² L'apparato argomentativo sviluppato dalla pronuncia in esame si sviluppa su due piani diversi che in alcuni arresti precedenti della giurisprudenza non sono stati tenuti in debito conto. In primo luogo, come già precisato, occorre indagare la natura giuridica del contratto di *sale and lease back* e individuare i profili che, in via ordinaria lo distinguono dall'alienazione a scopo di garanzia. Laddove, tuttavia, data la contiguità tra la funzione fisiologia di finanziamento all'impresa e quella di garanzia, l'operazione di *lease back* costituisca il mezzo per disciplinare in via atipica un'operazione di garanzia, occorre compiere un ulteriore passaggio argomentativo, incentrato sulla compatibilità della figura negoziale e il divieto di patto commissorio. È infatti opportuno chiarire che la configurazione di un'alienazione a scopo di garanzia non comporta l'automatica illiceità della stessa per contrarietà al divieto di patto commissorio – come erroneamente ritenuto in diversi arresti dalla giurisprudenza più datata, in forza del criterio della violazione diretta dell'art. 2744 c.c., o del contratto in frode alla legge *ex art. 1344 c.c.* – ma occorre invece verificare in concreto se, ed eventualmente in quale modo, l'operazione negoziale oggetto di vaglio comporti la violazione del divieto di patto commissorio; sul punto efficacemente V. VITI, *Lease back, patto commissorio e clausola marciana*, cit., p. 2341 s.

via definitiva ogni possibilità di ingiustificato arricchimento da parte del creditore in ragione dell'operare della clausola suddetta.

La pronuncia in esame quindi, sulla scorta di riflessioni già proposte incidentalmente in precedenti arresti giurisprudenziali⁵⁷³, ha il merito di aver affrontato *expressis verbis* il tema del patto marciano ed il ruolo di tale pattuizione nell'ambito del rapporto tra il negozio traslativo in funzione di garanzia e l'operatività del divieto di patto commissorio.

Inequivocabilmente, infatti, è stata riconosciuta alla pattuizione marciana la funzione di rendere meccanismi negoziali di alienazione in funzione di garanzia compatibili con il divieto *ex art. 2744 c.c.*⁵⁷⁴.

Implicitamente, peraltro, la pronuncia esaminata eleva il patto marciano a generale cautela idonea a trovare applicazione con riguardo alla generalità dei negozi giuridici regolanti forme di auto-soddisfacimento del creditore su beni del proprio debitore, come il già citato diritto di vendita del bene oggetto di garanzia conferito al creditore con facoltà del medesimo di soddisfarsi sul ricavato dell'attività liquidatoria.

L'apporto teorico della pronuncia esaminata, a ben vedere, va oltre il tema del patto marciano e il complementare problema dell'estensione del divieto di patto commissorio.

Le argomentazioni della Corte in merito al patto marciano, infatti, muovono dal presupposto che lo schema del *sale and lease back* possa, in

⁵⁷³ Cfr. V. VITI, *Lease back, patto commissorio e clausola marciana*, cit., p. 2341 s.

⁵⁷⁴ Il passaggio è affrontato dagli Ermellini in questi termini, in Cass. 28 gennaio 2015, n. 1625, cit.: "...il patto marciano – 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, esclude l'illiceità della causa del negozio, la quale non sussiste pur in presenza di costituzione di garanzie che presuppongono un trasferimento di proprietà, qualora queste risultino integrate entro schemi negoziali che l'abuso escludono in radice, come nel caso del pegno irregolare, del riporto finanziario e appunto del cd. patto marciano", riprendendo sul punto le argomentazioni già sviluppate in Cass. 21 gennaio 2005, n. 1273.

determinate ipotesi, trovare applicazione in via ancillare allo scopo di garanzia⁵⁷⁵.

Seppur indirettamente, quindi, la pronuncia ammette che schemi negoziali atipici – o quantomeno solo socialmente tipici come nel caso in questione – possano essere impiegati in funzione di garanzia.

Il passaggio non trova sviluppo espresso nella parte motiva della sentenza, ma passa attraverso la constatazione che la concreta funzione di garanzia assunta da negozi giuridici traslativi atipici non implica *ex se* l'illiceità degli stessi⁵⁷⁶.

Volendo rendere esplicite le implicazioni sottese a tale ragionamento, occorre sottolineare come l'indagine inerente alla liceità di tali fattispecie non dovrebbe svolgersi in merito all'*an* del trasferimento della proprietà a scopo di garanzia, quanto piuttosto in relazione al *quomodo* della stessa.

È in questa seconda parte dell'indagine che viene in considerazione il divieto di patto commissorio quale norma materiale volta a scongiurare esiti pregiudizievoli per il debitore nell'ambito della realizzazione della garanzia reale. Ed è con preciso riferimento a tale profilo di indagine che assume rilevanza la figura della cautela marciana, quale congegno negoziale in grado di incidere l'assetto contrattuale realizzato in funzione di garanzia scongiurandone la sanzione di nullità per contrarietà al divieto di patto commissorio⁵⁷⁷.

⁵⁷⁵ Sul punto, attentamente V. VITI, *Lease back, patto commissorio e clausola marciana*, cit., p. 2341 s. la quale sottolinea che “è opportuno, dunque, prendere le mosse da quella che si ritiene essere la corretta individuazione della ratio che anima la disposizione contenuta nell'art. 2744 c.c. per ricavarne una esatta delimitazione dell'ambito operativo della norma, la quale non troverà applicazione indiscriminatamente in presenza di qualsiasi alienazione a scopo di garanzia, bensì solo con riferimento a quelle vendite che, sorrette da una siffatta causa, si pongano in contrasto con l'interesse generale da ritenersi tutelato attraverso il divieto in esame”.

⁵⁷⁶ M. NATALE, *Lease-back e strutture utili di patto marciano*, cit., p. 595 s.

⁵⁷⁷ L'orientamento affermato definitivamente con la pronuncia del 2015 può dirsi ampiamente consolidato anche nella giurisprudenza successiva, v. più recentemente Cass. 6 luglio 2017, n. 16646, in *Corr. giur.*, 2017, XII, p. 1502 s., con nota di V. VITI, *La liceità del sale and lease back alla luce del divieto di patto commissorio e della previsione di nuovi meccanismi marciiani*.

A sintesi delle riflessioni fin qui svolte, quindi, si può affermare che l'elaborazione giurisprudenziale in tema di patto commissorio, pur a seguito di un lungo e travagliato percorso interpretativo, è giunta ad una soluzione equilibrata in punto di applicazione della norma.

Da una parte infatti si propone, indiscussa, la qualificazione del divieto *ex art. 2744 c.c.* quale norma materiale, pertanto idonea a trovare applicazione anche al di fuori del limitato schema tipologico offerto dalla disposizione esaminata.

Dall'altra, tuttavia, si profila l'elaborazione di un criterio in forza del quale ricondurre a ragionevoli confini l'ambito di applicabilità del divieto, un criterio incentrato sulle concrete modalità di realizzazione degli interessi sottesi a negozi traslativi della proprietà in funzione di garanzia.

Il consolidamento dei descritti orientamenti giurisprudenziali è passato attraverso un approccio sistematico alla norma in esame.

Abbandonata l'iniziale interpretazione incentrata sulla qualificazione meramente strutturale della fattispecie commissoria, ad esiti decisamente più soddisfacenti si è pervenuti grazie ad un'esegesi funzionale della norma, caratterizzata dall'intento di individuare la ragione giustificatrice del divieto di patto commissorio nel nostro ordinamento giuridico.

La sintesi del descritto equilibrio interpretativo è riassumibile nella figura del patto marciano, espressamente riconosciuto e valorizzato dalla giurisprudenza quale fattispecie disciplinante un'alienazione a scopo di garanzia lecita.

Un patto marciano, o meglio, una cautela marciana di diritto comune, frutto di un lavoro giurisprudenziale che ha saputo riconoscere gli interessi sottesi al divieto di patto commissorio e conciliarli con le istanze provenienti dalla prassi commerciale giungendo in tal modo a delineare i confini di un'area entro la quale l'autonomia privata possa sviluppare tecniche di garanzia reale del credito al di fuori degli schemi tipici.

2. Natura e funzione del patto commissorio e del patto marciano: il dibattito dottrinale.

2.1. Premessa.

Le riflessioni svolte in ordine al divieto di patto commissorio, soprattutto nell'ambito del dibattito giurisprudenziale sviluppatosi lungo tutto il secolo scorso, si sono in larga parte incentrate sull'individuazione della *ratio* giustificatrice del divieto al fine di delinearne il campo di applicazione⁵⁷⁸; tale approccio interpretativo è risultato determinante per l'articolazione del divieto in termini di principio generale dell'ordinamento giuridico nonché per la sua qualificazione in termini di norma materiale, mirante ad impedire un determinato risultato giuridico pregiudizievole per il debitore nella fase di realizzazione della garanzia.

In dottrina, tuttavia, fin dalla vigenza del codice ottocentesco⁵⁷⁹, sono state proposte ricostruzioni miranti a definire la natura giuridica e la funzione della fattispecie commissoria al fine di individuare quale fosse il ruolo di tale negozio giuridico nell'ambito della generale disciplina delle tecniche di garanzia reale del credito e in relazione ai principi governanti la responsabilità patrimoniale del debitore, seguendo perciò un approccio meno legato alla formulazione normativa del divieto e maggiormente sensibile alla valutazione del contenuto e degli effetti della pattuizione commissoria.

La riemersione del problema del patto commissorio, oggetto di rinnovata attenzione della giurisprudenza negli anni '80 e culminata con l'interpretazione forzatamente estensiva del divieto a seguito delle Sezioni Unite del 1989⁵⁸⁰, ha condotto parte della dottrina⁵⁸¹ a rimeditare l'approccio

⁵⁷⁸ Uno dei contributi più ricchi ed approfonditi basato su tale approccio metodologico si deve ad A. LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, cit., p. 219 s.

⁵⁷⁹ V. *infra* par. 2.2.

⁵⁸⁰ V. *supra* par. 1.3.

⁵⁸¹ Questa riflessione si pone alla base del lavoro di F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 25 s.

metodologico all'interpretazione della norma, riconoscendo la necessità di valorizzare l'analisi sostanziale della fattispecie commissoria in modo da offrirne una qualificazione in punto di struttura, ma soprattutto di funzione. Ciò, al fine di cogliere quale sia l'operatività della pattuizione commissoria nell'assetto di interessi regolato dal rapporto di garanzia e, in particolare, quali siano i profili di tale negozio giuridico che concretamente risultano lesivi non solo della posizione giuridica del debitore ma anche, eventualmente, di altri principi generali dell'ordinamento che possono venire in considerazione nel campo della garanzia reale del credito e delle tecniche di soddisfacimento del creditore.

Come attentamente osservato⁵⁸², l'indagine riguardante la natura e la funzione della pattuizione commissoria da un punto di vista contenutistico e sostanziale costituisce l'antecedente logico, prima che giuridico, del procedimento ermeneutico che invece inerisce le ragioni fondanti il divieto di tale pattuizione.

I risultati teorici cui si addiende all'esito di tale preliminare valutazione consentono di sviluppare con maggiore oculatezza il successivo passaggio interpretativo, incentrato invece sull'identificazione delle ragioni che sottendono la codificazione del divieto di patto commissorio nell'ambito dei principi che governano la disciplina della responsabilità patrimoniale del debitore.

L'indagine inerente ai profili sostanziali della fattispecie commissoria, inoltre, risulta essenziale per la qualificazione giuridica della complementare pattuizione marciaria⁵⁸³.

Anticipando di poco riflessioni che successivamente troveranno maggiore approfondimento, infatti, può fin d'ora sottolinearsi che il patto marciario concretizza un negozio traslativo della proprietà sul bene oggetto di garanzia che si discosta dalla fattispecie commissoria non riguardo alla

⁵⁸² N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciario*, cit., p. 55.

⁵⁸³ Di recente sul punto v. A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciario e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *R. d. civ.*, 2017, I, p. 10 s.

struttura, quanto piuttosto alle concrete modalità di realizzazione dell'effetto traslativo a favore del creditore all'occorrere dell'inadempimento dell'obbligazione garantita⁵⁸⁴.

È evidente pertanto che l'opera di qualificazione giuridica del patto marciano segua di pari passo le considerazioni che si svolgeranno in relazione al patto commissorio⁵⁸⁵: tali riflessioni consentiranno di isolare i tratti caratteristici della clausola marciana e verificare come gli stessi permettano alla fattispecie traslativa in esame di sottrarsi alle fauci del divieto di patto commissorio.

Da ultimo, la disamina della fattispecie commissoria e di quella marciana in punto di struttura e funzione consentirà di delineare con maggiore precisione quale sia la collocazione dogmatica dell'alienazione in funzione di garanzia nell'ambito del dibattito inerente al divieto di patto commissorio. Questo profilo di indagine, infatti, colpevolmente trascurato dalle argomentazioni della giurisprudenza in tema di patto commissorio⁵⁸⁶, ha conosciuto in dottrina vari e articolati momenti di approfondimento⁵⁸⁷.

2.2. *La natura giuridica del patto commissorio: l'accostamento ad istituti tipici.*

Nella dottrina più risalente era invalsa la tesi che attribuiva al patto commissorio la natura di vera e propria compravendita condizionata sospensivamente all'adempimento dell'obbligazione garantita⁵⁸⁸.

⁵⁸⁴ Sul punto v. *infra* par. 2.2.

⁵⁸⁵ N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 22, spec. 55 s.

⁵⁸⁶ Sottolineano la carenza di un'analisi giurisprudenziale autonoma inerente all'ammissibilità e alla disciplina della figura dell'alienazione in funzione di garanzia F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 25 s.; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 97.

⁵⁸⁷ V. *infra* par. 2.3.

⁵⁸⁸ M. MARTORANA, *Del patto commissorio nel mutuo ipotecario*, in *La Corte di cassazione*, 1925, p. 1310 s.; A. BUTERA, *Il patto commissorio nel mutuo ipotecario*, cit., p.

Si riteneva infatti che mediante la stipulazione del patto commissorio il debitore vendesse al proprio creditore il bene oggetto di garanzia reale tipica a fronte del pagamento di un prezzo corrispondente all'ammontare del debito garantito⁵⁸⁹.

In tale ottica, pertanto, il contratto tipico di compravendita avrebbe dovuto prestarsi alla regolazione del rapporto di garanzia di modo che la prestazione consistente nel pagamento del prezzo da parte del creditore⁵⁹⁰ – che in questa dinamica avrebbe assunto il ruolo di parte acquirente – in realtà si sarebbe tradotta nel vantaggio per il debitore consistente nell'estinzione del debito restitutorio garantito, a fronte del trasferimento al creditore della proprietà del bene oggetto di garanzia.

All'occorrere dell'inadempimento dell'obbligazione garantita, in definitiva, il regolamento di interessi tra le parti si sarebbe risolto nell'estinzione dell'obbligazione garantita mediante il trasferimento del bene, ovvero a tutto voler concedere, nella compensazione tra il credito restitutorio del finanziamento garantito e quello di pagamento del prezzo della compravendita commissoria⁵⁹¹.

Tale ricostruzione, evidentemente, non poteva sottrarsi a critiche tanto decisive quanto condivisibili poiché conduceva ad un irragionevole snaturamento del modello causale della vendita, che in tal modo veniva impropriamente sfruttato per disciplinare un fenomeno negoziale nella sostanza risolvendosi in un meccanismo di *datio in solutum*⁵⁹².

Ulteriori riflessioni in merito alla qualificazione giuridica della fattispecie commissoria hanno preso in considerazione l'accostamento della medesima

499 s.; V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, cit., p. 22.; G. MIRABELLI, *Il diritto dei terzi secondo il codice civile italiano*, I, Torino, 1889, p. 595 s.

⁵⁸⁹ Critico su questo punto V. ANDRIOLI, in *Comm. Scialoja – Branca*, sub. art. 2744, cit., p. 52 s.

⁵⁹⁰ Sottolinea questo profilo C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 106.

⁵⁹¹ V. N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 56.

⁵⁹² C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 107, il quale attentamente sottolinea che “non appare, così, sostenibile che la figura della compravendita sia idonea ad esprimere la funzione di (eventuale) soddisfacimento del rapporto obbligatorio che deve indubbiamente riconoscersi al patto commissorio”.

alla figura dell'obbligazione alternativa o facoltativa⁵⁹³, ovvero della clausola penale⁵⁹⁴.

Quest'ultima, in particolare, presenta un'inegabile affinità sotto il profilo strutturale con il patto commissorio, ove si ponga mente al fatto che il dettato dell'art. 1382 c.c. fa riferimento ad una generica prestazione a carico della parte inadempiente che, sul piano teorico, potrebbe consistere nel trasferimento della proprietà su un bene individuato⁵⁹⁵ a favore della parte fedele al regolamento contrattuale.

⁵⁹³ C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 108 s., l'Autore peraltro prende in considerazione tale soluzione interpretativa solo a livello ipotetico, negandone successivamente la legittimità, allo stesso modo V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, cit., p. 97, nt. 44.

Recentemente, con riguardo ai nuovi meccanismi marciari introdotti dal legislatore italiano, riflette sull'accostamento tra patto commissorio e patto marciano e obbligazione alternativa, ovvero *in facultate solutionis* G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, in G. D'AMICO–S. PAGLIANTINI–F. PIRAINO–T. RUMI, *I nuovi marciari*, Torino, 2017, p. 24, giungendo tuttavia a riconoscere le diversità strutturali tra le citate figure.

⁵⁹⁴ C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 110 s.; A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., p. 345 s.; A. LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, cit., p. 236 s.

Per un'analisi del rapporto tra il patto commissorio e la diversa fattispecie della caparra confirmatoria v. C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 232 s.; A. LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, cit., p. 236 s.; A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., p. 351, il quale nega la possibilità che alla caparra possa essere attribuita funzione di garanzia; diversamente F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 283 s.

⁵⁹⁵ Sull'ammissibilità della penale avente ad oggetto il trasferimento di un diritto, v. per tutti A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, p. 218 s., conformi a questa posizione in relazione al rapporto tra clausola penale e patto commissorio A. LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, cit., p. 236 s.; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 56; parte della dottrina, storicamente, si è espressa contro tale soluzione proprio sulla base del rilievo che laddove la clausola penale avesse ad oggetto il trasferimento di un diritto ricadrebbe nella fattispecie commissoria, v. A. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984, p. 130 s., V. M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954, p. 93 e 130 s.; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, V, Milano, 2012, p. 275 s.

Altra parte della dottrina ha sostenuto l'inammissibilità di una clausola penale che abbia ad oggetto il trasferimento di un diritto in ragione dell'impossibilità di operare una riduzione della stessa ex art. 1384 c.c., v. A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., p. 350; F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 283 s.; ipotesi alternative di riducibilità della clausola penale anche in questa ipotesi sono state sostenute da A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., p. 274 s. che ha ipotizzato la costituzione di una comunione tra creditore e debitore sul bene oggetto di penale; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 60 s. propone invece la possibilità di un riequilibrio economico fondato su un'obbligazione restitutoria a carico del creditore.

Tale possibile declinazione della clausola penale, allora, risulterebbe avvicinarsi sensibilmente al modello del trasferimento commissorio⁵⁹⁶.

Se a livello di struttura le diversità tra le due fattispecie sembrano assottigliarsi, è sul piano funzionale che si riscontrano fondamentali incompatibilità tra le medesime.

Pare infatti condivisibile l'osservazione⁵⁹⁷ per cui la clausola penale, pur potendo astrattamente assolvere a finalità concrete variabili nell'ambito dell'assetto contrattuale, presenta una funzione che oscilla tra la predeterminazione pattizia del danno da inadempimento, e l'articolazione di uno strumento punitivo dell'inadempimento medesimo⁵⁹⁸.

In ciò occorre individuare la tendenziale divergenza della clausola penale da quella commissoria, il cui ambito di operatività, invece, è essenzialmente riservato al regolamento di interessi sotteso ad un rapporto di garanzia⁵⁹⁹, nell'ottica di soddisfacimento del creditore.

⁵⁹⁶ A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., p. 350; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 56.

⁵⁹⁷ N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 56, il quale peraltro correttamente riconosce che, stante la variabilità degli interessi sottesi alla negoziazione della clausola penale, in determinate ipotesi la funzione della stessa possa accomunarsi a quella del patto commissorio. Paradigmatico in questo senso è il caso in cui ad oggetto della clausola penale sia dedotto il trasferimento di un diritto e non il pagamento di una somma di denaro, fattispecie peraltro – come già osservato – non pacificamente ammessa in dottrina, sul punto v. anche A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., p. 345 s.

⁵⁹⁸ Per una ricognizione generale della funzione della clausola penale nel nostro ordinamento alla luce delle recenti pronunce giurisprudenziali, v. F. P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015.

⁵⁹⁹ A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., p. 350, sottolinea come la funzione della clausola penale può eventualmente dirsi di garanzia solamente in senso lato e improprio quale *maggiore interesse del debitore ad evitare l'inadempimento*; critico sull'identificazione tra la clausola penale e il patto commissorio pure A. LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, cit. p. 219 s.; di recente, in senso opposto e riflettendo sui nuovi istituti a tutela del credito introdotti dal legislatore, riafferma l'assimilazione del patto commissorio – e quindi anche del patto marciano – alla clausola penale D. RUSSO, *Oltre il patto marciano*, Napoli, 2017, p. 115 s.

2.3. *L'indagine incentrata sulla funzione del patto commissorio e del patto marciano.*

2.3.1. *Il patto commissorio come alienazione in funzione di garanzia.*

Particolarmente acceso è il dibattito sviluppatosi con riguardo alla qualificazione della fattispecie commissoria sotto il profilo della funzione.

Secondo l'opinione dottrinale tradizionale⁶⁰⁰, infatti, il patto commissorio integrerebbe la figura dell'alienazione della proprietà in funzione di garanzia, e ciò sia che si tratti di un patto commissorio accessorio ad una garanzia reale tipica, sia che si faccia riferimento al già menzionato patto commissorio autonomo, ovvero a quel modello di negozio giuridico tipico o atipico, svincolato dalla garanzia reale, che disciplina il trasferimento della proprietà di un bene del debitore all'occorrere dell'inadempimento dell'obbligazione garantita.

Il negozio commissorio, secondo questa tesi, risulterebbe del tutto idoneo a svolgere la funzione normativamente attribuita alle garanzie reali tipiche⁶⁰¹ poiché determinerebbe un rafforzamento della posizione creditoria sia, come è evidente, con riguardo al patrimonio del debitore, mediante l'acquisizione diretta ed esclusiva della proprietà sul bene oggetto di garanzia in caso di inadempimento, sia con riguardo ai creditori concorrenti ai quali, in base

⁶⁰⁰ Su tutti C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 114 s.; nello stesso senso E. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit. p. 557 s.; U. CARNEVALI, voce *Patto commissorio*, cit., p. 501 s.; A. LUMINOSO, in *Comm. Schlesinger*, sub *artt. 1500-1509*, cit., p. 230 s.; M. IACUANIELLO BRUGGI, voce *Patto commissorio*, cit., p. 5 s.; V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, cit., p. 1436; G. F. MINNITI, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *R. d. comm.*, 1997, p. 29 s.; più recentemente sono state proposte tesi che riconoscono al patto commissorio la natura di alienazione a scopo di garanzia, ma propendendo per l'ammissibilità di dette operazioni a determinate condizioni, v. M. BUSSANI, *Patto commissorio, proprietà e mercato*, cit. p. 119 s.; ID., *Il modello italiano delle garanzie reali*, in *Contratto e impr.*, 1997, p. 163, s.; F. FIORENTINI, *Garanzie reali atipiche*, in *R. d. civ.*, 2000, II, p. 253 s.; A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., 128 s. e 193 s.

⁶⁰¹ C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 114 s.; sottolinea tale profilo più recentemente A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., p. 193 s.

all'operare della clausola, verrebbe preclusa ogni possibilità di aggressione concorsuale sul bene.

Il patto commissorio, pertanto, quale alienazione in funzione di garanzia, in caso di accessoria alla garanzia reale tipica si sovrapporrebbe alla medesima offrendo al creditore una tutela molto più incisiva in caso di inadempimento dell'obbligazione garantita in quanto fondata sul trasferimento a quest'ultimo della piena proprietà⁶⁰².

Diversamente, nell'ipotesi di patto commissorio autonomo, le parti sfrutterebbero il negozio traslativo al fine di surrogare la garanzia reale tipica, ed anche in questo caso il creditore risulterebbe tutelato in ragione dell'operare del meccanismo traslativo automatico all'occorrere dell'inadempimento del debitore.

A corollario della descritta argomentazione, quindi, la tesi in esame giunge a qualificare il patto commissorio autonomo come modello generale di alienazione in funzione di garanzia⁶⁰³.

Tale affermata identificazione dei due modelli negoziali, almeno da parte della dottrina che originariamente ha sviluppato la tesi in esame, muove dal giudizio di disvalore verso la categoria dei negozi traslativi a scopo di garanzia, i quali pertanto, in forza dell'interpretazione estensiva del divieto e della sua applicazione anche al di fuori della fattispecie accessoria alla garanzia reale tipica, dovrebbero ritenersi illeciti *tout court*⁶⁰⁴.

⁶⁰² Precisamente sul punto A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., p. 205 s.

⁶⁰³ Ancora per tutti C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 114 s.

⁶⁰⁴ V. in particolare C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 105 s.; più recentemente G. F. MINNITI, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, cit., p. 56; diversamente, pur condividendo la qualificazione giuridica del patto commissorio in termini di alienazione in funzione di garanzia, giungono a diverse conclusioni riguardo all'ammissibilità in astratto di tale categoria di negozio giuridico A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., p. 128 s.; M. COSTANZA, *Sulle alienazioni in garanzia e il divieto del patto commissorio*, cit., p. 1824 s.; M. BUSSANI, *Patto commissorio, proprietà e mercato*, cit. p. 119 s.; F. FIORENTINI, *Garanzie reali atipiche*, cit., p. 253 s.; G. D'AMICO, *Alienazioni a scopo di garanzia*, in G. GITTI - M. NOTARI - M. MAUGERI (a cura di) *I contratti per l'impresa*, Bologna, 2013, p. 585 s.; E. LASCIALFARI, voce *Alienazioni a scopo di garanzia*, cit., p. 14 s.; ID., *Alienazioni a scopo di garanzia*, in V. CUFFARO (a cura di), *Le garanzie rafforzate del credito*, cit., p. 155 s.

Diversa sorte, toccherebbe invece al patto marciano, il quale, pur condividendo la natura e la funzione della pattuizione commissoria, si distanzierrebbe in modo decisivo da quest'ultima in ragione della sua articolazione concreta.

Secondo autorevole dottrina⁶⁰⁵, infatti, la liceità del patto marciano non dovrebbe affermarsi sul piano degli effetti della fattispecie, ma su quello del regolamento negoziale.

L'obbligo di stima del bene oggetto di garanzia a seguito dell'inadempimento e il corrispondente obbligo in capo al creditore di restituire l'eventuale eccedenza rispetto al valore del debito inadempito renderebbe la pattuizione marciana essenzialmente finalizzata a far conseguire al creditore un valore patrimoniale esattamente proporzionato a

⁶⁰⁵ C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 220, analizzando il rapporto tra patto marciano e divieto del patto commissorio, osserva che “*in effetti, il problema della liceità del patto marciano non è problema di valutazione dei risultati che possono essere concretamente conseguiti, ma è problema di valutazione del suo tipico contenuto, come patto di attribuzione di un bene del debitore, ad eventuale estinzione del credito inadempito, secondo il valore effettivo del bene stesso. Nei termini di questo contenuto è quindi fissata la proporzione tra valore del bene e obbligazione da estinguere, e la questione deve essere allora precisata in questo senso, se la illiceità colpisca un patto di appropriazione del bene del debitore da parte del creditore eventualmente insoddisfatto, anche quando il necessario rapporto tra i valori del bene e del credito sia assunto come contenuto del patto, cioè come fine giuridico immediato del patto stesso*”.

La tesi, peraltro, sembra peccare di coerenza nel momento in cui, dopo aver qualificato il patto commissorio quale *species* del *genus* alienazione in funzione di garanzia, da ritenersi di per sé inammissibile, giunge a riconoscere la liceità dell'alienazione caratterizzata dal patto marciano facendo esclusivo riferimento agli effetti della pattuizione medesima, ed omettendo – tuttavia – che, sulla base della ricostruzione proposta, pure il patto marciano dovrebbe senza dubbio assumere la natura di alienazione in funzione di garanzia, sul punto, efficacemente, v. F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 436, il quale sottolinea che “*anche chi ammette la validità delle alienazioni in garanzia, purché assistite da una convenzione marciana, non sempre pone in luce un dato di fondo, e cioè che in quelle fattispecie alla base del negozio traslativo della proprietà si pone comunque la causa di garanzia*”.

Altra parte della dottrina, invece, proprio riconoscendo nel patto marciano una fattispecie di alienazione in funzione di garanzia, ne nega la liceità a prescindere dal contenuto, sostenendo che in ogni caso la causa di garanzia non è idonea a giustificare l'effetto traslativo v. A. MORACE PINELLI, *Trasferimento a scopo di garanzia da parte del terzo e divieto del patto commissorio*, in *G. It.*, 1994, I, p. 63 s.; G. F. MINNITI, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, cit., p. 29 s.; V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, cit., p. 1436 s.

quello del suo credito, alla stregua di quanto viene previsto in seno alla procedura di espropriazione forzata.

2.3.2. Il patto commissorio e il patto marciano come alienazioni con funzione solutoria.

Secondo un'altra linea interpretativa – proposta per la prima volta in studi risalenti⁶⁰⁶ e più di recente rivisitata e sviluppata in dottrina⁶⁰⁷ – al patto commissorio deve attribuirsi funzione essenzialmente ed esclusivamente satisfattiva.

Il fondamentale presupposto dal quale prende le mosse la ricostruzione in esame consiste nella netta distinzione⁶⁰⁸ tra la funzione di garanzia e quella di soddisfacimento nell'ambito dell'analisi delle fattispecie in cui il patto commissorio dispiega i propri effetti, e pertanto sia nelle ipotesi in cui la pattuizione in esame risulti accessoria alla garanzia tipica – come disciplinata dagli articoli 2744 e 1963 c.c. – sia in quelle in cui venga in considerazione un'alienazione in funzione di garanzia.

In entrambe le situazioni prospettate, quindi, il patto commissorio dovrebbe qualificarsi in termini di clausola accessoria ed eventuale al rapporto di garanzia reale, mirante ad assolvere una funzione di

⁶⁰⁶ L. RAAPE, *Die Verfallklausel bei Pfand und Sicherungsübertragung*, Berlin, 1913, p. 16 s.

⁶⁰⁷ F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 458 s., il quale sottolinea come “*se, al contrario, si scinde tale preteso legame tra intento di garanzia e convenzione commissoria (connessione che è estranea alla legge e soprattutto al concetto di garanzia) e si riconosce, da un lato, l'ammissibilità di un negozio traslativo con funzione di garanzia come schema negoziale autonomo, e dall'altro l'indipendenza dell'effetto di garanzia dalla convenzione commissoria, inerendo quest'ultima disciplina all'attuazione, in via di autotutela, del credito, il patto commissorio può essere correttamente inteso come pattuizione eventuale ed accessoria, che non è deducibile immediatamente dallo scopo di sicurezza del credito perseguito dalle parti con la stipulazione del contratto traslativo e che non è comunque coesistente all'intento di garanzia*”; nello stesso senso N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 117 s.

⁶⁰⁸ Sul punto si vedano le considerazioni di N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 109 s.

soddisfacimento del creditore sul bene oggetto di garanzia mediante il trasferimento della proprietà del medesimo in caso di inadempimento dell'obbligazione garantita⁶⁰⁹.

Tale ultima ipotesi ricostruttiva risulta certamente preferibile quanto ai presupposti fondanti e, del pari, deve esserle riconosciuto il merito di aver indirizzato l'interpretazione della fattispecie commissoria verso l'orizzonte della tutela satisfattiva del creditore⁶¹⁰, ancorché – come si vedrà⁶¹¹ – i definitivi risultati dell'indagine prestino il fianco a critiche in punto di qualificazione giuridica del fenomeno negoziale in esame.

In merito alle premesse, pare infatti condivisibile l'opinione di quegli autori⁶¹² che nell'analisi del generale fenomeno della garanzia del credito, pur riconoscendo un'evidente contiguità sostanziale tra il rapporto di garanzia e il profilo dei meccanismi di soddisfacimento del creditore, affermano la necessità di attribuire agli stessi autonomia logica ed ontologica.

Il rapporto che origina dalla costituzione di una garanzia di tipo reale, infatti, concretizza un mezzo giuridico mediante il quale il creditore si assicura la possibilità di soddisfare il proprio interesse in via preferenziale su determinati beni del debitore in caso di inadempimento dell'obbligazione garantita.

È di tutta evidenza che l'aggressione del patrimonio del debitore e – nel caso di garanzie reali – dello specifico bene oggetto di garanzia, sia l'elemento che concretizza il regime di tutela assicurato al creditore dal rapporto di garanzia.

⁶⁰⁹ F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 429 s.

⁶¹⁰ Sottolinea l'importanza di questo mutamento di prospettiva nell'interpretazione della fattispecie A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, cit., p. 10 s.

⁶¹¹ V. *infra*, Par. 2.3.3.

⁶¹² Su tutti L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971, p. 178 s.; con specifico riguardo alla fattispecie commissoria v. F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 408., spec. p. 432, nt. 225 e p. 442; *contra* ritenendo che la funzione di garanzia in senso tecnico sia connotata strutturalmente anche dal profilo satisfattivo A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., p. 67 s.

Tra i due profili esaminati, pertanto, sussiste una stretta relazione funzionale. Tale relazione, tuttavia, non pare doversi risolvere nell'inclusione della dinamica satisfattiva nella disciplina del rapporto di garanzia e pertanto tale dinamica non sembra poter trovare qualificazione quale elemento coesistente del rapporto di garanzia⁶¹³.

A suffragio di tale posizione occorre infatti considerare che il meccanismo di aggressione diretta e preferenziale dei beni oggetto di garanzia caratterizza esclusivamente le ipotesi di realizzazione della garanzia reale, non trovando spazio nei termini descritti per esempio con riguardo all'altra categoria di rapporti di garanzia, ovvero quelli di natura personale⁶¹⁴.

Inoltre, come attentamente osservato, i meccanismi satisfattivi a disposizione del creditore, siano essi di natura legale come l'espropriazione forzata, ovvero negoziale come la *datio in solutum*⁶¹⁵ o la *cessio bonorum*⁶¹⁶, hanno ragione di operare anche a prescindere dalla presenza di qualsivoglia rapporto di garanzia reale, appunto in ragione della propria autonomia sotto il profilo funzionale⁶¹⁷.

⁶¹³ V. N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 109 s.

⁶¹⁴ Attentamente sul punto N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 109 s.

⁶¹⁵ Sulla figura della *datio in solutum* quale istituto avente funzione satisfattiva dell'interesse del creditore, v. A. DIMAJO, in *Comm. Scialoja – Branca*, sub artt. 1177-1200, Bologna-Roma, 1994, p. 337 s.; S. RODOTÀ, voce *Dazione in pagamento*, in *Enc. dir.*, Milano, XI, 1962, p. 734 s.; M. ALLARA, *Prestazione in luogo dell'adempimento*, Palermo, 1927, p. 220 s.; A. CANDIAN, voce *Prestazione in luogo dell'adempimento*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, p. 258 s.; G. SICCHIERO, *La prestazione in luogo dell'adempimento*, in *Contratto e impr.*, 2002, III, p. 1380 s.

⁶¹⁶ Sul tema della cessione di beni ai creditori cfr. G. IUDICA, voce *Cessione di beni ai creditori*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 279 s.; S. SOTGIA, *La cessione dei beni ai creditori*, in *Tratt. Vassalli*, IX, 3, Torino, 1954; ID., *La cessione dei beni ai creditori*, Torino, 1954; M. GHIDINI, *La cessione dei beni ai creditori*, Milano, 1956; A. CASTANA, voce *Cessione dei beni ai creditori*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988; F. SALVI, *Cessione di beni ai creditori*, in *Comm. Scialoja – Branca*, sub artt. 1960 – 1991, Bologna-Roma, 1974, p. 286 s.; R. MICCIO, voce *Cessione dei beni ai creditori*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 834 s.; F. VASSALLI, *La cessione dei beni ai creditori*, in *Tratt. Rescigno*, V, Torino, 1985, p. 395 s.

⁶¹⁷ N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 109 s.

Ne deriva che la funzione satisfattiva costituisce un elemento strettamente connesso alla funzione di garanzia, ma – come detto – ontologicamente distinto da quest’ultima.

Chiarite queste premesse – come già anticipato – pare corretto inquadrare il patto commissorio in termini di negozio giuridico che disciplina *ex ante*, sul piano negoziale, la fase di soddisfacimento del creditore in caso di inadempimento dell’obbligazione garantita per mezzo del trasferimento della proprietà del bene in garanzia⁶¹⁸.

Questo profilo risulta agevolmente riscontrabile con riguardo all’ipotesi di patto commissorio accessorio ad una garanzia reale tipica⁶¹⁹. In tale fattispecie, infatti, la funzione di garanzia è rimessa alla costituzione del pegno o dell’ipoteca e il regime di tutela del creditore si risolve nella disciplina di questi istituti giuridici⁶²⁰.

In un momento logicamente e cronologicamente successivo opera invece il patto commissorio, laddove l’obbligazione garantita non trovi corretto adempimento da parte del debitore.

In quel momento l’assetto negoziale commissorio interviene sul rapporto di garanzia precludendo l’operare delle ordinarie regole di responsabilità patrimoniale, in forza delle quali il creditore potrebbe procedere all’aggressione del patrimonio del debitore ottenendo una soddisfazione privilegiata sui beni oggetto di garanzia, e consente al creditore di ottenere

⁶¹⁸ F. ANELLI, *L’alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 303 s.; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 117 s.; v. anche E. GIACOBBE, *Patto commissorio, alienazioni in garanzia, vendita con patto di riscatto e frode alla legge*, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 2531 s.; *contra* C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 136 s.

⁶¹⁹ L’articolazione del patto commissorio in termini di elemento negoziale accessorio ed esterno alla garanzia reale trova riscontro nella qualificazione della fattispecie resa fin dalle origini della stessa e risalenti al diritto romano, ove la *lex commisorio* ha trovato applicazione prima in relazione alla *fiducia cum creditore*, e successivamente con riguardo al *pignus*; in entrambe le fattispecie, tuttavia, tale negozio giuridico non integrava la struttura della garanzia reale, tanto che, ancora prima dell’introduzione della sua proibizione nel 324 d.C., la clausola venne sostituita nella prassi dall’impiego dello *ius vendendi*, cfr. *supra*, Cap. I, Par. 2.

⁶²⁰ Per la diversa ricostruzione secondo cui il patto commissorio pur producendo i propri effetti nell’ambito della soddisfazione del creditore, mantiene la funzione di garanzia v. A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., p. 128 s.

direttamente ed automaticamente la piena proprietà del bene oggetto di garanzia⁶²¹.

La medesima dinamica può riscontrarsi, secondo la tesi in esame, con riguardo al caso di alienazioni in funzione di garanzia⁶²².

In siffatte ipotesi, infatti, la funzione di garanzia è realizzata mediante il trasferimento della proprietà al creditore in via provvisoria ed instabile⁶²³, principalmente mediante lo sfruttamento del negozio condizionato, o di congegni contrattuali idonei a produrre un ordine di effetti ad esso assimilabile⁶²⁴.

La funzione di garanzia, intesa a rafforzare la posizione del creditore, si risolve nel trasferimento della proprietà di un bene del debitore, il quale tuttavia risulta titolare dell'aspettativa al riacquisto della medesima in ragione del fisiologico svolgimento dell'obbligazione garantita.

L'assetto delle reciproche situazioni giuridiche integranti il rapporto di garanzia viene così inciso dal patto commissorio in forza del quale, in caso di inadempimento, la titolarità instabile e provvisoria del creditore sul bene

⁶²¹ N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 117 s.

⁶²² Stante la diversità soprattutto sotto il profilo funzionale tra l'alienazione in funzione di garanzia e il patto commissorio vietato, pare necessario interrogarsi sull'ammissibilità della prima figura quale strumento utile a realizzare la funzione di garanzia al fianco delle figure di tipiche di garanzia reale. Il tema ha assunto rinnovata importanza alla luce delle nuove fattispecie introdotte dal legislatore italiano, ma soprattutto sul piano comparato e del diritto privato europeo, come osservato *supra*, Cap. II. Sul tema dell'ammissibilità teorica dell'alienazione in funzione di garanzia, anche in relazione ai tradizionali argomenti adottati dalla dottrina avverso la figura, v. F. MACARIO, *Il divieto del patto commissorio e la cessione dei crediti in garanzia*, in *Tratt. Lipari-Rescigno*, IV, 2009, p. 204 s.; ID., *Circolazione e cessione dei diritti in funzione di garanzia*, in *Studi in onore di G. Cian*, 2010, t. II, p. 1517-1562; G. D'AMICO, *Alienazioni a scopo di garanzia*, cit., p. 585 s.

⁶²³ F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 327, sottolinea come "osservata nel quadro dell'operazione programmata dalle parti, la proprietà in garanzia si attegge come titolarità del diritto intrinsecamente instabile, esposta all'eventualità di una successiva rimozione dell'acquisto appunto in forza della causa-funzione del negozio traslativo originario, la quale implica la cessazione del fondamento giustificativo del trasferimento in caso di estinzione dell'obbligazione garantita. (...) La funzionalizzazione della proprietà dell'acquirente allo scopo di garanzia si risolve dunque ultimamente nella previsione di un'eventuale futura retrocessione del bene all'alienante, nel caso di adempimento dell'obbligazione garantita, sicché i vincoli ai poteri del proprietario costituiscono mere conseguenze della predisposizione di un tale fenomeno traslativo, strumentali alla protezione dell'aspettativa di riacquisto dell'alienante"

⁶²⁴ N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 109 s.

oggetto del negozio, diviene piena e definitiva realizzando l'interesse di quest'ultimo a trovare soddisfazione sul bene oggetto di garanzia.

Ne deriva innanzitutto la necessità di disconoscere la relazione di identità – affermata invece dalla contrapposta tesi dottrinale⁶²⁵ – tra l'alienazione in funzione di garanzia e il patto commissorio autonomo⁶²⁶.

Diversamente, l'alienazione in funzione di garanzia individua una categoria di negozi giuridici poliformi che assolvono autonomamente ed esclusivamente la funzione di garanzia. A tali negozi giuridici, tanto quanto

⁶²⁵ V. *supra*, Par. 3.1., giova peraltro precisare che la qualificazione del patto commissorio in termini di alienazione in funzione di garanzia non merita di essere accolta a prescindere dal risultato cui si addivenga in termini di ammissibilità astratta di tale ultima figura secondo determinate condizioni: in altri termini, il patto commissorio illecito tanto quanto il patto marciano lecito non possono qualificarsi, secondo la tesi che qui si propone, in termini di alienazione in funzione di garanzia.

⁶²⁶ La principale critica mossa alla tesi esposta, con particolare riferimento al ruolo del patto commissorio autonomo in relazione all'alienazione in funzione di garanzia è stata mossa da C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 136 s., l'Autore sostiene che la tesi che attribuisce al patto commissorio funzione esclusivamente solutoria con un ruolo autonomo anche nell'ipotesi di garanzia reale atipica “*diventerebbe clausola di quella alienazione che caratterizza proprio il patto commissorio*”, si proporrebbe cioè come clausola di un'alienazione che a sua volta dovrebbe qualificarsi in termini di patto commissorio. Pur dovendosi riconoscere la criticità del passaggio sottolineato dall'Autore, la critica non pare insuperabile. Ed invero come sostenuto da F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 441 s., la tesi in esame, disconoscendo il carattere esclusivamente satisfattivo della clausola commissoria, non giunge per altro verso a dimostrare come nella stessa possa esprimersi la funzione di garanzia. Riprendendo la premessa fondamentale in forza della quale deve distinguersi tra funzione di garanzia e funzione meramente satisfattiva, l'Autore sottolinea come nell'alienazione sospensivamente condizionata – ritenuta modello dell'alienazione a scopo di garanzia – la funzione di sicurezza del creditore, e quindi la garanzia in senso tecnico, si risolve nel meccanismo condizionale, idoneo a creare una situazione di titolarità instabile del diritto opponibile *erga omnes*, esattamente corrispondente a quella che si origina dalla costituzione di una garanzia reale tipica. Se in quest'ultima ipotesi, tuttavia, anche strutturalmente il patto commissorio si propone quale clausola distinta rispetto alla garanzia reale, nell'alienazione condizionale, il patto commissorio non assume autonoma fisionomia, ma incide sull'assetto di interessi tra le parti all'occorrere dell'inadempimento: in tale momento il creditore che è già titolare del diritto di proprietà, lo acquista definitivamente e il patto commissorio incide sulla vicenda traslativa esonerando il creditore dall'obbligo di rendere conto al debitore del valore del bene che acquista in proprietà, riproponendosi in questo senso lo schema della *fiducia cum creditore* di matrice romanistica, sul punto si vedano le considerazioni svolte *supra* cap. 1, par. 1.1.2., in particolare con riferimento alla ricostruzione proposta da A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, cit., p. 11 s.; pure N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 120 s. sottolinea come la funzione di garanzia nelle alienazioni atipiche in esame si risolva nella titolarità instabile del diritto, diversamente la titolarità del creditore a seguito dell'inadempimento è una titolarità piena e pertanto essenzialmente diversa dalla prima, proprio in ragione dell'operare, pur nel medesimo negozio giuridico, due diverse e distinte funzioni.

alle garanzie reali tipiche può, eventualmente, annettersi la pattuizione commissoria che interviene a disciplinare le concrete modalità di soddisfacimento del creditore a fronte dell'inadempimento.

L'affermata distinzione funzionale tra il patto commissorio autonomo e l'alienazione in funzione di garanzia trova un determinante riscontro nell'analisi della fenomenologia delle pattuizioni commissorie nella pratica del traffico giuridico.

Ed invero, come attentamente osservato⁶²⁷, il patto commissorio autonomo quale meccanismo di soddisfacimento del creditore che prescinde dalla garanzia reale tipica, ha modo di operare anche al di fuori della fattispecie di alienazione in funzione di garanzia.

Paradigmatica in questo senso risulta essere l'ipotesi in cui al creditore venga conferito un mandato o una procura alla vendita di un bene⁶²⁸ del debitore con facoltà di soddisfazione sul ricavato senza obbligo di rendiconto, ovvero nelle ipotesi in cui il patto commissorio si articoli in termini di negozio ad effetti obbligatori con cui il debitore si vincola alla successiva cessione al proprio creditore di un bene in caso di inadempimento di una diversa obbligazione⁶²⁹.

In questi casi si propone in tutta evidenza da un lato l'autonoma funzione soddisfattiva del meccanismo commissorio – che concretizza secondo varie

⁶²⁷ F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 441 s.; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 123 s.

⁶²⁸ Le fattispecie citate, rientranti nella categoria del cd. patto commissorio obbligatorio, sono state pacificamente giudicate in contrasto al divieto ex art. 2744 c.c. dalla giurisprudenza, v. Cass. 1 giugno 1993, n. 6112, in *R. d. comm.*, 1994, II, p. 135 s.; Cass. 5 marzo 2010, n. 5426, in *Giust. civ. mass.*, 2010, p. 45 s. Cass. 10 marzo 2011, n. 5740, in *G. it.*, 2012, III, p. 568 s. con nota di M. ALBANESE, *Brevi note in tema di patto commissorio, procura a vendere e autonomia privata*, cit.; in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 1453 s. con nota di G. ADILARDI, *Brevi osservazioni in tema di divieto di patto commissorio causa concreta del contratto e patto marciano*, cit.; Cass. 2 luglio 2013, n. 16558, in *Notariato*, 2013, VI, p. 620 s.; Cass. 8 luglio 2014, n. 15486 in *Nuova g. civ. comm.*, 2015, I, p. 62 s. con nota di G. BUSET, *Anche una procura a vendere può violare il divieto di patto commissorio?*, cit. In dottrina sul tema cfr. R. GHENGHINI, *Patto commissorio e procura a vendere*, cit., p. 260 s. Con riguardo al rapporto tra mandato ad alienare in funzione di garanzia e divieto di patto commissorio v. Cass. 23 novembre 2001, n. 14911, in *Rass. d. civ.*, 2003, p. 471 s., in dottrina v. A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., p. 305 s.

⁶²⁹ V. N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 119, spec. nt. 232.

modalità una tecnica di auto-soddisfacimento del creditore su beni del debitore anche a prescindere dalla sussistenza di un sottostante rapporto di garanzia – e dall’altro la diversità tra l’alienazione in funzione di garanzia ed il patto commissorio autonomo.

Per fornire una completa definizione di tale ultima categoria, allora, occorre fare riferimento a tutti quei meccanismi negoziali in forza dei quali viene predisposta una forma di auto-soddisfacimento del creditore sui beni del debitore in caso di inadempimento dell’obbligazione garantita, attuati mediante l’acquisizione diretta o indiretta della proprietà su beni oggetto di garanzia reale atipica, ovvero mediante la liquidazione di determinati beni del debitore con soddisfazione integrale sul ricavato anche a prescindere da qualsivoglia rapporto di garanzia sottostante.

Sulla base di questa analisi, la tesi dottrinale esposta giunge a sostenere che il patto commissorio, tanto quanto il patto marciano, concretizzi un meccanismo negoziale *solvendi causa* eventuale ed accessorio a rapporti di garanzia⁶³⁰.

Ciò che distingue la fattispecie marciana rispetto al patto commissorio – e che quindi sottrae la stessa dal giudizio di illiceità – è la modalità concreta con cui la funzione solutoria in tale negozio giuridico trova attuazione.

Il patto commissorio, infatti, si fonda su una presunzione assoluta *ex ante* di corrispondenza tra il valore del bene oggetto di trasferimento o liquidazione e l’ammontare del debito garantito⁶³¹. Ne deriva che l’effetto

⁶³⁰ F. ANELLI, *L’alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 441 s.; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 125.; più recentemente, con riguardo all’analisi dei nuovi meccanismi marciani introdotti dal legislatore italiano ID., *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119*, in *N. l. civ. comm.*, 2017, V, p. 995 s.; ID., *Il patto marciano tra discipline di settore e sistema*, in *Annali SISDIC*, Napoli, 2017, p. 191 s.; nel senso della qualificazione del patto marciano in termini di trasferimento con funzione di estinzione satisfattiva v. S. PAGLIANTINI, *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della dir. 2014/17/UE*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2015, I, p. 181 s.; ID., *L’art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura ragionata dell’art. 48 bis t.u.b.*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2016, V, p. 931 s.; ID., *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – Spigolando intorno all’art. 48 bis t.u.b.: specialità di trattamento e principio di proporzionalità delle garanzie?*, in *G. it.*, 2017, VII, p. 1715 s.

⁶³¹ F. ANELLI, *L’alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 441 s.

solutorio in questo caso si produce in via automatica e irreversibile a prescindere da qualsiasi valutazione circa l'effettiva corrispondenza tra il valore del bene trasferito e l'ammontare del debito inadempito.

Il patto commissorio, quindi, dà vita ad una programmazione negoziale insensibile al concreto evolversi del rapporto obbligatorio fino al suo inadempimento e predetermina un meccanismo di auto-soddisfacimento del creditore che spiazza integralmente le regole governanti la responsabilità patrimoniale del debitore conducendo a potenziali fenomeni di ingiustificato arricchimento del creditore in ragione del suo operare.

Diversamente, il patto marciano, pur condividendo struttura e funzione con il patto commissorio⁶³², è caratterizzato dalla predisposizione negoziale di due profili fondamentali.

Il primo concerne la stima del bene oggetto di garanzia in un momento successivo all'inadempimento, al fine di effettuare una valutazione comparativa attualizzata tra il valore del bene e l'ammontare del credito inadempito.

Il secondo consiste nell'obbligo in capo al creditore di restituire al debitore l'eventuale differenza tra i predetti valori all'esito della stima.

In tal modo, il meccanismo marciano, pur definendo un programma contrattuale atto a disciplinare *iure privatorum* i profili di responsabilità patrimoniale del debitore a causa del suo inadempimento, impedisce in via assoluta che dall'attuazione di tale programma contrattuale il creditore consegua un ingiustificato arricchimento, assicurando invece che lo stesso, a valle del meccanismo di auto-soddisfacimento, acquisisca un valore patrimoniale esattamente corrispondente a quello dell'obbligazione garantita⁶³³.

⁶³² N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 125.

⁶³³ Su tutti v. E. LASCIALFARI, voce *Alienazioni a scopo di garanzia*, cit., p. 4; M. BUSSANI, *Patto commissorio, proprietà e mercato*, cit., p. 120 s.

2.3.3. *Il patto commissorio e il patto marciano come negozi giuridici disciplinanti l'auto-soddisfacimento del creditore.*

Come già analizzato, l'approccio metodologico preferibile laddove ci si appresti alla valutazione della fattispecie commissoria in punto di struttura e funzione risulta essere quello incentrato sulla distinzione in via teorica e preliminare tra la funzione di garanzia e quella di soddisfacimento del creditore nell'ambito delle fattispecie di garanzia reale del credito⁶³⁴.

Ne deriva, come detto, la necessità di collocare da un lato negozi giuridici tipici o atipici che assolvono alla funzione di garanzia e dall'altro il patto commissorio – e, di riflesso, il patto marciano – quali pattuizioni miranti a predisporre un meccanismo traslativo a favore del creditore con finalità di soddisfazione delle sue pretese in ragione dell'inadempimento dell'obbligazione garantita⁶³⁵.

Chiarite tali premesse, tuttavia, occorre soffermarsi sull'ultimo passaggio della ricostruzione teorica poc'anzi esaminata, nella parte in cui giunge ad attribuire al patto commissorio e al patto marciano, la natura di negozi *solvendi causa*.

Un tale assunto, a ben guardare, determinerebbe l'inevitabile accostamento – se non la sovrapposizione – del patto commissorio all'istituto della prestazione in luogo di adempimento⁶³⁶ (art. 1197 c.c.).

⁶³⁴ V. *supra*, Par. 2.3.2.

⁶³⁵ Chiari sul punto F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 303 s.; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 125.; più recentemente ID., *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119*, in *N. l. civ. comm.*, 2017, V, p. 995 s.

⁶³⁶ Questa è la conclusione cui era pervenuta la prima voce dottrinale espressasi sul tema, v. L. RAAPE, *Die Verfallklausel bei Pfand und Sicherungsubereignung*, cit., p. 16 s., il quale optava per la qualificazione del patto commissorio in termini di *datio in solutum* condizionata all'inadempimento dell'obbligazione garantita.

A tal riguardo forti critiche⁶³⁷ erano state mosse già all'originale tesi che rinveniva nel patto commissorio una *datio in solutum*⁶³⁸ condizionata sospensivamente all'inadempimento dell'obbligazione garantita, e perciò disciplinante un meccanismo solutorio a vantaggio del creditore alternativo rispetto all'adempimento dell'obbligazione principale.

La debolezza nella tesi descritta si rinveniva principalmente nell'inidoneità della *datio in solutum* ad essere sottoposta al meccanismo condizionale⁶³⁹ – connotante invece la struttura della pattuizione commissoria – in ragione della sua funzione essenzialmente estintiva dell'obbligazione principale mediante la soddisfazione dell'interesse creditorio in via alternativa proprio rispetto a quest'ultima. La *datio in solutum*, in altri termini, non poteva ritenersi validamente affiancabile all'obbligazione originale, essendo esclusivamente idonea all'estinzione di quest'ultima.

Sotto altro profilo, più recentemente si è osservato⁶⁴⁰ che, anche a voler stressare i tratti tipici della dazione in pagamento al punto di ammetterne la sottoposizione alla condizione⁶⁴¹ di inadempimento di un diverso e parallelo rapporto obbligatorio⁶⁴², in una situazione del genere la *datio in solutum*

⁶³⁷ In particolare cfr. C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 107 s. con riferimento alla tesi elaborata da L. RAAPE, *Die Verfallklausel bei Pfand und Sicherungsubereignung*, cit., p. 16 s.; sotto altro profilo V. ANDRIOLI, in *Comm. Scialoja – Branca*, sub. art. 2744, cit., p. 54 osserva che nel patto commissorio mancherebbe il carattere di realtà che dovrebbe invece ritenersi coesistente alla figura della dazione in pagamento.

⁶³⁸ L. RAAPE, *Die Verfallklausel bei Pfand und Sicherungsubereignung*, cit., p. 16 s.

⁶³⁹ V. ancora C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 108.

⁶⁴⁰ In questi termini A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., p. 343, secondo cui “la dazione in pagamento verrebbe a configurarsi come negozio sospensivamente condizionato all'inadempimento dell'obbligo già in essere. È evidente come una tale convenzione non possa essere correttamente inquadrata nello schema della *datio in solutum*, in quanto essa non può svolgere alcuna funzione solutoria, difettando l'elemento essenziale dell'estinzione del debito, che si realizza unicamente con l'esecuzione della prestazione ivi dedotta, in luogo di quella originaria”.

⁶⁴¹ Nell'ambito del dibattito inerente all'accostamento tra il patto commissorio e la dazione in pagamento giungono a negare l'ammissibilità di una *datio in solutum* condizionata A. LUMINOSO, in *Comm. Schlesinger*, sub artt. 1500-1509, cit., p. 255 s.; V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, cit., p. 1433 s.; sulla problematicità di una *datio in solutum* condizionata cfr., nella dottrina più recente, G. SICCHIERO, *La prestazione in luogo dell'adempimento*, cit., p. 1380 s.

⁶⁴² Per una ricostruzione sul piano dogmatico della figura generale della condizione di inadempimento v. G. AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del*

muterebbe radicalmente la propria natura piegandosi alla funzione di garanzia. E ciò proprio in ragione del fatto che il meccanismo condizionale renderebbe idonea la fattispecie in esame al rafforzamento della posizione del creditore mediante il vincolo di un determinato bene del debitore alla possibile futura soddisfazione delle proprie ragioni in caso di inadempimento dell'obbligazione principale⁶⁴³.

In realtà, le tesi⁶⁴⁴ che più recentemente si sono espresse nel verso dell'attribuzione al patto commissorio e al patto marciano della funzione

negozio condizionato, Padova, 1996, p. 176 s.; in merito alla figura del negozio condizionato v. A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941.

⁶⁴³ Con riguardo al rapporto tra la *datio in solutum* e il rapporto di garanzia è stato ulteriormente osservato come il rapporto di garanzia possa validamente sussistere con esclusivo riferimento ad un rapporto obbligatorio principale e quindi garantito, diversamente nella dazione in pagamento, la realizzazione della prestazione pattuita dalle parti determina l'estinzione dell'obbligazione originaria e pertanto preclude la possibilità che i due rapporti giuridici possano coesistere, in arg. v. ancora A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., p. 341, spec. nt. 608.

⁶⁴⁴ In questo senso v. N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 125., il quale ha concentrato la propria attenzione da un lato sulla delineazione dei tratti differenziali tra la funzione di garanzia e solutoria in queste fattispecie, e dall'altro sulle critiche mosse dalla dottrina tradizionale alla possibilità di individuare un patto commissorio con funzione solutoria autonoma anche nell'ambito dell'alienazione in funzione di garanzia svincolata quindi dalle garanzie reali tipiche; v. anche F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 303 s.

Il dibattito ha vissuto di nuova linfa con l'introduzione nell'ordinamento giuridico di nuovi meccanismi marciari, sul tema si vedano in particolare le riflessioni di S. PAGLIANTINI, *L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura ragionata dell'art. 48 bis t.u.b.*, cit., p. 931 s.; ID., *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – Spigolando intorno all'art. 48 bis t.u.b.*, cit., p. 1715 s.; ID., *Sull'art. 48-bis T.U.B.: il pasticcio di un marciario bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, in G. D'AMICO – S. PAGLIANTINI – F. PIRAINO – T. RUMI, *I nuovi marciari*, cit., p. 41 s.; riflessioni già abbozzate dall'Autore in ID., *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della dir. 2014/17/UE*, cit., p. 181 s.; si vedano anche le osservazioni di G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit. p. 24 s., il quale, analizzando la tesi avanzata da Pagliantini, riconosce l'ammissibilità teorica di una *datio in solutum* condizionata e solo parzialmente estintiva dell'obbligazione garantita, sottolineando tuttavia come da questo modello sembrino discostarsi i nuovi modelli di patto marciano; sullo stesso piano di indagine si collocano le recenti riflessioni di N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119*, cit., p. 995 s.; ancora per la natura solutoria del patto marciano nel recente dibattito v. anche M. TATARANO, *L'art. 120 quinquiesdecies t.u.b.*, in R. LENZI – M. TATARANO, *Recenti riforme in tema di garanzie del credito bancario*, *Studio CNN n. 1-2017/C*, 2017, p. 35; altri Autori, invece, propendono per l'idoneità del patto marciano a mutare l'oggetto dell'obbligazione rendendola pertanto un'obbligazione con facoltà alternativa, v. A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis t.u.b. è davvero il patto marciano*, in *Corr. Giur.*, 2016, XII, p. 1477 s.; o un'obbligazione alternativa, v. A. BERTOLINI, *La tutela del debitore inadempiente nella disciplina europea*

solutoria non hanno affrontato *ex professo* il tema della qualificazione di tali negozi in termini di *datio in solutum* – e con esso le problematiche che storicamente vi si accompagnano – limitandosi più genericamente ad attribuire alle fattispecie esaminate funzione solutoria o satisfattiva anche, e soprattutto, al fine di isolarle concettualmente dai negozi con funzione di garanzia⁶⁴⁵.

Il dibattito sulla natura del patto commissorio e del patto marciano, tuttavia, rinvigorito dalle recenti novità legislative che hanno interessato la materia delle garanzie del credito, ha permesso alle riflessioni appena delineate di essere ulteriormente analizzate e sviluppate.

In quella sede, infatti, si è avuto modo di osservare che, seppure orientato alla soddisfazione del creditore per l'ipotesi di inadempimento dell'obbligazione garantita, il patto commissorio e, di conseguenza pure il complementare patto marciano, non si colloca nell'ambito delle alienazioni *solvendi causa*, il cui archetipo è appunto la dazione in pagamento (art. 1197 c.c.), ma nella diversa area dei negozi giuridici disciplinanti *iure privatorum* il profilo della tutela esecutiva del credito, delineando quindi meccanismi di autotutela del creditore sul patrimonio del debitore⁶⁴⁶.

Ad un'attenta analisi della struttura e degli effetti della pattuizione commissoria e di quella marciana, la tesi appena esposta pare cogliere nel segno.

dei mutui ipotecari. Eterogenesi dei fini, errori prospettici ed aporie alla luce dell'analisi economica del diritto, in *Nuove. l. civ. comm.*, 2016, II, p. 327 s.

⁶⁴⁵ Sottolinea questo profilo A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1398 s.

⁶⁴⁶ In questo senso A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1398 s.; la tesi è ripresa anche da B. SALVATORE, *Trasferimenti di proprietà in funzione di garanzia del credito e liquidazione dei beni*, Napoli, 2018, p. 121 s., che tuttavia sottolinea come la funzione del patto commissorio e del patto marciano debba giudicarsi complessa in relazione all'operazione di finanziamento in cui detti negozi giuridici si innestano, il che implicherebbe che gli stessi possano presentare anche una funzione di garanzia; v. anche E. DE BELVIS, *L'esecuzione privatizzata*, Napoli, 2018, p. 172 s.

Sulla tematica dei negozi giuridici disciplinanti la fase di tutela esecutiva del credito cfr. G. BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984, p. 98 s.; G. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, Torino, 2016, p. 67 s.

In primo luogo, infatti, è da condividersi il rilievo per cui l'elemento differenziale tra il patto commissorio e la dazione in pagamento debba attribuirsi alla giustificazione causale degli istituti citati⁶⁴⁷.

Ed invero, la dazione in pagamento si fonda sulla *causa solvendi* ed opera a prescindere dalla concreta evoluzione dell'obbligazione principale, potendo quindi trovare impiego tanto prima della scadenza dell'obbligazione, sostituendosi alla prestazione originariamente pattuita con efficacia estintiva, quanto successivamente all'inadempimento della medesima obbligazione, del pari costituendo una soluzione negoziale funzionale al soddisfacimento dell'interesse creditorio⁶⁴⁸.

Su di un altro versante, il patto commissorio – come già evidenziato – pur concretizzando una forma di soddisfazione dell'interesse creditorio, trova la propria giustificazione essenzialmente nell'inadempimento dell'obbligazione garantita. Ed anzi, come attentamente osservato, la clausola commissoria non può pattuirsi a seguito dell'inadempimento dell'obbligazione principale, la stessa ricadendo altrimenti al di fuori della definizione di patto commissorio fornita dal dettato normativo quale oggetto del giudizio di disvalore da parte dell'ordinamento⁶⁴⁹.

⁶⁴⁷ A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1398 s.

⁶⁴⁸ Cfr. G. SICCHIERO, *La prestazione in luogo dell'adempimento*, cit., p. 1380; A. DI MAJO, in *Comm. Scialoja – Branca, sub artt. 1177-1200*, cit., p. 337 s.; M. ALLARA, *Prestazione in luogo dell'adempimento*, Palermo, 1927, p. 220 s.

⁶⁴⁹ Ancora sul punto A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1398 s., spec. nt. 16 con riferimento a Cass. 21 gennaio 2016, n. 1075, in *Nuova g. civ. comm.*, 2016, VI, p. 908 s. con nota di C. BOTTA, *Responsabilità patrimoniale – Gli incerti confini applicativi del divieto del patto commissorio e il sempre più diffuso favore per la pattuizione marciiana*; allo stesso modo in giurisprudenza cfr. Cass. 17 maggio 1990, n. 4283, in *Vita not.*, 1990, p. 535 s.; Cass. 7 aprile 1995, n. 4064, in *Giust. civ., mass.*, 1995, p. 790 s. con riferimento all'ipotesi di stipulazione di un contratto preliminare di cessione in un momento successivo all'inadempimento di una diversa obbligazione; Cass. 6 novembre 1996, n. 9675, in *St. iuris*, 1997, p. 313 s.; Cass. 3 febbraio 1999, n. 893, in *Corr. giur.*, 1999, IX, p. 1127 s. con nota di C. MARESCA, *Datio in solutum: la linea maginot del patto commissorio*; Cass. 28 giugno 2006, n. 14903, in *Obb. e contr.*, 2007, II, p. 261 s.; Cass. 6 ottobre 2004, n. 19950, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 1528 s.; v. anche Cass. 20 giugno 2008, n. 16953, in *Nuova g. civ. comm.*, 2008, XII, p. 435 s. con nota di L. C. NAVONE, *Il divieto di patto commissorio nell'ermeneutica contrattuale: la linea di confine tra il patto vietato e la datio in solutum*.

A ben vedere, quindi, il patto commissorio si colloca tra le soluzioni negoziali che regolano i profili di responsabilità patrimoniale del debitore e, nello specifico, le tecniche di realizzazione del vincolo di responsabilità patrimoniale tra le quali si propone appunto la realizzazione coattiva del credito⁶⁵⁰. In ciò la pattuizione in esame pare discostarsi nettamente dalla figura della dazione in pagamento, istituto che, diversamente, attiene alla fase fisiologica del rapporto obbligatorio, incidendo sulle modalità di adempimento dell'obbligazione⁶⁵¹.

Le medesime conclusioni possono trarsi con riferimento al patto marciano, che – come già sottolineato – condivide con la pattuizione commissoria natura e funzione⁶⁵².

Del pari si è già rilevato che l'attrazione nell'area della liceità del patto marciano riposa sulle caratteristiche strutturali di tale negozio giuridico in forza delle quali il bene oggetto di trasferimento al creditore deve essere oggetto di valutazione imparziale a seguito dell'inadempimento e, conseguentemente, il creditore risulta obbligato a restituire al debitore l'eventuale eccedenza tra il valore del bene trasferitogli e l'ammontare del credito inadempito.

Alla luce delle considerazioni appena esposte, quindi, può dirsi che il patto marciano concretizzi un negozio giuridico disciplinante l'autotutela soddisfattiva del creditore da ritenersi pienamente lecito perché rispondente ai principi e alle regole operative che disciplinano la procedura pubblica di esecuzione forzata, su tutte, quella che impone l'esatta corrispondenza tra il

⁶⁵⁰ A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1398 s.; B. SALVATORE, *Trasferimenti di proprietà in funzione di garanzia del credito*, cit., p. 121 s.

⁶⁵¹ Sottolinea l'importanza di questo profilo F. PIRAINO, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – Il patto marciano alla luce della disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, in *G. it.*, 2017, VII, p. 1715 s., il quale, pur nell'ambito di un'analisi incentrata sull'art. 120 *quinquiesdecies* t.u.b. – disciplinante il cd. "marciano consumatori" – sottolinea che "non si tiene in adeguato conto, però, che il patto marciano presuppone l'inadempimento e, dunque, è destinato a regolarne le conseguenze collocandosi in una fase dell'obbligazione che si pone al di là dell'adempimento e dei suoi surrogati"; cfr. ID., *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciano*, in G. D'AMICO – S. PUGLIANTINI – F. PIRAINO – T. RUMI, *I nuovi marciani*, cit., p. 198 s.

⁶⁵² V. *supra* Par. 2.1.

valore acquisito dal creditore a valle dell'esecuzione forzata e quello del debito inadempito.

3. La *ratio* del divieto di patto commissorio.

3.1. Considerazioni preliminari.

Le considerazioni svolte in relazione alla struttura e alla funzione della pattuizione commissoria e di quella marciaria forniscono argomenti utili ad affrontare il dibattuto tema della *ratio* del divieto di patto commissorio⁶⁵³.

Storicamente lo svolgimento di tale indagine è risultato tutt'altro che agevole, conducendo a soluzioni assai divergenti sia in dottrina che in giurisprudenza⁶⁵⁴.

La causa principale di tale mancanza di uniformità riposa in primo luogo nell'evidente laconicità della norma che, limitandosi alla delineazione della sola fattispecie di patto commissorio accessorio a garanzie reali tipiche, omette di indicare in qualche modo quali siano gli interessi dalla medesima tutelati⁶⁵⁵.

La formulazione codicistica del divieto⁶⁵⁶ infatti – come già osservato – è il risultato del mero recepimento delle corrispondenti disposizioni del *code*

⁶⁵³ Per una panoramica completa delle varie tesi avanzate in dottrina cfr. V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, cit., p. 22 s.; C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 202 s.; A. LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, cit., p. 219 s.; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciario*, cit., p. 129 s.; A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., p. 216 s.; I. RADOCCIA, *La ratio del divieto del patto commissorio*, in *G. mer.*, 1997, IV, p. 220 s.

⁶⁵⁴ Per una panoramica delle varie posizioni espresse in giurisprudenza v. M. SESTA, *Le garanzie atipiche*, cit., p. 1 s.; S. DEL CORE, *Il divieto del patto commissorio nell'evoluzione giurisprudenziale*, cit. p. 1415 s.

⁶⁵⁵ Sottolinea tale aspetto A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., p. 217; v. anche A. LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, cit., p. 219 s.; più recentemente v. ID., *Patto commissorio, patto marciario e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *R. d. civ.*, 2017, I, p. 10 s.

⁶⁵⁶ V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, cit., p. 22 s.

Napoléon, a loro volta ricalcanti il divieto di origine romanistica, né indicazioni risolutive possono evincersi dalla relazione al codice civile⁶⁵⁷ del 1942, che riprende in via generica l'esigenza di tutela del debitore da condotte predatorie del creditore mediante l'imposizione nel regolamento contrattuale di una clausola di matrice usuraria.

Fra le tesi più risalenti si rinviene quella che affermava la necessità di una lettura restrittiva della norma – da ritenersi applicabile esclusivamente al patto commissorio accessorio al pegno all'ipoteca e all'anticresi – e quindi identificava la ragione giustificatrice del divieto nell'esigenza di tutelare la funzione giuridica delle garanzie reali tipiche, la cui disciplina in punto di tutela del creditore, con particolare riguardo ai profili di soddisfacimento del medesimo, sarebbe altrimenti risultata del tutto spiazzata dall'operare dell'effetto traslativo insito nella pattuizione commissoria⁶⁵⁸.

Largamente prevalenti sono invece le ricostruzioni miranti ad attribuire al divieto una portata applicativa più estesa ragionando sugli interessi dei

⁶⁵⁷ *Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942*, cit., p. 260: "... la sanzione di nullità colpisce così il patto in continenti come il patto ex intervallo: anche in quest'ultimo caso ricorre la ratio che informa il divieto. È facile, infatti, che il debitore, versando in gravi angustie economiche, si assoggetti, per ottenere una dilazione, alla stipulazione del patto". Per il dibattito in sede di lavori preparatori al codice civile del 1942 v. *supra*, Cap. I, Par. 5.

⁶⁵⁸ G. P. CHIRONI, *Ipoteca e patto commissorio*, in *R. d. comm.*, 1917, II, p. 708 s., già nella vigenza del codice civile del 1865 sosteneva che "... è quindi impossibile estendere la norma oltre al caso nel quale la convenzione contenga il trasferimento della cosa pignorata al creditore, per la sola somma mutuata e non pagata alla scadenza"; in tal senso v. anche T. CUTURI, *Della vendita, della cessione e della permuta*, Milano, 1915, p. 575 s.; C. VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, cit., p. 65. La tesi è stata oggetto di ampie critiche, innanzitutto per aver estromesso completamente dal campo di indagine la necessità di tutela del debitore, e in subordine per l'incoerente risultato cui perviene, giudicando pienamente lecito il patto commissorio autonomo che di fatto costituirebbe un mezzo per eludere *in toto* la costituzione di una garanzia reale tipica, cfr. in arg. A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., p. 219.

Più recentemente la tesi è stata elaborata e riproposta da F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Napoli, 1997, p. 122 s.; ID., *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1999, p. 246 s., il quale conclude per la nullità sia del patto commissorio che del patto marciano esclusivamente nel caso in cui gli stessi siano pattuiti accessoriamente a garanzie reali tipiche.

soggetti coinvolti nel rapporto di garanzia ovvero sulle superiori esigenze di equilibrio del sistema⁶⁵⁹.

In tale ottica, pur con una molteplicità di varianti, possono distinguersi nel panorama dottrinale alcune correnti interpretative riguardo il fondamento del divieto oggetto di esame.

3.2. *La debitoris suffocatio.*

La tesi tradizionale⁶⁶⁰, e tendenzialmente prevalente anche in giurisprudenza⁶⁶¹, è quella che ha ricollegato la *ratio* del divieto all'esigenza di tutela del debitore⁶⁶². La posizione di quest'ultimo, infatti, risulterebbe caratterizzata da una condizione di debolezza⁶⁶³ data dal bisogno di accedere

⁶⁵⁹ Autorevole dottrina tende a ricondurre la *ratio* del divieto di patto commissorio all'interesse generale ad evitare la diffusione della pattuizione commissoria, che finirebbe per costituire una clausola di stile nella regolazione dei rapporti di credito eludendo i meccanismi di soddisfacimento del creditore previsti dalla legge, cfr. C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 215 s.; ID., voce *Patto commissorio*, in *Nov. dig. disc. priv. – sez. civ.*, XIII, Torino, 1965, p. 711 nello stesso senso E. ROPPO, *Note sopra il divieto del patto commissorio*, cit., p. 401 s.; A. MORACE PINELLI, *Trasferimento a scopo di garanzia da parte del terzo e divieto del patto commissorio*, cit., p. 63 s.

⁶⁶⁰ Come si è già avuto modo di analizzare, infatti, la tutela del debitore costituiva il fondamento del divieto di patto commissorio fin dalla sua originaria introduzione con la Costituzione imperiale di Costantino del 324 d.C., v. *supra*, Cap. I, Par. 4.

⁶⁶¹ Cfr. *ex multis*, Cass. 10 febbraio 1997, cit.; Cass. 16 ottobre 1995, n. 10805, cit.; Cass. 7 aprile 1995, n. 4064, cit.; più recentemente Cass. Cass. 12 gennaio 2009, n. 437, cit.; nel senso di attribuire al divieto la *ratio* combinata di tutela del debitore e della *par condicio creditorum*, oltre a Cass. Sez. Un., 3 aprile 1989, n. 1611, cit.; Cass. Sez. Un. 21 aprile 1989, n. 1607, cit.; cfr. Cass. 12 febbraio 1993, n. 1787, cit.; Cass. 3 febbraio 2012, n. 1675, cit.; Cass. 21 luglio 2004, n. 13580, in *Contratti*, 2004, p. 1011 s.

⁶⁶² G. PUGLIESE, *Intorno alla validità della vendita a scopo di garanzia*, cit., p. 1064 s.; F. MARTORANO, *Cauzione e pegno irregolare*, in *R. d. comm.*, 1960, I, p. 115 s.; D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 1027; A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., p. 258; G. M. DANUSSO, *Patto commissorio e vendite a scopo di garanzia*, in *G. it.*, 1984, I, p. 1651; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 137.

⁶⁶³ Secondo un'altra tesi il patto commissorio risulterebbe eccessivamente gravoso per il creditore, poiché sullo stesso si imporrebbe il duplice rischio del perimento del bene oggetto del patto e della sproporzione del suo valore rispetto al debito, cfr. F. REALMONTE, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, cit., p. 1440 s.; ID., *La pubblicità immobiliare*, in *Jus*, 1986, p. 22 s., per una critica della tesi esposta cfr. A. LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, cit., p. 219 s.; A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., p. 230.

al finanziamento che verrebbe sfruttata dal creditore al fine di imporre una pattuizione sostanzialmente iniqua mediante la quale poter conseguire, in caso di inadempimento dell'obbligazione garantita, un ingiustificato arricchimento.

Il divieto di patto commissorio, pertanto, si porrebbe a presidio da un lato della libera formazione della volontà negoziale del debitore e, dall'altro, in aperto contrasto ad indebiti profittamenti da parte del creditore.

La principale critica⁶⁶⁴ mossa alla ricostruzione in parola è quella di concentrare la *ratio* del divieto esclusivamente nella tutela di un interesse di natura individuale come quello alla protezione del debitore.

In particolare, è stato osservato che l'esigenza di tutelare il contraente in posizione di debolezza da prevaricazioni della controparte sarebbe già soddisfatta mediante la predisposizione da parte dell'ordinamento di specifici mezzi di tutela⁶⁶⁵, quali l'annullabilità o la rescindibilità del contratto, e pertanto la reazione avverso la pattuizione commissoria – ovvero la comminatoria di nullità della stessa – dovrebbe indirizzare l'indagine circa il fondamento del divieto verso la tutela di interessi generali e non individuali.

Tale argomentazione, tuttavia, non sembra cogliere nel segno⁶⁶⁶ e ciò soprattutto alla luce dell'evoluzione che negli ultimi decenni ha interessato il paradigma delle tutele contrattuali, sempre più caratterizzato proprio dallo sfruttamento della nullità quale rimedio a tutela della posizione del contraente debole.

⁶⁶⁴ C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 202 s.; E. ROPPO, *Note sopra il divieto del patto commissorio*, cit., p. 401 s.; R. TRIOLA, *Vendita con patto di riscatto e divieto del patto commissorio*, in *Giust. Civ.*, 1988, I, p. 1769 s.; V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, cit., p. 26.

⁶⁶⁵ Secondo M. I. BRUGGI, voce *Patto commissorio*, in *Enc. Dir.*, Roma, 1988, p. 5 s., l'indagine circa la natura della sanzione predisposta dal legislatore per il patto commissorio dovrebbe risolversi nella constatazione che la nullità *ex art.* 2744 e 1963 c.c. sarebbe il frutto di un retaggio storico nella formulazione della norma, mai messo in discussione e pertanto rimasto immutato nella formulazione del codice civile.

⁶⁶⁶ In questo senso v. G. D'AMICO, *Alienazioni a scopo di garanzia*, cit., p. 585 s.; A. LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, cit., p. 219 s.

Sotto il profilo metodologico⁶⁶⁷, inoltre, la critica proposta pare eccessivamente legata all'analisi della natura della sanzione prevista per il patto commissorio – fino al punto di sovrapporre i due piani di indagine – omettendo invece di verificare altri profili inerenti agli effetti della pattuizione medesima.

A tal proposito, piuttosto, risulta interessante notare come il legislatore nella formulazione del divieto si allontani da una valutazione puramente soggettiva dell'interesse debitorio, operando un giudizio di disvalore riguardo al meccanismo negoziale in sé, a prescindere dalle concrete condizioni contrattuali cui l'attuazione del medesimo dia luogo.

Il divieto, infatti, secondo il dettato dell'art. 2744 c.c. opera automaticamente, a prescindere da qualsivoglia valutazione inerente alla concreta convenienza del patto per il debitore, e quindi – si badi – anche nelle ipotesi, astrattamente ammissibili, in cui il debitore possa conseguire un vantaggio dall'operare della clausola commissoria poiché il valore del bene oggetto di garanzia risulta inferiore a quello del credito garantito⁶⁶⁸.

L'esigenza di tutela del debitore, pertanto, se non può assolutamente escludersi aprioristicamente dal presente campo di indagine, del pari non può essere eletta ad unica e principale ragione fondante il divieto di patto commissorio⁶⁶⁹.

⁶⁶⁷ F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 49, critica le osservazioni mosse da parte della dottrina circa l'inconciliabilità tra la sanzione della nullità e l'esigenza di tutela del debitore. L'Autore sottolinea in primo luogo la tendenza all'espansione dell'utilizzo della sanzione di nullità anche al di fuori delle classiche ipotesi in cui si renda necessaria la tutela di un interesse di portata generale, non potendo pertanto inferire dalla natura della sanzione predisposta dal legislatore la natura dell'interesse che la norma intende tutelare. La critica, condivisibile, si sviluppa pertanto sul profilo del metodo sfruttato per l'individuazione della *ratio* sottesa al divieto di patto commissorio: tale indagine, secondo l'A., non può basarsi su una comparazione con la natura della sanzione prevista dalla legge, ma deve muovere dal contenuto della pattuizione vietata al fine offrire un inquadramento sistematico della norma.

⁶⁶⁸ Per lo sviluppo della critica incentrata sulla concreta idoneità della pattuizione commissoria a ledere la sfera giuridica del debitore cfr. R. DE NICTOLIS, *Divieto del patto commissorio, alienazioni in garanzia e sale-lease-back*, in *R. d. civ.*, 1991, p. 535 s.; A. LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, cit., p. 219 s.

⁶⁶⁹ Giova peraltro sottolineare come la tesi secondo cui il divieto di patto commissorio troverebbe fondamento esclusivamente su una valutazione morale della dinamica negoziale

3.3. Responsabilità patrimoniale e divieto di autotutela esecutiva.

Altre ricostruzioni hanno invece concentrato l'indagine circa il significato del divieto all'ambito delle regole disciplinanti la responsabilità patrimoniale del debitore e più in generale delle tecniche di tutela giurisdizionale dei diritti.

Secondo una tesi risalente⁶⁷⁰ – non del tutto peregrina anche nella dottrina⁶⁷¹ più recente – la nullità del patto commissorio risponderebbe al principio di inderogabilità *ex pacto* delle procedure di esecuzione forzata.

La pattuizione commissoria dovrebbe ritenersi illecita poiché, concretizzando una tecnica di soddisfazione del creditore alternativa rispetto alle ordinarie procedure previste dalla legge, attirerebbe sul piano negoziale

a tutela del debitore perde gran parte del suo vigore alla luce di una disamina in chiave comparata del fondamento della norma, come riconosciuto dalla stessa Corte di Cassazione che ha escluso l'appartenenza del divieto alla categoria delle norme di ordine pubblico internazionale, v. Cass. Sez. Un., 5 luglio 2011, n. 14650, in *G. comm.*, 2012, III, p. 681 s. con nota di M. MARTINO, *Le Sezioni Unite sui rapporti tra divieto del patto commissorio e ordine pubblico internazionale*, cit., per un'analisi comparata del problema v. *supra*, Cap. II.

⁶⁷⁰ E. BETTI, *Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione delle obbligazioni*, cit., p. 688 s., il quale sostiene che “ciò che la legge ha voluto evitare vietando il patto in parola non è la possibilità che ne risulti un arricchimento ingiusto, ma la stessa autotutela privata, l'autosoddisfacimento da parte del creditore. Ciò che l'ordine giuridico combatte non è tanto il risultato possibile, quanto il modo stesso di perseguirlo: d'autorità, cioè, dello stesso interessato con sopraffazione di altro privato. Ecco perché non rileva che il privato debitore abbia in anticipo consentito e autorizzato la lesione del proprio diritto, mediante un assoggettamento convenzionale al potere di autotutela del creditore. Non rileva, perché qui sono in giuoco superiori esigenze di ordine pubblico: è in giuoco l'interesse dello Stato al monopolio della tutela giuridica”; v. anche ID., voce *Autotutela*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 529 s.; la tesi è stata sostenuta anche da E. ENRIETTI, *Patto commissorio ex intervallo*, cit. p. 21 s.; U. MIELE, *Sul patto commissorio immobiliare*, in *R. d. comm.*, 1946, II, p. 65 s.; M. FRAGALI, in *Comm. Scialoja-Branca*, sub art. 1818, p. 254 s.; ID., in *Comm. Scialoja-Branca*, sub art. 1963, p. 194.

⁶⁷¹ G. BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, cit., p. 95 s.; U. CARNEVALI, voce *Patto commissorio*, cit., p. 501 s., il quale tuttavia riconduce il divieto di patto commissorio ad un principio di ordine pubblico economico in forza del quale al creditore può riconoscersi un potere di aggredire il patrimonio del debitore solo nella misura del credito garantito; combina il profilo dell'autotutela esecutiva con l'elemento della sproporzione del bene oggetto di trasferimento rispetto al credito inadempito I. RADOCCIA, *La ratio del divieto del patto commissorio*, cit., p. 220 s.

una disciplina che dovrebbe ritenersi sottoposta all'assoluta signoria dello stato, appunto unico titolare del potere di tutela giurisdizionale dei diritti⁶⁷².

Le principali critiche mosse alla posizione appena esaminata hanno – correttamente ci pare – posto l'accento sul duplice rilievo che, da un lato, la sussistenza nell'ordinamento giuridico di un principio assoluto di inderogabilità della procedura esecutiva risulta sostanzialmente indimostrato⁶⁷³ e, dall'altro, che l'ordinamento prevede già meccanismi negoziali con funzione satisfattiva che possono essere impiegati dall'autonomia privata proprio in via alternativa all'esecuzione forzata, come la cessione di beni ai creditori (artt. 1977 ss. c.c.)⁶⁷⁴, o la *datio in solutum* (art. 1197 c.c.), nonché fattispecie tipiche che ammettono una soddisfazione

⁶⁷² Cfr. nella dottrina più risalente C. VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, cit., p. 58.; M. BIANCA, *Garanzia mediante alienazione simulata e conferimento al creditore di un mandato di vendita*, cit., p. 455 s.; ID., *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 189 s., E. BETTI, voce *Autotutela*, cit., p. 535; per un'analisi critica della problematica nella dottrina più recente cfr. A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., p. 222 s.; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 135 s., e p. 98 s.

⁶⁷³ Sul punto si vedano le interessanti riflessioni proposte in un recente studio di E. DE BELVIS, *L'esecuzione privatizzata*, cit., p. 172 s., che sottolinea come l'approccio al tema della supposta sussistenza di un principio di inderogabilità della procedura esecutiva giudiziale debba aprirsi ad un duplice approccio: sul versante delle norme processuali poste a presidio del concreto svolgimento della procedura e sul diverso versante sostanziale avente ad oggetto gli interessi materiali meritevoli di tutela e, correlativamente, le situazioni giuridiche che concretamente possono costituire oggetto di tutela. Seguendo tale approccio l'Autore giunge alla conclusione, da condividersi, per cui “*la responsabilità del debitore e il correlativo potere di agire sui beni di questo, attribuito al creditore, configurano una situazione giuridica autonoma immanente al rapporto obbligatorio, in quanto il diritto del creditore sul patrimonio del debitore si identifica con il potere di conseguire coattivamente il bene dovuto in caso di inadempimento*”.

Il principio di inderogabilità delle procedure di esecuzione forzata sembra ottenere consensi maggiori in altri ordinamenti continentali, su tutti quello tedesco, in particolare con riferimento al divieto di patto commissorio immobiliare di cui all'art. 1149 BGB, ma il disfavore nei confronti di pattuizioni tese a derogare la procedura esecutiva trova espressione anche nell'ordinamento francese, seppure in via ridimensionata, con il mantenimento dell'art. 742 *code de procédure civile* nonostante l'intervenuta riforma del diritto delle garanzie reali del 2006, cfr. *supra*, Cap. II, Par. 1.1. e 2.1.

⁶⁷⁴ Sull'istituto della *cessio bonorum* nella categoria dei negozi disciplinanti l'esecuzione forzata in via privata v. G. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., p. 113 s.; nella dottrina più risalente v. anche lo stesso E. BETTI, voce *Autotutela*, cit., p. 536 che tuttavia qualifica l'istituto come eccezione espressa al divieto di autotutela esecutiva espressamente consentito dalla legge.

diretta ed autonoma del creditore sul bene oggetto di garanzia come il pegno irregolare (art. 1851 c.c.) o il pegno di crediti (art. 2803 c.c.)⁶⁷⁵.

Nell'area dei principi che governano la responsabilità patrimoniale⁶⁷⁶ del debitore, invece, si sono mossi quegli autori che hanno ricondotto il divieto in parola alla tutela della *par condicio creditorum*⁶⁷⁷.

In quest'ottica il patto commissorio attribuirebbe al creditore un diritto di soddisfazione privilegiata sul patrimonio del debitore al di fuori delle cause di prelazione previste dalla legge, di fatto frustrando il diritto degli altri creditori di aggredire il bene oggetto del patto a soddisfazione delle proprie pretese.

Anche questa linea interpretativa, tuttavia, ha prestato la corda a numerose critiche, alcune delle quali, peraltro, non del tutto fondate.

In primo luogo – ed ancora sotto il profilo della natura della sanzione predisposta per il patto – si è rilevato che tradizionalmente l'ordinamento giuridico predispone precisi strumenti ai fini della conservazione della garanzia patrimoniale e della tutela della *par condicio creditorum*, strumenti che, tuttavia, normalmente non si fondano sulla radicale nullità degli atti

⁶⁷⁵ Sul punto nella dottrina più recente si vedano le considerazioni di A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, in *R. d. civ.*, 2017, VI, p. 1398 s.; B. SALVATORE, *Trasferimenti di proprietà in funzione di garanzia del credito e liquidazione dei beni*, Napoli, 2018, p. 110 s.

⁶⁷⁶ Secondo C. VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, cit., p. 76 s. il patto commissorio si porrebbe in contrasto con l'art. 2740 secondo comma c.c. poiché mediante lo stesso si tenderebbe a creare una vera e propria limitazione della responsabilità patrimoniale del debitore in ordine ad un bene determinato, nei confronti di tutti gli altri creditori.

⁶⁷⁷ F. CARNELUTTI, *Note sul patto commissorio*, cit., p. 887 s.; ID., *Mutuo pignoratio e vendita con clausola di riscatto*, in *R. d. proc.*, 1946, II, p. 146 s.; V. ANDRIOLI, in *Comm. Scialoja – Branca*, sub. art. 2744, cit., p. 52 s.; T. MANCINI, *Vendita con patto di riscatto e nullità ex art. 2744 codice civile*, cit., p. 1121 s.; G. STOLFI, *Promessa di vendita e patto commissorio*, cit., p. 766 s.

Parzialmente divergente è la tesi avanzata da L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, cit., p. 261 s., secondo cui la dannosità del patto commissorio dovrebbe ricondursi alla sua idoneità ad attribuire al creditore una garanzia specifica su un bene determinato, pur senza fare a meno della garanzia patrimoniale generica sugli altri beni del debitore.

lesivi del principio, ma mirano a rendere gli stessi inefficaci nei confronti dei creditori lesi⁶⁷⁸.

Sotto altro profilo critiche efficaci alla tesi in esame sono state mosse muovendo dalla qualificazione giuridica della fattispecie commissoria.

Ed invero la tesi⁶⁷⁹ – come analizzato, preferibile – secondo cui il patto commissorio svolgerebbe una funzione meramente satisfattiva incidendo esclusivamente sull'aspetto delle tecniche di soddisfacimento del creditore, giunge a superare l'ostacolo costituito dall'argomento della *par condicio creditorum*⁶⁸⁰ ponendo mente al fatto che la lesione di tale principio potrebbe concretizzarsi solamente nella fase costitutiva della garanzia reale atipica, ma non troverebbe in alcun modo spazio sul diverso versante delle tecniche di realizzazione della medesima⁶⁸¹, ambito al quale deve essere circoscritta l'operatività della pattuizione commissoria.

⁶⁷⁸ In questo senso cfr. C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 202 s.; V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, cit., p. 28; C. VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, cit., p. 56 s.; questa argomentazione, tuttavia è stata sottoposta a critica da attenta dottrina, che ha segnalato come l'esigenza di tutela dei creditori dal pericolo di depauperamento del patrimonio del debitore non debba necessariamente legarsi a tutele negoziali che determinano esclusivamente l'inefficacia dell'atto dispositivo da parte del debitore, cfr. G. D'AMICO, *Alienazioni a scopo di garanzia*, cit., p. 589; S. PAGLIANTINI, *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo*, cit., p. 189.

⁶⁷⁹ N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 138 s.; d'altro canto, anche parte della dottrina che attribuisce al patto commissorio la natura di alienazione a scopo di garanzia critica la tesi che riconduce la *ratio* del divieto alla tutela della *par condicio creditorum* sottolineando come, ragionando in questi termini, ogni trasferimento in funzione di garanzia dovrebbe ritenersi nullo per l'idoneità a ledere gli altri potenziali creditori del disponente cfr. A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., p. 225-226, spec. nt. 380, con riferimento a G. CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, Milano, 1996, p. 51 s.; queste riflessioni, in realtà, sembrano doversi collocare più correttamente nell'ambito del dibattito circa l'ammissibilità dell'alienazione a scopo di garanzia. Infatti, presupponendo che il patto commissorio presenti natura di alienazione a scopo di garanzia, e ritenendo tale figura inammissibile di per sé in via generale, uno dei motivi a fondamento della pretesa inammissibilità dovrebbe identificarsi nella presunta lesività della condizione dei creditori comuni.

⁶⁸⁰ In generale sull'effettiva svalutazione del principio di *par condicio creditorum* quale principio generale del nostro ordinamento v. P. SCHLESINGER, *L'eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *R. d. proc.*, 1995, p. 319 s.; E. GABRIELLI, *Il pegno "anomalo"*, Padova, 1990, p. 94 s.

⁶⁸¹ V. N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 138.

La compatibilità con il principio di *par condicio creditorum*, allora, assume valore nettamente maggiore laddove si rifletta sull'ammissibilità della figura generale dell'alienazione a scopo di garanzia, quale negozio traslativo atipico che diverge dal patto

D'altro canto anche coloro che attribuiscono al patto commissorio la natura di alienazione a scopo di garanzia, riconoscono la fragilità, o quantomeno, la solo parziale fondatezza dell'argomentazione incentrata sulla lesione della *par condicio creditorum* sottolineando come – a seguire tale impostazione – nelle ipotesi in cui il patto commissorio risulti accessorio ad una garanzia reale tipica⁶⁸², il preteso nocumento alle ragioni di altri possibili creditori dovrebbe ritenersi inoperante in ragione della sussistenza di una causa di prelazione tipica su beni del debitore, ma ciò non varrebbe a sottrarre il patto commissorio dal giudizio di illiceità da parte dell'ordinamento⁶⁸³.

In definitiva, pare cogliere l'essenza della problematica quella linea di pensiero che, pur riconoscendo alla convenzione commissoria la potenziale lesività della *par condicio creditorum*, per un verso si interroga sulla reale portata di tale principio generale nell'ambito dell'ordinamento giuridico⁶⁸⁴, e per un altro rileva che l'interesse alla tutela dei creditori concorrenti, ove sussistente, non possa costituire la principale ragione fondante il divieto, dovendo altrimenti escludersi – erroneamente – dal campo di indagine ogni profilo inerente alla posizione del debitore e più in generale all'equilibrio dell'operazione contrattuale⁶⁸⁵.

commissorio, ma che potrebbe porsi in contrasto alla norma di cui all'art. 2741 c.c. che sancisce la tipicità delle cause legittime di prelazione, v. sul punto A. LUMINOSO, *Appunti sui negozi traslativi atipici*, Milano, 2007, p. 59 s.

⁶⁸² A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., p. 225 s.

⁶⁸³ Sul punto vedi ancora, efficacemente, A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., p. 225 s.

⁶⁸⁴ Su questo profilo si era espresso già N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 137; più recentemente ripreso da S. PAGLIANTINI, *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo*, cit., p. 189 s., nt. 47 con riferimento allo scritto di G. D'AMICO, *La proprietà destinata*, in *R. d. civ.*, 2014, I, p. 533 s.

⁶⁸⁵ Nella dottrina più recente v. S. PAGLIANTINI, *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo*, cit., p. 189 s.

3.4. *L'indagine in chiave sistematica.*

Adottando un approccio interpretativo alternativo, autorevole dottrina⁶⁸⁶ ha optato per l'analisi della fattispecie commissoria in via comparativa rispetto ad altre fattispecie previste dall'ordinamento e contigue alla prima in termini di struttura e di funzione, quali la *datio in solutum* (art. 1197 c.c.), il pegno irregolare (art. 1851 c.c.) e la vendita con patto di riscatto (art. 1500 ss. c.c.), al fine di individuare quali siano i tratti in comune tra le citate figure e cercando quindi di isolare gli elementi che caratterizzano l'illiceità del patto commissorio.

All'esito dell'indagine, i profili che, in tesi, connotano la fattispecie commissoria, e che pertanto ne giustificano la sanzione di illiceità, sono stati individuati nell'idoneità del patto ad assolvere la funzione di garanzia, nella possibilità teorica per il debitore, al momento di conclusione del patto, di rientrare nella proprietà del bene mediante l'adempimento dell'obbligazione garantita, e nell'assenza di un diritto del debitore alla restituzione dell'eventuale eccedenza di valore del bene rispetto all'ammontare del credito inadempito.

La *ratio* della nullità del patto dovrebbe pertanto ricondursi alla tutela della posizione del debitore, analizzata sotto diversi i punti di vista appena descritti⁶⁸⁷. Da un punto di vista soggettivo, avendo riguardo al possibile sfruttamento da parte del creditore mediante l'imposizione di una clausola che lasci al debitore l'aspettativa, se non la speranza, di rientrare nella piena

⁶⁸⁶ A. LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, cit. p. 219 s., il quale precisa che “*il metodo seguito per la determinazione della ratio e dei confini del divieto di patto commissorio consisteva nel desumere più dal sistema nel suo complesso che dalla disposizione dell'art. 2744 c.c. i dati utili alla ricostruzione della fattispecie vietata; nel ricercare cioè in altre norme dell'ordinamento quei limiti esterni della figura che, per la genericità del dettato dell'articolo citato, non possono essere ricavati dal contenuto di esso*”, facendo riferimento al primo tentativo di analisi sulla base di questa linea argomentativa v. A. LUMINOSO, in *Comm. Schlesinger*, sub *artt. 1500-1509*, cit., p. 238 s.; l'approccio all'indagine appena descritto è stato adottato anche da altri Autori, con risultati peraltro divergenti, v. A. C. PELOSI, *Divieto del patto commissorio, lease back e frode alla legge*, cit., p. 497 s.

⁶⁸⁷ A. LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, cit., p. 234 s.

proprietà del bene oggetto di garanzia; da un punto di vista oggettivo dovendo invece fare riferimento alle caratteristiche della pattuizione, in forza della quale in caso di inadempimento l'effetto traslativo a favore del creditore è irreversibile e prescinde da ogni valutazione del bene rispetto al credito inadempito, ammettendo perciò la possibilità di un ingiustificato arricchimento del creditore ai danni del debitore.

3.5. *Considerazioni conclusive.*

Pur dovendosi riconoscere alle tesi descritte il merito di individuare, almeno parzialmente e da punti di vista diversi, gli interessi sottesi divieto, l'approccio interpretativo preferibile pare essere quello che muove dalle caratteristiche strutturali e funzionali del patto al fine di individuare in chiave sistematica quali siano i principi generali che possono risultare pregiudicati dall'operatività dello stesso.

Procedendo a tale analisi, l'argomento decisivo – da cui prendere le mosse – è quello per cui al patto commissorio deve attribuirsi natura soddisfattiva⁶⁸⁸, articolandosi quale negozio giuridico disciplinante le modalità di auto-soddisfacimento del creditore nell'ipotesi di inadempimento dell'obbligazione garantita⁶⁸⁹.

A tal proposito, se pare ormai superata la tesi secondo cui nell'ordinamento giuridico risulterebbe vigente un principio generale di inderogabilità della procedura esecutiva⁶⁹⁰, del pari occorre tenere in considerazione quali sono i principi che governano tale frangente della tutela giurisdizionale con riguardo alle posizioni del creditore e del debitore.

⁶⁸⁸ N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 125; F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 303 s., v. *supra*, Par. 3.3.

⁶⁸⁹ Cfr. *supra* par. 2.3.3.

⁶⁹⁰ Si vedano, al riguardo, le considerazioni svolte *supra*, Par. 3.3.

Ne deriva, come attentamente osservato⁶⁹¹, che il divieto di patto commissorio costituisce un limite all'esplicarsi dell'autonomia privata nell'ambito delle tecniche di attuazione della responsabilità patrimoniale.

Con riguardo agli effetti del patto commissorio, in particolare, il principio fondamentale che viene in rilievo è la necessaria corrispondenza tra l'ammontare del credito e il valore su cui, nella fase di realizzazione della garanzia, il creditore si soddisfa aggredendo il patrimonio del debitore⁶⁹².

Questo principio di corrispondenza sia teorica che pratica è strutturalmente estraneo al patto commissorio. Tale pattuizione, infatti, prescinde da una valutazione attualizzata del valore del bene rispetto all'ammontare del credito al momento dell'inadempimento, e pertanto ammette che, dal prodursi dell'effetto traslativo, possa derivare un pregiudizio a carico del debitore.

Detto pregiudizio – peraltro – potrebbe in concreto non verificarsi, ma la circostanza nelle logiche della pattuizione commissoria è puramente casuale, segnatamente perché il patto commissorio si fonda su una presunzione di corrispondenza tra valore del bene e credito garantito⁶⁹³.

Ciò detto, pare doversi concordare con le tesi che, pur ritenendo ammissibili fattispecie di tutela auto-satisfattiva⁶⁹⁴ del credito disciplinate sul piano negoziale, riconoscono nel patto commissorio una clausola idonea ad attribuire al creditore un potere di aggressione incontrollata del patrimonio del debitore, in quanto non correlata al valore del credito garantito.

In particolare, l'essenza del pregiudizio insito nella fattispecie commissoria – ovvero la mancanza di controllo sul potere di aggressione del creditore – costituisce un carattere strutturale del patto stesso e si risolve

⁶⁹¹ F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 303 s.

⁶⁹² Per tutti, v. E. LASCIALFARI, voce *Alienazioni a scopo di garanzia*, cit., p. 4.

⁶⁹³ F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 25 s.

⁶⁹⁴ A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1398 s.; ID., *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, cit., p. 10 s.; B. SALVATORE, *Trasferimenti di proprietà in funzione di garanzia del credito*, cit., p. 121 s.; N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119*, cit., p. 995 s.

nell' idoneità della clausola traslativa a regolare *ex ante*, irrevocabilmente, le conseguenze dell' inadempimento del debitore⁶⁹⁵.

Ed è in ciò che la fattispecie marciiana si distingue dal patto commissorio e si colloca sul piano degli strumenti leciti di auto-tutela esecutiva a disposizione del creditore.

Il patto marciario infatti – come già analizzato⁶⁹⁶ – presenta la medesima struttura e funzione rispetto al patto commissorio, ma risulta articolato in modo da risultare sensibile all' evoluzione del rapporto obbligatorio fino al momento dell' eventuale inadempimento, garantendo la commisurazione tra i valori del bene oggetto di garanzia e il debito inadempito e perciò precludendo all' auto-tutela del creditore di violare i principi governanti le tecniche di attuazione della responsabilità patrimoniale del debitore.

Per concludere, quindi, tra le varie impostazioni interpretative proposte in ordine all' individuazione della *ratio* sottesa al divieto di patto commissorio, la tesi più corretta pare essere quella che si fonda sulla valorizzazione del profilo inerente all' equilibrio degli interessi in gioco nella fase di realizzazione della garanzia⁶⁹⁷.

Tale approccio, infatti, pur conducendo ad un' analisi della fattispecie in chiave essenzialmente oggettiva, consente di realizzare una sintesi dei fondamentali interessi che – come analizzato – devono ritenersi alla base della disposizione normativa, ovvero da un lato i principi generali che governano la fase di attuazione della responsabilità patrimoniale e dall' altro l' esigenza di tutela del debitore sia nel momento di accesso al credito⁶⁹⁸ e di negoziazione della garanzia tipica o atipica, sia nella fase di realizzazione della garanzia medesima nell' ipotesi di inadempimento.

⁶⁹⁵ F. ANELLI, *L' alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 303 s.

⁶⁹⁶ V. *supra*, Par. 2.

⁶⁹⁷ E. LASCIALFARI, voce *Alienazioni a scopo di garanzia*, cit., p. 3 s.

⁶⁹⁸ M. BUSSANI, *Patto commissorio, proprietà e mercato*, cit., p. 120 s. riflette sulla necessità di spostarsi nell' approccio interpretativo dalla valutazione del debitore come un contraente debole a priori rischiando altrimenti, sul piano delle regole operative, di depotenziarne le capacità di ricorso al credito.

CAPITOLO QUARTO

I NUOVI MARCIANI NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

SOMMARIO: 1. – I nuovi marciاني di fonte legislativa. – 1.1. Il prestito vitalizio ipotecario. – 1.2. Il pegno non possessorio. – 1.3. L'art. 48 *bis* T.U.B.: finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato. – 1.4. L'art. 120 *quinquiesdecies* T.U.B.: la tutela del finanziatore nella disciplina del credito immobiliare ai consumatori. – 2. Il patto marciano *ex art. 48 bis* T.U.B. – 2.1. Il trasferimento di immobile sospensivamente condizionato all'inadempimento dell'obbligazione garantita: analisi della fattispecie. – 2.2. La natura del patto marciano *ex art. 48 bis* T.U.B. – 3. Il rapporto tra il patto marciano di diritto comune e le nuove fattispecie di patto marciano.

1. I nuovi marciاني di fonte legislativa.

Il dibattito concernente l'interpretazione del divieto del patto commissorio e l'ammissibilità di meccanismi di tutela del credito plasmati sul complementare modello del patto marciano ha trovato negli ultimi tempi importanti occasioni di approfondimento⁶⁹⁹.

⁶⁹⁹ Nell'area delle garanzie reali del credito occorre dare conto di un ulteriore istituto introdotto dal legislatore con la legge n. 170 del 2004, in attuazione della direttiva 2002/47/CE cd. *financial collateral directive*, disciplinante i contratti di garanzia finanziaria. La normativa citata, che in questa sede non sarà oggetto di esame approfondito, ha regolato espressamente la fattispecie dell'alienazione di titoli in funzione di garanzia, ai sensi dell'art. 6 l. n. 170/2004, infatti “*i contratti di garanzia finanziaria che prevedono il trasferimento delle 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*”, la normativa assume rilievo in relazione al dibattito concernente la compatibilità dell'alienazione a scopo di garanzia con il divieto di patto commissorio. A tal riguardo occorre segnalare come, a fronte dell'espresso riconoscimento di tale figura da parte della direttiva – soprattutto in ragione della pacifica diffusione della medesima nell'ambito della prassi internazionale – il legislatore italiano abbia provveduto a definire la stessa come un'eccezione esplicita alla norma di cui all'art. 2744 c.c.; per contro sotto il profilo delle tecniche di escussione della garanzia, l'art. 8 del citato provvedimento normativo prevede che “*le condizioni di realizzo delle attività finanziarie garantite devono essere ragionevoli sotto il profilo commerciale*”. La legge prevede ulteriormente l'impiego della tradizionale figura del pegno su crediti o su strumenti finanziari, e quanto all'escussione della garanzia, provvede a delineare delle alternative a favore del creditore quali la facoltà di liquidare il bene e soddisfarsi sul ricavato, ovvero appropriarsi delle attività finanziarie oggetto di pegno, a condizione però che tale facoltà sia espressamente prevista nel contratto di garanzia finanziaria e che lo stesso ne preveda i criteri di valutazione, sul tema v. F. MACARIO, *I contratti di garanzia finanziaria nella direttiva 2002/47/CE*, in *Contratti*, 2003, I, p. 78 s.; E. GABRIELLI, *Studi sulle garanzie reali*, Torino, 2015, p. 295 s.; M. BARTOLOMEI – E. M.

A partire dal 2015, infatti, il legislatore italiano ha provveduto all'introduzione nell'ordinamento di una serie di istituti giuridici speciali – poiché di portata settoriale – disciplinanti meccanismi di tutela del credito alternativi rispetto alle tradizionali forme di garanzia già a disposizione dell'autonomia privata.

I citati interventi legislativi si sono posti nell'ottica di soddisfare l'esigenza di ammodernamento del sistema delle garanzie del credito⁷⁰⁰ tentando di recepire le istanze provenienti dal panorama dei mercati internazionali alla stregua di quanto si è già verificato nel recente passato in altri ordinamenti europei⁷⁰¹. Ciò al fine di aumentare la competitività dell'ordinamento italiano e quindi la capacità dello stesso di attrarre investimenti⁷⁰².

Allo stesso tempo, tuttavia, le misure che si andranno ad analizzare si collocano nell'ambito di una politica generale di sviluppo del circuito interno del credito⁷⁰³, duramente colpito dalla crisi economica ed eccessivamente

MASTROPAOLO, *I contratti di garanzia finanziaria*, in F. MASTROPAOLO (a cura di), *I contratti di garanzia*, 2006, p. 1497 s.; E. M. MASTROPAOLO, *Le garanzie sui mercati finanziari*, in *Contratto e impr.*, 2005, III, p. 1279 s.; V. CANALINI, *La nuova disciplina dei contratti di garanzia finanziaria: commento alle modifiche introdotte dal d.lgs. 24 marzo 2011, n. 48*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2012, III, p. 349 s.; G. SARDO, *La disciplina del contratto di garanzia finanziaria: appunti sul D.Lgs. 21 maggio 2004, n. 170*, in *Contratti*, 2005, VI, p. 617 s.; C. ABATANGELO, *Alienazione in garanzia e meccanismo sotteso al patto marciano: riflessioni a seguito della direttiva collateral*, in *Dialogo tra le corti e principio di proporzionalità. Atti del convegno dei Ricercatori della Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Padova*, 2015, p. 141 s.

⁷⁰⁰ Sottolineava l'importanza di questo profilo, nell'ambito dello studio inerente al patto commissorio N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 19 s.

⁷⁰¹ Su tutte spicca l'esperienza dell'ordinamento giuridico francese che tra il 2006 e il 2007 ha provveduto a riformare il sistema delle garanzie reali e ad introdurre l'istituto della *fiducie* a scopo di garanzia, cfr. F. FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica*, cit., p. 1155 s., v. *supra*, Cap. II, Par. 1; per un'analisi comparatistica del sistema delle garanzie reali v. ID., *Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati Europei*, cit., p. 783 s.; con riguardo alla riforma del codice civile olandese, che ha interessato anche il sistema delle garanzie reali v. J.H.M.VAN ERP – L. P. W. VAN VLIET, *Real and personal security*, cit., p. 115 s.

⁷⁰² Analisi già lucidamente condotta negli studi di G. TUCCI, *Garanzie sui crediti dell'impresa e tutela dei finanziamenti. L'esperienza statunitense e italiana*, Milano, 1974; v. anche F. FIORENTINI, *Garanzie reali atipiche*, cit., p. 253 s.; M. BUSSANI, *Il modello italiano delle garanzie reali*, cit., p. 163 s.

⁷⁰³ Per un'analisi gius-economica del sistema del mercato del credito italiano e delle sue inefficienze si vedano gli studi di E. BRODI, *La tutela del credito in Italia: spunti per una*

penalizzato dalla rigidità dei classici modelli di garanzia vigenti nonché dalla farraginosità delle procedure giudiziali di esecuzione forzata⁷⁰⁴.

Queste problematiche, come attentamente osservato⁷⁰⁵, si riverberano tanto sul piano delle tecniche di garanzia del credito – in termini di scelta del mezzo giuridico idoneo a disciplinare la concreta operazione economica – quanto su quello della realizzazione coattiva delle garanzie medesime, dando luogo ad inefficienze destinate ad incidere inevitabilmente sul costo del credito⁷⁰⁶ e, di conseguenza, anche sull'accesso al medesimo.

In tale contesto, il tema del divieto di patto commissorio ha assunto un rilievo centrale.

Come si avrà modo di verificare, infatti, la tendenza del legislatore italiano al rinnovamento delle tecniche di garanzia reale del credito – seppure, come anticipato, attuata mediante disposizioni frammentarie e settoriali – si pone in termini di continuità rispetto alle soluzioni cui, faticosamente e non senza ostacoli, è pervenuta la giurisprudenza anche grazie al costante dibattito con la dottrina riguardo all'interpretazione e al campo di applicazione del divieto di patto commissorio.

In particolare, le novità legislative che di seguito si andranno a descrivere sono intervenute sul frangente della realizzazione della garanzia reale,

lettura gius-economica delle cause di prelazione (parte prima), in *Vita not.*, 2016, III, p. 1397 s.; ID., *La tutela del credito in Italia: spunti per una lettura gius-economica delle cause di prelazione (parte seconda)*, in *Vita not.*, 2017, I, p. 471 s.; ID., *Il sistema delle garanzie in Italia: una lettura economica delle disposizioni in materia di privilegio, pegno e ipoteca*, in *Questioni di economia e finanza*, Banca d'Italia, 2016.

⁷⁰⁴ Sottolinea il problema quale presupposto delle valutazioni inerenti ai cd. “nuovi marciatori” A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciario e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, cit., p. 10 s.

⁷⁰⁵ Cfr. E. BRODI, *La tutela del credito in Italia: spunti per una lettura gius-economica delle cause di prelazione (parte prima)*, cit., p. 1402, la quale analizza i risultati del rapporto *Doing Business* della Banca Mondiale, da cui si evince come una parte delle criticità riguardanti il mercato del credito italiano inerisca proprio il sistema delle garanzie reali, riassumibili in “a) assenza di garanzie mobiliari non possessorie; b) assenza di un registro nazionale delle garanzie mobiliari; c) ordine di soddisfazione dei crediti talvolta penalizzante per il creditore garantito; d) carenza di meccanismi di escussione stragiudiziale della garanzia”.

⁷⁰⁶ E. BRODI, *La tutela del credito in Italia: spunti per una lettura gius-economica delle cause di prelazione (parte prima)*, cit., p. 1399.

delineando una serie di soluzioni negoziali atte a regolare in via stragiudiziale la tutela satisfattiva del creditore in caso di inadempimento dell'obbligazione garantita, di fatto giungendo a riconoscere normativamente il meccanismo del patto marciano.

La cautela marciana, quindi, plasmata dalla recente giurisprudenza quale correttivo negoziale in grado di produrre un effetto salvifico su pattuizioni regolanti alienazioni a scopo di garanzia o, più in generale, su meccanismi di autotutela del creditore mediante l'appropriazione di beni del debitore, viene ripresa dal legislatore quale modello per la creazione di alternative contrattuali alle procedure giudiziali di esecuzione forzata.

1.1. Il prestito vitalizio ipotecario.

La prima ipotesi di autotutela satisfattiva a favore del creditore modellata sullo schema marciano si rinviene nell'ambito della disciplina del prestito vitalizio ipotecario, introdotta nell'ordinamento giuridico con il d.l. 20 settembre 2005, n. 203, convertito con modificazioni dalla legge 2 dicembre 2005, n. 248, e più recentemente modificato dalla legge 2 aprile 2015, n. 44.

Volendo definire i tratti fondamentali dell'istituto⁷⁰⁷, il dettato normativo⁷⁰⁸ appena citato delinea una particolare fattispecie di

⁷⁰⁷ Per un'approfondita analisi complessiva dell'istituto cfr. D. FARACE, voce *Prestito vitalizio ipotecario*, in *Enc. giur. (Aggiornamento)*, XV, Roma, 2007, p. 1 s.; R. RINALDI – A. VARRATI, *Lo sviluppo del prestito ipotecario vitalizio in Italia: potenzialità e problemi normativi*, in *Bancaria*, 2007, III, p. 70 s.; P. BUZZONETTI – C. PACELLA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, Milano, 2010. Alla luce della novella che ha interessato l'istituto e che ne ha definito la conformazione attuale v. G. O. MANNELLA – G. C. PLATANIA, *Il prestito vitalizio ipotecario – Quaderni della rivista Notariato*, Milano, 2015; M. LOBUONO, *Il prestito vitalizio ipotecario*, Torino, 2017; T. RUMI, *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni "marciane" a garanzia del credito immobiliare*, in G. D'AMICO – S. PAGLIANTINI – F. PIRAINO – T. RUMI, *I nuovi marciani*, cit., p. 105 s.

⁷⁰⁸ La versione integrale dell'art. 11 *quaterdecies*, comma 12, del d.l. n. 203/2005 come modificato dalla l. n. 44/2015 definisce il prestito vitalizio ipotecario come quel prestito che "ha per oggetto la concessione da parte di banche nonché di intermediari finanziari, di cui all'articolo 106 del testo unico di cui al decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, di finanziamenti a medio e lungo termine, con capitalizzazione

finanziamento fruibile da parte di persone fisiche di età superiore a sessant'anni garantito da ipoteca di primo grado su immobili residenziali.

Il modello descritto, peraltro, non è nuovo ad altre esperienze giuridiche europee come quella francese⁷⁰⁹, ove con la riforma del diritto delle garanzie del 2006 è stato introdotto il corrispondente *pret viàger hypothécaire*, ma forti assonanze con il prestito vitalizio ipotecario si ritrovano anche nel modello del *reverse mortgage*⁷¹⁰ diffuso negli Stati Uniti.

La *ratio* sottesa alla disciplina in esame è quella di predisporre uno strumento giuridico funzionale ai bisogni specifici di persone anziane, mediante il quale le stesse possano fruire in via agevolata dell'accesso al credito essendo quindi in grado di reperire liquidità senza privarsi della proprietà della propria abitazione⁷¹¹.

annuale di interessi e di spese, riservati a persone fisiche con età superiore a sessanta anni compiuti, il cui rimborso integrale in un'unica soluzione può essere richiesto al momento della morte del soggetto finanziato ovvero qualora vengano trasferiti, in tutto o in parte, la proprietà, altri diritti reali o di godimento sull'immobile dato in garanzia o si compiano atti che ne riducano significativamente il valore, inclusa la costituzione di diritti reali di garanzia in favore di terzi che vadano a gravare sull'immobile”.

La disciplina del prestito vitalizio ipotecario è stata successivamente implementata con il Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico n. 226/2015.

⁷⁰⁹ Con l'*Ordonnance* 2006-346 del 23 marzo 2006 *Reform de droit des suretes*, è stato modificato il *Code de la consommation* mediante l'inserimento di un capitolo relativo al *prêt viager hypothécaire*, cfr. V. M. BRUCKER, *Le prêt viager hypothécaire*, in *JCP – La semaine juridique, Edition notariale et immobiliere*, n. 19, 2007; in arg. anche in chiave comparata rispetto al corrispondente istituto di diritto italiano v. A. FUSARO, *Il prestito vitalizio ipotecario in prospettiva comparatistica*, in *Notariato*, 2017, II, p. 114 s.; D. V. CERINI, *Il prestito vitalizio ipotecario: legal transplant in cerca di definizione*, in *Dir. ed economia delle assicurazioni*, 2006, II, p. 503 s.; B. VARI, *La riforma dell'ipoteca convenzionale in Francia*, in *R. d. civ.*, 2009, II, p. 249 s.; R. LENZI, *Prestito vitalizio ipotecario, riforma del credito immobiliare e incerto destino del marciante di diritto comune*, in *ODCC*, 2017, II, p. 322 s.

Un meccanismo corrispondente trova disciplina nell'ordinamento spagnolo, che prevede la cd. *Hipoteca inversa*, cfr. T. RUMI, *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni “marciante”*, cit., p. 117, spec. nt. 38.

⁷¹⁰ Cfr. sul tema G. GIGLIOTTI, *Il prestito vitalizio ipotecario: un reverse mortgage all'italiana?*, in *Corr. mer.*, 2011, VII, p. 677 s.; R. LENZI, *Prestito vitalizio ipotecario, riforma del credito immobiliare*, cit., p. 323 s.; F. CHESSA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *Imm. prop.*, 2006, V, p. 305 s.; in generale, sul tema del *reverse mortgage* v. G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Milano, 2017, p. 296 s.

⁷¹¹ Sulle ragioni economiche e sociali sottese alla normativa in esame v. T. RUMI, *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni “marciante”*, cit., p. 117; ID., *La nuova disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *Contratti*, 2015, X, p. 937 s.; S. CHERTI, *Prime note sulle modifiche alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *Corr. giur.*, 2015, VIII-IX, p. 99 s.; O. MANNELLA – G. C. PLATANIA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, cit., p. 5 s.; A.

Il tratto caratterizzante la figura in esame, ai fini della presente indagine, è il peculiare meccanismo di tutela a disposizione del creditore per l'ipotesi di inadempimento dell'obbligo restitutorio da parte del mutuatario.

In particolare, la disciplina di legge prevede che il finanziamento possa essere rimborsato integralmente in un'unica soluzione entro un anno dalla morte del soggetto finanziato. Tuttavia, nell'ipotesi di mancato rimborso nel termine indicato, il comma 12 *quater* dell'art. 11 *quaterdecies*⁷¹² dispone che il creditore possa vendere direttamente l'immobile oggetto di garanzia al prezzo di mercato, secondo una valutazione compiuta da un perito indipendente, trattenendo le somme ricavate ad estinzione del debito, con l'obbligo di restituire agli eredi del finanziatore l'eventuale eccedenza tra il ricavato dalla vendita e l'ammontare del debito.

Da ultimo, riproponendo il meccanismo alla base del citato *reverse mortgage* di stampo anglosassone, la disposizione in esame prevede che *“l'ammontare del debito residuo non può superare il ricavato della vendita dell'immobile, al netto delle spese sostenute”*. In tal modo, quindi, a fronte

IULIANI, *Il prestito vitalizio ipotecario nel nuovo “sistema” delle garanzie reali*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2016, IV, p. 717 s. sottolinea che *“il prestito vitalizio ipotecario, al di là dell'obbiettivo immediato di mantenere ad un livello soddisfacente i consumi, si candida a diventare uno strumento alternativo di politica sociale e patrimoniale progettato per far fronte all'invecchiamento della popolazione nei paesi occidentali”*.

Per un'analisi generale delle politiche di diritto concernenti la condizione dell'anziano in Europa, v. E. BACCIARDI, *La tutela civile degli anziani alla luce dell'art. 25 della Carta di Nizza*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2015, VI, p. 293 s.

⁷¹² *Qualora il finanziamento non sia integralmente rimborsato entro dodici mesi dal verificarsi degli eventi di cui al citato comma 12, il finanziatore vende l'immobile ad un valore pari a quello di mercato, determinato da un perito indipendente incaricato dal finanziatore, utilizzando le somme ricavate dalla vendita per estinguere il credito vantato in dipendenza del finanziamento stesso. Trascorsi ulteriori dodici mesi senza che sia stata perfezionata la vendita, tale valore viene decurtato del 15 per cento per ogni dodici mesi successivi fino al perfezionamento della vendita dell'immobile. In alternativa, l'erede può provvedere alla vendita dell'immobile, in accordo con il finanziatore, purché la compravendita si perfezioni entro dodici mesi dal conferimento dello stesso. Le eventuali somme rimanenti, ricavate dalla vendita e non portate a estinzione del predetto credito, sono riconosciute al soggetto finanziato o ai suoi aventi causa. L'importo del debito residuo non può superare il ricavato della vendita dell'immobile, al netto delle spese sostenute. Nei confronti dell'acquirente dell'immobile non hanno effetto le domande giudiziali di cui all'articolo 2652, primo comma, numeri 7) e 8), del codice civile trascritte successivamente alla trascrizione dell'acquisto.*

del potere di vendita dell'immobile riconosciuto al creditore, il legislatore limita la soddisfazione delle ragioni di quest'ultimo esclusivamente sul ricavato dalla liquidazione dell'immobile, in modo che gli eredi del finanziato non possano trovarsi obbligati per l'eventuale *surplus* tra la somma ricavata dalla vendita e l'ammontare del debito inadempito⁷¹³.

Da una sommaria descrizione dei tratti essenziali dell'istituto si evince come il legislatore abbia sostanzialmente predisposto un meccanismo di tutela satisfattiva a favore del creditore fondata sull'attribuzione al medesimo di un potere di vendita sul bene oggetto di garanzia, che, secondo la dottrina⁷¹⁴ andrebbe inquadrato in termini di mandato di vendita *ex lege* con rappresentanza e in *rem propriam* conferito appunto al creditore.

La procedura di realizzazione della garanzia, quindi, viene in questo caso articolata quale alternativa all'ordinaria procedura di esecuzione forzata, ma allo stesso tempo, mediante l'applicazione della cautela marciiana lo schema normativo garantisce il controllo esterno di equità ed efficienza della procedura di liquidazione e soddisfazione del creditore in modo che quest'ultimo possa ottenere soddisfazione su un valore esattamente corrispondente a quello del credito inadempito⁷¹⁵.

⁷¹³ Sul profilo dell'effetto esdebitativo riconnesso alla realizzazione della garanzia, anche in via di confronto con la disciplina dell'art. 120 *quinquiesdecies* t.u.b. in materia di credito immobiliare ai consumatori, cfr. T. RUMI, *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni "marciane"*, cit., p. 131 s.; G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit. p. 317 s., v. *infra*, Par. 2.2., in questo Capitolo.

⁷¹⁴ O. MANNELLA – G. C. PLATANIA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, cit., p. 5 s.; A. IULIANI, *Il prestito vitalizio ipotecario nel nuovo "sistema" delle garanzie reali*, cit., p. 738 s.; A. CHIANALE, *L'inutilità dell'ipoteca nel "prestito vecchietti"*, in *Notariato*, 2016, IV, p. 358 s.; M. TATARANO, *Prestito vitalizio ipotecario e affidamento fiduciario*, in *Trusts*, 2017, III, p. 252 s.; V. IVONE, *Il prestito vitalizio ipotecario: luci ed ombre del principale istituto della cd. finanza della terza età*, in *Contratto e impr.*, 2018, I, p. 383 s.; *contra* T. RUMI, *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni "marciane"*, cit., p. 131 s. secondo cui "la definizione del p.v.i. come mandato irrevocabile a vendere di fonte legale poco si addice alla figura qui esaminata dove manca proprio il contratto di mandato, in quanto il finanziatore procede alla vendita del bene senza passare dalla normale procedura esecutiva, non in base ad un accordo con la controparte, ma in virtù di un potere regolamentato ed a lui attribuito direttamente dalla legge".

⁷¹⁵ T. RUMI, *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni "marciane"*, cit., p. 131 s.

1.2. *Il pegno non possessorio.*

Il d.l. 2 maggio 2016, n. 59, convertito con legge 30 giugno 2016, n. 119, ha dato la luce ad un nuovo modello di garanzia reale⁷¹⁶, ovvero il pegno mobiliare non possessorio riservato all'impiego da parte di imprenditori iscritti al registro delle imprese al fine di garantire crediti inerenti all'esercizio della propria attività.

Il modello di pegno così delineato si caratterizza⁷¹⁷ per l'assenza di spossessamento quale modalità costitutiva della garanzia, e in tal modo consente all'imprenditore/garante di costituire in pegno⁷¹⁸ beni produttivi – presenti o futuri – funzionali all'esercizio dell'impresa, senza doversi privare degli stessi e quindi potendo continuare ad impiegarli nell'ambito dell'esercizio dell'attività imprenditoriale⁷¹⁹, in definitiva godendo di un mezzo ulteriore ed alternativo di accesso al finanziamento dell'impresa⁷²⁰.

⁷¹⁶ L'ordinamento italiano ha già sperimentato la figura del pegno senza spossessamento con una legge speciale avente ad oggetto il pegno di prosciutti a denominazione di origine controllata (l. n. 401/1985), poi estesa anche ai prodotti lattiero caseari con la l. n. 122/2001, cfr. S. AMBROSINI, *Il pegno non possessorio ex lege n. 119/2016*, in *Crisi d'impresa e fallimento*, 2016, p. 1 s.

⁷¹⁷ La figura del pegno non possessorio di nuovo conio presenta una serie di ulteriori profili innovativi che non possono essere oggetto di disamina in questa sede, quali la rotatività della garanzia reale e le connesse facoltà riconosciute al garante in pendenza del rapporto di garanzia, per un'analisi dell'istituto e delle novità che ne caratterizzano la disciplina cfr. E. GABRIELLI, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – Una garanzia reale senza possesso*, in *G. it.*, 2017, VII, p. 1715 s.; S. AMBROSINI, *Il pegno non possessorio ex lege n. 119/2016*, cit., p. 8 s.; M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. “Pegno”, ma non troppo*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2018, III, p. 703 s.; C. ABATANGELO, *Una nuova figura di pegno nel c.d. “decreto banche”*, in *ODCC*, 2017, I, p. 19 s.; G. BARILLA, *Alcune osservazioni a margine del recepimento legislativo del pegno non possessorio*, in *Corr. giur.*, 2017, I, p. 5 s.; F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, II, p. 231 s.

⁷¹⁸ La normativa (art. 1 comma 2 d.l. n. 59/2016) prevede altresì la possibilità per l'imprenditore di costituire pegno su crediti inerenti all'esercizio dell'attività imprenditoriale.

⁷¹⁹ Modelli esteri di garanzia: Common law floating charge, Olanda, Belgio

⁷²⁰ Sull'importanza del modello di garanzia non possessoria, anche in base ad un'analisi economica del generale sistema di accesso al credito si vedano ancora le considerazioni di E. BRODI, *La tutela del credito in Italia: spunti per una lettura gius-economica delle cause di prelazione (parte prima)*, cit., p. 1399 s.; ID., *La tutela del credito in Italia: spunti per una lettura gius-economica delle cause di prelazione (parte seconda)*, cit. p. 483 s.

Il dettato normativo in parola, tuttavia, oltre che per l'introduzione di un'inedita fattispecie di garanzia, si distingue per la predisposizione di una procedura di realizzazione della garanzia pignorizia⁷²¹ ancora una volta alternativa rispetto all'ordinaria procedura esecutiva.

L'art. 1 comma settimo⁷²² del d.l. 59/2016, infatti, prevede che all'occorrere di eventi che costituiscano una ragione di escussione del pegno,

⁷²¹ Sul modello di realizzazione della garanzia pignorizia, cfr. C. ABATANGELO, *Una nuova figura di pegno nel c.d. "decreto banche"*, cit., p. 29 s.; S. AMBROSINI, *Il pegno non possessorio ex lege n. 119/2016*, cit., p. 14 s.; E. GABRIELLI, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – Una garanzia reale senza possesso*, cit., p. 1715 s.; D. RUSSO, *Oltre il patto marciano*, Napoli, 2017, p. 43 s.; N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119*, cit., p. 995 s.; I. BAGHI, *L'esordio del pegno mobiliare non possessorio: riflessioni sui profili processuali*, in *Corr. giur.*, 2017, XI, p. 1380 s.

⁷²² Art. 1 comma settimo d.l. n. 59/2016: *"Al verificarsi di un evento che determina l'escussione del pegno, il creditore previa intimazione notificata, anche direttamente dal creditore a mezzo di posta elettronica certificata, al debitore e all'eventuale terzo concedente il pegno, e, previo avviso scritto [al datore della garanzia e] agli eventuali titolari di un pegno non possessorio trascritto nonché al debitore del credito oggetto del pegno, ha facoltà di procedere:*

a) alla vendita dei beni oggetto del pegno trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del credito fino a concorrenza della somma garantita e con l'obbligo di informare immediatamente per iscritto il datore della garanzia dell'importo ricavato e di restituire contestualmente l'eccedenza; la vendita è effettuata dal creditore tramite procedure competitive anche avvalendosi di soggetti specializzati, sulla base di stime effettuate, salvo il caso di beni di non apprezzabile valore, da parte di operatori esperti, assicurando, con adeguate forme di pubblicità, la massima informazione e partecipazione degli interessati; l'operatore esperto è nominato di comune accordo tra le parti o, in mancanza, è designato dal giudice; in ogni caso è effettuata, a cura del creditore, la pubblicità sul portale delle vendite pubbliche di cui all'articolo 490 del codice di procedura civile;

b) alla escussione o cessione dei crediti oggetto di pegno fino a concorrenza della somma garantita, dandone comunicazione al datore della garanzia;

c) ove previsto nel contratto di pegno e iscritto nel registro di cui al comma 4, alla locazione del bene oggetto del pegno imputando i canoni a soddisfacimento del proprio credito fino a concorrenza della somma garantita, a condizione che il contratto preveda i criteri e le modalità di determinazione del corrispettivo della locazione; «il creditore pignorizio comunica immediatamente per iscritto al datore della garanzia stessa il corrispettivo e le altre condizioni della locazione pattuite con il relativo conduttore;

d) ove previsto nel contratto di pegno e iscritto nel registro di cui al comma 4, all'appropriazione dei beni oggetto del pegno fino a concorrenza della somma garantita, a condizione che il contratto preveda anticipatamente i criteri e le modalità di valutazione del valore del bene oggetto di pegno e dell'obbligazione garantita; il creditore pignorizio comunica immediatamente per iscritto al datore della garanzia il valore attribuito al bene ai fini dell'appropriazione".

il creditore possa procedere in via stragiudiziale a soddisfarsi sul bene oggetto di garanzia in base a quattro procedure alternative, tra cui due assumono rilevanza centrale ai fini della presente indagine.

La prima – come si è visto in materia di prestito vitalizio ipotecario – prevede il conferimento *ex lege* al creditore del potere di vendita sul bene oggetto di pegno – secondo procedure competitive e previa stima del bene da parte di esperti – e successiva soddisfazione sul ricavato fino a concorrenza del credito inadempito con l’obbligo di restituzione al debitore dell’eventuale eccedenza.

Anche in questa ipotesi, quindi, il meccanismo di soddisfacimento del creditore si impernia sostanzialmente sullo *ius vendendi* del bene oggetto di garanzia, cui si applica la cautela marciانا atta ad evitare squilibri nelle attribuzioni patrimoniali in sede di realizzazione della stessa⁷²³.

La seconda alternativa che viene in questione assume i tratti del vero e proprio patto marciano⁷²⁴ di stampo romanistico, poiché prevede la possibilità – solo ove espressamente pattuita *ex ante* dalle parti del rapporto di garanzia – che il creditore acquisti la proprietà del bene in pegno a soddisfazione delle proprie pretese, previa stima e con l’obbligo di restituire al debitore l’eventuale eccedenza rispetto al valore del credito inadempito.

Può dirsi pertanto che, con la novella del 2016, il modello marciano si propone quale alternativa soddisfattiva a disposizione del creditore anche nell’ambito della fase di realizzazione della garanzia mobiliare, seguendo peraltro una tendenza affermata già in altri ordinamenti e riconosciuta anche dalle istanze normative in materia di garanzie del credito di matrice europea.

⁷²³ Cfr. B. SALVATORE, *Trasferimenti di proprietà in funzione di garanzia del credito*, cit., p. 35 s.; D. RUSSO, *Oltre il patto marciano*, cit., p. 43 s.

⁷²⁴ In questi termini anche N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119*, cit., p. 995 s.; C. ABATANGELO, *Una nuova figura di pegno nel c.d. “decreto banche”*, cit., p. 29 s.

1.3. *L'art. 48 bis T.U.B.: finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato.*

Oltre alla disciplina in materia di pegno mobiliare non possessorio, al cd. “decreto banche” (d.l. n. 59/2016 convertito con legge n. 119/2016) si deve l'introduzione di un nuovo modello di tutela del credito fondato sul trasferimento di beni immobili sospensivamente condizionato all'inadempimento dell'obbligazione garantita⁷²⁵.

La citata novella, trasposta nel nuovo art. 48 *bis* t.u.b., delinea uno strumento giuridico esclusivamente riservato alla categoria imprenditoriale e

⁷²⁵ Per un'analisi della fattispecie *ex art. 48 bis* t.u.b., in dottrina v. G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., p. 1 s.; S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B.: il “pasticcio” di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, in G. D'AMICO – S. PAGLIANTINI – F. PIRAINO – T. RUMI, *I nuovi marciano*, cit., p. 42 s.; ID., *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – Spigolando intorno all'art. 48 bis t.u.b.: specialità di trattamento e principio di proporzionalità delle garanzie?*, in *G. it.* 2017, VII, p. 1715 s.; ID., *L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura ragionata dell'art. 48 bis t.u.b.*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2016, V, p. 931 s.; A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, cit., p. 10 s.; ID., *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1398 s.; N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano*, cit. p., 995 s.; S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella l. n. 119/2016: il cd. patto marciano*, in *D. fall.*, 2016, V, p. 1075 s.; E. BRODI, *Brevi note sull'utilizzabilità dell'art. 48 bis t.u.b. per la gestione delle sofferenze bancarie*, in *Il caso.it*, 2017; M. NATALE, *Recenti tentativi di tipizzazione del patto marciano*, cit., p. 1 s.; D. MARI, *Il patto marciano: un'analisi critica del nuovo art. 48 bis T.U.B.*, in *R. not.*, 2016, p. 1111 s.; G. ORLANDO, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – Alienazione attuativa della garanzia del finanziamento ex art. 48 bis tub e ipoteca*, in *G. it.*, 2017, VII, p. 1715 s.; A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis t.u.b. è davvero il patto marciano*, in *Corr. Giur.*, 2016, XII, p. 1477 s.; G. MARCHETTI, *Trasferimento di immobili ex art. 48 bis tub e patto marciano: il nuovo statuto delle garanzie per le imprese nel c.d. decreto banche*, in C. ABATANGELO (a cura di) *Problematiche giuridiche per l'impresa – Un'antologia*, Milano, 2017, p. 79 s.; C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese garantito da trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato*, in *St. iuris*, 2016, XII, p. 1451 s.; S. CAMPOLATTARO, *Fenomenologia del patto marciano tra tipicità e atipicità*, in *R. not.*, 2017, III, p. 591 s.; A. CHIANALE, *Qualche pensiero sulle recenti vicende del patto marciano*, in *R. not.*, 2016, IV, p. 751 s.; A. A. DOLMETTA, *La ricerca del marciano utile*, in *R. d. civ.*, 2017, IV, p. 811 s.; R. FRANCO, *Alienazione in funzione di garanzia e patto marciano: recenti conquiste e incerti automatismi. Una riflessione senza (troppi) entusiasmi*, in *R. d. priv.*, 2018, II, p. 265 s.; D. GIGLIO, *Il divieto del patto commissorio ed il problema delle alienazioni in funzione della garanzia*, cit., p. 171 s.

funzionale alla garanzia di finanziamenti concessi da parte di istituti di credito o intermediari finanziari autorizzati⁷²⁶.

In termini di struttura dell'operazione, alle parti è concessa la facoltà di negoziare il trasferimento condizionato di proprietà dell'immobile all'istituto finanziatore sia in via autonoma, e quindi quale unico strumento di rafforzamento della posizione creditoria, sia in via strumentale alla garanzia ipotecaria già costituita⁷²⁷.

Nel primo caso il trasferimento condizionato sembra soddisfare direttamente e in via autonoma la funzione di garanzia, del pari predisponendo un meccanismo di soddisfazione del creditore fondato sul definitivo acquisto della proprietà sull'immobile in caso di inadempimento dell'obbligazione garantita⁷²⁸.

⁷²⁶ Anche l'istituto esaminato, come quelli precedentemente delineati, costituisce un mezzo di tutela del credito riservato a particolari soggetti, e per determinate operazioni di finanziamento, come si avrà modo di verificare in seguito occorre quindi verificare come questi nuovi marciatori speciali possano relazionarsi con tecniche simili di garanzia del credito sviluppate dalla prassi di dottrinale e giurisprudenziale di diritto comune, sul tema v. *amplius infra*, Par. 3, in questo Capitolo; su questa tematica v. di recente G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., p. 27 s.; A. A. DOLMETTA, *La ricerca del marciano utile*, cit., p. 811 s.; G. FAPPIANO, *Il patto marciano: tra tipicità e autonomia contrattuale*, in *Contratti*, 2019, I, p. 86 s.; L. FOLLIERI, *Il patto marciano tra diritto "comune" e "speciale"*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2018, XII, p. 1857 s.; N. CIPRIANI, *Il patto marciano tra discipline di settore e sistema*, in *Annali SISDIC*, Napoli, 2017, p. 191 s.

⁷²⁷ Art. 48 bis t.u.b. quarto comma.

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.

⁷²⁸ In questo senso, sottolineando la distinzione anche nell'alienazione condizionata tra funzione di garanzia e funzione solutoria rimessa precisamente all'operare del meccanismo marciano N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano*, cit., p. 995 s.; pur attribuendo all'alienazione condizionata non strumentale ad una garanzia reale tipica la natura di negozio surrogatorio dell'esecuzione forzata, riconosce nella fattispecie la funzione indiretta di garanzia A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, cit., p. 10 s.; diversamente per la qualificazione della figura in termini di mero surrogato satisfattivo dell'adempimento v. S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B.: il "pasticcio" di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, cit., p. 42 s.

Nel secondo caso, invece, il trasferimento pare assumere più nettamente i tratti di una vera e propria alternativa stragiudiziale all'esecuzione forzata, regolando in buona sostanza la fase di realizzazione della garanzia ipotecaria a cui il patto è strumentale e quindi predeterminando una procedura di autotutela soddisfattiva del creditore⁷²⁹.

Il dato che accomuna le descritte declinazioni dell'istituto in parola è la cautela marciiana predisposta dal legislatore a regolazione della fase di realizzazione della garanzia mediante l'acquisto della proprietà dell'immobile da parte del creditore.

In forza del combinato disposto dei commi secondo e sesto dell'art. 48 *bis* t.u.b., infatti, il creditore, per avvalersi del patto, deve dare avvio alla procedura di stima dell'immobile da parte di un perito designato dal Presidente del Tribunale del luogo ove è sito il bene, ed il medesimo effetto traslativo può considerarsi perfezionato solo laddove, in caso di differenza tra il valore del bene e l'ammontare del credito inadempito, il creditore abbia provveduto al versamento al debitore della corrispondente somma.

Rimettendo ad un altro paragrafo⁷³⁰ di questo capitolo osservazioni più approfondite in merito al trasferimento di immobili *ex art. 48 bis* t.u.b. in punto di struttura ed effetti, può fin d'ora sottolinearsi come l'istituto qui tratteggiato presenti un forte carattere di innovatività nel panorama delle tecniche di garanzia del credito nel nostro ordinamento.

La peculiarità del trasferimento *ex art. 48 bis* t.u.b. si rinviene innanzitutto nella formalizzazione legislativa del modello di patto marciiano quale negozio traslativo operante nell'area delle garanzie immobiliari realizzato *iusto praetio tunc aestimandum*, in grado quindi di neutralizzare esiti pregiudizievoli per il debitore nella fase di realizzazione della garanzia reale

⁷²⁹ Sul punto si vedano fin d'ora le considerazioni di A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciiano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, cit., p. 10 s.; ID., *Patto marciiano e sottotipi*, cit., p. 1398 s.; N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciiano*, cit. p., 995 s.; ID., *Il patto marciiano tra garanzia del credito ed esecuzione forzata*, in *G. it.*, 2017, VII, p. 1729 s.; B. SALVATORE, *Trasferimenti di proprietà in funzione di garanzia del credito*, cit., p. 121 s.

⁷³⁰ V., *infra*, Par. 2.

e di garantire un regime di equilibrio tra le contrapposte posizioni del rapporto di garanzia.

Tuttavia, a ben guardare, la disciplina normativa esaminata ha l'ulteriore merito di attribuire al negozio traslativo condizionato su beni immobili il ruolo di autonomo strumento di garanzia reale, non limitandosi a contemplare il trasferimento di proprietà come un metodo di soddisfazione del creditore regolata in via contrattuale, ma giungendo a consacrare legislativamente una peculiare declinazione della tanto vituperata figura di alienazione in funzione di garanzia.

1.4. L'art. 120 quinquiesdecies T.U.B.: la tutela del finanziatore nella disciplina del credito immobiliare ai consumatori.

Un altro istituto di nuovo conio disciplinante la tutela soddisfacente del creditore nell'ambito di rapporti di finanziamento garantiti da ipoteca è quello introdotto dal d.lgs. n. 72/2016 in attuazione della direttiva 2014/17/UE, ovvero la cd. *Mortgage Credit Directive*, inerente ai contratti di credito ai consumatori relativi ad immobili residenziali⁷³¹.

L'art. 28 della citata direttiva – avente ad oggetto l'ipotesi di morosità del consumatore nel pagamento delle rate del mutuo – ai commi quarto e quinto⁷³² prevede che gli stati membri non impediscano alle parti del contratto

⁷³¹ Per una panoramica generale della *Mortgage Credit Directive*, nella dottrina italiana, v. P. SIRENA (a cura di), *I mutui ipotecari del diritto Comparato ed europeo – Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, Quaderni Fondazione Italiana del Notariato, Milano, 2016; T. RUMI, *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*, in *Contratti*, 2015, I, p. 70 s.; E. PELLECCIA, *La direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativa a beni immobili residenziali*, in *Banca, b., tit. cred.*, 2016, II, p. 2016 s.; G. VISCONTI, *La disciplina del credito immobiliare ai consumatori introdotta nel t.u.b. dal d.lgs. n. 72/2016*, in *Imm. prop.*, 2016, VIII- IX, 2016, p. 489 s.; R. FERRETTI – A. SANTORO, *Prime osservazioni sul decreto legislativo di recepimento della direttiva mutui*, in *Dirittobancario.it*, 2016, p. 1 s.; per uno studio dell'impatto della direttiva negli ordinamenti europei v. E. A. AMAYUELAS, *The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe. Contrasting Views from Member States*, Groningen, 2018.

⁷³² Art. 28 Dir. 2017/14/UE.

di convenire meccanismi di rimborso del credito fondati sul trasferimento della garanzia reale o sulla liquidazione della medesima⁷³³.

Il tratto caratterizzante le disposizioni introdotte dal legislatore italiano in attuazione della norma in esame consiste nel meccanismo esdebitativo⁷³⁴ riconnesso alla procedura di realizzazione della garanzia immobiliare, in forza del quale il trasferimento del bene immobile o la liquidazione del medesimo non costituiscono solo tecniche di realizzazione stragiudiziale della garanzia in caso di inadempimento del consumatore, ma incidono altresì sull'effettiva consistenza residua del debito stesso, consentendo al debitore di liberarsi in ragione dell'effetto traslativo anche laddove il debito residuo risulti superiore al valore del bene o al ricavato della liquidazione, alla stregua di quanto previsto dal modello di *reverse mortgage* di stampo anglosassone.

4. *Gli Stati membri non impediscono alle parti di un contratto di convenire espressamente che la restituzione o il trasferimento della garanzia reale o dei proventi della vendita della garanzia reale è sufficiente a rimborsare il credito.*

5. *Se il prezzo ottenuto per il bene immobile influisce sull'importo dovuto dal consumatore, gli Stati membri predispongono procedure o misure intese a consentire di ottenere il miglior prezzo possibile per la vendita del bene immobile in garanzia.*

Se a seguito di una procedura esecutiva rimane un debito residuo, gli Stati membri assicurano che siano poste in essere misure intese a facilitare il rimborso al fine di proteggere i consumatori.

⁷³³ Approfonditamente sull'art. 28 della direttiva v. A. BERTOLINI, *Morosità e pignoramenti*, sub art. 28 dir. 2014/17/UE, in *I mutui ipotecari del diritto Comparato ed europeo*, cit., p. 481 s.; v. anche A. LUPOI, *Le direttive non vanno prese alla lettera (breve nota alla direttiva 2014/17)*, in *R. d. banc.*, 2016, III, p. 1 s.

⁷³⁴ Sul profilo dell'esdebitazione connessa all'escussione della garanzia che caratterizza la figura del cd. marciano consumatori, si è sviluppato un intenso dibattito in dottrina, con riguardo alla qualificazione del descritto meccanismo in termini di limitazione della responsabilità patrimoniale del debitore v. F. PIRAINO, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – Il patto marciano alla luce della disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, cit., p. 1715 s.; in termini dubitativi A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, p. 10 s.; *contra* per l'inammissibilità di una scissione tra debito e responsabilità nel marciano consumatori G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 322 s.; A. BERTOLINI, *Morosità e pignoramenti*, sub art. 28 dir. 2014/17/UE, p. 481 s.; per un'analisi dell'effetto esdebitativo connesso all'escussione della garanzia quale tratto generale del patto marciano e quindi attribuibile anche alle altre fattispecie introdotte dal legislatore italiano, v. S. PAGLIANTINI, *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della dir. 2014/17/UE*, cit., p. 191 s.; ID., *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – Spigolando intorno all'art. 48 bis t.u.b.*, cit., p. 1715 s.

L'attuazione della *Mortgage Credit Directive* da parte del d.lgs. n. 72/2016 ha condotto all'introduzione nel Testo Unico Bancario di un nuovo capo dedicato alla disciplina del credito immobiliare ai consumatori.

L'ipotesi di inadempimento del consumatore e le modalità di escussione della garanzia immobiliare trovano regolazione all'art. 120 *quinquiesdecies* t.u.b.⁷³⁵, in forza del quale le parti, al momento della conclusione del contratto di credito, possono convenire due modalità alternative di realizzazione della garanzia: il trasferimento dell'immobile ipotecato al creditore, ovvero la liquidazione dell'immobile con facoltà di soddisfazione sul ricavato da parte dello stesso⁷³⁶.

Anche in questo caso, quindi, la tutela auto-satisfattiva del creditore è modellata dal legislatore sul duplice schema del trasferimento del bene oggetto di garanzia e dell'attribuzione al creditore dello *ius vendendi* sul bene medesimo.

⁷³⁵ Art. 120 *quinquiesdecies*. Inadempimento del consumatore.

...

3. Fermo quanto previsto dall'art. 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'art. 120-quater.

⁷³⁶ Sulla nuova figura di patto marciano riservato alla disciplina del credito immobiliare ai consumatori cfr. S. PAGLIANTINI, *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della dir. 2014/17/UE*, cit., p. 191 s.; F. PIRAINO, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – Il patto marciano alla luce della disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, cit., p. 1715 s.; ID., *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciano*, cit., p. 149 s.; A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1398 s.; M. ASTONE, *Inadempimento del consumatore e autotutela del finanziatore tra (divieto del) patto commissorio e patto marciano*, in *Eur. d. priv.*, 2017, III, p. 735 s.; G. ROSSI, *Il nuovo d.lgs. 21 aprile 2016, n. 72: c'è davvero aria di cambiamenti*, in *Contratto e impr.*, 2016, VI, p. 1493 s.; A. BERTOLINI, *La tutela del debitore inadempiente nella disciplina europea dei mutui ipotecari. Eterogenesi dei fini, errori prospettici ed aporie alla luce dell'analisi economica del diritto*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2016, II, p. 327 s.; B. SALVATORE, *Trasferimenti di proprietà in funzione di garanzia del credito e liquidazione dei beni*, cit., p. 60 s.; D. RUSSO, *Oltre il patto marciano*, cit., p. 67 s.; C. CAMARDI, *Legislazione della crisi e diritto privato*, in *ODCC*, 2017, II, p. 289 s.

Comune alle due alternative è la cautela marciana traducesi nell'obbligo di stima del bene successivamente all'inadempimento, cui corrisponde l'obbligo per il creditore di restituire l'eventuale differenza tra il valore acquisito in sede soddisfattiva e l'ammontare del debito inadempito.

Il *quid pluris* della normativa in esame, come detto, è il peculiare effetto esdebitativo connesso alla realizzazione stragiudiziale della garanzia e rispondente ad un evidente *ratio* di tutela del consumatore quale contraente debole del rapporto di credito al quale, in tal modo, viene garantita la possibilità di estinguere la propria esposizione debitoria e fruire così del cd. *fresh start*⁷³⁷.

La normativa esaminata, quindi, contribuisce ad introdurre nel nostro ordinamento un nuovo istituto dedicato alla tutela del credito incentrato sul trasferimento di beni immobili oggetto di garanzia ipotecaria, al fianco – come di seguito si avrà modo di approfondire – del meccanismo disciplinato dall'art. 48 *bis* t.u.b..

Particolarmente interessante, ai fini della presente indagine, sarà analizzare in via comparativa i due modelli di patto marciano immobiliare introdotti dal legislatore del 2016 con il modello generale delineato dalla giurisprudenza⁷³⁸, soprattutto sotto il profilo delle tecniche di attuazione della tutela soddisfattiva a favore del creditore, al fine di individuare tratti comuni e caratteristiche peculiari di questi istituti di settore e cogliere in che termini possa articolarsi il rapporto tra il patto marciano tipizzato dal legislatore e il corrispondente rimedio di diritto comune elaborato dalla giurisprudenza e dalla dottrina.

⁷³⁷ M. ASTONE, *Inadempimento del consumatore e autotutela del finanziatore tra (divieto del) patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 735 s.; A. BERTOLINI, *La tutela del debitore inadempiente nella disciplina europea dei mutui ipotecari*, cit., p. 327 s.; G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 322 s.

⁷³⁸ V. *infra*, Par. 3, in questo Capitolo.

2. Il patto marciano ex art. 48 bis. T.U.B.

La disamina del modello di patto marciano delineato all'art. 48 bis T.U.B. non può prescindere da una descrizione complessiva della fattispecie atta a delineare i caratteri inerenti alla struttura e alla funzione della stessa, ma soprattutto finalizzata ad isolare i profili che caratterizzano in modo maggiormente significativo il regime di tutela approntato dal legislatore del 2016 a favore del creditore nel momento di escussione della garanzia reale.

Come si avrà modo di sottolineare in seguito, infatti, l'istituto in esame presenta delle precise connotazioni strutturali e funzionali che lo rendono particolarmente attraente all'occhio dell'interprete stimolando riflessioni in ordine al rapporto tra il meccanismo marciano e la garanzia reale, ma pure con riguardo al significato che il patto marciano assume in relazione alla figura dell'alienazione in funzione di garanzia e, più in generale, alle tecniche di garanzia reale del credito.

2.1. Il trasferimento di immobile sospensivamente condizionato all'inadempimento dell'obbligazione garantita: analisi della fattispecie.

Il dettagliato corpo normativo dell'art. 48 bis t.u.b. esordisce delineando i profili oggettivi e soggettivi dell'operazione economica su cui si innesta la facoltà per le parti di negoziare il cd. patto marciano immobiliare.

Il primo comma della disposizione in esame opera un generico riferimento al “*contratto di finanziamento concluso tra un imprenditore e una banca o altro soggetto autorizzato a concedere finanziamenti nei confronti del pubblico ai sensi dell'art. 106 t.u.b.*”; il legislatore mantiene quindi piuttosto larghe le maglie della definizione normativa con riguardo

all'operazione di credito garantita⁷³⁹ – la quale comunque pare doversi circoscrivere a tutte le fattispecie che si fondano sulla causa di concessione del credito⁷⁴⁰ – e al contempo individua precisamente i soggetti che possono usufruire dell'istituto in parola⁷⁴¹.

La combinazione del rapporto di finanziamento e del contratto di trasferimento condizionato in funzione di garanzia, quindi, da vita ad un'operazione economico-giuridica complessa imperniata su un fenomeno di collegamento negoziale⁷⁴² nell'ambito del quale il modello disciplinato

⁷³⁹ Sottolinea la natura generica dell'espressione sfruttata dal legislatore R. FRANCO, *Alienazione in funzione di garanzia e patto marciano: recenti conquiste e incerti automatismi. Una riflessione senza (troppi) entusiasmi*, cit., p. 265 s., v. anche G. MARCHETTI, *Trasferimento di immobili ex art. 48 bis tub e patto marciano: il nuovo statuto delle garanzie per le imprese nel c.d. decreto banche*, cit., p. 82.

⁷⁴⁰ Sul punto si vedano le riflessioni di D. MARI, *Il patto marciano: un'analisi critica del nuovo art. 48 bis T.U.B.*, cit., p. 1115, il quale individuando nella causa di finanziamento il requisito minimo connotante l'operazione oggetto di garanzia ai sensi dell'art. 48 bis t.u.b., ammette sia le fattispecie tipiche di cui all'art. 1813 c.c. o agli artt. 38 ss. t.u.b., che quelle atipiche ampiamente diffuse nella prassi commerciale, ma non per esempio l'emissione di titoli obbligazionari.

⁷⁴¹ A fronte del generico riferimento normativo alla figura dell'imprenditore quale parte del contratto di finanziamento e, quindi, pure di quello di garanzia, la dottrina tende a concordare nel ricomprendere in tale definizione la figura di imprenditore disciplinata dall'art. 2082 c.c., v. C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese garantito da trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato*, cit., p. 1451 s.; S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella l. n. 119/2016: il cd. patto marciano*, cit., p. 1075 s.; S. PAGLIANTINI, *L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura ragionata dell'art. 48 bis t.u.b.*, cit., p. 931 s.; ID., *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – Spigolando intorno all'art. 48 bis t.u.b.: specialità di trattamento e principio di proporzionalità delle garanzie?*, cit., p. 1715 s. esclude la fruibilità del meccanismo ex art. 48 bis t.u.b. da parte di lavoratori autonomi, ma solleva il dubbio circa la possibile applicazione dell'istituto ai rapporti di credito cui prendano parte società cooperative e imprese sociali, soggette all'iscrizione presso il Registro delle Imprese ancorché non caratterizzate dallo scopo di lucro.

Per quanto attiene al lato attivo del rapporto di finanziamento, come detto, il legislatore fa riferimento ad istituti di credito e ad altri soggetti autorizzati alla concessione di finanziamenti ai sensi dell'art. 106 t.u.b., ammettendo alla stipulazione del contratto pure società controllate dal creditore o al medesimo collegate ai sensi delle vigenti disposizioni di legge. Tale ultimo inciso, pare doversi attribuire alla volontà del legislatore di avallare la prassi invalsa tra istituti di credito o intermediari finanziari di servirsi di società controllate o collegate per la gestione del patrimonio immobiliare, in arg. v. D. MARI, *Il patto marciano: un'analisi critica del nuovo art. 48 bis T.U.B.*, cit., p. 1115.

⁷⁴² V. C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese garantito da trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato*, cit., p. 1451 s.

dall'art. 48 *bis* t.u.b. integra un contratto per l'impresa, appartenente al novero dei negozi giuridici cd. *business to business*⁷⁴³.

Muovendo all'analisi del negozio di garanzia, il primo comma dell'art. 48 *bis* t.u.b. delinea la possibilità per le parti di perfezionare un atto di trasferimento avente ad oggetto il diritto di proprietà o un altro diritto reale su un bene immobile nella titolarità dell'imprenditore finanziato, ma anche di altro soggetto terzo⁷⁴⁴, a favore dell'ente erogante il finanziamento, sottoponendo il trasferimento alla condizione sospensiva di inadempimento dell'obbligazione garantita.

Sotto il profilo dell'oggetto del negozio giuridico di trasferimento, la norma fa riferimento al diritto di proprietà, ma pure ad altri "diritti reali immobiliari" mediante l'utilizzo di un'espressione forse eccessivamente generica, alla luce della quale pare corretto ritenersi che anche diritti reali di godimento possano costituire oggetto dell'atto⁷⁴⁵.

⁷⁴³ Occorre peraltro sottolineare un profilo di criticità nella delineazione dell'atto di trasferimento *ex* art. 48 *bis* t.u.b. in termini di contratto dell'impresa poiché lo stesso comma primo della disposizione in esame ammette la possibilità che la proprietà o il diritto reale sul bene immobile oggetto di trasferimento sia di un soggetto terzo e non dell'imprenditore finanziato, integrando in tal modo una fattispecie di concessione della garanzia da parte di terzo. Diversamente da quanto previsto per l'imprenditore garantito, tuttavia, la norma, peccando di eccessiva genericità, non prevede che il soggetto terzo datore di garanzia debba essere un imprenditore, offrendo il fianco a critiche e dubbi di natura interpretativa circa la fruibilità dello strumento giuridico anche da parte di soggetti non professionali, o non operanti nell'ambito della propria attività professionale, e sollevando l'ulteriore questione inerente al regime di tutela offerto dall'ordinamento a soggetti non professionali che prendono parte a tali tipologie di rapporti giuridici. Sul punto si vedano le osservazioni critiche di S. PAGLIANTINI, *L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura ragionata dell'art. 48 bis t.u.b.*, cit., p. 931 s., il quale sottolinea l'assonanza tra la problematica descritta e quella propostasi in materia di garanzia fideiussoria che ha coinvolto pure la Corte di Giustizia UE, la quale recentemente con la pronuncia C-74/15, *Tarcau c. Banca Commerciala Intesa San Paolo Romania SA*, ha ritenuto applicabile al terzo fideiussore persona fisica non operante nell'ambito della propria attività professionale il regime di tutela consumeristica nell'ambito del rapporto di garanzia con un istituto di credito, in arg. v. anche N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119*, cit., p. 995 s.; B. SALVATORE, *Trasferimenti di proprietà in funzione di garanzia del credito e liquidazione dei beni*, cit., p. 75 s.

⁷⁴⁴ Sulle implicazioni derivanti dal trasferimento della proprietà o di altro diritto reale su un bene immobile da parte di un soggetto terzo diverso dall'imprenditore finanziato, v. *supra* nt. precedente.

⁷⁴⁵ In questi termini, pur sottolineando l'eccessiva imprecisione del dettato normativo, S. PAGLIANTINI, *L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura ragionata*

Il legislatore, peraltro, al comma terzo dell'art. 48 *bis* t.u.b., esclude espressamente dal perimetro oggettivo del negozio di trasferimento il bene immobile “*adibito ad abitazione principale del proprietario, del coniuge o dei suoi parenti e affini entro il terzo grado*”⁷⁴⁶, ponendo così un limite nell’ottica della tutela del debitore e dei terzi datori di garanzia ispirato alla natura ed agli effetti della pattuizione in esame che, nell’ipotesi di esito patologico dell’obbligazione garantita, determinerebbe la radicale perdita del diritto di proprietà sul bene immobile⁷⁴⁷ stesso.

Trattandosi di un negozio avente ad oggetto il trasferimento di diritti su beni immobili, lo stesso primo comma dell’art. 48 *bis* t.u.b. – all’ultimo periodo – prevede che l’alienazione condizionata sia soggetta a trascrizione⁷⁴⁸ e che la relativa nota debba contenere gli elementi di cui all’art. 2839⁷⁴⁹ n. 4),

dell’art. 48 *bis* t.u.b., cit., p. 931 s., il quale propone dubitativamente anche l’ammissibilità di un atto di trasferimento avente ad oggetto un diritto personale di godimento.

⁷⁴⁶ Critica la lacunosità della norma che non ricomprende nel novero dei soggetti esclusi dalla negoziabilità dell’accordo il convivente *more uxorio* o la parte di un’unione civile S. PAGLIANTINI, *L’art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura ragionata dell’art. 48 bis t.u.b.*, cit., p. 931 s., proponendo, coerentemente, un’estensione interpretativa ai citati soggetti della disposizione rischiando diversamente di incorrere in un vizio di incostituzionalità.

⁷⁴⁷ N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119*, cit., p. 995 s. osserva come in realtà la disposizione in esame, pur proponendo uno specifico regime di tutela a favore datore della garanzia, tradisce lo spirito dell’istituto che si articola in termini di tecnica stragiudiziale di realizzazione della garanzia in via alternativa rispetto all’esecuzione forzata. Una limitazione di questo genere, infatti, finisce per limitare la capacità dell’istituto in esame di surrogare la procedura esecutiva ordinaria e, come sostiene l’Autore, tradisce un atteggiamento di diffidenza nei confronti del meccanismo marciano fondato sul trasferimento dell’immobile in caso di inadempimento e, quindi, sull’idoneità dell’istituto a garantire adeguatamente il bilanciamento degli interessi delle parti nella fase di discussione della garanzia.

Allo stato, pare che la procedura per la realizzazione della garanzia immobiliare risulti ancora non del tutto svincolata anche concettualmente dalla necessità di un controllo giurisdizionale esterno, elemento che rende la fattispecie sicuramente più farraginoso in termini esecutivi, ma d’altro canto tutela gli interessi del debitore e di eventuali creditori chirografari, come peraltro accade in analoghi istituti previsti in altri ordinamenti giuridici continentali, cfr. *supra*, Cap. II, Par. 3.

⁷⁴⁸ V. C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese garantito da trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato*, cit., p. 1455 s.

⁷⁴⁹ Ne deriva, pertanto, che la relativa nota di trascrizione dovrà precisare tassativamente l’importo della somma per cui è presa l’iscrizione, gli interessi e le annualità che il credito produce e il termine di esigibilità della prestazione.

Occorre ulteriormente sottolineare come i richiami al regime ipotecario non si esauriscano al comma primo della disposizione in esame: infatti il comma 13-*bis* dispone che

5), e 6) c.c., regolante i requisiti contenutistici della formalità per l'iscrizione ipotecaria.

L'assimilazione alla garanzia ipotecaria, peraltro, si propone anche in punto di efficacia del descritto meccanismo pubblicitario, cui il comma 13-*ter*⁷⁵⁰ della norma in esame riconnette gli effetti di cui all'art. 2855 c.c.⁷⁵¹.

Un altro profilo rilevante sul piano dell'articolazione concreta della fattispecie, ma pure – come di seguito si avrà modo di precisare – su quello dell'inquadramento dogmatico della medesima⁷⁵², è quello che attiene al momento di stipulazione del contratto di trasferimento dell'immobile e al possibile rapporto tra quest'ultimo e l'altro modello tipico di garanzia reale immobiliare, ovvero ancora l'ipoteca⁷⁵³.

Il comma quarto della disposizione in esame, infatti, prevede che il trasferimento condizionato possa essere perfezionato dalle parti *in continenti*, e quindi contestualmente alla conclusione del contratto di finanziamento,

ai fini del concorso tra creditori, il patto a scopo di garanzia deve equipararsi all'ipoteca, offrendo regolazione all'ipotesi in cui la realizzazione della garanzia coinvolga interessi di altri creditori e si profili una situazione di concorso ed eventuale necessità di graduazione; d'altro canto i riferimenti alla garanzia ipotecaria paiono forieri di incertezze nella misura in cui si attagliano con difficoltà ad una fattispecie concreta come quella dell'art. 48-*bis* t.u.b., in cui il concorso tra creditori, e quindi l'eventuale graduazione delle rispettive posizioni creditorie, risulta difficilmente attuabile concretamente laddove intervenga l'escussione stragiudiziale della garanzia, e perciò al di fuori di una procedura giurisdizionale.

⁷⁵⁰ Il comma 13-*ter* dell'art. 48 *bis* t.u.b. è stato inserito in sede di conversione del decreto legge n. 59/2016 segnatamente al fine di delineare un regime minimo di riferimento per la garanzia traslativa, anche dal punto di vista pubblicitario, cfr. in arg. S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella l. n. 119/2016: il cd. patto marciano*, cit., p. 1075 s.

⁷⁵¹ La disposizione precisa inoltre che, ai fini dell'assimilazione all'art. 2855 c.c., deve farsi riguardo, in luogo del pignoramento alla notificazione della dichiarazione di volersi valere del patto ai sensi del comma quinto dell'art. 48 *bis* t.u.b.

⁷⁵² V. *infra*, Par. 2.2.

⁷⁵³ Sul punto v. G. ORLANDO, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – Alienazione attuativa della garanzia del finanziamento ex art. 48 bis tub e ipoteca*, cit., p. 1715 s.; C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese garantito da trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato*, cit., p. 1451 s.; N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119*, cit., p. 995 s.; in termini critici sull'ambiguità del legislatore nella delineazione del modello di garanzia traslativa in via cumulativa o alternativa rispetto all'ipoteca S. PAGLIANTINI, *L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura ragionata dell'art. 48 bis t.u.b.*, cit., p. 931 s.; ID., *Sull'art. 48-bis T.U.B.: il "pasticcio" di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, cit. p. 47 s.

ovvero *ex intervallo*, perciò in un momento successivo, pendente il rapporto principale di garantito⁷⁵⁴.

In quest'ultima ipotesi, il legislatore ammette espressamente la possibilità che il trasferimento *ex art. 48 bis t.u.b.* conviva con la garanzia ipotecaria già costituita e si combini ad essa nella complessiva operazione di garanzia provvedendo ulteriormente a coordinare i due modelli anche sul piano pubblicitario e disponendo che, una volta trascritto, il negozio traslativo “*prevale sulle trascrizioni e sulle iscrizioni eseguite successivamente all'iscrizione ipotecaria*”⁷⁵⁵.

In tal modo viene a proporsi un regime di interazione tra la garanzia ipotecaria e quella *ex art. 48 bis t.u.b.* che si risolve, per espressa volontà di

⁷⁵⁴ Il comma quarto dell'art. 48 *bis* t.u.b. prevede infatti che “*Il patto di cui al comma primo 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*”, occorre fin d'ora chiarire l'operatività della disposizione. La possibilità per le parti di stipulare il patto in via contestuale al finanziamento o successivamente al medesimo deve ritenersi una facoltà riconosciuta dal legislatore in via generale, sia per i contratti stipulati successivamente all'entrata in vigore della norma che per quelli pendenti alla medesima data.

Diversa ed eventualmente ulteriore è la situazione in cui venga in discussione il rapporto tra il trasferimento condizionato e la garanzia ipotecaria. In caso di stipulazione del trasferimento condizionato *ex intervallo*, infatti, il legislatore ammette un regime di integrazione con l'eventuale garanzia ipotecaria già perfezionata. Tale scenario, tuttavia, può dirsi quasi certo in caso di rinegoziazione dei contratti di finanziamento pendenti alla data di entrata in vigore della disposizione (dovendosi ritenere che tali operazioni siano già garantite da ipoteca), ma rimane del tutto eventuale per i contratti di credito stipulati in un momento successivo; sul punto v. anche N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119*, cit., p. 995 s.

⁷⁵⁵ Sulla base del citato dato letterale, la dottrina si è espressa in termini di effetto prenotativo riconnesso all'iscrizione ipotecaria rispetto all'effetto traslativo che viene a prodursi in ragione del negozio *ex art. 48 bis t.u.b.*, in questi termini v. S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B.: il “pasticcio” di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, cit. p. 47; ID., *L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura ragionata dell'art. 48 bis t.u.b.*, cit., p. 931 s.; come correttamente sottolineato da C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese garantito da trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato*, cit., p. 1457 l'effetto di retrodatazione della trascrizione dell'alienazione condizionata *ex art. 48 bis t.u.b.* trova un limite nell'ipotesi, non espressamente disciplinata dalla normativa, di creditori ipotecari di grado anteriore, i quali in forza del generale principio della priorità degli adempimenti pubblicitari devono considerarsi titolari di uno *ius distrahendi* destinato a prevalere sull'acquisto *sub condicione* dell'istituto di credito.

legge, nella retrodatazione⁷⁵⁶ della formalità riconnessa al negozio di trasferimento al momento di iscrizione dell'ipoteca, assicurando così al creditore ipotecario la possibilità di sfruttare gli effetti del negozio traslativo e divenire pieno proprietario dell'immobile in caso di inadempimento dell'obbligazione garantita.

Ciò che risulta decisivo ai fini del corretto inquadramento della figura in esame è la peculiare declinazione offerta dal legislatore del negozio di trasferimento dell'immobile *ex art. 48 bis t.u.b.* che, alla luce di tale assetto normativo, può essere impiegato quale autonomo meccanismo di garanzia reale, in luogo della tradizionale garanzia ipotecaria, ma può – almeno sotto il profilo teorico – anche integrarsi alla medesima e operare in combinato con essa⁷⁵⁷.

Proseguendo nella disamina dell'istituto marciano, l'art. 48 *bis t.u.b.* ai commi quinto e successivi, provvede a delineare i termini di operatività della fattispecie e gli effetti della medesima nell'ambito della generale fase di realizzazione della garanzia nell'ipotesi di esito patologico del vincolo obbligatorio principale.

Trattandosi di un negozio traslativo condizionato sospensivamente⁷⁵⁸ all'inadempimento dell'obbligazione garantita, il legislatore, al comma

⁷⁵⁶ Sul punto v. ancora, per tutti, C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese garantito da trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato*, cit., p. 1455 s.

⁷⁵⁷ Per un'analisi maggiormente approfondita circa il ruolo da attribuirsi al trasferimento *ex art. 48 bis t.u.b.* nel generale panorama delle tecniche di garanzia del credito e anche in relazione alla garanzia ipotecaria, v. *infra*, Par. 2.2.

⁷⁵⁸ Parte della dottrina, peraltro, ha riflettuto anche sulla precisa scelta legislativa di delineare la tutela marciana dell'art. 48 *bis t.u.b.* esclusivamente sul modello della condizione sospensiva di inadempimento, senza ammettere per converso la negoziabilità di una condizione risolutiva avente ad oggetto il corretto adempimento dell'obbligazione garantita, cfr. G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., p. 27, il quale sottolinea come la condizione risolutiva di inadempimento sia proprio il paradigma invalso nella prassi negoziale per la disciplina di operazioni atipiche di garanzia reale, in senso contrario invece S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B.: il "pasticcio" di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, cit. p. 93 s. sostiene che l'interpretazione dell'art. 48 *bis t.u.b.* e l'individuazione degli interessi alla base della procedura di escussione della garanzia comporti l'inammissibilità di un modello traslativo fondato sulla condizione risolutiva, che di fatto metterebbe fuori gioco le tutele a favore del debitore nella procedura prevista dal legislatore.

quinto dell'art. 48 *bis* t.u.b., offre una disciplina dettagliata del presupposto fondante l'operatività della pattuizione in esame, individuando la soglia di gravità dell'inadempimento il cui raggiungimento legittima il creditore garantito ad avvalersi del meccanismo di tutela marciana⁷⁵⁹.

In caso negoziazione del rimborso su base rateale mensile⁷⁶⁰, infatti, occorre che il debitore sia incorso nel mancato pagamento di almeno tre rate, anche non consecutive, e che tale inadempimento si sia protratto per un minimo di nove mesi; laddove il termine per il rimborso rateale sia superiore ad un mese, è invece sufficiente che il termine di nove mesi si combini al mancato pagamento anche di una sola rata.

Diversamente, in caso di rimborso pattuito in un'unica soluzione, è sufficiente la maturazione del periodo di insolvenza pari a nove mesi dalla data di scadenza dell'obbligazione restitutoria⁷⁶¹.

A chiusura dell'elencazione dei criteri di valutazione dell'inadempimento, il legislatore introduce un meccanismo premiale nei confronti del debitore in forza del quale il termine di tolleranza dell'inadempimento viene elevato da nove a dodici mesi nel caso in cui, pur

⁷⁵⁹ Per un'analisi inerente al ruolo dei requisiti di gravità dell'inadempimento come delineato dall'art. 48 *bis* t.u.b. comma quinto nell'ambito della generale collocazione dogmatica del rimedio marciano cfr. S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B.: il "pasticcio" di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, cit. p. 47; ID., *L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura ragionata dell'art. 48 bis t.u.b.*, cit., p. 931 s.; G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, in *Eur. d. priv.*, 2017, I, p. 1 s.; N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119*, cit., p. 995 s.; B. SALVATORE, *Trasferimenti di proprietà in funzione di garanzia del credito e liquidazione dei beni*, cit., p. 75 s.; D. RUSSO, *Oltre il patto marciano*, cit. p. 59, il quale sottolinea come la qualificazione normativa dell'inadempimento utile all'attuazione della tutela marciana riecheggi l'approccio adottato dal legislatore nell'ambito dell'art. 120 *quinquiesdecies* t.u.b. in tema di credito immobiliare ai consumatori.

⁷⁶⁰ V. D. MARI, *Il patto marciano: un'analisi critica del nuovo art. 48 bis T.U.B.*, cit., p. 1118 s. secondo cui, nella fattispecie prevista dalla norma secondo cui l'obbligo di rimborso del finanziamento debba compiersi in un'unica soluzione, devono farsi rientrare non solo le ipotesi fisiologiche di termine unico per il rimborso totale del finanziamento, ma pure quelle patologiche quali la decadenza dal beneficio del termine *ex art.* 1186 c.c.

⁷⁶¹ V. ancora D. MARI, *Il patto marciano: un'analisi critica del nuovo art. 48 bis T.U.B.*, cit., p. 1118.

essendo maturati i requisiti appena descritti, il debitore abbia già provveduto a rimborsare l'85 % del credito complessivo⁷⁶².

Dalla lettura della disposizione esaminata appare chiara la volontà del legislatore di prevenire l'esercizio abusivo delle ragioni creditizie nella fase di escussione della garanzia reale⁷⁶³.

Un simile atteggiamento si traduce nell'introduzione di una serie di cautele atte a qualificare il grado di inadempimento utile all'attuabilità del rimedio marciano e, per contro, ad individuare un'area entro la quale, pur sussistendo l'inadempimento del debitore, questo debba ritenersi irrilevante e quindi tollerabile da parte del creditore garantito.

Quest'ultimo profilo risulta particolarmente rilevante poiché incide significativamente sul paradigma rimediale su cui la parte fedele al contratto di finanziamento può fare affidamento nella situazione patologica dello stesso.

Pare doversi pacificamente ammettere, infatti, che a fronte del mancato rimborso delle rate di finanziamento, il creditore sia comunque legittimato all'attivazione dei rimedi ordinari come la risoluzione per inadempimento, nonché alla fruizione delle ordinarie procedure di esecuzione forzata al fine di ottenere coattivamente la soddisfazione delle proprie ragioni⁷⁶⁴.

⁷⁶² Il termine integrativo di nove mesi decorrente dall'inadempimento di tre rate di rimborso è giudicato elemento determinante per evitare ipotesi di escussione abusiva della garanzia da parte del creditore secondo G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., p. 10 s., sotto altro punto di vista l'Autore riflette come la combinazione dei descritti criteri di gravità dell'inadempimento possa condurre ad esiti pregiudizievoli sul versante opposto, potendosi prospettare la situazione in cui l'escussione della garanzia da parte del creditore avvenga in un momento in cui l'ammontare del credito inadempito sia eccessivamente elevato rispetto al potenziale valore di mercato dell'immobile; in tale ipotesi potrebbe allora essere più conveniente per il creditore procedere con l'esecuzione forzata in via ordinaria, rinunciando definitivamente alla tutela marciiana.

⁷⁶³ V. S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B.: il "pasticcio" di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, cit. p. 87 s.; ancora D. MARI, *Il patto marciano: un'analisi critica del nuovo art. 48 bis T.U.B.*, cit., p. 1118; C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese garantito da trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato*, cit., p. 1451 s.

⁷⁶⁴ In questi termini anche G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., p. 10 s., il quale proprio alla luce della coesistenza dei due piani di tutela in caso di inadempimento del debitore – ovvero quella ordinaria e quella marciiana – ritiene si debba desumere a livello interpretativo la necessità di ritenere il contratto di finanziamento risolto

Altrettanto pacifico è il fatto che tali rimedi si debbano incentrare sugli ordinari criteri di valutazione dell'inadempimento, come quelli di cui all'art. 1455 c.c. o, in materia di credito fondiario, di cui all'art. 1819 c.c. e 40 comma secondo t.u.b.⁷⁶⁵.

Ne deriva che, nell'ambito dei finanziamenti cui accede la garanzia marciara *ex art. 48 bis t.u.b.*, viene a prodursi una duplicazione dei regimi di tutela coattiva del credito⁷⁶⁶, regimi che tuttavia non si pongono sul medesimo piano operativo ed effettuale, ma che si posizionano su livelli diversi segnatamente in ragione della gravità dell'inadempimento che ne costituisce il presupposto⁷⁶⁷ per la fruizione da parte del creditore.

Il primo, come detto, corrisponde all'ordinario procedimento esecutivo⁷⁶⁸, il secondo invece, consiste nel meccanismo di escussione della garanzia reale in via stragiudiziale che si risolve nell'art. 48 *bis t.u.b.*.

nell'ipotesi in cui il creditore decida di servirsi del trasferimento a fini soddisfattori, in modo da precludere ipotesi di inadempimento tardivo del debitore che potrebbero determinare, *ex post*, il venir meno dei requisiti qualificanti l'inadempimento su cui poggia il rimedio marciano.

⁷⁶⁵ V. ancora, S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B.: il "pasticcio" di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, cit. p. 87 s.

⁷⁶⁶ Come osservato da parte della dottrina, tuttavia, questo doppio regime di tutela potrebbe porsi in contrasto con la *ratio* dell'istituto disciplinato dall'art. 48 *bis t.u.b.*. Ragionando sul piano della tutela coattiva del credito, cui afferisce il tema della realizzazione della garanzia reale, infatti, la delineaazione di regimi di tutela posti su piani diversi e fruibili dalle parti a diverse condizioni pregiudica la – almeno teorica – fungibilità degli stessi. Restringere le condizioni di accesso alla tutela reale marciara rispetto a quelle che invece giustificano l'incardinazione della procedura esecutiva ordinaria potrebbe infatti precludere la possibilità di qualificare il meccanismo di tutela *ex art. 48 bis t.u.b.* in termini di valida alternativa stragiudiziale alla procedura ordinaria di natura giudiziale, finendo per frustrare le finalità pratiche che ne hanno giustificato l'introduzione nell'ordinamento giuridico, v. sul punto, N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119*, cit., p. 995 s., il quale individua in tale atteggiamento del legislatore una sorta di "diffidenza" nei confronti di un istituto che comporti l'appropriazione in via soddisfattiva del bene immobile da parte del creditore; analoghe considerazioni, peraltro vengono svolte a commento della limitazione soggettiva di cui al primo comma dell'art. 48 *bis t.u.b.*, in forza del quale l'immobile oggetto di trasferimento condizionato non può costituire l'abitazione principale del datore della garanzia.

⁷⁶⁷ N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119*, cit., p. 995 s.

⁷⁶⁸ Come osservato da S. PAGLIANTINI, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – Spigolando intorno all'art. 48 bis t.u.b.: specialità di trattamento e principio di proporzionalità delle garanzie?*, cit., p. 1715 s., il creditore potrebbe pure evitare di agire in via esecutiva e limitarsi a pretendere il pagamento delle rate rimaste insolute. Anche in tal caso, tuttavia, le due tutele alternative appena delineate potrebbero tornare ad intersecarsi, laddove per esempio, nell'inerzia del creditore garantito dal trasferimento condizionato, un

Come precisato dal legislatore al comma secondo della disposizione in esame, il rimedio marciano integra una facoltà⁷⁶⁹ a disposizione del creditore, o meglio, un diritto potestativo⁷⁷⁰ nella titolarità di quest'ultimo: il perfezionarsi dell'inadempimento con i requisiti di cui al comma quinto, infatti, legittima il creditore a servirsi della pattuizione a soddisfazione delle proprie ragioni, ma non integra un effetto reale automatico a favore di quest'ultimo⁷⁷¹.

Ed invero quella regolata dai successivi commi dell'art. 48 *bis* t.u.b. pare costituire una figura giuridica ibrida che si colloca tra la condizione negoziale

altro creditore intraprendesse una procedura esecutiva sul patrimonio del debitore: in quel caso, affinché al creditore cd. "marciano" sia garantito un livello effettivo di tutela, dovrebbe ritenersi attivabile la procedura atta al trasferimento dell'immobile in sede esecutiva pur non sussistendo i requisiti di gravità dell'inadempimento *ex* comma quinto dell'art. 48 *bis* t.u.b., *in thesi* sfruttando l'istituto della decadenza dal beneficio del termine per la restituzione dell'intero importo *ex* art. art. 1186 c.c., in questo senso v. anche D. MARI, *Il patto marciano: un'analisi critica del nuovo art. 48 bis T.U.B.*, cit., p. 1118.

⁷⁶⁹ A tal proposito G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., p. 10 s., sottolinea la natura ibrida della condizione disciplinata dall'art. 48 *bis* t.u.b., che risulta integrata da una serie di requisiti sostanziali e composta da una serie di passaggi imposti *ex lege* tali da avvicinarla sensibilmente ad una procedura di escussione della garanzia a valle della quale viene a prodursi l'effetto reale a favore del creditore.

Parte della dottrina, peraltro, ricollega la facoltà rimessa al creditore di avvalersi della pattuizione all'effetto esdebitatorio che deriverebbe dall'acquisto della proprietà sull'immobile, nel caso in cui il valore del medesimo fosse inferiore all'ammontare del credito inadempito, alla stregua di quanto è espressamente previsto sul punto dall'art. 120 *quinquiesdecies* t.u.b. in tema di tutela del creditore nei contratti di credito immobiliare ai consumatori, in arg. v. S. PAGLIANTINI, *L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura ragionata dell'art. 48 bis t.u.b.*, cit., p. 931 s.

⁷⁷⁰ In questi termini v. anche B. SALVATORE, *Trasferimenti di proprietà in funzione di garanzia del credito e liquidazione dei beni*, cit., p. 78; G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., p. 8 s., nt. 13 e 18.

⁷⁷¹ Così S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B.: il "pasticcio" di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, cit. p. 95; A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis t.u.b. è davvero il patto marciano*, cit., p. 1482 s., nt. 37, che, tuttavia, propone la qualificazione della fattispecie condizionale in termini di situazione giuridica complessa integrata da una serie di passaggi riassumibili in una situazione unitaria. Secondo tale ricostruzione infatti – stressando, per vero, i principi generali governanti il negozio condizionale – il fatto dedotto ad oggetto della condizione non sarebbe di per sé l'inadempimento, ma la manifestazione di volontà di volersi avvalere del patto da parte del creditore o, a valle del meccanismo marciano, la restituzione dell'eccedenza di valore tra l'ammontare del credito e il valore del bene immobile.

Nega la qualificazione della fattispecie in termini di condizione unilaterale B. SALVATORE, *Trasferimenti di proprietà in funzione di garanzia del credito e liquidazione dei beni*, cit., p. 78, sottolineando che tale ultima figura si caratterizza per il fatto di attribuire ad una delle parti la facoltà di rinunciare agli effetti che ne scaturiscono, profilo che non trova riscontro nel procedimento di cui all'art. 48 *bis* t.u.b.

in senso tecnico⁷⁷² e un procedimento stragiudiziale di realizzazione della garanzia fondato sull'effetto reale a favore del creditore⁷⁷³.

L'ultimo periodo del comma quinto, infatti, prevede che il creditore che intenda servirsi del negozio di trasferimento dell'immobile sia tenuto a notificare al debitore o al terzo garante, nonché a tutti i titolari di diritti derivanti da titolo trascritto o iscritto sull'immobile, una dichiarazione di volersi avvalere degli effetti del negozio, dovendo ulteriormente precisare l'ammontare del credito inadempito per cui procede.

In definitiva, come detto, l'inadempimento dell'obbligazione garantita, pur integrando un evento futuro ed incerto idoneo ad incidere sulla dinamica del rapporto negoziale, non concretizza un elemento all'occorrere del quale l'atto di trasferimento diviene automaticamente efficace⁷⁷⁴.

Diversamente occorrerà che, *in primis*, venga soddisfatto il requisito oggettivo corrispondente alla gravità dell'inadempimento *ex* comma quinto e, ulteriormente, che il creditore manifesti la volontà di avvalersi degli effetti del negozio medesimo, da cui poi scaturiranno i successivi passaggi previsti dall'art. 48 *bis* t.u.b..

La suddetta dichiarazione di volontà da parte del creditore apre quella che può definirsi la vera e propria fase procedimentale dell'istituto marciano, caratterizzata da una serie di passaggi regolati *ex lege* all'esito dei quali l'effetto traslativo può dirsi efficacemente completato.

⁷⁷² A proposito, doveroso il rinvio ad A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 130 s.; G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 70 s.

⁷⁷³ G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., p. 10 s.; S. PAGLIANTINI, *L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura ragionata dell'art. 48 bis t.u.b.*, cit., p. 931 s.; B. SALVATORE, *Trasferimenti di proprietà in funzione di garanzia del credito e liquidazione dei beni*, cit., p. 78.; in questo senso v. anche R. FRANCO, *Alienazione in funzione di garanzia e patto marciano*, cit., p. 299.

⁷⁷⁴ Sul punto v. S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B.: il "pasticcio" di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, cit. p. 95; ID., *L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura ragionata dell'art. 48 bis t.u.b.*, cit., p. 931 s.; G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., p. 10 s.; B. SALVATORE, *Trasferimenti di proprietà in funzione di garanzia del credito e liquidazione dei beni*, cit., p. 75 s.

In prima istanza, la legge prevede che, decorsi sessanta giorni dalla comunicazione della volontà di volersi avvalere del patto⁷⁷⁵, il creditore possa richiedere al tribunale del luogo in cui si trova l'immobile la nomina di un perito incaricato alla stima del bene⁷⁷⁶.

Quest'ultimo procederà alla stima sulla base dei criteri individuati dall'art. 568 c.p.c.⁷⁷⁷, trovando applicazione ai sensi dell'art. 48 *bis* t.u.b. sesto comma pure l'art. 1349 primo comma c.c.⁷⁷⁸.

⁷⁷⁵ S. PAGLIANTINI, *L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura ragionata dell'art. 48 bis t.u.b.*, cit., p. 931 s. riflette sulla qualificazione del termine di sessanta giorni intercorrente tra la dichiarazione del creditore di volersi avvalere del patto e la richiesta dello stesso al presidente del tribunale per la nomina del perito, che, stando ad un'interpretazione preferibile della norma, parrebbe proporsi come termine di grazia, pendente il quale il debitore sia ammesso all'adempimento tardivo dell'obbligazione, o – ma questa pare essere un'ipotesi maggiormente problematica – al pagamento di una somma di ammontare tale da far venir meno i requisiti di gravità dell'inadempimento giustificanti l'attuazione della clausola marciana; in arg. v. anche C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese garantito da trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato*, cit., p. 1455 s.

⁷⁷⁶ In questa fase del procedimento la posizione del debitore è tutelata mediante il coordinamento del procedimento di stima da parte dell'autorità giurisdizionale, che risulta funzionale in primo luogo a garantire l'imparzialità del soggetto estimatore, cui per espressa volontà di legge si applicano le cause di astensione di cui all'art. 51 c.p.c., e in secondo luogo individua la sede giurisdizionale a cui il debitore può ricorrere laddove intendesse proporre opposizione alla stima effettuata; in arg. v. S. PAGLIANTINI, *L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura ragionata dell'art. 48 bis t.u.b.*, cit., p. 931 s.

⁷⁷⁷ In generale sulla procedura di determinazione del valore dell'immobile ai sensi dell'art. 568 c.p.c., nell'ambito del procedimento di esecuzione forzata immobiliare v. A. M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, VI ed., Padova, 2017, p. 1299 s.

⁷⁷⁸ Criticabile è il rinvio operato dal legislatore all'art. 1349 c.c. primo comma che disciplina l'ipotesi di accordo delle parti per la determinazione della prestazione dedotta in contratto da parte di un soggetto terzo il quale deve rifarsi a criteri di equo apprezzamento laddove le parti non abbiano manifestamente voluto rimettersi al suo libero arbitrio. La disposizione in esame si pone in apparente conflitto con il rinvio, peraltro da ritenersi coerente, all'art. 568 c.p.c. che individua i criteri di stima del bene in seno all'esecuzione immobiliare, e pone delle problematiche di coordinamento con i potenziali criteri di impugnazione della perizia di stima che, ritenendo pienamente applicabile l'art. 1349 primo comma c.c., dovrebbero limitarsi all'erroneità o alla manifesta iniquità. Pare quindi condivisibile l'opinione di S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B.: il "pasticcio" di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, cit. p. 91, secondo cui, alla luce dell'applicazione dell'art. 568 c.p.c., il rinvio all'art. 1349 primo comma c.c. deve ritenersi effettuato nei limiti di compatibilità. Per la superfluità del rinvio all'art. 1349 primo comma c.c. in relazione ai criteri di realizzazione della perizia di stima v. S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella l. n. 119/2016: il cd. patto marciano*, cit., p. 1075 s.; in questo senso v. anche C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese garantito da trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato*, cit., p. 1460.

Sottolinea la diversità di disciplina tra la fattispecie in esame e quella di cui all'art. 120 *quinquiesdecies* t.u.b. S. CAMPOLATTARO, *Fenomenologia del patto marciano tra tipicità e*

Effettuata la stima, questa deve essere trasmessa alle parti coinvolte nel procedimento, e quindi ancora al creditore, al debitore – ed, eventualmente, al terzo garante – nonché agli altri soggetti terzi titolari di diritti derivanti da titolo iscritto o trascritto.

Pur non esplicitando il passaggio, la normativa riconosce al debitore il diritto di contestare l'esito della perizia di stima⁷⁷⁹, precisando che tale incombente non preclude il decorso del procedimento e quindi la definitiva efficacia traslativa del patto, ma può influire sulla concreta determinazione dell'ammontare che, eventualmente, il creditore sarà tenuto a restituire al debitore in ragione dell'operare della cautela marciana.

Esaurito questo passaggio, il comma ottavo dell'art. 48 *bis* t.u.b. individua precisamente le due circostanze alternative che si pongono a conclusione dell'iter procedimentale descritto, cui deve ricondursi l'effetto di avveramento della condizione sospensiva apposta al negozio traslativo.

La prima corrisponde alla comunicazione al creditore del valore di stima dell'immobile, la seconda invece, nell'ipotesi in cui il valore dell'immobile sia stato accertato essere superiore a quello del credito inadempito, corrisponde al momento in cui il creditore abbia successivamente effettuato il versamento a favore del debitore della relativa differenza di valore⁷⁸⁰.

atipicità, cit., p. 591 s. osservando come nell'ipotesi di escussione in via stragiudiziale della garanzia immobiliare nel credito ai consumatori il legislatore ammette che il terzo perito possa essere nominato su accordo delle parti senza ricorrere all'autorità giurisdizionale, caso nel quale troverebbe una collocazione più agevole il riferimento all'art. 1349 c.c.

⁷⁷⁹ Sul punto v. C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese garantito da trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato*, cit., p. 1455 s.; v. anche S. PAGLIANTINI, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – Spigolando intorno all'art. 48 bis t.u.b.: specialità di trattamento e principio di proporzionalità delle garanzie?*, cit., che riflette sull'omissione di ogni riferimento espresso alla possibilità che il creditore si opponga alla perizia di stima e sulla possibile efficacia sospensiva di tale opposizione riguardo al procedimento di escussione della garanzia.

⁷⁸⁰ L'art. 48 bis t.u.b. al comma ottavo ultimo periodo prevede ulteriormente che “*il contratto di finanziamento o la sua modificazione a norma del comma quarto contiene l'espressa previsione di un apposito conto corrente bancario senza spese, intestato al titolare del diritto reale immobiliare, sul quale il creditore deve accreditare l'importo pari alla differenza tra il valore di stima e l'ammontare del debito inadempito*”, sul punto v. S. CAMPOLATTARO, *Fenomenologia del patto marciano tra tipicità e atipicità*, cit., p. 591 s., il quale riflette sulla potenziale problematicità della fase di soddisfazione dei creditori concorrenti sull'eventuale somma eccedente il valore del debito inadempito che il creditore

Nella dialettica tra l'obbligo di valutazione attualizzata dell'immobile – e quindi, si badi, in un momento successivo all'inadempimento dell'obbligazione garantita – e l'eventuale obbligo per il creditore di versare al debitore la somma eccedente l'effettivo ammontare del credito soddisfatto in via coattiva, si esprime il cuore della cautela di tipo marciano delineata dal legislatore, ovvero un congegno negoziale idoneo a soddisfare in via reale l'interesse del creditore, precludendo tuttavia ogni eventuale ingiustificato arricchimento da parte dello stesso ai danni del debitore nell'escussione stragiudiziale della garanzia.

Il comma nono dell'art. 48 *bis* t.u.b.⁷⁸¹, infine, compie un coordinamento tra la disciplina sostanziale appena delineata e i profili pubblicitari della fattispecie imponendo al creditore di attestare⁷⁸², anche unilateralmente, nell'atto notarile di avveramento della condizione, l'intervenuto inadempimento del debitore al fine di provvedere alla cancellazione della

deve versare al debitore. In assenza di un'apposita disciplina di legge pare doversi ipotizzare che tale fase debba necessariamente essere devoluta all'autorità giurisdizionale, pur in mancanza di una procedura esecutiva già radicata, spunti in merito a questo profilo si rinvengono nell'ordinamento anglosassone con riguardo alla disciplina della soddisfazione dei creditori concorrenti da parte del *mortgagee* il quale viene considerato un trustee delle somme ricavate all'esito della liquidazione del bene immobile pertanto sottoposto a peculiari obblighi di diligenza nella gestione del patrimonio e nella soddisfazione degli altri creditori, cfr. in arg. v. V. SAGAERT, *Security rights in immovable assets*, cit., p. 545 s.; F. FIORENTINI, *Le garanzie immobiliari in Europa. Studi di diritto comparato*, cit., p. 273 s.

⁷⁸¹ Art. 48 *bis* t.u.b. comma nono: “*ai fini pubblicitari connessi all'annotazione della cancellazione della condizione sospensiva si sensi dell'art. 2668, terzo comma, codice civile, il creditor anche unilateralmente, rende nell'atto notarile di avveramento della condizione una dichiarazione, a norma dell'art. 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, con cui attesta l'inadempimento del debitore a norma del comma 5, producendo altresì estratto autentico delle scritture contabili di cui all'art. 2214 c.c.*”.

⁷⁸² Sul punto v. V. anche C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese garantito da trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato*, cit., p. 1461, il quale sottolinea come – nonostante il richiamo espresso alla disposizione di cui all'art. 2668 terzo comma c.c. – la normativa introduce un meccanismo in deroga alle ordinarie procedure di attestazione di avveramento della condizione, poiché in via ordinaria tale formalità può esperirsi sulla base di una sentenza passata in giudicato o di una dichiarazione, anche unilaterale, della parte in danno della quale la condizione sospensiva si è avverata o quella risolutiva è venuta definitivamente a mancare; nella fattispecie in esame, diversamente, è l'istituto di credito, ovvero il soggetto a favore del quale l'effetto traslativo è andato producendosi che può provvedere alla relativa formalità in modo da rendere definitivo anche sul piano pubblicitario il medesimo.

condizione sospensiva apposta all'atto di trasferimento ai sensi e per gli effetti dell'art. 2668 terzo comma c.c..

Pur integrando un meccanismo di escussione della garanzia avente natura essenzialmente stragiudiziale, l'alienazione condizionata appena esaminata attrae sul campo di indagine la necessità di tutela degli interessi di eventuali altri creditori concorrenti – oltre che naturalmente quelli del debitore, o del terzo garante – secondo dinamiche che, in via ordinaria, si risolvono nelle cautele procedurali afferenti alla procedura esecutiva e a quella fallimentare⁷⁸³, ovvero a quelle procedure che garantiscono la concorsualità della tutela del credito.

Lo stesso legislatore, peraltro, conscio dell'eventualità che la tutela offerta dalla garanzia *ex art. 48 bis t.u.b.* possa assumere rilievo nell'ambito di una procedura concorsuale *medio tempore* radicata da altri creditori, ha provveduto a delineare la facoltà per il creditore cd. “marciano” di far valere la garanzia reale in sede di procedura esecutiva e fallimentare.

Al comma decimo infatti, la norma esaminata prevede che il trasferimento dell'immobile in via di soddisfazione del creditore possa avere luogo pure in seno all'esecuzione immobiliare⁷⁸⁴.

In tal caso l'inadempimento qualificato *ex comma quinto* dovrà essere oggetto di accertamento con ordinanza da parte del giudice dell'esecuzione⁷⁸⁵

⁷⁸³ Sui profili di interazione tra la disciplina della realizzazione della garanzia marciata e la procedura esecutiva e fallimentare cfr. V. anche C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese garantito da trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato*, cit., p. 1455 s.; S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella l. n. 119/2016: il cd. patto marciano*, cit., p. 1075 s.; D. MARI, *Il patto marciano: un'analisi critica del nuovo art. 48 bis T.U.B.*, cit., p. 1124; B. SALVATORE, *Trasferimenti di proprietà in funzione di garanzia del credito e liquidazione dei beni*, cit., p. 75 s.; D. RUSSO, *Oltre il patto marciano*, cit., p. 62; sui profili pratici inerenti alla tematica della garanzia marciata in relazione alla procedura esecutiva e fallimentare si vedano anche le casistiche pratiche esaminate in AA. VV., *Patto marciano o patto “marziano”? Alcuni spunti critici circa l'applicabilità pratica del nuovo strumento legislativo di garanzia*, Roma, 2017, p. 38 s.

⁷⁸⁴ Per espresso richiamo ad opera del comma undicesimo dell'art. 48 *bis* t.u.b., inoltre, la procedura di escussione della garanzia immobiliare in sede esecutiva deve applicarsi, in termini di compatibilità, anche alle fattispecie di esecuzione forzata per crediti tributari.

⁷⁸⁵ Lo stesso comma decimo, ulteriormente, prevede che in sede di ordinanza con cui viene accertato l'inadempimento qualificato, il giudice fissi un termine al creditore per il versamento di una somma pari alle spese di esecuzione, e – ove sussistenti – ai crediti aventi

il quale provvederà direttamente pure alla nomina del perito estimatore e, infine, darà atto del verificarsi del regolare effetto traslativo a favore del creditore con decreto emanato all'esito della verifica circa il corretto operare della cautela marciana, ovvero dell'effettivo versamento da parte del creditore garantito dell'eventuale differenza tra il valore dell'immobile e quello del debito inadempito⁷⁸⁶.

Allo stesso modo, la parentesi giurisdizionale funzionale alla realizzazione della garanzia immobiliare, per espresso richiamo operato dal comma dodicesimo dell'art. 48 *bis* t.u.b., ha modo di operare anche nell'ambito della procedura fallimentare che viene ad aprirsi successivamente alla trascrizione dell'alienazione condizionata: in tale ipotesi la norma prevede che il creditore, laddove ammesso al passivo fallimentare, possa proporre istanza al giudice delegato affinché questo provveda secondo la procedura di cui al comma decimo per la realizzazione della garanzia in fase di esecuzione forzata.

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. Tale schema procedimentale ricalca il modello dell'assegnazione del bene immobile oggetto di esecuzione forzata di cui all'art. 506 c.p.c., v. sul punto V. anche C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese garantito da trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato*, cit., p. 1465.

⁷⁸⁶ Un profilo potenzialmente problematico della normativa in esame è quello che attiene al coordinamento tra la realizzazione della garanzia in fase esecutiva e il perfezionamento dei requisiti di cui all'art. 48 *bis* t.u.b., su tutti quello consistente nella gravità dell'inadempimento ai fini dell'avveramento della condizione; la normativa non si esprime sul punto, ma pare corretto ritenere che il trasferimento del bene immobile possa operare in sede di esecuzione forzata nelle ipotesi in cui l'inadempimento qualificato si perfezioni pendente la procedura, e laddove, pur pendente la stessa, l'inadempimento non raggiunga i limiti di gravità di cui al comma quinto, l'istituto di credito potrà avvalersi della decadenza dal beneficio del termine di cui all'art. 1186 c.c. risultando così legittimata a richiedere l'escussione al giudice dell'esecuzione, cfr. in arg. V. anche C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese garantito da trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato*, cit., p. 1464 s.

2.2. *La natura del patto marciano ex art. 48 bis T.U.B.*

Il riconoscimento da parte del legislatore di nuovi istituti di tutela del credito come quello disciplinato dall'art. 48 *bis* t.u.b., al pari delle figure negoziali già descritte in apertura di questo capitolo⁷⁸⁷ e fondate su tecniche di realizzazione stragiudiziale della garanzia, ha riaperto nella dottrina interna il dibattito riguardante la collocazione dogmatica delle fattispecie di cd. autotutela negoziale⁷⁸⁸, attraendo nel campo di indagine il tema concernente da un lato la qualificazione giuridica di dette fattispecie⁷⁸⁹ alla luce delle tradizionali categorie governanti l'area delle garanzie reali e, dall'altro, la loro compatibilità con i principi generali dell'ordinamento⁷⁹⁰.

⁷⁸⁷ Il riferimento va ai meccanismi di soddisfazione del creditore tipizzati dal legislatore in via autonoma o accessoria alla garanzia tipica come delineati nell'ambito della disciplina del prestito vitalizio ipotecario, del pegno non possessorio e della tutela del creditore in relazione alla disciplina del credito immobiliare ai consumatori, cfr. *supra*, Par. 1, in questo Capitolo.

⁷⁸⁸ L'introduzione di nuovi meccanismi di tutela del credito orbitanti nell'area delle garanzie di natura reale è stata ricondotta dalla recente dottrina al generale fenomeno che sta interessando l'ordinamento italiano, ma non solo, consistente nella privatizzazione delle forme di tutela esecutiva, che si fonda appunto su modelli negoziali definibili di autotutela, v. in arg. A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, cit., p. 10 s.; N. CIPRIANI, *Il patto marciano tra garanzia del credito ed esecuzione forzata*, cit., p. 1710 s.; B. SALVATORE, *Trasferimenti di proprietà in funzione di garanzia del credito e liquidazione dei beni*, cit., p. 17 s.; E. DE BELVIS, *L'esecuzione privatizzata*, cit., p. 171 s.

⁷⁸⁹ Giova peraltro rilevare che l'indagine tesa ad offrire una qualificazione giuridica del patto marciano e quindi ad individuarne la natura e gli effetti assume minore rilevanza alla luce dell'espressa disciplina normativa fornita dal legislatore con la tipizzazione dei nuovi meccanismi marciano, quantomeno per ciò che riguarda la meritevolezza dell'interesse sotteso a tali fattispecie negoziali, che risulta infatti astrattamente riconosciuta dall'ordinamento giuridico, come attentamente osservato da G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., p. 23, il tema tuttavia mantiene assoluto rilievo ai fini dell'individuazione dei termini di operatività degli istituti di nuovo conio, della loro collocazione nel complesso sistema delle garanzie reali del credito e della relazione sussistente tra gli stessi ed il modello generale di patto marciano con riferimento al generale principio del divieto di patto commissorio.

⁷⁹⁰ Particolare attenzione, come si avrà modo di spiegare, verrà dedicata alla compatibilità delle fattispecie esaminate con il generale divieto di patto commissorio, e alla qualificazione delle stesse in termini di negozi operanti sul piano dell'autotutela esecutiva, cfr. per tutti, A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, cit., p. 10 s. e N. CIPRIANI, *Il patto marciano tra garanzia del credito ed esecuzione forzata*, cit. p. 1729 s.

Particolare interesse, nell'ambito di questo dibattito, suscita la figura del patto marciano, ovvero di quello schema negoziale incentrato sul trasferimento di un bene al creditore nell'ipotesi di inadempimento dell'obbligazione garantita che di recente – prima nella prassi contrattuale⁷⁹¹ e successivamente negli interventi del legislatore – si è riproposto quale modello alternativo di realizzazione stragiudiziale della garanzia, cui sono andati affiancandosi meccanismi attribuenti al creditore lo *ius vendendi*⁷⁹² in via privata sul bene oggetto di garanzia con facoltà di soddisfazione sul ricavato.

L'analisi delle figure di recente introdotte dal legislatore italiano ha impegnato la dottrina nel tentativo di individuare la natura giuridica e la funzione dei cd. istituti marcciani⁷⁹³, al fine di offrirne un inquadramento anche alla luce degli approdi interpretativi cui è pervenuta la giurisprudenza più recente la quale, muovendo dalle riflessioni in materia di *sale and lease-back*, ha di fatto legittimato fattispecie negoziali modellate sullo schema della cautela marcciana⁷⁹⁴.

Un tale profilo di indagine consente pertanto di riprendere ed ampliare le considerazioni svolte con riguardo alla figura generale del patto marcciano e, in particolare, quelle attinenti alla natura ed alla funzione dello stesso; riflessioni che – come già osservato nel corso di questo lavoro⁷⁹⁵ – si sono rese necessarie allo scopo di individuare la *ratio* e i limiti di operatività del

⁷⁹¹ Sul riconoscimento giurisprudenziale del patto marcciano, o meglio, della generale cautela marcciana applicata a diversi meccanismi negoziali funzionali alla tutela del credito v., *supra*, Cap. III, Par. 1.4.

⁷⁹² L'attribuzione al creditore del diritto di liquidare privatamente, secondo determinate procedure e con precise cautele, il bene oggetto di garanzia reale è oggetto di espresso riconoscimento normativo nell'ambito del prestito vitalizio ipotecario, del pegno non possessorio e del credito immobiliare ai consumatori, cfr., *supra*, Par. I, in questo Capitolo.

⁷⁹³ L'espressione è mutuata dalla formula impiegata in un recente studio incentrato sull'analisi dei nuovi modelli di tutela del credito caratterizzati dalla cautela di stampo marcciano, come l'alienazione condizionata all'inadempimento *ex art. 48 bis t.u.b.*, la tutela del creditore nell'ambito del credito immobiliare ai consumatori *ex art. 120 quinquiesdecies t.u.b.* e la tecnica di realizzazione della garanzia nel prestito vitalizio ipotecario, v. G. D'AMICO – S. PAGLIANTINI – F. PIRAINO – T. RUMI, *I nuovi marcciani*, cit.

⁷⁹⁴ V., *supra*, Cap. III, Par. 1.4.

⁷⁹⁵ V., *supra*, Cap. III, Par. 2.

divieto di patto commissorio, ovvero della fattispecie negoziale che, pur giudicata illecita dall'ordinamento, condivide con il patto marciano natura ed effetti e pertanto si pone rispetto alla stessa in termini di complementarità.

Muovendo da queste premesse, l'istituto disciplinato dall'art. 48 *bis* t.u.b. presenta profili di assoluto rilievo ai fini della presente indagine e può costituire un terreno fertile su cui ampliare le riflessioni già proposte in merito alla tematica generale del patto marciano e del suo ruolo nel panorama delle tecniche di garanzia reale del credito.

Come ampiamente analizzato, infatti, la fattispecie in esame delinea un meccanismo di tutela per il creditore incentrato su un negozio traslativo avente ad oggetto un bene immobile condizionato sospensivamente all'inadempimento dell'obbligazione garantita.

L'operatività di tale pattuizione rende sostanzialmente ammissibile una soddisfazione delle ragioni creditorie in via stragiudiziale mediante l'attribuzione del diritto di proprietà (o di altro diritto reale) al creditore al giusto prezzo, appunto in forza dell'operare della cautela marciana.

Parte della dottrina⁷⁹⁶ ha attribuito alla fattispecie *ex art. 48 bis* t.u.b. la natura di negozio con finalità solutoria operante quale surrogato soddisfacitivo rispetto alla prestazione principale dedotta ad oggetto del vincolo obbligatorio, giudicando pertanto il negozio traslativo in esame ascrivibile allo schema della *datio in solutum*.

Pur non potendosi negare che la fattispecie in esame – e, più in generale, tutti i modelli marciani di nuovo conio – sia orientata in modo determinante

⁷⁹⁶ In questi termini, con maggiore acume argomentativo S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B.: il "pasticcio" di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, cit. p. 77; ID., *L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura ragionata dell'art. 48 bis t.u.b.*, cit. p. 931 s.; ID., *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – Spigolando intorno all'art. 48 bis t.u.b.: specialità di trattamento e principio di proporzionalità delle garanzie?*, cit., p. 1715 s., secondo cui la fattispecie di cui all'art. 48 *bis* t.u.b. delinea un meccanismo traslativo mediante il quale le parti intendono governare pattizamente la patologia del rapporto obbligatorio inattuato mediante una prestazione *in facultate solutionis*, secondaria ed atipica, ma comunque realizzante l'interesse creditorio. Accoglie la tesi in parola, seppure con alcune cautele G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., p. 23; v. anche N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016*, cit., p. 995 s.

sul versante della tutela satisfattiva del creditore garantito, occorre prendere in considerazione una serie di criticità cui la ricostruzione proposta offre il fianco, in parte mutuabili dalle riflessioni svolte in merito alla generale figura del patto marciano⁷⁹⁷ e in parte attinenti in via peculiare alla fattispecie come disciplinata dal legislatore con il d.lgs. n. 119/2016.

In prima istanza, infatti, la tesi prospettata muove da un dato tutt'altro che pacifico nelle opinioni degli interpreti, ovvero quello consistente nell'ammissibilità di una dazione in pagamento sottoposta a condizione sospensiva⁷⁹⁸ avente ad oggetto l'inadempimento dell'obbligazione principale⁷⁹⁹.

Parte della dottrina⁸⁰⁰ – espressasi sul punto già nell'ambito del dibattito inerente alla qualificazione teorica del patto commissorio e del patto

⁷⁹⁷ V., *supra*, Cap. III, Par. 2.2.

⁷⁹⁸ La tesi che operava una qualificazione del patto commissorio e quindi pure del patto marciano in questi termini è stata originariamente avanzata da L. RAAPE, *Die Verfallklausel bei Pfand und Sicherungsubereignung*, cit., e più recentemente è stata ripresa nella dottrina italiana da F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 303 s.; e successivamente da N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 125., ancorché le tesi degli Autori appena citati non si siano concentrate sulla precisa sovrapposibilità tra il patto marciano e la dazione in pagamento sospensivamente condizionata, quanto piuttosto sulla necessità di affermare la natura solutoria del patto commissorio e quindi del patto marciano diversamente dalla tesi sostenuta dalla dottrina tradizionale secondo cui la pattuizione vietata dall'ordinamento integra una fattispecie di alienazione a scopo di garanzia, v. C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 108 s.

⁷⁹⁹ In senso contrario, non individuando elementi ostativi alla realizzazione di una dazione in pagamento condizionata all'inadempimento dell'obbligazione garantita G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., p. 23.

⁸⁰⁰ Si vedano sul punto le considerazioni di A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., p. 343, il quale, esprimendosi in merito alla ricostruzione secondo cui il patto commissorio dovrebbe inquadrarsi in termini di negozio traslativo con finalità solutoria, sostiene che “*la dazione in pagamento verrebbe a configurarsi come negozio sospensivamente condizionato all'inadempimento dell'obbligo già in essere. È evidente come una tale convenzione non possa essere correttamente inquadrata nello schema della datio in solutum, in quanto essa non può svolgere alcuna funzione solutoria, difettando l'elemento essenziale dell'estinzione del debito, che si realizza unicamente con l'esecuzione della prestazione ivi dedotta, in luogo di quella originaria*”. Sul preciso profilo attinente alla distinzione tra il patto commissorio, il patto marciano e la dazione in pagamento v. A. LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, cit., p. 219 s.

Le argomentazioni sviluppate in seno al dibattito inerente alla distinzione tra la natura del patto commissorio e quella della *datio in solutum* si rivelano particolarmente utili in questa sede, laddove ci si appresti a valutare la qualificazione dei nuovi meccanismi marciani introdotti dal legislatore, proprio perché – come riscontrato in precedenza nel corso del terzo capitolo di questo lavoro – occorre tenere a mente che il patto marciano e il patto commissorio

marciano⁸⁰¹ – non ha mancato di sottolineare come una simile opzione interpretativa inciderebbe in modo determinante sulla natura della dazione in pagamento rendendola essenzialmente ancillare alla funzione di garanzia e pertanto determinando uno snaturamento dell'istituto come tradizionalmente concepito dal codice civile⁸⁰².

Sotto altro profilo, inoltre, anche volendo ammettere detta ricostruzione in termini di struttura del negozio giuridico, nella fattispecie in esame il trasferimento del bene immobile al creditore dovrebbe necessariamente comportare l'estinzione dell'obbligazione principale quale effetto tipico della dazione in pagamento, e quindi la totale tacitazione delle pretese del creditore a prescindere dalla concreta valutazione circa l'eventuale differenza tra il valore del bene trasferito e l'ammontare del debito inadempito⁸⁰³, profilo

condividono natura giuridica e funzione, risultando divergenti unicamente quanto alle modalità attuative del negozio traslativo e quindi alle condizioni concrete in cui questo si trova a produrre i propri effetti.

Nell'ambito del citato dibattito si vedano le considerazioni di G. SICCHIERO, *La prestazione in luogo dell'adempimento*, cit., p. 1380 s. il quale precisa come le fattispecie non possono confondersi perché nel patto commissorio “*l'acquisto del bene ha luogo quando il debitore non possa adempiere il debito: il trasferimento del diritto sostituisce la precedente prestazione proprio per l'impossibilità di eseguirla ed il patto è funzionalmente diretto a garantire il creditore per l'ipotesi di inadempimento alla prestazione originaria*”, in particolare l'A. condivide l'opinione di altra parte della dottrina secondo cui l'apposizione di una condizione sospensiva di inadempimento alla *datio in solutum* non possa ritenersi ammissibile determinando un inaccettabile collegamento funzionale tra il meccanismo traslativo e l'inadempimento dell'obbligazione principale, elemento del tutto estraneo alla fattispecie della dazione in pagamento, in questo senso v. anche A. LUMINOSO, in *Comm. Schlesinger*, sub artt. 1500-1509, cit., p. 252 s.; e pure D'ERCOLE, *Sull'alienazione in garanzia*, cit., p. 256 s.; A. CANDIAN, voce *Prestazione in luogo dell'adempimento*, cit., p. 266 s.

⁸⁰¹ V., *supra*, Cap. III, Par. 2.3.

⁸⁰² Critici sulla qualificazione del patto marciano ex art. 48 bis t.u.b. in termini di *datio in solutum* condizionata anche B. SALVATORE, *Trasferimenti di proprietà in funzione di garanzia del credito e liquidazione dei beni*, cit., p. 107 s.; A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1398 s.

⁸⁰³ Sostiene la necessità di attribuire al patto marciano ex art. 48 bis t.u.b. effetto liberatorio per il debitore lo stesso S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B.: il “pasticcio” di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, cit. p. 55 s., ritenendo tale effetto coesenziale alla natura solutoria del patto e alla conseguente qualificazione del medesimo in termini di surrogato satisfattivo rispetto all'adempimento. L'Autore, peraltro, si muove su un'analisi combinata dell'istituto qui esaminato con l'affine negozio traslativo disciplinato dall'art. 120 *quinquiesdecies* t.u.b., che diversamente prevede espressamente l'effetto esdebitativo a favore del consumatore riconnesso al trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia in attuazione del negozio marciano. Con riguardo a tale

quest'ultimo che caratterizza invece in modo pregnante la disciplina del patto marciano, e segnatamente quella del marciano *ex art. 48 bis t.u.b.*.

L'effetto estintivo⁸⁰⁴ del vincolo obbligatorio riconnesso al trasferimento immobiliare – e la conseguente esdebitazione del debitore in ragione del medesimo – tuttavia, non è espressamente contemplato dalla, seppur dettagliata, disposizione di cui all'art. 48 *bis t.u.b.* e pertanto dovrebbe attribuirsi all'istituto in esame in via interpretativa⁸⁰⁵, ovvero – a tutto voler concedere – potrebbe ammettersi quale effetto meramente eventuale del

profilo nell'ambito della tutela del credito immobiliare ai consumatori v. ID., *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della dir. 2014/17/UE*, cit., p. 181 s.; T. RUMI, *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*, cit., p. 70 s.; A. BERTOLINI, *La tutela del debitore inadempiente nella disciplina europea dei mutui ipotecari*, cit., p. 327 s.; M. ASTONE, *Inadempimento del consumatore e autotutela del finanziatore tra (divieto del) patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 327 s.

⁸⁰⁴ Ancora con riguardo alla qualificazione giuridica della pattuizione marciana *ex art. 48 bis t.u.b.*, non sono mancate voci in dottrina che, muovendo dall'assenza di un dato normativo utile a giustificare la totale estinzione dell'obbligazione principale dipendente dall'effetto traslativo, hanno criticato la ricostruzione della fattispecie in termini di *datio in solutum* che, a quel punto si atterrebbe quale in dazione in pagamento con effetto estintivo solo parziale, evidentemente anomala rispetto al fisiologico atteggiarsi dell'istituto, cfr. S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella l. n. 119/2016: il cd. patto marciano*, cit., p. 9 s., contra v. G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., p. 18, secondo cui la fattispecie in esame potrebbe contemplare una *datio in solutum* potenzialmente parziale sia nell'ipotesi in cui l'obbligazione principale sia stata *medio tempore* parzialmente adempiuta in ragione dell'intervenuta restituzione di parte del finanziamento, sia nell'ipotesi in cui il valore del bene risulti inferiore a quello del debito inadempito e ne derivi un effetto esdebitativo a favore del debitore.

⁸⁰⁵ A favore della tesi proclive all'interpretazione dell'istituto in chiave estintiva dell'obbligazione principale sostenuta da S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B.: il "pasticcio" di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, cit. p. 55 s, si v. anche G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., p. 23, secondo il quale, pur in assenza di un valido addentellato normativo a favore dell'effetto estintivo dell'obbligazione garantita, lo stesso deve ritenersi coesistente alla fattispecie in quanto rispondente alla *ratio* che sta alla base dell'istituto, il quale diversamente risulterebbe poco attrattivo nei confronti delle imprese. L'effetto estintivo e la conseguente esdebitazione, invece, a detta dell'Autore dovrebbero ritenersi effetti ordinariamente riconnessi all'operare della fattispecie traslativa ed eventualmente escludibili in via di negoziazione del patto alla luce dei concreti interessi alla base dell'operazione, v. anche A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis t.u.b. è davvero il patto marciano*, cit., p. 1477 s.

negozio traslativo, oggetto pertanto di disposizione da parte dei contraenti mediante un'espressa previsione nel regolamento contrattuale⁸⁰⁶.

Esaminando più attentamente il concreto atteggiarsi della fattispecie *ex art. 48 bis t.u.b.*, inoltre, l'affinità della medesima con il generale istituto della *datio in solutum* pare ulteriormente affievolirsi ove si ponga mente al fatto che, a ben guardare, il legislatore delinea tale declinazione di patto marciano attribuendo al creditore la mera facoltà di servirsi della clausola traslativa attivando così la fase procedimentale esitante nell'escussione stragiudiziale della garanzia reale.

Il trasferimento in esame, infatti, non costituisce una conseguenza diretta ed automatica dell'inadempimento dell'obbligazione garantita, quanto piuttosto il presupposto per l'esercizio di quello che si è già avuto modo di qualificare in termini di diritto potestativo a favore del creditore⁸⁰⁷.

⁸⁰⁶ Sul punto v. ancora G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., p. 23 s.; si esprime in questo senso pure G. MARCHETTI, *Trasferimento di immobili ex art. 48 bis tub e patto marciano*, cit., p. 88.

Il tema dell'effetto esdebitativo promanante dal trasferimento dell'immobile impone peraltro di valutare attentamente il bilanciamento di interessi sottesi all'istituto poiché un tale meccanismo, se comporta sicuramente un vantaggio per l'imprenditore/debitore, potrebbe d'altro canto disincentivare l'istituto di credito alla concessione del finanziamento.

La tematica dell'effetto esdebitativo a favore del debitore coinvolge in un'analisi comparativa il corrispondente istituto disciplinato dall'art. 120 *quinquiesdecies t.u.b.*, in relazione alla tutela reale concessa al creditore in caso di inadempimento del contratto di credito immobiliare al consumatore. Una previsione di questo genere si pone nell'ottica di agevolare il cd. *fresh start* da parte del consumatore, oggetto di un'espressa tutela ad opera della *Mortgage Credit Directive* (Dir. 2014/17/UE) di cui la citata norma del t.u.b. costituisce la trasposizione in via attuativa, al fine di garantire da una parte la celere escussione della garanzia da parte dell'istituto di credito, e dall'altra la liberazione del consumatore in dipendenza dell'effetto traslativo.

Il modello riferimento normativo di riferimento è quello del *reverse mortgage* di matrice anglosassone, affermatosi nel panorama statunitense a seguito della crisi immobiliare, sul tema v. G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 296 s.; A. BERTOLINI, *Morosità e pignoramenti*, sub art. 28 dir. 2014/17/UE, cit., p. 481 s.

Occorre tuttavia tenere in considerazione la natura speciale della disciplina del credito immobiliare ai consumatori e la *ratio* di protezione del contraente debole che la caratterizza: tali indici pongono più di un dubbio sulla possibilità di inferire in via interpretativa la sussistenza di un effetto esdebitativo riconnesso al trasferimento *ex art. 48 bis t.u.b.* in assenza di un espresso riferimento normativo, in questo senso v. A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1398 s.; A. DOLMETTA, *La ricerca del marciano utile*, cit., p. 811 s.

⁸⁰⁷ V., *supra*, Par. 2.1. in questo Capitolo.

Ne deriva che in merito alla peculiare fattispecie di patto marciano immobiliare dovrebbe discutersi non tanto di una *datio in solutum* propriamente detta, ma di un meccanismo accostabile all'opzione di *datio in solutum* riconosciuta a favore del creditore, pur con alcune cautele concernenti i tratti tipici dell'istituto dell'opzione⁸⁰⁸ come regolata dall'art. 1331 c.c..

Muovendo dal dato consistente nell'essenziale funzione satisfattiva del negozio giuridico oggetto di vaglio, altra parte della dottrina⁸⁰⁹ è giunta ad esiti più soddisfacenti riguardo alla qualificazione giuridica della fattispecie marciana e al suo rapporto con i principi generali che governano le tecniche di tutela del creditore⁸¹⁰.

⁸⁰⁸ Anche questa ricostruzione, tuttavia, deve adottarsi con cautela poiché se è vero che l'istituto in esame attribuisce al creditore il diritto potestativo all'attivazione della clausola traslativa, deve tuttavia sottolinearsi come tale situazione giuridica non possa risolversi *de plano* nella figura dell'opzione in quanto al creditore non è attribuito un termine massimo per l'esercizio del diritto potestativo, elemento invece espressamente connotante l'istituto di cui all'art. 1331 c.c., in arg. v. G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., p. 25.

⁸⁰⁹ A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, cit., p. 10 s.; ID., *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1398 s.

⁸¹⁰ Altre opzioni interpretative sono state prese in considerazione in merito alla qualificazione della fattispecie marciana: secondo una tesi l'operatività del patto marciano determinerebbe il mutamento da obbligazione semplice ad obbligazione alternativa v. A. BERTOLINI, *La tutela del debitore inadempiente nella disciplina europea dei mutui ipotecari*, cit., p. 354 s.; ovvero ad obbligazione con facoltà alternativa, in particolare A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis t.u.b. è davvero il patto marciano?*, cit., p. 1480 s. fa riferimento alla figura del *pactum de in solutum dando*; tali ricostruzioni tuttavia non paiono degne di accoglimento come osservato da G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., p. 23 s. il quale rileva come non pare cogliere nel segno la tesi per cui il patto marciano inciderebbe sulla natura stessa dell'obbligazione restitutoria rendendola un'obbligazione oggettivamente complessa, ovvero un'obbligazione alternativa, poiché ciò implicherebbe un radicale mutamento del vincolo obbligatorio principale che invece permane ancorato alla fattispecie di finanziamento; allo stesso modo, correttamente l'Autore rifiuta la ricostruzione della fattispecie in termini di obbligazione con facoltà alternativa, sottolineando come, nella fattispecie *ex art. 48 bis t.u.b.*, la *facultas solutionis* è rimessa al creditore e non al debitore, il quale non ha la possibilità di incidere sulla scelta della prestazione da eseguire in via eventualmente alternativa a quella di restituzione del finanziamento.

Secondo un'altra tesi, peraltro già avanzata in tempi meno recenti con riferimento alla figura generale del patto marciano, la fattispecie in esame sarebbe accostabile a quella della clausola penale, assumendo la funzione di predeterminazione pattizia del danno da inadempimento, in questo senso con riguardo al marciano *ex art. 48 bis t.u.b.* v. D. RUSSO, *Oltre il patto marciano*, cit., p. 115 s.; con riferimento alla generale figura del patto commissorio e del patto marciano in relazione all'istituto della clausola penale v., *supra*, Cap. III, Par. 2.2., per una panoramica del dibattito e sulle incompatibilità funzionali sussistenti

L'argomento fondante l'*iter* interpretativo proposto consiste nell'individuazione dell'ambito di operatività del negozio traslativo in relazione dell'evoluzione del rapporto obbligatorio garantito⁸¹¹.

In tale chiave di lettura è stato correttamente sottolineato come il patto marciano – al pari, come già precisato, del patto commissorio⁸¹² – trovi la propria giustificazione causale nell'inadempimento dell'obbligazione garantita e produca i propri effetti successivamente allo stesso, provvedendo a regolare quindi la fase patologica del vincolo obbligatorio, in un momento in cui il medesimo si è convertito in vincolo di responsabilità⁸¹³.

Il patto marciano *ex art. 48 bis t.u.b.*, quindi, incide su una fase del rapporto obbligatorio in cui il corretto adempimento del medesimo è escluso in radice, tanto quanto è esclusa la possibilità che vengano in rilievo eventuali vicende modificative del rapporto fondate sull'individuazione di un surrogato dell'originaria prestazione dedotta in obbligazione.

tra il patto marciano e la clausola penale v., per tutti, A. LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, cit. p. 219 s. e N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, cit., p. 57 s.

⁸¹¹ Per la disamina dei profili funzionali della figura generale di patto marciano in relazione al modello vietato di patto commissorio v., *supra*, Cap. III, Par. 2.

⁸¹² V., *supra*, Cap. III, Par. 2.3.4.

⁸¹³ L'argomentazione è stata sviluppata da F. PIRAINO, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – Il patto marciano alla luce della disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, cit., p. 1715 s., nell'ambito dell'analisi circa la funzione dei meccanismi marciiani e in particolare con riferimento all'art. 120 *quinquiesdecies t.u.b.*. Le considerazioni dell'Autore coinvolgono in via generale l'istituto del patto marciano e si soffermano in particolare sul tratto differenziale tra la funzione di regolazione delle conseguenze dell'inadempimento dal profilo della tutela satisfattiva e la funzione solutoria, propria della *datio in solutum*. In particolare la riflessione si incentra sul rilievo per cui la dazione in pagamento è un negozio giuridico che si colloca sul versante delle possibili varianti cui il rapporto obbligatorio può andare incontro, tuttavia sempre sotto il profilo fisiologico dello stesso attinente quindi all'adempimento o ai suoi surrogati, diversamente come sostiene l'Autore “*il patto marciano non esibisce una causa solutionis, poiché il suo effetto non consiste nel consentire un recupero del contenuto originario dell'obbligazione, ma nell'assicurare l'attuazione coattiva del vincolo di responsabilità contrattuale. Si deve allora discorrere di estinzione della posizione debitoria e non già di attuazione dell'obbligazione: un'estinzione che non avviene in conseguenza di una vicenda latu sensu di adempimento, o riconducibile comunque a un suo surrogato, ma per effetto di un meccanismo esecutivo di natura privata, e dunque stragiudiziale, in dottrina indicato con la formula autotutela esecutiva*”; in questo senso anche da A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1398 s. il quale riprende e chiarisce la propria posizione espressa in un precedente scritto ID., *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, cit. p. 219 s., ove già era stata sviluppata la tematica attinente alle diversità sussistenti tra la *datio in solutum* ed il patto marciano.

In definitiva l'ambito di operatività della pattuizione marciiana esula dalla sfera fisiologica dell'obbligazione, per incidere invece su quella patologica che presuppone l'inadempimento e ne regola le conseguenze sotto il peculiare versante della realizzazione coattiva del credito.

Ciò posto, risulta preferibile la qualificazione del patto marciano in termini di soluzione negoziale atta a regolare le conseguenze dell'inadempimento e in particolare l'articolazione della tutela satisfattiva del creditore in via alternativa alle ordinarie procedure giudiziali di esecuzione forzata⁸¹⁴.

Di qui pare corretto collocare l'art. 48 *bis* t.u.b. tra i negozi giuridici con funzione di autotutela esecutiva⁸¹⁵, al pari di altre figure già disciplinate dal codice civile come la cessione di beni ai creditori⁸¹⁶ ovvero la figura del pegno irregolare *ex art.* 1851 c.c. – e più in generale, tutte le fattispecie di cessione liquidativa⁸¹⁷ – istituiti a cui, in seguito alle novelle legislative degli ultimi anni, si affiancano pure i cd. “nuovi marciani” ovvero quelle strutture

⁸¹⁴ In questo senso v. ancora A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1398 s.; F. PIRAINO, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – Il patto marciano alla luce della disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, cit., p. 1715 s.; si esprime in favore di questa ricostruzione anche B. SALVATORE, *Trasferimenti di proprietà in funzione di garanzia del credito e liquidazione dei beni*, cit., p. 115 s., che tuttavia sottolinea come l'iter logico argomentativo fondato sulla netta distinzione tra la funzione di garanzia e quella solutoria non risulti del tutto coerente, sussistendo una serie di fattispecie disciplinate dal legislatore in cui la funzione di garanzia e quella solutoria si sovrappongono fino a fondersi tra loro, e più in generale, tutte le figure incentrate sulla causa di garanzia prevedono espressamente una serie di facoltà satisfattive a favore del soggetto garantito. L'Autore, quindi, accedendo alla tesi della qualificazione della fattispecie marciiana in termini di negozio afferente all'autotutela esecutiva, propende per l'argomentazione incentrata sull'operatività del medesimo nell'ambito delle conseguenze dell'inadempimento, a prescindere dalla giustificazione funzionale che lo sorregge.

⁸¹⁵ Come già si è avuto modo di approfondire, *supra*, Cap. III, Par. 2.2., la categoria dei negozi di autotutela esecutiva è stata oggetto di analisi per la prima volta da parte di E. BETTI, voce *Autotutela*, cit., p. 529 s., il quale tuttavia affermava la vigenza nell'ordinamento del principio di inderogabilità della procedura esecutiva a cui doveva ritenersi ispirato il divieto di patto commissorio e alla luce del quale dovevano ritenersi ammissibili esclusivamente i negozi giuridici espressamente disciplinati dalla legge come la cessione di beni ai creditori e il contratto di anticresi. La tesi, come già osservato, deve ritenersi superata per quanto attiene la *ratio* fondante il divieto di patto commissorio, ma acquista rinnovato valore alla luce dell'odierna disamina in relazione ai meccanismi marciani tipizzati dal legislatore.

⁸¹⁶ V. sul punto G. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., p. 113 s.

⁸¹⁷ B. SALVATORE, *Trasferimenti di proprietà in funzione di garanzia del credito e liquidazione dei beni*, cit., p. 110 s.

negoziali mediante le quali alle parti è concessa la facoltà di disciplinare *iure privatorum* le conseguenze dell'inadempimento e, in particolare, le concrete modalità di soddisfacimento del creditore in sede di aggrissione del patrimonio del debitore.

Da ultimo, le riflessioni svolte in merito alla generale figura del patto marciano come successivamente sviluppate in questo capitolo in ordine alla natura e alla funzione delle nuove figure negoziali introdotte dal legislatore, consentono di individuare ulteriori peculiarità caratterizzanti il trasferimento di immobile condizionato *ex art. 48 bis t.u.b.*.

Ed invero, posto che il meccanismo traslativo esaminato svolge una funzione essenzialmente satisfattiva delle ragioni del creditore in via di surrogato negoziale alle procedure di esecuzione forzata, occorre del pari sottolineare come la fisionomia dell'istituto *ex art. 48 bis t.u.b.* renda il medesimo idoneo, nel suo complesso, a svolgere pure la funzione di garanzia.

A ben vedere, infatti, le fattispecie di recente tipizzate del legislatore operano esclusivamente in via accessoria e funzionale ad un diritto reale di garanzia integrando, come detto, un'alternativa privatizzata alla procedura di realizzazione della garanzia: a tal riguardo si pensi ai meccanismi satisfattivi accessori alla garanzia ipotecaria relativi al credito immobiliare ai consumatori (art. 120 *quinqüesdecies t.u.b.*) e al prestito vitalizio ipotecario (art. 11 *quaterdecies l. n. 248/2005*), o a quella pignoranzia nella disciplina del pegno non possessorio⁸¹⁸.

Diversamente, il trasferimento di immobile sospensivamente condizionato all'inadempimento dell'obbligazione garantita risulta idoneo, in forza di un'espressa presa di posizione del legislatore⁸¹⁹, a fungere da negozio

⁸¹⁸ V., *supra*, Par. 1, in questo Capitolo.

⁸¹⁹ Come già precisato al Par. 2.1. in questo Capitolo, l'art. 48 *bis t.u.b.* al comma primo si esprime precisando che “*il contratto di finanziamento può essere garantito dal trasferimento sospensivamente condizionato*”, inoltre al comma quarto prevede espressamente che il trasferimento di immobile condizionato possa essere negoziato anche laddove sia stata precedentemente costituita una garanzia ipotecaria; ulteriormente, al comma 13-*bis*, il legislatore precisa che ai fini del concorso tra creditori il negozio traslativo è equiparato all'ipoteca; sull'idoneità del trasferimento *ex art. 48 bis t.u.b.* a svolgere in via

giuridico a tutela della posizione del creditore in via autonoma e quindi a prescindere dalla preventiva iscrizione di ipoteca sul medesimo bene⁸²⁰.

Come osservato da parte della dottrina, in quest'ipotesi, l'alienazione condizionata all'inadempimento del debitore pare assolvere anche una funzione di garanzia⁸²¹, e ciò, in particolare, analizzando la fattispecie in relazione alla fase fisiologica del rapporto obbligatorio principale, ovvero al momento in cui il negozio traslativo, debitamente trascritto ai sensi dell'art. 48 bis t.u.b., imprime sul bene un vincolo reale di garanzia caratterizzato dai tradizionali tratti dello *ius sequalae* e dello *ius prelationis*, in un momento antecedente – e a prescindere – dall'inadempimento dell'obbligazione garantita e dagli effetti del medesimo sul consolidamento dell'effetto attributivo a favore del creditore⁸²².

autonoma la funzione di tutela del creditore v. C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese garantito da trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato*, cit., p. 1451 s.; N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119*, cit., p. 995 s.; S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella l. n. 119/2016: il cd. patto marciano*, cit. p. 1075 s.

⁸²⁰ N. CIPRIANI, *Il patto marciano tra garanzia del credito ed esecuzione forzata*, cit., p. 1715 s.; F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori*, cit., p. 191 s.

⁸²¹ In questo senso v. N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119*, cit., p. 995 s.; per la qualificazione del cd. patto marciano autonomo ex art. 48 bis t.u.b. in termini di alienazione con funzione di garanzia v. di recente B. SALVATORE, *Trasferimenti di proprietà in funzione di garanzia del credito e liquidazione dei beni*, cit., p. 100 s. che tuttavia muove dal diverso presupposto per cui nella fattispecie di garanzia reale, e quindi pure in quella in esame, la funzione di garanzia e quella di soddisfacimento siano intimamente connesse e pertanto inscindibili, nemmeno sotto il profilo teorico; parrebbe pronunciarsi a favore della ricostruzione proposta anche C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese garantito da trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato*, cit., p. 1454, che definisce la fattispecie come “alienazione in garanzia con clausola marciana”; v. anche S. CAMPOLATTARO, *Fenomenologia del patto marciano tra tipicità e atipicità*, cit., p. 591 s. il quale sostiene che “tenuto conto della funzione che in concreto dovrebbe svolgere ove sia così costruito il patto può certamente definirsi un'alienazione in garanzia”; A. CHIANALE, *Qualche pensiero sulle recenti vicende del patto marciano*, cit., p. 753; diversamente per l'attribuzione al patto marciano dell'esclusiva funzione di soddisfacimento v. A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis t.u.b. è davvero il patto marciano?*, cit., p. 1477 s.

⁸²² E. DE BELVIS, *L'esecuzione privatizzata*, cit., p. 264 s., inquadrando la fattispecie ex art. 48 bis t.u.b. nel novero dei meccanismi di tutela autosatisfattiva ritiene invece che l'alienazione condizionata non possa dirsi retta dalla causa di garanzia, intesa in senso tecnico, e pertanto la stessa possa qualificarsi in termini di alienazione in funzione di garanzia solamente in senso lato, determinando un vincolo di destinazione sul bene solo descrittivamente accostabile a quello attinente alla garanzia reale. Tale ricostruzione si fonda

Nella fattispecie *ex art. 48 bis t.u.b.*, quindi, la funzione di garanzia e quella soddisfattoria, pur teoricamente e logicamente da ritenersi distinte, coesistono nella struttura unitaria del negozio giuridico condizionato⁸²³.

In questa chiave di lettura, l'apposizione della condizione al negozio traslativo e la conseguente trascrizione del medesimo rendono *ex se* la fattispecie idonea a svolgere la funzione di garanzia a favore del creditore, di fatto vincolando funzionalmente il bene alle vicende del vincolo obbligatorio principale⁸²⁴.

Solo in caso di inadempimento dell'obbligo restitutorio da parte del debitore, in un momento successivo, l'avveramento della condizione con le cautele e secondo le procedure previste dalla legge, determina l'irretrattabilità

sulla argomentazione in forza della quale “*in punto di conseguenze effettuali, la peculiare funzione di garanzia sottesa a pegno e ipoteca trova compiuta esplicazione dei diritti di prelazione e di seguito, che definiscono in modo autonomo la fisionomia di queste figure giuridiche. Invece, l'esecuzione del meccanismo traslativo, che è attivata dall'inadempimento comporta una possibilità aggiuntiva per lo stipulante ovvero quella di avvalersi del paradigma effettuale e rimediale connesso a una posizione giuridica soggettiva diversa ed ulteriore dal mero diritto di credito e che è il diritto dell'acquirente della proprietà del bene*”. La posizione qui citata non pare del tutto peregrina, ma a nostro avviso omette di considerare come – dal punto di vista strutturale – il fenomeno traslativo della proprietà possa garantire i medesimi effetti di *ius sequalae* e di *ius prelationis* propri del diritto reale di garanzia, e quindi, in astratto, possa ritenersi idonea a soddisfare la funzione dello stesso.

⁸²³ V. N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119*, cit., p. 995 s. il quale sottolinea come nell'alienazione condizionata all'inadempimento del debitore *ex art. 48 bis t.u.b.* “*la funzione di garanzia è svolta da quel frammento del regolamento che assicura seguito e preferenza ... l'alienazione sospensivamente condizionata, nella misura in cui è trascrivibile e quindi opponibile ai terzi, assicura il diritto del creditore di prevalere sui creditori successivi e, naturalmente, la previsione stessa del trasferimento (ma non il trasferimento) comporta di fatto la prelazione*”.

Sulla linea interpretativa che, in termini generali, ritiene doversi mantenere logicamente distinta la funzione di garanzia da quella soddisfattiva, anche in merito alla categoria dei diritti reali di garanzia v., *supra*, Cap. III, Par. 2.3.2, in particolare con riguardo alle osservazioni di L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, cit., p. 178 s.; F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 408 e 432 s.; *contra* A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., p. 65 s., più recentemente v. B. SALVATORE, *Trasferimenti di proprietà in funzione di garanzia del credito e liquidazione dei beni*, cit., p. 100 s.

⁸²⁴ V., ancora, N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119*, cit., p. 995 s.; *contra*, pur riconoscendo l'affinità concreta del meccanismo traslativo e del diritto reale di garanzia E. DE BELVIS, *L'esecuzione privatizzata*, cit., p. 264 s. sottolinea l'essenziale diversità sussistente tra la posizione giuridica sostanziale promanante dal diritto di proprietà trasferito a scopo di garanzia e quella corrispondente al diritto reale di garanzia.

dell'effetto traslativo a favore del creditore a fini soddisfattivi e pertanto la conseguente impossibilità per il debitore di riottenere la piena proprietà del bene oggetto di garanzia.

Come sottolineato nell'ambito della ricostruzione che qui si accoglie, ad un'analisi complessiva, la figura di trasferimento del diritto condizionato all'inadempimento del debitore *ex art. 48 bis t.u.b.* assolve la duplice finalità di garanzia e satisfattoria, ma – a ben vedere – è solo nella fase di consolidamento della proprietà in favore del creditore all'avverarsi della condizione di inadempimento che la cautela marciiana trova impiego⁸²⁵.

È segnatamente nel segmento effettuale del negozio giuridico in cui si risolve la tutela satisfattiva del creditore che opera la disciplina della cautela marciiana, in ragione della quale viene scongiurata l'eventualità che, dall'effetto traslativo a favore del creditore, si produca un ingiustificato arricchimento da parte di quest'ultimo mediante l'acquisizione della proprietà di un bene di valore esorbitante l'importo del debito inadempito.

Per concludere, quindi, la fattispecie di patto marciiano disciplinata dall'art. 48 *bis* t.u.b. offre spunti di riflessione importanti anche nell'ambito del generale dibattito inerente all'ammissibilità nel nostro ordinamento delle alienazioni a scopo di garanzia⁸²⁶.

Ribadita infatti l'estraneità in termini di struttura e funzione del patto commissorio – e quindi pure della complementare figura lecita del patto marciiano – allo schema dell'alienazione in funzione di garanzia, la tipizzazione da parte del legislatore del trasferimento condizionato all'inadempimento dell'obbligazione garantita offre un indice sistematico

⁸²⁵ N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciiano nella l. 30 giugno 2016, n. 119*, cit., p. 995 s. il quale, con riferimento all'art. 48 *bis* t.u.b., sostiene che *“quando si verifica l'inadempimento e il creditore attiva il marciiano, l'alienazione svolge una funzione che non è di garanzia, bensì solutoria, comportando estinzione dell'obbligazione e ponendosi quale alternativa (possibile ma non necessaria) al processo esecutivo”*.

⁸²⁶ Sul dibattito v. *supra*, le considerazioni svolte al Cap. III, Par. 2.3.

ulteriore a favore della liceità di figure negoziali mediante le quali il diritto di proprietà risulti impiegato in via funzionale alla finalità di garanzia⁸²⁷.

In definitiva allora, ciò che assume rilevanza centrale nel giudizio di liceità della fattispecie, ci pare, non è tanto la sua ammissibilità teorica in termini di negozio costituente un meccanismo di garanzia reale a favore del creditore, quanto piuttosto la concreta inidoneità del medesimo a pregiudicare la sfera patrimoniale del debitore in sede di soddisfazione delle proprie pretese da parte del creditore.

Individuato nel principio di corrispondenza tra l'ammontare del credito e quanto ottenuto in sede di aggressione del patrimonio del debitore il cuore del giudizio di liceità della dinamica satisfattoria realizzata in via negoziale, pare allora coerente la scelta del legislatore di affidare alla cautela marciana il compito di garantire che le fattispecie di autotutela satisfattiva descritte si realizzino in termini di equità, e quindi senza alcuna prevaricazione della posizione del debitore.

⁸²⁷ Un tale assunto conduce ad ulteriori risultati seppure in via indiretta. Affermare, infatti, l'estraneità rispetto alla funzione di garanzia del patto commissorio e del patto marciano consente innanzitutto di eliminare in radice l'argomentazione secondo cui la fattispecie dell'alienazione a scopo di garanzia debba ritenersi *ex se* illecita per diretta violazione dell'art. 2744 c.c., e – per altro verso – offre un criterio ermeneutico ulteriore sulla base del quale potersi affermare l'ammissibilità della fattispecie traslativa *cavendi causa*.

Invero, prescindendo in questa sede dal discutere circa la fondatezza delle ulteriori argomentazioni tradizionali contrarie all'ammissibilità generale dell'alienazione a scopo di garanzia, una tale chiave di lettura del divieto di patto commissorio consente di rivalutare la cautela marciana come la potenziale chiave di volta utile a rendere anche questa fattispecie idonea a soddisfare gli interessi delle parti entro i limiti di equità e proporzionalità della garanzia, profili che hanno modo di trovare concreta declinazione proprio nella fase di realizzazione delle ragioni creditorie a seguito dell'inadempimento.

A soluzioni di questo genere, peraltro – seppure secondo percorsi diversi – sono giunti anche gli ordinamenti tedesco e francese, che, nel primo caso in base all'elaborazione giurisprudenziale e nel secondo in forza di espressi interventi normativi, sono giunti per un verso a circoscrivere la portata del divieto di patto commissorio alla fase di realizzazione della garanzia reale, e per un altro ad ammettere il trasferimento della proprietà quale tecnica negoziale meritevole di tutela a condizione che la stessa risulti governata dal principio sotteso alla convenzione marciana, v. *amplius*, Cap. II, Par. 1 e 2.

3. Il rapporto tra il patto marciano di diritto comune e le nuove fattispecie di patto marciano.

Le soluzioni interpretative cui si è pervenuti nel precedente paragrafo in merito alla qualificazione giuridica delle fattispecie di recente introdotte dal legislatore, e, in particolare di quella disciplinata dall'art. 48 *bis* t.u.b., conducono l'indagine allo svolgimento di un passaggio ulteriore.

Occorre infatti analizzare in che termini si pongano i nuovi meccanismi marciاني in relazione alle regole che disciplinano in via generale le tecniche di soddisfacimento del creditore in sede di realizzazione della garanzia reale e quale sia il significato da attribuire agli istituti tipici in ordine all'interpretazione del divieto di patto commissorio.

In prima istanza, la riflessione si concentra sulla comparazione tra le nuove figure tipiche di patto marciano – previste, si badi, da discipline di settore per peculiari operazioni di finanziamento⁸²⁸ – ed il generale modello marciano elaborato dalla giurisprudenza muovendo dall'analisi delle fattispecie negoziali atipiche e nello specifico della figura di *sale and lease back*⁸²⁹.

Come già osservato in precedenza in questo lavoro⁸³⁰, la figura del patto marciano quale alienazione con funzione satisfattiva perfezionata *iusto praetio tunc aestimandum*⁸³¹ è rimasta a lungo tempo inesplorata nel nostro ordinamento per un verso in quanto non soggetta ad un espresso

⁸²⁸ Il carattere di specialità dei nuovi marciاني si manifesta in tutta evidenza nel prestito vitalizio ipotecario e nel credito immobiliare ai consumatori, ma la caratteristica settoriale della disciplina normativa può rinvenirsi anche nell'art. 48 *bis* t.u.b. o nel pegno non possessorio, istituti riservati esclusivamente alla dinamica contrattuale tra imprese e istituti di credito, v. *supra*, Par. 1, in questo Capitolo.

⁸²⁹ Il riferimento va alla già citata Cass. Civ., Sez. I, 28 gennaio 2015, n. 1625, in *G. it.*, 2015, XI, p. 2341 con nota di V. VITI, *Lease back, patto commissorio e clausola marciana*; sul tema, nella dottrina più recente, v. M. NATALE, *Lease-back e strutture utili di patto marciano*, in *R. d. civ.*, 2015, VI, p. 595 s., in generale v. *amplius*, Cap. III, Par. 1.4.

⁸³⁰ V., *supra*, Cap. III, Par. 1.

⁸³¹ Secondo la formula definitoria della pattuizione marciana resa dal giurista Elio Marciano, riportata in D.20,1,16, 9 (*Marc. Ad form. Hyp.*), v. *supra*, Cap. I, Par. 3.

riconoscimento normativo e per altro alla luce della contiguità strutturale e funzionale con la figura del patto commissorio vietato⁸³².

Nell'ultimo quinquennio, tuttavia, a valle del processo interpretativo che ha interessato il campo di applicazione del divieto di patto commissorio, la giurisprudenza è giunta a riconoscere la liceità di fattispecie negoziali incentrate sul trasferimento del diritto di proprietà, o sulla liquidazione di un bene del debitore⁸³³, quali tecniche di soddisfazione privata delle ragioni creditorie all'occorrere di determinate cautele atte a renderle inidonee a ledere la posizione giuridica del debitore stesso.

In questo senso, i recenti interventi legislativi si pongono in termini di continuità⁸³⁴ con le riflessioni già svolte dagli interpreti offrendo riconoscimento normativo a fattispecie negoziali che negli ultimi decenni hanno preso campo in modo netto nella prassi dei traffici commerciali – anche

⁸³² È d'uopo sottolineare ancora una volta come, in realtà, la giurisprudenza anche meno recente abbia avuto modo di riconoscere *incidenter tantum* la liceità della figura marciiana, v. Cass. 21 giugno 1946, n. 732, in *G. it.*, 1947, I, p. 32 s.; Cass. 21 dicembre 1950, n. 2807, in *F. it.*, 1951, I, p. 573 s.; Cass. 30 marzo 1954, n. 988, in *Rep. F. it.*, n. 99; Cass. 21 luglio 1956, n. 2828, in *F. it.*, 1956, I, p. 11 s., per un'analisi più approfondita della tematica, v., ancora Cap. III, Par. 1.4.

⁸³³ Significativo in questo senso il dibattito che ha interessato operazioni liquidative attributive dello *ius vendendi* al creditore mediante il conferimento di un mandato o di una procura a vendere con facoltà di soddisfazione sul ricavato, su cui la giurisprudenza si è attestata inizialmente nel verso dell'illiceità, tuttavia con alcune aperture anche significative cfr. Cass. 7 dicembre 1999, n. 13708, in *R. not.*, 2001, p. 458 s.; in *Contratti*, 2000, VI, p. 553 s. con nota di C. ROMEO, *I limiti applicativi del patto commissorio autonomo*; più recentemente Cass. 18 marzo 2015, n. 5440. In dottrina sul tema cfr. C.M. BIANCA, *Garanzia mediante alienazione simulata e conferimento al creditore di un mandato di vendita*, cit., p. 455 s.; A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., p. 305 s.

Più rigida la posizione delle corti in merito al conferimento al creditore di una procura a vendere con finalità di soddisfazione sul ricavato v. Cass. 1 giugno 1993, n. 6112, in *R. d. comm.*, 1994, II, p. 135 s.; Cass. 5 marzo 2010, n. 5426, in *Giust. civ. mass.*, 2010, p. 324 s.; Cass. 10 marzo 2011, n. 5740, in *G. it.*, 2012, III, p. 568 s. con nota di M. ALBANESE, *Brevi note in tema di patto commissorio, procura a vendere e autonomia privata ovvero la fattispecie e i suoi confini*, cit.; in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 1453 s. con nota di G. ADILARDI, *Brevi osservazioni in tema di divieto di patto commissorio causa concreta del contratto e patto marciiano*, cit.; più recentemente v. Cass. 8 luglio 2014, n. 15486 in *Nuova g. civ. comm.*, 2015, I, p. 62 s. con nota di G. Buset, *Anche una procura a vendere può violare il divieto di patto commissorio?*, cit.

⁸³⁴ Sottolinea la coerenza teorica dei recenti interventi normativi rispetto all'elaborazione del principio generale da parte delle corti N. CIPRIANI, *Il patto marciiano tra discipline di settore e sistema*, cit., p. 8 s.

e soprattutto a livello internazionale⁸³⁵ – offrendo così una risposta concreta alle esigenze del mercato sempre più orientato allo sfruttamento di modelli di garanzia alternativi rispetto a quelli tradizionali poiché maggiormente flessibili in termini di struttura ed effetti e, soprattutto, in grado di assicurare mezzi di soddisfacimento del creditore più efficienti⁸³⁶ in caso di esito patologico del rapporto obbligatorio⁸³⁷.

Se, quindi, le nuove figure di recente introduzione non costituiscono un'assoluta novità nel panorama delle tecniche di garanzia reale del credito, del pari occorre sottolineare la natura essenzialmente settoriale delle fattispecie tipizzate dal legislatore, indirizzate cioè alla disciplina di peculiari operazioni economico-giuridiche e pertanto non qualificabili in termini di istituti generali ed astratti⁸³⁸.

A tal riguardo pare doversi concordare con quanti, in dottrina⁸³⁹, valorizzando il carattere eccezionale delle figure marciarie di nuovo conio non

⁸³⁵ Cfr., quanto analizzato in relazione all'analisi delle tecniche di garanzia del credito in chiave comparata, *supra*, Cap. II.

⁸³⁶ Sull'impatto dei meccanismi di realizzazione della garanzia, e quindi sull'idoneità degli istituti a soddisfare efficacemente le ragioni del creditore, in relazione allo sviluppo del mercato del credito in una prospettiva gius-economica v. E. BRODI, *La tutela del credito in Italia: spunti per una lettura gius-economica delle cause di prelazione (parte prima)*, p. 1397 s., v. *amplius*, Cap. III, Par. 1.

⁸³⁷ Per le riflessioni più recenti sul tema dei negozi di autotutela esecutiva v. G. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit.; con riferimento al ruolo delle nuove figure marciarie nel novero dei negozi di autotutela esecutiva v. ID., *Il patto marciano tra diritto "comune" e "speciale"*, cit., p. 1857 s.; B. SALVATORE, *Trasferimenti di proprietà in funzione di garanzia del credito e liquidazione dei beni*, cit., p. 127 s.; E. DE BELVIS, *L'esecuzione privatizzata*, cit., p. 171 s.

⁸³⁸ R. LENZI, *Prestito vitalizio ipotecario, riforma del credito immobiliare e incerto destino del marciano di diritto comune*, cit., p. 319 s.

⁸³⁹ N. CIPRIANI, *Il patto marciano tra discipline di settore e sistema*, cit., p. 8 s.; in questo senso v. anche A. A. DOLMETTA, *La ricerca del marciano utile*, cit., p. 811 s.; G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., p. 28 s.; A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1398 s. S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B.: il "pasticcio" di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, cit., p. 100 s.; E. DE BELVIS, *L'esecuzione privatizzata*, cit., p. 250 s.; B. SALVATORE, *Trasferimenti di proprietà in funzione di garanzia del credito e liquidazione dei beni*, cit., p. 127 s.; sottolinea l'implicito giudizio di meritevolezza nei confronti del negozio marciano G. FAPPIANO, *Il patto marciano: tra tipicità e autonomia contrattuale*, cit. p. 86 s., il quale ritiene che, pur dovendosi tenere distinte le figure del marciano di diritto comune da quelle tipizzate dal legislatore, queste ultime possano fornire degli indici interpretativi utili alle corti per una valutazione circa la corretta articolazione della cautela marciaria in relazione a fattispecie negoziali atipiche; sulle problematiche inerenti ai rapporti tra marciano di diritto comune e

ritengono poter inferire dalla disciplina delle stesse peculiari indici interpretativi utili ai fini di un'applicazione analogica del modello marciano tipizzato alle fattispecie negoziali atipiche che vengano all'attenzione della giurisprudenza⁸⁴⁰.

E ciò in primo luogo in ragione della peculiare collocazione sistematica degli istituti di settore, che in larga parte si pongono nell'ambito di politiche legislative ispirate a logiche di tutela di contraenti tradizionalmente ritenuti deboli⁸⁴¹, ma pure alla luce delle caratteristiche contenutistiche delle figure tipizzate, che – anche frutto in alcuni casi di una tecnica normativa poco efficiente – assumono un'articolazione assolutamente peculiare e perciò difficilmente trasponibile sul piano interpretativo ai congegni negoziali diffusi nella prassi commerciale⁸⁴².

marciani tipizzati v. anche R. LENZI, *Prestito vitalizio ipotecario, riforma del credito immobiliare e incerto destino del marciano di diritto comune*, cit., p. 319 s.; e R. LENZI – M. TATARANO, *Recenti riforme in tema di garanzie del credito bancario*, cit., p. 41 s. il quale opportunamente analizza la questione anche dal profilo inverso, ovvero quello attinente all'incidenza delle peculiari articolazioni di marciano speciale in relazione all'ammissibilità del marciano di diritto comune.

⁸⁴⁰ Condivisibile l'opinione di R. LENZI – M. TATARANO, *Recenti riforme in tema di garanzie del credito bancario*, cit., p. 41 s., secondo cui, pur mantenendo distinti il modello generale e quelli speciali di patto marciano, possono desumersi dai nuovi interventi legislativi degli indici utili alla giurisprudenza ad integrare il giudizio di liceità delle figure atipiche, quali evidentemente la previsione di una procedura di stima del bene, di restituzione del supero, ma anche clausole volte ad assicurare la soddisfazione sicura e celere del creditore, nonché tutelanti le ragioni delle altre categorie di creditori concorrenti.

⁸⁴¹ Sul punto v. N. CIPRIANI, *Il patto marciano tra discipline di settore e sistema*, cit., p. 20 s.; E. DE BELVIS, *L'esecuzione privatizzata*, cit., p. 250 s.; dubitativo, soprattutto riguardo a determinati profili sostanziali dei marciani tipizzati S. PAGLIANTINI, *L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura ragionata dell'art. 48 bis t.u.b.*, cit., p. 931 s.

⁸⁴² V. ancora N. CIPRIANI, *Il patto marciano tra discipline di settore e sistema*, cit., p. 23, peculiare rilevanza ai fini della presente questione assume per un verso la speciale qualificazione dell'inadempimento necessario ad attivare la tutela marciana, esplicitamente disciplinato agli art. 48 bis e 120 *quinquiesdecies* t.u.b., ovvero la rigida procedimentalizzazione della fase di escussione della garanzia in via privata, cui peraltro si applica un controllo seppure esterno dell'autorità giurisdizionale, profili quest'ultimi che sembrano doversi contestualizzare alla disciplina di settore in ragione dei peculiari interessi sottesi all'operazione economica; in senso contrario, parte della dottrina, ritiene per esempio doversi inferire dalla normativa di settore un livello minimo di gravità dell'inadempimento ai fini della valutazione di liceità dei negozi marciani atipici stipulati da un imprenditore, v. S. PAGLIANTINI, *L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura ragionata dell'art. 48 bis t.u.b.*, cit., p. 931 s.

Una riflessione a parte merita infine il profilo dell'esdebitazione innervata nell'effetto traslativo ex art. 120 *quinquiesdecies* t.u.b. (e previsto pure in materia di prestito vitalizio

Ciò detto, le recenti epifanie legislative, in uno con gli esiti cui è addivenuta la giurisprudenza, nondimeno offrono all'interprete argomenti utili alla valutazione dei principi generali in materia di garanzie reali del credito.

Il primo attiene in via diretta l'interpretazione del divieto di patto commissorio. L'articolazione dei meccanismi marziani in termini di negozi giuridici disciplinanti la tutela satisfattiva del creditore in via alternativa rispetto alle procedure giudiziali di esecuzione forzata, infatti, costituisce un dato interpretativo essenziale a favore della corrispondente qualificazione del patto commissorio in termini di negozio giuridico attinente in via diretta la fase di realizzazione della garanzia, tipica o atipica, e che risulta oggetto di un giudizio di disvalore da parte del legislatore in quanto inadeguato ad assicurare, *ex ante* ed in via assoluta, l'equilibrio delle reciproche posizioni di debitore e creditore nella fase di escussione della garanzia⁸⁴³.

Adottando quest'opzione in termini di qualificazione della fattispecie commissoria, pare allora trovare una significativa conferma la tesi secondo cui la *ratio* del divieto *ex art. 2744 e 1963 c.c.* sia da rinvenire nella tutela del debitore in termini essenzialmente quantitativo/patrimoniali, ovvero nell'esigenza che la dinamica negoziale di escussione della garanzia risulti soggetta al principio di equivalenza tra il valore del debito inadempito e quello acquisito dal creditore in attuazione del vincolo di responsabilità⁸⁴⁴.

ipotecario), che secondo l'opinione preferibile deve ritenersi limitata alla fattispecie del credito immobiliare ai consumatori e, in mancanza di espressa previsione di legge, non estendibile in via interpretativa al trasferimento *ex art. 48 bis t.u.b.*, sul punto v., per tutti, A. LUMINOSO, *Patto marziano e sottotipi*, cit., p. 1398 s., *contra* per la qualificazione dell'esdebitazione quale profilo connotante la fattispecie marziana alla luce della sua natura solutoria v. S. PAGLIANTINI, *L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura ragionata dell'art. 48 bis t.u.b.*, cit., p. 931 s., sul dibattito v. *amplius*, Par. 2.2., in questo Capitolo.

⁸⁴³ In quest'ottica v. per tutti N. CIPRIANI, *Il patto marziano tra discipline di settore e sistema*, cit., p. 23 e A. LUMINOSO, *Patto marziano e sottotipi*, cit., p. 1398 s., per le riflessioni sulla natura e la funzione in termini generali del patto commissorio e del patto marziano, cfr. *supra*, Cap. III, Par. 2.

⁸⁴⁴ In questi termini nella dottrina che, fin dagli anni '90, si è espressa sul fenomeno della pattuizione marziana v. E. LASCIALFARI, voce *Alienazioni a scopo di garanzia*, cit., p. 3 s.; M. BUSSANI, *Patto commissorio, proprietà e mercato*, cit., p. 113 s.; F. ANELLI, *L'alienazione*

Ragionando in questi termini, è d'agio constatare come il patto marciano integri la variante lecita della convenzione commissoria, idonea quindi a ricavare uno spazio nel campo di applicazione del relativo divieto entro il quale all'autonomia privata è riservata la facoltà di regolare in via negoziale le conseguenze dell'inadempimento e, in particolare, le tecniche di aggressione del patrimonio del debitore in via privata⁸⁴⁵.

Il secondo argomento riguarda la necessità di coordinare i principi generali dell'ordinamento con l'evoluzione dei formanti giurisprudenziali e normativi in materia di tutela reale del credito.

A ben vedere, infatti, il riconoscimento prima giurisprudenziale e poi legislativo della figura del patto marciano ha sancito la consacrazione di una nuova tendenza nell'autonomia privata, ovvero quella all'adozione di strumenti negoziali di autotutela esecutiva, indirizzati cioè alla regolazione in via privata – e alternativa rispetto alle ordinarie procedure esecutive – della fase di aggressione del patrimonio del debitore in attuazione del vincolo di responsabilità originante nell'inadempimento⁸⁴⁶.

Allo stato, tuttavia, nella delineazione dei modelli giuridici che regolano gli interessi sottesi a queste figure di autotutela esecutiva si palesa nel nostro ordinamento un'evidente distonia, se non addirittura una contrapposizione, tra uno schema di patto marciano generale di elaborazione giurisprudenziale e una serie di fattispecie speciali modellate dal legislatore per la regolazione di peculiari operazioni di finanziamento⁸⁴⁷.

in funzione di garanzia, cit., p. 418 s.; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 118 s.; in seguito all'introduzione delle nuove figure di patto marciano v. B. SALVATORE, *Trasferimenti di proprietà in funzione di garanzia del credito e liquidazione dei beni*, cit., p. 127 s.

⁸⁴⁵ E. DE BELVIS, *L'esecuzione privatizzata*, cit., p. 250 s.; L. FOLLIERI, *Il patto marciano tra diritto "comune" e "speciale"*, cit., p. 1857 s.

⁸⁴⁶ V. N. CIPRIANI, *Il patto marciano tra garanzia del credito ed esecuzione forzata*, cit., p. 1729 s.; A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, cit., p. 10 s.; B. SALVATORE, *Trasferimenti di proprietà in funzione di garanzia del credito e liquidazione dei beni*, cit., p. 127 s.

⁸⁴⁷ Critici sulla delineazione di questo doppio regime di regolazione della fattispecie marciana N. CIPRIANI, *Il patto marciano tra discipline di settore e sistema*, cit., p. 23; R. LENZI – M. TATARANO, *Recenti riforme in tema di garanzie del credito bancario*, cit., p. 41

Il rischio che si prospetta è quello di doversi confrontare con un istituto disciplinato secondo statuti diversi a seconda della concreta operazione economico-giuridica in cui è chiamato ad operare, il che di conseguenza potrebbe condurre ad un minore grado di certezza in ordine all'operatività delle figure marciiane poste a disposizione dell'autonomia privata, andando ad incidere sull'efficienza del sistema di tutele del credito complessivamente inteso⁸⁴⁸.

Ciò evidentemente consente di dubitare, ragionando in termini di principi generali, dell'effettiva utilità delle nuove figure introdotte dal legislatore, come già precisato tendenzialmente inidonee ad un'applicazione analogica, e d'altro canto permette di riconoscere la necessità di una complessiva revisione dei principi generali governanti la fase di realizzazione della garanzia reale⁸⁴⁹.

Un soluzione prospettabile in questo senso, potrebbe allora ritenersi essere la delineazione di una norma generale ed astratta che intervenga a riconoscere la legittimità del modello marciano quale declinazione di un principio generale di tutela della posizione giuridica del creditore nella fase di realizzazione della garanzia, che delinei pertanto una serie di criteri generali ed astratti all'occorrere dei quali all'autonomia privata sia concessa la facoltà di regolare in via stragiudiziale la fase di escussione della garanzia, definendo quindi uno schema normativo all'interno del quale possano trovare

s.; G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., p. 28 s.; S. PAGLIANTINI, *L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura ragionata dell'art. 48 bis t.u.b.*, cit., p. 931 s.; A. CHIANALE, *Qualche pensiero sulle recenti vicende del patto marciano*, cit., p. 753.

⁸⁴⁸ V. N. CIPRIANI, *Il patto marciano tra discipline di settore e sistema*, cit., p. 23.; G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., p. 38.; A. A. DOLMETTA, *La ricerca del marciano utile*, cit., p. 811 s.

⁸⁴⁹ V. ancora sul punto A. A. DOLMETTA, *La ricerca del marciano utile*, cit., p. 811 s.; G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., p. 38.; A. CHIANALE, *Qualche pensiero sulle recenti vicende del patto marciano*, cit., p. 753.

legittimazione la fattispecie di autotutela esecutiva nelle sue varie declinazioni.

CONCLUSIONI

Come si è avuto modo di verificare nel corso della presente indagine, tanto la pattuizione commissoria vietata, quanto la complementare e lecita pattuizione marciata si collocano nel novero dei negozi di autotutela esecutiva, ovvero di quelle fattispecie che disciplinano le modalità di aggressione del patrimonio del debitore in via alternativa alle ordinarie procedure di esecuzione forzata.

Tale inquadramento delle fattispecie esaminate consente di individuare la *ratio* del divieto di patto commissorio nell'esigenza di proteggere il debitore dal rischio di un eccessivo e ingiustificato sacrificio patrimoniale a favore del creditore nella fase di escussione della garanzia reale tipica o atipica.

Il divieto sancito dagli artt. 2744 e 1963 c.c., quindi, deve ritenersi una norma di collegamento tra la tutela processuale e quella sostanziale dei diritti, nella misura in cui sancisce la nullità dei negozi giuridici mediante i quali l'escussione della garanzia in via stragiudiziale – espressione, come detto di un'azione di autotutela in via privata del creditore – viene a realizzarsi a prescindere da ogni bilanciamento tra il valore del bene acquistato dal creditore e il valore del debito inadempito.

La valutazione delle tecniche di attuazione del vincolo di responsabilità in termini oggettivi, incentrata sull'equilibrio patrimoniale delle reciproche posizioni di creditore e debitore, consente d'altro canto di delineare con chiarezza il perimetro applicativo del divieto di patto commissorio e di sancire la piena liceità della pattuizione marciata.

Quest'ultima, infatti, pur condividendo la natura e la funzione del patto commissorio, si caratterizza per l'essenziale idoneità ad incidere sul regolamento negoziale mediante l'inserimento di un meccanismo correttivo volto a disciplinare il trasferimento del bene al creditore in via soddisfacente sulla base del principio di esatta corrispondenza tra il valore acquisito dal creditore e quello del debito inadempito.

Tale idoneità, come ampiamente precisato, si fonda sulla necessaria stima del bene trasferito al creditore successivamente all'occorrere dell'inadempimento e nel corrispondente obbligo di quest'ultimo di restituire al debitore l'eventuale eccedenza risultante dalla comparazione tra il valore del bene e quello del debito inadempito.

La pattuizione marciana, quindi, al pari, e in via alternativa alla facoltà di liquidazione del bene oggetto di garanzia da parte del creditore con soddisfazione sul ricavato, deve ritenersi un valido mezzo negoziale di autotutela esecutiva, mediante il quale le parti programmano *ex ante* e in via privata, le tecniche di soddisfazione del creditore sul patrimonio del debitore, in caso di esito patologico del rapporto obbligatorio.

L'inquadramento in questi termini del divieto di patto commissorio e della fattispecie marciana trova importanti conferme dall'analisi in prospettiva storica e comparata di dette figure.

Le originarie applicazioni risalenti al diritto romano della *lex commissoria* e, successivamente alla sua proibizione, del patto marciano – infatti – offrono un indice decisivo a favore dell'inquadramento delle fattispecie esaminate in termini di negozi giuridici traslativi accessori alla garanzia pignorizia e alla più antica *fiducia cum creditore*, mediante i quali al creditore era concesso un mezzo privilegiato di soddisfazione sul bene oggetto di garanzia, in via alternativa rispetto alla liquidazione dello stesso con soddisfazione sul ricavato.

Ai medesimi risultati teorici si giunge anche analizzando in termini comparati l'ambito di operatività del divieto di patto commissorio.

In primo luogo, infatti, pur alla luce delle evidenti diversità che caratterizzano i formanti normativi e interpretativi appartenenti alle esperienze giuridiche esaminate, in tutti i sistemi giuridici oggetto di indagine il divieto di patto commissorio è stato inquadrato – prima dal legislatore e successivamente dagli interpreti – in termini di pattuizione disciplinante una

tecnica di soddisfazione del creditore caratterizzata dalla potenziale lesività per la sfera patrimoniale del debitore.

In secondo luogo, l'indagine ha evidenziato come l'esigenza affermatasi nel panorama del commercio internazionale di mezzi di garanzia reale maggiormente flessibili ed efficienti, abbia indotto gli ordinamenti esaminati a rinnovare i tradizionali istituti di garanzia reale del credito, per un verso offrendo legittimazione legislativa o giurisprudenziale al trasferimento della proprietà a scopo di garanzia o, in particolare, alla garanzia mobiliare senza spossessamento, e per un altro limitando progressivamente lo spazio operativo del divieto di patto commissorio allo scopo di consentire all'autonomia privata l'impiego di meccanismi negoziali di realizzazione della garanzia in via alternativa alle ordinarie procedure esecutive giudiziali.

Si è altresì avuto modo di sottolineare come questi due aspetti si mantengono separati sia sul piano teorico che su quello applicativo.

L'individuazione di nuovi meccanismi di garanzia reale posti al servizio delle esigenze del mercato, infatti, attiene direttamente il profilo strutturale della garanzia reale, ovvero l'articolazione del negozio giuridico atto a regolare l'operazione di garanzia.

Su un piano diverso, si propone invece la predisposizione di schemi negoziali atti a disciplinare *iure privatorum* la fase di realizzazione della garanzia reale, facendo quindi ricorso a modelli di autotutela esecutiva.

È segnatamente su quest'ultimo piano di indagine che viene in rilievo il divieto di patto commissorio, la *ratio* che lo giustifica e pertanto l'ambito di operatività che l'ordinamento giuridico gli riserva.

La descritta separazione sul piano teorico dei due piani di indagine si palesa in modo netto anche nelle valutazioni sottese al progetto di codificazione di diritto privato europeo.

In quella sede, infatti, i redattori del *Draft Common Frame of Reference* hanno accolto il divieto di patto commissorio attribuendovi il valore di principio condiviso dalle tradizioni giuridiche europee, ma al contempo

hanno circoscritto l'ambito di operatività dello stesso alle tecniche sfruttate dall'autonomia privata per disciplinare la fase di escussione della garanzia, del pari riconoscendo espressamente la liceità di negozi giuridici modellati sullo schema del patto marciano, finalizzati a regolare la fase di soddisfazione del creditore in via alternativa rispetto alle ordinarie procedure giudiziali.

Le linee di tendenza su cui si sono sviluppati i descritti mutamenti nel panorama delle garanzie reali del credito, come osservato nella seconda parte di questo lavoro, sono andate riproponendosi anche nell'ordinamento italiano, pur con tempistiche e modalità del tutto peculiari.

Da un lato, infatti, l'insofferenza della prassi commerciale nei confronti delle strutture tradizionali di garanzia del credito ha condotto alla diffusione di negozi giuridici atipici la cui valutazione in termini di liceità da parte delle corti ha comportato la progressiva ripermetrazione del campo di applicazione del divieto di patto commissorio ed il riconoscimento in via interpretativa della generale figura del patto marciano.

Dall'altro, con gli interventi normativi operati dal 2015 in poi, il legislatore italiano ha offerto espressa legittimazione normativa alla figura del patto marciano quale tecnica di soddisfazione stragiudiziale del creditore operante in via accessoria alla garanzia reale tipica – come nel pegno non possessorio, nel prestito vitalizio ipotecario e nell'art. 120 *quinqüesdecies* t.u.b. – ovvero in via autonoma, come accade ai sensi dell'art. 48 *bis* t.u.b..

Quest'ultima figura, in particolare, ha assunto rilevanza centrale ai fini delle riflessioni svolte, in ragione dell'idoneità a regolare l'effetto traslativo su un bene immobile a fini satisfattivi a prescindere dalla costituzione della garanzia ipotecaria, e quindi integrando quella che può definirsi una fattispecie di patto marciano autonomo.

I nuovi istituti introdotti dal legislatore, pertanto, costituiscono un valido indice sistematico favorevole all'accoglimento nel nostro ordinamento del patto marciano quale negozio giuridico che si attegga a tecnica di autotutela esecutiva stragiudiziale mediante la quale le parti programmano, *ex ante*, le

modalità di aggressione del patrimonio del debitore in attuazione del vincolo di responsabilità.

La natura settoriale delle figure di recente introduzione, tuttavia, indirizzate alla regolazione di specifiche operazioni di finanziamento e caratterizzate da peculiari cautele in ragione della qualità dei soggetti coinvolti, crea un forte ostacolo alla delineazione nel nostro ordinamento di un modello generale ed astratto di patto marciano destinato ad un impiego indifferenziato nella pratica negoziale.

Allo stato attuale, quindi, l'interprete non può che prendere atto della coesistenza di due modelli di cautela marciana: uno di diritto comune oggetto di legittimazione sul piano interpretativo da parte delle corti, e uno di diritto speciale, integrato dalle varie fattispecie particolari introdotte dal legislatore.

Ai cd. "nuovi marcciani" tipizzati dal legislatore, tuttavia, deve attribuirsi il merito di indirizzare in via definitiva l'approccio dell'interprete verso un rinnovato inquadramento del divieto di patto commissorio quale disposizione normativa che tutela la sfera patrimoniale del debitore nella fase di escussione della garanzia reale, o – in termini più generali – nella fase di aggressione del creditore in attuazione di meccanismi negoziali di autotutela esecutiva.

L'impressione, quindi, è che il sistema di tutela reale del credito nel nostro ordinamento si trovi ad una prima, seppur fondamentale, tappa di un cammino che pare debba condurre al definitivo riconoscimento normativo della fattispecie generale ed astratta del patto marciano, quale modello di tutela del credito realizzata mediante la regolazione in via negoziale della fase di autotutela esecutiva.

BIBLIOGRAFIA

- C. ABATANGELO, *Una nuova figura di pegno nel c.d. “decreto banche”*, in *ODCC*, 2017, I, p. 19 s.
- C. ABATANGELO, *Alienazione in garanzia e meccanismo sotteso al patto marciano: riflessioni a seguito della direttiva collateral*, in *Dialogo tra le corti e principio di proporzionalità. Atti del convegno dei Ricercatori della Scuola di Giurisprudenza dell’Università di Padova*, 2015, p. 141 s.
- C. AGABATINI, *Recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di patto commissorio*, in *R. crit. d. priv.*, 2012, I, p. 119 s.
- G. ADILARDI, *Brevi osservazioni in tema di divieto di patto commissorio causa concreta del contratto e patto marciano*, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 1453 s.
- B. AKKERMANS, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, Maastricht, 2008
- B. AKKERMANS – E. RAMAEKERS (a cura di), *Property Law Perspectives*, Antwerp, 2012
- B. AKKERMANS – J. HAGE – N. KORNET – J. SMITS (a cura di), *Who Does What? On the allocation of regulatory competences in European Private Law*, Antwerp, 2015
- E. ALBERTARIO, *Sulla nullità del patto commissorio aggiunto al mutuo ipotecario*, in *R. d. comm.*, 1924 II, p. 233 s.
- M. ALLARA, *Prestazione in luogo dell’adempimento*, Palermo, 1927
- G. AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996

- G. AMATO, *Ancora sul patto commissorio e sulla vendita a scopo di garanzia*, in *G. civ.*, 1984, I, p. 1899 s.
- E. A. AMAYUELAS, *The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe. Contrasting Views from Member States*, Groningen, 2018
- S. AMBROSINI, *Il pegno non possessorio ex lege n. 119/2016*, in *Crisi d'impresa e fallimento*, 2016, p. 1 s.
- S. AMBROSINI, *La tutela rafforzata dei creditori privilegiati nella l. 119/2016: il c.d. patto marciano*, in *Giust. civ. comm.*, 2016, p. 67 s.
- G. AMORTH, *Divieto del patto commissorio apposto ad un mutuo ipotecario*, in *R. tr. d. proc. civ.*, 1949, p. 717 s.
- P. ANCEL, *Droit des sûretés*, Paris, 2014
- R. G. ANDERSON – J. W. A. BIEMANS, *Reform of Assignment in Security: Lessons from the Netherlands*, in *Edinburgh Law Review*, 2012, XVI, p. 24 s.
- V. ANDRIOLI, in *Comm. Scialoja – Branca*, sub. art. 2744, Bologna, 1945, p. 49 s.
- V. ANDRIOLI, *Disciplina intertemporale del divieto di patto commissorio e sua applicabilità ai privilegi speciali*, in *F. it.*, 1942, I, p. 954 s.
- F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996
- C. ANGELELLI, *Note di confronto tra la nuova escussione extragiudiziale delle garanzie di cui alla proposta di direttiva del 13 marzo 2018 ed il nuovo art. 48 bis t.u.b.*, in *Dirittobancario.it*, 2018, VII
- L. ANTONIOLLI – F. FIORENTINI (a cura di), *A factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference*, Munich, 2011
- V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Napoli, 1990
- V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1994

- F. ARCARI, *Indici di anomali del lease back*, in *Contratti*, 2008, I, p. 33 s.
- M. ARIETTI, *Vendita con patto di riscatto a scopo di garanzia e divieto del patto commissorio*, in *G. it.*, 1992, I, p. 136 s.
- M. ASCHERI, *I diritti del medioevo italiano. Secoli XI-XV*, Roma, 2000
- A. ASCOLI, *Le origini dell'ipoteca romana e l'interdetto salviano*, Livorno, 1887
- M. ASTONE, *Inadempimento del consumatore e autotutela del finanziatore tra (divieto del) patto commissorio e patto marciano*, in *Eur. d. priv.*, 2017, III, p. 735 s.
- G. ASTUTI, voce *Dazione in pagamento (storia)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962
- L. AYNÈS, *La cession de créance à titre de garantie: quel avenir?*, in *Dr. et patr. avr.*, 2007, p. 28 s.
- L. AYNÈS, *Le nouveau droit du gage*, in *Dr. et patr.*, 2007, p. 48 s.
- L. AYNÈS – P. CROCQ, *Droit des sûretés*, in P. MALAURIE – L. AYNÈS (a cura di) *Droit Civil*, XII ed., 2018
- F. ATZERI, *Il patto commissorio relativo alla garanzia sugli immobili*, in *R. g. sarda*, 1926, p. 41 s.
- C. AUBRY – C. RAU, *Cours de droit civil français*, t. 4, IV ed., Paris, 1879
- A. M. AZZARO, *Vendita a scopo di garanzia e divieto del patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 3167 s.
- E. BACCIARDI, *La tutela civile degli anziani alla luce dell'art. 25 della Carta di Nizza*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2015, VI, p. 293 s.
- I. BAGHI, *L'esordio del pegno mobiliare non possessorio: riflessioni sui profili processuali*, in *Corr. giur.*, 2017, XI, p. 1380 s.

H. BALE, *The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions as a model for law reform: some conclusions*, in N. AKSELI – N. ORKUN, *Availability of Credit and Secured Transactions in a Time of Crisis*, Cambridge, 2013, p. 275 s.

A. BARBA – D. ZANCHI (a cura di), *Autonomia privata e affidamenti fiduciari*, Torino, 2012

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

L. BARBIERA, in *Comm. Schlesinger*, sub artt. 2740 – 2744, Milano, 1991, p. 206 s.

G. BARILLÀ, *Alcune osservazioni a margine del recepimento legislativo del pegno non possessorio*, in *Corr. giur.*, 2017, I, p. 5 s.

G. BARILLÀ, *Pegno non possessorio e patto marciano: dalla tutela statica del credito alle nuove forme di garanzia*, in *G. Comm.*, 2017, IV, p. 583 s.

F. BARTOLINI, *Usi e abusi del collegamento negoziale nelle operazioni di finanziamento a struttura trilaterale: il problema dell'inadempimento del fornitore*, in *ODCC*, 2017, II, p. 469 s.

D. BECCARI, *Orientamenti sul leasing*, in *Corr. giur.*, 2018, V, p. 697 s.

G. BELLAVIA, *Il pegno non possessorio alla luce delle recenti novità normative: spunti teorici ed applicativi*, in *Giustiziacivile.com*, 2018, VI, p. 41 s.

N. BELLOCCI, *La struttura della fiducia. Riflessioni intorno alla forma del negozio dall'epoca arcaica all'epoca classica del diritto romano*, Napoli, 1983

A. M. BENEDETTI, *L'autonomia contrattuale come valore da proteggere. Costituzione, solidarietà, libertà*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2019, IV, p. 827 s.

- E. BERGAMO, *Brevi note sul divieto di patto commissorio*, in *G. it.*, VIII-IX, p. 1599 s.
- F. BERTOLDI, *Il negozio fiduciario nel diritto romano classico*, Modena, 2012
- A. BERTOLINI, *La tutela del debitore inadempiente nella disciplina europea dei mutui ipotecari. Eterogenesi dei fini, errori prospettici ed aporie alla luce dell'analisi economica del diritto*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2016, II, p. 327 s.
- A. BERTOLINI, *Morosità e pignoramenti, sub art. 28 dir. 2014/17/UE*, in *I mutui ipotecari del diritto Comparato ed europeo – Commentario alla direttiva 2014/17/UE del CNN a cura di P. Sirena, Quaderni Fondazione Italiana Notariato*, 2016, p. 481 s.
- P. BESNARD, *De la clause de voie parée*, Paris, 1907
- E. BESTA, *Le obbligazioni nella storia del diritto italiano*, Padova, 1936
- E. BESTA, *I diritti sulle cose nella storia del diritto romano*, Milano, 1964
- E. BETTI, *Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione delle obbligazioni*, in *R. d. comm.*, 1931, II, p. 688 s.
- E. BETTI, voce *Autotutela*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 529 s.
- E. BEZZI, *Prestito vitalizio ipotecario e divieto del patto commissorio: una novità nel solco della tradizione*, in *Corr. giur.*, 2018, VII-IX, p. 115 s.
- V. M. BEY., *Le crédit-bail envisagé comme une sûreté* in *L'évolution du droit des sûretés*, *RJC*, 1982, p. 52 s.
- C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957
- C. M. BIANCA, *Garanzia mediante alienazione simulata e conferimento al creditore di un mandato di vendita*, in *F. pad.*, 1958, I, p. 455 s.
- C. M. BIANCA, voce *Autotutela*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 529 s.

- C. M. BIANCA, voce *Patto commissorio*, in *Nov. dig. disc. priv. – sez. civ.*, XIII, Torino, 1965, p. 711 s.
- C. M. BIANCA, *Vendita con patto di riscatto e alienazione in garanzia*, in *F. Pad.*, 1969, I, p. 1239 s.
- C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio: un passo indietro della Cassazione*, in *R. d. civ.*, 1987, II, p. 117 s.
- C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, v. VII, t. 1, Torino, 1993
- C. M. BIANCA, voce *Autotutela*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, p. 328 s.
- C. M. BIANCA, *Diritto civile*, VII, Milano, 2012
- C. M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *R. d. civ.*, 2014, II, p. 251 s.
- M. BIN, *Singoli contratti*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1991, p. 959 s.
- B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1965
- P. BIRKS, *The Roman Law of Obligations*, Oxford, 2014, p. 146 s.
- A. BISCARDI, *La lex commissoria nel sistema delle garanzie reali*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, Milano, 1962
- A. BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano*, Milano, 1976
- A. BISCARDI, *La dottrina romana dell'obligatio rei*, Milano, 1991
- A. BISCARDI, *Prassi e teoria della "lex commissoria"*, in *Lezioni ed esercitazioni romanistiche*, Siena, 1959
- G. BISCONTINI, *Assunzione del debito e garanzia del credito*, Napoli, 1993
- C. BITONTO, *Patti parasociali e patto commissorio: attenti a quei due?*, in *Società*, 2012, VIII/IX, p. 903 s.

- Y. BLANDIN – V. MAZEAUD, *Quelle Réforme pour le droit des sûretés?*, Dalloz, Paris, 2019
- G. BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984
- C. BOTTA, *Responsabilità patrimoniale – Gli incerti confini applicativi del divieto del patto commissorio e il sempre più diffuso favore per la pattuizione marciana*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2016, VI, p. 908 s.
- F. BOURJON, *Le droit commun de la France*, Paris, 1770
- L. BOVE, voce *Pegno (diritto romano)*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, XII, Torino, 1965, p. 763 s.
- G. BOZZI, *La fideiussione, le figure affini e l'anticresi*, in *Tratt. Rescigno*, XIII, Torino, 1986, P. 564 s.
- G. BOZZOLA, *Alienazione in garanzia e patto commissorio: la Suprema Corte riconferma la nullità*, in *Contratti*, 1995, III, p. 271 s.
- G. BRIANDA, *Le prospettive del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria, lex mercatoria e tradizione*, in *Contratto e impr.*, 2016, III, p. 797 s.
- M. BRIDGE, *The english law of real security*, in L. VACCA (a cura di), *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica. V Congresso Internazionale ARISTEC, Salisburgo, 13-15 settembre 2001*, Torino, 2001
- M. BRIDGE, *Personal Property Law*, III ed. Oxford, 2002
- M. BRIDGE – R. MACDONALD – R. SIMMONDS – C. WALSH, *Formalism, Functionalism and Understanding the Law of Secured Transaction*, in *McGill Law Journal*, 1999, p. 567 s.
- M. BRIDGE – L. GULLIFER – K. LOW – G. MCMEEL, *The Law of Personal Property*, London, 2018

- E. BRODI, *La tutela del credito in Italia: spunti per una lettura gius-economica delle cause di prelazione (parte prima)*, in *Vita not.*, 2016, III, p. 1397 s.
- E. BRODI, *Il sistema delle garanzie in Italia: una lettura economica delle disposizioni in materia di privilegio, pegno e ipoteca*, in *Questioni di economia e finanza*, Banca d'Italia, 2016
- E. BRODI, *Brevi note sull'utilizzabilità dell'art. 48 bis t.u.b. per la gestione delle sofferenze bancarie*, in *Il caso.it*, 2016
- E. BRODI, *La tutela del credito in Italia: spunti per una lettura gius-economica delle cause di prelazione (parte seconda)*, in *Vita not.*, 2017, I, p. 471 s.
- R. BROWNSWORD – H.W. MICKLITZ – L. NAGLIA – S. WEATHERILL (a cura di), *The Foundations of European Private Law*, Oxford, 2011
- V. M. BRUCKER, *Le pret viager hypothécaire*, in *JCP – La semaine juridique, Edition notariale et immobiliere*, n. 19, 2007, p. 30 s.
- B. BRUGI, *Limiti del divieto di patto commissorio*, in *R. d. comm.*, 1929, II, p. 46 s.
- B. BRUGI, *Patto commissorio ex intervallo*, in *R. d. comm.*, 1911, II, p. 396 s.
- I. BUGANI, *Il divieto di patto commissorio e la vendita con patto di riscatto (o con patto di retrovendita)*, in *Nuova g. civ. comm.*, 1986, II, p. 31 s.
- V. BUONOCORE, voce *Leasing*, in *Noviss.mo dig. it.*, IV, Roma, 1983, p. 797 s.
- A. BURDESE, *Lex commissoria e jus vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino, 1949
- A. BURDESE, *Considerazioni in tema di diritti reali*, in *R. d. civ.*, 1977, II, p. 307 s.

- A. BURDESE, *Il problema dei diritti reali nell'ultima dottrina*, in *R. d. civ.*, 1980, II, p. 210 s.
- A. BURDESE, *Ancora sulla natura e tipicità dei diritti reali*, in *R. d. civ.*, 1983, II, p. 226 s.
- A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, IV ed., Torino, 2000
- W.B. BURDIK, *The Principles of Roman Law and their Relation to Modern Law*, Clark-New Jersey, 2004, p. 377 s.
- G. Buset, *Anche una procura a vendere può violare il divieto del patto commissorio*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2015, I, p. 62 s.
- G. Buset, *Ancora su procura a vendere e divieto di patto commissorio*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2016, V, p. 737 s.
- M. BUSSANI, *Il contratto di lease back*, in *Contratto e impr.*, 1986, II, p. 558 s.
- M. BUSSANI, *Leasing*, in *R. d. civ.*, 1992, II, p. 759 s.
- M. BUSSANI, *Proprietà-garanzia e contratto. Formule e regole nel leasing finanziario*, Trento, 1992
- M. BUSSANI, *Il modello italiano delle garanzie reali*, in *Contratto e impr.*, 1997, p. 163 s.
- M. BUSSANI, *Patto commissorio, proprietà e mercato. Appunti per una ricerca*, in *R. crit. d. priv.*, 1997, p. 113-133
- M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, Torino, 2000
- M. BUSSANI, *Le droit civil des sûretés réelles. Le modele Italien des sûretés*, in *ERPL*, 1998, VI, p. 23 s.
- M. BUSSANI, *"Integrative" comparative law enterprises and the inner stratification of legal systems*, in *ERPL*, 2000, I, p. 85-99

- M. BUSSANI, *Patto di riscatto e patto commissorio: la porta stretta dei codificatori*, in L. VACCA (a cura di), *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica. V Congresso Internazionale ARISTEC, Salisburgo, 13-15 settembre 2001*, Torino, 2001
- M. BUSSANI – U. MATTEI, *The Common Core of European Private Law. Essays on the Project*, The Hague, 2002
- M. BUSSANI – U. MATTEI, *The Common Core of European Private Law, I, The Hague*, 2003
- M. BUSSANI – F. FERRO (a cura di), *European Private Law: A Handbook, I*, Berne, 2009
- M. BUSSANI, voce *Leasing*, in *Dig. disc. priv. - sez. civ.*, (Agg.), Torino, 2011, p. 594 s.
- E. BUSSI, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune – Diritti reali e diritti di obbligazione, I*, Padova, 1937
- A. BUTERA, *Il patto commissorio nel mutuo ipotecario*, in *G. It.*, 1918, p. 499 s.
- P. BUZZONETTI – C. PACELLA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, Milano, 2010
- M. CABRILLAC – C. MOULY – S. CABRILLAC – P. PÉTEL, *Droit des suretés*, X ed., Paris, 2015
- E. CALICE, *Sale and lease back: la suprema corte ne riafferma la “tendenziale liceità”*, in *Contratti*, 2004, XI, p. 1011 s.
- L. CALIENDO, *Divieto del patto commissorio nel pegno e nell’anticresi*, in *Ann. Dir. Comp.*, XII, 1937, p. 23 s.
- E. CALÒ, *Appunti sul patto commissorio*, in *R. giur. ed.*, 1987, II, p. 380 s.
- C. CAMARDI, *Legislazione della crisi e diritto privato*, in *ODCC*, 2017, II, p. 289 s.

- M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2018, III, p. 703 s.
- S. CAMPOLATTARO, *Fenomenologia del patto marciano tra tipicità e atipicità*, in *R. not.*, 2017, III, p. 591 s.
- V. CANALINI, *La nuova disciplina dei contratti di garanzia finanziaria: commento alle modifiche introdotte dal d.lgs. 24 marzo 2011, n. 48*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2012, III, p. 349 s.
- A. CANDIAN, voce *Prestazione in luogo dell'adempimento*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, XIV, Torino, 1996
- A. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari del credito nella prospettiva comparatistica*, in L. VACCA (a cura di), *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica. V Congresso Internazionale ARISTEC, Salisburgo, 13-15 settembre 2001*, Torino, 2001
- N. CANESSA, *Vendita con patto di riscatto e patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 1989, p. 1569 s.
- R. CAPONI, *Doing business come scopo della giustizia civile?*, in *F. it.*, 2015, V, p. 10 s.
- C. CARBONNEL, *Le pacte comissoire en matière de suretés immobilières pu la réforme inachevée*, in *JCP E*, 2007, n. 2536
- F. CARINGELLA, *Il divieto di patto commissorio "autonomo": nuovi confini e nodi ancora al pettine*, in *Corr. Giur.* 1995, I, p. 60 s.
- L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933
- F. CARNELUTTI, *Note sul patto commissorio*, in *R. d. comm.*, 1916, II, p. 887 s.
- F. CARNELUTTI, *Mutuo pignoratorio e vendita con clausola di riscatto*, in *R. d. proc.*, 1946, II, p. 146 s.

- U. CARNEVALI, voce *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 324 s.
- U. CARNEVALI, *Patto commissorio anche senza l'inadempimento del creditore?*, in *Contratti*, 1997, p. 455 s.
- L. CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943
- B. CASSANDRO SULPASSO, *La réification de la créance in diritto francese*, in *R. d. civ.*, 1995, II, p. 533 s.
- B. CASSANDRO SULPASSO, *Comparazione giuridica ed uniformazione delle legislazioni: le garanzie mobiliari*, in *R. d. civ.*, 1995, I, p. 573 s.
- B. CASSANDRO SULPASSO, *Riserva prolungata della proprietà e cessione globale dei crediti di impresa: il modello tedesco in Francia*, in *G. comm.*, 1989, I, p. 759 s.
- G. CASSANO, *Il contratto di sale and lease back*, in *G. it.*, 2005, V, p. 924 s.
- A. CASTANA, voce *Cessione dei beni ai creditori*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, p. 387
- R. CATALANO, *L'ambito applicativo del pegno mobiliare non possessorio nella legge n. 119 del 2016*, in *ODCC*, 2018, II, p. 381 s.
- R. CATALANO, *Il pegno mobiliare non possessorio ex lege n. 119/2016*, Napoli, 2018
- D. CENNI, *Mandato ad alienare a scopo di garanzia*, in *Not.*, 1998, I, p. 61 s.
- D. V. CERINI, *Il prestito vitalizio ipotecario: legal transplant in cerca di definizione*, in *Dir. ed economia delle assicurazioni*, 2006, II, p. 503 s.
- G. CESARO, *Lease back e patto commissorio*, in *R. not.*, 1986, p. 807 s.
- S. CHERTI, *Prime note sulle modifiche alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *Corr. giur.*, 2015, VIII-IX, p. 99 s.

- F. CHESSA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *Imm. prop.*, 2006, V, p. 305 s.
- A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990
- A. CHIANALE, *L'inutilità dell'ipoteca nel "prestito vecchietti"*, in *Notariato*, 2016, IV, p. 358 s.
- A. CHIANALE, *Qualche pensiero sulle recenti vicende del patto marciano*, in *R. not.*, 2016, IV, p. 751 s.
- A. CHIANALE, *L'ipoteca*, Torino, 2017, p. 36 s.
- G. CHINÈ, voce *Pegno rotativo*, in *Enc. dir.*, II, Roma, 1990, p. 1 s.
- G. P. CHIRONI, *Ipoteca e patto commissorio*, in *R. d. comm.*, 1917, II, p. 706 s.
- G. P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, II ed., Torino, 1918, p. 575 s.
- G. CIAN, *Significato e lineamenti della riforma dello Schuldrecht tedesco*, in *R. d. civ.*, 2003, I, p. 1 s.
- G. CIAN (a cura di), *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo dei contratti?*, Padova, 2004
- C. CICERO, in *Comm. Schelsinger*, sub art. 1960, Milano, 2010
- L. CILIA, *Divieto del patto commissorio e negozi collegati*, in *Contratti*, 2004, XI, p. 979 s.
- S. M. CINQUEMANI, *Sale and lease back tra liceità e frode al divieto di patto commissorio*, in *G. it.*, 1996, VII, p. 1023 s.
- N. CIPRIANI, *Divieto del patto commissorio e alienazioni a scopo di garanzia nel pensiero di Domenico Rubino*, in P. PERLINGIERI – S. POLIDORI (a cura di) *Domenico Rubino*, II, Napoli, 2009, p. 707 s.

- N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000
- N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119*, in *N. l. civ. comm.*, 2017, V, p. 995 s.
- N. CIPRIANI, *Il patto marciano tra garanzia del credito ed esecuzione forzata*, in *G. it.*, 2017, VII, p. 1729 s.
- N. CIPRIANI, *Il patto marciano tra discipline di settore e sistema*, in *Annali SISDIC*, Napoli, 2017, p. 191 s.
- V. CONFORTINI, *Autonomia privata e realizzazione del credito garantito. La proposta di direttiva europea relativa ai gestori di crediti, agli acquirenti di crediti e al recupero delle garanzie reali*, in *Eur. d. priv.*, 2018, III, p. 1039 s.
- M. COSTANZA, *Sulle alienazioni in garanzia e il divieto del patto commissorio*, in *Giust. Civ.*, 1989, II, p. 1824 s.
- M. COSTANZA, *La causa di garanzia fra simulazione, illiceità e assenza di causa*, in *Società*, 2017, III, p. 289 s.
- G. CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, Milano, 1996
- C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese garantito da trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato*, in *St. iuris*, 2016, XII, p. 1451 s.
- P. CROCQ, *Propriété et garantie*, Paris, 1995
- P. CROCQ, *Gage*, in *Répertoire Civil Dalloz*, V, 2007, n. 137
- M. G. CUBEDDU, *Patto commissorio e vendita con patto di riscatto: la risposta delle Sezioni Unite*, in *R. d. civ.*, 1990, II, p. 615 s.
- R. CUMING, *The Internationalization of Secured Financing Law: the Spreading Influence in the Concepts UCC, Article 9 and its Progeny*, in

Making Commercial Law. Essays in Honour of Roy Goode, Oxford, 1997, p. 501 s.

T. CUTURI, *Della vendita, della cessione e della permuta*, Milano, 1915

G. D'AMICO, *Il contributo di Pugliatti alla dottrina della fraus legi e all'interpretazione del divieto di cui all'art. 2744 c.c.*, in CICCARELLO – GARASSINI – TOMMASINI (a cura di) *Salvatore Pugliatti*, Napoli, 2016, p. 239 s.

G. D'AMICO, *Alienazioni a scopo di garanzia*, in G. GITTI - M. NOTARI - M. MAUGERI (a cura di) *I contratti per l'impresa*, Bologna, 2013, p. 585-601

G. D'AMICO, *La proprietà destinata*, in *R. d. civ.*, 2014, I, p. 533 s.

G. D'AMICO – S. PAGLIANTINI – F. PIRAINO – T. RUMI, *I nuovi marciatori*, Torino, 2017

S. D'ERCOLE, *Sull'alienazione in garanzia*, in *Contratto e impr.*, 1995, p. 240 s.

L. D'ORAZIO, *Le garanzie: pegno non possessorio e patto marciario*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2017, V, p. 375 s.

F. DE FRANCESCO, *Sale and lease back e divieto del patto commissorio*, in *Contratti*, 2003, XII, p. 1145 s.

A. DADOUN, *La date du transfert de propriété en exécution du pacte commissaire*, in *Dr. e patr.*, 2009, p. 121 s.

F. DAHAN, *Secured Transaction Law in Western Advanced Economies: Exposing Myths*, in *Butterwoths Journal of International Banking and Financial Law*, Oxford, 2001

J. DALHUISEN, *Transnational, Comparative, Commercial, Financial and Trade Law*, v. III, Oxford, 2013

- G. M. DANUSSO, *Patto commissorio e vendite a scopo di garanzia*, in *G. it.*, 1984, I, p. 1648 s.
- I. DAVIES, *The New Lex Mercatoria: International Interests in Mobile Equipment*, in *ICLQ*, v. 52, 2003, p. 151 s.
- E. DE BELVIS, *L'execuzione privatizzata*, Napoli, 2018
- M. C. DE CICCO, *Alienazione fiduciaria in garanzia: il modello brasiliano*, Napoli, 1996
- M. C. DE CICCO, *Divieto del patto commissorio*, in L. FERRONI (a cura di) *Le nullità negoziali di diritto comune, speciali e virtuali*, Milano, 1998, p. 453 s.
- P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento della proprietà. Storia e critica di una dottrina*, Padova, 1924
- S. DE GROOT – A. F. SALOMONS, *Zekerheidsoverdracht in het Nederlandse BW, de Franse Code civil en de Europese DCFR*, in *Ars Aequi*, 2011, p. 383 s.
- F. DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum. Le origini dell'Interdictum Salvianum*, Torino, 2017
- J. DE LACY, *The Reform of UK Personal Property Security Law. Comparative Perspectives*, Oxon, 2010
- A. DE MARTINI, *Il concetto di negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia*, in *G. it.*, 1946, I, p. 330 s.
- A. DE MIRANDA VALVERDE TERRA – G. SAMPAIO DA CRUZ GUEDES, *Appropriation of collateral by the creditor: from prohibition of Lex Commissoria to legality of Pacto Marciano*, in *Revista de Faculdade de Direito Federal de Minas Gerais*, 70, 2017, p. 51 s.
- R. DE NICTOLIS, *Divieto del patto commissorio, alienazioni in garanzia e sale-lease-back*, in *R. d. civ.*, 1991, p. 535 s.

- G. DE NOVA, voce *Leasing*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, X, 1993, p. 460 s.
- A. DE ROSA, *Divieto del patto commissorio e patto di opzione*, in *Notariato*, 1998, p. 142 s.
- R. DE RUGGIERO, *Il divieto di alienazione del pegno nel diritto greco e romano*, Napoli, 1980
- S. DEL CORE, *Il divieto del patto commissorio nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Vita not.*, 2016, III, p. 1415 s.
- E. DEL PRATO, *Categorie “internazionalprivatistiche” ed istituti civilistici*, in *R. d. civ.*, 2007, I, p. 93 s.
- PH. DELEBEQUE, *Le régime des hypothèques*, in *Commentaire de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés*, in *JCP E*, 2006, n. 26.
- H. DERNBURG, *Das Pfandrechnach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, I, Leipzig, 1860
- A. DI MAJO, in *Comm. Scialoja – Branca, sub artt. 1177-1200*, Bologna-Roma, 1994, p. 337 s.
- A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, III, Milano, 2001
- A. DI MAJO, *La Modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania*, in *Eur. d. priv.*, 2002, III, p. 834 s.
- M. DI MARIO, *Lex commissoria e restitutio in integrum in Paul I Decr. D.4.4.38.PR*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 2014, VII, p. 121 s.
- N. DI MAURO, *Sul divieto di patto commissorio e le alienazioni a scopo di garanzia*, in *R. not.*, 1989, II, p. 908 s.
- M. DI PAOLO, voce *Patto commissorio*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, Torino, 1995, p. 309 e s.

- G. DI ROSA, *L'operazione di sale and lease back tra normotipo astratto e fattispecie concreta*, in *R. d. civ.*, 2015, V, p. 11136 s.
- G. DIURNI, voce *Fiducia e negozio fiduciario (storia)*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 288 s.
- G. DIURNI, *Fiducia, Tecniche e principi negoziali nell'alto medioevo*, Torino, 1992
- A. DOBIGNY-REVERSO, *La clause de voie parée: une manifestation de l'opposition entre liberté contractuelle et droit de propriété au XIXe siècle*, in *Revue d'Histoire du Droit*, 2018, p. 157 s.
- A. A. DOLMETTA, *La ricerca del marciano utile*, in *R. d. civ.*, 2017, IV, p. 811 s.
- A. A. DOLMETTA, *Lease-back e patto commissorio: un rapporto complesso*, in *G. Comm.*, 2002, p. 306 s.
- E. DIRIX, *The Reform of Security Law in Belgium*, in A. APERS – S. BOULY – E. DEWITTE – D. GRUYAERT, *Property Law Perspective III*, Cambridge – Antwerp – Portland, 2015
- E. DIRIX, *The New Belgian Act on Security Interests in Movable Property*, in *Int. Insolvency Rev.*, 2014, XXIII, p. 171 s.
- U. DROBNIG, *Die Verwertung von Mobiliarsicherheiten in einigen Ländern der Europäischen Union*, in *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 1996, p. 40 s.
- U. DROBNIG, *Security Interests in Movables*, in A. HARTKAMP (a cura di) *Towards a European Civil Code*, II ed., 1998
- U. DROBNIG, *Security Rights in Movables*, in H. HARTKAMP (a cura di) *Towards a European Civil Code*, The Hague, 1998, p. 515 s.

- U. DROBNIG, *Present and Future of Real and Personal Security*, in *ERPL*, 2003, V, p. 623 s.
- W. DROBNIG, *La réforme française du droit des sûretés réelles*, in *Dalloz*, 2007, p. 1488 s.
- U. DROBNIG – H. J. SNIJDERS – E.J. ZIPPRO (a cura di), *Divergences of Property Law, an Obstacle to the Internal Market?*, Munich, 2006
- U. DROBNIG – O. BOGER, *Proprietary Security Rights in Movable Assets: (PEL Prop. Sec.)*, Munich, 2009
- P. J. DU PLESSIS, *Towards the Medieval Law of Hypothec*, in J.W. CAIRNS (a cura di), *The Creation of the Ius Commune, Edinburg*, 2010, p. 159 s.
- M. EBNER, voce *Patto marciano* (aggiornamento), in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 2007, p. 1 s.
- E. ENRIETTI, *Patto commissorio ex intervallo*, in *R. d. priv.*, 1939, I, p. 21 s.
- D. FABER – B. SCHUIJLING, *Leasing under Dutch Law*, in *Unif. Law Rev.*, 2011, 16/I, p. 373 s.
- A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941
- G. FAPPIANO, *Il patto marciano: tra tipicità e autonomia contrattuale*, in *Contratti*, 2019, I, p. 86 s.
- D. FARACE, voce *Prestito vitalizio ipotecario*, in *Enc. giur. (Aggiornamento)*, XV, Roma, 2007, p. 1 s.
- P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil, suivi d'une édition de ce code, à laquelle sont ajoutés les lois, décrets et ordonnances formant le complément de la législation civile de la France, et ou se trouvent indiqués, sous chaque article séparément, tous les passages du recueil qui s'y rattachent*, Osnabruck, 1968

- F. FERRARA, *I negozi fiduciari*, in *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto in onore di V. Scialoja*, II, Milano, 1905, p. 749 s.
- M. FERRARI, *Vendita a scopo di garanzia e patto commissorio*, in *G. it.*, 1951, I, p. 799 s.
- R. FERRETTI – A. SANTORO, *Prime osservazioni sul decreto legislativo di recepimento della direttiva mutui*, in *Dirittobancario.it*, 2016, p. 1 s.
- G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 340 s.
- F. FIORENTINI, *Garanzie reali atipiche*, in *R. d. civ.*, 2000, II, p. 253 s.
- F. FIORENTINI, *Appunti sull'integrazione giuridica europea in materia di garanzie immobiliari*, in *I contratti di finanziamento e le garanzie reali nella prospettiva europea. Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche*, Trieste, 2003, p. 149 s.
- F. FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica*, in *Eur. d. priv.*, 2006, IV, p. 1155 s.
- F. FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie reali*, in *Notariato*, 2006, IV, p. 439 s.
- F. FIORENTINI, *Le garanzie immobiliari in Europa. Studi di diritto comparato*, Berna, 2009
- F. FIORENTINI, *Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati Europei*, in F. PREITE – A. GAZZANTI PUGLIESE DI COTRONE (a cura di) *Atti notarili diritto comunitario e internazionale a cura di*, IV, t. I, Milano, 2011, p. 783 – 832
- F. FIORENTINI, *Il mortgage immobiliare nel diritto inglese*, in *Aa. Vv.*, *I mutui ipotecari del diritto Comparato ed europeo – Commentario alla direttiva 2014/17/UE del CNN a cura di P. Sirena (quaderni notariato)*, 2016, p. 81 s.

- G.R. FLINT JR., *Secured Transactions History: The Fraudulent Myth*, in *N.M.L.R.*, 1999
- G.R. FLINT JR., *Secured Transactions History: The Northern Struggle to Defeat the Judgment Lien in the Prechattel Mortgage Act Era*, in *N.Ill.U.L.R.*, 2000
- G. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, Torino, 2016
- L. FOLLIERI, *Il patto marciano tra diritto “comune” e “speciale”*, in *N. g. civ. comm.*, 2018, XII, p. 1857 s.
- M. FRAGALI, in *Comm. Scialoja-Branca, sub artt. 1960-1964*, Bologna-Roma, 1974, p. 194 s.
- M. FRAGALI, in *Comm. Scialoja-Branca, sub art. 1818*, 1966, p. 212 s.
- R. FRANCO, *Alienazione in funzione di garanzia e patto marciano: recenti conquiste e incerti automatismi. Una riflessione senza (troppi) entusiasmi*, in *R. d. priv.*, 2018, II, p. 265 s.
- C. G. O. FRATTARI, *Contratti finanziari – La Corte di Giustizia si pronuncia per la prima volta sulla direttiva collateral*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2017, VII-VIII, p. 920 s.
- P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano*, Padova, 1963
- A. FUSARO, *Il prestito vitalizio ipotecario in prospettiva comparatistica*, in *Notariato*, 2017, II, p. 114 s.
- E. GABRIELLI, *Il pegno “anomalo”*, Padova, 1990
- E. GABRIELLI, voce *Pegno*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, Torino, 1992, p. 329 s.
- E. GABRIELLI, *Le garanzie sui beni dell’impresa: profili della floating charge nel diritto inglese*, in *B. borsa tit. cred.*, 1995, I, p. 633 s.

- E. GABRIELLI, *Autonomia privata e diritto comune europeo delle garanzie mobiliari*, in *R. crit. d. priv.*, 1995, IV, p. 643 s.
- E. GABRIELLI, *I negozi costitutivi di garanzie reali*, in *B. borsa tit. cred.*, 1996; I, p. 151 s.
- E. GABRIELLI, *Sulle garanzie rotative*, Napoli, 1998
- E. GABRIELLI, *Studi sulle garanzie reali*, Torino, 2015
- E. GABRIELLI, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – Una garanzia reale senza possesso*, in *G. it.*, 2017, VII, p. 1715 s.
- E. GABRIELLI, *Pegno "non possessorio" e teoria delle garanzie mobiliari*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, II, p. 241 s.
- E. GABRIELLI – A. DURINI – V. AGNESE – F. MURINO, *I contratti di garanzia finanziaria*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, 2018, p. 1. s.
- M. GALATI, *Divieto di patto commissorio e contratto di anticresi*, in *Contratti*, 2009, VIII/IX, p. 803 s.
- A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, VIII, 2, Milano, 1995, p. 609 s.
- A. GAMBARO, *Alcuni problemi delle garanzie del credito nella prospettiva comparatistica*, in L. VACCA (a cura di), *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica. V Congresso Internazionale ARISTEC, Salisburgo, 13-15 settembre 2001, Torino, 2001*
- A. GAMBARO – R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Tratt. Sacco*, Milano, 2008
- L. GAROFALO, *Diritti greci e scientia iuris romana*, in *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, Padova, 2008
- H. F. GAUL, *Lex Commissoria und Sicherungsübereignung*, in *Arch. civ. Praxis*, 1968, 168, p. 351 s.

- A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, in *Tratt. Iudica – Zatti*, Milano, 2013, p. 227 s.
- R. GHENGHINI, *Patto commissorio e procura a vendere*, in *Contratto e impr.*, 1995, p. 260 s.
- J. GHESTIN, *Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété*, *Dalloz*, 1981, p. 1 s.
- M. GHIDINI, *La cessione dei beni ai creditori*, Milano, 1956
- C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia 1865-1942*, Bari, 2000
- E. GIACOBBE, *Patto commissorio, alienazioni in garanzia, vendita con patto di riscatto e frode alla legge*, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 2531 s.
- D. GIGLIO, *Il divieto del patto commissorio ed il problema delle alienazioni in funzione della garanzia, alla luce delle novità introdotte dal d.l. 3 maggio 2016 n. 59*, in *Riv. dir. ec. trasp. e amb.*, 2016, XIV, p. 171 s.
- F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Napoli, 1997
- F. GIGLIOTTI, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1999
- G. GIGLIOTTI, *Il prestito vitalizio ipotecario: un reverse mortgage all'italiana?*, in *Corr. mer.*, 2011, VII, p. 677 s.
- M. GIOVANOLI, *Le crédit-bail en Europe: développement et nature juridique*, Paris, 1980
- A. GIOVENE, *Patto commissorio illecito e vendita condizionale lecita*, in *R. d. comm.*, 1911, II, p. 843 s.
- G. GITTI, *Divieto del patto commissorio, frode alla legge, "sale and lease back"*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1993, p. 457 s.

- R.J. GOEBEL, *Reconstructing the Roman Law of Real Security*, in *Tulane Law Review*, 1961, XXXVI, p. 29 s.
- P. GOETZ – M. ADDED, *Pratique de la loi Dailly*, in *Rev. Banque*, 1986
- R.M. GOODE, *The Protection of Interests in Movable in Transnational Commercial Law*, in *Uniform Law Studies in Memory of Malcom Evans*, in *Uniform Law review*, 1998, p. 454 s.
- R. M. GOODE, *Legal Problems of Credit and Security*, II ed., London, 1988
- R.M. GOODE, *Transcending the Boundaries of Earth and Space; the Preliminary Draft UNIDROIT Convention in International Interests in Mobile Equipment*, in *Uniform Law Review*, 1998, p. 60
- G. GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione*, Milano, 1935
- A. GRANDI, *Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile del 1942*, Roma, 1943
- C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *R. d. comm.*, 1936, I, p. 345 s.
- M. GRIMALDI, *La fiducie*, in *Répertoire Défrénois*, 1991, n. 35085
- M. GRIMALDI – D. MAZEAUD – P. DUPICHOT, *Présentation d'un avant-projet de réforme des sûretés*, in *Rec. Dalloz.*, 2017, p. 1717 s.
- M. GRONDONA, *Funzione di garanzia, "lease back" e trasferimenti vietati*, in *Notariato*, 1998, II, p. 171 s.
- G. GROSSO, *Sulla fiducia a scopo di manumissio*, in *R. it. sc. giur.*, 1929, p. 269 s.
- G. GROSSO, voce *Fiducia (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano 1968, p. 384 s.
- A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 2001

- L. GULLIFER, *Quasi-security Interests: Functionalism and the Incidents of Security*, in I. DAVIES (a cura di) *Issues in International Commercial Law*, Burlington, 2005, p. 3 s.
- S. HARDT – N. KORNET (a cura di), *The Maastricht Collection. Comparative Private Law*, IV, Groningen, 2017, p. 120 s.
- D. HAYTON, *Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring Funds*, The Hague, 2002
- R. HELMHOLZ – R. ZIMMERMANN, *Itinera Fiduciae. Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlin, 1998
- J. B. HEINRICH, *La vente à réméré d'obligations*, in *JCPN*, 1985, p. 279
- F. HELSEN, *Security in Movables Revisited: Belgium's Rethinking of the Article 9 UCC System*, in *ERPL*, 2015, VI, p. 959 s.
- A. HERBERT, *Des formes de la saisie immobilière et spécialement de la prohibition de la clause de voie parée*, Paris, 1905
- S. HEBERT, *Le pacte comissoire après l'ord. 23 mars 2006*, in *Dalloz*, 2007, n. 2052
- N. HERZEN, *Origine dell'hypothèque romaine*, Paris, 1889
- M. W. HESSELINK, *The New European Private Law. Essays on the Future of Private Law in Europe*, The Hague, 2002
- M. V. HESSELINK (a cura di), *The Politics of a European Civil Code*, The Hague, 2006
- H.F. HITZIG, *Das griechische Pfandrecht*, Munchen, 1895, p. 1 s.
- J-M. HOCQUARD, *Le pacte comissoire: una fausse bonne idée*, in *Dr.et patr.*, 2005, p. 80 s.
- M. IACUANIELLO BRUGGI, voce *Patto comissoiro*, in *Enc. dir.*, Roma, 1988

- E. IORATTI, *Il nuovo codice civile dei Paesi Bassi fra soluzioni originali e circolazione dei modelli*, in *R. d. civ.*, 1992, I, p. 117 s.
- C. IRULLI, *Alienazioni a scopo di garanzia e patto commissorio*, in *G. it.*, 1999, X, p. 1724 s.
- G. IUDICA, voce *Cessione di beni ai creditori*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, II, Torino, 1988
- A. IULIANI, *Il prestito vitalizio ipotecario nel nuovo “sistema” delle garanzie reali*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2016, IV, p. 717 s.
- V. IVONE, *Il prestito vitalizio ipotecario: luci ed ombre del principale istituto della cd. finanza della terza età*, in *Contratto e impr.*, 2018, I, p. 383 s.
- D. JONHSTON, *Trust and trust-like devices in Roman Law*, in R. HELMHOLZ – R. ZIMMERMANN, *Itinera Fiduciaae. Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlin, 1998, p. 52.
- C. JUILLET, *La réfrorme du gage de stocks*, in *Recueil Dalloz*, 2016, p. 561 s.
- E.M. KIENINGER (a cura di), *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, Cambridge, 2009
- E.M. KIENINGER, *Collateralisation of Contracts*, in *EPLJ*, 2013, II, p. 363 s.
- E.M. KIENINGER – M. GRAZIADEI, *Security rights in movable property in European Private Law*, Cambridge, 2004
- R.J.Q. KLOMP – C. MAK, *Burgerlijk Wetboek*, Nijmegen, 2018
- H. KOTZ, *La invalidità dei contratti per contrarietà alla legge e al buon costume. Appunti di diritto comparato*, in *R. crit. d. priv.*, 1995, IV, p. 675 s.
- G. LA PIRA, *La struttura classica della conventio pignoris*, in *Studi Ratti*, p. 227 s.

- U. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto. La causa ed il trasferimento dei diritti*, I, Torino, 2000
- F. LA ROSA, *Ricerche sulle origini del pegno*, in *Scritti in onore di G. Auletta*, III, Milano, 1988
- P. LAMBRINI, *Lineamenti storico dogmatici della fiducia cum creditore*, in L. VACCA (a cura di) *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica. V Congresso internazionale Aristec*, Torino, 2003
- K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, VII, Auf., München, 2016
- E. LASCIALFARI, voce *Alienazioni a scopo di garanzia*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2004, p. 1 s.
- M. LASCIALFARI, *Alienazioni a scopo di garanzia*, in V. CUFFARO (a cura di), *Le garanzie rafforzate del credito*, Padova 2000, p. 155 s.
- M. LASCIALFARI, *Cessione di crediti a scopo di garanzia*, in V. CUFFARO (a cura di), *Le garanzie rafforzate del credito*, Padova 2000, p. 251 s.
- D. LEGAIS, *Les garanties conventionnelles sur le créances*, in *Coll. Droit des Affaires et de l'Enterprise*, 1986
- P. S. LEICHT, *Il diritto privato preirneriano*, Bologna, 1933
- P. S. LEICHT, *Storia del diritto italiano – Il diritto privato*, v. II, Milano, 1943
- P. LEMAY, *La clause pénale en nature*, in *RTD Com.*, 2017, p. 801 s.
- R. LENZI, *Prestito vitalizio ipotecario, riforma del credito immobiliare e incerto destino del marciano di diritto comune*, in *ODCC*, 2017, II, p. 319 s.
- R. LENZI, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – Il prestito vitalizio ipotecario*, in *G. it.*, 2017, VII, p. 1715 s.

- R. LENZI – M. TATARANO, *Recenti riforme in tema di garanzie del credito bancario*, *Studio CNN n. 1-2017/C*, 2017, p. 1 s.
- J.P. LÉVY – A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Paris, 2002
- N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964
- M. LOBUONO, *Il prestito vitalizio ipotecario*, Torino, 2017
- V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Torino, 1952
- C. LONGO, *La fiducia*, in *Corso di diritto romano*, Milano, 1933
- E. LUCCHINI GUASTALLA, *Il contratto di leasing finanziario alla luce della legge n. 124/2017*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2019, I, p. 179 s.
- A. LUMINOSO, in *Comm. Schlesinger*, sub artt. 1500-1509, 1987, p. 221 s.
- A. LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *R. d. civ.*, 1990, I, p. 219 s.
- A. LUMINOSO, *Appunti sui negozi traslativi atipici*, Milano, 2007
- A. LUMINOSO, *La vendita e i contratti di alienazione*, in *Studi in onore di G. Cian*, 2010, II, p. 1489 s.
- A. LUMINOSO, *Il sale and lease back*, in V. BUONOCORE (a cura di) *Contratti d'impresa e operazioni bancarie. Manuale di diritto commerciale*, X ed., Torino, 2011, p. 1028 s.
- A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *R. d. civ.*, 2017, I, p. 10 s.
- A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, in *R. d. civ.*, 2017, VI, p. 1398 s.
- A. LUPOI, *Le direttive non vanno prese alla lettera (breve nota alla direttiva 2014/17)*, in *R. d. banc.*, 2016, III, p. 1 s.

- F. MACARIO, *I contratti di garanzia finanziaria nella direttiva 2002/47/CE*, in *Contratti*, 2003, I, p. 78 s.
- F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti tra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *R. d. civ.*, 2005, VI, p. 663 s.
- F. MACARIO, *Garanzie personali*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2009, p. 379 s.
- F. MACARIO, *Il divieto del patto commissorio e la cessione dei crediti in garanzia*, in *Tratt. Lipari-Rescigno*, IV, 2009, p. 204 s.
- F. MACARIO, *Circolazione e cessione dei diritti in funzione di garanzia*, in *Studi in onore di G. Cian*, 2010, t. II, p. 1517-1562
- F. MACARIO, *Principi generali e nuovi scenari nel sistema della responsabilità patrimoniale*, in *Giust. civ.*, 2015, I, p. 59-92
- PH. MALAURIE – L. AYNES, *Lés suretés. La publicité foncière*, V ed., Paris, 2011
- P. MALAURIE – Y. LEQUETTE (a cura di), *Le code civil. Un passé, un present, un avenir*, Paris, 2004
- C. MALBERTI, *Fiduciary Arrangements in Civil Law Countries: Framing the Trustee's Role and Duties*, in *ERPL*, 2016, VI, p. 1053 – 1076
- T. MANCINI, *Vendita con patto di riscatto e nullità ex art. 2744 codice civile*, in *F. it.*, 1966, I, p. 1119 s.
- A. MANIGK, *Pignus*, in *Pauly-Wissowa, Real Encyclopadie der klassischen Altertumswissenschaft*, XX, I, 1941
- G. O. MANNELLA – G. C. PLATANIA, *Il prestito vitalizio ipotecario – Quaderni della rivista Notariato*, Milano, 2015
- G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Milano, 2017

- C. MARESCA, *Datio in solutum: la linea maginot del patto commissorio*, in *Corr. giur.*, 1999, IX, p. 1127 s.
- D. MARI, *Il patto marciano: un'analisi critica del nuovo art. 48 bis T.U.B.*, in *R. not.*, 2016, p. 1111 s.
- V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, in *F. it.*, 1989, I, p. 1428 s.
- V. MARICONDA, *Le Sezioni Unite dichiarano la nullità delle alienazioni in garanzia*, in *Corr. giur.*, 1989, p. 552 s.
- D. MARINELLI – S. SABATINI, *Le alienazioni in garanzia. Giurisprudenza, dottrina e casistica*, Santarcangelo di Romagna, 2018
- A. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984, p. 130 s.
- R. MARINO, *Il pegno non possessorio quale strumento funzionale all'autotutela satisfattiva del creditore: profili evolutivi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, VI, p. 762 s.
- E. MARROCCO, *Note sul patto marciano*, in *Nuovo dir.*, 1989, p. 977 s.
- M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, III ed., Palermo, 2006
- C. MARSEGLIA, *Tendenze di modernizzazione del diritto ipotecario in europa: modelli a confronto*, in *Banca b. titoli credito*, 2017, V, p. 670 s.
- M. MARTINO, *Le Sezioni Unite sui rapporti tra divieto del patto commissorio e ordine pubblico internazionale*, in *G. comm.*, 2012, III, p. 681 s.
- M. MARTORANA, *Del patto commissorio nel mutuo ipotecario*, in *La Corte di cassazione*, 1925, p. 1310 s.
- F. MARTORANO, *Cauzione e pegno irregolare*, in *R. d. comm.*, 1960, I, p. 115 s.

- G. MARTY – P. RAYNAUD – P. JESTAZ, *Les suretés. La publicité foncière*, V ed., Paris, 2011, p. 346 s.
- E. MASSÉ, *De la clause de voie parée*, Bordeaux 1902
- F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, Torino, 1989
- F. MASTROPAOLO, *L'anticresi come contratto costitutivo di una garanzia consistente in poteri su cose immobili*, in *R. d. civ.*, 2004, V, p. 707 s.
- E. M. MASTROPAOLO, *La fiducie nel diritto positivo francese*, in *R. d. civ.*, 2000, I, p. 35 s. ok
- E. M. MASTROPAOLO, *Le garanzie sui mercati finanziari*, in *Contratto e impr.*, 2005, III, p. 1279 s.
- U. MATTEI (a cura di), *The European Codification Process. Cut and Paste*, The Hague, 2003
- H. L. MAZEAUD – J. MAZEAUD – F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, III, 1, Paris, 1999
- A. M. MAZZARO, *Vendita a scopo di garanzia e divieto del patto commissorio*, in *Giust. Civ.*, 1993, II, p. 101 s.
- W. M. MC GOVERN JR., *Forfeiture, Inequality of Bargaining Power and the Availability of Credit: An Historical Perspective*, in *N. U. Un. Law Review*, v. 74, II, 1979-1980, p. 141 s.
- PH. A. MERLIN, *Recueil Alfabétique de questions de droit*, III, t. XIII, Paris, 1824
- PH. A. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Bruxelles, 1825-1828
- R. MICCIO, voce *Cessione dei beni ai creditori*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960

- R. MICHAELS, *American Law (United States)*, in J. M. SMITS (a cura di), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham, 2006, p. 74 s.
- U. MIELE, *Sul patto commissorio immobiliare*, in *R. d. comm.*, 1946, II, p. 65 s.
- G. F. MINNITI, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *R. d. comm.*, 1997, p. 29-66
- G. MIRABELLI, *Del diritto dei terzi secondo il codice civile*, I, Milano, 1889
- S. MOGDOLONA, *Fiducia and pignus in sources of post-classical roman law – Synonyms or terms utilized for different kind of pledges?*, in *Zbornik Radova*, 2008, p. 498 s.
- G. MOLLE, *I contratti bancari*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXXV, 1, Milano, 1981, p. 359 s.
- P.G. MONATERI, *Black Gaius: a quest for the multicultural origins of the western legal tradition*, in *Hastings Law Journal*, 2000, III, p. 456 s.
- A. MONTEL, voce *Garanzia (diritti reali di)*, in *N. dig. disc. priv. – sez. civ.*, VI, Torino, 1938, p. 196 s.
- A. MORELL – F. HELSEN, *The Interrelation of Transparency and Availability of Collateral: German and Belgian Laws of Non-possessory Security Interests*, in *ERPL*, 2014, III, p. 422 s.
- A. MORACE PINELLI, *Trasferimento a scopo di garanzia da parte del terzo e divieto del patto commissorio*, in *G. it.*, 1194, I, p. 63 s.
- A. MUNARI, voce *Leasing*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 2002, p. 656 s.
- F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, II, p. 231 s.

F. MURINO, *Pegno non possessorio di azioni, potenziata autotutela esecutiva e attualità del divieto di accettazione di azioni proprie in garanzia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, II, P. 297 s.

F. NAPPI, *Sul cd. patto di riacquisto nella locazione finanziaria: per un inquadramento sistematico nella categoria dei Garantievertrage*, in *Contratto e impr.*, 1995, III, p. 207 s.

E. NARDI, *Ritenzione e pegno gordiano*, Milano, 1939

E. NARDI, *Studi sulla ritenzione in diritto romano*, Milano, 1947

E. NARDI, *Codice civile e diritto romano*, Milano, 1997

M. NATALE, *Lease-back e strutture utili di patto marciano*, in *R. d. civ.*, 2015, VI, p. 595 s.

M. NATALE, *Recenti tentativi di tipizzazione del patto marciano*, in *R. d. bancario*, 2018, III, p. 1 s.

A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, Padova, 1988

A. NATUCCI, *Numerus clausus e analisi economica del diritto*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2011, VII, p. 319 s.

L. C. NAVONE, *Il divieto di patto commissorio nell'ermeneutica contrattuale: la linea di confine tra il patto vietato e la datio in solutum*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2008, XII, p. 435 s.

A. NERI, *Un'altra tappa nel percorso della fiducie francese: le modifiche introdotte dalla legge 4 agosto 2008*, in *Trusts*, 2008, VI, p. 595 s.

R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, 1945, p. 1 s.

A. NIGRO, *Note minime su pegno mobiliare non possessorio e patto marciano nel quadro delle procedure concorsuali*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2017, I, p. 10 s.

G. NOORDRAVEN, *De Fiducia in het Romeinse recht*, Gouda Quint bv – Arnhem, 1988

V. OCCORSIO, *La garanzia non possessoria fluttuante nella prospettiva delle garanzie reali al finanziamento d'impresa*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2018, II, p. 197 s.

I. OLEKHOV, *Security Interests in Personal Property: the Perspective of Harmonisation*, Edinburgh, 2002

R. OMODEI SALÈ, *The Functions of Property Rights under Italian Law*, in *ODCC*, 2016, II, p. 617 s.

J. OOSTERHUIS, *Specific performance in German, French and Dutch Law in the Nineteenth Century. Remedies in an Age of Fundamental Rights and Industrialisation*, Leiden, 2011

R. ORESTANO, *Marciano Elio (Aelius Marcianus)*, in *Nov.mo dig. it.*, X, Torino, 1964, p. 254 s.

G. ORLANDO, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – Alienazione attuativa della garanzia del finanziamento ex art. 48 bis tub e ipoteca*, in *G. It.*, 2017, VII, p. 1715 s.

S. PAGLIANTINI, *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della dir. 2014/17/UE*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2015, I, p. 181 s.

S. PAGLIANTINI, *L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura ragionata dell'art. 48 bis t.u.b.*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2016, V, p. 931 s.

- S. PAGLIANTINI, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – Spigolando intorno all’art. 48 bis t.u.b.: specialità di trattamento e principio di proporzionalità delle garanzie?*, in *G. it.* 2017, VII, p. 1715 s.
- G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Torino, 1970
- U. E. PAOLI, voce *Pegno (diritto greco)*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, XII, Torino, 1965, p. 762 s.
- U. E. PAOLI, *Studi di diritto attico*, Firenze, 1930
- G. PARLEANI, *Le contrat de lease-back*, in *Rev. Trim. Dr. Com.*, 1973, p. 690 s.
- T. PASQUINO, *Patto commissorio: alienazioni in garanzia e contratti di lease-back ... vite parallele*, in *R. not.*, 1989, XLII, p. 917 s.
- F. PASTORI, *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*, Milano, 1988
- C. PATRIARCA, *La nuova disciplina della locazione finanziaria (art. 1, commi 136 ss., L. 4 agosto 2017, n. 124)*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2018, V, p. 1116 s.
- F. P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015
- E. PELLECCIA, *La direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativa a beni immobili residenziali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, II, p. 2016 s.
- G. M. PELLEGRINI, *In tema di alienazioni in garanzia e patto commissorio*, in *G. it.*, 1991, XI, p. 1208 s.
- J. D. PELLIER, *Le Réforme du droit des sûretés est en marche!*, in *D. actu.*, 2018
- C. PELLOSO, *Influenze greche nel regime romano della “Hypotheca”?*, Relazione in occasione del Seminario Internazionale “I sentieri di Dike”

- 10/11.03.2008 organizzato dal Prof. A. Maffi e dalla Prof.ssa E. CANTARELLA, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 2008
- A. C. PELOSI, *Divieto del patto commissorio, lease back e frode alla legge*, in *R. crit. d. priv.*, 1985, p. 497 s.
- C. PENNACCHIO, *Note in tema di lex commissoria: a proposito di D.18.3.8 (Scaev. 7 Dig.)*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 2017
- L. PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale. I. Debiti e debitori nei primi due secoli della repubblica romana*, Milano, 1981
- L. PEPPE, *Riflessioni intorno all'esecuzione personale in diritto romano*, in *Annali del seminario giuridico*, 2010
- P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. d. civ.*, 2001, p. 341 s.
- G. PERLINGIERI, *Garanzie "atipiche" e rapporti commerciali*, in *R. d. Impr.*, 2017, II. p. 198 s.
- F. PÉROCHON, *La réforme du droit des entreprises en difficulté*, in *Dalloz*, 2009, p. 653
- A. PERROT, *La vente à réméré de valeurs mobilières*, in *Rev. Trim. Dr. Com.*, 1993
- G. PERSICO, voce *Anticresi*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, p. 529 s.
- A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero Romano alla codificazione*, Torino, 1893
- D. E. PHILIPSON, *Development of the Roman Law of Debt Security*, *Stanford Law Review*, 1968, VI, p. 1230 s.
- G. PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, Napoli, 1980

- A. M. PINELLI, *Trasferimento a scopo di garanzia da parte del terzo e divieto del patto commissorio*, in *G. it.*, 1994, I, p. 56 s.
- G. PIOLA, voce *Patto commissorio*, in *Nov. dig. disc. priv. – sez. civ.*, XVIII, Torino, 1906
- F. PIRAINO, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – Il patto marciano alla luce della disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, in *G. It.*, 2017, VII, p. 1715 s.
- H. PLOEGER – A. VAN VELTEN – J. ZEVENBERGEN, *Real Property Law and Procedure in the European Union. Report for the Netherlands*, Firenze, 2005
- V. POLACCO, *Della dazione in pagamento*, Padova – Verona, 1888
- G. PONZANELLI, voce *Pena privata*, in *Enc. Dir.*, II, Roma, 1990, p. 1 s.
- C. M. PRATIS, in *Comm. Cod. Civ. Utet, sub Art. 2744*, Torino, 1976, p. 92 s.
- F. PRETE, *Il finanziamento del settore agricolo e le opportunità del “nuovo” pegno mobiliare non possessorio*, in *R. d. agr.*, 2017, I, p. 153 s.
- S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *R. it. sc. giur.*, 1948, p. 182 s.
- S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1950, p. 298 s.
- G. PUGLIESE, *Intorno alla validità della vendita a scopo di garanzia*, in *R. d. civ.*, 1955, I, p. 1064 s.
- P. M. PUTTI, voce *Negozi fiduciario*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, Torino, Agg. 2003, p. 911 s.
- L. RAAPE, *Die Verfallklausel bei Pfand und Sicherungsübergabe*, Berlin, 1913

- M. RABITTI, *Il leasing*, in G. GITTI – M. MAUGERI – M. NOTARI (a cura di) *I contratti per l'impresa. Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, I, Bologna, 2012, p. 259 s.
- I. RADOCCIA, *La ratio del divieto del patto commissorio*, in *G. Mer.*, 1997, IV, p. 220 s.
- L. RAGAZZINI, *Vendita in garanzia con patto di riscatto. Patto commissorio. Patto marciano*, in *R. not.*, 1991, I, p. 133 s.
- U. RATTI, *Sull'accessorietà del pegno e sul ius vendendi del creditore pignoratizio*, in *Studi urbinati*, 1927, I, p. 1 s.
- F. REALMONTE, *La pubblicità immobiliare*, in *Jus*, 1986, p. 22 s.
- F. REALMONTE, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, in *F. it.*, 1989, I, p. 1440 s.
- F. REALMONTE, voce *Pegno*, in *Enc. dir.*, II, Roma, 1990, p. 1 s.
- W.H.M. REEHUIS – A.H.T. HEISTERKAMP, *Goederenrecht*, Deventer, 2012
- N. REICH, *Funktionalanalyse und Dogmatik bei der Sicherungsübereignung*, in *Arch. civ. Praxis*, 1969, p. 247 s.
- G. RENNA, *Ripporto e patto commissorio*, in *Corr. Giur.*, 1994, V, p. 611 s.
- R. RINALDI – A. VARRATI, *Lo sviluppo del prestito ipotecario vitalizio in Italia: potenzialità e problemi normativi*, in *Bancaria*, 2007, III, p. 70 s.
- I. RIVA, *Il contratto di sala and lease back e il divieto di patto commissorio*, in *Contr. e impresa*, 2001, I, p. 300 s.
- S. RODOTÀ, voce *Dazione in pagamento*, in *Enc. dir.*, 1958, p. 727 s.
- A. ROMANO, voce *Garanzie dell'obbligazione*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 614 s.

- C. ROMEO, *I limiti applicativi del patto commissorio autonomo*, in *Contratti*, 2000, VI, p. 553 s.
- E. ROPPO, *Note sopra il divieto del patto commissorio*, in *R. not.*, 1981, 401 s.
- E. ROPPO, voce *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1989
- V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. Rescigno*, XIX, Torino, 1997
- G. ROSSI, *Il nuovo d. lgs. 21 aprile 2016, n. 72: c'è davvero aria di cambiamenti in materia di mutui bancari?*, in *Contr. e impresa*, 2016, VI, p. 1493 s.
- L. ROSSI, voce *Pegno civile*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, XVIII, Torino, 1906-1910, p. 1232 s.
- G. ROTONDI, *Gli atti in frode alla legge nella dottrina romana e nella sua evoluzione posteriore*, Roma, 1971
- M. ROTONDI, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*, vol. XXVII, Padova, 1937
- D. RUBINO, *La compravendita*, in *Comm. Cicu-Messineo, sub. art. 1500*, vol. XXIII, Milano, 1971
- D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Tratt. Cicu Messineo*, XIX, Milano, 1956
- D. RUBINO – G.P. GAETANO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, in *Tratt. Vassalli*, 2 ed., Torino, 1950, p. 18
- B. RUDDEN, *La teoria economica contro la property law: il problema del "numerus clausus"*, in *R. crit. d. priv.*, 2000, p. 451 s.

- T. RUMI, *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*, in *Contratti*, 2015, I, p. 70 s.
- T. RUMI, *La nuova disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *Contratti*, 2015, X, p. 937 s.
- D. RUSSO, *Oltre il patto marciano*, Napoli, 2017
- D. RUSSO, *Nuovi meccanismi marciiani e divieto del patto commissorio*, in *F. nap.*, 2018, I, p. 159 s.
- A. SACCHI, *Sul patto commissorio in diritto romano*, in *Archivio giuridico*, 55, 1894
- E. SACCHI, *Contratto di mutuo e patto commissorio*, in *G. it.*, 1923, I, p. 801 s.
- O. SACCHI, *Lex commissoria e divieto del patto commissorio. Autonomia negoziale o tutela del contraente più debole?*, in *Ius Antiquum*, 2007, XIX, p. 1 s.
- R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 1995, p. 10 s.
- R. SACCO – A. GAMBARO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Tratt. Sacco*, Milano, 2018, p. 277 s.
- V. SAGAERT (a cura di), *Le réforme du droit privé en France. Un modèle pour le droit privé européen?*, Bruxelles, 2009
- V. SAGAERT – M. E. STORME – E. TERRYIN (a cura di), *The Draft Common Frame of Reference: National and Comparative Perspectives*, Antwerp, 2012
- B. SALVATORE, *Trasferimenti di proprietà in funzione di garanzia del credito e liquidazione dei beni*, Napoli, 2018

- F. SALVI, *Cessione di beni ai creditori*, in *Comm. Scialoja – Branca, sub artt.* 1960 – 1991, Bologna-Roma, 1974
- G. SANTUCCI, *La scienza gaia e la strana idea del diritto romano non romano*, in *Eur. d. priv.*, 2007, IV, p. 78 s.
- G. SARDO, *La disciplina del contratto di garanzia finanziaria: appunti sul D.Lgs. 21 maggio 2004, n. 170*, in *Contratti*, 2005, VI, p. 617 s.
- A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999
- F. SCARDINO, *Il contratto di sale and lease back tra causa in concreto e cautela marciiana*, in *Corr. giur.*, 2016, IV, p. 486 s.
- A. SCARPA, *Leasing: che c'è di nuovo?*, in *Imm. e prop.*, 2017, X, p. 573 s.
- A. SCHIAVONE (a cura di), *Diritto privato romano. Un profilo storico*, Torino, 2010
- P. SCHLESINGER, *L'eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *R. d. proc.*, 1995, p. 319 s.
- D. SCHMIDT – PH. GRAMLIN, *La loi n. 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit*, in *D.*, 1981
- F. SCHULZ, *Classical roman law*, Oxford, 1951, p. 400 s.
- R. SCHULZE (a cura di), *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Munster, 2009
- W.G. SCHULZE, *Parate Executie, Pacta Commissoria, Banks and Mortgage Bonds*, in *De Jure*, 2004, 37, p. 256 s.
- F. SCHUPFER, *Il diritto privato dei popoli germanici*, Città di Castello, 1909
- S. SCOTT, *A Comparison between Belgian, Dutch and South African Law Dealing with Pledge and Execution Measures*, in *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, vol. 43, I, 2010, p. 93 s.

- S. SCOTT, *Pacta Commissoria (Vervalbedinge) en Pandreg*, in *Journal of South African Law*, 2010, IV, p. 779 s.
- A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis t.u.b. è davvero il patto marciano?*, in *Corr. giur.*, 2016, XII, p. 1477 s.
- O. T. SCOZZAFAVA, *Note in tema di garanzia*, in *Contr. e impresa*, 2008, IV-V, p. 855 s.
- C. SÈJAN-CHAZAL, *La réalisation de la sûreté*, Dalloz, v. 190, Paris, 2019
- R. SERIK, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, II, *Die einfache Sicherungsübertragung*, Heidelberg, 1963
- R. SERIK, *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco*, Heidelberg, 1988
- M. SESTA, *Le garanzie atipiche*, Padova, 1988
- N. SHUPAK, *A new source for the study of the judiciary and law of ancient Egypt: "The tale of the eloquent peasant"*, in *JNES*, 1992
- G. SICCHIERO, *La prestazione in luogo dell'adempimento*, in *Contratto e impr.*, 2002, III, p. 1380 s. e in *Tratt. Franzoni, Le obbligazioni*, Torino, 2001, I, p. 553 s.
- G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, in *Tratt. Sacco*, II, Milano, 2011
- H. C. SIGMAN – E. M. KIENINGER (a cura di), *Cross-Boarder Security over Receivables*, Munich, 2009
- P. SIMLER – P. DELEBECQUE, *Droit civil. Les suretés, Publicité foncière*, Dalloz, VII ed., Paris, 2016
- P. SIRENA (a cura di), *I mutui ipotecari del diritto Comparato ed europeo – Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, Quaderni Fondazione Italiana del Notariato, Milano, 2016

- J.M. SMITS – W. BULL – C. GOANTA – M. T. KAWAKAMI, *European Private Law*, Nijmegen, 2014
- A. SOMMA (a cura di), *The Politics of the Draft Common Frame of Reference*, Alphen aan de Rijn, 2009
- S. SOTGIA, *La cessione dei beni ai creditori*, in *Tratt. Vassalli*, IX, 3, Torino, 1954
- S. SOTGIA, *La cessione dei beni ai creditori*, Torino, 1954
- M. SPADARO, *Sale and lease back, patto marciano e fallimento del venditore-utilizzatore*, in *Fall.*, 2015, VII, p. 791 s.
- G. STOLFI, *Patto commissorio e ipoteca*, in *F.it.*, 1926, I, p. 282 s.
- G. STOLFI, *Promessa di vendita e patto commissorio*, in *F. Pad.*, 1957, I, p. 766 s.
- M. STORCK, *Transposition de la directive communautaire relative aux contrats de garantie financière*, in *RTD Comm.*, 2005, p. 357 s.
- M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990
- G. TATARANO, *Sub art. 1500*, in P. PERLINGERI (a cura di), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza, Libro IV, Delle obbligazioni, II, Artt. 1470-2059*, Napoli – Bologna, 1991, p. 881 s.
- M. TATARANO, *L'art. 120 quinquiesdecies t.u.b.*, in R. LENZI – M. TATARANO, *Recenti riforme in tema di garanzie del credito bancario, Studio CNN n. 1-2017/C*, 2017, p. 1 s.
- M. TATARANO, *Prestito vitalizio ipotecario e affidamento fiduciario*, in *Trusts*, 2017, III, p. 252 s.
- R. TAUBENSCHLAG, *The law of Greco-roman Egypt in the light of the Papyri*, Warsaw, 1955

- G. TARANTINO, *Patto commissorio, alienazioni in garanzia ed autonomia privata: alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Contratti*, 2012, XII, p. 1023 s.
- V. TEDESCHI, voce *Anticresi*, in *Noviss. Dig. It.*, I, 1, Torino, 1964, p. 657 s.
- V. TEDESCHI, *L'anticresi*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1954, p. 40 s.
- J.W. TELLEGEN, *Fiducia cum creditore en ons systeem van zakelijke rechten*, in *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 2002, p. 95 s.
- O. TORO, *Il divieto del patto commissorio e il patto marciano nei rapporti assoluti di garanzia*, Tesi di dottorato Università di Palermo, 2013, reperibile presso <https://iris.unipa.it/handle/10447/90846#.XK3GGZgzbiU>
- V. M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954, p. 130 s.
- M. TRIMARCHI, *The pre-default agreement on appropriation of an encumbered asset: patto commissorio e patto marciano*, in *Draft common frame of reference, what for?*, Milano, 2013, p. 81 s.
- R. TRIOLA, *Vendita con patto di riscatto e divieto del patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1769 s.
- R. T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code / Du prêt, du dépôt et du séquestre et des contrats aléatoires, ou commentaire des titres X, XI et XII, livre III, du Code civil*, Paris, 1845
- R. T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code / De la vente, ou commentaires du tit. VI du liv. III du Code civil*, Paris, 1845
- A. TROTTA, *Il patto commissorio autonomo: tradizione e cambiamento*, in *G. it.*, 2013, II, p. 348 s.
- G. TUCCI, *Garanzie sui crediti dell'impresa e tutela dei finanziamenti. L'esperienza statunitense e italiana*, Milano, 1974

G. TUCCI, voce *Garanzia*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, Torino, 1992, p. 580 s.

G. TUCCI, *Towards a transnational commercial law for secured transactions: the preliminary draft Unidroit Convention and Italian law*, in *Rev. dr. unif.*, 1992, II, p. 1 s.

G. TUCCI, voce *Anticresi*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, Torino, 1998, p. 337 s.

F. TULUI, *Osservazioni sulla natura giuridica della vendita con riserva della proprietà*, in *R. d. comm.*, 1980, p. 355 s.

L. VACCA (a cura di), *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano*, Torino, 1997

L. VACCA (a cura di), *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica. V Congresso Internazionale ARISTEC, Salisburgo, 13-15 settembre 2001*, Torino, 2001

J. VACHEZ, *Etude historique et critique de la clause de voie parée*, Angers 1903, p. 5 s.

G. VALCAVI, *Intorno al divieto di patto commissorio, alla vendita simulata a scopo di garanzia e al negozio fiduciario*, in *F. it.*, 1990, I, p. 205 s.

G. VALENTE, *Patto commissorio e pegno nel diritto Tedesco: Verfallvereinbarung und Pfandrecht*, in *Jus Civile*, 2014, XII, p. 404 s.

D. VALENTINO, *Enterprise Financing and Assets Transfer as Guarantee Purposes: a Comparative Law Analysis of the Italian System*, in *European Business Law Review*, 2008, II, p. 629 s.

S. VAN ERP, *Civil and Common Property Law: Caveat Comparator – The Value of Legal Historical-Comparative Analysis*, in *ERPL*, 2003, III, p. 394 s.

S. VAN ERP – A. SALOMONS – B. AKKERMANS, *The Future of European Property Law*, Munich, 2012

S. VAN ERP – B. AKKERMANS (a cura di), *Cases, Materials and Text on Property Law. Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, Oxford, 2012

J. H. M. VAN ERP – L.P.W. VAN VLIET, *Real and personal security*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, 2002, p. 115 s.

L. VAN VLIET, *Transfer of movables in German, French, English and Dutch Law*, Nijmegen, 2000

B. VARI, *La riforma dell'ipoteca convenzionale in Francia*, in *R. d. civ.*, 2009, II, p. 249 s.

C. VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli 1968

F. VASSALLI, *La cessione dei beni ai creditori*, in *Tratt. Rescigno*, V, Torino, 1985

N. A. VECCHIO, *Il divieto del patto commissorio e la causa delle alienazioni*, in *Contratti*, 2016, V, p. 429 s.

M. VEDER, *Cross-border insolvency proceedings and security rights*, Utrecht, 2004

A. VENEZIANO, *Le garanzie mobiliari non possessorie. Profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale*, Milano, 2000

A. VENEZIANO, *A Secured Transactions' Regime for Europe: Treatment of Acquisition Finance Devices and Creditors' Enforcement Rights*, in *Juridica*

International, European Initiatives (CFR) and Reform of Civil Law in the Member States, v. XIV, 2008, p. 89 s.

M. VERDI, *Patto commissorio e collegamento negoziale*, in *R. d. civ.*, 2006, IV, p. 509 s.

J. VINCENT – J. PRÉVAULT, *Voies d'exécution et procédure de distribution*, IIX ed., Paris, 1995, p. 40 s.

G. VISCONTI, *La disciplina del credito immobiliare ai consumatori introdotta nel t.u.b. dal d.lgs. n. 72/2016*, in *Imm. prop.*, 2016, VIII- IX, 2016, p. 489 s.

V. VITI, *Sale and lease back, patto commissorio e clausola marciana*, in *G. it.*, 2015, XI, p. 2341 s.

V. VITI, *La liceità del sale and lease back alla luce del divieto di patto commissorio e della previsione di meccanismi marciani*, in *Corr. giur.*, 2017, XII, p. 1502 s.

D. VITTORIA, voce *Pegno irregolare*, in *Enc. dir.*, II, Roma, 1990, p. 1 s.

C. VON BAR, *Working Together Towards a Common Frame of Reference*, in *Juridica International*, 2005, X, p. 15 s.

C. VON BAR – U. DROBNIG, *The interaction of contract law and tort and property law in Europe: a comparative study*, Munich, 2004

C. VON BAR – E. CLIVE (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, Munich, 2009

J. VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 3 – Sachenrecht, Berlin, 2019

H. WARENDORF – R. THOMAS – I. CURRY-SUMMER, *The civil code of The Netherlands*, UK, 2009, p. 433 s.

- W. WESSELS, *History of the Roman-Dutch Law*, Clark – New Jersey, 2005
- F. WIEACKER, *A History of Private Law in Europe*, Oxford, 1995
- G. WIEDERKEHR, *Pacte commissoire et sûretés conventionnelles*, in *Et. Jauffret*, LGDJ, 1974, Pp. 662 s.
- J.H. WIGMORE, *The Pledge-Idea: a Study in Comparative Legal Idea*, in *Harvard Law Review*, 1897, X, p. 43 s.
- C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, Paris, 1981
- C. WITZ, *La fiducie -sûreté en droit français*, in *L'évolution du droit des sûretés*, *RJ com.*, 1982, p. 67-75
- C. WITZ, *Les transferts fiduciaires à titre de garantie*, in *Colloque de Luxembourg 1984*, L.G.D.J., 1985, p. 55 s.
- C. WITZ, *Le droit des sûretés réelles mobilières en République Fédérale d'Allemagne*, in *Revue Internationale de droit comparé*, v. 37, I, 1985, p. 27 s.
- C. WITZ, *Vente. Vente à réméré*, in *J. Cl. Civ.*, art. 1659 à 1673, 1993, p. 389 s.
- P.R. WOOD, *Comparative law of security and guarantees*, London, 1995
- P.R. WOOD, *Comparative law of security interests and title finance*, London, 2007
- J. ZEKOLL – G. WAGNER, *Introduction to german law*, West Sussex, 2019
- R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civil Tradition*, Cape Town, 1992
- R. ZIMMERMANN, *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*, Oxford, 2000
- A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, p. 218 s.

G. ZUDDAS, voce *Anticresi*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma, 1985