UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI "FEDERICO II"



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO IN
"DIRITTO DELLE PERSONE, DELLE IMPRESE E DEI MERCATI"

XXXV CICLO

I nuovi marciani tra tipicità legale e tipicità sociale
Prospettive civili e tributarie

COORDINATORE

CH.MO PROF. MASSIMO MIOLA

TUTOR

CH.MA PROF.SSA PAOLA COPPOLA

CANDIDATO

DOTT. GIUSEPPE ROSANOVA

INDICE

CAPITOLO I – «La Cautela Marciana».

1. Il patto marciano: considerazioni generali.

2. Profili storici del patto.

3. I caratteri della clausola marciana.

3.1. Il primo elemento qualificante: la congruenza tra i valori.

3.1.2. Il Profilo della prelazione.

3.2. Il secondo elemento qualificante: la stima oggettiva del bene.

3.2.1. Il momento della stima e l'indipendenza del terzo: l'interferenza del principio di imparzialità e la procedimentalizzazione del patto marciano.

3.2.2. L'inadempimento del debitore.

3.2.3. I rapporti tra i contraenti ed il terzo estimatore: la natura giuridica della sua attività e della perizia. Il compenso e la diligenza richiesta.

3.3. La restituzione dell'eccedenza.

3.3.1. Il rapporto con gli altri creditori.

4. La funzione del patto marciano.

4.1. Una diversa prospettiva della funzione.

CAPITOLO II - «Il rapporto con il patto commissorio».

1. La causa e i margini di operatività del divieto.

2. La ratio del patto commissorio: il vero criterio differenziale.

2.1. La cautela marciana e il divieto di cui all'art. 2744 c.c.: effetto salvifico o species di alienazione con scopo di garanzia autonoma connotata dalla stessa causa?

3. La meritevolezza del patto marciano.

4. Il profilo comparatistico: la disciplina francese del patto marciano.

5. Il patto marciano: profili tributari.

5.1. segue…il regime impositivo del finanziamento a medio e lungo termine.

CAPITOLO III – «I marciani speciali».

1. La nuova stagione del patto marciano.

2. I contratti di garanzia finanziaria: l'inquadramento generale e la clausola di rotatività.

2.1. Gli elementi costitutivi del contratto di garanzia finanziaria.

2.2. L'escussione satisfattoria del credito nella garanzia finanziaria: è veramente un patto marciano?

2.2.1. Un'ipotesi speciale di marciano finanziario: la cessione del credito.

2.2.2. I rimedi all'esecuzione sproporzionata: l'integrazione del contratto e l'exceptio dolis generalis.

3. Il Prestito vitalizio ipotecario: la ratio e l'esempio francese.

3.1. Gli elementi tipologici del prestito vitalizio ipotecario.

3.2. La contraddittoria natura giuridica del finanziamento della terza età.

3.3. L'escussione della garanzia, il cross-over ed i rapporti con il patto marciano.

4. Il credito immobiliare ai consumatori garantito da ipoteca: le finalità perseguite e la disciplina introdotta.

4.1. Il merito creditizio e il legame con l'escussione del credito.

4.2. L'inadempimento del consumatore e la disciplina di recupero della prestazione: è veramente un marciano speciale?

5. Il trasferimento alle imprese garantito da trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato ex art. 48 bis t.u.b.: uno strumento davvero complesso; il professionista di "rimbalzo".

5.1. La natura contraddittoria dell'istituto.

5.2. Gli elementi essenziali del sottotipo marciano tipizzato all'art. 48 bis t.u.b.

5.3. Due questioni complesse: la condizione sospensiva e l'effetto esdebitatorio.

CONCLUSIONI.

BIBLIOGRAFIA.

CAPITOLO I – «La Cautela Marciana».

1. Il patto marciano: considerazioni generali

Il patto marciano può essere certamente considerato un istituto del passato che, soltanto nell'ultimo periodo ha visto, complice la giurisprudenza[1] e gli interventi del legislatore[2], una rinnovata rilevanza sociale prima che giuridica.

La nuova stagione del marciano si lega, principalmente, alla sua funzione economica[3], quale strumento di smobilizzo della ricchezza che consente, secondo taluni, di evitare le restrizioni derivanti dalla violazione del divieto del patto commissorio, così connotandosi di un "effetto salvifico"[4] della stipulazione negoziale. Infatti, la detta pattuizione permette al debitore, nell'ipotesi in cui non possa facilmente ricorrere al mercato bancario, di chiedere ed ottenere prestiti o altri finanziamenti, e, dall'altro lato prevede un meccanismo che consente al creditore di assicurarsi nella realizzazione del proprio credito, opportunamente ottenendo un bene diverso da quello oggetto della pattuizione originaria e, talvolta, più conveniente per il creditore stesso. Convenienza legata ad una valutazione qualitativa, non già, quantitativa, nella misura in cui la richiamata pattuizione evita che il debitore possa perdere *res* di valore eccedente l'oggetto dell'obbligazione.

---

[1] Sul punto già Cass. Civ., Sez. II, 21 gennaio 2005, n. 1273 e 9 maggio 2013, n. 10986. Rilevante la pronuncia della Cass. Civ., Sez. I, 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Fall.*, 2015, p. 791 ss., con nota di M. SPADARO, *Sale and lease back, patto marciano e fallimento del venditore-utilizzatore*; in *Giur. it.*, 2015, p. 2341 ss., con nota di V. VITI, *Lease-back, patto commissorio e clausola marciana*, in *Riv. Dir. Civ.* 2015, p. 1595 ss.; in *Notariato*, 2015, 1, p. 182 ss.

[2] Tra i principali interventi normativi (ma ce ne sono altri) la disciplina dei contratti di garanzia finanziaria di cui al D.Lgs. 170 del 30 luglio 2004 in attuazione della Dir. n. 2002/47/CE; quella del prestito vitalizio ipotecario regolato dall'art. 11 *quaterdecies* D.L. n. 203 del 30 settembre 2005 (convertito nella L. n. 248 del 2 dicembre 2005) commi 12°-12°*sexies* succ. modificato dall'art. 1 comma 1° L.n. 44 del 2 aprile 2005; la disciplina del contratto di credito immobiliare garantito da ipoteca ai sensi dell'art. 120 *quinquiesdecies* t.u.b. introdotto dal D.Lgs. 72 del 21 aprile 2016; il pegno mobiliare non possessorio di cui all'art. 1 comma 7 lettera *b* D.L. 59 del 3 maggio 2016 convertito nella L. n. 119 del 30 giugno 2016, ed, infine, il finanziamento alle imprese garantito dal trasferimento di un bene immobile introdotto all'art. 48 *bis* t.u.b. dal già richiamato D.L. 59 del 3 maggio 2016 convertito nella L. n. 119 del 30 giugno 2016.

[3] G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano,* in *Eur.dir.priv.*, 2017, 1, p. 2 discorre di un "esito complessivo *controfunzionale* rispetto all'obiettivo dell'intervento normativo (che è essenzialmente quello — attraverso il rafforzamento della tutela del creditore/banca — di rivitalizzare un mercato del credito, colpito negli ultimi anni da una gravissima crisi) della tipizzazione legislativa di alcune alienazioni in garanzia marciana che potrebbero comportare a causa della regolamentazione legislativa in larga misura inderogabile…. un motivo di "fuga" dai "patti marciani" tipizzati*"*. Considera in termini di *attualità* il patto marciano A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi,* in *Riv.dir.civ.*, 2017, 6; la stessa prospettiva è stata assunta da C. DE MENECH, *Il marciano innominato tra diritto primo e diritti secondi,* in *Banca borsa Tit. cred.*, 5, 2021, p. 752.

[4] Il richiamato *effetto* viene richiamato dalla Suprema Corte nella pronuncia del 2015 in materia di *lease-back*.

Ancora, il creditore risulta ulteriormente garantito nella realizzazione della propria pretesa creditoria nella misura in cui evita di ricorrere alla procedura esecutiva, di esclusiva pertinenza statale, ottenendo immediata soddisfazione del credito dal momento della conclusione del patto ovvero del successivo inadempimento.

Il cennato accordo, in tale contesto, può essere definito come il patto attraverso il quale le parti dell'obbligazione convengono che, nell'ipotesi di inadempimento successivo del debitore, il creditore acquisterà la proprietà di un bene, mobile o immobile, ovvero potrà escutere liberamente il credito ceduto, accompagnato dall'obbligo di versare l'eventuale eccedenza tra il valore del bene oggetto di garanzia e quello del credito garantito[5]. Il bene oggetto di trasferimento viene attribuito al creditore nel caso di inadempimento del debitore, sulla base di prezzi di mercato, oppure per un valore indicato da un terzo esperto nominato concordemente tra le parti, sicché "sarebbe escluso l'approfittamento del debitore, contraente debole, da parte del creditore, contraente forte*"*[6].

L'articolazione della richiamata pattuizione non si riconnette, però, alla presenza nel contesto normativo di una definizione legislativa dell'accordo marciano. Il legislatore, infatti, non ha definito, in termini generali, la disciplina del patto ma si è impegnato, da ultimo, soltanto, a descrivere, in alcune disposizioni speciali, il meccanismo di funzionamento della cautela marciana. In altre parole, come ha chiarito un illustre Autore[7], "il giurista italiano si è abituato a utilizzare un termine diverso (patto marciano) per indicare il negozio che attribuisce al creditore la proprietà del bene, o il potere di venderlo, in caso di inadempimento, con stima del valore e restituzione al debitore dell'eccedenza*"*, nel nostro ordinamento si è disciplinato, con molteplici varianti (i cd. marciani speciali), il meccanismo di funzionamento della cautela, ma il legislatore non è intervenuto, attraverso norme di portata generale, per definire e regolamentare il tipo del patto marciano.

L'assenza di una norma di carattere generale potrebbe portare gli interpreti a sostenere l'illiceità del patto, perché in frode al divieto di cui all'art. 2744 c.c., se non nelle sue articolazioni normative speciali, così da escludere, aprioristicamente, contrattazioni atipiche per il tramite dei poteri riconducibili all'autonomia privata. Tuttavia, la mancata previsione di una norma generale non è immune da vantaggi poiché consente al legislatore, come in effetti ha fatto, di disciplinare autonomamente molteplici varianti di patto marciano, piegate alla specificità dell'operazione economica concreta.

Muovendo dalle primitive considerazioni giuridiche e sociali effettuate, il patto marciano evidenzia tutta la sua importanza per coloro che identificano la richiamata cautela come uno strumento della prassi commerciale volta a superare le rigidità delle garanzie reali, che non contemplerebbero forme atipiche frutto dell'esercizio dei poteri di autonomia

[5] C.M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, Milano, 2015, p. 448 ss.; L. FOLLIERI, *Il patto marciano tra diritto "comune" e "speciale"*, in *Nuova giur. civ.*, 2018, 12, p. 1857 ss.; M. EBNER, *voce* "*Patto Marciano"*, in *Enc. giur. Treccani,* XXV, aggior. 2007, p. 1.

[6] F. MACARIO, *Il divieto del patto commissorio,* in *Dir. Civ.,* diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, 2009, vol. IV, II, p. 212 ss.

[7] A. CHIANALE, *Alienazioni in garanzia e patti marciani*, 2021, Milano, p. 101.

privata. In tale contesto le cessioni di crediti e le alienazioni di beni con funzione di garanzia avrebbero il merito di superare i dubbi sull'atipicità dei diritti reali, e, nel contempo, di piegare schemi tipici al perseguimento di scopi concreti e leciti, in cui centrale è il soddisfacimento del creditore per il tramite di forme di autotutela privata[8] e procedimentalizzata.

L'istituto del marciano, già tenendo conto di queste brevi considerazioni e della rilevanza socio-economica dello stesso, pone alcuni profili problematici che saranno affrontati nel prosieguo. Allo stato, due sono essenzialmente gli interrogativi a cui si deve tentare di dare una risposta definitiva: il primo, riguarda la possibilità di considerare tipizzato, almeno in chiave sociale, il patto in esame, mentre il secondo impone di verificare se possa qualificarsi quale elemento naturale di ogni pattuizione marciana, tipica ed atipica, il carattere dell'esdebitazione legato all'apprensione definitiva della *res* da parte del creditore ovvero del ricavato di vendita della stessa.

Sul primo punto, pur nella richiamata assenza di una norma generale, una considerevole parte della dottrina[9] ha considerato come implicitamente istituzionalizzata la cautela marciana evidenziando come nel complesso del Codice civile, già prima dell'introduzione delle varianti marciane speciali, potevano individuarsi schemi idonei a ricalcare i presupposti minimi della suddetta clausola, così da giustificarne la implicita liceità[10]. Si pensi, a soli fini esemplificativi, a disposizioni come l'art. 1851 c.c.[11] che consente alla banca, in materia di pegno irregolare, di soddisfarsi sui titoli vincolati a garanzia di un finanziamento e pervenuti nella propria disponibilità fino al valore del credito dovuto con obbligo di restituzione dell'eccedenza; all'art. 1982 c.c. che, in tema di cessione dei beni ai creditori, consente agli stessi di soddisfare immediatamente, e senza attivare l'azione esecutiva, le proprie pretese sui beni del debitore con l'obbligo di restituire il *residuo* al debitore stesso e, ancora, alla

[8] Le forme di esplicazione dell'autonomia privata nella realizzazione del credito, senza l'intermediazione dell'A.G., hanno avuto sempre particolare interesse in dottrina: S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Eur. dir. priv*., 2007, p. 588; V. CONFORTINI, *Primato del credito*, Napoli, 2020.; Id., *Dell'esecuzione forzata, Art. 2910-2933 c.c*., in *Comm. Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2020, p. 178; E. GABRIELLI, *Dei contratti in generale, Vol.1: Artt. 1321- 1349 c.c*., in *Comm. Cod. civ.*, a cura di E. NAVARRETTA e A. ORESTANO, Torino, 2011, IV, p. 480 ss.; C. M. BIANCA, *voce "Autotutela"*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 2000, p. 130 ss.; A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, in *Comm. Schlesinger*, 2011; L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, Milano, I, 1971.

[9] L. FOLLIERI, *op.cit., p. 1858;* A. CHIANALE, *op. cit.*, p. 82 e pp. 100 ss.

[10] Anche se parte della dottrina (ancora L. FOLLIERI, *op.cit., p. 1858;* A. CHIANALE, *op. cit.*, p. 82 e p. 100 ss.) ha chiarito come da tali figure codicistiche non era possibile affermare una *regola* di liceità di qualsivoglia pattuizione marciana, si è sostenuto, infatti, come al di fuori delle forme speciali di cessioni di crediti vi fosse la necessità di tipizzare il patto marciano secondo un meccanismo *a maglie larghe* (S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B.: il pasticcio di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, in *I nuovi Marciani* a cura di G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, F. PIRAINO, T. RUMI, Torino, 2017, p. 103).

[11] Per una compiuta disamina dell'istituto F. GRECO, *Art. 1851*, in AA.VV., *Dei singoli contratti*, III, a cura di VALENTINO, in *Comm. Cod. civ.*, dir. Da E. GABRIELLI, Assago, 2011, p. 859 ss.; A. DALMARTELLO, *Il pegno irregolare (o cauzione in senso stretto)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1950, I, p. 315 ss.; E. GABRIELLI, *Del pegno*, in *Comm. cod. civ.*, dir. da E. GABRIELLI.

disciplina del pegno che consente al creditore pignoratizio, per il tramite del complesso degli articoli 2797, 2798, 2802 e 2803 del Codice civile, di soddisfarsi sui beni consegnati dal debitore con l'obbligo di restituire l'eventuale eccedenza tra il valore dei beni pignorati e del credito vantato.

Invero, si è sottolineato come il primo *punctum dolens* dell'istituto della clausola marciana riguarda proprio la possibilità di giustificare la presenza nel sistema di un unico patto marciano, con delle variabili legislative che non ne escludono l'autonomia oppure la presenza di marciani speciali – legati alle innovazioni legislative e ai richiamati istituti codicistici, tali da escludere la meritevolezza di uno schema generale e consentire, per volontà legislativa, nella realtà economica ai contraenti di utilizzar solo gli schemi predefiniti, uniche deroghe al divieto sancito all'art. 2744 c.c. a tutela della parte debole del rapporto obbligatorio[12].

L'altro tema centrale che accompagna le pattuizioni marciane attiene alla possibilità per la parte attiva del rapporto obbligatorio di conseguire quanto dovuto, anche se sotto forma di un bene diverso da quello individuato, quale prestazione oggetto del rapporto obbligatorio. Potere creditorio, però, che deve essere esercitato nel rispetto della posizione del debitore tenuto a prestare beni di valore eccedente al debito garantito, al fine di evitare un'illecita coercizione della sua volontà.

Per cui, interrogandosi sul secondo profilo rilevante in materia, è necessario verificare se l'effetto esdebitatorio operi quale corollario di ogni alienazione con scopo di garanzia accompagnata dal patto accessorio marciano ovvero la liberazione definitiva del debitore sia la conseguenza di una previsione legislativa in tal senso o di una specifica clausola dell'accordo. In realtà, la presenza in concreto della cautela marciana postula l'assenza di coercizione del creditore ai danni del proprio debitore, non ritenuto contraente debole, cosicché secondo una prima riflessione si potrebbe considerare insussistente, come conseguenza naturale della pattuizione, l'effetto estintivo della pretesa creditoria, conservando il creditore, per il residuo, il potere coattivo nei confronti del debitore.

Il creditore, infatti, conseguendo un bene di valore minore al credito vantato dovrebbe poter agire sul patrimonio del debitore per il residuo, laddove presente, così disconoscendosi, salvi i casi previsti dalla legge, la presenza di un effetto liberatorio legale e automatico come conseguenza del consolidamento dell'acquisto in capo al creditore.

Infine, un terzo profilo problematico che sarà oggetto della presente trattazione riguarda la possibilità di conferire alle pattuizioni marciane una portata derogatoria del divieto del patto commissorio così scriminando, nell'ambito dei traffici giuridici, forme legali di alienazione con scopo di garanzia, purché connotate dagli elementi strutturali della cautela

[12] D. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, 1952.

marciana[13]. Talché si è sostenuto[14] come, nel corso del tempo, l'affermazione del patto marciano salvifico abbia avuto come effetto naturale quello di restringere la portata applicativa del divieto del patto commissorio, il quale dovrebbe operare soltanto nelle residue ipotesi in cui si verifica, in concreto, la presenza di un trasferimento solutorio di un pregresso rapporto obbligatorio senza valutare la congruenza tra i valori.

[13] Tale tema è stato approfondito da A. LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio,* in *Riv.dir.civ.*, 1990, I, p. 219 ss.; V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. Resc.*, 19, Tutela dei diritti, 1, 1997, p. 557 ss.; L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali. Artt. 2740-2744,* in *Tratt. Schlesinger*, Milano, 2010.

[14] D. VALENTINO, *Il trasferimento dei beni in garanzia,* in AA.VV. *I contratti di vendita* a cura di Valentino in *Tratt. Contr.,* dir. Da Rescigno e Gabrielli, Assago, 2007, II, p. 725 ss.

2. Profili storici del patto.

L'affermazione per la quale il patto marciano rappresenta un istituto del passato si lega all'origine storica dello stesso come deroga, di tipo normativo, al divieto del patto commissorio, già presente nel diritto giustinianeo.

Il divieto del patto commissorio rappresenta, in tale epoca, una vera e propria conquista giuridica frutto, probabilmente, delle spinte morali dovute all'affermazione dei dogmi del Cristianesimo che hanno progressivamente ridotto, nell'ambito dei traffici giuridici, gli spazi di operatività delle alienazioni con scopo di garanzia. L'intervento, infatti, del divieto si è accompagnato all'affermazione del patto marciano quale deroga allo stesso, idoneo a consentire al creditore di ottenere soddisfazione delle proprie pretese senza alcuna coercizione del soggetto obbligato.

Tale punto di contatto tra il divieto della pattuizione commissoria e quello della deroga della cautela marciana esistente già nel diritto romano consentiva di sostenere come anche in tale periodo la richiamata cautela operava nel contesto delle alienazioni con scopo di garanzia, con la specificazione che il suo meccanismo di funzionamento si configurava in termini parzialmente differenti rispetto all'epoca moderna.

Invero, come si è chiarito, il punto di partenza è similare poiché l'ambito di operatività tanto del divieto quanto del patto derogatorio era quello dell'ampio *genus* delle alienazioni con scopo di garanzia, fattispecie estesa dalla materia dei diritti reali su cosa altrui, come il pegno, alle forme di proprietà in funzione di garanzia[15].

Sul punto, proprio in relazione alla categoria dei negozi traslativi della proprietà, la *lex commissoria*[16] ha conseguito il maggior utilizzo; qualificata come un patto volto ad introdurre una clausola accidentale nell'ambito dei contratti di compravendita, essa consentiva all'alienante di "recuperare" il bene compravenduto tutte le volte in cui l'acquirente non avesse versato il corrispettivo pattuito[17].

Espressa dalla clausola *si in diem statutum pecunia soluta non esset, fundus inemptus foret*[18], inizialmente la vendita con *lex commissoria* veniva ricondotta al paradigma dei

[15] A. CHIANALE, *cit.*, p. 44.

[16] Il sintagma *lex commissoria* nasce in epoca risalente probabilmente durante dell'imperatore Traiano. Nasce come un patto di responsabilità o sulla responsabilità di una delle parti, in questo caso dell'acquirente. Sul punto S. GIORDI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, Firenze, 1903, p. 951.

[17] Dalle varie ricostruzioni G. BISCARDI, *La lex commissoria nel sistema delle garanzie reali*, in *St. Betti 2*, 1962 p. 575 ss.; Nel diritto romano la prima previsione normativa è presente nel Digesto al 18emo libro "*De lege commissoria*", e nel Codice, nel quarto libro *De pactis inter emptorem et venditorem compositis*. Sul tema, anche, R. LEONHARD, voce '*Lex commissoria*', in *RE*, IV, Stuttgard, 1942, col. 769 e F. WIEACKER, '*Lex commissoria*'. *Erfüllungszwang und Widerruf im römischen Kaufrecht*, Berlin, 1932.

[18] Il passo risale a Pomp. 9 *ad Sab.*, D. 18.1.6.1.

contratti soggetti a condizione sospensiva del successivo pagamento del prezzo[19], mentre, soltanto a partire dal II secolo d.c. (ovvero a seguito dalle teorizzazioni di Giuliano) a quelle pattuizioni connesse a condizione risolutiva del mancato pagamento del prezzo pattuito[20].

Invero, una volta intervenuto il "fatto" del mancato pagamento del prezzo, oggetto della *lex commissoria*, viene meno il *titulus adquirendi* con possibilità del proprietario di conseguire, nuovamente, il possesso trasmesso all'acquirente a seguito della *traditio*[21].

Parte della dottrina romanistica[22] ha, contrariamente, sostenuto che inizialmente la vendita assistita dalla clausola commissoria non poteva inquadrarsi nell'ambito delle alienazioni con patto di garanzia. La stessa clausola, infatti, si rivolgeva a regolamentare la posizione dell'acquirente e non già quella del venditore, il quale era privato solo del possesso del bene, trasferendosi, il *dominium* della *res* al pagamento integrale di quanto dovuto. Per cui, verificato il fatto dell'inadempimento, all'alienante era consentito riottenere il possesso del bene precedentemente consegnato all'acquirente. Pertanto, il richiamato patto, quale clausola accessoria della vendita, si doveva qualificare come una facoltà di recesso riconosciuta all'alienante tale da consentirgli di esercitare la scelta tra la restituzione del bene oppure il pagamento del prezzo.

D'altra parte, l'affermazione della piena rilevanza, nella tradizione giuridica romanistica, della *lex commissoria* con funzione di garanzia si può riferire alla materia dei diritti reali su cosa altrui, e nella specie al *pignus,* assumendo per il creditore una funzione satisfattoria reale. Si sposta in questo caso l'asse dalla posizione dell'acquirente (debitore) a quella del creditore, configurandosi il denaro dovuto come il *pretium* della cosa data in garanzia[23].

---

[19] La riconducibilità allo schema della vendita accompagnata alla condizione sospensiva è dovuta, con molta probabilità, all'opera del giureconsulto Sabino come espresso dal giurista Paolo nel passo del Digesto dedicato del compratore: D. 42.4.2.3.

[20] Ulp. 28 *ad Sab* D. 18.3.1; la ricostruzione del dibattito è presente in C. LONGO, *Sulla "in idem addictio" e sulla "lex commissoria" nella vendita,* in *BIRD*, 31, 1921, pp. 46 ss. Sono i glossatori come Ulpiano a ricondurre tale meccanismo al tema delle vendite risolutivamente condizionate "*Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub condicione resolvi emptio quam sub condicione contrahi videatur* (Ulp. 28 *ad Sab.* D. 18.3.1).

[21] Paul. 32 *ad ed.* D. 19.4.1. Per una ricostruzione della questione M. TALAMANCA, *La risoluzione della compravendita e le conseguenti azioni di restituzione nel diritto romano*, in *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, a cura di L. VACCA, Roma, 2006, p. 10.

[22] Sul punto M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 252; A. MANFREDINI, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 2003, p. 361: "Tra le numerose convenzioni che si potevano accompagnare ad una vendita……ricordiamo anzitutto la *lex commissoria* (patto commissorio, da non confondersi con l'omonimo patto in materia di pegno), in forza del quale la cosa doveva considerarsi come non venduta se il compratore non avesse pagato il prezzo entro un certo termine. Tale patto funzionava come una condizione risolutiva che dava diritto al venditore di ottenere indietro la cosa; gli era nondimeno consentito, se lo preferiva, chiedere il pagamento del prezzo, come se il contratto non si fosse risolto*"*.

[23] La centralità della posizione del creditore è stata confermata dalla successiva *Actio Serviana* che aveva conferito al pegno efficacia *erga omnes.*

Durante l'età giustinianea, poi, a seguito dell'estensioni che accompagnarono la figura del pegno, l'istituto del patto commissorio riceveva nuova vitalità poiché utilizzata sia nel *pignus datum* (equivalente del pegno moderno con spossessamento del bene da parte del creditore) che nel *pignus conventum* (pegno senza spossessamento, antesignano della ipoteca)[24].

Proprio in relazione alle pattuizioni pignoratizie poteva assistersi ad una sorta di convenzionale conversione del rapporto giuridico, conseguendo il creditore pignoratizio, a seguito dell'inadempimento del proprio debitore delle prestazioni derivanti dall'obbligazione principale, la proprietà del bene pignorato, senza verificarne il valore[25].

L'assenza della verifica dei valori aveva, però, spinto alcuni giuristi ad elaborare schemi parzialmente derogatori del patto commissorio puro, atti a garantire anche la posizione del debitore, parte debole del rapporto. La richiamata volontà di tutela della posizione deficitaria del debitore si può sintetizzare proprio nell'elaborazione dell'istituto di interesse della cautela marciana.

Il nome del richiamato patto si deve al giurista Elio Marciano[26] che operò probabilmente nel III secolo d.c. durante l'età dei Severi, il quale ebbe il merito di definire la convenzione che collegava l'attribuzione in proprietà del bene precedentemente consegnato in pegno o in ipoteca e, quindi, in garanzia al credito, al creditore alla stima del giusto prezzo effettuata alla data dell'inadempimento.

Convenzione marciana che interveniva precedentemente all'editto dell'imperatore Costantino, adottato nel 324 d.c.[27], attraverso il quale si vietava la *lex commissoria*, nella specifica ipotesi di negozio costitutivo del pegno, laddove fosse stato convenuto che il creditore, in caso di inadempimento del debitore, avrebbe acquistato la piena proprietà di un bene dato in garanzia.

---

[24] D. 20.1.16.9 *potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam: hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio. et ita divus Severus et Antoninus rescripserunt*

[25] Non mancano Autori che considerano il *pignus* accompagnato da patto commissorio come l'archetipo del patto fiduciario e nella specie della *fiducia cum creditore:* M. TALAMANCA, *cit.*, p. 578.

[26] R. ORESTANO, *Marciano Elio (Aelius Marcianus)*, in *Novissimo dig. it.*, X, Torino, 1964, p. 254.

[27] Contenuto nel *Codex Theodosianus* (CTh. 3.2.1) e, successivamente, trasfuso da Giustiniano nella nota compilazione; *Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum eius memoriam aboleri* (C. 8, 43, 3). Invero le fonti romanistiche non sono ancora certe sulla data di introduzione del divieto, discutendosi del 320 d.C. sulla base dell'espressa indicazione del Codex Theodosianus ovvero del 326 d. C. richiamando l'opera giustinianea del *Codex repetitae praelectionis* di Giustiniano. La dottrina roimanistica moderna sembra accogliere la seconda posizione coincidente con l'introduzione della *lex Poetelia-Papiria* del 326 d.C. con cui venne abolito l'istituto repubblicano del *nexum* che consentiva al creditore di tenere "*l'obligatus*, in catene, di batterlo con verghe, di farlo lavorare per proprio conto" dando vita ad una vera e propria servitù del debitore soggetto ad un potere di signoria personale del proprio creditore. P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, Giappichelli, 1946, p. 372.

Alla base del richiamato divieto vi sono probabilmente ragioni di protezione del debitore, ispirate alla tradizione del Cristianesimo[28] imperante in epoca costantiniana, volto ad evitare accordi usurari con ingiustificato approfittamento del creditore. Su tale scia si è posto, successivamente, il Digesto che, se da un lato confermava la nullità del patto commissorio, dall'altro in materia di pegno, ipoteca e compravendita giustificava trasferimenti del bene oggetto di garanzia se stipulati allo *iusto pretio* al momento della stipula dell'accordo tra le parti[29].

Tenendo conto di tali considerazioni, la comparazione tra il marciano di origine romanistica e quello moderno consente di individuare sia i punti di convergenza che di differenza tra i due istituti. Posto lo stesso ambito di operatività, ovvero quello delle alienazioni con funzione di garanzia, si deve considerare, ulteriormente, che la cautela marciana propria del diritto romano si caratterizzava per la presenza di due elementi costitutivi simili alla conformazione dell'istituto in chiave moderna.

Per la dottrina e la giurisprudenza dell'ultimo periodo, nonché lo stesso legislatore nella regolamentazione dei marciani speciali, ai fini dell'operatività della clausola derogatoria del divieto del patto commissorio impongono, al pari della disciplina dell'*actio marciana*, la presenza sia del presupposto della congruenza dei valori (il cd giusto prezzo) che dell'obbligo di stima.

Divergenze possono, invece, essere individuate sia in relazione al momento in cui verificare la presenza del giusto prezzo di vendita, mancando nella disciplina più antica un'espressa indicazione normativa o pretoria in tal senso, che su quello dell'obbligo di restituzione dell'eccedenza considerando l'*actio marciana* solo il profilo del consolidamento della proprietà del creditore pignoratizio o ipotecario a seguito del mancato adempimento da parte del debitore dell'obbligazione garantita.

Per la verità, l'evoluzione dell'istituto che vi è stata nel diritto romano risponde a due contrapposte esigenze, inizialmente rappresentate in istanze di tutela del debitore che, specie nel pegno, rischiava di cedere al creditore beni valore eccedenti rispetto alle obbligazioni assunte. Successivamente, con l'editto di Costantino e all'intervento del divieto del patto commissorio, si valorizzava una funzione di tutela del creditore, consentendogli di stipulare alienazioni in garanzia, purché accompagnate dal giusto prezzo, ed evitare conseguenze patrimoniali negative dall'inadempimento del proprio debitore/acquirente.

---

[28] Evidenziano tale profilo: F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciano,* in *I nuovi Marciani* cit., (a cura di G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, F. PIRAINO, T. RUMI), p. 197.; C. DE MENECH, *Il patto marciano e gli incerti confini del patto commissorio*, in *Contratti*, 8/9, 2015, p. 824.

[29] D. 20.1.16.9: *Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam*): *Potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam: hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio. et ita divus Severus et Antoninus rescripserunt.*

3. I caratteri della clausola marciana.

Si ribadisce che viene definito patto marciano quell'accordo attraverso il quale le parti di un rapporto obbligatorio concordano che, al momento dell'inadempimento del debitore, il creditore acquisterà la proprietà di un bene concessogli in garanzia, con l'obbligo di versare l'eventuale residuo di valore tra il bene in garanzia e il debito garantito.

Siamo in presenza di un complicato e complesso meccanismo che si scinde in due diverse fasi: la prima, necessaria, caratterizzata dalla conclusione del contratto di alienazione o cessione in funzione di garanzia; la seconda, eventuale, che opera a seguito della verificazione dell'evento condizionante il patto di alienazione quale l'inadempimento del debitore nel cui contesto rilevano l'attività di stima del bene e la restituzione dell'esubero.

Proprio la restituzione dell'eccedenza, obbligo primario in capo al creditore, rappresenta il tratto qualificante dell'istituto e la conseguenza necessaria di un complesso procedimento ispirato al modello del negozio *per relationem* che consente di stimare il bene alienato in garanzia sulla base di parametri oggettivi ovvero da parte di un terzo incaricato dalle parti, necessariamente imparziale rispetto ad esse.

La stima del bene, elemento strutturale e cumulativo a quello dell'equivalenza tra i valori, deve necessariamente avvenire alla scadenza del termine di adempimento dell'obbligazione garantita o, comunque, al momento dell'inadempimento del debitore, secondo un sistema che impone di verificare l'andamento del prezzo del bene in termini reali e non potenziali.

Peraltro, siffatti elementi giustificano la possibilità di configurare quali conseguenze naturali del patto, una volta intervenuta la stima, gli effetti esdebitatorio e estintivo dell'obbligazione garantita, in favore del debitore.

Ispirato al principio di proporzionalità, l'obbligo di stima oggettiva e successiva consente, infatti, di evitare di dar vita ad un meccanismo negoziale in frode al debitore, imponendo il creditore al momento della conclusione del contratto di alienazione in garanzia al debitore una stima del bene trasferito inferiore al suo effettivo valore, così ottenendo una maggiore remunerazione del proprio patrimonio, addirittura eccedente il credito vantato. Il rischio è quello di una deroga all'ulteriore obbligo in capo al creditore di restituzione dell'eccedenza.

Tali caratteri saranno in prosieguo singolarmente sviluppati con l'avvertimento che, in assenza di una disciplina organica della cautela marciana, codicistica o extracodicistica, essi rappresentano il frutto del *formante* giurisprudenziale[30] in materia e delle teorizzazioni della dottrina.

[30] In tal senso L. FOLLIERI, *cit.*, p. 1860 che espressamente sottolinea come "dall'analisi giurisprudenziale è possibile ricavare talune significative indicazioni utili ad enucleare gli elementi che contraddistinguono il patto marciano".

Oggetto di analisi in tale sede saranno, successivamente, anche le funzioni assolte dalla cautela marciana che consentono, unitamente ai suoi elementi costitutivi, di individuare le differenze rispetto al patto commissorio, tali da giustificarne la liceità all'interno del nostro ordinamento giuridico dell'alienazione con funzione di garanzia assistita dalla richiamata cautela.

Divieto del patto commissorio che nel *genus* delle alienazioni con scopo di garanzia sembra operare come la regola, derogata, appunto, dall'esistenza, nella concreta pattuizione, degli elementi dell'accordo marciano.

3.1. Il primo elemento qualificante: la congruenza tra i valori.

Sul piano ricostruttivo e strutturale, il primo e principale elemento costitutivo del patto marciano viene individuato nella necessità di garantire la congruenza tra il valore del bene alienato (oppure tra il credito ceduto) dal debitore in garanzia e il valore del debito gravante sul debitore stesso nei confronti del proprio creditore-acquirente[31].

Accertata, infatti, la richiamata congruenza si ritiene possibile e doveroso da parte del creditore effettuare quel versamento dell'eccedenza, laddove esistente, del valore del bene trasferito in garanzia rispetto all'ammontare del credito garantito. La restituzione dell'eccedenza opera, quindi, alla stregua di un vero e proprio *posterius* che, dunque, presuppone l'accertamento del preventivo equilibrio tra i valori.

Quest'obbligo (di verificare la equivalenza tra i valori) rappresenta quel minimo comune denominatore[32] per evitare l'applicazione del rimedio della nullità dell'alienazione per contravvenzione al divieto del patto commissorio, nella misura in cui consente di preservare l'equilibrio sinallagmatico[33] tra le prestazioni dei contraenti, posto alla base del rapporto tra il riconoscimento dell'autotutela creditoria e l'interesse del debitore ad evitare un danno ulteriore dalla perdita di un bene con valore superiore al debito.

In tale contesto la difesa del cennato equilibrio funge da elemento volto a superare l'illiceità prodotta dalla violazione del divieto commissorio e la presunzione *iuris et de iure* fissata dall'art. 2744 c.c. che, in linea di principio, dovrebbe colpire tutte le alienazioni con funzione di garanzia[34]. Si realizza, quindi, una situazione giuridica peculiare che vede operare la pattuizione marciana, connotata dai suoi tipici elementi costitutivi, come l'unica convenzione lecita e derogatoria del richiamato divieto con salvezza della posizione del debitore. Proprio tale articolazione impone di verificare se nel nostro ordinamento possa considerarsi istituzionalizzato e tipizzato[35], quanto meno in chiave sociale, il patto marciano, pur in assenza di una disposizione espressa in tal senso.

---

[31] La dottrina e la giurisprudenza della Corte di Cassazione con orientamento dominante sostengono la presenza di tale elemento costitutivo per qualificare la presenza del patto marciano. In dottrina U. CARNEVALI, voce *Patto commissorio,* in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 505 ss.; A. DOLMETTA, *La ricerca del marciano utile*, in *Riv.dir.civ.*, 4, 2017, p. 815; A. LUMINOSO, *Patto marciano* cit., p. 1418.; M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio,* Torino, 2000, p. 217 ss.; U. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto. La causa e il trasferimento dei diritti,* Torino, 2000, p. 146 ss.; Cass. Civ., Sez. II, 03 febbraio 2012, n. 1675 in *Notariato*, 2012, 5, 2, p. 1185; in *Giur. Comm.* 2013, 4, II, p. 663 ss. con nota di MARTINO.

[32] F. FOLLIERI, *cit.*, p. 1860.

[33] G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano,* cit., p. 1.; Cass. Civ., Sez. I, 28 gennaio 2015 n. 1625, cit.

[34] E. CARBONE, *Debitor suffocatio e patto commissorio,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 1103 ss.; l'Autore descrive l'art. 2744 c.c. come espressivo di un "gioco" di presunzioni assolute, considerando la presunzione di sproporzione alla base della presunzione di coartazione della libera determinazione del debitore.

[35] Questo è l'auspicio di A. DOLMETTA, *cit.*, p. 813.

Implicitamente nel senso di una istituzionalizzazione sembra muoversi la Suprema Corte di Cassazione che considera il patto marciano, connotato dal richiamato equilibrio, come una clausola contrattuale generale dotata di "effetto salvifico" dell'alienazione con scopo di garanzia, consolidandosi l'effetto traslativo iniziale in capo al creditore, a seguito dell'inadempimento del debitore, in due diverse ipotesi: "qualora il valore del bene sia equiparabile all'importo del credito inadempiuto (nonché del danno da inadempimento); nella seconda ove tale importo sarà inferiore, verrà quantificata la differenza e sarà pagato un prezzo aggiuntivo al debitore, quale condizione del consolidamento dell'effetto traslativo"[36].

Ipotesi che dovrebbero essere integrate da due ulteriori opzioni ravvisate, in primo luogo, in quella riguardante il trasferimento di un bene di valore inferiore al debito garantito e, poi, in quella di un accordo volto ad individuare preventivamente un limite massimo di escussione sul bene trasferito, inferiore al credito vantato. Situazioni che sulla base di istanze di giustizia contrattuale dovrebbero garantire la diversa posizione del creditore potendo conservare integre le ragioni di credito nei confronti del proprio debitore per la parte rimanente dalla differenza dei valori[37]. Tale eccedenza del credito rispetto al valore del bene ovvero alla somma iscritta consentirà al creditore di agire alla stregua di un chirografario su altri beni del debitore, salva la titolarità di altre garanzie reali su beni diversi da quello ceduto in garanzia.

In questo caso, e nel prosieguo di questa analisi, assumerà particolare importanza stabilire, specie per la prima delle due opzioni ora individuate, se l'escussione del bene offerto in garanzia presenti un effetto esdebitatorio naturale e legale come conseguenza dell'accordo solutorio. Orbene, qualora venga adottata una risposta affermativa un simile patto non potrebbe che meritare la nullità per violazione del divieto di cui all'art. 2744 c.c. dovendosi preservare l'interesse del debitore ad evitare un'illecita coercizione da parte del creditore. Ancora una volta, connessa a tale valutazione, potremmo dire equitativa, vengono richiamate istanze di tutela della parte debole del rapporto obbligatorio che sarebbero disattese tutte le volte in cui l'attuazione del credito avvenga senza alcuna analisi e valutazione dei valori in gioco, così appropriandosi il creditore di un *tantundem* eccedente il credito vantato.

Invero, quella che viene definita come la "questione della proporzionalità della garanzia"[38] abbraccia le sue origini già nel sistema del Codice civile che in alcune disposizioni ha già affrontato il tema dell'equivalenza tra i valori.

Su di tutti gli articoli 1938 e 1941 c.c. che nel regolamentare il primo effetto prodotto dall'accessorietà della garanzia fideiussoria prevedono un limite di valore, volto a preservare la proporzionalità tra debito e garanzia, tra l'obbligo che assume il fideiussore ed il credito

[36] Cass. Civ., Sez. I, 28 gennaio 2015 n. 1625, cit.

[37] Queste situazioni sono puntualmente descritte anche da F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciano* cit., pp. 193-194.

[38] A. CHIANALE, *cit.*, p. 125 ss.

vantato. Oltre a vietare la *fideiussione omnibus* la normativa codicistica prevede che la fideiussione non possa eccedere ciò "che è dovuto dal debitore, né può essere prestata a condizioni più onerose". In caso contrario, il comma 3 dell'art. 1941 c.c. stabilisce la nullità parziale con sostituzione della pattuizione eccedente con il "limite" dell'obbligazione principale.

Si pensi, poi, alla disciplina dell'art. 1851 c.c. che, in materia di pegno irregolare, consente alla banca creditrice di soddisfare immediatamente le sue pretese trattenendo il denaro, merci o titoli consegnati dal cliente-debitore e vincolati a garanzia di un finanziamento rilasciato. L'istituto di credito, in questo caso, gode di uno specifico potere di conservazione dei beni mobili a garanzia fino al momento dell'inadempimento, soddisfacendo le sue pretese attraverso l'appropriazione definitiva degli stessi con l'unico obbligo di restituire al debitore l'eventuale eccedenza rispetto al credito garantito.

In tale direzione, centrale la disposizione dell'articolo 2803 c.c. in materia di pegno su crediti che, estendendo quanto espresso dalla disciplina generale agli articoli 2797 e 2798 c.c., consente al creditore pignoratizio di ritenere la parte del credito dato in garanzia fino al soddisfacimento delle sue ragioni con l'obbligo di restituire al debitore l'eventuale residuo.

Nel contesto in esame non è azzardato richiamare pure l'art. 2875 c.c. che, nell'ambito dell'ipoteca giudiziale, pone un limite "di valore" all'iscrizione operata dal creditore che non potrà giammai eccedere il terzo del credito garantito. Limite di valore che può facilmente desumersi anche dall'art. 2839 comma 2 numeri 4 e 5 c.c. che nel regolamentare le formalità dell'ipoteca impone, all'atto dell'iscrizione, in capo al creditore l'obbligo di indicare con esattezza "l'importo per il quale l'ipoteca è presa nonché gli interessi e le annualità che il credito produce".

Ma tale profilo di congruenza si ritiene presente anche al di fuori delle garanzie in senso tecnico ovvero nella disciplina della vendita, che prevede agli articoli 1515 comma 1 c.c. e 83 delle disposizioni di attuazione al codice civile quale strumento di tutela indiretta del diritto di credito vantato dall'alienante per la corresponsione del prezzo, in caso di inadempimento totale o parziale dell'acquirente, un potere di vendita in autotutela del venditore del bene "per conto e a spese di lui" (dell'acquirente). La vendita potrà essere, poi, effettuata sia all'incanto sia in assenza dell'asta pubblica, tutte le volte in cui "la cosa ha un prezzo corrente". In questo caso il creditore ha diritto soltanto alla differenza tra il prezzo di vendita stabilito nel contratto e il ricavato dall'esecuzione coattiva con obbligo, quindi, in capo al venditore di garantire l'equivalenza tra i valori e restituire l'esubero al proprio debitore.

Completa la disciplina codicistica l'istituto della cessione dei beni ai creditori che consente agli stessi di soddisfarsi sui beni rilasciati dal debitore con l'obbligo di restituzione dell'eventuale eccedenza a quest'ultimo.

In questi ultimi due casi si evince, espressamente, l'effetto esdebitatorio naturale che accompagna le forme di autotutela creditoria quale contrappeso al riconoscimento normativo di un potere di apprensione coattiva dei beni del debitore.

Disciplina codicistica che va certamente integrata da quella speciale (senza, ancora, affrontare i marciani speciali) che, in più occasioni, rievoca la tematica dell'equivalenza dei valori in tema di garanzie e dei trasferimenti connotati dalla richiamata funzione. Si pensino a norme come l'art. 46 t.u.b., al pegno mobiliare non possessorio del D.L. 59 del 2016 o, ancora, all'art. 39 comma 5 t.u.b. che fissa il limite quantitativo per l'ipoteca "tributaria".

Rafforza tali affermazioni una pronuncia della Suprema Corte del 2016[39] che, occupandosi dell'abuso delle garanzie reali e nella specie ipotecarie, ha ritenuto necessario sanzionare per "responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c." il creditore che abbia iscritto ipoteca giudiziale per un valore eccedente rispetto al credito da garantire. Sulla stessa scia si è posta, ancora, la Cassazione nel 2021[40], che ha utilizzato, ancora una volta, la sanzione risarcitoria come conseguenza dell'abuso del diritto operato dal creditore che abbia iscritto ipoteca giudiziale per un valore "sproporzionato rispetto al credito garantito secondo i parametri previsti dagli artt. 2875 e 2876 c.c.", laddove venga accertata l'inesistenza del diritto.

Dall'analisi effettuata e tenendo conto delle norme richiamate, non sembra allora errato, come parte della dottrina ha sottolineato, potersi ricavare un principio generale di proporzionalità[41] in materia di autotutela creditoria, fondato sui parametri costituzionali della ragionevolezza e solidarietà sociale, oltre che su ragioni di sostenibilità del sistema.

Equivalenza tra i valori che in questo caso rappresenta la giusta applicazione del richiamato principio volta ad imporre al creditore di non approfittarsi della situazione di supremazia di cui gode nei confronti del debitore.

Equilibrio che secondo alcuni Autori[42] sarebbe strettamente connesso alla causa di garanzia che sostiene le richiamate alienazioni ed evita le scure della violazione del divieto del patto commissorio[43].

Si ritiene, allora, che la causa di garanzia, alla base secondo molti dell'alienazione marciana[44], imponga alle parti di accordarsi al fine di garantire l'equivalenza tra i valori, tale

---

[39] Cass. Civ., 5 aprile 2016, n. 6533, in *Giur.it.*, 2016, p. 2103 ss.

[40] Cass. civ., sez. III, ord. 13 dicembre 2021, n. 39441, in *Dir. Giust.*, 2021, 235, p. 2 con nota di R. VILLANI, *Potrebbe rispondere ai sensi dell'art. 2043 c.c. il creditore che iscriva ipoteca per un valore eccedente il credito vantato.*

[41] In tal senso N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie.*, Napoli, 2000; S. GIOVA, *La proporzionalità nell'ipoteca e nel pegno,* Napoli, 2012; P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti,* in *Rass.dir.civ.*, 2001, p. 334 ss.; affronta il tema della proporzionalità nei contratti, legandolo al principio di solidarietà sociale G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del* diritto, in *Contratti*, 2010, p. 11.

[42] A. CHIANALE, *cit.*, p. 127; S. PAGLIANTINI, *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della direttiva 2014/17 UE,* in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 201 ss.; A. DOLMETTA, *cit.*, p. 815.

[43] Affronta il tema della possibilità di considerare esistente nel nostro ordinamento una causa di garanzia A. DI MAJO A., *Dominio e relazione nell'obbligazione,* in *Eur.dir.priv.*, 2021, 2, p. 193 ss.

[44] Il tema della causa dell'alienazione marciana è ancora molto dibattuto: C. DE MENECH, *Il marciano innominato* cit., p. 752 ss.; C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957 (con ristampa nel

da consentire al debitore di estinguere il rapporto obbligatorio e "recuperare" l'eventuale residuo tra il valore del bene offerto in garanzia e l'ammontare pecuniario di debito su di lui gravante nei confronti del creditore. Sussiste, quindi, un profondo legame tra la giustificazione causale e il profilo della proporzionalità, *rectius* dell'equilibrio sinallagmatico, che si trae analogicamente dalla disciplina delle garanzie reali, mobiliari e immobiliari, e personali, estendendosi a tutte le forme di concessioni fatte dal debitore, o da un terzo, al creditore, "qualunque sia la struttura formale della garanzia stessa"[45].

La richiamata giustificazione avrebbe la funzione di rendere lecita sia l'attribuzione di un diritto reale in garanzia che il diritto dominicale su beni o la titolarità di crediti in garanzia purché congegnata in modo da garantire al debitore il recupero dell'eccedenza. Si afferma come la causa *cavendi* si atteggia alla stregua di un vero e proprio "criterio di selezione" nella misura in cui consente, da un lato di circoscrivere il diritto del creditore sul bene nei limiti del valore della pretesa derivante dall'obbligazione garantita e dall'altro al debitore di ottenere l'estinzione dell'obbligazione principale e il recuperare dell'eccedenza oppure il bene trasferito al momento dell'adempimento[46]. L'adempimento, necessariamente successivo all'accordo di garanzia, opera alla stregua di una condizione risolutiva dell'acquisto del creditore imponendogli il ritrasferimento del bene precedentemente ricevuto dal debitore. Ciò potrebbe far pensare che la presenza di un accordo di garanzia, con evidente funzione solutoria, conclusa dal debitore in favore del creditore possa considerarsi come una modalità estintiva del rapporto obbligatorio, satisfattoria per il creditore ed implicitamente idonea a produrre un effetto esdebitativo in favore per il debitore.

Su tale scia non sarebbe azzardato affermare come la vendita in garanzia supportata dalla congruenza tra i valori eviterebbe l'applicazione della massima sanzione della nullità per contravvenzione al divieto del patto commissorio. La medesima funzione di garanzia impone di introdurre elementi atti a discriminare tra vendite lecite e vietate e, pertanto, di introdurre criteri distintivi, come l'equivalenza tra i valori, idonei a supportare tale valutazione.

Per cui, si è sostenuto[47], che sarebbe sufficiente la presenza della sola clausola di "restituzione dell'eventuale esubero" inserita nella pattuizione al fine di considerare implicitamente presente il naturale presupposto dell'equivalenza tra i valori, che, appunto, esige di verificare la congruenza tra il bene alienato ed il credito tutelato.

Tale indicazione è stata accolta dal legislatore, nella tipizzazione di alcuni marciani "speciali", i quali impongono l'eventuale restituzione dell'esubero da parte del creditore al proprio debitore[48], per cui sembra avallata la posizione ora espressa che considera la

2013), p. 136 ss.; F. PIRAINO, *Il patto marciano alla luce della disciplina del credito immobiliare ai consumatori,* in *Giur.it.,* 2017, p. 1752.

[45] A. CHIANALE, *cit.,* p. 167.

[46] F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia,* Milano, 1996, p. 327 e 370 ss.

[47] A. DOLMETTA, *cit.*, p. 816.

[48] Il riferimento è agli articoli 48 *bis* comma 2 t.u.b., art. 120 *quinquiesdecies* comma 3 t.u.b. e 12 *quater* l. 2 dicembre 2005, n. 248.

congruenza tra i valori e la restituzione dell'eccedenza come il *ubi consistam* del patto marciano, che impone alle parti di inserire l'apposito correttivo al fine di evitare l'applicazione del divieto di cui all'art. 2744 c.c.[49].

[49] A. LUMINOSO, *Patto marciano* cit., p. 1417, il quale considera la restituzione dell'esubero come "requisito qualificante del patto marciano, assolutamente indispensabile per non ricadere nella previsione di cui all'art. 2744 c.c., considerandolo come il tratto marcante della figura e al tempo stesso differenziale rispetto al patto commissorio".

3.1.2. Il Profilo della prelazione.

La conclusione del contratto di alienazione in garanzia, lecito se accompagnato dagli elementi della cautela marciana, avrebbe come effetto quello di dar vita ad una vera e propria garanzia reale "impropria"[50] in favore del creditore. Il trasferimento del bene, sottoposto a condizione sospensiva o risolutiva, tutela la posizione del creditore che sul bene, in forza della situazione dominicale creata, godrebbe di un vero e proprio diritto reale di garanzia per certi versi assimilabile al pegno e all'ipoteca, tale da distinguerlo dagli altri creditori.

Il principio del consenso traslativo, per come configurato dagli articoli 1376 e 1465 del Codice civile, consente al creditore di divenire l'immediato proprietario del bene anche in assenza di consegna dello stesso e, nel caso in esame, vantare una condizione privilegiata sia nei confronti del debitore[51] che rispetto agli altri creditori, purché privi di altre garanzie reali sulla *res* trasferita.

Risulta indubbio, altresì, che la perdita del diritto di proprietà frutto dell'esercizio dei poteri di autotutela esecutiva opera come una forma di pressione all'adempimento nei confronti del debitore che, per non perdere la disponibilità del bene, farà tutto il possibile per adempiere quanto dovuto in forza dell'obbligazione principale e garantita.

Dal complesso di tale situazione, parte della dottrina[52], ha sostenuto la possibilità di considerare il creditore come titolare di un diritto di prelazione sul bene stesso rispetto agli altri creditori del comune debitore. Con l'avvertimento, però, che l'utilizzo del termine "prelazione" opera in maniera atecnica, accompagnato dalla necessità di semplificare l'esposizione e chiarire la posizione del creditore nei rapporti con il proprio debitore e di tutti i terzi che vantano diritti sul medesimo bene.

Lo *ius prelationis* costituisce, infatti, l'effetto legale della costituzione di una garanzia reale tipica sul bene del debitore e consente al creditore privilegiato di soddisfarsi con "preferenza", rispetto agli altri soggetti titolati della pretesa creditoria, sul ricavato della vendita forzata del bene stesso. La situazione ora descritta trova il proprio addentellato normativo nella disciplina del pegno (art. 2787 c.c.) e dell'ipoteca (art. 2808 c.c.) che,

[50] Utilizza tale termine un celebre Autore che considera le alienazioni e cessioni a scopo di garanzia come ulteriori mezzi di tutela reale del credito dotati di *efficacia erga omnes* in analogia al pegno e all'ipoteca. Il creditore, infatti, potrà opporre la propria qualifica di proprietario sul bene alienato a tutti, compresi gli altri creditori: F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, p. 673.

[51] Tale condizione privilegiata è evidenziata da A. DI MAJO, *cit.*, p. 198, che descrive la relazione tra debitore e creditore, considerando il comportamento del primo in funzione strumentale all'apprensione coattiva del diritto di proprietà del secondo. Espressamente "In tal modo, la "relazione" con il debitore perde di rilevanza, degradando a passaggio di carattere meramente "cronologico", in ragione del quale il creditore è solo impossibilitato ad agire preventivamente per appropriarsi forzatamente dell'utilità ad esso già spettante, potendolo fare allorquando il debitore si sia rivelato inadempiente (19). Dunque, la condotta "strumentale" del debitore può solo "ritardare" il potere di appropriazione del creditore".

[52] A. CHIANALE, *cit.*, p. 238 ss.

espressamente, prevedono un diritto di preferenza del creditore garantito alla soddisfazione del creditore privilegiato.

Diritto di preferenza connesso alla soddisfazione del proprio credito che, come si desume dalla disciplina degli articoli 2787 e 2839 c.c., presuppone la "sufficiente indicazione del credito" e l'indicazione "dell'importo per il quale l'ipoteca è presa". Viene fissato, in tal modo, il limite massimo di soddisfazione sui beni dati in garanzia che incide sul diritto di preferenza accordato dalla legge, il quale si potrà estendere anche alle alienazioni in garanzia sottoposte al patto marciano consentendo al creditore di soddisfarsi, con prelazione rispetto agli altri creditori del proprio debitore, sul bene ceduto entro il limite del valore del credito vantato, restituendo l'eventuale eccedenza.

Lo stesso orientamento ha ritenuto applicabile, anche se indirettamente, il profilo della prelazione anche in materia di patto marciano, considerandolo come un effetto naturale della costituzione pattizia di un diritto reale di garanzia su beni altrui, tanto tipico quanto improprio o atipico.

La prelazione, in questo caso, opererebbe come una diretta conseguenza della sussistenza, nel contesto delle garanzie reali, proprio dell'elemento della congruenza tra i valori che gode di un espresso richiamo normativo nel contesto del pegno e dell'ipoteca, laddove è imposta alle parti l'indicazione specifica del valore del credito e la restituzione dell'eccedenza; il passo successivo è stato quello di ritenere estensibile la portata del diritto di preferenza riconosciuto al creditore acquirente sui beni oggetto del contratto anche in materia di trasferimenti con scopo di garanzia corretti dal patto marciano.

Pertanto, secondo la richiamata posizione, l'accoglimento della prospettiva volta a considerare istituzionalizzato il patto marciano avrebbe il merito di tutelare tanto la parte debole del rapporto contrattuale quanto lo stesso creditore garantito nel soddisfacimento delle proprie pretese anche attraverso l'implicita attribuzione del diritto di preferenza sul bene, o sul ricavato economico della vendita dello stesso.

Confermerebbero la richiamata impostazione, e, quindi, l'estensione analogica del diritto di prelazione a tutte le forme di cautela marciana, le innovazioni legislative del 2016 in materia di marciani "speciali" che espressamente prevedono all'art. 48 *bis* t.u.b. un rinvio espresso alla disposizione dell'art. 2839 c.c., e all'art. 1 comma 3 del D.L. 59 del 2016 la menzione, a pena di nullità, nel contratto costitutivo del pegno mobiliare non possessorio dell'importo massimo garantito.

Lo stesso art. 120 *quinquiesdecies* t.u.b. comma 3 consente, in talune circostanze, la vendita forzata da parte dell'istituto creditore, limitando la preferenza nell'escussione coattiva al solo valore del credito vantato, così prevedendo un obbligo restitutorio dell'eccedenza in favore del debitore.

Da tali disposizioni, coordinate alla disciplina generale delle garanzie reali tipiche, si desume la presenza di una sorta di prelazione creditoria sul bene trasmesso in garanzia in

sede di escussione del credito che, però, presuppone necessariamente l'accertamento della congruenza tra i valori.

Diritto di prelazione, peraltro, esteso per il conseguimento degli interessi e le spese profuse per realizzare coattivamente quanto dovuto[53] presentandosi come componenti "accessorie" del credito, essenzialmente coperte dal valore del bene al momento dell'inadempimento. Tale situazione si evince, ancora una volta, dall'applicazione della disciplina dei marciani "speciali" che all'art. 48 *bis* comma 2 e 13 *ter* prevede, rispettivamente, l'escussione creditoria sia della sorta capitale che delle spese, e, il rinvio all'art. 2855 c.c. in tema di ipoteca. Si pensi, ancora, alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario che applica il potere di soddisfazione della banca creditrice agli interessi e alle spese, con estensione della garanzia sull'immobile a tutti gli accessori. Infine, per quanto riguarda il pegno mobiliare non possessorio la richiamata applicazione allargata rappresenta la necessaria conseguenza del rinvio formale a tutta la disciplina del pegno che, espressamente, prevede la presenza del diritto di prelazione rivolto anche agli accessori del credito.

Il riconoscimento del diritto di prelazione determina l'immediato rischio, però, di confondere le garanzie reali tipiche con quelle improprie, come le alienazioni o cessioni accompagnate dalla cautela marciana. Sulla base di questa fondata critica un diverso orientamento, nel tentativo di individuare le coordinate di tipizzazione di un marciano "primo", ha escluso la possibilità di connotare la pattuizione marciana ordinaria dell'ulteriore elemento del diritto di prelazione in favore del creditore, sottolineando gli elementi di differenziazione rispetto alle garanzie reali tipiche che non giustificherebbero l'estensione del richiamato diritto[54]. Lo stesso profilo dell'equilibrio contrattuale, che qui sottende l'equilibrio economico tra i contraenti, impone di assicurare al debitore la restituzione, appartenendo a questi *uti dominus*, dell'eventuale eccedenza ma non giustifica la possibilità di attribuire una posizione di preferenza in favore del creditore.

Tra i tratti di differenziazione è possibile considerare, in *primis* la diversa posizione che assume il creditore titolare del bene oggetto del marciano rispetto agli altri eventuali creditori, godendo il primo di un diritto di precedenza che deriva dalla particolare articolazione della vicenda contrattuale e non già dal perfezionamento del diritto reale di garanzia. Sono presenti, poi, i requisiti della specialità e dell'accessorietà ma non quello del diritto di sequela non potendo il creditore agire sul bene divenuto successivamente di proprietà altrui. Infine, qualora il marciano abbia ad oggetto beni mobili risulta assente il requisito dell'impossessamento del bene, co-elemento perfezionativo del contratto di pegno.

L'autotutela esecutiva salvaguardata dal trasferimento condizionato in garanzia rappresenta una forma di tutela già sufficiente per il creditore, nella misura in cui evita le lungaggini del processo esecutivo e dell'intervento dell'Autorità Giudiziaria. In tal senso

[53] In materia di garanzie tipiche è espressamente prevista l'estensione del diritto di prelazione agli interessi e alle spese: per il privilegio l'art. 2749 c.c., per il pegno l'art. 2794 c.c. e per l'ipoteca l'art. 2855 c.c.

[54] C. DE MENECH, *Il marciano innominato* cit., p. 766 ss.

non sembra necessario riconoscere, anche se indirettamente, un diritto di prelazione in capo al creditore marciano, salvo l'ipotesi in cui la richiamata cautela si innesta su un preesistente situazione di garanzia reale tipica, come nella fattispecie di cui all'art 48 *bis* t.u.b., laddove si deve applicare il regime dell'ipoteca sussistente sul bene alienato in garanzia.

Peraltro, l'estensione della prelazione agli "accessori" del credito porrebbe un ulteriore problema quale quello della qualificazione del credito: nella sussistenza di un principio generale di proporzionalità atto a imporre la predeterminazione di un'equivalenza tra i valori, l'importo da garantire non potrebbe che riferirsi soltanto alla sorta capitale al momento dell'alienazione, e, non già agli altri accessori del credito. La richiamata estensione avrebbe quale effetto di creare una sorta di iper-protezione in favore del creditore, anche rispetto ad eventuali altri creditori che, privi del diritto dominicale sul bene oggetto di contratto, dovranno attendere il soddisfacimento del creditore privilegiato in sede di escussione del bene.

Orbene, in questo caso il creditore, rispetto agli accessori, dovrebbe considerarsi alla stregua di un chirografario, al pari degli eventuali concreditori e concorrere, *pari gradu*, con essi sull'eventuale esubero da restituire al debitore.

Si deve evitare, in questo caso, rispetto agli interessi che la loro fissazione convenzionale sulla base degli articoli 1284 e 1815 c.c. possa essere un utile strumento in favore del creditore per eludere il necessario presupposto della congruenza tra i valori. Anche se entro i limiti del tasso-soglia il debitore sarebbe esposto ad un pagamento eccedente rispetto al "valore" del debito garantito, specie se l'accordo sui frutti sia concluso successivamente all'alienazione in garanzia.

3.2. Il secondo elemento qualificante: la stima oggettiva del bene.

La congruenza tra i valori e la conseguenziale restituzione dell'eccedenza presuppongono che il bene trasferito in garanzia sia valutato nel suo effettivo valore.

Tra quelle che sono definite dalla dottrina come le "connotazioni"[55] del patto marciano spicca proprio l'obbligo di stima del bene che deve essere effettuata sulla base di criteri oggettivi come provvedimenti-prezzi, liste, prezzi di borsa o mercuriali e, anche, attraverso l'intervento di un terzo, persona "indipendente ed esperta" che potrà far riferimento anche a tali parametri[56].

Il richiamato procedimento estimativo assume, allora, un portato centrale nell'affrontare il profilo della liceità di una alienazione in funzione di garanzia, nella misura in cui consente di poter verificare la già richiamata equivalenza dei valori e tutelare il debitore, contraente debole, che è titolare di una posizione qualificata a vedersi riconosciuta la restituzione dell'eccedenza.

Si tratta, certamente, di una valutazione soggetta al rispetto del principio di imparzialità sia che si riferisca per *relationem*[57] ad un parametro esterno ed immediatamente integrativo del rapporto contrattuale sia che si rivolga alla valutazione di un arbitratore che, in questa sede, provvederà ad effettuare la determinazione secondo l'equo apprezzamento[58].

La funzione di autotutela esecutiva impone la presenza del giudizio estimativo, che consente di tutelare la posizione del debitore ed evitare che il creditore approfitti della sua posizione di supremazia al fine di ottenere condizioni più vantaggiose dall'alienazione marciana. Si ritiene, infatti, come il richiamato requisito, che opera cumulativamente al precedente, rappresenti uno dei corollari della causa di garanzia che assiste il meccanismo marciano, idonea tra l'altro a distinguere tra alienazioni lecite e ipotesi vietate per

---

[55] L. FOLLIERI, *cit.*, p. 1861; A. DOLMETTA, *cit.*, p. 820 ss.; A. LUMINOSO, *La ricerca del marciano utile* cit., pp. 1420 -1421.

[56] Utilizza tale espressione Cass. Civ., Sez. I, 28 gennaio 2015 n. 1625, cit. Ha chiarito F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciano* cit., p. 201 che il patto marciano opera come un "dispositivo congiunto" il quale prevede due elementi costituti, la congruenza tra i valori e l'obbligo di stima del bene al momento dell'escussione da parte del creditore. È chiaro che la stima non opera come accezione dell'equilibrio tra i valori ma in aggiunta ad esso nell'obbiettivo finale di consentire l'eventuale esubero al debitore.

[57] Il maggior studioso del negozio per *relationem* è P. DI PACE, *Il negozio per relationem,* Torino, 1940; interessanti gli studi di R. SACCO, in *Tr. Vas*., 1975, p. 558; F. CARRESI, in *Tr. C. M.*, 1987, p. 245; F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto,* Napoli, 1995, p. 111 ss.; diverse sono state le distinzioni in tema di negozi per *relationem*. In tema di oggetto del contratto di distingue l'ipotesi in cui lo stesso "non viene indicato in modo preciso e definitivo, ma nel contratto si trovano soltanto i criteri per la determinazione successiva" – si parla di determinabilità "in senso lato" quando si fa rinvio a mere operazioni aritmetiche, e determinabilità "in senso stretto" nelle ipotesi in cui si reputa sufficiente "una attività ulteriore, delle parti o di un terzo" G. MIRABELLI, *Delle obbligazioni. Dei contratti in generale. (Artt. 1321-1469)*, in *Commentario del codice civile*, Libro IV, II, Torino, 1980, pp. 180-181.

[58] G. GAZZONI, *cit.*, p. 903; G. ALPA, *Oggetto del negozio giuridico*, in *Digesto,* Torino, 1995.

contravvenzione al divieto del patto commissorio. Esso consente, peraltro, la restituzione dell'esubero, che opera alla stregua di un vero e proprio obbligo in capo al creditore ed è requisito necessario per la validità del patto.

Bisogna, però, sottolineare come il requisito della stima oggettiva e successiva non attiene all'oggetto[59] del contratto di vendita in garanzia, che in questa sede viene compiutamente definito dalle parti e individuato nel bene trasferito, ma viene qualificato come uno dei presupposti di operatività della cautela derogatoria di un patto commissorio. L'oggetto viene, allora, compiutamente determinato dai contraenti che rinviano ad una fonte esterna solo per l'individuazione dei valori in gioco e garantire la posizione debitoria attraverso la restituzione dell'esubero.

Posta la necessità del richiamato giudizio, discusso è il profilo strutturale dell'elemento in esame. Si tratta, come sostenuto dalla dottrina[60] e dalla giurisprudenza[61], di un vero e proprio procedimento rivolto alla valutazione del bene in garanzia attraverso l'utilizzazione di *parametri oggettivi automatici*[62] oppure per il tramite dell'intervento di una *persona indipendente ed esperta*, operando secondo scansioni temporali certe e con modalità preventivamente stabilite che consentono anche ai terzi interessati ai beni del debitore di verificare la corretta attuazione dell'accordo in garanzia.

Affrontata la questione strutturale assume ulteriore importanza esaminare la *ratio* sottesa alla necessità di procedere alla stima del bene trasferito[63]. Orbene, la definizione delle modalità di stima al momento della conclusione del contratto di alienazione con scopo di garanzia (o cessione del credito accompagnato dalla medesima funzione) ovvero con un patto integrativo e successivo[64] purché precedente all'inadempimento, soddisfa molteplici funzioni, tra le quali quella di soddisfare esigenze di certezza del diritto, garantire il contraddittorio[65] tra le parti e giustificare l'alienazione al giusto prezzo o, comunque, al prezzo corrente[66].

Connesso al richiamato fondamento assume rilevanza un'ulteriore esigenza, questa volta esclusivamente economica, tesa ad evitare che il creditore realizzi volutamente un prezzo inferiore a quello effettivo o di mercato al fine di sottrarsi all'obbligo di restituzione

---

[59] G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino, 1984, p. 178; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratto in generale*, in *Comm. c.c. Scialoia-Branca, sub. Artt. 1321 – 1352,* Bologna, 1970, p. 379.

[60] L. FOLLIERI, c*it.*, p. 1861; G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, in *I nuovi Marciani* (a cura di G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, F. PIRAINO, T. RUMI), Torino, 2017, p. 2 ss.

[61] Su di tutte Cass. Civ., Sez. I, 28 gennaio 2015 n. 1625, cit.

[62] Criteri richiamati dall'art. 120 *quinquiesdecies* t.u.b., che al comma 4 lettera *d* rinvia all'art. 120 *duodecies* t.u.b.

[63] Analizza la funzione del procedimento di *aestimatio* del bene A. DOLMETTA, *cit.*, p. 821 che identifica tale componente come il vero elemento discretivo rispetto al divieto del patto commissorio.

[64] A. CHIANALE, *cit.*, p. 294.

[65] A. DOLMETTA, *cit.*, p. 824.

[66] A. DOLMETTA, *cit.*, p. 820 ss.; A. LUMINOSO, *La ricerca del marciano utile* cit., p. 1419.

dell'eccedenza o, anche, in sede di vendita, si accontenti di ottenere un prezzo inferiore a quello effettivo del bene ma sufficiente a soddisfare le sue pretese.

Proprio la vendita del bene garantito rappresenta, qualora possibile avendo riguardo alla volontà delle parti o della legge, uno dei profili maggiormente pericolosi per la posizione del debitore che correrebbe il rischio di perdere il bene per un valore inferiore a quello di mercato. Tale situazione si realizza in tutte le ipotesi di collusione tra il creditore ed il terzo acquirente che, raggiungendo tra loro un accordo sul prezzo, potrebbero per il tramite di una vendita simulata ovvero in danno del terzo-debitore, frodare quest'ultimo pattuendo un corrispettivo del bene inferiore a quello effettivo.

Orbene, la "garanzia" della stima del bene accompagnata alla necessità di prevedere la congruità dei valori è volta a superare tali situazioni e ad avere, come ulteriore effetto, quello di consentire il controllo dell'Autorità giudiziaria sulla correttezza dell'operazione di garanzia ed evitare di pervenire ad una pronuncia di accertamento della nullità del contratto per illiceità della causa.

La cumulatività tra i due requisiti sembra, dunque, convergere verso un unico obiettivo quale quello di imporre al creditore, soddisfatto delle sue ragioni, la restituzione dell'esubero oggettivamente realizzato a seguito della vendita del bene ovvero dell'apprensione definitiva dello stesso[67].

Affrontata la *ratio* della "connotazione" in esame è, oltremodo, necessario individuare il fondamento normativo generale del requisito: fondamento che viene comunemente ravvisato negli articoli 1515, 1851, 2798[68] e 2803[69] c.c. i quali, da un lato garantiscono il soddisfacimento delle istanze creditorie, e, dall'altro, quale punto di equilibrio nella tutela della posizione passiva del rapporto obbligatorio, impongono l'obbligo di stima imparziale, effettuata non al momento della conclusione del patto, ma, al successivo momento dell'inadempimento del debitore.

In tal senso si è mosso lo stesso legislatore che nel tipizzare i marciani speciali ha, nel solco delle indicazioni della giurisprudenza, espressamente previsto l'obbligo di stima oggettiva ed attuale del bene alienato per consentire la verifica dell'equivalenza tra i valori. Si pensi alla disciplina del finanziamento *business to business*[70] del credito al consumo (art.

[67] Alternativa ben espressa dall'art. 120 *quinquiesdecies*, comma 4, lett. *c*, t.u.b., che prevede la "restituzione o il trasferimento al creditore del bene immobile oggetto di garanzia reale oppure la legittimazione alla vendita e il diritto a fare propri i proventi, in funzione di appagamento delle proprie ragioni" F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciano* cit., p. 196.

[68] A. CHIANALE, *cit.*, p. 301 ritiene dalla disciplina di assegnazione "diretta" del bene consegnato in pegno al creditore prelazionario come la stima possa essere addirittura omessa ogni qual volta il bene trasferito in garanzia abbia *un valore risultante da listini o mercuriali.*

[69] Le prime due disposizioni codicistiche sono richiamate dalla Suprema Corte nella pronuncia citata del 2015 e dalla dottrina come L. FOLLIERI, *cit.*, p. 1858.

[70] Espressione legata alla <<teoria del terzo contratto>> la cui origine si deve a R. PARDOLESI, nella prefazione all'opera di G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica comparata*, Torino, 2004, p. XIII-XIV; AA.Vv. G. GITTI e G.

120 *quinquiesdecies* t.u.b. comma 4) che rende necessaria la stima del valore del bene trasferito in garanzia da parte di un perito indipendente scelto dal creditore o in mancanza dal Presidente del Tribunale utilizzando il procedimento di cui all'art. 696 c.p.c.

Ciò al fine di conseguire il "miglior prezzo di realizzo" per la vendita del bene sulla base di una stima formulata tenendo conto di criteri oggettivi e, possibilmente, predeterminati.

In tal senso sembra collocarsi anche la disciplina del prestito vitalizio ipotecario che prevede, espressamente, al comma 12 *quater* dell'art 11 *quaterdecies* come la determinazione del valore del bene ipotecato e concesso in garanzia, oggetto di soddisfacimento della banca creditrice, sia effettuata sulla base del "prezzo di mercato" idoneo a salvaguardare la posizione patrimoniale del debitore, dei suoi eredi e dei terzi interessati a soddisfare i propri diritti di credito.

Il requisito della stima del bene, come si evince anche dalla disciplina speciale, consente di dedurre due ulteriori profili, da cui evincere il *favor* per tale istituto che si pone in deroga alla nullità per violazione del divieto del patto commissorio.

Innanzitutto, di norma, la stima è facilitata poiché la alienazione in garanzia riguarda beni determinati. Oggetto, infatti, del predetto istituto, come si evince anche dalla disciplina speciale sono beni immobili, crediti e nell'ambito del *pegno mobiliare non possessorio* beni mobili registrati, che possono essere, talvolta, gravati da garanzie reali.

Evidenti, poi, le ripercussioni positive per il creditore che potrà, con speditezza e senza l'intervento invasivo del Giudice, appropriarsi del bene, o del ricavato della sua vendita, senza concorrere con altri creditori del medesimo debitore potendo facilmente fissare il giusto prezzo da conseguire.

Obbligo di *aestimatio rei* che potrebbe ulteriormente collegarsi al principio di buona fede[71], quale limite all'esercizio dei poteri di autonomia privata, il quale dovrebbe imporsi ad ogni alienazione di garanzia pur in assenza di una specifica pattuizione tra i contraenti. Per cui, dal coordinamento tra la disciplina dei marciani speciali e il dovere di buona fede e correttezza, si potrebbe facilmente ritenere che l'obbligo di stima del bene concesso in garanzia, oggettiva e successiva alla stipulazione contrattuale, possa operare come un

VILLA (a cura di), *L'autonomia privata e le Autorità indipendenti*, Bologna, 2008; in senso contrario ad una teoria generalizzata dei contratti asimmetrici C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 549 ss.; l'utilizzo degli acronimi *P2P* è attribuito a D. MAFFEIS, *Il contraente e la disparità di trattamento delle controparti*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 301 ss., e *C2C* da R. PARDOLESI, *op. loc. cit.*; in tema di patto marciano utilizza gli stessi acronimi S. PAGLIANTINI nel testo *I nuovi marciani* e nella parte relativa all'art. 48 *bis*, p. 44.

[71] Il tema della corretta valutazione di un bene, collegato alle clausole generali di buona fede e correttezza è stato valorizzato dalla giurisprudenza in diversi contesti quali quello della liceità delle clausole di "deduzione" pattuite nel contesto del contratto di *leasing* (Cass. civ., Sez. III, 22 marzo 2022, n. 9212; Cass. civ., Sez. III, 14 ottobre 2021, n. 28802, in *Foro it.*, 2022, 4, I, p. 1351) e dell'utilizzo selettivo dell'azione di nullità nel contesto dei contratti di investimento finanziario (Cass. Civ., Sez. un., 04 novembre 2019, n. 28314, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, 5, II, p. 705*; in Giur. Comm.*, 2021, 4, II, p. 795.).

elemento naturale di ogni contrattazione di questo tipo, giustificando la nullità dell'accordo solo in presenza di una specifica pattuizione contraria.

Invero, si dovrebbe obiettare che il relativo negozio con funzione eventualmente solutoria non eviterebbe la nullità per violazione del divieto commissorio non recando l'ulteriore dovere creditorio di restituire l'eventuale esubero. La determinatezza dell'oggetto del contratto si lega, appunto, alla specifica indicazione del valore dell'obbligazione garantita; in mancanza, il creditore potrebbe appropriarsi, pur garantendo la stima dei valori, dell'eccedenza imputandola ad altri crediti vantati nei confronti del medesimo creditore ovvero introducendo spese di vendita non contemplate.

Orbene, dalla disciplina speciale si evincono gli elementi costitutivi della clausola marciana ma non già indicazioni generali che possono accompagnare ogni alienazione con scopo di garanzia. Talché non vi sono elementi idonei a superare l'impostazione tradizionale che considera il divieto del patto commissorio come una *species* delle alienazioni con scopo di garanzia, parimenti alla cautela affrontata, costituendosi quest'ultima la regola e il marciano l'eccezione o, meglio, la sua deroga[72].

[72] T. RUMI, *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *I nuovi Marciani* (a cura di G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, F. PIRAINO, T. RUMI), Torino, 2017, p. 111.

3.2.1. Il momento della stima e l'indipendenza del terzo: l'interferenza del principio di imparzialità e la procedimentalizzazione del patto marciano.

Il secondo elemento costitutivo della pattuizione marciana impone alle parti, *rectius* al creditore, come si è già detto, di far effettuare la valutazione del bene concesso in garanzia secondo criteri oggettivi e verificabili.

Dunque, le parti, ed in special modo il creditore, sono obbligate a chiarire e individuare i parametri di valutazione del bene, che nell'ambito di "meccanismi oggettivi e procedimentalizzati"[73], consentano di pervenire ad una determinazione dei valori quanto più estranea ai propri desideri specifici.

In tale contesto il meccanismo valutativo consente, allora, di ravvisare come componenti accessorie[74], che accompagnano il richiamato elemento costitutivo, la necessità di rivolgersi (per la stima) ad un terzo valutatore, persona "indipendente e esperta"[75], e di effettuare il relativo giudizio, non al momento della conclusione del contratto, ma, nel frangente in cui si realizza la condizione sospensiva o risolutiva sottesa alla stipulazione, ovvero l'inadempimento del debitore-cedente.

L'intervento del terzo, sempreché le parti non abbiamo deciso di rinviare a criteri oggetti ed impersonali di valutazione, si rende necessario, quale componente accessoria, per garantire proprio il calcolo dell'equivalenza tra i valori, l'estinzione del credito garantito con effetto esdebitatorio per il debitore e la restituzione dell'esubero[76]. Terzo che deve essere dotato di qualità e competenze professionali adeguate ad effettuare il giudizio estimativo del bene, nel modo più accurato possibile, ed in una condizione di completa indipendenza rispetto alle parti del contratto. Condizione che non richiede una condotta neutrale rispetto alle parti, al pari dell'operato dell'A.G., ma estranea ad interferenze delle stesse idonee ad incidere sia sull'*an* che sul *quantum* di valore del bene in garanzia.

L'imparzialità può dirsi rispettata ogni qual volta l'attività dell'esperto si riveli libera, senza alcun'influenza esterna, ed idonea a consentire, sulla base di criteri normativi o fissati preventivamente dalle parti, di formulare una valutazione del bene secondo indici effettivi e accertabili, e nell'ipotesi in cui la determinazione dovrà essere espressa sulla base di quelli di mercato risulta necessario verificare che gli stessi siano corrispondenti alle prassi diffuse al tempo e nel luogo in cui si trova l'immobile offerto dal debitore in garanzia.

[73] Cass. Civ., Sez. I, 28 gennaio 2015, n. 1625, cit.

[74] L. FOLLIERI, *cit*., p. 1861.

[75] Cass. Civ., Sez. I, 28 gennaio 2015, n. 1625, cit.

[76] F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciano* cit., p. 189.

Le predette considerazioni ricevono un chiaro avallo tanto dalla dottrina[77] quanto dalla giurisprudenza[78] e dallo stesso legislatore che, nel tipizzare le *varianti* normative[79] del meccanismo marciano, esplicitamente impone alle parti, o al Giudice, di rivolgersi ad un perito indipendente, secondo i criteri fissati dall'art. 51 cpc (Art. 48 *bis* comma 6 t.u.b.) e professionalmente adeguato all'opera valutativa da effettuare (art. 120 *duodecies* richiamato dall'art. 120-*quinquiesdecies*, comma 4°, lett. d), t.u.b).

Per la verità, prima di passare ad affrontare la normativa speciale, è doveroso sottolineare che l'intervento del perito esperto ed imparziale in procedimenti di appropriazione di beni del debitore da parte del creditore non rappresenta una novità dell'ultimo periodo nel panorama normativo essendo già direttamente prevista dalla disciplina del Codice civile; gli articoli 2798 e 2803 c.c. nel regolamentare il potere di auto-assegnazione del creditore pignoratizio sul bene consegnato in garanzia, da parte del debitore, prevedono la necessità di procedere per la determinazione del valore della *res* assegnata attraverso la "stima da farsi con perizia" di un soggetto estraneo e libero da ogni condizionamento. Nello stesso senso, anche se al di fuori di procedimenti concordati di assegnazione di beni in garanzia, l'art. 1473 c.c. che in tema di vendita contempla la possibilità che le parti del contratto possano rinviare per la determinazione del prezzo del bene compravenduto all'esperienza di un terzo, "eletto nel contratto o da eleggere posteriormente".

La perizia citata dalle predette norme non potrebbe essere che quella effettuata da un terzo determinatore, i cui poteri generali sono adeguatamente regolamentati dalla disciplina dell'art. 1349 c.c. Disposizione che prevede due diverse modalità di intervento del terzo che dovrebbero essere limitate nelle ipotesi in esame al solo metodo dell'*equo apprezzamento*[80], richiedendosi una valutazione tecnica senza alcun margine di arbitrio dell'esperto. Ed in tal senso si pone, espressamente, l'art 48 *bis* t.u.b. che al comma 6 rinvia sia alla disciplina dell'art. 1349 comma 1 c.c. che a quella processual-civilistica dell'art. 568 c.p.c., la quale, in sede di esecuzione forzata e per la valutazione giudiziale dell'immobile oggetto di

[77] A. DOLMETTA, *cit.*, p. 821 ss.;

[78] *Cfr.* Cass. Civ., Sez. I, 28 gennaio 2015, n. 1625, *cit.*; Cass. Civ., Sez. II, 9 maggio 2013, n. 10986, *cit.*; Cass. Civ., 18 marzo 2015, n. 54402.

[79] Art. 48 *bis* comma 6 t.u.b.; Art. 120 *quinquiesdecies* comma 4 lettera d. t.u.b.; Art. 1 comma 7 lettera a. D.L. 59 del 2016; Art. 11 *quaterdecies* comma 12 *quater* L.n. 248 del 2005.

[80] Ancora A. CHIANALE, *cit.*, pp. 300-301 affronta il contenuto della determinazione sottolineando che l'equo apprezzamento utilizzato dall'esperto nominato dovrebbe sovrapporsi all'individuazione del *valore di mercato* del bene offerto in garanzia, così riducendosi i margini di discrezionalità del nominato.
Invero una questione ancor aperta è quella dell'impugnativa della determinazione dell'arbitro che differisce dall'istituto della *perizia contrattuale*: nel caso *de qua* l'arbitratore, la cui attività è espressamente richiamata dai marciani speciali, svolge la sua attività secondo un criterio normativo quale quello dell'equo apprezzamento e non si limita a conformarsi soltanto alle regole tecnico scientifiche del proprio settore di competenza. Sul punto G. GITTI, *Problemi dell'oggetto, la determinazione del terzo,* in *Tratt. del contratto* (a cura di VETTORI), Milano, 2006, p. 38 ss.; G. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto, Artt.1346-1349*, in *Comm. c.c. Schlesinger*, Milano, 2001, p. 190 ss.

pignoramento, individua una serie di "criteri" che devono guidare l'operato del perito valutatore[81].

Intervento, quindi, che richiede una preventiva indicazione, anche se soltanto di massima, dei criteri da utilizzare nel successivo giudizio di estimazione, non potendo considerarsi sufficiente l'inserzione nel corpo del contratto del solo nome del terzo o del potere riconosciuto ad una delle parti[82], o ad entrambe di comune accordo, di nomina successiva dell'esperto senza riferimenti agli elementi idonei a presiedere alla successiva valutazione, salvo ritenere integrativa del contratto la disciplina speciale del Testo unico bancario in tema di marciani speciali[83].

L'eventuale assenza dell'obbligo di stima, o, anche, dei criteri di determinazione del valore del bene, potrebbe far diventare nullo il trasferimento solutorio per contravvenzione al divieto di cui all'art. 2744 c.c., operando la vendita con funzione di garanzia alla stregua di un contratto in frode alla legge ai sensi dell'art. 1344 c.c.

Sennonché, attenta dottrina supera i richiamati dubbi di invalidità del contratto mancante dell'individuazione dei prescritti criteri ritenendo possibile l'integrazione dello stesso per il tramite del disposto dell'art. 1374 c.c.[84]. L'utilizzo dell'istituto dell'integrazione del contratto, ispirata al rispetto del principio di conservazione degli atti giuridici[85], non avviene in questo caso secondo gli usi o l'equità ma, attraverso il rinvio alla legge; certo, quindi, nel contesto del marciano, il rinvio integrativo alla legge si discute, poi, quale sia la fonte

[81] Tale situazione è esplicitata da S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B.,* cit., p. 91.

[82] La nomina del terzo o l'individuazione dei criteri di valutazione viene configurata come una decisione necessariamente rimessa ad entrambe le parti del rapporto marciano, escludendosi l'intervento unilaterale del solo creditore, cui corrisponderebbe una situazione di ingiustificata prevalenza: C. DE MENECH, *Il marciano innominato* cit., p. 781. Non sembra, invece, necessario conferire ad entrambe le parti siffatto potere poiché dall'esercizio del potere di scelta non deriva una situazione di coercizione.

[83] Sul punto la disciplina dei marciani speciali fissa diverse regole per procedere alla stima del bene, caratterizzate tutte dal minimo comune denominatore di individuare per esso il *giusto prezzo*: l'art. 48 *bis* t.u.b. rinvia all'art. 568 c.p.c. per la determinazione del valore di mercato dell'immobile oggetto di espropriazione; l'art 120 *quinquiesdecies* t.u.b. comma 4 lettera d) richiama l'art. 120 *duodecies* t.u.b. che fissa gli elementi di valutazione dei beni immobili.

[84] A. CHIANALE, *cit.,* p. 294 ss. Si impone la necessità di considerare che l'assolvimento di tale obbligo potrebbe rivelarsi come insufficiente attraverso senza la predeterminazione dei criteri attraverso i quali procedere alla stima effettiva del bene così da non lasciare nelle mani del creditore l'arbitrio dell'intero procedimento esecutivo.

[85] In chiave contrattuale il principio di conservazione degli effetti giuridici del contratto trova un addentellato normativo nel disposto dell'art. 1374 c.c. che viene qualificata come una norma volta ad introdurre una sorta di *integrazione suppletiva giudiziale:* V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2001, p. 478; sul punto anche F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti tra imprese: verso una nuova clausola generale?,* in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 699; C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti,* 1983, Padova, p. 111; F. CARRESI, *Dell'interpretazione del contratto (art. 1362-1371)*, in *Comm. c.c. Scialoia-Branca*, Bologna, 1992, p. 111; R. SACCO, *Il contratto*, in Sacco- De Nova, II, Torino, 2004, p. 411.

normativa di riferimento, ovvero se debba applicarsi la disciplina speciale e derogatoria dei marciani "secondi" o la disciplina generale degli articoli 2798 e 1473 del Codice civile[86].

Sul punto l'accoglimento della soluzione più liberale impone il rinvio alla disciplina codicistica che avrebbe il principale merito di garantire una soluzione certa, univoca e omogenea per tutte le forme di alienazione in garanzia assistite dalla cautela marciana.

La diversa soluzione prospettata, del rinvio alla normativa speciale, pur espressamente volta a regolamentare l'intervento dell'esperto estimatore, farebbe correre il rischio di applicare disposizioni eccessivamente eterogenee tra loro alle fattispecie marciane atipiche, in contrasto con le istanze di certezza del diritto e di tutela del contraente debole; specie, accogliendo la prospettiva volta a considerare l'elemento dell'esdebitazione alla stregua di un elemento necessario di ogni alienazione marciana anche atipica, che in assenza, non permetterebbe l'automatica liberazione del debitore per effetto del consolidamento dell'acquisto da parte del creditore. L'assenza dell'obbligo di stima, oltre alla mancata indicazione di un terzo valutatore esperto ed imparziale, non escluderebbero l'abuso del creditore ai danni del debitore che non si libererà, giammai, del proprio debito pur conseguendo il creditore il bene determinato oggetto di contratto.

Inoltre, un altro rischio sotteso all'estensione generalizzata della disciplina dei patti speciali sarebbe quello di consentire di risolvere i rapporti di integrazione tra norme attraverso una tecnica inedita che estende disposizioni speciali a settori generali, diversamente dalla regola ordinaria che impone, invece, l'applicazione delle regole generali ai settori complementari[87].

Lo stesso Codice civile all'art. 1323 c.c. supporta tale considerazione prevedendo l'applicazione analogica delle "norme generali" in materia di contratti, ai negozi atipici purché idonei a superare il vaglio di meritevolezza *ex* art. 1322 comma 2 c.c.

Pertanto, in assenza di nomina del terzo ovvero di predisposizione pattizia dei criteri di scelta si può facilmente giustificare l'intervento suppletivo dell'A.G., adito dalla parte più diligente, che provvederà ad indicare l'esperto imparziale ricorrendo, se del caso, agli elenchi in uso nei Tribunali per la nomina dei Consulenti tecnici di ufficio ovvero a fissare, nel caso di nomina già effettuata, solamente gli indici da rispettare nella successiva attività estimativa.

Intervento suppletivo del Giudice che trova il proprio fondamento normativo anche nella disciplina dei marciani speciali e secondo il disposto del comma secondo dell'art. 1473 c.c. che, espressamente, regolamenta il potere surrogatorio dell'A.G., in persona del Presidente del Tribunale del luogo di conclusione del contratto di alienazione. Ed in tal senso opera lo

[86] Tale dibattito è ripreso da A. CHIANALE, *cit.*, p. 296 ss. che propende per il rinvio alla disciplina generale dell'art. 1473 c.c. in tema di vendita.

[87] Salvo che non sia lo stesso legislatore, attraverso disposizioni codicistiche e autorizzatorie, ad avallare tale rapporto integrativo tra disciplina speciale e normativa generale. Ciò, ad esempio, è successe in materia di divisione laddove l'art. 1117 c.c. ha previsto l'applicazione delle norme *sulla divisione dell'eredità* in quanto compatibili.

stesso articolo 1349 comma 2 c.c., quando si occupa della determinazione del terzo, e del mancato intervento dello stesso, laddove prevede la possibilità che le parti possano rivolgersi al Giudice nel caso di assenza di indicazione dell'arbitratore, nell'ipotesi in cui la determinazione debba intervenire secondo l'equo apprezzamento.

Orbene, intervenuto il negozio traslativo ed effettuata la scelta del terzo o l'individuazione dei criteri oggettivi idonei a determinare la congruenza tra i valori, si dovrà procedere alla materiale ed effettiva stima del bene alienato al fine di consentire la restituzione dell'eccedenza, vero profilo qualificatorio del patto marciano che presuppone, almeno di norma, la liberazione del debitore.

Stima che viene effettuata al momento di verifica dell'evento condizionante l'alienazione marciana ovvero successivamente all'inadempimento del debitore; la logica strettamente economica sottesa all'individuazione temporale in esame attiene, generalmente, alla necessità di preservare la posizione patrimoniale del debitore leso da una stima anticipata in presenza di un incremento reale di valore del bene trasmesso in garanzia, vanificando così la funzione del patto marciano[88].

La successiva stima, però, non tutela sempre la posizione del debitore ogni qual volta il fattore-tempo incide negativamente sul valore del bene trasmesso, producendo un deprezzamento dello stesso. Ciò accade in tutte le ipotesi in cui il bene alienato, per effetto di sopravvenienze fattuali, provvedimentali o normative subisce danni con diminuzione del suo valore di scambio; si pensi, ad esempio, all'incidenza di calamità naturali o eventi atmosferici che danneggiano, sensibilmente, l'immobile ovvero all'intervento negativo di un atto della Pubblica amministrazione quale quello della requisizione in uso del bene trasferito o dell'imposizione di una servitù pubblica sullo stesso[89]. Si pensi, in quest'ultimo caso, ad una vendita risolutivamente condizionata all'inadempimento e all'apposizione successiva alla stipula negoziale di un vincolo preordinato all'esproprio sul bene oggetto di garanzia, che assume contorni negativi sul valore dello stesso incidendo sfavorevolmente sul suo valore di mercato.

Sul punto, il "rischio" dell'*aestimatio* al momento dell'inadempimento deve essere sopportato da entrambi i contraenti che, a seconda delle situazioni concrete, potrebbero giovare dello stesso ovvero ricevere una lesione della propria sfera patrimoniale.

Stima che andrà effettuata necessariamente al "termine del rapporto"[90], locuzione che individua il momento successivo all'inadempimento del debitore, momento finale del

[88]F. GAZZONI, *cit.*, p. 658; G. ADILARDI, *Brevi osservazioni in tema di divieto di patto commissorio, causa concreta del contratto e patto marciano*, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 1456 ss.

[89] Cons. Stato, Ad. pl., 18 febbraio 2020, n. 5, in *Riv. giur. ed*., 2020, 2, I, p. 287; Cons. Stato, Sez. IV, 15 luglio 2019, n. 4950, in *Foro amm.*, 2019, 7-08, p. 1233.

[90] Espressamente Cass. Civ., Sez. I, 28 gennaio 2015 n. 1625 che sottolinea come "In tal senso, si reputa, da molti interpreti, che la cautela marciana riesca a superare i profili di possibile illiceità del lease back, in quanto prevede, al termine del rapporto, la stima del bene oggetto di garanzia quale presupposto del consolidarsi dell'effetto traslativo iniziale, evenienza che si verificherà qualora il valore del bene sia equiparabile all'importo del credito inadempiuto (nonchè del danno da inadempimento); mentre, ove tale importo sarà inferiore, verrà

rapporto debitorio e oggetto di garanzia, che opera alla stregua di un vero e proprio presupposto giuridico di stabilizzazione dell'effetto traslativo del diritto dominicale sul bene in favore del creditore.

La stima, infatti, operata da un terzo o sulla base di valori oggettivi, viene qualificata tanto dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza[91] come l'unico fattore idoneo a giustificare la definitività del trasferimento, al giusto prezzo, del bene oggetto di garanzia dal debitore al creditore. Si pone alla base sia del presupposto dell'equilibrio tra i valori che dell'obbligo giuridico di imporre, al creditore, la necessità di restituire l'eventuale esubero al debitore, laddove esistente. Solo così potrebbe ammettersi la liceità di una forma di manifestazione di autotutela privata in deroga al divieto del patto commissorio e all'obbligo, da parte del creditore, di attivare il potere giudiziario di gestione dell'esecuzione forzata.

Sennonché dalle affermazioni espresse dovrebbe escludersi la liceità di una alienazione accompagnata dalla clausola marciana priva del riferimento all'obbligo di stima alla scadenza dell'obbligazione. La tutela del debitore nei confronti del proprio creditore deve passare attraverso la necessità di svolgere la cennata valutazione in un momento successivo all'inadempimento del debitore.

Di contro, alcuni Autori hanno considerato la possibilità di neutralizzare le eventuali sopravvenienze per il tramite della effettuazione della stima al momento della conclusione del contratto e, dunque, nello spazio temporale di costituzione della garanzia reale atipica, così anticipandola rispetto al successivo evento dell'inadempimento del debitore. La "stima anticipata" avrebbe il merito di soddisfare le richieste della costante giurisprudenza sul punto che, a partire dal 2005, ha considerato quale elemento qualificante il patto marciano la necessità di procedere in tempi certi. In tal senso non viene meno l'obbligo del creditore di restituzione dell'eventuale esubero ma si deroga solo al criterio temporale di individuazione del valore del bene oggetto di garanzia, nel rispetto dei profili dell'autotutela creditoria[92]. Ancora, si è sostenuto come la predeterminazione anticipata (rispetto all'inadempimento del debitore) avrebbe, comunque, il merito di evitare ogni coazione nei confronti del debitore tanto da escludere la nullità della pattuizione per violazione del divieto del patto commissorio.

---

quantificata la differenza e sarà pagato un prezzo aggiuntivo al debitore, quale condizione del consolidamento dell'effetto traslativo". Il riferimento al *termine del rapporto* era già presente in Cass. Civ., Sez. III, 21 gennaio 2005, n. 1273 in *Giust. civ.*, 2006, 1, I, p. 177, e ripreso da Cass. Civ. Sez. II, 9 maggio 2013, n. 10986, cit.

[91] Tale riferimento veniva già indicato dalla Suprema Corte nel 2013, che individuava tale obbligo di stima *al termine del rapporto* ritenendolo come unica condizione affinché possa acquisire il bene soggetto al dovere conseguenziale di effettuare il *pagamento dell'importo eccedente l'entità del credito*. Sul punto Cass. Civ., Sez. II, 9 maggio 2013, n. 10986, in *Vita not*., 2013, 2, p. 719.

Ancora, la giurisprudenza di merito che ha rassicurato sull'individuazione degli "elementi tipici del patto marciano, costituiti dal fatto che, in caso di inadempimento, la vendita debba avvenire a un prezzo di stima; dall'effettuazione di quest'ultima a opera di un perito che, per la funzione del soggetto che provvede alla relativa nomina, è imparziale e indipendente; dall'obbligo del creditore di restituire al debitore l'eventuale surplus rispetto al credito*"* Trib. Trieste, 19 aprile 2019, n. 238.

[92] Il riferimento è alle considerazioni di L. FOLLIERI, *cit.*, p. 1861 e A. CHIANALE, *cit.*, p. 302.

Invero, la stessa dottrina[93] che ha teorizzato la possibilità di derogare al formante giurisprudenziale della stima successiva al momento dell'inadempimento ha chiarito come la prospettazione non potrebbe essere accolta poiché contrastante con il divieto di creazione di forme "di regolamentazione anticipata della fase patologica del rapporto obbligatorio", superato solo da ipotesi specifiche come quelle individuate agli articoli 1229 e 2937 c.c.

Inoltre, nel contesto delle pattuizioni marciane, una stima anticipata rispetto all'evento dell'inadempimento avrebbe come effetto di espungere l'accordo connotato dalla richiamata cautela dal contesto delle alienazioni in garanzia e considerarla alla stregua della dazione di pagamento ovvero di un'obbligazione alternativa, costituita dopo quella garantita.

Si realizza, in definitiva, una vera e propria procedimentalizzazione del patto marciano atipico così dando vita ad una fattispecie a formazione progressiva che inizia con la conclusione dell'alienazione con scopo di garanzia e si completa nella stabilizzazione dell'effetto traslativo fissato nel contratto in favore del creditore, previo adempimento dell'obbligo di versare l'eventuale residuo in favore del debitore, ove esistente.

Sulla base di tali considerazioni si potrebbe, allora, giustificare l'utilizzo di sintagmi come "autotutela privata conformata" ovvero "autotutela controllata"[94] nella misura in cui il potere di soddisfacimento riconosciuto al creditore a seguito dell'utilizzo del patto marciano viene limitato dall'esistenza degli elementi costitutivi citati e dal rispetto di un precetto di imparzialità che conforma tutta la procedura di soddisfacimento del creditore imponendogli il ricorso, per la stima del bene, all'operato equitativo e predeterminato del terzo. Il superamento dell'obbligo di attivare la procedura esecutiva viene, dunque, adeguatamente compensato dall'esistenza di un dovere di proporzionalità alla base sia della congruenza tra i valori che dell'obbligo di restituire l'eventuale eccedenza. La suddetta proporzionalità non potrà che essere garantita dalla presenza di un procedimento di stima del bene ispirato ai principi di imparzialità e sostenibilità del sistema. Potrà considerarsi effettivamente sostenibile nell'ambito delle dinamiche di diritto comune, e non essere soggetta al divieto del patto commissorio, l'alienazione con scopo di garanzia che rispetti i richiamati elementi e preservi la posizione di debolezza del debitore nei confronti del proprio creditore.

[93] Ancora sulla questione L. FOLLIERI, *cit.*, p. 1861.

[94] Entrambe le locuzioni sono utilizzate da T.RUMI, *Il prestito vitalizio* cit., pp. 133-134.

3.2.2. L'inadempimento del debitore.

Il procedimento che porta al consolidamento della proprietà in capo al creditore impone di verificare l'effettivo valore del bene, si ripete, oggetto di un'accurata stima dello stesso. Stima che viene posta in essere in un preciso frangente temporale, ovvero successivamente all'inadempimento del debitore[95].

Lo studio della cautela marciana impone, allora, di qualificare correttamente l'inadempimento del debitore, operando lo stesso non tanto alla stregua di un elemento strutturale della pattuizione ma di una vera e propria condizione di operatività della stessa idonea ad innescare l'apprensione definitiva del bene o del ricavato della vendita del medesimo bene da parte del creditore.

Costituisce, anche nel settore dei marciani, un argomento rilevante individuare la forma di inadempimento necessaria per procedere alla stima del bene. È sufficiente accertare la presenza di qualsivoglia inadempimento oppure si richiede anche nel contesto dei marciani, e specie laddove si propende per la tipizzazione di un marciano unitario, un inadempimento connotato dai requisiti codicistici della gravità ed importanza ex art. 1455 c.c.

Sennonché dalla lettura delle disposizioni speciali che individuano i requisiti dell'inadempimento necessario per innescare la stabilizzazione dell'acquisto in capo al creditore potrebbe desumersi l'assenza dell'obbligo di valutare l'inadempimento secondo le coordinate dell'art. 1455 c.c.; sarebbe rilevante qualsiasi inadempimento dell'obbligazione garantita da parte del debitore per consentire al creditore di attivare l'escussione del bene offerto in garanzia, ad esclusione delle ipotesi in cui le stesse parti oppure il legislatore ritengono necessario accertare la gravità dell'inadempimento. Si desume una regola favorevole al creditore poiché in assenza di un'esplicita previsione in tal senso, qualsivoglia inadempimento del debitore sollecita i poteri di apprensione definitiva del bene da parte del creditore.

Dalla disciplina dei marciani speciali derivano diverse regole di valutazione dell'inadempimento che attengono sia all'elemento temporale che a quello quantitativo, i quali incidono sul profilo della gravità dell'inosservanza dell'atto solutorio.

---

[95] In materia di finanziamento alle imprese garantito dal trasferimento marciano, l'art. 48 *bis* t.u.b. comma 8 sembra invertire l'ordine della fase esecutiva tradizionalmente individuato dal diritto romano e dal diritto vivente, ponendo l'obbligo di stima in una fase antecedente all'avveramento della condizione di inadempimento. Il dato normativo speciale specifica, infatti, che la condizione di inadempimento si considera avverata nel momento della comunicazione al debitore della stima ovvero nel momento della restituzione dell'esubero. Considera siffatta regola di carattere generale, necessariamente estensibile a tutte le forme di marciano, anche atipico e generale R. LENZI, in LENZI e TATARANO, *Recenti riforme in tema di garanzie del credito bancario*, in Studio n. 1-2017/C del Consiglio Nazionale del Notariato, p. 29. Diversamente, la dottrina tradizionale che considera la stima successiva all'inadempimento del debitore non occorrendo ragioni giuridiche adeguate a derogare la regolamentazione generale; A. LUMINOSO, *Patto marciano* cit., p. 1420; C. DE MENECH, *Il marciano innominato* cit., p. 678.

Paradigmatico l'esempio dell'art. 48 *bis* t.u.b. che prevede al comma 5 le soglie temporali e quantitative[96] che l'inadempimento deve raggiungere affinché il creditore – la banca – possa attivare la clausola marciana e appropriarsi o vendere il bene in garanzia. Da tale disciplina sembra mutuarsi la regola che, in materia di marciani speciali l'attivazione della cautela presuppone la preventiva risoluzione del contratto di finanziamento garantito, similmente alla "clausola risolutiva espressa" di cui all'art. 1456 c.c.; sul punto, la disciplina legale prevede un meccanismo che richiede la preventiva "notificazione" della dichiarazione di volersi avvalere degli effetti del patto, così sciogliendo il contratto di finanziamento garantito.

Si tratta di una risoluzione di diritto, senza l'intermediazione dell'A.G., ed idonea a consentire al creditore di soddisfarsi prioritariamente sul bene concesso in garanzia fino al valore del credito vantato nei confronti del debitore.

Orbene, proprio dal dato normativo speciale è necessario accogliere una diversa visione che impone la necessità di dimostrare, da parte del creditore, la sussistenza dei requisiti generali stabiliti dal Codice civile per attivare la cautela marciana. La risoluzione, quale presupposto della cautela, obbliga il creditore a verificare la presenza di un inadempimento di non scarsa importanza e gravità al fine di evitare che lo scioglimento del contratto possa operare con un rimedio eccessivo e dannoso per il debitore.

La mancanza, infatti, di disposizioni normative contrarie, connessa alla presenza delle varianti di settore, impongono l'accertamento della gravità dell'inadempimento del debitore facendo trasparire un'indicazione generale volta ad estendere, ai fini dell'attivazione del rimedio caducatorio del contratto, la disciplina generale, compresi gli articoli 1453 e 1455 c.c.[97]

Normalmente, infatti, la valutazione sulla gravità dell'inadempimento viene rimessa al Giudice salva la presenza di criteri legali che oggettivamente consentono di verificare la presenza di un inadempimento di non scarsa gravità. Tale situazione si pone in relazione alla conclusione di un patto marciano atipico che consente l'intervento dell'A.G., adita dal debitore, ogni qual volta l'escussione sul bene concesso in garanzia avvenga senza la giusta stima ovvero senza che si sia verificato un inadempimento di rilevante gravità.

---

[96] L'art. 48 *bis* t.u.b. prevede che il debitore non assolva all'obbligo di pagamento di almeno tre rate, anche non consecutive, in un periodo temporale di almeno nove mesi dalla scadenza della prima rata insoluta. Simile il meccanismo tipizzato dall'art. 120 *quinquiesdecies* comma 5 lettera c) t.u.b. che qualifica come inadempimento "il mancato pagamento di un ammontare equivalente a diciotto rate mensili". Critico verso tale situazione normativa G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano* cit., p. 58: che richiama il profilo della disomogeneità delle rate inadempiute e il profilo della sconvenienza economica per il creditore, il quale dovrà talvolta attendere la conclusione del contratto e, addirittura, sopportare un inadempimento eccessivo da parte del debitore.

[97] L'applicazione generalizzata dell'art. 1455 c.c. è sostenuta sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza. Sul punto P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2018, p. 643.; R. SACCO, *Concordanze e contraddizioni in tema di inadempimento contrattuale (una veduta d'insieme)*, in *Eur. dir. priv*., 2001, p. 144 ss.

L’applicazione della *regola iuris* dell’art. 1455 c.c. consente, infatti, di evitare abusi del creditore nell’esercizio dei poteri di autotutela individuati nella pattuizione marciana.

3.2.3. I rapporti tra i contraenti ed il terzo estimatore: la natura giuridica della sua attività e della perizia. Il compenso e la diligenza richiesta.

La stima rappresenta il presupposto necessario per fissare il "giusto prezzo" ovvero il valore di mercato del bene oggetto di alienazione, elemento per salvaguardare il profilo della congruenza tra i valori. Esso, si è già sottolineato, rappresenta un requisito strutturale di ogni marciano speciale e, nell'ipotesi in cui si ammette la possibilità di dar vita ad un marciano primo o istituzionalizzato, di ogni alienazione con scopo di garanzia accompagnata dalla richiamata cautela.

Laddove, poi, l'attività di stima sia attribuita alla professionalità di un terzo esperto e indipendente sorgono ulteriori interrogativi riguardanti la natura giuridica tanto del rapporto tra il soggetto nominato e le parti del negozio traslativo quanto dell'opera prestata.

In ordine al primo quesito si sostiene che, ad esclusione dell'ipotesi in cui il terzo sia nominato dal Giudice, l'esercizio del potere di nomina ad opera di una o entrambe le parti del rapporto negoziale determini la nascita di un ulteriore e collegato contratto tra questi ed il perito, riconducibile allo schema del mandato. Il perito, infatti, opera sulla base dell'incarico attribuito da uno o entrambi i contraenti ed esercita i propri poteri negoziali di stima "per un affare di interesse comune"[98].

Rapporti che, secondo la dottrina e la giurisprudenza dovrebbero essere ascritti, come detto, all'ampia categoria del negozio tipico di mandato, di tipo individuale nell'ipotesi in cui la scelta viene esercitata da una soltanto delle parti ovvero di tipo collettivo allorquando il potere viene conferito da entrambi i contraenti dell'alienazione in garanzia[99].

Il mandato collettivo coinvolge tutte le parti del negozio di conferimento del potere valutativo, ovvero sia il debitore che il creditore, e risulta foriero tanto di diritti quanto di obblighi in capo alle parti nei confronti del mandatario[100]. Sul versante dei diritti, *principaliter*, il perito è tenuto a concludere l'affare e, dunque, ad effettuare la stima in modo indipendente e secondo la diligenza media richiesta ad un professionista ex articoli 1710 e 1176 comma 2 c.c.[101]. Alla sua opera si applica l'intero statuto normativo del contratto di

[98] A. CHIANALE, *cit.*, p. 296.

[99] A. CHIANALE, *cit.*, p. 296 ss.; A. DOLMETTA, *cit.*, pp. 822-823.

[100] Bisogna chiarire che il legislatore del '42 si interesse direttamente del mandato congiuntivo (art. 1716 c.c.) e, indirettamente, di quello collettivo (art. 1726 c.c.). tale situazione si evince dal fatto che il mandato collettivo rileva solo per le disposizioni riguardanti la revoca del potere conferito mancando una regolamentazione generale dei rapporti tra i mandanti e il mandatario. Si è posto il problema di qualificare la natura dell'atto di conferimento nel mandato collettivo considerandosi "unico" in presenza di una pluralità di mandanti laddove rileva il dato formale dell'atto unico di "conferimento" ex art. 1726 c.c. al mandatario (R. SANTAGATA, *Del mandato. Disposizioni generali (artt. 1703-1709*, in *Comm. Scialoia-Branca*, a cura di GALGANO, Bologna-Roma, 1998, p. 253).

[101] Dubbi possono sorgere in relazione all'applicazione della norma di cui all'art. 1710 c.c. che richiama la sola diligenza del buon padre di famiglia senza riferirsi al mandatario professionale che, opera attraverso l'applicazione della norma generale di cui all'art. 1176 comma 2 del Codice civile. La giurisprudenza unanime

mandato e, quindi, la disciplina che impone al perito nominato, nei confronti delle parti, la comunicazione della stima effettuata (cd obbligo di rendiconto ex art. 1713 c.c.) e l'obbligo di rendiconto circa il suo operato, salvo la espressa dispensa.

Sul piano degli obblighi gravanti sui mandanti, a cui corrisponde una posizione creditoria in capo al mandatario, rilevano quelli che impongono la "somministrazione dei mezzi necessari" per il corretto adempimento del mandato *ex* art. 1719 c.c., e il pagamento del corrispettivo, *rectius* della retribuzione, in favore del mandante per l'opera prestata. Il pagamento del corrispettivo opera come una conseguenza naturale dell'insorgenza del mandato e della presunzione di onerosità[102] del rapporto, ai sensi degli articoli 1709 e 1720 del Codice civile.

La presunzione di onerosità indicata pone, proprio in materia di patti marciani, un rilevante problema interpretativo circa il soggetto tra i mandanti tenuto a sopportare le spese della perizia. Una prima tesi, considerando che l'attività valutativa si innesta su un "affare di interesse comune"[103] ritiene di dover gravare entrambe le parti dell'alienazione, dunque sia il creditore che il debitore, del pagamento del corrispettivo dell'opera prestata da parte del mandatario[104]. Si ragiona sulla natura giuridica del contratto di mandato collegato al negozio di alienazione che gode di un nesso di autonomia tale da renderlo non già subordinato a quanto previsto nell'obbligazione garantita, così da far escludere l'applicazione della regola contenuta all'art. 1196 c.c., disposizione che fa gravare in capo al debitore l'obbligo di assumersi tutte le "spese" per l'adempimento del proprio debito.

Una diversa impostazione ha, *a contrario*, escluso la divisione per metà delle spese peritali sostenendo che graverebbe solo sul patrimonio del debitore l'obbligo di pagare

---

(Cass. Civ., Sez. III, 12 luglio 2015, n. 14664, in *Giust. civ. mass.*, 2015) e la dottrina (G. MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1957, p. 89 ss.; F.M. DOMINEDO`, *voce "Mandato"*, in *Noviss. Dig. It.*, X, Torino, 1964, p. 125) osservano che se il mandatario opera nell'ambito di un'attività professionale "oltre alla diligenza vera e propria (cioè allo stato soggettivo della mancanza di colpa), si esigerà nel mandatario un adempimento rispondente ai criteri di perizia professionale".
Richiama, espressamente, in tema di patto marciano la diligenza professionale A. DOLMETTA, *cit.*, pp. 822-823.

[102] La richiamata presunzione rappresenta una delle principali novità del Codice civile del 1942 mutuata dal Codice del Commercio del 1882 che in materia di "mandato commerciale" si presumeva il rapporto come oneroso. Inizialmente il Codice del '65 prevedeva in due diverse disposizioni la regola della gratuità del rapporto tra mandante e mandatario, considerandosi l'obbligo di prestare il corrispettivo come il frutto di una specifica pattuizione in tal senso inserita nel corpo del contratto. Oggi il mandato si configura, naturalmente, come un contratto a prestazioni corrispettive salvo l'introduzione dell'elemento della gratuità che configura il rapporto alla stregua di un negozio unilaterale. V.ROPPO, *Il contratto*, in *tratt. dir. priv.*, a cura di IUDICA e ZATTI, Milano, 2001, p. 426; A. LUMINOSO, *Il mandato*, Torino, 2000, p. 16 ss.; Cass. Civ., Sez. II, 27 giugno 2014, n. 14682, in *Dir. e Giust.*, 2014; Cass. Civ., Sez. II, 3 luglio 2018, n. 17384, in *Dir. e Giust.*, 2018.

[103] La Suprema Corte ha stabilito sulla base del dato normativo dell'art. 1726 c.c. come la pluralità dei mandanti non determina l'immediata esistenza dell'istituto del mandato collettivo dovendo sussistere due diversi elementi, ritenuti tra loro cumulativi quale il conferimento con un "unico atto" e la presenza di un "affare di interesse comune". Cass. Civ. Sez. II, 06 ottobre 2011, n. 20482.

[104] A. DOLMETTA, *cit.*, p. 823.

quanto dovuto all'esperto per l'attività prestata[105]. La natura giuridica del rapporto tra mandanti e mandatario non incide sugli obblighi economici che gravano in capo al debitore, il quale, secondo un principio di logicità, dovrebbe rispondere di tutto quanto necessario per adempiere la prestazione garantita. Oltre all'art. 1196 c.c., secondo tale tesi, l'ulteriore fondamento normativo generale che esplicita l'estensione delle obbligazioni in capo al debitore sembra individuarsi nella disposizione di cui all'art. 2846 c.c., che in tema di "ipoteca cartolare" pone le spese di iscrizione della stessa in capo al debitore stesso[106].

Invero la posizione ermeneutica in esame collega la suddetta prestazione pecuniaria alla causa di garanzia che assiste l'alienazione accompagnata dalla cautela marciana: la stima, infatti, del bene rappresenta il presupposto della congruenza tra i valori e del potere di escussione riconosciuto al creditore direttamente sul bene garantito. Si ricollegano, quindi, i costi relativi alla nomina e all'attività dell'esperto alla prestazione "di garanzia" assunta dal debitore per effetto della conclusione del contratto traslativo accompagnato dalla cautela marciana; costi che dovrebbero essere sopportati immediatamente da debitore al momento del conferimento dell'incarico ovvero, successivamente, al momento della verifica dei valori eventualmente con decurtazione rispetto alla restituzione dell'esubero da parte del creditore.

Invero, la diversa posizione seguita incide profondamente sul piano degli elementi costitutivi di un eventuale tipizzazione, anche se in chiave sociale, del patto marciano che prevedendo un obbligo di prestazione ulteriore in capo al debitore rende il ricorso alla richiamata cautela eccessivamente oneroso per quest'ultimo. La soluzione più corretta dovrebbe dipendere dall'articolazione concreta della vicenda marciana, per cui i relativi costi non dovrebbero incidere su alcuna delle parti nel caso di rinvio, per la corretta stima del bene, a "mercuriali" o "liste di mercato", mentre, nel caso di nomina dell'esperto la relativa obbligazione dovrebbe gravare sulla parte che richiede il relativo intervento. L'obbligo di contribuire in parti uguali non rappresenta, allora, un'evenienza remota qualora la decisione di nominare, al momento dell'inadempimento, un terzo esperto sia il frutto della volontà concorde dei contraenti.

Seguire il secondo approccio interpretativo, legato alla causa *cavendi*, significherebbe vanificare gli effetti salvifici della clausola marciana poiché si inciderebbe negativamente sul patrimonio del debitore dovendo questi sopportare il pagamento anche delle spese di stima oltre il rischio di perdere la cosa oggetto di contratto.

In termini generali, allora, laddove si voglia ritenere istituzionalizzato il patto marciano, le spese per l'intervento del terzo esperto, in riferimento all'attività di valutazione del bene determinato oggetto di contratto, non potrebbero che gravare in parti uguali sulle parti del negozio di alienazione in garanzia salvo specifica clausola che riversa le stesse esclusivamente sul creditore o sul debitore.

---

[105] A. CHIANALE, *cit.*, p. 297.

[106] In tale contesto l'obbligo debitorio di cancellare l'ipoteca sembra desumersi anche dalla disciplina dell'art. 2882 c.c. che occupandosi delle "formalità" richieste per la cancellazione richiede il solo consenso del creditore ipotecario.

Ciò, in linea con la funzione del patto volta ad evitare l'abuso del creditore ai danni del debitore, parte debole del rapporto di alienazione, e, quindi le conseguenze negative della violazione del divieto del patto commissorio. La previsione di una prestazione ulteriore in capo al debitore avrebbe come effetto negativo quello di sperequare i rapporti tra le parti, con violazione, anche se indiretta, del divieto di cui all'art. 2744 c.c.

Il riconoscimento e l'istituzionalizzazione di un marciano ordinario impone di adottare una soluzione unitaria al fine di evitare uno stato di insicurezza giuridica tra i contraenti e la prevaricazione del creditore ai danni del proprio debitore attraverso l'imposizione di una prestazione economica ulteriore che avrebbe il demerito di aggravare la situazione debitoria oggetto dell'accordo di garanzia.

Completa l'analisi della posizione dell'esperto nominato il tema della natura giuridica della perizia.

Esclusa l'ipotesi in cui la nomina venga effettuata dall'A.G., operando l'esperto quale ausiliario del Giudice, senza alcun legame negoziale con alcuna parte[107], per quanto riguarda, invece, quella in cui la nomina venga effettuata da una o entrambe le parti, e, sia prevista nel contesto dell'accordo contrattuale, una prima posizione considera la valutazione offerta dal consulente riconducibile allo schema della "perizia contrattuale"[108]; qualificata come una *species* del negozio di mandato[109], essa può essere definita come l'intervento di un terzo

[107] È, ormai, orientamento consolidato che l'esperto nominato dal Giudice non è legato contrattualmente con nessuno delle parti del contratto per cui la responsabilità dello stesso "per la stima dell'immobile pignorato, ai sensi dell'art. 568 c.p.c., ha natura aquiliana ed è soggetta al regime di cui alla previsione di cui all'art. 64 c.p.c." (Cass. Civ., Sez. III, Ord., 06 maggio 2020, n. 8496; Cass. Civ., Sez. III, 23 giugno 2016, n.13010).
Ha chiarito la giurisprudenza di merito che la "circostanza che l'attività dell'esperto sia destinata a incidere sulla sfera giuridica dell'esecutato (o di altri soggetti del procedimento esecutivo) ed entri in "contatto" con questa, costituisce unicamente l'occasione che rende concretamente possibile la lesione ingiusta dell'altrui diritto attraverso un non corretto esercizio dell'attività di stima medesima, in violazione dei canoni di prudenza, perizia e diligenza, ma non vale a fondare una responsabilità per violazione del contratto o di obbligazioni aventi fonte legali, distinte dal generale dovere di *neminem laedere* ricavabile dalla clausola generale di cui all'art. 2043 c.c."; Trib. Busto Arsizio, 14 gennaio 2021, n.60.

[108] In tal senso A. DOLMETTA, *cit.*, pp. 825- 826, che matura tale posizione sulla base della tipologia di giudizio a cui è chiamato l'esperto nominato.

[109] Invero diversi sono gli orientamenti che hanno affrontato il tema della natura giuridica della "perizia contrattuale" potendosi riassumere allo stato in tre impostazioni: la prima considera la stessa come una forma di "arbitraggio" con funzione integrativa di un contratto concluso tra le parti ma incompleto (T.ASCARELLI, *I c.d. collegi arbitrali per l'accertamento del danno nell'assicurazione infortuni*, in *Ass.*, 1936, II, p. 121 ss.; G. ALPA, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie di diritto civile*, in *Pol. dir*., 1997, p. 403 ss.); una seconda impostazione considera l'istituto giuridico come una forma di arbitrato rituale o libero caratterizzato dalla specialità dell'oggetto din valutazione ovvero una questione non giuridica ma tecnica professionale (R. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, p. 107; V. SALANDRA, *Arbitrato irrituale, arbitraggio o perizia contrattuale*, in *Ass*., 1940, II, p. 185 ss.); ed, infine, la posizione che oggi potremmo definire prevalente che considera la perizia come una forma di mandato, e in particolare di mandato collettivo perché "le parti devolvono ad un terzo, che scelgono per la sua particolare competenza, la formulazione di una valutazione che si impegnano anticipatamente ad accettare e far propria, il cui esito esse possono impugnare solo con gli strumenti atti ad aggredire una pattuizione contrattuale: l'azione

rivolto a completare la regola contrattuale definendo, attraverso apprezzamenti tecnici la prestazione da adempiere. In tal senso un autorevole Autore considera il patto di perizia contrattuale come quell'accordo attraverso il quale le parti "si rivolgano ad un terzo, scelto in ragione di una sua particolare competenza tecnica, affinché operi la determinazione richiesta con una dichiarazione qualificata come mera dichiarazione di scienza con esclusione quindi, per espressa volontà delle parti, di qualunque valutazione discrezionale"[110].

Per il tramite di tale accordo si dà vita ad un accertamento sostitutivo della volontà delle parti volto a definire oggettivamente, nell'ambito della cautela marciana, il valore del bene trasferito dal debitore al proprio creditore nella fase esecutiva del contratto. L'intervento del terzo, in tale tipologia di accordi sembra operare come un elemento necessario volto ad assolvere all'obbligo di stima, che già l'*actio marciana* richiedeva ai fini dell'operatività dell'istituto.

Le parti si rivolgono ad un soggetto terzo per formulare una valutazione tecnica del valore di mercato del bene oggetto del contratto, di natura negoziale e vincolante per le stesse, poiché frutto della loro determinazione volitiva. Valutazione vincolante che potrà essere messa in discussione dai mandanti solo attivando i rimedi ordinari di impugnazione del negozio e, nella specie, attraverso l'azione di annullamento del negozio valutativo per vizi della volontà.

Una diversa posizione interpretativa considera l'operato del terzo alla stregua di un atto di arbitraggio ai sensi dell'art. 1349 comma 1 c.c.[111]; si ritiene come l'intervento valutativo

---

di annullamento, da un lato, se vi è errore determinante, l'azione di risoluzione, se vi è inadempimento, in caso l'assicuratore non si conformi al dictum del perito. Pertanto, l'errore che consentirebbe di impugnare la perizia è l'errore idoneo a determinare un vizio del consenso, impugnabile sempre tramite l'azione di annullamento e non l'errore che incide sulla quantificazione dell'indennizzo liquidato se non passa attraverso una alterata formazione del consenso, denunciata come tale" (Cass. Civ., Sez. VI, Ord., 28 luglio 2017 n.18906, in *Giust.Civ. Mass.*, 2017; Cass. Civ., Sez. I, 31 agosto 2016 n. 17443, in *Foro it*. 2017, 2, I, p. 668).

[110] E. GABRIELLI, *Perizia contrattuale, arbitraggio e impugnazione dell'apprezzamento del terzo*, in *Giur. it.*, 2017, p. 600. Conferma la giurisprudenza tale impostazione qualificando la perizia contrattuale come quell'accordo attraverso il quale "le parti devolvono al terzo, scelto per la particolare competenza tecnica, non la risoluzione di una controversia giuridica, ma la formulazione di un apprezzamento tecnico che preventivamente si impegnano ad accettare come diretta espressione della loro determinazione volitiva" (Cass. Civ., sez. II, 03 novembre 2021, n. 31245).

La giurisprudenza ha, poi, il meccanismo di funzionamento della perizia contrattuale, sottolineando come essa "rappresenta quindi una fattispecie a formazione progressiva, costituita: a) dal patto (normalmente una clausola contrattuale) in base al quale le parti prevedono che determinate questioni tecniche, che possano insorgere nell'esecuzione del contratto (o, più in generale, nello svolgimento di un rapporto giuridico) vengano risolte e decise da uno o più soggetti muniti di specifiche conoscenze tecnico scientifiche, nonché b) dalla relazione peritale, cioè dall'atto (che le parti si impegnano a considerare vincolante, fatta salva la facoltà dì impugnazione per uno dei motivi espressamente previsti) con il quale i periti risolvono il contrasto tecnico insorto tra le parti" (Trib. Milano, sez. VI, 04 febbraio 2020, n.933.

[111] Accoglie tale prospettiva A. CHIANALE, *cit.*, pp. 302-303 che valorizza i profili di affinità e differenziazione tra perizia contrattuale e arbitraggio cogliendo, ancora una volta, lo stretto legame che sussiste tra causa di garanzia e intervento dell'*extraneus* nella valutazione effettiva del bene.

dello stesso sia rivolto, nel contesto del marciano, ad individuare l'effettivo valore del bene proposto in garanzia e idoneo a incidere su due elementi della cautela ovvero, *in primis*, sul potere di escussione da parte del creditore, presupposto dell'effetto esdebitatorio in favore del debitore che riesce a liberarsi dal vincolo originario e principale, e, in secondo luogo sull'obbligazione di restituzione dell'esubero da parte del creditore. Conferma la seconda soluzione sia l'art. 48 *bis* comma 6 t.u.b. che rinvia alla disposizione dell'art. 1349 c.c., che la giurisprudenza in tema di marciano ordinario la quale rinvia, per la perizia del terzo estimatore, alla disciplina codicistica in tema di arbitraggio.

Arbitraggio, che si ripete, non potrà che essere effettuato ricorrendo al criterio dell'equo apprezzamento al fine di individuare l'effettivo valore, quello di mercato, del bene precedentemente trasferito in garanzia.

3.3. La restituzione dell'eccedenza.

Una delle questioni centrali che deve accompagnare l'eventuale istituzionalizzazione della cautela marciana riguarda la possibilità di considerare come elemento autonomo, *rectius* obbligo autonomo in capo al creditore, la restituzione dell'esubero ovvero dell'eccedenza, tra il valore del bene determinato concesso in garanzia e il valore del debito garantito.

Il suddetto dovere, già previsto nella disciplina di tradizionale romanistica[112], addirittura, viene qualificato come la "base di partenza della discussione relativa, per il nostro diritto vivente, alla costruzione e definizione del marciano utile", richiamato dalla costante giurisprudenza in tema di marciano atipico, da cui discenderebbero i due ulteriori elementi costitutivi della congruenza tra i valori e dell'obbligo di stima del bene oggetto di contratto[113].

È opportuno, però, adottare una prospettiva completamente diversa che conduce a considerare la restituzione dell'esubero come l'effetto legale e conseguenziale della verifica dei due elementi citati, rappresentando l'epilogo dell'articolato procedimento marciano. L'autotutela esecutiva stragiudiziale, riconosciuta in favore del creditore che conclude l'alienazione con scopo di garanzia, impone la necessità di verificare la corretta attuazione degli obblighi che scaturiscono dalla precedente convenzione marciana e, quindi, la presenza dell'inadempimento del debitore, la successiva e corretta realizzazione dell'attività di stima del bene trasferito e, infine la restituzione dell'esubero.

Quest'ultima potrà rappresentare, nei termini già espressi in riferimento all'obbligo di stima, una mera possibilità che si realizza quando dall'accertamento dei valori risulta che il bene oggetto di contratto di garanzia ecceda l'ammontare di debito garantito. Una volta intervenuto l'esaurimento dell'autotutela esecutiva, in tutti quei casi in cui il valore del bene trasmesso o il ricavato della vendita dello stesso soddisfano le pretese creditorie e eccedono il valore del debito, è alquanto, doveroso tutelare la posizione debole del debitore da forme di abuso del diritto di credito, individuate proprio nella mancata restituzione del *surplus* ricavato ed esistente.

La restituzione dell'eccedenza rappresenta il contrappeso del riconoscimento di un potere di autotutela stragiudiziale accelerato riconosciuto dall'ordinamento ad alcune categorie di soggetti. Il *favor* per il creditore emerge in tutta la sua ampiezza nel patto marciano che gli consente, a seguito dell'accertamento di un mero fatto giuridico (l'inadempimento del debitore), di appropriarsi in via definitiva del bene alienato. Ma l'ordinamento non può e non potrebbe, in alcun modo tollerare, anche seguendo

[112] Vedi *supra* nota n. 28.

[113] Adotta questa prospettiva A. DOLMETTA, *cit.*, p. 814.

l'impostazione patrimonialistica[114] dell'obbligazione, forme di appropriazione unilaterale con ingiustificato danno nei confronti dell'altra.

La palpabile esigenza di evitare forme di sopraffazione di una parte ai danni dell'altra viene individuata proprio dalla disciplina del Codice civile da cui derivano delle direttrici chiare e generali che, senz'altro, non posso essere derogate dalla tipizzazione sociale del patto marciano.

La regolamentazione dei rapporti di credito-debito, fa emergere proprio il divieto di coercizione creditoria che non potrà consentire alla parte attiva del rapporto obbligatorio di ottenere ulteriori vantaggi oltre quello che giustifica l'appropriazione del bene senza passare per l'intervento del Giudice. Ciò è desumibile oltre che dal divieto, già richiamato del patto commissorio, dalla disciplina dell'usura e dell'anatocismo, dalla disciplina del pegno (e di quello irregolare in materia di anticipazione bancaria), anche da quella di alcuni contratti speciali quali la cessione dei beni ai creditori e il patto di anticresi[115]. Il primo istituto, infatti, consente in via contrattuale, parimenti alla cautela marciana, di soddisfare due diverse esigenze, da un lato tutelare i creditori cui è riconosciuto il potere di ottenere immediatamente la prestazione dovuta, dall'altro preservare il patrimonio del debitore che avrà diritto, dopo il rendiconto, alla restituzione dell'esubero se esistente[116].

---

[114] Le teorie "patrimonialistiche" di origine pandettistica identificano l'essenza del rapporto obbligatorio non già nel comportamento tenuto dal debitore quanto nel risultato economico che il creditore attende individuato nella prestazione del debitore. Sul punto L. FOLLIERI, *I patti sulla "coercibilità" del credito*, in *Studium Iuris*, 2, 2019, p. 169; L. MENGONI, *voce Responsabilità contrattuale c/ diritto vigente*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1080 nonché Id., *Scritti II, obbligazioni e negozio*, a cura di C. CASTRONOVO – A. ALBANESE – A. NICOLUSSI, Milano, 2011, p. 299 ss.; F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, in *Tratt. Sacco, Le obbligazioni*, 1, Torino, 2015, p. 500 ss.

[115] A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2012, pp. 777-778, che qualifica la *cessio bonorum* e l'anticresi come forme di "soggezione volontaria alle conseguenze della responsabilità patrimoniale".
Non mancano critiche all'applicazione del divieto al patto di anticresi poiché non potrebbe in astratto porsi un divieto al debitore di "destinare un proprio bene esclusivamente alla soddisfazione di un unico creditore" al pari della concessione di un diritto di pegno o di ipoteca. La possibilità di creare diritti di prelazione sul proprio patrimonio è l'espressione diretta della libertà riconosciuta dall'ordinamento ai contraenti di regolamentare le proprie vicende economiche. Verrebbe meno, quindi, la *ratio* del divieto del patto commissorio in questi casi, specie se connessa alla tutela del principio della *par condicio creditorum* (sul punto M. FRAGALI, *Dell'anticresi,* in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1959, p. 167). Nei termini dell'applicazione del divieto allo spossessamento in danno degli altri creditori prodotto dall'anticresi A. BUTERA, *Il patto commissorio nel mutuo ipotecario*, in *Giuri. it.*, 1918, I, p. 449; G. MIRABELLI, *Del diritto dei terzi*, Torino, 1889, I, p. 596 ss.; Cass. Civ., Sez. I, 31 marzo del 1925, in *Foro it.*, 1926, p. 281 ss.

[116] Qualificato dalla tesi prevalente come una fattispecie riconducibile al mandato irrevocabile *in rem suam* a liquidare i propri beni (E. BETTI, *Natura giuridica della cessione di beni ai creditori*, in *Riv. dir. comm.*, 1935, I, p. 309; M. FERRARIO, *La cessione dei beni ai creditori: un mandato in rem propriam con funzione di garanzia o di liquidazione*, in Riv. trim. dir. proc., Milano, II, 2001, p.321-379; Cass. Civ., Sez. II, 24 ottobre 2003, n. 16013, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 60) opera non già come una vera e propria cessione ma rappresenta una forma di tutela volta ad evitare l'azione esecutiva.

In parte diverso il patto di anticresi immobiliare che attribuisce al creditore un mero potere di detenzione qualificata sulla *res* cui corrisponde un diritto personale di utilizzo[117] della medesima a cui si associa, similmente all'usufrutto, un potere di fatto che gli consente di soddisfarsi sui frutti del bene immobile oggetto del contratto imputandoli, dapprima, agli interessi e alle spese e, poi, per il *surplus* alla sorta capitale, ovvero al credito. Soggetto espressamente al divieto del patto commissorio, rivolto a tutelare sia il debitore, da tutte le forme di coazione morale poste in essere dal creditore, che gli altri creditori pregiudicati dalla sottrazione del bene alla garanzia patrimoniale generica del debitore[118], l'anticresi impone, una volta soddisfatto il credito, la restituzione obbligatoria del bene consegnato e della differenza dei frutti ricavati, nella misura eccedente il debito da garantire.

In tutti questi casi emerge la necessità di evitare forme di abuso del diritto di credito, che non potrebbe che essere, nel contesto dell'accordo marciano, sanzionato con la nullità, diversamente dalle considerazioni della giurisprudenza in materia[119], per contravvenzione alla norma imperativa che impone il divieto del patto commissorio. È di tutta evidenza, allora, che la *ratio* della restituzione dell'eccedenza è strettamente collegata al divieto di cui all'art. 2744 c.c. che è quella di evitare proprio quell'abuso della condizione del debitore, contraente debole ad opera del creditore[120].

In tal senso ha evidenziato la dottrina[121] come l'eventuale istituzionalizzazione del marciano (il marciano "primo") non potrebbe prescindere dalla presenza di tale obbligazione che ne rappresenta l'*ubi consistam*, conseguente proprio all'esercizio del potere di

---

[117] M. FRAGALI, *Dell'anticresi* cit., p. 1 ss.; G. TUCCI, *Anticresi*, in *Dig. Priv. /civ.*, Torino, I, 1987, p. 337 ss.

[118] Discussa la natura giuridica dell'istituto tipizzato all'art. 1960 c.c. che secondo una prima tesi opera alla stregua di una garanzia personale semplice (V. TEDESCHI, *voce "Anticresi"*, in *Nuovissimo Dig. Priv.*, I, 1, Torino, 1957), rispetto ad una diversa posizione che valorizza la funzione "satisfattoria" dell'istituto (A. TRABUCCHI, *cit.*, p. 778). Per il rapporto tra anticresi e divieto del patto commissorio Cass. Civ., Sez. II, 12 febbraio 1993, n. 1787, in *Giuris. it.*, 1993, I, p. 63.

[119] Da ultimo Cass. Civ., Sez. II, 30 giugno 2021, n. 18562, in *Dir. Giust.*, 129, 2021, con nota di F. VALERINI, *Divieto di frazionamento e improcedibilità se le pretese sono distinte ma riconducibili a una stessa vicenda sostanziale*, p. 9 ss., che ha confermato l'orientamento tradizionale teso a considerare esistente nel nostro ordinamento un principio generale di divieto di abuso del diritto che si ricava dalla clausola generale di buona fede e dal principio costituzionale di solidarietà sociale ex art. 2 Cost. Violazione sanzionata con il risarcimento del danno, l'inesigibilità della prestazione e l'inammissibilità della domanda giudiziaria; diversamente altra parte della dottrina, seguita da ultimo dalla giurisprudenza in tema di nullità selettive sembra rispolverare quale sanzione per la condotta abusiva il rimedio della nullità: F. MACARIO, *Genesi, evoluzione e consolidamento di una nuova clausola generale: il divieto di abuso di dipendenza economica*, in *Giust. civ.*, 3, 2016; G. D' AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in G. D'AMICO-S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*., Saggi, Torino, 2013, p. 27; G. AMADIO, *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di "abuso dell'autonomia contrattuale")*, in *Riv. dir. priv*., 2005, p. 285; ancora, G. D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ*., 2005, I, p. 625.

[120] v. *infra*, par. 5.1 funzioni del patto commissorio.

[121] C. DE MENECH, *Il marciano innominato* cit., p. 752; A. LUMINOSO, *Patto marciano* cit., p. 1418.

escussione da parte del creditore successivamente all'avverarsi della condizione sospensiva dell'inadempimento del debitore alienante.

Il bilanciamento dei vari interessi, l'autotutela creditoria da un lato e la salvaguardia del patrimonio del contraente debole dall'altro, impone la necessità di individuare quale giusto punto di equilibrio tra le opposte esigenze, in riferimento a procedure di soddisfazione stragiudiziale, proprio l'obbligo di versare l'esubero in favore dell'alienante-debitore.

3.3.1. Il rapporto con gli altri creditori.

Dunque, acclarata la sussistenza dell'obbligo in capo al creditore di restituire il *quod superest* al proprio debitore, che in riferimento ad esso dovrà essere considerato il proprietario, sono intervenuti, tra gli interpreti, due rilevanti e ulteriori interrogativi soddisfatti solo in parte dal legislatore nella tipizzazione dei marciani speciali.

In primo luogo, si impone di comprendere con esattezza quale sia il soggetto titolare del diritto alla restituzione da parte del creditore procedente.

Sul punto, laddove manchino altri creditori, non vi possono essere dubbi al riguardo, in quanto titolare della pretesa alla restituzione risulta certamente essere il debitore, che vanta nei confronti del proprio creditore un vero e proprio diritto di credito alla restituzione dell'eccedenza.

In questo caso, prima di procedere ad affrontare i rapporti tra la restituzione dell'esubero e la presenza di altri creditori, si impone di dare una risposta adeguata al secondo interrogativo che attiene ai rimedi utilizzabili dal debitore per ottenere il valore differenziale tra il bene corrisposto in garanzia e il debito tutelato, qualora il creditore non ottemperi all'obbligo di restituzione.

Il quesito è stato affrontato dalla dottrina che ha ritenuto quale utile strumento di recupero nei confronti del creditore inadempiente l'azione manutentiva e quella risarcitoria del danno[122]. Si è, invece, esclusa la possibilità da parte del debitore di attivare il rimedio della risoluzione del contratto marciano a causa dell'assenza del rapporto di corrispettività tra la prestazione patrimoniale inadempiuta dal creditore e il precedente trasferimento sopportato dal debitore[123].

Invero, la soluzione preferibile dovrebbe essere quella che consente al debitore di proporre l'azione di ripetizione dell'indebito *ex* art. 2033 c.c. nei confronti del proprio creditore, trattenendo quest'ultimo, *sine titulo*, una somma di denaro altrui. La richiamata soluzione sembra coerente con la metamorfosi che riguarda l'alienazione in garanzia: si determina, a seguito dell'esaurimento della procedura di autotutela esecutiva e dell'esdebitazione, una vera e propria trasformazione dell'obbligazione garantita tanto sul piano soggettivo che su quello oggettivo; cambia l'oggetto dell'obbligazione, inizialmente consistente in un bene mobile (diverso dal denaro) o immobile, e, successivamente, all'inadempimento dell'obbligazione garantita in una somma di denaro. Si invertono, poi, i soggetti dell'obbligazione divenendo l'iniziale creditore il nuovo debitore della somma di denaro pari alla differenza tra i valori.

Ritornando, poi, alla prima questione, si discute a chi spetta la restituzione nella diversa situazione in cui sussistano altri creditori, oltre quello procedente. Certo l'effetto

[122] La questione viene affrontata, ancora, da C. DE MENECH, *Il marciano innominato* cit., p. 786.
[123] C. DE MENECH, *Il marciano innominato* cit., p. 786.

esdebitativo in favore del debitore che si ricava in via meramente deduttiva dalla presenza dell'esubero, il principale interrogativo a cui ha tentato di offrire una risposta soddisfacente la dottrina attiene all'identificazione del soggetto titolare della pretesa restitutoria dell'esubero.

La principale difficoltà, in questo caso, attiene all'assenza di indicazioni normative generali da cui trarre una soluzione estensibile alla predetta questione; diversamente dalla previsione dell'obbligo di restituire l'eccedenza, che rappresenta una connotazione naturale della pattuizione marciana, riconosciuta dal diritto vivente già precedentemente agli interventi legislativi speciali[124], nella disciplina del Codice civile non viene regolamentata l'articolazione di siffatto obbligo in presenza di altri creditori. Neanche potranno applicarsi analogicamente le norme in tema di *cessio bonorum* e rilascio dei beni da parte dell'erede ai creditori e legatari (articoli 507 e 508 c.c.), che presuppongono un concorso immediato dei creditori sui beni attribuiti, e, non l'intervento successivo di quelli che non abbiano partecipato al patto marciano.

Mentre nelle procedure esecutive giudiziarie il diritto dei creditori ultronei viene tutelato direttamente dall'ordinamento processuale, che attribuisce al giudice dell'esecuzione, attraverso i suoi ausiliari (Ctu e custode), il compito di redigere un adeguato piano di riparto delle somme ricavate dalla vendita dei beni pignorati al debitore, nel contesto dell'autotutela stragiudiziale manca il profilo del riparto con altri concreditori.

La problematica è stata affrontata da una prima corrente interpretativa[125] che ha sostenuto la necessità di tener conto, anche nell'escussione stragiudiziale, dei diritti dei terzi. Si concepisce il rimedio marciano come un utile strumento di tutela sia delle parti che dei terzi che potrebbero ricevere detrimento dall'attribuzione definitiva, ad esempio, dell'unico bene del debitore. Alla base della richiamata posizione vi sono ragioni di salvaguardia delle istanze di uguaglianza sostanziale che impongono, in situazioni simili, di adottare soluzioni che evitano forme mediate ed immediate di disparità di trattamento.

Inoltre, la richiamata posizione muove dalla necessità di evitare che la pattuizione marciana possa operare alla stregua di un contratto in danno, o comunque in frode, dei terzi; la strada dell'integrazione degli obblighi contrattuali che ricadono in capo al creditore consentirebbe proprio di tutelare tutti quegli "aventi diritto" che potrebbe potrebbero ricevere un depauperamento dalla dismissione del patrimonio, specie se immobiliare, del debitore.

---

[124] Nell'ambito dei marciani speciali il legislatore, seppur "timidamente", ha tentato di risolvere la questione: la disciplina del prestito vitalizio ipotecario prevede l'obbligo per il creditore di versare l'eccedenza "agli aventi diritto"; in materia di finanziamento alle imprese l'art 48 *bis* comma 10 e 13 *bis* t.u.b. prevedono che il creditore esecutante versi quanto ricevuto ovvero la differenza agli altri creditori, specie se titolare di un diritto di prelazione. Il comma 13 *bis* nel qualificare la natura giuridica della pattuizione marciana affronta il tema del rapporto tra il creditore procedente e gli altri creditori. L'obbligo di versare il residuo alla procedura è previsto anche in tema di pegno mobiliare non possessorio.

[125] A. CHIANALE, *Alienazione* cit., p. 312 ss.; Id., *L'inutilità dell'ipoteca nel "prestito vecchietti"*, in *Riv. not.*, 2016, p. 361.

Si pensi ad un accordo marciano simulato, concluso tra il debitore e il presunto creditore che, appropriandosi definitivamente del bene, determina il dissolvimento della garanzia patrimoniale generica del debitore. In tal senso il debitore, ricevuta la somma di denaro pari alla differenza tra il valore del bene oggetto del contratto ed il valore del debito, provvederà a nascondere il ricavato, celandolo ai creditori.

La tesi in esame considera, quindi, il creditore che escute il patrimonio del debitore come un vero e proprio depositario che ha l'obbligo di "trattenere a proprie mani" il *surplus* esistente (ricavato dalla vendita del bene ovvero nel caso di appropriazione definitiva dello stesso creditore dalla differenza matematica tra il valore del bene e quello del credito garantito), per poi versarlo, in questo secondo momento come un espromittente, agli altri creditori o aventi causa ai quali potrà considerarsi opponibile l'accordo marciano. Nel contesto del richiamato orientamento, alcuni Autori[126] hanno ritenuto sussistente una sorta di implicita graduazione tra creditori, che impone a quello procedente e privilegiato (dall'escussione anticipata e satisfattoria) un vero e proprio dovere di liquidazione degli altri creditori che ne abbiano titolo.

Pertanto, il creditore marciano effettuerà una valutazione di convenienza, potendo decidere tra l'escussione in autotutela del bene per poi riversare la differenza agli altri aventi diritto ovvero, tralasciare la garanzia marciana e scegliere di optare per l'ordinario procedimento giurisdizionale di esecuzione, attribuendosi ai pubblici poteri gli oneri di attribuzione ai creditori, secondo i rispettivi titoli.

Le considerazioni esposte, seppur autorevolmente sostenute, sono avversate da una diversa corrente ermeneutica che ha, in radice, escluso qualsiasi obbligo redistributivo da parte del creditore marciano in favore degli altri creditori del comune debitore[127]. Infatti, in presenza di un eventuale esubero, il creditore dovrà adoperarsi soltanto per la restituzione dello stesso in favore del proprio debitore escusso, nei cui confronti gli altri creditori, in separata sede, potranno far valere le proprie pretese.

---

[126] R. LENZI, *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *Giur. it.*, 2017, p. 1741 ss.

[127] C. DE MENECH, *Il marciano innominato* cit., p. 786. Si può dare atto che una soluzione percorribile potrebbe essere rappresentata dall'applicazione dell'istituto codicistico della gestione di affari altrui ex art. 2028 c.c. In questo caso, il creditore soddisfatto, opera nella consapevolezza dell'altrui titolarità, quale gestore della posizione debitoria. Non sussiste, però, il presupposto giuridico di operatività dell'istituto ovvero *l'absentia domini* non potendosi provare la "mancanza di un rapporto giuridico in forza del quale il gestore sia tenuto ad intervenire nella sfera giuridica altrui, ovvero quale forma di spontaneo intervento senza opposizione e/o divieto del dominus" (Cass. Civ., Sez. II, 07 giugno 2011, n. 12304, in *Giust. civ.*,2011, 6, p. 856). Inoltre, in questo caso, la gestione dell'altrui affare deriva direttamente dalla legge e non da una precisa scelta, in tal senso, del creditore-gestore, per cui il gestore agisce per soddisfare l'interesse esclusivo di terzi estranei come i creditori, il cui interesse, appunto, andrebbe a prevalere su quello del gestito. Se la dottrina tollera la possibilità di una convergenza di interessi tra gestore e gestito (U. BRECCIA, *La gestione di affari*, in *Tratt. dir. priv.*, 1999, p. 855 ss.) non si ritiene possibile che l'interesse o il cointeresse del gestore, o di terzi, possa superare quello del gestito (*cfr*. M. DE ROBERTIS, *Gestione d'affari e conflitto di interessi tra gerente e gestito*, in *Contr*., 1998, p. 334).

La posizione negativa ricava le proprie conclusioni sulla base di due diverse argomentazioni: la prima, di tipo procedimentale, attiene alle difficoltà che il creditore soddisfatto incontra nell'organizzare il corretto riparto dell'esubero. La questione assume connotati particolari poiché il creditore è privo di poteri certificativi dei crediti vantati da altri e, quindi, inidoneo a verificare la correttezza e la legittimità delle altrui pretese coattive; poteri che, invece, sono istituzionalmente attribuiti dall'ordinamento giuridico al Giudice e ai suoi ausiliari, nell'ambito delle procedure esecutive ordinarie.

In secondo luogo, sul piano propriamente pratico, il creditore, anche quello professionale, di norma non gode di quelle strutture e di quelle competenze idonea a garantire il trasparente riparto del denaro altrui. In tal senso la presenza, infatti, del Giudice nelle procedure esecutive ordinarie, è rivolta a tutelare tutti gli attori del processo esecutivo e, quindi, anche gli altri creditori intervenuti.

Pertanto, il creditore marciano soddisfatto dovrà necessariamente restituire l'esubero al proprio debitore, che potrà essere oggetto di autonome pretese dagli altri creditori, nelle forme dell'espropriazione coattiva ordinaria.

Sicché l'eventuale tipizzazione di un marciano primo o ordinario non potrà che tener conto delle istanze degli altri creditori, presenza non improbabile in concreto. Il problema centrale è rappresentato dall'individuazione dei mezzi di tutela da approntare in favore di questi nella consapevolezza dell'impossibilità di riconoscere e gravare il creditore procedente di un potere-dovere di conservazione dell'eccedenza e successiva attribuzione agli altri aventi diritto.

Potrebbe pensarsi di introdurre, sul piano legislativo, una procedura esecutiva giudiziale anch'essa accelerata, con attribuzione immediata del ricavato, depositato dal creditore presso istituti di credito, direttamente ai creditori, sotto la diretta sorveglianza del Giudice dell'esecuzione, previa verifica sommaria della legittimità delle loro pretese.

4. La funzione del patto marciano.

Come è noto ogni contratto, che sia tipico o atipico, all'interno del nostro ordinamento deve essere connotato da un'autonoma giustificazione causale. Essa rappresenta uno dei quattro elementi strutturali del contratto la cui assenza, o illiceità, non potrebbe che condurre la stipulazione nell'alveo della nullità.

Tralasciando l'ampio dibattito teorico[128] che ha accompagnato il concetto di causa (di cui manca anche la definizione codicistica) si ritiene, allo stato, lo stesso strettamente connesso a quello di funzione, elemento che "illumina il contratto nella sua dimensione di valore, cioè di regolamento di interessi"[129]. L'approccio funzionalistico prevalente identifica la causa nella ragione dell'affare o, meglio, nella funzione economico-individuale specifica perseguita dalle parti con il contratto utilizzato.

Posta, quindi, la necessità di dotare tutti i negozi di una specifica giustificazione causale (cd. principio della causalità negoziale), il problema è individuare quale sia la funzione specifica assunta delle garanzie reali e, in riferimento all'oggetto di interesse, dalle pattuizioni marciane. Tema questo che, in merito all'accordo marciano, assume particolare importanza in due diverse prospettive: *in primis* quella degli spazi di operatività del marciano

[128] In termini esemplificativi emergono in dottrina quattro principali concezioni (tale dibattito è ripreso da C.M. BIANCA, *Diritto civile* cit., p. 448 ss. e P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti tra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1965, p. 1 ss.) che hanno affrontato il principio della causalità negoziale: una prima posizione "soggettivistica" di più antico conio considerava la causa come il motivo individuale, lo "scopo individuale", che spinge le parti a concludere il contratto. In altre parole, la causa era lo scopo soggettivo che spingeva le parti a concludere il contratto e assumere l'obbligo di prestazione: G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, III, Firenze, 1885, p. 43 e 717 ss.; la contrapposizione tra scopo individuale e scopo contrattuale è stata accolta anche dalla giurisprudenza: Cass., civ., Sez. II, 02 agosto 1980, n. 4921, in *Foro it. Mass.*, 1980, p. 860). Una seconda impostazione, oggettivistica, considerava la causa come la funzione economico-sociale del contratto adottando una nozione della stessa identificato con il tipo negoziale (E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1955, p. 166 ss.); nel contesto delle teorie oggettivistiche oggi rilevano la teoria della causa come "sintesi degli effetti essenziali del contratto" (S. PUGLIATTI, *Diritto civile. Saggi*, 1951, p. 75 e 105; G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, p. 84) e la concezione che, ripresa dalla stessa giurisprudenza civile, considera la giustificazione causale come la funzione economico-individuale del contratto (G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 370) ritenuta sinonimo della nozione di "causa concreta" dello specifico negozio come "scopo pratico del negozio, sintesi degli interessi che lo stesso è chiamato a realizzare quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato" (Cass. Civ., Sez. II, 8 maggio 2006, n. 10490, in *Contr.*, 2007, p. 621 con nota di RIMOLDI, *La causa quale ragione concreta del singolo contratto*; Cass., civ., sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628, in *Riv. not.*, 2015, p. 597, con nota di C. CICERO, *Il concetto di pre-preliminare nel procedimento di formazione del contratto "a tutele crescenti"*; in *Nuova giur. civ. comm*., 2015, p. 601 ss.; in *Dir. civ. cont.*, 2015, con nota di STEFINI).

[129] P. PERLINGIERI, *Manuale* cit., p. 496 ss. Il collegamento tra causa e funzione è ripreso da F. GAZZONI, *cit.*, p. 807 ss. Esplicita la connessione causa-funzione Cass. Civ., Sez. un., 11 gennaio 1973, n. 63, in *Giust. civ.*, 1973, 1, p. 603; in *Foro it.*, 1973, 4, p. 1085 ss.

rispetto al divieto del patto commissorio, e, in secondo luogo quella della possibilità di ordinare tutte le ipotesi, tipiche e atipica, attorno alla medesima giustificazione causale.

Si è data vita, specialmente in dottrina, ad una vera e propria *querelle* che risente della particolare articolazione dello schema, il quale, si è già sottolineato, si snoda in due momenti diversi, quello della conclusione dell'accordo traslativo avente ad oggetto beni determinati seguito dall'escussione creditoria in autotutela degli stessi e dall'eventuale restituzione dell'eccedenza.

Una prima tesi[130], che potremmo definire monistica, rileva la necessità di ricondurre ad unità il complesso dei negozi marciani attribuendo agli stessi la causa esclusiva di garanzia, così utilizzando, al riguardo, in via interscambiabile, i termini di "patto marciano o garanzia marciana". Il passaggio evolutivo è stato quello di considerare la causa di garanzia come idonea a supportare non solo quelle reali tipiche ma, altresì, la cessione di crediti o i contratti di alienazione di beni determinati e, nella specie, i negozi traslativi che abbracciano tanto le alienazioni in garanzia che gli altri meccanismi marciani speciali[131].

Il tema della causa, è stato evidenziato, si interseca con la tutela del diritto di proprietà e con la tradizionale impostazione tipizzante dei diritti reali, nella necessità di limitare tutte quelle forme atipiche di proprietà, come quelle temporanee e risolubili, o di diritti reali di garanzia, in danno del debitore[132]. Si individua, quindi, nella causa *cavendi* quel minimo comune denominatore volto a sorreggere sia la costituzione di diritti reali tipici su beni altrui (quelli appunto di garanzia), che giustificare, quale *iusta* causa, tutte le forme atipiche di alienazioni di beni e cessione di crediti con scopo di garanzia; la suddetta causa assume un rilevante ruolo nella misura in cui giustifica le diverse articolazioni in cui si esplicita la cautela marciana, tanto avendo riguardo alle modalità concrete di realizzazione dello scopo di garanzia quanto alla tempistica di conclusione dell'accordo[133].

---

[130] A. CHIANALE, *cit.*, p. 8 ss.

[131] F. ANELLI, *cit.*, p. 177 ss. e 303 ss.; riprende tale evoluzione anche N. CIPRIANI, *cit.*, p. 65 ss.

[132] Si pensi al noto dibattito riguardante la possibilità per i contraenti, esercitando la libertà di determinare il contenuto del regolamento contrattuale, di creare pegni con patti di rotazione o senza spossessamento in favore del creditore così derogandosi al carattere della specialità ritenuto tradizionalmente elemento essenziale di ogni diritto reale su cosa altrui. Una ricostruzione della questione è presente in F. BOCCHINI-E. QUADRI, *Diritto privato*, Torino, 2011, p. 633.; F. GAZZONI, *cit.*, p. 661, 664-665. In riferimento al rapporto patto commissorio- patto marciano, affronta la questione del rischio di dar vita ad una proprietà temporanea C.M. BIANCA, *Forme tipiche di vendita e violazione del divieto del patto commissorio nell'alienazione in garanzia ad effetto traslativo immediato*, in *Foro pad*., 1961, I, c. 49; A.C. PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975.

[133] La prassi negoziale è andata, da sempre, alla ricerca di strumenti idonei a garantire il credito rispetto a quelli previsti dalla legge. La giusta causa di garanzia è idonea a sorreggere quello sviluppo nel mondo dei contratti che ha dato vita a nuove forme di garanzie personali atipiche (si pensi alle lettere di patronage). Il riconoscimento dei poteri di conformazione pattizia in questo ambito è stato ammesso da una parte considerevole della dottrina come F. NAPPI, *Studi sulle garanzie personali. Un percorso transnazionale verso una scienza civilistica europea*, Torino, 1997; G. CHINE', *Fideiussione omnibus e contratto autonomo di garanzia*, in *Gius.*, 1996, p. 93 ss.

Per il primo profilo, l'unitarietà della causa di garanzia determina la liceità delle due principali variabili di cautela marciana, individuate nei "trasferimenti di proprietà in garanzia (pegno irregolare e talune forme di garanzie finanziarie, l'alienazione condizionata dell'art. 48 *bis* t.u.b.), e nella pattuizioni accessorie alle garanzie reali tipiche che consentono al creditore di vendere il bene e trattenere il ricavato (il prestito vitalizio ipotecario, il credito immobiliare ai consumatori) oppure in alternativa venderlo o divenirne proprietario (il pegno non possessorio)"[134] così da evitare di pervenire all'invalidità del marciano per violazione del precetto di tipicità che accompagna i diritti reali. L'unitarietà del marciano realizzata attraverso la funzione accertata di garanzia, certamente e generalmente ammessa all'interno del nostro ordinamento giuridico, consente di superare tutti i dubbi che accompagnano le varie articolazioni concrete dello stesso e giustifica la possibilità di teorizzare un'unica figura di patto, a cui si aggiungono in un rapporto di specialità tutte le ipotesi tipizzate nell'ultimo periodo dal legislatore[135].

In relazione alla tempistica di conclusione del patto, la giusta causa di garanzia ammette la possibilità sia di dar vita ad accordi traslativi contemporanei alla nascita del credito da tutelare (ad esempio il prestito vitalizio ipotecario) che successivi ad esso, i cd. accordi *ex intervallo* (il finanziamento alle imprese ex art 48 *bis* t.u.b)[136].

La posizione unitaria ravvisa una sorta di conferma delle proprie affermazioni anche sulla base del dato normativo, che consente di evincere la causa di garanzia dalla variante speciale più diffusa ovvero quella disciplinata dall'art. 48 *bis* t.u.b. allorquando, espressamente, si prevede la possibilità che il finanziamento possa essere "garantito dal trasferimento della proprietà di un immobile o di altro diritto reale immobiliare".

Per cui, coloro che si sono fatti portavoce della suddetta tesi hanno ritenuto la causa unica di garanzia come la più convincente e favorevole al debitore nella misura in cui viene limitato il diritto del creditore sul bene al solo valore del credito vantato, obbligandolo ad attivare un procedimento standardizzato di stima imparziale sullo stesso e alla restituzione, se esistente, dell'esubero al debitore, sempreché si realizzi la condizione di inadempimento. Diversamente, l'adempimento della prestazione garantita funge da condizione risolutiva dell'acquisto in capo al creditore venendo meno ogni funzione di garanzia dell'alienazione già conclusa[137].

---

[134] A. CHIANALE, *cit.*, p. 9 e 74. Si deve chiarire come l'Autore evidenzia che la causa di garanzia sia idonea a giustificare le sole alienazioni supportate da tale funzione mentre, in riferimento ai negozi costitutivi di diritti reali tipici la pattuizione marciana sarebbe priva di autonoma giustificazione in quanto considerata "accessoria" rispetto alla concessione della garanzia reale.

[135] Affronta lo specifico tema Cass. Civ., Sez. III, 17 gennaio 2020, n. 844 in *Giust. civ. Mass.*, 2020 evidenziandosi come la causa "atipica" di garanzia non influisce sul contenuto del diritto di proprietà in capo all'acquirente-creditore così evitando di dar vita a una proprietà temporanea poiché il diritto in capo al compratore non è temporaneo ma riconducibile "all'acquisto sotto condizione o patto di riscatto" incidente su una posizione definitiva.

[136] Sul punto già G. GORLA, *Del pegno. Delle ipoteche: art. 2784-2799*, Bologna, 1962, p. 183 ss.; N. CIPRIANI, *cit.*, p. 65 ss.; V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 351 ss.

[137] F. ANELLI, *cit.*, p. 177 ss. e 303 ss.

In mancanza di tale specifica causa, gli accordi marciani sarebbero sottoposti non solo al divieto del patto commissorio, tradizionalmente applicabile alle comuni alienazioni con scopo di garanzia, ma, anche, al divieto di creazione atipica di forme di diritti reali di garanzia.

Perseguire la strada dell'istituzionalizzazione del marciano attorno alla causa di garanzia avrebbe come effetto quello di salvaguardare la situazione patrimoniale del debitore e procedimentalizzare, in maniera stringente per il creditore, *l'iter* di apprensione del bene. Si costruisce, infatti, attorno alla riconosciuta giustificazione unitaria, nel pieno rispetto del principio consensualistico, il percorso di apprensione definitiva del bene e il generalizzato meccanismo che vede mutare la posizione del creditore in conseguenza dell'avveramento di un fatto oggettivo, quale l'adempimento o l'inadempimento del debitore.

La principale conseguenza della predeterminazione dell'*iter* da seguire opera come un vincolo giuridico per le parti, da cui si trae l'impossibilità di ammettere, nell'ambito dell'esercizio dei poteri di determinazione privata del contenuto contrattuale, deroghe al procedimento. Situazione questa, già regolamentata dalla disciplina romanistica, e confermata oggi dalla dottrina oltre che tipizzato, sul piano sociale, dalla giurisprudenza e su quello giuridico dalla legislazione dei marciani speciali.

Il dibattito sulla causa del marciano non si è fermato a tali affermazioni ed è proseguito, attraverso le teorizzazioni di una diversa corrente ermeneutica. La tesi *de qua*, muovendosi nell'ampio *genus* della impostazione unitaria, considera, invece, prevalente la *causa solvendi* rispetto a quella di garanzia. Tenendo conto, ancora una volta, della dimensione bifasica del procedimento marciano si ritiene come la funzione prevalente del patto è quella di regolamentare il profilo patologico dell'inadempimento del rapporto garantito sostituendosi, con intento satisfattorio per il creditore, alla prestazione di fatto inadempiuta, il trasferimento definitivo della proprietà sul bene oggetto del marciano.

Si argomenta, infatti, come la causa di garanzia in riferimento ad una programmazione negoziale, *ab origine*, ad effetti reali, non potrebbe in alcun modo giustificare una scissione tra perdita immediata della proprietà in capo al debitore e perdita definitiva della stessa al momento di verificazione della condizione di inadempimento. La immediatezza della produzione dell'effetto reale all'esito della conclusione del contratto di alienazione e la definitività dell'acquisto del bene avrebbero quale unica giustificazione del negozio concluso quella di operare in termini solutori di un precedente obbligo assunto dal debitore, adempiuto attraverso una diversa prestazione.

Alcuni sostenitori di tale soluzione hanno ritenuto che l'articolato negoziale darebbe vita ad una sorta di atipica dazione di pagamento, caratterizzata dal profilo, alquanto singolare, della definizione "anticipata" di quanto sarà successivamente attribuito al creditore, in seguito all'inadempimento del debitore[138].

[138] La tesi della causa solutoria, e dell'inquadramento nell'ambito della *datio in solutum* in ottica anticipata viene, tradizionalmente, attribuita a S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B.* cit., p. 54 ss. che considera la

La richiamata singolarità della fattispecie si lega alla macroscopica deviazione del marciano rispetto allo schema legale della *datio in solutum* di cui all'art. 1197 c.c., dai più ricondotta alla categoria delle fattispecie estintive del rapporto obbligatorio diverse dall'adempimento e satisfattoria per il creditore[139], nella parte in cui l'accordo in esame gode della capacità, specie se concluso contemporaneamente all'obbligazione da garantire, di regolamentare, anzitempo, il momento successivo alla verificazione della condizione di

stessa come una costruzione ammessa dall'ordinamento e connotata dalla duplice capacità, satisfattoria, in favore del creditore, e garantista, per salvaguardare la posizione del debitore.

Invero lo stringente legame tra patto marciano – causa solutoria e *datio in solutum* era già argutamente considerato da G. P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, 1, Parte generale, Torino, 1894, p. 536. L'Autore in un passo di seguito riportato, in riferimento alla disciplina codicistica del 1865, evidenziava i requisiti strutturali del pegno marciano derogatorio del divieto del patto commissorio, richiamando l'istituto della dazione di pagamento: "il divieto del patto commissorio doveva e dev'essere considerato qual conseguenza necessaria dell'entità giuridiche del pegno: perciò, qualunque sia il tempo in cui è stipulato il patto è colpito da invalidità; ed a tal concetto ben risponde l'ampiezza del divieto ordinato dalla legge rispetto al pegno *proprio*, ma estendibile, per la ragion dell'istituto, al pegno in generale. Vi è un solo caso, in cui è apparentemente permesso: in realtà vi è considerata un'altra figura escludente al tutto la nozione del patto in discorso. Perché affermare la validità del patto per il quale il costituente la sicurtà reale è obbligato a dare al creditore la proprietà della cosa onerata, facendola estimare da periti, e tenendolo in pagamento fino alla concorrenza della somma garantita virgola non è asserire un'eccezione al divieto del patto commissorio: il creditore riceve non il valore della cosa, ma la cosa stessa in proporzione del *valore* garantito, e deve il prezzo eccedente. Questo è vero regolamento di rapporto tra le parti in conseguenza del pegno, che richiede di necessità la riduzione della cosa in valore: ed il creditore acquirente computa nel prezzo la somma garantita, e compensa fino a misura di essa. Il patto si riduce dunque ad una *datio in solutum*, con l'osservanza essenziale dei termini che salvaguardano l'entità del pegno; tant'è, che nel pegno *speciale* il creditore ha diritto di instare per questo regolamento, anche in difetto di patto".

Sulla questione, V. CONFORTINI, *Sulla garanzia per i vizi nelle vendite in autotutela: il caso del pegno*, in *Banca Borsa Tit. Cred*., 2, 2022, p. 252 ss. che ha affrontato, in verità con considerazioni autorevoli, i rapporti tra la causa di scambio della vendita e quella solutoria dei patti marciani, sostenendo "l'impossibilità di ricondurre le alienazioni marciane allo schema tradizionale della compravendita Non diversamente nei contratti con cui il creditore pignoratizio (ma lo stesso potrebbe dirsi per gli altri patti marciani) vende la cosa altrui per soddisfarsi sul ricavato, che si direbbero connotati da due elementi ulteriori ed eccentrici rispetto al modello della compravendita: la *necessaria altruità della cosa alienata* e la *dichiarata finalità esecutiva della vendita*, cioè la sua preordinazione alla soddisfazione del creditore di un rapporto obbligatorio rimasto inadempiuto. Questi due elementi non solo *divergono* dal tipo compravendita, ma *convergono* verso il tipo vendita forzata, realizzando una *torsione causale* del contratto di vendita in autotutela. Il quale risulta accresciuto dell'elemento esecutivo-satisfattivo".

[139] *Aliud pro alio, invito creditore, solvi non potest* rappresenta il brocardo intorno al quale è costruita la fattispecie della dazione di pagamento. In questo caso il debitore si libera del vincolo obbligatorio preesistente eseguendo, previo accordo con il creditore, una diversa prestazione, con valore superiore o almeno pari a quella di fatto sostituita.

Nel rapportare l'istituto *de qua* alla novazione oggettiva si valorizza la funzione solutoria del primo rispetto a quella modificativa del secondo; da ciò la dottrina inquadra la *datio in solutum* come una implicita modalità di estinzione del rapporto obbligatorio diversa dall'adempimento e satisfattoria per il creditore. Indirettamente A. TRABUCCHI, *cit.*, pp. 675-676.; V. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, Torino, 2015, p. 200 ss.; P. PERLINGIERI, *Manuale* cit., p. 319, che qualifica la dazione di pagamento come "un contratto oneroso, con funzione solutoria (qualificato cioè dalla *causa solvendi*) direttamente estintivo dell'obbligazione originaria".

inadempimento, tutelando la posizione del debitore attraverso la verifica imparziale del valore del bene e la successiva restituzione dell'esubero.

La stessa tesi, riprendendo quanto già espresso rispetto al "trittico" di fattispecie di trasferimento in *facultate solutionis*[140] considera il bene determinato oggetto di accordo marciano alla stregua di un vero e proprio "surrogato" rispetto al bene dovuto, oggetto originario del rapporto obbligatorio, quale esatta prestazione di quanto precedentemente pattuito[141].

La sostituzione *de qua* non darebbe vita ad una definizione anticipata del danno da inadempimento ex art. 1218 c.c.[142] ma, soltanto, alla concorde sostituzione di quanto dovuto dal debitore in forza del rapporto garantito.

Invero, la principale critica mossa alla teoria in esame riguarda proprio la qualificazione giuridica dell'istituto nei termini della dazione di pagamento, che determina una vera e propria trasformazione dell'originaria obbligazione, semplice o complessa, in un'obbligazione facoltativa[143] secondo, però, un meccanismo che esula dalle previsioni codicistiche, a causa del fatto che la scelta dell'adempimento non spetta al debitore, ma, la diversa prestazione opera come una mera conseguenza derivante dalla condotta debitoria inosservante degli obblighi contrattuali. Di norma, infatti, l'obbligazione facoltativa nasce a vantaggio del debitore che gode del potere di definire il rapporto obbligatorio attraverso l'adempimento della prestazione diversa sempreché l'adempimento di quella originaria e dedotta non sia impossibile per causa non imputabile al debitore. In questo caso l'operazione

[140] Utilizza il termine in esame V. MOSCATI, cit., p. 200 ss. che conferma l'inquadramento della dazione di pagamento nel contesto delle modalità estintive diverse dall'adempimento del rapporto obbligatorio con funzione satisfattoria per il creditore assieme alla cessione del credito in luogo dell'adempimento ai sensi dell'art. 1198 c.c. e alla cessione dei beni ai creditori ex art. 1977 c.c.

[141] Considera la dottrina più accreditata l'accordo di cui all'art. 1197 c.c. come una forma particolare di adempimento ovvero come un surrogato dello stesso A. DI MAJO, *Le modalità delle obbligazioni*, in *Comm. Scialoia - Branca*, Bologna-Roma, 1986, p. 359 ss.

[142] Invero tra gli studiosi non mancano coloro che hanno ritenuto la pattuizione marciana come una regolamentazione pattizia del dovuto quale risarcimento del danno da inadempimento dell'obbligazione garantita. Tale posizione è stata sostenuta dalle argomentazioni di F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciano* cit., p. 196, che ha sottolineato come per effetto dell'accordo si dà vita ad una vera e propria trasformazione dell'obbligazione "nel vincolo di responsabilità, tant'è che la posizione debitoria non è più composta dalla prestazione originaria ma dal risarcimento del danno sostitutivo della prestazione e dal risarcimento dei danni conseguenziali" G. BRIANDA, *Le prospettive del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria, lex mercatoria e tradizione*, in *Contratto e impr*., 2016, p. 815 ss.

[143] Accogliere la tesi della dazione di pagamento come fattispecie volta a trasformare l'obbligazione pregressa da semplice in facoltativa significa considerare l'accordo solutorio alla stregua di un negozio modificativo della pregressa obbligazione: S. RODOTA, *Dazione di pagamento (diritto civile)*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, p. 738 ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1991, p. 553 ss.

negoziale sembra più vicina alla "falsa alternatività"[144] che all'obbligazione facoltativa o alternativa vera e propria.

Nel contesto di tale dibattito, un diverso approccio interpretativo supera la posizione della causa unitaria proponendo, invece, una diversa ricostruzione della giustificazione causale dell'accordo marciano che ritiene duplice, con convergenza sia della funzione di garanzia che di quella solutoria, le quali operano in via conseguenziale e non già alternativamente.

Ancora una volta, si valorizza lo stretto collegamento tra il tema della causa e quello dell'articolazione del procedimento marciano, nella sua cennata dimensione bifasica. Si afferma, dunque, la prevalenza della causa di garanzia nella prima fase del procedimento, riguardante l'accordo che determina l'alienazione del bene determinato e condizionato dal successivo inadempimento del debitore; mentre, centrale la funzione solutoria, nella prospettiva dell'autotutela stragiudiziale esecutiva, per quanto riguarda la pattuizione marciana vera e propria che viene attivata dopo la verificazione dell'inadempimento, consentendo il soddisfacimento effettivo della posizione creditoria[145].

L'orientamento dualista separa non solo sul piano operativo, ma, anche su quello funzionale, il complesso dell'accordo marciano scindendo l'accordo di alienazione iniziale, con causa di garanzia, e la cautela marciana vera e propria con chiara funzione solutoria, che evita il ricorso all'organo giurisdizionale che domina il processo esecutivo, ottenendo il creditore in una sorta di auto-assegnazione il bene oggetto di alienazione ovvero trattenendo il ricavato della vendita dello stesso, eseguita in danno del debitore.

Sennonché è stato osservato come tale modo di procedere, seppur "in apparenza semplice e accattivante"[146] si dovrebbe considerare eccessivamente artificioso tanto perché si accomunano le garanzie reali tipiche con le forme di alienazione accompagnata dallo scopo di garanzia sia perché la stessa causa di garanzia regolamenta anche l'esito del rapporto, nella misura in cui sarebbe evidentemente illogico che la funzione di garanzia riguardi il trasferimento senza comprendere il meccanismo solutorio successivo ed eventuale oltre alla liberazione del debitore[147].

Completa l'ampio dibattito sul tema della causa, in un'ottica unitaria, quella tesi che ha attribuito alla costruzione marciana la diversa funzione di rimedio di "autotutela

---

[144] Cass. Civ. Sez. I, 20 marzo 2018, n. 6984, in *Foro it.*, 2018, I, 9, p. 2797; R. CALVO, *Le obbligazioni oggettivamente complesse,* Milano, 2018; Cass., civ., Sez. III, 23 agosto 2011, n.17512, in *Giust. civ. Mass*., 2011, 9, p. 1243.

[145] Accoglie la prospettiva dell'unitaria causa *solvendi* N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano* cit., p. 114; sul punto, però, propone una diversa visione altra parte della dottrina (F. FOLLIERI, *Il patto marciano* cit., pp. 1861-1862), che, pur aderendo alla teoria dualistica, prospetta una convergenza simultanea di entrambe le funzioni, di garanzia e solutoria, che interessano l'intero meccanismo marciano senza considerare la diversità di causa connessa all'andamento del procedimento.

[146] A. CHIANALE, *cit.*, p. 173.

[147] *cfr.* F. ANELLI, *cit.*, p. 370 ss.

esecutiva"[148]. Strettamente collegata alla funzione solutoria, la teorizzazione in esame considera centrale lo scopo di soddisfacimento del creditore, comune a tutte le varianti di marciano, nonché all'eventualità di ammettere un patto atipico e generalizzato. Emerge l'idea di fondo come la ragione pratica o concreta dell'affare sia quella di tutelare la posizione patrimoniale del creditore che dall'attivazione del procedimento esecutivo stragiudiziale riceve immediato soddisfacimento delle proprie pretese derivanti dal rapporto sottostante. Con l'accordo marciano non si adempie *tout court* l'obbligazione originaria, ma, si regolamenta convenzionalmente il momento della realizzazione coattiva del debito ovvero il profilo della responsabilità patrimoniale, attraverso un meccanismo di esclusiva formazione privata.

In questi termini la richiamata funzione sembra collegata a quella posizione[149] che aveva ricondotto la pattuizione ad uno schema connotato dalla diversa causa risarcitoria, ottenendo il creditore, per effetto dell'accordo marciano, un bene sostitutivo rispetto a quello originario dedotto nel rapporto obbligatorio.

Invero, anche la teoria dell'autotutela si espone ad alcuni rilievi critici: il principale evidenzia l'esistenza di un equivoco di fondo, quello di confondere la funzione solutoria con quella di autotutela, la quale opererà alla stregua di un mero corollario privo di autonomia. La causa *solvendi* sul piano esecutivo supporterebbe la necessità di consentire al creditore di ottenere l'utilità economica della prestazione attraverso il conseguimento di un bene diverso da quello dovuto.

In secondo luogo, sul piano strettamente teorico, le correnti dottrinarie in esame incentrano le proprie considerazioni sulla sola posizione forte del creditore, senza alcun riguardo agli interessi morali e patrimoniali del debitore e al profilo, senz'altro rilevante dell'esdebitazione.

In limine, come si vedrà nel prosieguo, un'ulteriore problematica suscitata dai meccanismi di autotutela creditoria non potrà che essere quella di verificare i rapporti tra il creditore procedente e gli altri creditori, i quali avranno un ovvio interesse a preservare la propria posizione creditoria in riferimento ad atti di disposizione patrimoniale da parte del debitore[150].

---

[148] E. DE BELVIS, *L'esecuzione privatizzata*, Napoli, 2018, p. 34 ss.; Riprende la tesi della concordata autotutela esecutiva A. LUMINOSO, *Patto marciano* cit., pp. 1403-1404. Quest'ultimo studioso affronta il suo precedente orientamento (A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di tutela esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2017, p. 14 ss.) che considerava la causa del patto marciano di tipo solutoria, mentre più coerente è la tesi che considera la giustificazione dell'accordo in termini di "autosoddisfacimento del creditore".

[149] Vedi *supra* nota n. 140.

[150] Nel prosieguo il tema si interseca con la *ratio* del divieto del patto commissorio quale criterio differenziale rispetto al lecito correttivo marciano.

4.1. Una diversa prospettiva della funzione.

Le varie impostazioni riportate nel paragrafo precedente evidenziano tutte un tratto comune identificato nell'attribuzione al creditore di un potere esecutivo sui beni trasferiti dal debitore, senza passare per l'intervento dell'A.G.; potere riconducibile a quelli di autotutela privata e attuato attraverso un procedimento, pressocché similare, che conduce il creditore stesso all'apprensione definitiva del bene, previo accertamento della congruenza tra i valori e della restituzione dell'eventuale eccedenza.

Tutti i meccanismi marciani, supportati dalla medesima funzione, devono altresì garantire la posizione del debitore, il quale è titolare all'esito del procedimento esecutivo stragiudiziale di una vera e propria pretesa creditoria volta a ottenere la completa liberazione dal debito e la restituzione del *surplus*, laddove esistente.

Pertanto, a prescindere dalla impostazione ritenuta prevalente, la dottrina ha evidenziato che esiste uno stretto legame tra la causa e il procedimento marciano, a prescindere dallo schema negoziale in concreto utilizzato. La causa, qualunque essa sia in questo contesto, governa "l'esito del rapporto" nella misura in cui sorregge contemporaneamente i poteri di apprensione del creditore e il profilo della tutela del debitore[151]. L'escussione in autotutela che conduce al soddisfacimento delle istanze del creditore, all'esdebitazione del debitore e alla restituzione dell'eccedenza rappresenta un procedimento automatico come conseguenza della scelta delle parti di utilizzare il marciano, come patto accessorio o principale dell'alienazione di un bene determinato o della cessione di un credito.

La correlazione è evidente anche dalla disamina dei marciani speciali che, ritenuti meritevoli di tutela dal legislatore, compendiano a vario modo tutti gli elementi richiamati, potendo pervenire la stipulazione alla nullità strutturale per illiceità della causa soltanto qualora l'autonomia privata deroghi anche ad uno solo degli elementi previsti.

Dunque, l'eventuale tipizzazione di un marciano primo, o, comunque la possibilità di considerare come tipizzato in chiave sociale la cautela marciana, non potrebbe prescindere dalla necessità di verificare il rispetto di tali coordinate che, ormai, rappresentano l'*ubi consistam* di ogni alienazione con scopo di garanzia derogatoria, sul piano della liceità, del divieto del patto commissorio. La conseguenza di una deroga ai requisiti minimi citati dovrebbe essere la nullità della stipulazione per illiceità della causa (e non testuale per violazione del divieto di cui all'art. 2744 c.c.).

Il punto dolente a questo punto è individuare, quindi, la corretta qualificazione causale della cautela marciana che consentirebbe la deroga al divieto del patto commissorio la cui

[151] F. ANELLI, *cit.*, p. 370 ss.; indirettamente, anche A. CHIANALE, *cit.*, p. 175 che ricollega alla causa unica di garanzia la necessità di salvaguardare il debitore e mantenere stabile il procedimento di apprensione del bene.

ratio, che sarà nel prosieguo affrontata, secondo la teoria maggioritaria, sembra ispirata al perseguimento di istanze di tutela della parte debole del rapporto obbligatorio.

In tal senso, tenendo conto delle posizioni esposte, non sarebbe illogico considerare la possibilità di proporre una ricostruzione alternativa della causa del marciano, che prospetta la sua funzione in un'ottica mutevole e diversificata rispetto all'andamento della concreta vicenda contrattuale.

La mutevolezza avrebbe il merito di considerare prevalente la causa *cavendi* in tutte le ipotesi in cui il debitore riesca ad adempiere, secondo i termini dell'obbligazione sottostante, la prestazione originaria. L'interesse prevalente alla conclusione dell'alienazione marciana, in questo caso, è quello di salvaguardare il creditore nella realizzazione del credito originario e garantito e il bene oggetto di alienazione ritorna nel patrimonio del debitore a seguito del suo diligente adempimento secondo i termini del contratto, fungendo il trasferimento come un'utile garanzia per l'adempimento della prestazione dovuta.

Dovrebbe considerarsi assorbente, invece, la funzione solutoria (non sembra possibile considerare prevalente quella materiale di autotutela esecutiva) nell'ipotesi in cui il debitore si renda inadempiente rispetto alla prestazione garantita, così potendo il proprio creditore escutere il bene e nel caso di alienazione stabilizzare l'acquisto già concluso, previa restituzione dell'eventuale esubero. L'alienazione in questo caso è rivolta, in primo luogo, a soddisfare le istanze del creditore e la funzione solutoria tutela direttamente la sua situazione patrimoniale ottenendo l'acquisto definitivo del bene e, successivamente e indirettamente, anche quella del debitore vista la necessità di una stima imparziale dello stesso e la restituzione dell'eventuale eccedenza.

L'eterogeneità del profilo causale nella misura in cui impone di mantenere fermo il contenuto minimo del patto e la progressione procedimentale avrebbe il peculiare vantaggio di restringere gli spazi riconosciuti all'autonomia privata in punto di conformazione del contenuto dell'accordo ed evitare di utilizzare lo strumento della cautela marciana per aggirare l'agognato divieto del patto commissorio. Bisogna chiarire, d'altro canto, che non è totalmente escluso l'intervento dell'autonomia privata sull'alienazione marciana, che non potrà sicuramente modificare, alterare o eliminare i passaggi fondamentali, ma solo incidere sui singoli elementi strutturali della fattispecie, con il principale limite di non poter ridurre le garanzie in favore del concedente[152].

Ancora, la diversa articolazione *de qua* consente di affermare la presenza di alcuni punti comuni ad entrambe le cause della pattuizione marciana quale deroga al divieto del patto commissorio: innanzitutto, la preventiva determinazione del procedimento consente di evitare abusi da parte del creditore; poi, quale ulteriore elemento comune è presente il profilo dell'esdebitazione del debitore che tanto a seguito del suo adempimento quanto a seguito

[152] A. CHIANALE, *cit.*, p. 199 ss., sostiene la possibilità di esercitare i poteri riconducibili all'autonomia privata purché si riesca a "modellare la garanzia marciana entro i confini fissati dalle normative di settore, ma non può prescindere dalla presenza dei requisiti fissati dalla legge non soltanto nel momento della creazione della garanzia marciana, ma anche durante l'esistenza dell'obbligazione garantita".

dell'esercizio dei poteri di autotutela esecutiva (conseguenti all'inadempimento) riceve come corrispettivo effettivo del trasferimento la liberazione dal debito garantito. Infine, si prevede sempre, e senza alcuna possibile deroga, l'obbligo di restituire l'eventuale eccedenza esistente tra il debito garantito e il valore del bene o del credito trasferito in garanzia.

Si può ritenere, dunque, che nel rispetto del principio della causalità negoziale, è possibile accogliere una prospettiva nuova volta a considerare la stessa funzione economico individuale del contratto in una visione dinamica, e non meramente statica, la quale risente dell'articolazione della concreta vicenda. L'eventuale apposizione di una clausola di appropriazione incondizionata di beni da parte del creditore, pur in presenza dell'adempimento della prestazione ad opera del debitore, non potrebbe che rendere nullo l'intero accordo per illiceità della causa, in questo frangente di garanzia, poiché in contrasto con l'art. 1343 c.c. e con la disciplina imperativa che vieta il patto commissorio.

CAPITOLO II - «Il rapporto con il patto commissorio».

1. La causa e i margini di operatività del divieto.

La questione dell'ammissibilità, all'interno delle alienazioni con scopo di garanzia, del patto traslativo accompagnato dalla cautela marciana si interseca, sul piano della causa, come si è già sostenuto, con la disciplina impositiva del divieto del patto commissorio.

Non potrebbe che considerarsi un presupposto logico in questo studio quello di identificare, nella istituzionalizzazione del marciano, gli esatti spazi di operatività dello stesso nel contesto della prassi negoziale e commerciale rispetto al divieto citato.

Tradizionalmente, il tema della specifica causa della cautela marciana, in relazione al rapporto con gli elementi strutturali che connotano il relativo patto, viene individuato come uno dei principali criteri differenziali tra questa pattuizione, ritenuta lecita, e l'accordo con funzione di garanzia illecito per violazione del divieto di cui all'art. 2744 c.c. Traduce, infatti, tale interrelazione nel contesto del *genus* delle alienazioni a scopo di garanzia la stessa dottrina che configura il rapporto in esame come caratterizzato da una "storica complementarità"[153], in termini derogatori o correttivi della convenzione di stampo marciano rispetto a quella commissoria. Una complementarità che, però, non è stata avallata sul piano normativo dal legislatore del Codice civile del 1942 che, in linea alla codificazione ottocentesca, da un lato ha tipizzato il divieto del patto commissorio[154], dall'altro ha omesso di considerare la cautela marciana[155].

---

[153] Utilizza la terminologia C. DE MENECH, *Il patto marciano* cit. p. 824, ma, nello stesso senso anche L. FOLLIERI, *Il patto marciano* cit., p. 1860, che parla di rapporto "logico e ontologico" delle due convenzioni.

[154] Il riferimento è agli artt. 2744 c.c. per le garanzie reali tipiche e 1963 c.c. per il patto di anticresi. Il legislatore del 1942 ha, da un lato confermato la disciplina del codice unitario che estendeva il patto ai contratti traslativi successivi alla concessione di pegno o patto di anticresi, dall'altro ha ampliato la portata applicativa della fattispecie estendendola anche all'ipoteca esclusa dalla previgente disciplina degli articoli 1884 comma 2 e 1894 del Codice civile e 459 del Codice del Commercio del 1882 relativo al pegno commerciale. In materia Cass. Civ., Sez. un., 28 luglio 1923, in *Foro it.*, 1923, I, p. 1925; L. BARBIERA, *cit.*, p. 286.; G. P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi* cit., p. 534 ss.

[155] Un'omissione che veniva considerata dalla primissima dottrina, in perfetta sintonia con il Codice del 1865, come la necessaria conseguenza di evitare forme di "assoggettamento convenzionale del debitore a un potere di autotutela e di autosoddisfacimento del creditore" così guardando con disfavore non solo al patto commissorio, ma anche alle pattuizioni marciana, alle forme di ritenzione convenzionale e ai patti di escussione del patrimonio del debitore (E. BETTI, *voce "autotutela"*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959. p. 532).
Questa situazione è stata letta come l'effetto dell'assolutezza del divieto del patto commissorio che non lascerebbe alcun spazio all'autonomia privata (D. CENNI, *Mandato ad alienare con scopo di garanzia,* in *Notariato*, 1998, 1, p. 61).

La situazione che si è venuta a creare è stata raccolta dalla giurisprudenza della Suprema Corte che in un primo momento, ha considerato il divieto di cui all'art. 2744 c.c. come assoluto ed inderogabile, escludendo qualsivoglia spazio di operatività ad accordi di garanzia derogatori del divieto, specie se connotati dagli elementi del patto marciano[156]. Anzi, si sono registrate alcune decisioni che hanno addirittura ritenuto tale pattuizione, al pari di altri negozi piegati alla funzione di garanzia, come nulla poiché elusiva del detto divieto, ritenuto sin da subito "di risultato"[157], in quanto riconducibile alla violazione di una norma di tipo "materiale", idonea ad applicarsi tanto ad ipotesi tipiche (pegno, ipoteca e anticresi) che a fattispecie atipiche, come la vendita con patto di riscatto, il pegno irregolare in materia di anticipazione bancaria, il *sale and lease-back* e il riporto[158].

Prima di passare in rassegna la questione degli spazi di operatività riguardanti il divieto, si pone come preliminare affrontare la problematica, allo stato non ancora risolta, relativa all'effettiva giustificazione causale del patto commissorio, che, peraltro, è stata considerata da alcune pronunce della Suprema Corte come il fondamento della nullità dell'alienazione concreta in garanzia, salvo se accompagnata dal correttivo marciano[159].

Il profilo della causa del patto commissorio fa rivivere il dibattito già affrontato per la cautela marciana distinguendosi, anche in tale contesto, due principali posizioni: una prima,

---

[156] Tale situazione è efficacemente descritta da C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio* cit., p.3 (ristampa del volume del 1957); C. DE MENECH, *Il patto marciano* cit. p. 824, che, nel contesto della sua trattazione esplicita il richiamato rapporto di complementarità tra i due accordi; T. RUMI, *Il prestito vitalizio* cit., pp. 106-107.; F. MACARIO, *Circolazione e cessione dei diritti in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 361, che parla di "diffidenza" avverso tutte le alienazioni con funzione di garanzia e, quindi, anche nei confronti del patto marciano.

[157] Traduce tale posizione Cass. Civ., Sez. II, 28 settembre 2020, n. 20420 che chiarisce come l'estensione del divieto di patto commissorio riguardi "a qualsiasi negozio che venga utilizzato per conseguire il risultato concreto vietato dall'ordinamento, la valutazione del nesso funzionale è demandata al giudice di merito che, nel compierla, non deve limitarsi ad un esame formale degli atti posti in essere dalle parti, ma deve considerarne la causa in concreto e, in caso di operazione complessa, valutarli alla luce di un loro potenziale collegamento funzionale, apprezzando ogni circostanza di fatto rilevante e il risultato stesso che l'operazione negoziale era idonea a produrre e, in concreto, ha prodotto". Invero aveva anticipato la qualificazione di risultato G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 47 ss,

[158] Senza affrontare con esaustività tutta l'evoluzione dottrinaria e giurisprudenziale che ha accompagnato il divieto di cui all'art. 2744 c.c. che avuto la sua massima espressione con la nota vicenda delle vendite con patto di riscatto ex art. 1500 c.c., ovvero della vendita dissimulante un mutuo con patto commissorio, laddove si è ritenuto che il richiamato divieto accompagnasse tutte le alienazioni con scopo di garanzia con trasferimento immediato del bene, risolutivamente condizionato all'adempimento del debitore, ovvero successivo, sospensivamente condizionato al suo inadempimento. G. PUGLIESE, *Nullità del patto commissorio e vendita con patto di riscatto*, in *Giur. compl. Cass. Civ.*, 1945, I, p. 160; M. FRAGALI, *Del mutuo*, in *Comm. Sciaoloia-Branca*, Bologna-Roma, 1966, p. 234; Cass. Civ. Sez. Un., 3 aprile 1989, n. 1611, in *Foro it.*, 1989, I, p. 1428, con note di V. MARICONDA e F. REALMONTE; in *Nuova giust. civ.*, 1989, I, p. 348 con nota di P. CARBONE; Cass. Civ. Sez. Un., 21 aprile 1989, n. 1907, in *Riv. it. leasing*, 1990, I, p. 205.; in *Foro it.*, 1990, 113, pp. 205-216.

[159] Su di tutte Cass. Civ., Sez. III, 17 gennaio 2020, n. 844, e Cass. Civ., Sez. I, 28 gennaio 2015, n. 1625.

che assegna al richiamato patto una funzione solutoria, e una seconda tesi, invero accolta anche dalla giurisprudenza, che considera la causa *de qua* come atipica e di garanzia[160].

La prima tesi[161] della causa solutoria, che non riceve accoglimento nella giurisprudenza, considera l'accordo traslativo come giustificato da una funzione di "autosoddisfacimento" del creditore, idonea a consentire alle parti di regolamentare non già l'adempimento dell'obbligazione pregressa ma, quella di realizzazione della pretesa creditoria in caso di inadempimento del debitore.

Il creditore intende con tale negozio perseguire istanze di autotutela creditoria senza passare per l'intervento del Giudice così potendosi attribuire all'accordo traslativo la causa concreta di autosoddisfacimento delle sue istanze economiche. Accordo solutorio che produce i suoi effetti non già al momento della conclusione del contratto, ma nel frangente del successivo inadempimento della prestazione da parte del debitore. Attraverso lo stesso le parti disciplinano il profilo dell'adempimento dell'obbligazione garantita concordando l'estinzione dell'obbligazione principale con il trasferimento di un diritto reale, acquisto che sarà stabilizzato in capo al creditore al momento di verificazione della condizione di inadempimento. La retroattività della condizione, in senso tecnico stabilita dall'art. 1360 c.c., fa considerare il creditore, *ab origine*, come il proprietario effettivo e definitivo del bene trasferito, così auto-soddisfacendosi del proprio diritto di credito.

Vi è di più, si ritiene che la causa solutoria si articola diversamente a seconda che l'accordo satisfattorio per il creditore si aggiunga ad un negozio connotato da preesistente causa di garanzia, come il pegno o l'ipoteca, oppure operi isolatamente, sanza addizione ad una garanzia preesistente, costituendo esso stesso l'unico strumento convenzionale di tutela esecutiva per il creditore. Si parla in quest'ultimo caso, di patto commissorio "autonomo" (ovvero in assenza di una preesistente garanzia reale o personale – anticresi), in cui l'accordo traslativo si caratterizzerebbe per l'esclusiva funzione di consentire di soddisfare la posizione del creditore.

Impostazione della causa *solvendi* che, però, risente di due principali critiche idonee a far accogliere la diversa prospettazione volta ad assegnare all'accordo traslativo una funzione economico-individuale di garanzia. Innanzitutto, si deve tener conto della collocazione normativa del divieto nel contesto delle disposizioni generali riguardanti la "responsabilità patrimoniale" e la "conservazione della garanzia patrimoniale" generica. In secondo luogo, rileva la sanzione a seguito della violazione del divieto che, in linea di principio, avrebbe come effetto quello di vietare accordi riconducibili all'autotutela esecutiva privata, diversi solo da quelli tipizzati dal legislatore. Sulla base di tali obiezioni l'unica alternativa posta dal divieto in capo al creditore è quella di ricorrere al procedimento

[160] Considera la causa comune a tutte le alienazioni di tale tipo quella "atipica di garanzia" Cass. Civ., Sez. III, 17 gennaio 2020, n. 844.

[161] In tal senso F. ANELLI, *op. cit.*; N. CIPRIANI, *Patto commissorio* cit., p. 98 ss; C. VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli, 1968, p. 55 ss. A. LUMINOSO, *Patto marciano* cit., pp. 1403-1404. Quest'ultimo, in un diverso scritto (*Patto commissorio* cit., p. 20) distingueva la causa del patto commissorio in una funzione solutoria principale e una funzione di garanzia secondaria.

giudiziale esecutivo ovvero stipulare con il debitore contratti solutori riconducibili a schemi già previsti dal legislatore.

Invero il solo punto di vicinanza tra la funzione solutoria e il patto commissorio potrebbe essere individuato nel momento dell'inadempimento del debitore appropriandosi definitivamente il creditore del bene alienato, così risultando soddisfatto per quanto dovuto. Ma, difficilmente potrebbe ammettersi una causa solutoria sopravvenuta al momento di verificazione dell'evento-inadempimento in sostituzione della funzione di garanzia volta ad accompagnare la stipulazione negoziale.

In tal senso la causa specifica anche del patto commissorio non potrebbe, al pari della cautela marciana, che essere quella di garanzia[162]; a seguito, allora, dell'accordo traslativo il creditore godrebbe di una duplice salvaguardia poiché, al contempo, risulta titolare effettivo del bene nei confronti del proprio debitore e viene a sottrarsi a qualsiasi forma di aggressione sul bene stesso da parte di eventuali altri creditori.

La causa atipica[163] di garanzia che accompagna il patto commissorio avrebbe il merito di aggiungersi a quella tipica delle garanzie reali (o meglio sostituirsi ad esse) ovvero operare in solitudine nell'ambito dei patti commissori "nudi"[164].

Orbene, guardando al concreto accordo caratterizzato dagli elementi del patto commissorio, sia accessorio che autonomo, la garanzia (di secondo livello per quello del primo tipo) creata dallo stesso si scontrerebbe con il divieto posto dall'art. 2744 c.c., così meritando la nullità. Nullità che vanifica il solo patto senza privare il creditore della garanzia reale tipica già conclusa, mentre in riferimento al patto commissorio autonomo, verrebbe meno *tout court* l'accordo solutorio con possibilità da parte del creditore di attivare il solo procedimento esecutivo giudiziale per tutelare il proprio diritto di credito.

Proseguendo ad affrontare la diversa problematica degli spazi di operatività del divieto una prima considerazione attiene alla possibilità di comminare la nullità della pattuizione sia per gli accordi che accompagnano il momento di costituzione delle garanzie reali (e il patto di anticresi) che per quelli successivi al sorgere della garanzia.

---

[162] V. ANDRIOLI, *Tutela dei diritti artt. 2740-2789*, in *Comm. Scialoia-Branca*¸ 1958, II, p. 54 ss.; C. M. BIANCA, *Il divieto* cit., p. 113 ss.; M. BUSSANI, *Il problema del patto* commissorio cit., p. 81 ss.; sembra accogliere tale prospettiva anche S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis T.U.B.* cit., p. 54, che, pur considerando come una parte della dottrina assegna all'art. 2744 c.c. la "natura di variabile di trasferimento con causa solvendi" alla luce dell'evoluzione della Cassazione che reputa lecita l'alienazione in garanzia accompagnata dalla clausola marciana, configura il patto commissorio in funzione di garanzia. L'Autore sottolinea come la causa *solvendi* avrebbe il merito di presiedere solo la fase di "governare pattiziamente la patologia di un rapporto obbligatorio ineseguito", ma non tiene in considerazione l'interesse del creditore alla base del negozio.

[163] Si parla di "atipicità" della garanzia poiché non inquadrabile nelle fattispecie previste dal legislatore. Valorizza tale profilo ancora S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis T.U.B*. cit., p. 54, che considera il patto marciano, quale deroga al commissorio, non inquadrabile nel contesto della tipica dazione di pagamento. Sul punto anche Cass. Civ., Sez. III, 17 gennaio 2020, n. 844.

[164] Tale terminologia viene utilizzata da L. BARBIERA, *cit.*, p. 286 quale formula volta ad individuare i patti commissori autonomi.

In tal senso, diversamente dalla disciplina codicistica previgente, il legislatore del 1942 ha perseguito il nobile intento di tutelare ad oltranza la posizione del debitore estendendo la portata applicativa del divieto anche agli accordi conclusi in momenti successivi alla costituzione della garanzia reale tipica. Pertanto, lo stesso legislatore ha voluto sterilizzare il profilo della tempistica procedimentale di conclusione del patto commissorio ritenendo che la sanzione della nullità dovrebbe operare, indifferentemente, dal momento effettivo di conclusione dell'accordo commissorio.

L'irrilevanza del momento cronologico di conclusione del contratto di garanzia non ha risolto, al contrario, la diversa questione circa gli esatti confini di applicazione del divieto.

Seguendo, infatti, un'impostazione ermeneutica letterale del dato normativo dovremmo limitare la portata applicativa della nullità alle sole ipotesi tipiche individuate agli articoli 2744 e 1963 c.c., così non meritando l'invalidità tutte quelle alienazioni di beni e cessioni di crediti con scopo di garanzia, anche in assenza degli elementi del correttivo marciano.

Ma le funzioni[165] perseguite dal divieto, oltre alla stessa giustificazione causale, non potrebbero tollerare atti di autonomia negoziale volti a svilire il dato normativo ovvero ad aggirare fraudolentemente il divieto legale posto dall'art. 2744 c.c.; non si potrebbe, quindi, avallare una lettura statica e rigida della norma tale da ricomprendere e punire i soli patti commissori "accessori o aggiunti" ad un precedente accordo di garanzia reale o personale (l'anticresi), dovendosi estendere la portata applicativa della nullità a tutte quelle contrattazioni che perseguono in concreto la causa illecita del patto commissorio.

Tale lettura estensiva è stata avallata, dapprima, dalla dottrina[166], ed in un secondo momento, dalla giurisprudenza[167], che hanno accolto la prospettiva ampia connessa al rilevante mutamento strutturale della fattispecie in esame che, ormai, ricomprende anche tutti quegli accordi traslativi che vengono stipulati senza accedere ad un preesistente rapporto di garanzia già costituito (cd. patto commissorio autonomo).

Invero, la *vis* attrattiva[168] del divieto è stata evidenziata persino in relazione agli atti di adempimento di precedenti promesse di alienare da parte del debitore in relazione ad un

---

[165] Vedi *infra* par. 5.1.

[166] Centrale in questa sede sono gli studi di V. ROPPO, *Il divieto del patto commissorio*, in *Tratt. Rescigno*, 19, Torino 1997, p. 557.; F ANELLI, *cit.*, p. 28.; A. LUMINOSO, Patto *commissorio* cit., p. 14; F. ASTONE, *Inadempimento del consumatore e autotutela del finanziatore tra (divieto del) patto commissorio e patto marciano*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 741 ss.; A CHIANALE, *cit.*, p. 110.

[167] *cfr*. Cass. Civ. Sez. II, 27 ottobre 2020, n. 23553, *in Giust. civ. Mass., 2020*; Cass. Civ. Sez. II, 11 settembre 2017, n. 21042, in Giust. civ. Mass., 2017; Cass. Civ., Sez. II, 21 gennaio 2016, n. 1075, con nota di C BOTTA, *Gli incerti confini applicativi del divieto del patto commissorio e il sempre più diffuso favore per la pattuizione marciana*, in *Nuova giur. civ.*, 2016, I, p. 908.

[168] Esprime con chiarezza la tripartizione delle alienazioni commissorie F. GAZZONI, cit., pp. 657-658. L'unico limite all'applicazione della disciplina di cui all'art. 2744 c.c. attiene alla cessione di diritti personali di godimento come nel caso della locazione (L. BARBIERA, *cit.*, p. 286). Ancora V. ROPPO, *Il divieto* cit., p. 558 che considera possibile ricondurre nell'ambito del divieto anche la cessione di diritti reali di garanzia. Contrasta con tale soluzione affermando l'eccezionalità del divieto A. DE MARTINI, *Il concetto del negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia*, in *Giur. it.*, 1946, I, 2, p. 327 ss.

debito in atto e non già pregresso e al momento dell'accordo rimasto insoluto (cd patto commissorio obbligatorio)[169], ovvero dei cd. patti commissori "occulti" che hanno ad oggetto la proprietà di terzi, i quali prestano il proprio bene a garanzia dell'adempimento del debito altrui[170].

Il tutto concorda con la cennata natura giuridica della norma considerata materiale ed espressiva di un divieto di risultato, atto a cooptare tutte quelle negoziazioni, ancorché meritevoli di tutela (si pensi al *sale and lease back*), la cui causa concreta non sia quella tipica del negozio utilizzato ma quella diversa del patto commissorio ovvero della illecita coercizione del debitore a trasferire un bene a scopo di garanzia nel caso di mancato adempimento della prestazione principale.

Rilevante, nell'ambito del dibattito sugli esatti confini del patto commissorio, la seconda categoria di accordi che viene occupata da molteplici fattispecie ricondotte allo schema generale delle alienazioni condizionate, sospensivamente all'inadempimento del debitore ovvero risolutivamente al suo pagamento.

Invero l'accoglimento dello schema dell'alienazione condizionata determina in favore del creditore la nascita di un vero e proprio "vincolo di destinazione" sul bene oggetto di vendita, ricondotto da una parte della dottrina, addirittura, allo schema dei negozi fiduciari, o meglio alla *fiducia cum creditore*[171]. Il creditore-acquirente al momento dell'adempimento è tenuto alla restituzione del bene ricevuto così venendo meno, con effetto retroattivo, la definitività dell'acquisto all'esito del negozio traslativo con funzione di garanzia.

La particolare ampiezza che oggi ha assunto la nullità radicale del divieto del patto commissorio si lega, quindi, all'evoluzione strutturale dell'istituto, che sconta secondo taluni di una eccessiva genericità tale da non consentire sulla sola base del dato testuale di

[169] Fattispecie che ha avuto la maggior applicazione in relazione al mutuo cui accede un contratto preliminare di compravendita con funzione di garanzia: Cass. Civ., Sez. II, 21 maggio 2013, n. 12462, in *Giust. civ.*, 2013, 10, I, p. 1991; in *Notariato*, 2013, 4, p. 364 ss, con nota di E. BRIGANTI, *Patto commissorio*; Cass. Civ., sez. III, 10 febbraio 1997, n.1233, in *Notariato*, 1998, 1-2, p. 299 ss. con nota di V. GAMMONE, *Breve rassegna di dottrina e giurisprudenza in tema di patto commissorio*; in tema di patto commissorio obbligatorio la pronuncia Cass. Civ., Sez. II, 23 ottobre 1999 n. 11924, in *Giur. it.*, 2000, p. 1599; *Id.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I. p. 597 ss., con nota di E. CAMILLERI, *Alienazione in garanzia conclusa in forma di preliminare*.

[170] La Suprema Corte ha affrontato anche l'ipotesi in cui non vi sia coincidenza tra le parti dell'obbligazione rispetto a quelle dell'alienazione in garanzia ritenendo irrilevante questa differenza ai fini dell'operatività del divieto: Cass. Civ., Sez. II, 05 marzo 2010, n. 5426, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, 3, p. 329 ss.; Cass. Civ., Sez. II, 29 agosto 1998, n. 8624, in *Foro it.*, 1999, I, p. 175-188. In dottrina S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B.*, cit., p. 45.

[171] L. BARBIERA, *cit.*, p. 286; richiama il tema del negozio fiduciario in relazione alle cessioni di crediti in garanzia dell'adempimento; anche P. PERLINGIERI, *Cessione dei crediti*, in *Comm. Scialoia-Branca*, 1982, p. 43 ss.; G. MESSINA, *Negozi fiduciari*, in *scritti giuridici*, Milano, 1948, pp. 52-101; V. M. TRIMARCHI, *Negozio fiduciario*, voce *Enc. diritto*, Milano, 1978, XXVIII, p. 32. Diversamente F. GAZZONI, *cit.*, p. 674 che rinvia all'orientamento giurisprudenziale volto a richiamare il solo schema della condizione in relazione a tali forme di accettazione; C. M. BIANCA, *Il divieto* cit., p. 298.

affermare l'illiceità di tutte le convenzioni, anche quella marciana, atte a riprodurne gli elementi[172].

Ancora sugli esatti confini del divieto esso veniva, inizialmente, limitato alle sole compravendite soggette a condizione sospensiva dell'inadempimento del debitore in cui non si produceva l'immediato trasferimento del diritto reale in favore del creditore[173], per poi essere, successivamente, esteso anche alle alienazioni in garanzia con trasferimento risolutivamente condizionato all'adempimento del debitore[174].

---

[172] L'evoluzione strutturale dell'istituto, in giurisprudenza, ha avuto la sua principale espressione in materia di vendita con patto di riscatto ex art. 1500 c.c.; la dottrina ha evidenziato la menzionata "genericità" che ha spinto alcuni a considerare come nulle anche quelle alienazioni accompagnate dalla cautela marciana (C. DE MENECH, Il patto marciano *cit*. p. 826).

[173] Tecnicamente si trattava di una vendita obbligatoria con accordo accessorio delle parti volto a rinviare l'effetto reale ad un momento successivo quale quello dell'inadempimento del debitore. Per cui il contratto risultava privo della sua giustificazione tipica di scambio per assumere quella vietata del patto commissorio. Orientamento che ha avuto costante applicazione in giurisprudenza fino al 1983 e risolto in senso ampliativo dalle Sezioni Unite del 1989: Cass. Civ., Sez. II, 12 dicembre 1986, n. 7385, in *Foro it.*, 1987, III, pp. 799-806; Cass. Civ., Sez. III, 30 novembre 1950, n. 2665, in *Giur.it.*, 1951, I, 1, p. 799 ss.; Cass. Civ., Sez. III, 30 novembre 1950, n. 2665, in *Giur.it.*, 1951, I, 1, p. 799 ss.; Cass. Civ., Sez. III, 14 maggio 1962, n. 1004, in *Foro it.*, 1963, I, p. 365; Cass. Civ., Sez. III, 23 ottobre 1965, n. 2219, in *Foro it.*, 1966, 6, pp. 1117-1124. Anche la dottrina ha inizialmente accolto la prospettiva restrittiva in esame: D. LOJACONO, *Il patto commissorio* cit., p. 106; D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu Messineo*, Milano, 1962, p. 1025 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1950, p. 237; G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Comm. Cod. civ.*, 1960, IV, 8, p. 123.; C. VARRONE, *Il trasferimento della proprietà* cit., p. 74 ss.

[174] Orientamento inaugurato con due celebri pronunce del 1983 e confermato dalla giurisprudenza a Sezioni Unite e dalla dottrina successiva: sul punto Cass. Civ., Sez. III, 3 giugno 1983 n. 3800, in *Giust. Civ.*, 1984, I, p. 1899; con nota di V. ROPPO, in *Nuova Giuris. Civ.*, 1985, I, p. 97 ss.; e in *Foro it.*, 1983, I, pp. 211- 212 (vendita con obbligo di retrovendita) e Cass. Civ., Sez. III, 06 dicembre 1983, n. 7271, in *Foro it.*, 1984, I, c. 426; in *Riv. it. leasing*, 1985, p. 136 (vendita con patto di riscatto).

Il richiamato formante giurisprudenziale si era stabilizzato con Cass. Civ., Sez. U., 3 aprile 1989, n. 1611, in *Corr. Giur*. 1989, p. 522; in *Riv. notar*., 1989, p. 890), e Cass. Civ. Sez. Un., 21 aprile 1989, n. 1907, in *Foro it*., 1990, I, pp. 205-212, con nota di VALCAVI, *Intorno al divieto del patto commissorio, alla vendita simulata a scopo di garanzia ed al negozio fiduciario*; immediatamente successive Cass. Civ., Sez. II, 27 febbraio 1991, n. 2126, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, c. 136; Cass., 27 settembre 1994, n. 7878, in *Contratti*, 1995, p. 271; in *Notariato*, 1995, p. 225; Cass. Civ., Sez. II, 28 settembre 1994, n. 7890, in *Corr. giur*., 1995, p. 60; in *Foro it*., 1995, I, c. 1227; Cass. Civ., Sez. II 4 novembre 1996, n. 9540, in *Riv. notar*., 1998, II, p. 1022- 1026, con nota di P. DE MARTINIS, *Alienazione a scopo di garanzia*; Cass. Civ., Sez. III, 10 febbraio 1997, n. 1233, in *Riv. notar.*, 1998, p. 299 ss.; Cass. Civ., Sez. II, 11 febbraio 1998, n. 1396, in *Riv. notar*., 1998, p. 745 ss.

In dottrina: G. DE NOVA, *Sull'interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contr. Imp.*, 1986, p. 783 ss.; A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto, art. 1500-1509, in Tratt. Schlesinger*, Milano, 1987, p. 221 ss.; C. M. BIANCA, *Il divieto* cit., p. 244 ss.; P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1983, p. 342; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, pp. 191-192; U. MORELLO, *Negozio giuridico (Negozio in frode alla legge)*, voce *Enc. giur. Treccani*, 1990, XX.

Invero, già prima di tale momento alcune pronunce isolate della S.C. avevano tentato di estendere analogicamente il divieto: Cass. Civ., Sez. III, 10 febbraio 1961, n. 288, in *Foro it*., 1961, I, p. 1155; Cass. Civ., Sez. III, 01 febbraio 1974, n. 282, in *Giur. it., 1974*, I, p. 1024.

Si riconosceva, infatti, la possibilità di evincere un accordo commissorio anche nelle vendite immediatamente produttive dell'effetto traslativo, caratterizzate da un patto accessorio di riscatto o di retrovendita, concluso a scopo di garanzia; si superava l'idea che il patto commissorio determinava il trasferimento della proprietà solo al momento dell'inadempimento (cd. criterio cronologico) per sostenere una diversa interpretazione connessa ad una visione funzionale dell'intera dinamica contrattuale per cui ciò che rilevava non era il momento della produzione dell'effetto reale, ma quello causa dell'intera vicenda contrattuale (cd. criterio funzionale). Qualora dall'accordo si evince lo scopo di garanzia e non quello di scambio, a prescindere dalla verificazione dell'effetto derivativo, il negozio non potrebbe che essere nullo per violazione del divieto del patto commissorio.

In tutti questi casi, è chiaro, non è la compravendita a determinare l'acquisto in favore del creditore, ma l'eventuale e successivo inadempimento del debitore, il quale rappresenta l'unico fattore produttivo del trasferimento del diritto reale o della stabilizzazione dello stesso[175].

La corretta attuazione del rapporto obbligatorio garantito da parte del debitore opera, quindi, alla stregua di un vero e proprio riscatto del bene già venduto oppure come la fonte dell'obbligo per il creditore di ritrasferire il diritto di proprietà sul bene precedentemente ricevuto.

In entrambi i casi si instaura un vincolo di destinazione sul bene finalizzato alla garanzia del credito in capo al presunto acquirente che a seguito dell'inadempimento del debitore, di norma mutuatario nelle obbligazioni pecuniarie, consegue la titolarità del diritto in termini definitivo e irrevocabile.

L'irrilevanza della tempistica procedimentale tra alienazione in garanzia e meccanismo condizionale, per come fissato dall'art. 2744 comma 2 c.c., viene colta dalla Suprema Corte che, riferendosi alla funzione del divieto del patto commissorio, pone al centro dello stesso l'accertamento della situazione di coercizione del creditore ai danni del proprio debitore, a prescindere dal momento di verificazione dell'effetto reale quale conseguenza della vendita. Sussiste, allora, uno stretto collegamento tra causa e condizione[176] che, in questo caso, perderebbe la sua funzione tipica di elemento accidentale del contratto per configurarsi come il concreto risvolto della giustificazione causale di tali fattispecie che perderebbero la loro

[175] La Cassazione ha chiarito che anche quando sia previsto il trasferimento effettivo del bene, si può pervenire alla nullità se la stipulazione avviene "per una causa di garanzia (piuttosto che per una causa di scambio)", poiché "il versamento del danaro, da parte del compratore, non costituisca pagamento del prezzo ma esecuzione di un mutuo, ed il trasferimento del bene serva solo per costituire una posizione di garanzia provvisoria capace di evolversi a seconda che il debitore adempia o meno l'obbligo di restituire le somme ricevute" (Cass. Civ., Sez. II, 20 luglio 2001, n. 9900 in *Giust. civ. Mass*., 2001, p. 1432; Cass. Civ., sez. II, 08 febbraio 2007, n. 2725, in *Giust. civ. Mass*. 2007, p. 2).

[176] Coglie tale contaminazione la giurisprudenza della Suprema Corte che precisa come nei casi di vendita con patto di riscatto il patto accessorio non costituisce un mero motivo del negozio giuridico ma connota la vera e propria causa della operazione negoziale, posto che il trasferimento della proprietà trova obiettiva giustificazione nel fine di garanzia (Cass. Civ., Sez. un., 3 aprile 1989, n. 1611).

funzione tipica di scambio per assumere la diversa e atipica funzione di garanzia vietata ai sensi dell'art. 2744 c.c., salvo contenere il correttivo del marciano.

Dunque, da molti si è ritenuto come l'ambito di operatività del divieto del patto commissorio, al pari dell'accordo marciano, sia quello delle alienazioni con scopo di garanzia soggette a condizione sospensiva o risolutiva del comportamento solutorio del debitore[177]. Per cui la natura di norma di rinvio materiale sarebbe limitata alle ipotesi tipiche individuate nelle garanzie reali e alle alienazioni condizionate.

In verità, diversamente, il passaggio evolutivo è stato quello di leggere il divieto di cui all'art. 2744 c.c. come esteso a tutti i negozi dell'autonomia privata connotati dalla causa vietata del patto commissorio conseguendo il creditore, attraverso la stipulazione, un bene determinato senza valutare la congruenza tra i valori e la possibilità del debitore di conseguire l'eventuale eccedenza[178].

Emerge una soluzione imperniata sulla nozione di causa intesa in concreto o come funzione economico-individuale di quella specifica negoziazione che, trascende quella astratta del negozio formalmente utilizzato, per imporre un accertamento circa la specifica ragione della convenzione negoziale utilizzata, meritando la nullità per violazione dell'art. 2744 c.c. qualsiasi alienazione in garanzia, a prescindere dal momento del trasferimento del diritto e della struttura negoziale prescelta dalle parti.

La valutazione funzionale consente, quindi, di estendere la portata applicativa della nullità radicale fissata dalla disposizione dell'art. 2744 c.c., ovvero considerare la concreta negoziazione in frode alla suddetta disposizione[179], a tutte quelle convenzioni riproduttive

---

[177] A. LUMINOSO, *Patto commissorio* cit., p. 12 ss.; l'Autore individua "l'area concettuale entro la quale viene tradizionalmente collocato il patto commissorio è quella delle alienazioni con funzione di garanzia". In tal senso anche L. BARBIERA, cit., p. 308 che considera il "meccanismo condizionale" connaturale al patto e volto ad assicurare al creditore la sottrazione dall'aggressione il bene oggetto del patto sia dagli altri creditori che dal proprio debitore.

[178] Specifica tale situazione Cass. Civ., Sez. II, 20 febbraio 2013, n. 4262 in *Giust. civ*., 2013, 3-4, I, p. 567, che muovendo dalla natura materiale della disposizione ha chiarito che "non sia possibile in astratto identificare una categoria di negozi soggetti a tale nullità, occorrendo invece riconoscere che qualsiasi negozio può integrare tale violazione, quale che ne sia il contenuto, nell'ipotesi in cui venga impiegato per conseguire il risultato concreto, vietato dall'ordinamento giuridico, di far ottenere al creditore, mediante l'illecita coercizione del debitore al momento della conclusione del negozio, la proprietà del bene dell'altra parte nel caso in cui questa non adempia la propria obbligazione". In tal senso anche Cass. Civ., Sez. II, 12 gennaio 2009, n. 437, in *Giust. civ. Mass*. 2009, 1, p. 39; in *Contratti*, 2009, p. 803, con nota di Galati, Divieto di patto commissorio e contratto di anticresi)

[179] Il richiamo rievoca il tema delle sanzioni apprestate dall'ordinamento in relazione alle modalità sanzionatorie connesse al divieto del patto commissorio. Sul punto è possibile sintetizzare in giurisprudenza ben tre diversi orientamenti che, pur concordando sulla natura del divieto come ampio o di risultato, hanno affrontato la questione. Già dalle pronunce delle Sezioni Unite del 1989 emergeva tale distanza, prevedendo la sentenza n. 1611 in materia di vendita di garanzia con patto di riscatto la nullità dello stesso sulla base degli articoli 1344 e 2744 c.c.; mentre, la successiva pronuncia n. 1907 accoglieva la prospettiva più antica che utilizzava l'istituto della simulazione considerando l'alienazione come il negozio apparente, mentre il negozio effettivo nullo per contravvenzione alla norma imperativa che pone il divieto del patto commissorio.

degli elementi del patto commissorio, sanzionandosi non già l'utilizzo di uno specifico strumento contrattuale con eventuale impoverimento del debitore[180] quanto quegli accordi tesi a sfruttare la posizione di supremazia del creditore ad esclusivo danno a carico del debitore.

Sottolinea parte della dottrina come l'obiettivo perseguito con la previsione del divieto non può che essere quello di contrastare la stessa "essenza" del patto caratterizzata da "realità e retroattività, che attribuisce al privato poteri incontrollabili"[181] dall'ordinamento statuale con la presenza di un pericolo di prevaricazione della sfera giuridica del debitore.

Ai soli fini esemplificativi tra le più diffuse le note fattispecie della procura a vendere conferita al creditore con funzione di garanzia[182], il mandato *in rem propriam* all'incasso accompagnato da un patto di compensazione[183] e il *sale and lease back* piegato alla funzione di garanzia[184].

Infine, una terza posizione fatta propria da una parte della dottrina e della giurisprudenza a sezioni semplici considerava l'accordo di garanzia come nullo per illiceità della causa ex art. 1343 c.c. (tra gli altri V. ROPPO, nota a Cass. Civ., Sez. III, 3 giugno 1983 n. 3800 e Cass. Civ, Sez. II, 16 aprile 1987, n. 3784, in *Foro it.*, Rep. 1988, voce *Patto commissorio.*)

La contrapposizione esaminata è, in parte, ancora oggi presente: si pensi alla decisione della Suprema Corte del 21 gennaio 2016, n. 1075 che richiama l'istituto della frode alla legge, diversamente dalla sentenza n. 1625 del 28 gennaio 2015 che utilizza la nullità strutturale per causa illecita.

[180] Si pensi alle ipotesi lecite della dazione di pagamento o della cessione dei beni ai creditori conseguendo nella prima ipotesi il creditore una prestazione di valore eccedente quella dovuta. Invero, diverge la fattispecie di cui all'art. 1197 c.c. da quella vietata dall'art. 2744 c.c. sul piano operativo, prima che funzionale, poiché la dazione di pagamento "cancella" la prestazione originaria rispetto al patto commissorio che nasce a garanzia della stessa. Sul punto A. LUMINOSO, *La vendita con patto di riscatto* cit., p. 243; Id., *Alla ricerca degli arcani confini* cit., p. 221.

[181] G. BRIANDA, *Le prospettive del divieto* cit., p. 809.

[182] Da ultimo Cass. Civ., Sez. II, 10 marzo 2011, n. 5740, in *Foro It.*, 2012, 4, pp. 1171-1178. Sulla questione del nesso teleologico tra mutuo e procura a vendere con funzione di garanzia anche Cass. Civ., Sez. II, 29 agosto 1998, n. 8264, in *Foro it.*, 1999, pp. 175-188; Cass. Civ. Sez. II, 01 giugno 1993, n. 6112, in *Riv. Dir. Comm*., 1994, II, p. 135; *Id*., 5 febbraio 1979, n. 766, in *Riv. Notar*., 1979, p. 619. In dottrina R. GENGHINI, *Patto commissorio e procura a vendere*, in *Cont. Impr.*, 1995, p. 260.

[183] La Suprema Corte (Cass. Civ., Sez. I, 28 maggio 2020, n.10092) ha, da ultimo, affrontato la questione escludendo in relazione al mandato irrevocabile all'incasso la violazione del divieto del patto commissorio. La posizione in esame considera la causa solutoria della fattispecie del mandato diversamente dalla funzione di garanzia che assume la cessione del credito *in quanto negozio traslativo a causa variabile, senza che ciò ne invalidi il naturale effetto traslativo, attraverso il quale piuttosto essa si attua*. Il tema del mandato irrevocabile all'incasso viene diffusamente affrontato da C. BOTTA, *Il mandato irrevocabile all'incasso. Autonomia privata, cooperazione gestoria e tutela degli interessi dei creditori*, Napoli, 2005.

[184] Rappresenta certamente uno dei contratti maggiormente utilizzati nella pratica commerciale. Ammesso il negozio di *sale and lease back* il problema si è posto per la diversa ipotesi di *lease and sale back*; siamo in presenza di un contratto meritevole di tutela e lecito qualora concluso nel perseguimento della sua funzione tipica di finanziamento all'impresa, mentre si intende vietato perché violativo del divieto del patto commissorio qualora idoneo a celare una funzione di garanzia. La Suprema Corte, con orientamento consolidato considera nullo perché in frode alla legge il *leasing* di ritorno nella sua formazione "anomala" in violazione del divieto del patto commissorio introducendo una serie di "*street test"* per verificare in concreto se l'accordo sia idoneo ad eludere la norma di cui all'art. 2744 c.c.; nella specie "gli elementi ordinariamente sintomatici della frode

2. La ratio del patto commissorio: il vero criterio differenziale.

La richiamata assolutezza del divieto del patto commissorio veniva, e per la verità viene, ispirata, più che dalla causa, dalle ragioni poste a fondamento dello stesso, che sono state da sempre oggetto di disputa in dottrina e giurisprudenza[185].

Ragioni che evidenziano la necessità di pervenire alla nullità della stipulazione negoziale concreta e, anche, alla sua eventuale salvezza, laddove connotata degli elementi strutturali della cautela marciana.

Si evidenziano in *subiecta materia*, essenzialmente, tre principali impostazioni all'interno delle quali diversi Autori hanno disegnato, in termini peculiari, la specifica *ratio* del richiamato divieto. La molteplicità e, soprattutto, la rilevante eterogeneità degli spunti interpretativi cui si farà riferimento, si deve, sin da subito, evidenziare come sia soggetta a molteplici profili dubitativi, così da doversi escludere la possibilità di ritenere chiuso e concluso il dibattito e, dunque, assegnare al richiamato divieto un fondamento certo o, comunque, prevalente.

La prima e più radicata impostazione, cd soggettivistica, rileva la necessità di considerare il divieto posto a tutela interessi particolari nel contesto del rapporto obbligatorio.

La tutela di siffatti interessi è stata oggetto, però, di diverse proposte interpretative: la prima, meno recente, considerava il divieto volto a contrastare evitare il fenomeno usurario e, quindi, rivolto a tutelare i debitori dall'approfittamento del proprio creditore[186]; orientamento che confermava il rapporto di principio-eccezione tra il patto vietato e la

---

alla legge sono essenzialmente tre, così individuati: 1) la presenza di una situazione di credito e debito tra la società finanziaria (concedente) e l'impresa venditrice utilizzatrice, preesistente o contestuale alla vendita; 2) le difficoltà economiche dell'impresa venditrice, legittimanti il sospetto di un approfittamento della sua condizione di debolezza; 3) la sproporzione tra il valore del bene trasferito e il corrispettivo versato dall'acquirente, che confermi la validità di tale sospetto" (da ultimo, Cass. Civ., sez. III, 22 febbraio 2021, n. 4664, in *Foro it.*, 2021, 4, I, p. 1223). Anche Cass. Civ., Sez. I, 28 maggio 2018, n.13305, in *Giust. Civ. Mass.*, 2018; Cass. Civ., Sez. II, 29 marzo 2006 n. 7296, in *Dialoghi dir. trib*., 2006, p. 645 ss.; Cass. Civ., Sez. III, 16 ottobre 1995, n. 10805, in *Foro it.*, 1986, 119, pp. 3491-3504.
Per un'approfondita analisi vedi L. BARBIERA, *Cit.*, p. 320 ss.

[185] Tentano di ricostruire il dibattito T. RUMI, *Il prestito vitalizio* cit., p. 108; e F. CARNELUTTI, *Note sul patto commissorio*, in *Studi di diritto processuale*, 1925, I, p. 487 ss.; P. GALLO, *Art. 2744*, in *Comm. cod. civ.*, (diretto da E. GABRIELLI), Assago, 2016, p. 979 ss.
Sulla ricostruzione del fondamento del divieto devono citarsi pure G. SASSI, *Garanzie del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999, p. 216 ss.; M. DI PAOLO, *Patto commissorio*, voce del *Digesto civ.*, Torino, 1995, XIII, p. 309; G. MINNITI, *Patto marciano e irragionevolezza di disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 29 ss.;

[186] D. LOJACONO, *cit.*, p. 36 ss. Una presa di posizione già affermata nel diritto romano che aveva fissato il divieto nel 324 D.C. sulla base di istanza di protezione del debitore vittima dell'usura. G. OBERTO, *Vendita con patto di riscatto, divieto del patto commissorio e contratto di lease back*, in *Quadr.*, 1984, p. 353.

cautela marciana che, postulando l'equità della contrattazione in garanzia, avrebbe il merito di evitare l'abuso del creditore.

Nell'ambito della teoria soggettivistica rileva, poi, una seconda corrente interpretativa[187], ripresa anche dalla giurisprudenza contemporanea[188], che considera quale effettiva ragione del divieto di risultato *de qua* quella di salvaguardare gli interessi della parte debole del rapporto obbligatorio dalla prevaricazione ovvero dalla coercizione del creditore. La volontà ordinamentale espressa dal divieto in esame (nella sua massima estensione) è quella di evitare, da parte del creditore, abusi ai danni del debitore attraverso forme di coazione psicologica volte a spingerlo a prestare un consenso non effettivamente voluto. La coercizione rappresenta la spinta psicologica rivolta dal creditore al debitore al fine di concludere l'accordo di garanzia con prestazioni, di norma, eccedenti rispetto al valore del credito garantito.

La ragione, quindi, che giustifica il divieto predisposto dall'art. 2744 c.c. è individuata nella necessità di inibire al creditore di acquisire l'esubero tra il valore del bene trasferito in garanzia e il valore del credito garantito ottenuto approfittando, al contempo, della situazione di profonda debolezza economica e mentale in cui versa il debitore.

Un'autorevole Autore[189] sintetizzava la suddetta *ratio* dell'abuso del creditore con la formula *debitoris suffocatio,* espressione che considerava la condizione soggettiva di soffocamento, di debolezza o, addirittura, di stato di bisogno in cui versa il debitore nei confronti degli immorali attacchi patrimoniali del proprio creditore. L'imposizione del creditore espone il debitore ad un grave pregiudizio, quello di perdita di un bene di valore rilevante, senza alcun potere di reazione, dovendo sottostare al suo potere di autosoddisfazione, talvolta, ultronea rispetto alla pretesa garantita.

Si ritiene necessario proteggere la "volontà minorata" del debitore attraverso il confezionamento, per il tramite della sanzione predisposta dall'art. 2744 c.c., di una presunzione *iuris et de iure* di iniquità del trasferimento della cosa trasferita in garanzia[190].

Le istanze di protezione della posizione di quello che potremmo definire, allora, come il contraente debole nella dinamica contrattuale, ovvero il debitore, sono perseguite dal

---

[187] Su di tutti D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu – Messineo*, Milano, 1971, XXIII, p. 1027; anche, F. MARTORANO, *Cauzione e pegno irregolare*, in *Riv. dir. comm*., 1960, I, p. 115; M. D'AMELIO, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale: disposizioni generali*, in *Comm. D'Amelio–Finzi*, Firenze, 1943, p. 659; M. FRAGALI, *Del mutuo* cit., p. 231 ss.

[188] Cass. Civ., Sez. II, 21 maggio 2013, n. 12462; Cass. Civ., Sez. II, 9 maggio 2013, n. 10986; Cass. Civ., Sez. II, 12 gennaio 2009, n. 437; Cass. Civ., Sez. II, 15 aprile 1998, n. 4095, in *Foro it.*, 1998, 1, p. 1820 ss.

[189] Già nella Relazione al Re del Codice del 1942 n. 1127. Riprende tale espressione E. CARBONE, *Debitoris suffocatio* cit., p. 1103 ss.; L. LORDI, *Del pegno*, in *Comm. D'Amelio-Finzi*, Firenze, 1943, p. 649; F. MARTORANO, *Cauzione* cit., p. 115; P. RESCIGNO, *Manuale* cit., p. 611; G. MINNITI, *Patto marciano* cit., p. 29; considerava immorale l'approfittamento del creditore R. J. POTHIER, *Trattato del contratto di pegno*, (trad.it.) Napoli, 1831, p. 10.

[190] Si esprime con tale terminologia C. DE MENECH, *Il patto marciano* cit., p. 828.

legislatore del 1942 per il tramite di una sanzione forte quale la nullità dell'alienazione[191], che in tale settore sembra assumere il volto di quella di protezione. Da ciò, subisce un chiaro rafforzamento la convinzione circa la liceità, della deroga al principio, del patto marciano che garantendo l'equilibrio dei valori e la restituzione dell'eccedenza evita la sperequazione tra le posizioni giuridiche che proprio la sanzione della nullità, protettiva, vuole eliminare.

Nel contesto, poi, della posizione soggettiva spicca quella tesi che considerava il divieto posto a presidio di una particolare esigenza, quella di salvaguardare la *par condicio creditorum*[192]. Si ritiene, infatti, che attraverso la conclusione dell'iniqua alienazione in garanzia si pregiudicano le istanze anche degli altri creditori, i quali vedrebbero fortemente ridotta la garanzia patrimoniale del debitore non potendo aggredire il bene oggetto di alienazione ormai trasferito al creditore.

Sul punto è possibile valorizzare anche un argomento normativo che tiene conto della collocazione codicistica sia del divieto che del principio dell'egual diritto dei creditori sul patrimonio del debitore nel contesto delle disposizioni generali in tema di responsabilità patrimoniale.

Ecco che ritorna il tema già affrontato della prelazione che in tale contesto manifesta tutta la sua atipicità conseguendo il creditore, attraverso il trasferimento temporaneo della proprietà di un bene o la cessione di un credito, un vero e proprio diritto di preferenza nei

---

[191] Proprio la sanzione della nullità rappresenta, secondo parte della dottrina, il principale rilievo critico alla teoria soggettivistica rappresentata. Il Codice del 42 non conosce il tema delle nullità protettive che rappresenta uno dei momenti di evoluzione del sistema rimediale civile, ispirato alla disciplina comunitaria in materia di contratti finanziari e di consumo.

In senso critico all'applicazione della nullità, ritenendo sufficienti e meno invasivi i rimedi dell'azione di annullamento o della rescissione: C. BOTTA, *Gli incerti* cit., p. 915; C. M. BIANCA, *Il divieto del patto* cit., p. 828; E. CARBONE, *Debitoris suffocatio* cit., p. 1094; C. DE MENECH, *Il patto marciano* cit., p. 828; C. VARRONE, *Il trasferimento* cit., p. 51 ss.

Parte della dottrina ha auspicato il superamento della nullità nella logica di evitare una diversa sperequazione del rapporto attraverso l'utilizzazione del rimedio da parte del debitore che voglia strumentalmente liberarsi dal vincolo di garanzia M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio* cit., p. 218.

[192] In termini generali sulla *par condicio creditorum* P. SCHLESINGER*, L'egual diritto di essere soddisfatti sui beni del* debitore, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 359 ss.; G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2011, p. 1 ss.; A. RAVAZZONI, *Sull'egual diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Riv. dir. priv.*, 1996, p. 275 ss.

Sul fondamento del divieto del patto commissorio in tali termini L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971, p. 259 ss.; G. RISPOLI, *Ai confini del divieto del patto commissorio*, in *Giust. Civ.*, Milano, 10/2013, p. 697 ss. Già in epoca meno recente F. CARNELUTTI, *Mutuo pignoratizio e vendita con clausola di riscatto*, Padova, 1946, p. 159; F. TALASSANO, *Divieto di patto commissorio*, in *Giur. compl. cass. civ*., 1947, III, p. 368; V. ANDRIOLI, *Tutela dei diritti* cit., p. 53; G. STOLFI, *Promessa di vendita e patto commissorio*, in *Foro Pad.*, 1957, I, p. 767: Detto indirizzo è stato ripreso da Cass. Civ., Sez. un., 3 aprile 1989 n. 1611 e 21 aprile 1989 n. 1907, cit.; Cass. Civ., Sez. II, 05 marzo 2010, n. 5426, *cit*.; Cass. Civ., Sez. II, 12 gennaio 2009 n. 437, in *Contratti*, 2009, p. 803; Cass. Civ., Sez. II, 29 agosto 1998 n. 8624, in *Giur. it.*, 1999, I, p. 1825; in *Foro it*., 1999, 122, p. 175 ss.; Cass. Civ., Sez. II, 11 febbraio 1998 n. 1396, in *Riv. not*., 1998, p. 745; Cass. Civ., Sez. III, 10 febbraio 1997 n. 1233, in *Foro it.*, 1997, 1210, p. 2981; Cass. Civ., Sez. II, 4 novembre 1996, n. 9540, in *Notariato*, 1998, p. 1013; Cass. Civ., Sez. II, 4 marzo 1996 n. 1657, in *Contratti*, 1996, p. 442; Cass. Civ., Sez. II, 28 settembre 1994 n. 7890, in *Foro it*., 1995, I, p. 1227.

confronti dei concreditori del comune debitore. La prelazione si esplicita in un diritto di preferenza dotato di poca cedevolezza e garantita, oltre che dal contratto stipulato, anche dalla pubblicità che normalmente lo accompagna, idonea a consentire la conoscibilità dell'alienazione da parte degli altri consociati. La preferenza, diversamente dal correttivo marciano, danneggia fortemente gli altri creditori che perderebbero qualsivoglia potere di soddisfazione sul patrimonio del debitore non potendo conseguire neanche l'esubero a causa della mancanza di un obbligo di prevedere l'equivalenza tra i valori[193].

La più volte citata presunzione di liceità del correttivo marciano viene, però, superata da altra parte della dottrina che sottolinea, in termini generali, la violazione del principio della *par condicio* da parte di tutte le alienazioni con scopo di garanzia; le stesse, compresa quella connotata dagli elementi strutturali del marciano, infatti, sono idonee a soddisfare il creditore procedente, e potrebbero talvolta evitare la lesione dell'interesse patrimoniale del debitore, ma non tutelano la platea degli altri creditori che vedrebbero sottrarsi un bene alla garanzia patrimoniale generica del comune debitore[194].

Ancora una volta, però, la principale *defaillance* di tale posizione, che legge il divieto ispirato alla disciplina dell'art. 2741 c.c., attiene alla particolare gravosità della sanzione prevista come conseguenza della violazione della norma di cui all'art. 2744 c.c. che non si riuscirebbe a coordinare con il rimedio di tutela tradizionale esercitabile dai creditori per gli atti di disposizione pregiudizievoli posti in essere dal debitore, ovvero l'azione revocatoria, il cui accoglimento determina l'inefficacia del negozio e non la nullità dello stesso[195]. Invero, anche la critica è stata oggetto di rilevanti obiezioni considerato che l'azione revocatoria non potrebbe prescindere dalla dimostrazione della *scientia fraudis* ovvero del *consilium fraudis* in capo al debitore che, nel contesto delle alienazioni in garanzia, non presta il proprio consenso in mala fede o, comunque, nella volontà di frodare gli altri creditori[196].

Dalle teorie soggettivistiche innanzi richiamate si distinguono quelle pubblicistiche, che considerano il divieto posto dall'art. 2744 c.c. a presidio di interessi generali e non particolari del debitore o degli altri creditori.

---

[193] Accoglie *latu sensu* questa prospettiva V. DANUSSO, *Patto commissorio e vendita a scopo di garanzia*, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, p. 1648, che valuta la posizione del creditore acquirente, il quale in pregiudizio degli altri creditori, percepisce dalla stabilizzazione del proprio acquisto un ricavo eccedente rispetto al credito vantato. Non mancano orientamenti che hanno conciliato la funzione della *par condicio creditorum* con la cautela marciana nella convinzione che l'equivalenza tra i valori esclude anche la lesione degli altri creditori: ANDRIOLI, *Tutela dei diritti* cit., p. 53.

[194] F. REALMONTE, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, in *Foro it.*, 1989, I, p. 1444.

[195] C.M. BIANCA, *Il divieto del patto* cit., p. 214.

[196] Solleva la suddetta contro-critica altra parte della dottrina che evidenzia come nel *genus* delle alienazioni con scopo di garanzia sia effettivamente difficile accertare una volontà fraudolenta del debitore ai danni degli altri creditori (L. BARBIERA, *cit.*, p. 316).

Nel contesto del *genus* pubblicistico non rileva tanto quella tesi che aveva interpretato il divieto del patto commissorio in chiave sociale[197], quanto quella diversa impostazione che riteneva fondata la nullità sulla base del dogma del monopolio statale della procedura esecutiva, elusa dagli accordi in garanzia idonei a consentire l'autosoddisfacimento del creditore senza passare per l'intervento pubblico del Giudice dell'Esecuzione[198]. Il divieto avrebbe la funzione di rafforzare il principio di "irrinunziabilità"[199] delle forme pubblicistiche di espropriazione del debito, principale limite alla possibilità di convenire forme negoziali di esecuzione privata a discapito dell'intervento statuale.

La preventiva regolamentazione normativa del procedimento esecutivo e la presenza dell'A.G. hanno la funzione di evitare gli abusi del creditore nei confronti del proprio debitore e tutelano, al contempo, le posizioni degli altri creditori che godono di un potere di intervento nell'*iter* processuale, peraltro garantito da un preventivo onere di avviso in capo al creditore procedente per come stabilito dall'art. 498 c.p.c.

Anche in questo caso si potrebbe parlare di un danno sociale e economico, ma soltanto in senso figurato, nella misura in cui si deroga all'obbligo di ricorrere al potere cognitivo dell'autorità per consentire al creditore di disporre unilateralmente della sfera patrimoniale del debitore appropriandosi dei suoi beni senza accertare la congruenza tra i valori e prevedere procedimenti obbligatori di restituzione dell'eccedenza.

La critica mossa alla richiamata impostazione muove da plurimi dati normativi già previsti nel Codice civile del 1942. Non sono, infatti, sconosciuti meccanismi legali di autosoddisfacimento del creditore sul patrimonio del debitore senza passare per l'intermediazione del Giudice. Anzi, nel nostro sistema non è certamente disconosciuta tanto la funzione di garanzia quanto quella esecutiva assegnando a molteplici istituti il perseguimento di tali istanze.

Su di tutti il già invocato art. 1851 c.c., ritenuto, addirittura, il primordiale fondamento della cautela marciana, che giustifica in favore del creditore un potere di appropriazione del

---

[197] U. CARNEVALI, voce *Patto commissorio* cit., p. 500; C. M. BIANCA, *Patto commissorio*, in *Noviss. Dig. It.*, XII, Torino, p. 717 ss. considerano il patto in chiave sociale per il pregiudizio arrecato alla generalità dei consociati di un accordo solutorio che sfugge alle garanzie del processo. Proprio quest'ultimo Autore nell'opera citata ha sostenuto che "il divieto comminante la nullità radicale del patto commissorio non ha il suo fondamento nell'esigenza di tutela di un contraente più debole (o di altri interessi) contro le possibili inique condizioni di un contraente più forte ma, come crediamo, nell'esigenza generale di impedire la possibile diffusione di un patto tendenzialmente abusivo a convenzione di stile nei rapporti di garanzia reale".

[198] *Cfr.* E. BETTI, *Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di* obbligazioni, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, p. 699. Fondamento richiamato nella codificazione post-unitaria e ripresa all'indomani della previsione dell'art. 2744 c.c. Si rinviene in questa materia un principio di ordine pubblico che impone l'obbligo per ogni creditore di utilizzare la procedura esecutiva giudiziale che, attraverso le sue garanzie, evita qualsiasi prevaricazione ai danni del debitore. Anche U. MIELE, *Sul patto commissorio immobiliare*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, II, p. 69 ss. e M. FRAGALI, *Del mutuo* cit., p. 252 ss.
Da ultimo, sembra indirettamente accogliere la prospettiva pubblicistica T. RUMI, *Il prestito vitalizio ipotecario* cit., p. 110.

[199] M. FRAGALI, *Dell'anticresi* cit., p. 166.

bene pignorato fino al valore del credito garantito[200]. Ancora, la *datio in solutum*, prevista all'art. 1197 c.c., la quale consente al creditore di ottenere dal proprio debitore una prestazione anche di valore eccedente rispetto al *quantum* di pretesa vantata. Sul punto sostengono l'autotutela esecutiva, la cessione di un credito in luogo dell'inadempimento ex art. 1198 c.c., l'art. 1515 c.c., la *cessio bonorum* e, *principaliter*, la disciplina del pegno che ammette la possibilità in capo al creditore, in alcune ipotesi specifiche, di appropriarsi del bene consegnato in garanzia ovvero di quella parte di credito entro il valore della pretesa vantata nei confronti del proprio debitore, con l'obbligo di restituire al proprio debitore l'eventuale eccedenza.

Completa, infine, la disciplina normativa codicistica il complesso delle varianti di marciano speciale introdotte dal legislatore a partire dal D. Lgs. 170 del 2004 in materia di contratti di garanzia finanziaria. In tal senso la riconosciuta tipizzazione, anche se in chiave sociale, di un marciano "primo" o ordinario rappresenta la principale espressione della sussistenza all'interno del nostro ordinamento di procedimenti di autotutela esecutiva creditoria stragiudiziale.

Infine, una terza posizione che potremmo definire mista (e, non propriamente soggettiva), avallata dalla giurisprudenza più recente[201], ha considerato come duplici le ragioni che fondano il divieto del patto commissorio. Si ritiene come la nullità dell'art. 2744 c.c. sia rivolta a colpire tutti quegli accordi traslativi in funzione di garanzia lesivi sia della posizione soggettiva del debitore che degli altri creditori, ovvero caratterizzati dalla violazione del principio della *par condicio creditorum*. Secondo la richiamata posizione le due ragioni, *ex later debitoris* e *creditorum*, non potrebbero essere confliggenti ma concorrenti, operando alla stregua di una vera e propria endiadi, idonea ad escludere la presenza di un accordo violativo del divieto la sola presenza di una clausola di equivalenza tra i valori.

Ciò incide proprio sull'operatività del patto marciano e sulla efficacia salvifica rispetto all'accordo commissorio nella misura in cui garantendo l'equilibrio tra i valori e la restituzione del *surplus* tutela, al contempo sia il debitore che gli altri creditori, i quali potranno far valere in sede esecutiva le proprie pretese creditorie sull'esubero restituito[202].

---

[200] Da ultimo Cass. Civ., Sez. I, 21 settembre 2022, n. 27615, in *Giust. civ. Mass.*, 2022. Vedi *infra*, nota n. 332. Per uno studio accurato della fattispecie vedi A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 82 ss.

[201] T. MANCINI, *Vendita con patto di riscatto e nullità ex art. 2744 c.c.*, in *Foro.it.*, 1966, I, p. 1120 ss.; S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 1950, p. 298 ss. 142 Al riguardo cfr. M. BUSSANI, *Coesistenza di vendita e mutuo*, in *Nuova giur. civ. comm*.,1989, I, p. 285; P. CARBONE, *Nullità. Rilevabilità d'ufficio. Vendita. Patto di riscatto. Divieto del patto commissorio*, in *Nuova giur. civ. comm*., 1989, I, p. 348.Valorizzano un'opzione qualificabile come plurioffensiva del divieto connotato dalla duplice e concorrente *ratio* già Cass. Civ., Sez. U., 3 aprile 1989, n. 1611, cit., e Cass. Civ. Sez. Un., 21 aprile 1989, n. 1907, cit.; orientamento ripreso da Civ., Sez. III, 17 gennaio 2020, n. 844; Cass. Civ., 29 marzo 2006 n. 7296, in *Dialoghi dir. trib*., 2006, p. 645; Cass. Civ., Sez. III, 14 marzo 2006 n. 5438, in *Riv. not*., 2006, II, p. 1571; Cass. Civ., Sez. III, 21 gennaio 2005 n. 1273, in *Riv. not*., 2006, I, p. 177; Cass. Civ., Sez. III, 1 luglio 1997, n. 6663, in *Riv. not*., 2006, 1998, I, p. 3237.

[202] G. SASSI, *Garanzie del credito* cit., p. 292.

In dottrina[203], si è, però, affermato come il richiamato orientamento risulta criticabile sulla base di due diverse motivazioni: la prima, attiene alla tradizionale contrapposizione tra l'interesse del debitore rispetto a quello degli altri creditori che non potrebbero essere tutelati con il medesimo istituto.

In secondo luogo, si valorizza la considerazione ora espressa in merito al patto marciano, venendo meno la nullità dell'accordo in presenza di un patto rispettoso di uno dei due interessi ora richiamati.

[203] L. BARBIERA, *Cit.*, p. 318.

2.1. La cautela marciana e il divieto di cui all'art. 2744 c.c.: effetto salvifico o species di alienazione con scopo di garanzia autonoma connotata dalla stessa causa?

Il tentativo di ricostruzione della disputa sulle *ragiones* del divieto del patto commissorio incide, inevitabilmente, sull'ammissibilità all'interno del contesto delle alienazioni con scopo di garanzia della cautela marciana. Quest'ultima rappresenta, oggi, un vero e proprio limite all'operatività della sanzione della nullità ai sensi dell'art. 2744 c.c. avendo la specifica funzione di evitare, qualora prevista dai contraenti, la sperequazione data dall'incongruenza dei valori[204] o, comunque l'approfittamento del creditore ai danni del proprio debitore[205].

Prima di considerare il tema della liceità del marciano in contrapposizione alla nullità per violazione del divieto del patto commissorio, si deve, necessariamente affrontare il preliminare profilo dell'evoluzione che ha accompagnato il richiamato divieto.

L'evoluzione dottrinaria e giurisprudenziale del divieto può essere sintetizzata in tre diversi passaggi fondamentali: nella prima fase, si è proposta una lettura statica del divieto che considerava la fattispecie di cui all'art. 2744 c.c. alla stregua di un vero e proprio principio generale tale da giustificare l'ipertrofica applicazione della sanzione della nullità nel caso di sua violazione.

Per lungo tempo, infatti, è stata evidenziata l'assolutezza del divieto del patto commissorio che "tutto vedeva e tutto fulminava" così lasciando pochi spazi all'autonomia privata per la configurazione pattizia di schemi negoziali derogatori[206]. L'assolutezza accennata veniva fatta propria sia dalla codificazione del 1865 che da quella vigente, la quale ha esteso la nullità per violazione del divieto anche al patto commissorio accessorio alla costituzione di una garanzia ipotecaria. Al contempo, mancava e manca tutt'ora, una norma generale idonea a giustificare temperamenti alla nullità assoluta di cui all'art. 2744 c.c., tanto da potersi concludere sull'inderogabilità del divieto nei confronti dei consociati.

Assolutezza che veniva accolta anche dalla maggior parte degli interpreti[207] che, all'indomani dell'entrata in vigore del Codice del 42, hanno esteso l'operatività dello stesso,

---

[204] Ricostruisce in tal senso i rapporti A. LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini* cit., p. 219 ss, che, per la verità ricostruisce i rapporti tra le due *species* di patti nell'ambito delle alienazioni con scopo di garanzia in termini differenti dalla dottrina e dalla giurisprudenza tradizionale. L'Autore non parte dalla *ratio* del patto commissorio per accogliere la teoria della validità del marciano, ma dalla giustificazione causale che lo distanzia sia dal commissorio che dalla dazione di pagamento.

[205] N. CIPRIANI, *cit., p. 156 ss.*

[206] L. BARBIERA, *cit.*, p. 100. Nel senso dell'assolutezza del divieto anche F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Napoli, 1997; sul punto S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita* cit., p. 298 ss. che sostiene come la causa di garanzia non sia idonea a "supportare" il trasferimento della proprietà al creditore, e A. GENTILI, *Le invalidità. I contratti in generale*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, Torino, 2006, II, p. 1547.

[207] Non si esclude il collegamento funzionale tra le ragioni e la nullità proibitiva posta dal divieto.

ricercandone la causa e la *ratio* giustificatrice. In tal senso, come già sottolineato nei paragrafi che precedono, si pone la richiamata giurisprudenza[208] che ha applicato la nullità anche a schemi negoziali diversi da quelli tradizionali ritenendo, altresì, irrilevante il momento temporale di stipula del contratto. Il richiamato assetto ermeneutico si colloca nel solco della qualificazione dell'art. 2744 c.c. come una norma materiale caratterizzante un divieto di risultato capace di colpire, con effetto insanabile, ogni negozio, tipico ed atipico, la cui struttura riproduce gli elementi essenziali del divieto[209].

Si qualifica, allora, in tale contesto l'art. 2744 c.c. come una "norma-principio" che determina l'illiceità di tutti quegli accordi volti a derogarla, nell'infelicità di un sistema ritenuto da taluni eccessivamente paternalistico[210] che non consente agli attori del mondo economico di regolamentare i propri interessi in piena libertà[211].

Nella sua prima fase di applicazione, fermo il divieto, era consentito alle parti soltanto di ricorrere a fattispecie tipizzate dal legislatore (non, quindi, al patto marciano atipico) tra le quali poteva annoverarsi il pegno irregolare *ex* art. 1851 c.c., la cessione dei beni ai creditori ai sensi dell'art. 1982 c.c., il pegno ordinario e quello su crediti, rispettivamente, disciplinati agli articoli 2798, 2803 e 2804 c.c.

Si afferma[212], infatti, che si era creato un sistema di tipo negativo ed eccessivamente restrittivo degli spazi riservati ai consociati, che ha operato per circa cinquanta anni ovvero

---

Bisogna chiarire, però, come lo stesso non è stato ritenuto sempre assoluto. Già inizialmente parte della dottrina criticava la pretesa assolutezza del divieto ritenendo che non ogni alienazione sottoposta a condizione sospensiva potesse celare la violazione del divieto di cui all'art. 2744 c.c. in quanto non si esclude un differimento pattizio degli effetti della compravendita. Si vieterebbe soltanto quel negozio indiretto che collega il patto commissorio al negozio concretamente concluso: G. MARINETTI, *Sui criteri di individuazione del mutuo con patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 1950, I. p. 983. Da ultimo, A. CHIANALE, *cit.*, p. 109, ha sottolineato che un debitore "razionale" non sempre riceve un danno dalla conclusione di un'alienazione in garanzia se il valore del residuo eccede i costi di un accordo transattivo con il proprio creditore, così evitando quella presunzione di coercizione dell'alienazione commissoria.

[208] Tra le principali sentenze riportate da S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B.* cit., p. 52: Cass. Civ., Sez. II, 05 marzo 2010, n. 5426, cit.; Cass. Civ., Sez. II, 10 marzo 2011, n. 5740, cit.; Cass. Civ., Sez. II, 20 febbraio 2013, n. 4262, cit.

[209] Il rinvio è al paragrafo che ha analizzato la causa e gli spazi di operatività del divieto del patto commissorio, il quale ha esplicitato la posizione della Suprema Corte sulla natura del patto commissorio e sulla *vis actractiva* del divieto.

Assolutezza del divieto che secondo parte della giurisprudenza si ancora ad un principio di ordine pubblico internazionale che produce i suoi effetti anche nei confronti di eventuali terzi che abbiano rapporti di parentela con il creditore: Cass. Civ., Sez. Un., 05 luglio 2011, n. 14650, in *Giur. comm.*, 2012, II, p. 562 ss.

[210] Utilizza le espressioni richiamate S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B.* cit., p. 51. Lo stesso problema si è posto in altri settori dell'ordinamento giuridico che hanno visto un vero e proprio ridimensionamento dei divieti posti dal legislatore: si pensi alla questione del canone a scaletta posto previsto in materia locatizia.

Coglie tale profilo la dottrina come A. CHIANALE, *cit.*, pp. 111-112. L'Autore ha sottolineato che la rigidità dell'orientamento giurisprudenziale ha avuto l'effetto di dissuadere i notai della redazione di alienazioni con scopo di garanzia al fine di evitare di incorrere nell'applicazione dell'art. 28 Legge notarile.

[211] A. CANDIAN, *Appunti dubbiosi sulla "ratio" del divieto di patto commissorio*, in *Foro it.*, 1999, I, c. 175 ss. sul punto, anche F. MACARIO, *Circolazione* cit., p. 407

[212] A. LUMINOSO, *Patto commissorio* cit., p. 12. Anche C. M. BIANCA, *Il divieto* cit., p. 202 ss.

dall'emanazione del Codice civile e specialmente dalle note pronunce della Suprema Corte in tema di vendita con patto di riscatto, perché improntato ad una lettura statica della disposizione dell'art. 2744 c.c. volta a punire qualsiasi alienazione realizzata a scopo di garanzia.

In tale contesto, quindi, un orientamento[213] ha sostenuto che sia il patto commissorio che quello marciano fossero ricondotti allo stesso *genus* poiché caratterizzati dalla stessa giustificazione causale solutoria che non poteva in alcun modo ammetterne la sopravvivenza. La funzione delle alienazioni con scopo di garanzia, in dispregio al divieto posto all'art. 2744 c.c., era quella di regolamentare il momento patologico del rapporto senza l'intervento della procedura esecutiva e in danno del debitore.

La rigidità della visione statica si legava alle ragioni poste a tutela del divieto volte a proteggere la posizione del debitore e quella degli altri creditori, le quali non giustificavano deroghe da parte dei contraenti.

Invero, proprio siffatte ragioni, unitamente alla necessità di evitare la paralisi dei traffici giuridici e di superare una condizione di isolamento del sistema italiano rispetto a quelli franco- tedeschi[214], sono state valutate come la spinta a superare l'impostazione tradizionale di applicazione estensiva del divieto, accogliendosi una visione meno proibitiva fino ad approdare al generale riconoscimento della possibilità di concludere alienazioni con scopo di garanzia corredate dal correttivo marciano.

Il cambiamento di rotta accolto dalla dottrina e dalla giurisprudenza[215] muove dall'accoglimento della teoria soggettivistica che, postulando la *ratio* del divieto nella necessità di evitare abusi ai danni del debitore, ritiene il patto marciano come una clausola lecita nel contesto delle alienazioni con scopo di garanzia, idonea ad evitare illegittime locupletazioni da parte del creditore.

La materialità dell'art. 2744 c.c. potrà, dunque, vietare solo quelle cessioni caratterizzate dall'assenza di qualsivoglia verifica dei valori ed in special modo dell'obbligo in capo al creditore di restituire l'eventuale esubero. Per cui la sussistenza di tale struttura, nel contesto dell'alienazione, avrebbe il merito di considerare l'accordo concreto come inidoneo a determinare il risultato di un patto commissorio vietato. La sola clausola di restituzione del *quod superest* consentirebbe al debitore di liberarsi dal vincolo sottostante e recuperare la differenza tra l'ammontare del debito e il valore del bene trasferito, così evitando di perdere ulteriori somme per effetto dell'utilizzo dell'esecuzione forzata. L'alienazione con scopo di garanzia collegata alla condizione sospensiva di inadempimento e alla presenza della clausola di restituzione dovrebbe meglio inquadrarsi nello schema transattivo, con il duplice

[213] A. LUMINOSO, *Patto marciano* cit., p. 1403.

[214] M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio* cit., p. 218.

[215] G. ADILARDI, *Brevi osservazioni* cit., p. 1456 ss.; Cass. Civ., Sez. I, 28 gennaio 2015, n. 1625, cit.; Cass. Civ., Sez. II, 21 gennaio 2005, n. 1273 e 9 maggio 2013, n. 10986, cit.; già App. Trento, 18 febbraio 1975, in *Giur. mer*., 1975, I, p. 424.

effetto favorevole per il creditore di ottenere quanto dovuto e per il debitore di liberarsi dal vincolo senza perdere beni eccedenti il debito esistente.

La situazione descritta riceve l'attuale avallo del legislatore che ha dato vita ad una "nuova stagione" del marciano attraverso la tipizzazione di una serie di varianti speciali che hanno spinto gli interpreti a considerare proprio tale patto come la naturale deroga all'operatività della nullità ai sensi dell'art. 2744 c.c., avendo definitivamente legittimato, all'interno del nostro ordinamento, le alienazioni con scopo di garanzia[216].

Il *novum* legislativo, pur nell'assente tipizzazione di un marciano ordinario e generale, ha parzialmente superato il dogma della procedura esecutiva di esclusiva spettanza statuale e colto la definitiva volontà legislativa di considerare possibili meccanismi di auto-esecuzione stragiudiziale da parte del creditore, purché, beninteso, si eviti qualsivoglia lesione del patrimonio del debitore.

In tal senso già l'art. 6 comma 2 del D. Lgs. 170 del 2004 in materia di contratti di garanzia finanziaria escludeva l'applicazione del divieto di cui all'art. 2744 c.c., seguito dagli articoli 120 *quinquiesdecies* comma 3 del t.u.b. e 11 della Legge-delega n. 155 del 2017 in tema di pegno mobiliare non possessorio, che consideravano il profilo derogatorio al richiamato divieto.

L'assetto normativo che si è venuto a creare non rappresenta un esperimento del legislatore mosso dalla tutela di interessi settoriali e speciali, al pari dei contratti agrari e dei consumatori, ma sembra assumere un portato confermativo della validità del marciano, idonea a voler affermare l'esistenza di un istituto di diritto comune, anche se ancora atipico sul piano normativo, già presente nel "sistema privatistico" e riproduttivo di quel dualismo (patto commissorio-patto marciano) già presente nel diritto rimano all'esito dell'editto del 324 d.c.

Dunque, dalle considerazioni esposte sembra potersi accogliere una prospettiva nuova tesa a ridimensionare la portata assoluta del divieto del patto commissorio in favore di una nuova visione rivolta a considerare leciti schemi privati connotati dall'assenza della coercizione ai danni del debitore, come la cautela marciana.

Orbene, accolta un'ottica restrittiva della portata applicativa del divieto si discute quale sia l'effettivo ruolo, nell'ambito delle alienazioni con scopo di garanzia, del correttivo marciano.

La teoria maggioritaria configura la cautela in esame alla stregua di una vera e propria deroga al divieto che avrebbe un duplice merito: quello di consentire l'accesso a strumenti più rapidi di realizzazione del credito da parte del creditore e di tutelare la posizione di dominio del debitore al quale spetta la differenza tra i valori. Su tale ultimo versante la cautela marciana assume un ruolo equitativo nei traffici commerciali nella misura in cui evita

[216] Si esprimono con tali termini, L. FOLLIERI, *Il patto marciano* cit., p. 1860; L. BARBIERA, *cit.*, p. 316; A CHIANALE, *cit.*, p. 103; N. CIPRIANI, *Il patto marciano* cit., p. 239 ss. che sostiene lo "sdoganamento legislativo del marciano"

la sperequazione data dalla conclusione del patto commissorio garantita dalla clausola di restituzione dell'esubero[217].

Ma vi è di più, perché pur accedendo ad una posizione che considera la *ratio* del divieto di natura pubblicistica, è lecito il correttivo marciano nella misura in cui consente di preservare la garanzia del controllo pubblicistico della fase solutoria del rapporto sottostante per il tramite dell'intervento del terzo, che in posizione di imparzialità e terzietà, dovrà provvedere a verificare l'effettivo valore del bene alienato, incidendo sulla restituzione dell'eccedenza[218]. Il sistema controllato di appropriazione del creditore, che non esclude peraltro l'intervento del Giudice in caso di mancata o iniqua stima del bene, consente al debitore di verificare la ragionevolezza dell'alienazione concreta e di evitare la condotta persecutoria del proprio creditore.

Il debitore ha la necessità di accedere al credito ma, talvolta, versa in una situazione di poca stabilità patrimoniale che lo spinge ad utilizzare diversi strumenti che da un lato gli garantiscono il finanziamento e dall'altro una perdita ridotta al solo valore del credito ricevuto.

Il suddetto orientamento è stato accolto dalla dottrina e dalla giurisprudenza che, attraverso terminologie diverse, hanno evidenziato la generale liceità del patto marciano rispetto all'applicazione della nullità di cui all'art. 2744 c.c.: in tal senso si qualifica il patto marciano talvolta come un vero e proprio "correttivo"[219] al divieto, in altri casi come un "limite"[220] o una compressione[221] allo stesso, un "temperamento in via interpretativa"[222], o, ancora come pattuizione in grado di attutire il rigore del divieto.

In tale scia si pone la giurisprudenza prevalente che considera il patto marciano dotato di un "effetto salvifico" rispetto all'applicazione della sanzione della nullità, rievocando il profilo della sinallagmaticità tra le prestazioni e la capacità dell'accordo di ripristinarne l'equilibrio contrattuale[223]. Attraverso il correttivo marciano si evita il pericolo di

---

[217] La suddetta clausola di restituzione, per come già considerato nel paragrafo riguardante gli elementi strutturali della cautela marciana, rappresenta il vero e proprio criterio differenziale rispetto al divieto del patto commissorio. Elemento che entra a far parte del contenuto tipico del patto e volto a connotare la causa e la portata dello stesso rispetto all'applicazione della sanzione dell'illiceità per violazione del divieto di cui all'art. 2744 c.c. (C.M. BIANCA, *Il divieto* cit., p. 202 ss.); C. VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia* cit., p. 80 ss;

[218] T. RUMI, *Il prestito vitalizio ipotecario* cit., p. 110.

[219] Utilizza la terminologia L. FOLLIERI, *Il patto marciano* cit., p. 1860.

[220] F. MARTORANO, *Cauzione* cit., p. 119 ss.

[221] . VALENTINO, *Il trasferimento dei beni in garanzia* cit., p. 725.

[222] A. LUMINOSO, *Patto commissorio* cit., p. 10.

[223] Si esprime utilizzando tale terminologia Cass. Civ., Sez. I, 28 gennaio 2015, n.1625, cit.: "Fondamento dell'effetto salvifico è, da un lato, l'idoneità della clausola a ristabilire l'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni del contratto di *lease back* (requisito svalutato da chi reputa che l'art. 2744 c.c. non esiga alcuna sproporzione dei valori, ma dovendosi invece ribadire che l'ordinamento presume detta sproporzione nel meccanismo vietato), e, dall'altro lato, la sua capacità di scongiurare che l'attuazione coattiva del credito avvenga senza alcun controllo dei valori patrimoniali in gioco". Anche Cass. Civ., Sez. II, 21 gennaio 2005, n.

sopraffazione del creditore ai danni del proprio debitore, così preservandosi l'equità della contrattazione e riuscendosi ad effettuare il controllo sull'autotutela esecutiva stragiudiziale attraverso la predeterminazione, obbligatoria, del procedimento di stima del bene oggetto di alienazione, in tempi certi e secondo modalità chiare e trasparenti.

Ancora, la ricostruzione dei rapporti tra la cautela marciana e il divieto del patto commissorio, nell'ambito delle alienazioni con scopo di garanzia, non può prescindere dalle considerazioni di un altro orientamento che supera il rapporto principio-eccezione per accogliere una nuova prospettiva volta a considerare tutte le forme di marciano speciale come vere e proprie "contro-regole" alla regola posta dall'art. 2744 c.c. Impostazione questa che ha affrontato la relazione tra le varianti speciali, o seconde, di patto marciano con il divieto generale del patto commissorio così escludendo che una cautela di diritto comune potesse operare in termini leciti nel contesto delle alienazioni con scopo di garanzia[224]. Sul punto, però, si è considerata tale costruzione come artificiosa quasi spingendosi a ritenere conseguenza necessaria estendere il criterio delle contro-regole al marciano primo o ordinario, essenzialmente considerando quale istituto lecito il marciano e illecito l'accordo riconducibile allo schema vietato del patto commissorio. In materia si è posta la stessa Suprema Corte che nel trittico[225], anzi nelle quattro decisioni principali[226], succedutesi nel secondo decennio del duemila, ha considerato lecito il patto marciano atipico e non soltanto le singole varianti specifiche tipizzate dal legislatore.

Sul punto, non mancano posizioni ermeneutiche che affrontano il tema delle relazioni tra i due patti rievocando l'elemento causale piuttosto che l'aspetto funzionale: entrambe le alienazioni con scopo di garanzia si connotano per essere accompagnate da una doppia causa: di garanzia reale atipica, che sorregge il momento della conclusione dell'accordo traslativo, e solutoria, rilevante al momento dell'inadempimento ovvero dell'avveramento della condizione sospensiva o risolutiva che accede all'accordo stesso, il quale consentirebbe al creditore di soddisfarsi di quanto dovuto attraverso un surrogato della prestazione originaria caratterizzata dallo stesso valore.

Orbene, una lettura statica del rapporto che rinvia alla doppia giustificazione causale avrebbe come effetto negativo quello di dover considerare sussistente una visione alternativa, per cui o si dovrebbe considerare le convenzioni, marciana e commissoria,

---

1273, cit.; Cass. Civ., Sez. I, 9 maggio 2013, n. 10986, cit.; da ultimo, Cass. Civ., Sez. III, 19 maggio 2021, n. 13600, tutte riportate da A. CHIANALE, *cit.*, p. 102.

[224] Affronta la questione S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B* cit., p. 59 ss. che, partendo dall'assenza di qualsivoglia modificazione dell'art. 2744 c.c., ha considerato l'alienazione solutoria come dotata di uno statuto multiplo, lecita nelle affermazioni normative speciali, nulla per quella ordinaria di diritto comune. Indirettamente anche A. LUMINOSO, *La vendita* cit., p. 725 ss.

[225] Utilizza tale espressione S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B.* cit., pp. 60-61, cogliendo un percorso interpretativo iniziato con la pronuncia della Suprema Corte m. 10986 del 9 maggio 2013, proseguito con la sentenza n. 1625 del 28 gennaio 2015 e chiuso con la sentenza della Corte di Appello di Bologna del 7 dicembre 2015.

[226] Dovrebbe integrarsi l'articola giurisprudenziale con la sentenza della Cassazione civile n. 1075 del 21 gennaio 2016.

entrambe lecite, finendo col derogare al dato normativo del divieto di cui all'art. 2744 c.c., oppure insanabilmente nulla anche la cautela marciana per violazione dello stesso divieto commissorio.

Questa duplice articolazione è stata, però, superata da quella tesi che affermando "l'insufficienza dell'elemento causale quale *discrimen* della liceità del patto marciano", considera quale "*differentia* specifica" il diverso modo di atteggiarsi del momento solutorio: il correttivo marciano individua un'autotutela conformata e controllata, connotata da specifiche garanzie pubblicistiche che escludono, *ab origine*, qualsivoglia possibilità di approfittamento del creditore ai danni del proprio debitore conseguendo un bene determinato di valore pari al credito vantato (profilo questo tutelato dall'obbligo di restituzione dell'eccedenza)[227].

Infine, debbono in questa analisi essere considerate anche le voci favorevoli volte a considerare l'elemento causale quale effettivo elemento di differenziazione tra i due patti nel contesto delle alienazioni di garanzia. La giusta causa atipica di garanzia, ammessa nel complesso della codificazione, sorregge la cautela marciana e i suoi elementi costitutivi e consente di superare la nullità per violazione della norma imperativa del divieto del patto commissorio. Si determina un rovesciamento della prospettiva tradizionale che ritiene il patto commissorio come l'eccezione, destinata a governare l'alienazione in garanzia ogni qual volta sia presente la "clausola derogatoria" della disciplina dell'art. 2744 c.c. rispetto alla cautela marciana.

La detta posizione ritiene come, in presenza di un accordo solutorio coevo o successivo all'obbligazione garantita, non possa parlarsi in merito all'alienazione commissoria di una "convenzione accessoria" all'alienazione stessa fulminata dalla nullità, ma di una clausola derogatoria dell'accordo conformato al profilo marciano. Cautela che sembra operare, secondo tale tesi, come la veste naturale dell'accordo traslativo in favore del creditore superato e, pertanto nullo, da una specifica volontà dei contraenti volta ad innescare un trasferimento solutorio senza la verifica della congruenza tra i valori[228].

[227] I richiamati riferimenti sono propri di T. RUMI, *Il prestito vitalizio ipotecario* cit., p. 111 ss. che considera quali garanzie pubblicistiche la presenza di un procedimento di stima del bene secondo modalità e termini prestabiliti.

[228] Si esprime in questo modo A. CHIANALE, *cit.*, pp. 114-115.

Anche se relativa a questioni diverse accoglie la prospettiva rovesciata Cass. Civ., Sez. lav., 01 aprile 2003, n. 4930, in *Giust. civ. Mass.* 2003, 4: la Suprema Corte ritiene che non possa estendersi portata dell'art. 2744 c.c. "oltre le alienazioni di diritti reali e la costituzione di ipoteca e di pegni anche di crediti, in quanto norma di natura eccezionale, come tale non suscettibile di applicazione analogica".

3. La meritevolezza del patto marciano.

Il sistema normativo creato dal legislatore con gli interventi speciali a partire dal 2004 pone la questione della possibilità di ammettere un tipo generale o ordinario di patto marciano.

L'assenza di indicazioni legislative al riguardo, diversamente da altri ordinamenti come quello francese[229], determina un assetto normativo che alcuni Autori[230] hanno definito singolare, con la previsione di sottotipi legali che accedono ad un patto marciano generale quale "contratto legalmente atipico".

Il profilo della particolarità dell'assetto normativo che si è realizzato si evince, nel contesto delle alienazioni con scopo di garanzia diverse dal patto commissorio, dalla presenza di un patto marciano generale, ma atipico, e sottotipi speciali tipizzati dal legislatore dello stesso negozio.

Allora, tenendo conto delle scelte normative degli ultimi anni che hanno determinato la nascita di un sistema alquanto particolare, il punto di partenza di questa analisi attiene alla possibilità attribuita alle parti dell'obbligazione garantita di stipulare un patto marciano diverso da quelli tipizzati dal legislatore.

La risposta positiva circa l'esistenza sul piano dei traffici giuridici di un marciano ordinario, invocata peraltro dalla dottrina prevalente[231] sul punto, rappresenta l'epilogo di una doppia valutazione che tiene conto proprio dei sottotipi speciali. *In primis*, l'esigenza di creare marciani speciali può essere considerata come il frutto di una valutazione legislativa ispirata alla logica della decodificazione[232]. Postulata la presenza all'interno del nostro ordinamento giuridico di un marciano comune si è reso necessario regolamentare, in termini peculiari, alcune fattispecie che non possono non tenere conto della situazione soggettiva dei contraenti e della particolarità della situazione concreta. Si evince, anche in questo settore dell'ordinamento[233], un atteggiamento eccessivamente prudenziale del legislatore e della politica che tendono a non incidere sulla materia codicistica nella logica di preservarne struttura e funzione.

---

[229] V. *infra*, par. 7.

[230] A. LUMINOSO, *Patto marciano* cit., p. 1414.; A. DOLMETTA, *La ricerca del marciano utile* cit., p. 811 ss.

[231] A. DOLMETTA, *La ricerca del marciano utile* cit., p. 812.

[232] N. LIPARI, *Per gli ottanta anni del codice civile*¸ in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ*., 2022, 6, p. 689 ss.; esprime tale situazione con la locuzione "micro-sistemi normativi" N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999, p. 165 ss.

[233] Lo stesso problema si è posto ad esempio in materia di rinegoziazione o di azione generale di esatto adempimento a causa del fatto che mancano indicazioni codicistiche specifiche in tal senso. Si è ricorso, in dottrina, a clausole generali come la buona fede, per cogliere la natura ordinaria degli istituti mentre il legislatore ha messo a punto applicazioni specifiche nella normativa di settore senza innovare il Codice civile.

La seconda considerazione, conseguenziale alla prima, utilizza ancora una volta la categoria delle varianti speciali che vengono configurate come "specifiche fenomenologie o appunto sottotipi" di quella ordinaria, contenenti una serie di norme imperative a tutela dell'interesse del debitore. Orbene, l'affermata presenza di varianti speciali, nell'assenza di un divieto generale, può esprimersi come il segnale inequivocabile della *voluntas* ordinamentale di tollerale un correttivo marciano generale o ordinario[234].

Premessa e ammessa la presenza di un marciano comune ma atipico[235] si pone, allora, l'ulteriore questione circa la meritevolezza di tale accordo nell'ambito dell'intero ordinamento giuridico, secondo la disposizione dell'art. 1322 comma 2 c.c.

L'accertamento della meritevolezza interferisce con il riconoscimento in favore della generalità dei consociati della capacità di autoregolamentare i propri interessi in assoluta libertà, imponendosi un'ulteriore verifica quale quella di cogliere la compatibilità dello schema privato con i principi e i valori esistenti all'intero ordinamento giuridico in un dato momento storico.

Occorre, a questo punto, procedere per gradi e chiarire, ancorché brevemente, quale sia il contenuto del giudizio di meritevolezza, argomento che rappresenta tutt'ora un campo su cui si sfidano molteplici impostazioni (mancando, peraltro, criteri normativi certi), le quali talvolta ricollegano l'indagine alla nozione di causa del contratto[236].

Il controllo di meritevolezza, almeno inizialmente, rispondeva ad istanze pubblicistiche e si legava ad un'accezione di causa intesa come funzione economico-sociale del contratto. Esso veniva[237] identificato alla stregua di un giudizio di utilità sociale meritando la meritevolezza quell'accordo non tipizzato dal legislatore ma destinato ad essere utilizzato dalla generalità dei consociati e non soltanto dalle parti del singolo negozio. In tal senso poteva considerarsi quale contratto atipico, ma meritevole di tutela, quel negozio idoneo a perseguire utilità economico-sociali generali e non il mero interesse individuale sporadico dei contraenti.

---

[234] Urge con tali considerazioni chiarire che il rapporto marciano comuni-patti speciali è stato oggetto di due diversi orientamenti: una prima tesi (A. CHIANALE, *cit.*, p. 104) legge tale rapporto in termini di genere a specie per cui le varianti opererebbero come veri e proprie espressioni speciali della pattuizione ordinaria. Al contrario, altra parte della dottrina (L. FOLLIERI, *Il patto marciano* cit., p.1858) coglie la distanza tra le fattispecie considerando che si tratta di "figure da cui non è possibile trarre una regola generale di liceità di qualsivoglia pattuizione marciana".

[235] R. CLARIZIA, *Contratti innominati*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1988, XI, che desume la nozione di contratto atipico in termini negativi rispetto ai contratti tipizzati dal legislatore,

[236] Per una disamina delle questioni in termini generali: M. ALLARA, *La teoria generale del contratt*o, Torino, 1955. M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981.

[237] E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist., Napoli, 1994, p. 104; Id, *Diritto romano*, I, Parte generale, Padova, 1935, p. 201 e 219; Id., *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. comm*., I, 1940, p. 222.

Nell'assenza di elementi normativi di valutazione si ritenevano quali criteri da utilizzare per effettuare il richiamato giudizio sociale, oltre quello di liceità, anche i principi generali desumibili dalla coscienza sociale e politica, e i principi dell'economia corporativa[238].

La tesi menzionata, questa la principale critica, dava vita ad una specificazione dell'autonomia privata caratterizzata da una rilevanza pratica "inesistente", che aveva il demerito di ridurre i poteri privatistici di determinazione del contenuto di un negozio giuridico atipico a strumenti di perseguimento di finalità pubblicistiche estranee alla volontà dei paciscenti.

Il collegamento tra atipicità e socialità veniva, dunque, superato dalla dottrina prevalente[239] che, legata ad una nozione di causa del contratto in concreto o quale ragione pratica dell'affare, riteneva la valutazione di meritevolezza non già sovrapponibile a quella di utilità sociale, ma solo a quella di liceità, per cui l'accordo atipico per essere meritevole "non deve violare i limiti generali imposti all'autonomia privata e deve essere socialmente meritevole di tutela"[240]. Limiti generali identificati nel complesso delle norme imperative, dell'ordine pubblico e del buon costume, secondo i dettami dell'art. 1343, 1344 e 1345 del Codice civile.

Nell'attuale impostazione si ritiene che la meritevolezza dell'interesse perseguito attraverso il contratto atipico coincida con la verifica della sussistenza di un'adeguata funzione economico-individuale dello schema utilizzato. In tal senso potrà considerarsi meritevole di tutela quel contratto atipico allorquando dotato di una idonea funzione o ragione pratica.

Il rischio connesso all'accoglimento di questa posizione è quello di rendere *inutiliter data* il giudizio di meritevolezza, che non attiene al profilo causale, ma a quello del tipo. Mentre, infatti la liceità impone di preservare l'ordinamento giuridico da negozi contrari ai suoi postulati essenziali, la meritevolezza esplicita l'idoneità del negozio atipico ad essere inquadrato in schemi generali utilizzabili dalla generalità dei consociati.

La citata differenza coglie nel segno, come considerato da altra parte della dottrina[241], che ritiene necessario superare la sovrapponibilità tra causa e tipo, considerando quest'ultimo quale elemento autonomo nella teoria generale del negozio giuridico cui rapportare il controllo codicistico di meritevolezza dell'interesse perseguito.

---

[238] Nella Relazione del Ministro Guardasigilli al Re n. 613 veniva richiamati tali criteri che, però, mancano di fondamento normativo. In materia E. MINERVINI, *La "meritevolezza del contratto. Una lettura dell'art. 1322, comma 2, c.c.*, Torino, 2019.

[239] G.B. FERRI, *Causa e tipo* cit., p. 406; M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. Impr*., 1987, p. 423 ss.; A. GUARNIERI, *Meritevolezza dell'interesse*, in *Dig. disc. priv*., Torino, 1994, XI.; M. GAZZARA, *Considerazioni in tema di contratto atipico, giudizio di meritevolezza e norme imperative*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 55 ss.

[240] C. M. BIANCA, *Diritto civile* cit., p. 453.

[241] F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato* cit., p. 815 ss.

Quindi, il giudizio di meritevolezza rappresenta una valutazione che ha la funzione di verificare se lo schema concreto utilizzato dai contraenti possa essere idoneo ad "assurgere a modello giuridico di regolamentazione degli interessi", sia da parte dalle sole parti del negozio che dalla generalità dei consociati. Giudizio che si ritiene *in re ipsa* qualora i contraenti decidano di utilizzare, in concreto, contratti tipici, sia legali che sociali[242], mentre assume rinnovata centralità e operatività in riferimento alla conclusione di contratti atipici in senso assoluto (cd. contratto isolato).

Talché si è posto nuovamente il problema di individuare i criteri valutativi necessari per verificare la meritevolezza dello schema atipico, identificati dalla posizione richiamata, al contempo, nell'accertamento cumulativo dell'esistenza di elementi soggettivi e oggettivi, tra i quali rilevano, ad esempio, il contenuto effettivo del contratto e l'*animus* che ha spinto i contraenti a concludere quello specifico negozio. La *ratio* perseguita con tale impostazione è quella di considerare l'autonomia privata come un bene da tutelare, così da preservarla rispetto alle istanze pubblicistiche che tenderebbero ad asservirla al perseguimento di scopi generali estranei alla volontà dei contraenti. Il contratto atipico e immeritevole, allora, non potrebbe che essere quello espressivo dell'assenza della volontà delle parti di dar vita ad un vincolo giuridico-patrimoniale.

Nel solco di tale prospettiva, di scissione tra causa e tipo, si muove anche altra parte della dottrina[243] che assegna al controllo di meritevolezza un contenuto differente dalla liceità e, dunque, dal tema della causa.

Questa tesi, invero, pur considerando la distanza tra tipo e causa, supera la precedente impostazione considerando diversi i presupposti su cui fondare il controllo di meritevolezza, estraneo alla mera verifica concreta dell'intenzione dei contraenti di concludere un vincolo giuridico. Ed in tal senso si deve considerare il dato letterale dell'art. 1322 comma 2 c.c. che impone una verifica della meritevolezza degli interessi perseguiti dai contraenti secondo l'intero ordinamento giuridico e non solo riferita agli interessi specifici delle parti del contratto. Il controllo di meritevolezza, quindi, muta completamente il proprio margine di operatività richiedendo una verifica fondata sul complesso dei valori esistenti all'interno dell'ordinamento giuridico. Si accoglie una prospettiva assiologica che giustifica gli atti di autonomia privata soltanto laddove conformi ai "principi e valori del sistema" che si pongono in un dato momento storico e desumibili da un ordinamento giuridico che, ormai, sembra caratterizzato per essere unitario, complesso e aperto a principi e istituti extranazionali.

Orbene, seguendo tale prospettiva, un contratto atipico (invero la tesi estende il giudizio in esame anche ai negozi tipici) potrà essere meritevole di tutela se gli interessi perseguiti

[242] La tipicità sociale in quest'ultimo senso assume un significato diverso da quello di utilità sociale, potendosi intendere con essa il generalizzato utilizzo di uno schema non legale da parte della collettività che, automaticamente, ne attribuisce la meritevolezza.

[243] P. PERLINGIERI, *Manuale* cit., p. 582 ss.

dai contraenti siano compatibili "non soltanto ai principi presenti a livello ordinario, ma a quelli gerarchicamente superiori che operano nel sistema italo-comunitario delle fonti"[244].

Superato questo necessario inquadramento del controllo di meritevolezza assume notevole interesse verificare il rispetto dell'articolo 1322 comma 2 c.c. anche del patto marciano di diritto comune. L'interrogativo a cui bisogna, obbligatoriamente, tentare di dare risposta implica una presa di posizione sulla questione della meritevolezza, in astratto, di un'alienazione con scopo di garanzia corredata dal correttivo marciano e non riconducibile ad un'ipotesi già tipizzata dal legislatore.

Un primo orientamento considera *ab origine* meritevole di tutela la richiamata cautela ritenendo, addirittura, che la suddetta indagine, senza tener in conto la qualità dei criteri utilizzati, "non si pone neppure, giacché esso sembra capace di superare il vaglio di cui all'art. 1322, comma 2°, c.c. comunque quest'ultimo venga impostato"[245]. La tesi nel vaglio di meritevolezza considera sussistente un adeguato e serio interesse perseguito dai paciscenti con l'apposizione della clausola marciana, la quale soddisferebbe sia la posizione qualificata del creditore che l'interesse dello stesso debitore, il quale sarebbe tutelato dall'equivalenza dei valori e dalla restituzione dell'eccedenza.

Il patto marciano, allora, sembra godere di una tipicità intrinseca quantomeno sul piano sociale, confermata senza ombra di dubbio, dalla necessità legislativa di tipizzare le varianti speciali[246].

Il tema della meritevolezza, a questo punto, non potrebbe essere dequotato da un'ermeneutica eccessivamente formalistica del sistema del Codice civile che ha preso posizione solo sul patto commissorio senza interessarsi, almeno apparentemente, del correttivo marciano. Facendo riferimento proprio al tipizzato divieto del patto commissorio si era dedotta, inizialmente, l'atipicità del patto marciano oggetto del vaglio di meritevolezza, ritenuto successivamente *in re ipsa* a seguito della regolamentazione legislativa delle varianti speciali[247].

La tradizione romanistica e la giurisprudenza sembrano attribuire l'emblema della tipicità al patto, anche se mantenuta al solo piano sociale. Non mancano, infatti, interpretazioni giurisprudenziali che hanno riconosciuto la tipicità sociale (un Autore[248] utilizza il termine "tipicità giurisprudenziale") a pattuizioni prive di qualificazione

[244] Le richiamate considerazioni sono proprie di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 346 ss.

[245] C. DE MENECH, *Il marciano innominato* cit., p. 754.

[246] A. CHIANALE, *cit.*, p. 104., come già previsto *supra* si è evidenziato come la presenza di fenomeni speciali conferma implicitamente l'esistenza e possibilità di concludere il patto generale.

[247] G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano,* cit., p. 1: l'analisi posta in essere rileva l'assegnazione del ruolo tipizzante del patto marciano di diritto comune all'art. 48 *bis* t.u.b.

[248] Il riferimento è a F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato* cit., p. 809.

normativa ovvero ne hanno anticipato la meritevolezza in un periodo anteriore alla legittimazione legislativa[249].

In tale contesto sembra porsi la Suprema Corte a far data dal 2005[250] che considera come deroga, con effetto salvifico, al divieto del patto commissorio proprio il correttivo del patto marciano senza, e forse sembra giusto così, interrogarsi circa la sua meritevolezza tale da poterla considerare come *in re ipsa*.

Ancora, la posizione interpretativa favorevole[251] alla meritevolezza del patto ha chiarito, proponendo per la verità una commistione tra causa e meritevolezza orientata in una prospettiva assiologica, che siffatto accordo non potesse che essere conforme ai postulati esistenti nell'ordinamento giuridico, in quanto idoneo a soddisfare valori di matrice costituzionale quale quello di salvaguardia della libera iniziativa economica *ex* art. 41 comma 2 Cost., di effettività della tutela giurisdizionale e di ragionevole durata del processo. Attraverso il patto vengono tutelati interessi individuali e collettivi, evitando su quest'ultimo versante nella logica deflattiva del contenzioso l'inutile intervento del Giudice per accordi connotati dalla congruenza dei valori.

Sennonché, non mancano correnti interpretative che sembrano negare la possibilità di dar vita ad un marciano comune o ordinario, tali da ritenerlo immeritevole di tutela. Bisogna evitare, in materie come quella in esame, di assumere una posizione netta che considera le argomentazioni alla stregua di veri e propri assiomi, inamovibili e inderogabili; proprio rinviando alle innovazioni legislative incorse negli ultimi anni, che hanno portato alla fissazione di varianti speciali, non sarebbe azzardato affermare l'immeritevolezza di tutela di un marciano generale e atipico, che non potrebbe trovare spazio nella dinamica degli affari.

Le considerazioni ora esposte sembrano porsi nel solco della teoria tradizionale della tipicità dei diritti reali di garanzia che correrebbe il rischio di essere derogata dalla conclusione di alienazioni atipiche con scopo di garanzia, corredate dal correttivo marciano.

Indirettamente, accoglie la prospettiva negativa una parte della dottrina[252] che, considerando l'aspetto centrale e derogatorio di tale accordo rispetto al divieto del patto commissorio, ha considerato inammissibile un marciano generale, che avrebbe quale effetto quello di escludere, in favore del creditore, l'alea dell'inadempimento del proprio debitore.

---

[249] Per quanto riguarda la prima ipotesi nota è la questione che ha riguardato la tipicità legale del *leasing finanziario* laddove si afferma l'assenza di un intervento tipizzante del legislatore che con la legge 124 del 2017 ha inteso regolamentare soltanto il profilo della risoluzione del contratto per inadempimento dell'utilizzatore. La seconda ipotesi, certamente paradigmatica, opera in tema di contratto di assicurazione *on claim made bases* che ha visto l'intervento del legislatore, nel settore sanitario, soltanto nel 2017, ovvero in epoca successiva alla prima pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite del 2016 che affermava la meritevolezza di tale contratto atipico.

[250] Vedi nota *supra* n. 212.

[251] Ancora C. DE MENECH, *Il marciano innominato* cit., pp. 755-756.

[252] T. SCOZZAFAVA, *Note in tema di garanzia*, in *Contr. Impr.*, 2008, p. 855.

Il pericolo della pattuizione della cautela marciana si lega alla sterilizzazione dell'elemento della responsabilità dell'obbligazione garantita tale da renderla anomala, nel senso che il creditore sarebbe sempre certo di perseguire il risultato dovuto, anche se per il tramite di una diversa prestazione, senza tener conto dell'eventuale inimputabilità dell'evento che cagiona l'inadempimento del proprio debitore.

Nell'ambito, ancora, delle teorie negative alla possibilità di concludere un patto marciano atipico in senso assoluto, alcuni Autori[253] hanno valorizzato, altresì, la presenza di due inconvenienti che farebbero correre il rischio di rendere poco favorevole il patto per il creditore. Si rievoca, *in primis*, un inconveniente di tipo giuridico-concettuale collegato alla diversa connotazione causale che potrebbe assumere il marciano comune rispetto agli accordi speciali tipizzati. A ciò viene aggiunto un inconveniente di tipo pratico che renderebbe l'accordo eccessivamente innovativo, rispetto a quelli previsti dal legislatore, nullo per contravvenzione a norme imperative. Dall'esame della disciplina di settore, secondo tale tesi, si consentirebbe alle parti, nell'esercizio dei poteri di conformazione del contratto, solo di derogare alla disciplina legale speciale nell'ambito dell'elasticità del tipo stesso, ma non già di poter dar vita ad accordi non inquadrabili nei citati schemi tipici.

La particolarità del meccanismo satisfattorio, in deroga all'obbligo di ricorrere all'azione esecutiva statale, connessa agli accordi marciani, potrebbe ammettere soltanto la conclusione di accordi modificatori degli schemi tipici speciali, ma non consentirebbe di dar vita a negozi marciani atipici in senso assoluto, così da rendere inutili gli interventi legislativi esistenti.

[253] G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano,* cit., p. 19; similmente, distingue tra "tipicità forte" e "tipicità debole" S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B.* cit., p. 84.

4. Il profilo comparatistico: la disciplina francese del patto marciano.

Il tema della tipizzazione della cautela marciana, è stato detto, si interseca con quello della possibilità di dar vita ad alienazioni o cessioni di beni con scopo di garanzia, senza infrangere il rigido divieto del patto commissorio.

L'articolata relazione tra divieto del patto commissorio e ammissibilità del patto marciano, per come affrontata dalla codificazione italiana post-unitaria[254] e del 1942, si lega alle vicende che hanno interessato sulla questione la legislazione francese in materia. Anzi, potremmo considerare la disciplina nazionale attuale, quanto meno del divieto del patto commissorio, come una sorta di parziale riproduzione di quella francese con alcuni accorgimenti che saranno affrontati nel prosieguo[255].

In limine occorre esprimere un chiarimento: la scelta, ai fini della nostra indagine, dello studio del modello francese si lega non solo alla natura di *civil law* di quello specifico ordinamento, ma, anche, alla particolare vicinanza ermeneutica che ha riguardato l'evoluzione degli istituti del patto commissorio e marciano.

Il diritto francese, infatti, inizialmente, vietava in termini assoluti la possibilità di dar vita ad alienazioni con scopo di garanzia riproduttive degli elementi caratterizzanti il divieto del patto commissorio: agli articoli 2078 e 2088 del *Code civil*[256] si affiancava, successivamente, l'art. 742 del Codice di procedura civile che estendeva il richiamato divieto non solo ai patti aggiunti al pegno e al contratto di anticresi, ma anche all'ipoteca. Emergeva un assetto normativo che qualificava il patto commissorio accessorio nullo in riferimento a qualsiasi contratto idoneo a determinare il trasferimento di un diritto reale con funzione di garanzia.

---

[254] Il Codice civile italiano del 1865 agli articoli 1184 comma 2 e 1894 vietava il solo patto commissorio accessorio al pegno e all'anticresi. Ad esso si aggiunge l'art. 459 del Codice del commercio del 1882 che vietava il patto commissorio aggiunto al pegno commerciale. In materia di pegno commerciale C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, Milano, 1906, IV, p. 325.

[255] E. BETTI, *Sugli oneri e sui limiti dell'autonomia privata* cit., p. 699. M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio* cit., p. 97 ss.

Rilevante è stata la critica di parte della dottrina che ha ritenuto inutile la distinzione tra gli articoli 2744 e 1963 c.c. auspicando l'unificazione normativa; M. D'AMELIO, *Della responsabilità patrimoniale* cit., p. 446; V. TEDESCHI, *L'anticresi*, in *Tratt. Vassalli*, IX, 1, Torino, 1954, p. 125.

[256] Rispettivamente, l'articolo 2078 *Code civil*: *Le créancier ne peut, à défault de paiement, disposer du gage; sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement et jusqu'à due cencurrence, d'après une estimatio faite par experts, uo qu'il sera vendu aux enchères. Tout clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans le formalités ei-dessus, est nulle*; e l'art. 2088 *Code civil*: *Le créancier ne devient point propriétaire de l'immeuble par le seul défaut de paiement au terme convenue; totut clause contraire est nulle: en ce cas, il peu poursuivre l'expropriation de son débiteur par le voies légales.*

La mancanza di una norma generale, come il nostro art. 2744 c.c., aveva spinto gli interpreti d'Oltralpe a rintracciare nell'art. 2088, in materia di anticresi, la disposizione estensibile analogicamente a tutte le alienazioni a scopo di garanzia.

L'assenza di una norma di sistema e l'estensione analogica dell'art. 2088 *Code civil* se da un lato, almeno apparentemente, escludeva la liceità dei trasferimenti con funzione di garanzia, dall'altro ha rappresentato la spinta per il legislatore francese a ridimensionare la portata applicativa del divieto[257].

Il primo momento di ridimensionamento del divieto viene rintracciato nella riforma del sistema pubblicitario del 1955 che consentiva, per la prima volta, la trascrizione di negozi ad effetti obbligatori, quali il contratto preliminare di compravendita di diritti reali immobiliari. Si riteneva, dalla stessa giurisprudenza della *Cour de Cassation* che il preliminare di vendita della proprietà potesse operare come un utile strumento di garanzia, sospensivamente condizionato all'inadempimento da parte del debitore dell'obbligazione garantita[258].

La strada intrapresa dalla giurisprudenza ha avuto un ulteriore momento di sviluppo a seguito delle riforme novellistiche che hanno visto tipizzare il contratto di *leasing* finanziario (*cd. credit-bail*)[259] e riformulare il contratto di *factoring*[260], i quali sembrano aver aperto la strada alla possibilità di dar vita a cessioni con scopo di garanzia idonee a riprodurre il patto commissorio[261]. Si dava vita con tali contratti ad ipotesi lecite di trasferimenti di proprietà condizionate all'adempimento del debitore, derogatorie del cennato divieto.

Le ipotesi normative richiamate affiancavano anche altre disposizioni che, *a contrario*, vietano il patto commissorio[262] così da far considerare, parimenti all'interpretazione giurisprudenziale della portata applicativa del divieto all'interno del nostro ordinamento, l'ambito operativo dello stesso non proprio precisato.

---

[257] Ha tracciato l'evoluzione del patto marciano nell'ordinamento francese A. CHIANALE, *cit.*, p. 106 ss.

[258] Cass., 25 marzo 1957, in *Gaz. Pal.*, 1957, 2, p. 24 ss. in tema di preliminare di vendita del bene ipotecato.

[259] Si tratta della legge n. 455 del 2 luglio 1966, con cui il legislatore francese è intervenuto a disciplinare l'istituto, facendo ricorso all'espressione *operation de credit-bail*.

[260] Il riferimento è alla *loi Dailly* del 1981 e trasfusa agli articoli 323-23 ss. del *Code Monetaire et* financier. In materia D. LEGEAIS, *Droit commercial et des affaires*, Sirey, Parigi, 2001, p. 337 ss.; P. DELMAS SANT-HILAIRE, *Le tiers a l'acte juridique*, in *L.G.D.J.*, Parigi, 2000, p. 125 ss.

[261] G. MARTY, *Droit civil. Les suretes – La publicitè foncìere*, Parigi, 1987, p. 69.

[262] Tre sono le principali deroghe all'ammissibilità del patto commissorio secondo la giusta causa del marciano: il pegno su *stock*, l'ipoteca sull'immobile principale del debitore *ex* artt. 2458 e 2459 *Code civil* e il pegno in materia di credito al consumo. In quest'ultimo campo l'*Ordonnance* del 2006 ha modificato l'art. 311-32 del *code de la consommation* attraverso la prescrizione della nullità dell'accordo traslativo ritenuto in danno del consumatore.

Particolare il rapporto tra il pegno ordinario (*gage)* e il pegno bancario su debito (*nantissement en argent)*, che è soggetto al divieto del patto commissorio laddove costituito su beni corporali. Ancora F. FIORENTINI, *cit*., p. 1169; A. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari*, cit., p. 192 ss.

L'oscillazione rappresentata, secondo le considerazioni della dottrina più attenta[263], ha reso maturi i tempi per il cambiamento dell'intero settore delle garanzie volto a ridimensionare, se non escludere, il divieto del patto commissorio e prevedere la generale operatività della cautela marciana.

Invero, l'affermazione si è tradotta nella riforma delle *sûreté* del 2006 agli articoli 2458, 2459 e 2460 del *Code civil*, che ha avuto il merito di abrogare il divieto del patto commissorio e tipizzare, questa volta in termini generali, una pattuizione simile al marciano.

Per cui, il percorso intrapreso negli ultimi anni dal legislatore italiano, almeno apparentemente, è diametralmente opposto a quello francese, che nel 2006 e 2007 ha, rispettivamente, tipizzato il patto marciano sottoforma di alienazione con scopo di garanzia e il negozio fiduciario con funzione di garanzia (*fiducia cum creditore*)[264].

Il primo intervento riformatore rispecchia la principale eterogeneità dal diritto italiano, che ha visto il nostro legislatore configurare marciani "speciali" e non uno schema-tipo di marciano, prototipo negoziale cui affiancare ipotesi speciali nate dall'autonomia privata e da interventi settoriali del legislatore.

Fatta questa premessa, è necessario ritornare alla riforma del 2006[265] attraverso la quale il legislatore transalpino ha inaugurato una ampissima riforma del sistema delle alienazioni in garanzia nell'ambito del *Code civil*, riformulando il libro IV intitolato *Des sureté,* contenente nel terzo titolo i contratti di *fiducie* e di *fiducie-sureté* e il noto *pret viager hyphotécaire.*[266]

---

[263] A. CHIANALE, *cit.*, p. 106 considera i momenti citati come idonei a valorizzare un'impostazione restrittiva della portata del divieto che aveva come contrappeso la possibilità per i contraenti di concludere il patto marciano,

[264] F. BRIOLINI, *La riforma del diritto delle garanzie in Francia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, II, p. 226 ss. Bipartizione, invero, già evocata da U. MIELE, *Distinzione tra negozio fiduciario e negozio giuridico simulato*, in *Giur. compl. Cass. Civ.*, 1953, I, p. 267 ss.

Il sistema come creato viene nuovamente modificato con l'Ordonnance n. 112 del 30 gennaio 2009 con l'introduzione di un apposito capitolo IV all'interno del Titolo II riguardante la *propriété retenue ou cédée à titre de garantie*. Si è generalizzato l'istituto della cessione a scopo di garanzia anche ai beni immobili, dapprima limitato dall'art. 2359 *Code civil* ai soli mobili.

[265] La riforma del Codice civile francese è avvenuta ad opera dell'art. 8 dell'*Ordonnace* 23 marzo 2006 n. 2006/346 con commenti di F. FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie reali nella prospettiva comparatistica*, in *Eur. Dir. Priv.*, 3, 2006, pp. 1155-1202.; A. CHIANALE, *cit.*, pp. 57-61; Il libro IV inizialmente dedicato al Dipartimento D'Oltremare di *Mayotte* (oggi trasfuso nel libro V) è, dal 2006, rivolto a disciplinare il sistema delle garanzie reali e personali. Intitolato "*Des sûretés*", è articolato in disposizioni generali e successivamente in due titoli: a) *Des sûretés personnelles* (*Titre* I); b) *Des sûretés réelles* (*Titre* II). Il titolo dedicato alle garanzie reali è suddiviso in tre sottotitoli: il primo stabilisce le disposizioni generali; il secondo riguarda la materia delle garanzie sui beni mobili; il terzo ha ad oggetto il tema delle garanzie sui beni immobili. Rilevante l'analisi di B. VARI, *La riforma dell'ipoteca convenzionale in Francia*, in *Riv. dir., civ.*, 2009, p. 252; S. PIEDELIEVRE, *Droit des sûretés*, Cours magistral, Ellipses, 2008, p. 684.

[266] A.G. PANSART, *Le pret viager hyphotécaire et la gestion du patrimoine privé*, in *La Revue des Notaires*, 2009, p. 6 ss; M. GRIMALDI, *L'Hyphotèque rechargeable et les pret viager hyphotecaire*. In *Dalloz*, 2006, 19, p. 1294.

Tralasciando, per il momento l'istituto del prestito vitalizio ipotecario, la principale innovazione prodotta nel 2006 è stata quella della *tipizzazione di un marciano quale forma lecita di alienazione a scopo di garanzia*[267] in parziale deroga al divieto del patto commissorio, oltre che di marciani speciali[268]. Con la riforma vengono introdotti una serie di articoli nel codice civile francese quali il 2348 (pegno), 2388 (patto di anticresi), 2459 e 2460 (ipoteca) c.c., e abrogati i divieti preesistenti in materia di pegno e patto di anticresi, fissati agli articoli 2078 e 2088 c.c.

L'epilogo è stato quello di consentire trasferimenti con funzione di garanzia purché stipulati al giusto prezzo, con l'unico limite dell'abitazione principale del debitore (*la résidence principale abritant le débiteur ou le constituant avec les membres de sa famille*) che non può essere oggetto della pattuizione marciana[269].

Si è, quindi, posto un problema di coordinamento tra la nostra normativa e quella transalpina.

Una prima tesi[270], ha considerato ormai superato nell'ordinamento francese il divieto del patto commissorio, divenendo un principio generale che consente molteplici garanzie reali. Diversamente, nel nostro ordinamento laddove il divieto, almeno fino agli anni 2000, aveva ricevuto una ipertrofica applicazione, da parte della giurisprudenza, connessa all'interpretazione dell'art. 2744 c.c. quale norma materiale espressiva di un divieto generale e di risultato.

Invero, una diversa corrente interpretativa ha ridimensionato le divergenze tra gli ordinamenti, considerando vietato il patto commissorio nella cd. "versione forte" sia in Francia che in Italia[271]. Infatti, la logica che ha pervaso la richiamata riforma è stata quella non già di annullare o derogare la disciplina del divieto del patto commissorio, in funzione di tutela del debitore, ritenuto anche in Francia quale contraente debole, quanto quella di riconoscere il patto marciano, ipotesi lecita di alienazione con *causa cavendi.*

In altre parole, mantenuto il nucleo duro del divieto del patto coercitivo tra creditore e debitore, sottoponendosi quest'ultimo alla volontà del primo di trasferire la proprietà di un bene a seguito del proprio inadempimento, viene introdotto il patto marciano che ammette trasferimenti in garanzia, purché avvenuti senza approfittamento del creditore.

---

[267] G. D'AMICO, *La resistibile ascesa* cit., p. 58; F. FIORENTINI, *cit.*, p. 1197 ss.

[268] Un'attenta analisi è stata anche effettuata da L. FOLLIERI, *cit.*, p. 1858.

[269] S. HERBER, *Le pacte commissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006*, in *Recueil Dalloz*, 2007, p. 2052 ss.; C. CARBONNEL, *Le pacte commissoire en matière de sûretés réelles immobilières ou la réforme inachévée*, in *JCP*, 2007, p. 2536. Si è posto, nella dottrina francese, il problema se sia possibile procedere al trasferimento del bene qualora materialmente abitato da soggetti diversi dal debitore che garantisce: A. FENEON, *Le pacte commissoire: une innovation importante du nouvel Acte uniforme sur les sûretés*, *penant* n°877, p. 426.

[270] M. CABRILLAC, *Droit des sûretés*, Bordeaux, 2022, p. 822. A. CHIANALE, *cit.*, p. 107.

[271] S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B.* cit., p. 58.; G. BRIANDA, *Le prospettive del divieto* cit., p. 822.

Talché, bisogna individuare, a prescindere dalla posizione accolta, i punti di convergenza e di differenziazione tra le due discipline. Su quest'ultimo piano si materializza, come detto, una situazione giuridica parzialmente diversa da quella del nostro ordinamento, laddove è presente, in maniera forte, il divieto del patto commissorio all'art. 2744 c.c., mentre non viene riconosciuta, almeno formalmente ed in termini generali, la cautela marciana se non nelle forme speciali ed extra-codicistiche più volte citate.

Ancora, tra le principali differenze si deve richiamare la disciplina del patto di anticresi che prevede all'art. 1963 c.c., in maniera espressa, la proibizione del patto commissorio con divieto di trasferimento della proprietà del bene concesso in godimento dal debitore al proprio creditore, sottendendo tale accordo, altresì, un patto di non *exequendo.* Divieto di trasferimento *de la propriété* che viene superato nel *Code civil* con la riforma del 2006, la quale ha avuto il merito di estendere la pattuizione marciana prevista per i patti accessori all'ipoteca anche al contratto di anticresi.

Affrontate le differenze, non mancano analogie tra i due ordinamenti: oltre alla presenza del divieto legale di patto commissorio, peculiare la disciplina del pegno che nel nostro ordinamento, in ben quattro norme, sintetizza, almeno sostanzialmente, gli elementi costitutivi del patto marciano e, quindi, le sue due funzioni, quella solutoria e esecutiva.

Il riferimento è agli articoli 2797, 2798, 2802 e 2803 c.c. che consentono al creditore pignoratizio, qualora il bene abbia un prezzo di mercato o la stima venga fatta da un terzo in posizione imparziale, di assicurarsi il trasferimento in proprietà del bene pignorato con obbligo di restituire l'eventuale eccedenza al debitore tra il valore del bene pignorato e quello del debito preesistente. Similmente gli articoli 2458, 2459 e 2460 del *Code civil* che riconoscono ai contraenti la possibilità di introdurre, nell'atto costitutivo di ipoteca o del pegno comune, l'eventuale trasferimento della proprietà al giusto prezzo, salvo che oggetto di garanzia ipotecaria sia l'abitazione principale del debitore.

La seconda innovazione legislativa francese rilevante in materia si è maturata con la successiva legge n. 211 del 19 febbraio 2007 che ha affrontato la tematica del negozio fiduciario, estendendola anche alle alienazioni in garanzia (cd. *fiducie-sureté*).

Si realizza una situazione che, secondo parte della dottrina d'Oltralpe, consente di considerare i richiamati trasferimenti alla stregua di un *sottotipo del negozio fiduciario*[272].

Nell'ambito delle operazioni fiduciarie opera, quindi, la sotto-materia delle alienazioni con scopo di garanzia con possibilità di trasferire sia beni mobili (art. 2372-1 ss.) che beni immobili (2348-1 ss.).

La struttura dell'alienazione fiduciaria in funzione di garanzia (*fiducia cum creditore)* consente la traslazione della proprietà di un bene del debitore ad un fiduciario, dotato di specifici requisiti professionali, che può essere lo stesso creditore o un terzo incaricato da quest'ultimo. Il contratto fiduciario in esame ha durata massima di novantanove anni e deve

[272] A. CHIANALE, *cit.*, p. 58.

specificare i poteri di amministrazione del bene del fiduciario, il quale in presenza di talune circostanze può, addirittura, spossessare della *res* il debitore stesso.

Si tratta di un'obbligazione accessoria, simile al pegno e all'ipoteca, che crea una segregazione tra il patrimonio del fiduciario ed il bene oggetto del negozio, il quale non potrà essere aggredito dal coniuge, dagli eredi e dai creditori di quest'ultimo.

Tralasciando i profili di "gestione" e "segregazione patrimoniale", il contesto normativo francese si occupa del contenuto del contratto fiduciario e delle conseguenze dell'inadempimento del debitore delle prestazioni garantite.

Il contratto fiduciario deve prevedere, sotto pena di nullità, la trasparente indicazione dell'oggetto della garanzia e il valore stimato dello stesso.

Particolari sono le conseguenze, per cui nel caso di adempimento del debitore il bene ritorna nel suo patrimonio, come effetto automatico e legale del suo comportamento diligente; contrariamente, in caso di inadempimento si dà vita ad una situazione differenziata a seconda che la persona del fiduciario sia lo stesso creditore ovvero un terzo, a tal uopo incaricato delle attività di gestione e amministrazione del bene.

Orbene, nel primo caso, l'acquisto del creditore diverrà definitivo a seguito dell'inadempimento del proprio debitore (art. 2372 comma 3 *Code civil*), con obbligo da parte del primo di versare al secondo l'eccedenza di valore tra bene e debito inadempiuto (art. 2372 comma 4 *Code civil*). Sembra ricorrere, in questo caso, il tema delle alienazioni condizionate connesse al meccanismo *sub-species* della condizione sospensiva, consolidandosi in capo al creditore la proprietà del bene oggetto di alienazione all'esito dell'inadempimento del debitore, senza alcuna ulteriore formalità.

Nell'eventualità in cui il fiduciario sia un soggetto diverso dal creditore garantito, successivamente all'inadempimento alla scadenza del debitore, sarà operativa una alternativa secondo i termini del negozio fondamentale: trasferire direttamente il bene amministrato al creditore, con obbligo di questi di restituire l'eventuale eccedenza al debitore, ovvero vendere sul mercato il bene e attribuire, successivamente, il ricavato della cessione al creditore, "salvo il correttivo marciano della restituzione dell'eccedenza di valore del bene (2488 comma 3 n. 2 c.c.)"[273].

La disciplina in esame consente, in caso di inadempimento, al creditore di chiedere la *consegna* del bene già trasferito al fiduciante cosi reintroducendosi la distinzione, di origine romanistica, tra *titulus adquirendi* e *modus adquirendi*[274], operando la consegna in senso

[273] Richiama la cautela marciana A. CHIANALE, *cit.*, p. 59. G. D'AMICO, *Alienazioni a scopo di garanzia* cit., p. 600.

[274] Per un'efficace sintesi del rapporto tra *titulus* e *modus adquirendi* vedi F. GAZZONI, *Manuale* cit., p. 824 ss. e P. PERLINGIERI, *Manuale* cit., p. 103; la scissione derogatoria del principio consensualistico è stata da ultimo ripresa da A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, XXXII, Milano, 1984, p. 373 per imporre l'obbligo di forma scritta al negozio fiduciario, inquadrando il ritrasferimento dell'affidatario nello schema solutorio.

costitutivo dell'acquisto della proprietà in favore del creditore secondo la funzione solutoria della cautela marciana[275]; un assetto normativo che sembra rispolverare l'antica distinzione tra accordo tra le parti foriero di un'obbligazione di dare, e atto traslativo successivo con funzione costitutiva dell'acquisto in capo al creditore, in deroga al principio consensualistico accolto anche nel diritto francese[276].

La scissione evidenziata potrebbe, però, far propendere per una soluzione diversa: la disciplina normativa d'Oltralpe si occupa degli aspetti pubblicitari (art. 2019 *code civil*) e sostanziali, ma, in nessuna norma, afferma la natura costitutiva della consegna che, in tal caso, opera quale obbligo strumentale del fiduciario a seguito del consolidamento dell'acquisto del creditore frutto dell'inadempimento del debitore. I termini della fiducia impongono all'affidatario, secondo le modalità dell'accordo fiduciario, a seconda del comportamento del debitore, la restituzione del bene ricevuto al debitore stesso o al creditore che, forte dell'alienazione fiduciaria con causa di garanzia, godrebbe anche della disponibilità del bene alienato.

In conclusione, la dottrina[277] ha evidenziato come la fiducia in Francia sia divenuta un negozio tipico (il nostro ordinamento non lo riconosce ancora, salvo il timido intervento normativo del 2016 in tema di negozi di affidamento fiduciario) che presenta quale elemento naturale quello della segregazione tra il patrimonio affidato e quello del fiduciario. Nell'ambito delle garanzie, allora, la tipizzazione nel 2007 della *fiducie-sureté* sembra aver istituzionalizzato nel diritto francese il contratto di *fiducia cum creditore*, con l'unica variante di imporre l'obbligo di rispettare il giusto prezzo nel trasferimento definitivo al creditore.

Il sistema delle garanzie francesi, seppur all'avanguardia sul tema delle garanzie nel panorama normativo europeo, non manca di celare alcune pecche che lo rendono talvolta poco armonioso. Ciò è successo per la materia del pegno non possessorio che prevede la liceità dell'accordo commissorio con il correttivo marciano nell'ipotesi comune prevista dal *Code civil*, mentre vieta il patto commissorio nelle ipotesi speciali e più utilizzate come in tema di credito al consumo (art. 23 *Code consom.*) e di pegno commerciale (art. 2 *Code comm.*).

[275] M. MIGNOT, *Droit de suretés et des la pubblicité foncière*, Parigi, 2017, p. 574.

[276] Anche il diritto francese, parimenti ai principali ordinamenti di diritto continentale riconosce il principio consensualistico "che accomuna *titulus adquirendi* e *modus adquirendi*", per cui il profilo della responsabilità contrattuale "presuppone, invece, l'esistenza di una regola di azione, ossia l'obbligazione, e si arresta dinnanzi all'impossibilità di compiere la condotta necessaria". S. MAZZAMUTO, *Progetti di codificazione europea sul contratto*, in *Eur. Dir. priv.*, 2020, p. 1105.

[277] F. BARRIERE, *La fiducie. Commentaire de la loi n. 2007-211 du 19 février 2007*, in *Il trustee nella gestione dei patrimoni*, a cura di D. Zanchi, Torino, 2009, p. 828.

5. Il patto marciano: profili tributari.

Le alienazioni marciane, come si è sostenuto, impegnano i contraenti in un meccanismo di autotutela satisfattoria che, di norma, interessa beni immobili.

Le garanzie immobiliari, in tale contesto, producono rilevanti effetti, non solo sul piano del diritto comune, ma anche su quello tributario. Tali effetti devono essere affrontati in relazione a due questioni particolarmente controverse, quale quella della tassazione, ai fini IVA, del trasferimento immobiliare conseguente all'inadempimento dell'obbligazione garantita e quella del regime impositivo riguardante il negozio auto-satisfattorio conseguente all'inadempimento del contratto di credito garantito.

In riferimento al primo profilo il problema è stato quello di poter ricondurre nell'ambito della "cessione di beni" il trasferimento immobiliare a scopo di garanzia sospensivamente o risolutivamente condizionato, rispettivamente all'inadempimento o all'adempimento del debitore.

In linea generale, infatti, tutte le concessioni di finanziamenti da parte di istituti bancari o di altri intermediari abilitati sono soggette ad imposizione indiretta, quale il pagamento dell'IVA. L'obbligo *de qua* è previsto direttamente dall'art. 3 comma 2 n. 3 del DPR 633 del 26 ottobre 1972 che annovera, appunto, i finanziamenti in genere, purché nati nei traffici bancari, tra gli atti soggetti al pagamento del richiamato tributo.

Ma si deve considerare l'ipotesi in cui il detto credito sia assistito da un'alienazione con scopo di garanzia che produrrà i propri effetti soltanto al momento dell'inadempimento del debitore.

Assume un portato dirimente la corretta interpretazione della nozione di "cessione di beni", che rappresenta il presupposto oggettivo, per assoggettare al regime dell'imposta sul valore aggiunto[278], una data operazione economica, quale può essere l'alienazione con scopo di garanzia.

Essa si trae dagli articoli 1 e 2 del DPR. n. 633 del 1972 che, in termini ampi, fanno rientrare nella suddetta categoria tributaria tutti "gli atti a titolo oneroso che importano trasferimento della proprietà ovvero costituzione o trasferimento di diritti reali di godimento su beni di ogni genere".

Si dà vita ad un rapporto giuridico diretto con l'Amministrazione finanziaria[279] che impone di individuare il soggetto passivo di IVA che rappresenta l'effettivo contribuente, il

[278] Per una ricostruzione dell'istituto A. BERLIRI, *L'imposta sul valore aggiunto*, Milano, 1971; A. ZOPOLO, *L'imposta sul valore aggiunto, primo passo verso l'armonizzazione fiscale nella CEE*, in *Il politico*, 1969, pp. 149-172; G. MANDO-D. MANDO, *Manuale dell'imposta sul valore aggiunto*, Milano, 2011; R. LUPI, *Le imposte sui redditi, sul valore aggiunto e sui trasferimenti*, Milano, 1991.

[279] A. FANTOZZI, *Corso di diritto tributario*, Torino, 2004, p. 480 ss.

quale sarà tenuto al versamento sul valore aggiunto realizzato e, quindi, dovrà sopportare il peso del pagamento dell'imposta.

In rapporto alla disciplina civilistica non è mancato chi[280] ha considerato sovrapponibili la categoria tributaria della cessione di beni a quella privatistica dei trasferimenti concernenti diritti reali su qualsivoglia *res* e, quindi, anche su quelle immobili. Centrale in tale parte dell'ordinamento giuridico è solo il profilo del trasferimento (o della costituzione) del diritto sul bene e non già la qualifica dell'oggetto del diritto, salvo che rientri nelle cessioni non imponibili di cui agli articoli 8 e 8 *bis* dello stesso Decreto.

I dubbi in questo caso concernono la sussistenza dei profili di imposizione tributaria nei confronti del creditore a cui sono precluse, fino al momento dell'inadempimento, tutte le facoltà concernenti il dominio su di un bene che, sotto condizione, viene a lui già trasferito. Si realizza una vera e propria conformazione del diritto di proprietà che viene sottratto alle facoltà dominicali dell'acquirente ed è soggetto alla risoluzione dell'effetto traslativo nel caso di adempimento successivo del debitore-alienante.

Si è già sottolineato che, nelle alienazioni condizionate con scopo di garanzia, il bene rimane nella disponibilità reale del debitore che potrà continuare ad utilizzare lo stesso fino all'avveramento della condizione di inadempimento, specie se essenziale per l'esercizio delle attività quotidiane ovvero commerciali[281]. La stabilizzazione dell'effetto traslativo al momento di verificazione dell'evento condizionante incide sulle facoltà di godimento che spettano al debitore, ovvero ai suoi eredi, riunificandosi in favore del creditore quella che potremmo definire la nuda proprietà e la piena proprietà sul bene.

Assume una prospettiva completamente diversa l'opzione di vendita del bene garantito a terzi che difficilmente potrebbe sfuggire all'imposizione IVA realizzandosi, per effetto di un mandato irrevocabile a vendere, di fonte legale o convenzionale, una vicenda che vede il creditore appropriarsi del denaro ricavato dall'alienazione secondo l'applicazione dell'istituto della compensazione legale[282].

Sussiste nella cennata vicenda, come evidenziato dalla dottrina[283] in materia di *sale and lease back*, un inequivocabile contrasto tra la disciplina nazionale in materia di IVA e quella euro-unitaria che accoglie una diversa prospettiva, definita sostanzialistica, la quale

---

[280] P. FILIPPI, *I presupposti oggettivi del presupposto dell'IVA*, in *Dir. prat. Trib.*, 2009, 6, pp. 1199-1220.

[281] La conformazione dei poteri dell'acquirente sotto condizione sono stati affrontati da A. C. PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975; G. AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996, p. 51 ss.; A. LUMINOSO, *La vendita* cit., p. 49 ss.; G. PETRELLI, *Proprietà fiduciaria, art. 2645-ter e condizione*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 517 ss.

[282] I due segmenti in cui si snoda l'operazione economica di garanzia consentono di accogliere una diversa prospettiva che impone, diversamente dal trasferimento di beni condizionato, l'assoggettamento ai fini IVA della successiva attività di vendita da parte del creditore, che opera come autonoma rispetto al contratto di finanziamento.

[283] A. DE GASPARRE, *Contratto di lease back e disciplina IVA: il renvirement della Suprema Corte*¸ in *Giur. comm.*, 2022, 5, p. 1194 ss.

assoggetta all'imposizione fiscale tutte quelle cessioni che prevedono in concreto la privazione definitiva, ed aggiungeremo effettiva, dei poteri dominicali in capo all'alienante.

La posizione sostanziale trova il proprio addentellato normativo unitario nell'art. 14, par. 1, della Direttiva 2006/112/CE, c.d. "Direttiva IVA" che, *expressis verbis*, definisce la cessione di beni come "il trasferimento del potere di disporre di un bene materiale come proprietario"[284].

Orbene la richiamata difformità produce delle conseguenze economiche rilevanti in quanto determina, specie nelle operazioni economiche di consumo, forti ripercussioni sulla utilizzabilità dell'istituto che produrrebbe ulteriori spese rispetto alla restituzione del capitale erogato.

È comprensibile, infatti, che il creditore farà ricadere sul debitore le spese fiscali dell'operazione economica, trasformando l'IVA come una parte del corrispettivo erogato, da restituire nel termine pattuito ovvero detratto dal valore del bene ricevuto nel caso di restituzione dell'esubero al debitore. Si pensi alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario che contempla al comma 12 *bis* dell'art. 11 *quaterdecies* D.L. 203 del 2005, a discapito del debitore, il rimborso "graduale della quota di interessi e delle spese prima del verificarsi degli eventi di cui al comma 12", così gravandosi la parte debole di adempimenti economici eccedenti quelli necessari per l'erogazione del finanziamento.

La soluzione prospettata dalla disciplina comunitaria sembra, diversamente, tutelare proprio il debitore sul quale non potranno ricadere le spese fiscali del trasferimento patrimoniale nel caso di inadempimento che dovranno necessariamente gravare sul creditore-acquirente. Il tutto salvo che sussista una norma di legge che individua in termini diversi il destinatario di siffatti obblighi, come nel caso dell'art. 48 *bis* comma 8 t.u.b. che, senza dubbio, impone al debitore il pagamento di "tutte le spese e i costi del trasferimento".

La causa concreta di garanzia che riguarda l'alienazione condizionata all'inadempimento del debitore e corredata dal correttivo marciano sposta il momento del trasferimento effettivo del diritto reale solo al termine dell'inadempimento, peraltro in deroga al disposto dell'art. 1360 c.c., per cui soltanto in questo frangente dovrà operare il calcolo IVA per la disciplina del 1972.

In tutte le ipotesi di permanenza del bene nelle disponibilità del debitore, come nel caso delle varianti speciali di patto marciano, il contratto di garanzia sorretto della suddetta clausola non sarà immediatamente soggetto all'imposizione tributaria, dovendosi posticipare

[284] Si tratta di una Direttiva di armonizzazione rivolta a tutti gli Stati membri e tesa a realizzare sul territorio di ciascuno Stato "sui beni e sui servizi di uno stesso tipo …lo stesso carico fiscale": Considerando numeri 4 e 6. La suddetta Direttiva si pone l'obiettivo di realizzare il "principio del sistema comune d'IVA" che "consiste nell'applicare ai beni ed ai servizi un'imposta generale sui consumi esattamente proporzionale al prezzo dei beni e dei servizi, qualunque sia il numero delle operazioni intervenute nel processo di produzione e di distribuzione antecedente alla fase d'imposizione".
Da ultimo CGUE 27 marzo 2019, causa C-201/18, *Mydibel SA contro Stato belga*, (EU:C:2019:254); CGUE 21 febbraio 2008, C-425/06, *Part service*, (EU:C:2008:108).

tale ulteriore adempimento all'avveramento della condizione e, quindi, all'inadempimento dell'obbligazione garantita.

Si possono utilizzare, anche in questo caso, alcune considerazioni già offerte dalla Suprema Corte in tema di fattispecie economiche complesse, come il caso delle alienazioni con scopo di garanzia, laddove si è sostenuto che non potrebbe considerarsi immediatamente "cessione di beni" il richiamato patto traslativo a causa del fatto che ad esso "non consegue il trasferimento del bene materiale da una parte (il venditore-utilizzatore) all'altra (l'acquirente-concedente) tale che, la seconda, possa dirsi autorizzata a disporne di fatto come se ne fosse la proprietaria in ragione della permanenza del bene stesso nella disponibilità del venditore che, invece, lo utilizza ininterrottamente"[285].

Peraltro, il relativo patto dovrebbe interpretarsi come una concessione di garanzia e non già un vero e proprio trasferimento immobiliare, anche se sottoposto a condizione, con applicazione della relativa disciplina fiscale. Si tratta di un atto che, soggetto a trascrizione, risulta esente da imposta IVA secondo il disposto dell'art. 10 comma 1 n. 1 del DPR 633 del 1972, che prevede il richiamato regime di favore per le prestazioni concernenti "l'assunzione di fideiussioni e di altre garanzie e la gestione di garanzie di crediti da parte dei concedenti"[286].

Fino a quando il trasferimento concordato opera alla stregua di una mera operazione di garanzia e non rileva la causa variabile di adempimento del pregresso debito, l'accordo, anche se registrato nei competenti uffici fiscali, non determina alcun spostamento tributario essendo, tutt'al più soggetto all'imposta di registro in misura di fissa secondo quanto previsto dall'art. 40 del DPR 131 del 1986, che rinvia proprio alla disposizione del citato articolo 10.

Infine, qualora il patto marciano opera come un accordo accessorio ad una precedente garanzia reale immobiliare come l'ipoteca, si applica l'ulteriore imposta ipotecaria in misura fissa, secondo il D. Lgs. 347 del 1990, avente ad oggetto l'accordo marciano la concessione di una garanzia che non comporta l'immediato trasferimento dei diritti reali.

[285] Cass. Civ., Sez. V, 27 aprile 2021 n. 11023.

[286] Per un adeguato studio delle operazioni negoziali soggette al regime Iva si veda V. GIORDANO, *Rassegna di giurisprudenza. La giurisprudenza della Corte di Cassazione sull'IVA dal 2009 al 2019*, in *Giur. comm*, 2020, 3, p. 427 ss.

5.1. segue…il regime impositivo del finanziamento a medio e lungo termine.

La posizione tradizionale assunta dalla dottrina e dalla giurisprudenza, nelle considerazioni che precedono, che considera la cautela marciana come una deroga rispetto all'applicazione del divieto del patto commissorio, non rappresenta l'unico profilo di *favor* ordinamentale per l'applicazione dell'istituto.

Rilevano in materia, per coloro che decidono di accedere all'utilizzo dello strumento in esame, le agevolazioni fiscali che accompagnano i finanziamenti a medio e lungo termine, i quali, di norma, rappresentano le obbligazioni garantite dalle varianti marciane[287] nel settore bancario, come il prestito vitalizio ipotecario, il credito immobiliare ai consumatori ed i finanziamenti di cui all'art. 48 *bis* t.u.b.

Non rileva, invece, ai fini dell'applicazione della normativa fiscale di favore, la disciplina dei contratti di garanzia finanziaria che non ha ad oggetto finanziamenti, ma contempla una serie di strumenti di garanzia per l'adempimento di obbligazioni finanziarie.

Sul piano tributario la protezione assicurata al debitore, consumatore o professionista, attiene alla possibilità di sfruttare un procedimento di esenzione da ogni imposta ordinaria relativa al contratto di finanziamento, con applicazione di un'imposta sostitutiva sull'importo finanziato, a prescindere dalla durata effettiva del rapporto di garanzia.

Dunque, il regime fiscale riguardante i finanziamenti è stato disciplinato dal DPR n. 601 del 29 settembre 1973 che agli articoli 15 e seguenti ha introdotto un vero e proprio "diritto di opzione fiscale"[288] in favore dei soggetti professionali, che erogano sul mercato creditizio finanziamenti potendo corrispondere, in luogo delle imposte ordinarie, di registro, di bollo, ipotecarie e catastali e delle tasse sulle concessioni governative, un'imposta sostitutiva[289].

La scelta prevista dalla normativa consente alle parti del negozio di finanziamento di pagare, ai sensi dell'art. 17 comma 1 dello stesso Decreto, una tassa sostitutiva, di regola dello 0,25% dell'importo erogato, ovvero di ricorrere al regime ordinario e pagare tutte le "imposte di registro, di bollo, ipotecaria e catastale" che normalmente sarebbero dovute per i relativi atti, secondo quanto disposto dall'art. 15 comma 2 del Decreto.

Infatti, l'art. 15 del DPR 601 del 1973 prevede, espressamente, che tutte le "operazioni relative ai finanziamenti a medio e lungo termine e tutti i provvedimenti, atti, contratti e formalità inerenti alle operazioni medesime, alla loro esecuzione, modificazione ed estinzione, alle garanzie di qualunque tipo da chiunque e in qualsiasi momento prestate ... effettuate da aziende e istituti di credito e da loro sezioni o gestioni che esercitano, in

[287] Vedi *supra* Cap. II, par. I.

[288] La trasformazione del regime ordinario in opzionale è avvenuta con l'art. 12 D.L. 145 del 23 dicembre 2013 (cd. "Decreto destinazione Italia") convertito con modifiche nella Legge n. 9 del 21 febbraio 2014.

[289] Per un accurato studio della vicenda si veda G. PETRELLI, *Imposta sostitutiva su finanziamenti ipotecari a medio e lungo termine contratti all'estero*, in *Notariato*, 2016, 1, p. 1 ss.

conformità a disposizioni legislative, statutarie o amministrative, il credito a medio e lungo termine ... per le quali è stata esercitata l'opzione di cui all'articolo 17[290], sono esenti dall'imposta di registro[291], dall'imposta di bollo[292], dalle imposte ipotecarie[293] e catastali e dalle tasse sulle concessioni governative".

Alla base del diritto di opzione fiscale vi sono tre presupposti[294] che qualificano l'istituto come autonomo, nuovo e diverso[295], caratterizzato da "proprie connotazioni strutturali e funzionali" e idoneo a costituire oggetto di "specifica disciplina"[296].

Il primo elemento costitutivo, di tipo oggettivo, si fonda sulla natura dell'operazione economica[297] realizzata, in quanto relativa, genericamente, a finanziamenti a medio e lungo

[290] Il D.M. 28 febbraio 1975 all'art. 4 disciplina le "modalità per la presentazione della dichiarazione e il pagamento dell'imposta sostitutiva", richiamando la disciplina generale dell'imposta di registro. Essa rappresenta un'imposta cartolare perché colpisce il documento che contiene il contratto di credito.

[291] Si tratta della tipica imposta "d'atto" che colpisce il negozio giuridico che genera la pretesa impositiva a prescindere dalla forma o dal tipo di atto compito. Prevista all'art. 20 del DPR n. 131 del 26 aprile 1986 (cd. "TUR"), modificata dall'art 1 comma 87 della Legge n. 205 del 2017 (Legge di Bilancio 2018), che qualifica l'imposta come "applicata secondo la intrinseca natura e gli effetti giuridici dell'atto presentato alla registrazione, anche se non vi corrisponda il titolo o la forma apparente, sulla base degli elementi desumibili dall'atto medesimo, prescindendo da quelli extra-testuali e dagli atti ad esso collegati, salvo quanto disposto dagli articoli successivi". La suddetta disciplina è stata successivamente modificata anche dall'art. 1, comma 1084, della Legge n. 145/2018 (Legge di Bilancio 2019).
In materia: A. BERLIRI, *Le leggi del Registro*, Milano, 1946, p. 93 ss.; A. D. GIANNINI, *Costituzioni di diritto tributario*, Milano, 1938, p. 112 ss.; D. JARACH, *Principi per l'applicazione delle tasse di registro*, Padova, 1937, p. 46 ss.; B. GRIZIOTTI, *Il principio della realtà economica negli artt. 8 e 68 della legge di registro*, in *Riv. dir. fin*., 1939, II, p. 109; G. MELIS, *L'interpretazione nel diritto tributario*, Padova, 2003, p. 292 ss.; F. MONTANARI, *La prevalenza della sostanza sulla forma nel diritto tributario*, Milano, 2019, p. 72 ss..; M. BEGHIN, *L'interpretazione dell'atto ai fini dell'imposta di registro: un esercizio a geometria variabile*, in *Corr. trib*., 2020, p. 949 ss.; D. CONTE, *L'art. 20 del T.U. Registro tra "causa concreta" e interpretazione autentica: la parola alla Consulta*, in *Riv. dir. trib*., 2021, p. 169 ss.; G. ESCALAR, *La lettura della Corte Costituzionale dell'art. 20 T.U.R. e il suo impatto sulle vecchie e nuove operazioni*, in *Corr. trib*., 2021, p. 215 ss.

[292] L'art. 2 del DPR 26 ottobre 1972, n. 642 impone il pagamento dell'imposta "fin dall'origine" a tutti gli atti, documenti e registri previsti nella parte I della "Tariffa" allegata al Decreto.
Si parla di imposta "cartolare" poiché rivolta a colpire non già la capacità contributiva del soggetto passivo della stessa quanto il singolo atto o documento per il quale è prevista.

[293] Il D. Lgs. 31 ottobre 1990 n. 347 disciplina l'imposta ipotecaria con le relative formalità di iscrizione, rinnovazione e annotazione che vanno necessariamente eseguite nei pubblici registri immobiliari e va pagato, all'atto della presentazione, in misura proporzionale secondo quanto previsto dal richiamato Decreto.
Siamo in presenta di un'imposta che richiede una specifica formalità, l'iscrizione e non già un singolo atto. La realizzazione della formalità segue il pagamento del tributo.

[294] Si vedano le considerazioni contenute nello Studio n. 157-2017/T approvato dalla Commissione Studi tributari del Consiglio Nazionale del Notariato del 14 dicembre 2017 relativo ai "Trasferimenti immobiliari a scopo di garanzia nelle recenti riforme del credito bancario: interferenze fiscali".

[295] G. PETRELLI, *Imposta sostitutiva* cit., p. 10.

[296] E. SELLITTO, *Inquadramento generale*, in *L'imposta sostitutiva sui finanziamenti*, Milano, 2012, p. 6.

[297] Il concetto di operazione economica, come quello di transazione economica, è entrato nel gergo giuridico civile e fiscale solo a seguito dell'evoluzione giuridica ordinamentale. Sul punto in materia di cessioni di azienda "spezzatino" E. GABRIELLI, *Il "contratto frazionato" e l'unità dell'operazione economica*., nota a

termine, estendendosi anche a tutti gli altri "provvedimenti, atti, contratti e formalità inerenti alle operazioni medesime, alla loro esecuzione, modificazione ed estinzione, alle garanzie di qualunque tipo da chiunque e in qualsiasi momento prestate" a prescindere dal negozio utilizzato; in questo caso oggetto dell'atto impositivo è l'operazione creditizia realizzata e non un atto, contratto o una specifica formalità.

Il secondo elemento, di tipo soggettivo, si collega al soggetto erogatore del finanziamento, così restringendo la portata applicativa del regime speciale, rispetto a quello ordinario che grava su tutti i soggetti dell'operazione, alle sole aziende ed istituti di credito (di norma le Banche), o altri intermediari finanziari, abilitati a svolgere le predette attività sulla base della preventiva iscrizione nell'elenco controllato di cui all'art. 106 t.u.b.[298], tenuti al pagamento dell'imposta dovuta.

Ciò identifica il soggetto passivo dell'imposta che non potrà giammai essere il debitore, o comunque entrambe le parti del negozio, ma soltanto l'Ente erogatore del finanziamento.

Infine, rileva un elemento formalistico quale quello dell'obbligatoria previsione "nell'atto di finanziamento", a norma dell'art 17, dell'esercizio del suddetto diritto, la cui mancanza preclude alle parti di ricorrere al meccanismo fiscale agevolato[299].

In estrema sintesi, i presupposti applicativi dell'imposta sostitutiva sono compendiati dalla necessità che la stessa sia prevista espressamente nell'operazione di finanziamento e che quest'ultimo sia erogato soltanto da soggetti altamente professionali.

Inoltre, l'applicazione della richiamata agevolazione fiscale presuppone, ai sensi degli articoli 18 commi 1 e 3 e 35 del DPR 601 del 1973 che il finanziamento sia regolarmente erogato al fine di evitare pagamenti "sulla carta" ed in danno del finanziato.

Siamo in presenta di un "tributo sostitutivo"[300] che opera in termini autonomi e surrogatori rispetto alle imposte ordinariamente collegate a questo tipo di operazioni

---

Cass. 11 giugno 2007, n. 13580), in *Giust. Civ.*, 2008, I, p. 738. Da ultimo il termine è stato utilizzato dalla Suprema Corte in tema di abuso del diritto tributario: Cass. Civ. Sez. trib., 22 settembre 2022, n. 27709, in *Giust. Civ. Mass.*, 2022.

[298] La predetta estensione non produce rilevanti dubbi per effetto dell'intervento della Corte Costituzionale che, con la pronuncia n. 242 del 20 novembre 2017, ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 15 citato per non aver esteso siffatta normativa fiscale di favore anche per la categoria esaminata. Sul punto anche Cass. Civ., SS.UU., 3 giugno 2015 n. 11373, in *Foro it.*, 2015, 10, p. 3066; Cass. Civ., Sez. trib., 9 marzo 2011, n. 5570, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 3, p. 378.

[299] G. PETRELLI, *Imposta sostitutiva* cit., p. 3.

[300] Per una breve rassegna delle principali imposte sostitutive, oltre quella oggetto di analisi: si pensi per le imposte sul reddito alla "cedolare secca" sugli affitti introdotta dall'art. 3 del D. Lgs. 14 marzo 2011 n. 23 (M. DAMIANI, *Riforma del fisco municipale tra esigenze di autonomia finanziaria e tributaria*, in *Corr. trib.*, 2011, p. 2289; S. PANSIERI, *Le categorie reddituali: 1 – I redditi fondiari*, in G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, Padova, 2013, p. 164 ss.; in giurisprudenza da ultimo Comm. Trib., reg. Milano, Sez. 19, 3 dicembre 2020, n. 2830, in *Mass. Comm. trib. Lombardia*, 2021, 1, I); in materia di "grandi emittenti" si richiamano le imposte sostitutive sui redditi derivanti da interessi generati da obbligazioni finanziarie di cui all'art. 2 comma 1 D. Lgs. 1° aprile 1996 n. 239. e a quelle riguardanti i redditi generati dai

economiche legate a finanziamenti bancari e che si estende a tutte le prestazioni di garanzia, come quelle marciane, collegate ad esse. L'autonomia della pretesa impositiva scelta dal debitore tributario si esprime nella sua unicità e nella capacità sostitutiva di tutte le imposte ordinarie che si connotano per avere tutte un oggetto differente da quello posto alla base di questo tributo, ovvero l'operazione economica di finanziamento.

Il pagamento di questa "imposta volontaria"[301], poiché rimessa alla scelta discrezionale del debitore fiscale, consente di perseguire una duplice finalità: il debitore utilizza un regime che prevede un'aliquota inferiore rispetto a quella ordinaria, assumendo, poi, una funzione incentivante anche per l'Amministrazione finanziaria che conosce immediatamente la base imponibile oggetto di tassazione.

L'autonomia[302] si riverbera anche sulla disciplina fiscale applicabile che non è quella delle singole imposte sostituite, ma viene individuata nella normativa teste richiamata che, peraltro, supera il requisito della cartolarità ai fini dell'applicazione della pretesa impositiva.

Si realizza, in presenza di un finanziamento a medio e lungo termine[303], erogato da intermediari professionali, sul piano fiscale e per effetto dell'esercizio del diritto di opzione, un unico rapporto tributario che vede subentrare alle plurime imposte proprio quella in sostituzione.

Per effetto dell'applicazione della diversa imposta si realizza un fenomeno di sostituzione "propria"[304], attraverso il quale non si adempie con modalità esecutive diverse la stessa tassazione (come per le imposte sostitutive improprie), ma viene pagato un diverso tributo, autonomo per logica, funzione e modalità applicative.

L'autonomia si può constatare dall'assenza di un nesso di derivazione tra le imposte e dalla alterità dei presupposti alla base dei diversi regimi tributari.

---

capitali corrisposti in dipendenza di contratti di assicurazione sulla vita o di capitalizzazione di cui all'art. 44 comma 1 lettera *g-quater* del DPR 600 del 1973.

[301] R. LUPI, *Un'imposta sostitutiva "consapevole", anche se non logicamente necessitata*, in *Dialoghi dir. trib.*, 2007, p. 1122 ss.; M. BEGHIN, *Conferimenti d'azienda e nuove imposte "sostitutive"*, in *Corr. trib.*, 2008, p. 185; D. STEVANATO, *Imposta "volontaria", imposte ordinarie sostituite e meccanismi di riconoscimento (e disconoscimento) fiscale del costo*, in *Dialoghi tributari*, 2009, p. 306; Id., *Effetti del ritardato versamento dell'imposta volontaria*, in *Corr. trib.*, 2009, p. 3281 ss. Anche Cass. Civ., Sez. trib., 12 novembre 2014, n. 24057; Cass. Civ., Sez. trib., 20 gennaio 2016, n. 939; Cass. Civ., Sez. trib., ord. 13 ottobre 2017, n. 24136.

[302] La già citata "autonomia" rappresenta il criterio differenziale prevalente per distinguere tra imposte sostitutive proprie ed improprie considerandosi l'insufficienza del criterio nominalistico. Sul punto R. SCHIAVOLIN, *Sostitutive (imposte)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm*., Torino, 1998, p. 52.

[303] La cui disciplina generale è contenuta agli articoli 28 e seguenti del Testo Unico bancario.

[304] A. CAZZATO, *Finanziamenti destinati alla "prima casa": un nuovo microcosmo nella disciplina dell'imposta sostitutiva sui finanziamenti*, in AA.VV., *Finanziaria 2008. Saggi e commenti*, a cura di G. Fransoni, Milano, 2008, p. 273 ss.; P. RUSSO, *L'imposta sostitutiva sui finanziamenti a medio lungo termine – Inquadramento civilistico e deducibilità fiscale dal punto di vista sia degli istituti di credito e delle società finanziatrici sia dei soggetti (imprese) finanziati*, in *Il fisco*, 2001, p. 12811 ss.

Su quest'ultimo piano la dottrina ha richiamato proprio il meccanismo sostitutivo affrontato ritenendo che "l'erogazione del finanziamento" presupposto per l'applicazione dell'imposta sostitutiva non sia "indispensabile ai fini dell'esenzione dal pagamento delle imposte sostituite"[305]. Si pensi alla mancata erogazione del mutuo che non consente il versamento dell'imposta sostitutiva con cancellazione anche di quella ipotecaria, poiché la garanzia reale deve essere irrimediabilmente eliminata.

Peraltro, non si richiede l'esistenza di tutte le imposte da sostituire essendo sufficiente la presenza di almeno uno dei tributi elencati dalla norma ai fini dell'operatività del meccanismo sostitutivo, senza che ciò incida sul piano del *quantum* di tributo in sostituzione versato.

Il criterio di favore finanziario utilizzato dal legislatore prescinde dall'astratta applicabilità dei singoli tributi e dal valore delle singole imposte da versare. L'esercizio del diritto potestativo tributario rende obbligatorio il versamento, secondo la disciplina speciale dell'imposta prescelta, con evidente possibilità, da parte del finanziatore, di operare un calcolo preventivo rispetto al successivo versamento.

Tracciati gli elementi strutturali e funzionali del regime tributario sostitutivo si impone di verificare se lo stesso sia applicabile nel contesto delle alienazioni con scopo di garanzia accompagnate dal correttivo marciano[306].

In *limine* bisogna sottolineare come dalla disciplina normativa non si rintracciano delle indicazioni di carattere generale che possano spingere gli interpreti ad estendere siffatta agevolazione a tutte le forme di patti traslativi marciani.

Il rinvio formale[307] all'imposta sostitutiva viene effettuato soltanto dall'art. 11 *quaterdecies* comma 12 *ter* D.L. 203 del 2005, in materia di prestito vitalizio ipotecario, che applica il regime tributario di favore a questa particolare forma di finanziamento assicurato, sul piano satisfattorio, dalla vendita dell'immobile oggetto di garanzia.

In questo caso, emerge una particolarità rispetto agli altri finanziamenti a medio e lungo termine, ricollegata al fatto che l'esercizio da parte del creditore dei poteri di autotutela esecutiva si lega, non al mancato rimborso del credito, ma ad eventi diversi quali il decesso del finanziato (sempreché non attemperino a quanto dovuto i suoi eredi) la distruzione o il depauperamento dell'immobile prestato in garanzia.

Astrattamente, poi, questi eventi possono verificarsi addirittura durante i primi diciotto mesi, così da superare il presupposto oggettivo di operatività del regime di favore dell'art.

[305] G. PETRELLI, *Imposta sostitutiva* cit., p. 14.

[306] Sul punto anche A. CHIANALE, *L'ipoteca*, Torino, 2021; G. CLARIZIA, *Brevi riflessioni in merito alla compatibilità tra la facoltà di adempimento anticipato del finanziamento da parte del beneficiario e l'imposta sostitutiva sui finanziamenti a medio e lungo termine*, in *RDT*¸ 2006, II, p. 19.

[307] T. RUMI, *Il prestito vitalizio* cit., p. 117.

15 ovvero quello dell'esistenza di una forma di finanziamento a medio e lungo termine, secondo la normativa speciale bancaria[308].

Sembrano, in *subiecta materia*, non prive di fondamento le considerazioni di alcuni Autori[309] che hanno considerato il rinvio operato dal comma 12 *ter* alla materia fiscale applicabile, indipendentemente, dalla data di rimborso del finanziamento.

Pertanto, la precisazione normativa del 2015 ha avuto il merito di superare tutti i dubbi circa l'operatività del richiamato istituto rendendolo particolarmente appetibile, anche sul versante fiscale, nel mercato del credito a termine.

Il richiamato profilo di specialità non rappresenta l'effettivo ostacolo all'applicazione dell'imposta sostitutiva ma, come evidenziato da un recente studio del Consiglio nazionale del Notariato[310], il vero problema è stato quello di giustificare l'applicazione del regime fiscale agevolato a fattispecie complesse come i contratti di mutuo garantiti da trasferimenti solutori, accompagnati dalla cautela marciana.

È stato evidenziato che la complessità del rapporto non esclude l'assoggettamento dell'atto traslativo, eventuale e futuro, al richiamato regime tributario considerandolo "inerente" all'operazione economica realizzata.

Il rapporto di inerenza che si instaura tra l'operazione di finanziamento e il patto traslativo, coevo o *ex intervallo*¸ non esclude l'applicazione del tributo sostitutivo anche agli "atti o contratti inerenti diversi dal finanziamento stesso, ma con esso concentrici"[311]. Dovrebbe, poi, valutarsi se tale rapporto di inerenza renda il successivo atto o contatto, anche di garanzia, completamente esente dall'imposizione fiscale o assoggettato ad un ulteriore regime opzionale.

Il surrogato garantito dall'attuazione del meccanismo solutorio potrebbe, infine, considerarsi come una modalità di adempimento, purché, beninteso, si realizzi la condizione sospensiva, e dunque la fase finale del precedente contratto di finanziamento, assorbito in esso.

Assolve una funzione confermativa del rapporto di collegamento giuridico l'interpretazione fornita dall'amministrazione finanziaria[312] e dalla giurisprudenza tributaria[313] che ha rinvenuto lo stesso anche in riferimento alle cessioni di credito con funzione di garanzia, purché necessariamente relativo ad un finanziamento a medio o lungo termine.

---

[308] Cass. Civ., Sez. trib., 28 marzo 2018, n. 7649, in *Giust. civ. Mass.*¸ 2018.

[309] A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 373, nt. 47.

[310] Vedi *supra* nota n. 643.

[311] Studio n. 157-2017/T p. 5 del Consiglio Nazionale del Notariato del 14 dicembre 2017.

[312] Risoluzione n. 29/E del 3 aprile 2012 in materia di cessione di crediti energetici.

[313] Comm. trib. reg., (Abruzzo) sez. VII, 25 gennaio 2021, n. 33; Cass. Civile, Sez. trib., 04 luglio 2019, n.17938, in *Giurisp. Comm.*, 2020, II, 5, p. 1125.

Sul piano del diritto tributario, quindi, si ritiene irrilevante la causa in concreto dell'alienazione in garanzia connotata dal patto marciano, potendosi sostenere l'assorbimento del successivo contratto, di garanzia o solutorio a seconda della posizione interpretativa preferibile, nell'operazione di finanziamento sottostante con applicazione del relativo regime opzionale.

Bisogna chiarire che, se la disciplina del prestito agli ultrasessantenni facilita il compito dell'interprete, avendo il merito di richiamare espressamente l'esaminato regime fiscale agevolato, il vero *punctum dolens* attiene all'estensione dell'opzione sostitutiva, pur se richiamata nel patto traslativo, alle ultime due fattispecie di patto marciano bancario e all'eventuale patto marciano di diritto comune.

Partendo dalle fattispecie tipizzate, siamo in presenza, sia per quella prevista dall'art. 120 *quinquiesdecies* t.u.b. che per quella delineata all'art. 48 *bis* t.u.b., di una garanzia bancaria che si innesta ad un finanziamento a medio o lungo termine concesso da un istituto bancario o finanziario, rispettivamente ad un consumatore e ad un esercente attività di impresa.

Per quanto riguarda il credito immobiliare ai consumatori sia la dottrina[314] che il cennato Studio ritengono possibile estendere il regime agevolato di cui all'art. 15 del DPR n. 601 del 1973. Siamo in presenza di un procedimento similare a quello predisposto dalla normativa del 2015 per cui si ravvisa l'*eadem ratio* idonea ad estendere analogicamente la tassazione agevolata[315]. L'applicazione del regime premiale deve, al contempo, evitare una chiara disparità di trattamento e configurare l'istituto come appetibile sul mercato del credito.

Sennonché dallo Studio notarile è possibile ricavare una particolare precisazione che impone, molto probabilmente, di limitare l'applicazione dell'imposta sostitutiva soltanto nei casi di restituzione dell'immobile al finanziato (qualora adempia correttamente l'obbligazione pecuniaria garantita) o di apprensione coattiva definitiva da parte del

---

[314] A. BUSANI, *Imposta di registro. Imposta ipotecaria e catastale. Imposta sostitutiva per i finanziamenti. Imposta sulle transazioni finanziarie.*, Milano, 2022, p. 192 ss.

[315] Sull'applicazione del procedimento analogico in materia tributaria vedi M. PASTORELLO, *Giannini tributarista. Le trasformazioni dello Stato negli anni Trenta e il problema dell'interpretazione delle leggi finanziarie.*, in *Riv.trim.Dir. pubb.*, 2015, 3, p. 975. Si deve dare atto di un antico orientamento restrittivo che escludeva l'applicazione dell'analogia nel diritto tributario fondando le ragioni sulla natura eccezionale della relativa disciplina e sull'indole limitativa dei diritti della persona che non ne consentono l'applicazione ulteriore ai casi sussunti sotto di esse (V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze, 1889, p. 235; G. AVEZZA, *La legge sulle tasse di registro*, I, Asti, 1895, p. 98). La dottrina successiva, invece, ha accolto una prospettiva più allargata che consentiva l'applicazione analogica delle disposizioni finanziarie in quanto non sempre eccezionali e seppur tali "ammettono infatti l'analogia, nei limiti dell'applicabilità del principio su cui si fondano", restringendosi il divieto alle norme "a fattispecie esclusiva" (M. S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939; Id., *L'analogia giuridica*, Milano, II, 2002, p. 222-223; vedi, anche, B. GRIZIOTTI, *voce Diritto finanziario*, in *N.D.I.*, IV, 1938, p. 1064; Id., *Studi di diritto tributario*, Padova, 1931, p. 58; E. VANONI, *Natura ed interpretazione delle leggi tributarie*, Padova, 1932, p. 147).

mutuante (questa volta a seguito dell'inadempimento del consumatore) dell'immobile precedentemente alienato in garanzia.

Mentre, rispetto all'ipotesi concordata di vendita a terzi *ex* art. 120 *quinquiesdecies* comma 3 t.u.b.[316], si dovrebbe escludere l'applicazione della tassazione agevolata che, ingiustificatamente, attiverebbe un eccessivo beneficio in favore del terzo acquirente, totalmente estraneo all'operazione di finanziamento e, quindi, necessariamente soggetto all'imposizione ordinaria. Il pericolo da evitare, ai fini della corretta attuazione dei principi posti dall'art. 53 Cost., è quella di estendere, sulla base di criteri di emersione del reddito personale, il regime premiale a soggetti estranei all'operazione economica, che fraudolentemente potrebbero utilizzare tale procedimento per eludere la corretta imposizione tributaria[317].

Dunque, anche in caso di alienazione sul mercato del bene gravato da garanzia reale atipica, deve trovare applicazione, per le parti del finanziamento, la disciplina dell'imposta sostitutiva, diversamente per l'acquirente del bene, soggetto ai tributi ordinari essendo nei suoi confronti privo di ricadute tributarie l'operazione economica marciana.

Quanto detto si può ricavare, anche, dal dato normativo in relazione alla qualificazione del presupposto oggettivo dell'imposta che consente di ricondurre nell'ambito delle operazioni economiche qualunque atto o contratto, a prescindere dalla forma utilizzata, che si incastri nel contesto di un'operazione di finanziamento a medio e lungo termine e che ne attui le finalità. Il regime è stato esteso, *expressis verbis*¸ anche alle operazioni di garanzia strettamente collegate con l'erogazione del mutuo e, quindi, anche ai patti marciani e a tutti gli atti "esecutivi" come i negozi di autosoddisfazione traslativa concernenti un bene immobile[318].

Nel caso diverso di alienazione a terzi dell'immobile data in garanzia non si può ravvisare alcun coinvolgimento dell'acquirente nell'operazione di finanziamento che, rimanendone estraneo, è soggetto all'imposizione ordinaria.

---

[316] Lo stesso discorso può essere effettuato nel caso di prestito vitalizio ipotecario contemplando il comma 12 *quater* dell'art. 11 *quaterdecies* D.L. 203 del 2005 la possibilità che il creditore proceda alla vendita sul mercato immobiliare bene prestato in garanzia appropriandosi, definitivamente, del denaro ricavato dalla stessa.

[317] Sembra accogliere una prospettiva diversa l'Agenzia delle Entrate in relazione alle cessioni successive di crediti in garanzia che si ritengono soggette allo stesso regime premiale fiscale anche se il cessionario sia per natura giuridica diverso dall'ente erogatore. Sul punto Agenzia delle Entrate, Ris. 17/E del 16 febbraio 2018.

[318] Per integrare il presupposto oggettivo è sufficiente "Secondo questa Corte, ciò che assume rilievo, ai fini del riconoscimento dell'agevolazione di cui al citato art. 15, è l'assunzione di un vincolo negoziale per un arco di tempo minimo stabilito dalla legge, indipendentemente dal successivo evolversi dalle vicende del rapporto, sicché la previsione, nel contratto di finanziamento, di una clausola in base alla quale l'azienda di credito avesse la facoltà di recedere unilateralmente e senza preavviso anche prima della scadenza dei diciotto mesi, priverebbe dall'origine il credito della sua natura temporale (medio lunga), richiesta dalla norma di agevolazione tributaria, degradando la durata del rapporto ad elemento variabile in funzione dell'interesse dell'azienda di credito" Cass. Civ., Sez. Trib., 28 marzo 2018, n. 7649, *cit.*; Cass. Civ., Sez. Trib., 24 maggio 2013, n.12928, in *Giust. civ. Mass.*, 2013.

Infine, nell'ambito delle garanzie marciane tipizzate, quale quella prevista all'art. 48 *bis* t.u.b., si deve partire nel considerare, parimenti all'istituto ora affrontato, come dal dato testuale non si evince alcun rinvio all'agevolazione fiscale prevista agli articoli 15 e seguenti del DPR 601 del 1973.

Ancora una volta, rilevanti aperture tese ad estendere il regime fiscale premiale si possono ricavare dai più volte richiamati studi notarili che hanno considerato il trasferimento solutorio come un atto esecutivo del precedente rapporto di mutuo ed assorbito nel medesimo regime tributario. Siamo in presenza di indicazioni pressoché similari rispetto a quelle già espresse in materia di credito immobiliare ai consumatori accogliendosi, appunto, una visione sostanzialistica della nozione di operazione economica nel cui novero rientrano anche gli atti solutori del precedente accordo di finanziamento.

Il richiamato Studio notarile del 2017, infatti, qualifica l'articolazione traslativa successiva come un'eventualità che, non attiene alla fase genetica dell'erogazione del finanziamento, ma a quella successiva di attuazione del contratto definendone la "disciplina tipo" dell'operazione creditizia e, dunque, attratta al relativo regime fiscale[319]. Assume portato confermativo, poi, quell'impostazione accolta dalla dottrina volta ad attribuire al meccanismo satisfattorio delineato dalla disciplina marciana del finanziamento alle imprese la natura di dazione di pagamento anticipata, attribuendo ad essa la qualifica solutoria e alternativa all'atto di adempimento del finanziamento[320].

Si assiste, in un'ottica privatistica, ad un vero e proprio snaturamento della causa in concreto dell'atto di alienazione successiva corredata dalla cautela marciana che viene attratta nel più ampio contesto della giustificazione dell'operazione economica complessiva. Soluzione questa che non può essere ammessa, anche alla luce degli studi sul collegamento negoziale che hanno, più volte, sostenuto la sussistenza di un nesso di autonomia tra i vari contratti che sono volti a perseguire un risultato unitario[321]. La giustificazione dell'atto traslativo, di garanzia[322] o solutoria, è totalmente diversa da quella creditizia che accompagna il negozio di finanziamento, che rappresenta il *prius* dell'articolazione marciana, senza la quale non potrebbe avere alcun significato negoziale il successivo trasferimento con funzione satisfattoria, e talvolta estintiva, delle pretese creditorie.

---

[319] Studio n. 157-2017/T, p. 10, *cit.*

[320] S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis* cit., p. 53 ss.

[321] Su di tutti F. GAZZONI, *Manuale* cit., p. 820; M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1937, p. 275 ss.; R. CLARIZIA, *Collegamento negoziale e vicende della proprietà. Due profili della locazione finanziaria*, Rimini, 1982; G. CHINE, *Il collegamento contrattuale tra tipicità ed atipicità*, in *Giust. civ*., 1996, I, p. 1095 ss.; A. IZZO, Il collegamento contrattuale: note in materia civile, arbitrale, internazionale e di conflitti di legge, in *Nuova giur. civ*., 1998, II, p. 69 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Collegamento negoziale (voce)*, in *Enc. dir.*, VII, 1960, p. 375 ss.; G. GANDOLFI, *Sui negozi collegati*, in *Riv. dir. comm*., 1962, II, p. 342 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto Civile, 3. Il contratto*, 2000, p. 447 ss. F. MESSINEO, *Contratto collegato (voce)*, in *Enc. dir.*, X, 1962, p. 48 ss.

[322] N. CIPRIANI, *Patto commissorio* cit., p. 114.

Per cui dovremmo riconsiderare nuovamente applicabile, senza eccezioni, il principio della non interferenza tra la disciplina tributaria e quella civilistica[323], che impone di distinguere tra la nozione di operazione economica in materia di imposte e quella di operazione negoziale sul piano dei poteri riconosciuti ai contraenti per regolamentare le proprie vicende patrimoniali.

Dalle considerazioni ora registrate si potrebbe ricavare una posizione favorevole volta ad estendere il regime fiscale sostitutivo a tutte le alienazioni con scopo di garanzie corredate dalla cautela marciana, purché "inerenti" ad un contratto di finanziamento "a medio e lungo termine" erogato da soggetti professionali. La spinta verso la previsione pattizia di soluzioni marciane dovrebbe tenere in considerazione anche il profilo dell'agevolazione fiscale che, senz'altro, rappresenta un ulteriore tassello verso l'istituzionalizzazione del procedimento solutorio, specie se caratterizzato dalla causa solutoria.

Invero, a prescindere dalla posizione seguita, lo stesso legislatore ha ritenuto che anche i negozi di garanzia sorti nel contesto dell'erogazione del credito siano sottoposti alla medesima agevolazione fiscale al fine di creare un sistema omogeneo, a prescindere dalla forma del negozio utilizzato. Da ciò è possibile spiegare anche la *ratio* dell'estensione espressa della disciplina tributaria degli articoli 15 e seguenti in materia di prestito vitalizio ipotecario, laddove l'autotutela satisfattoria stragiudiziale viene riconosciuta al creditore direttamente dalla legge e non rappresenta il frutto di una specifica pattuizione tra i contraenti.

Sul punto non rappresenta una limitazione all'estensione del regime *de qua* il profilo dell'esdebitazione, che non esclude la sussistenza in concreto dell'operazione economica e dell'applicazione dell'imposta sostitutiva, ma regola soltanto gli specifici rapporti tra le parti del contratto garantito.

[323] Il principio è stato affrontato in relazione alla nota questione del "patto occulto di maggiorazione del canone" in materia di locazione (F. GIGLIOTTI, *Riflessi civilistici della (mancata) registrazione del contratto di locazione, tra nodi problematici ed esigenze di sistema*, in *Contratti*, 2018, p. 34 ss.; S. T. BARBARO, *Forma, registrazione e sanabilità del contratto di locazione ad uso abitativo*, Napoli, 2018, p. 23 ss.).
Sul punto, in termini generali, taluni hanno ricavato la suddetta regola dalla distinzione tra frode alla legge, la quale determina, ai sensi dell'art. 1344 c.c., l'illiceità della causa, con conseguente nullità del contratto secondo l'art. 1418, comma 2, c.c., e frode al fisco, i cui effetti rimangono confinati entro l'ambito dell'ordinamento tributario (G. PERLINGIERI, *Profili civilistici dell'abuso tributario*, Napoli, 2012, p. 68 ss.; C. CICERO, *voce Frode alla legge*, in *Dig. disc. priv., sez. civ*., Agg., IX, Torino, 2014, p. 272).
Per un aggiornato approfondimento C. CICERO, *Riflessi civilistici della violazione di norme tributarie*¸ in *Notariato*, 2020, 2, p. 378 ss.

CAPITOLO III – «I marciani speciali».

1. La nuova stagione del patto marciano.

La legittimazione della cautela marciana, si è già sostenuto[324], sembra invertire il tradizionale rapporto con il patto commissorio, ritenuto da taluni come l'eccezione, nell'ambito delle alienazioni a scopo di garanzia, rispetto alla regola del correttivo marciano.

Si è discorso in modo apprezzabile di una nuova stagione del marciano che si fonda sulla previsione interpretativa di un patto istituzionalizzato di diritto comune a cui si aggiungono le varianti speciali, tipizzate nel corso del tempo, dal legislatore.

Varianti che tengono conto della posizione soggettiva dei contraenti e della particolarità dell'operazione economica realizzata; le stesse si pongono quali tasselli di quel fenomeno evolutivo che ha interessato le forme di credito speciale, su di tutte quelle bancarie e finanziarie[325]. L'evoluzione del diritto del credito, con il formante legale che lo ha riguardato, è stata fortemente ondivaga così da determinare, addirittura, una separazione tra le garanzie reali nel settore del credito bancario rispetto a quelle pattuite nell'ambito dei rapporti creditori di diritto comune[326].

La legislazione speciale in materia di cautela marciana, in questo senso, esplicita la contraddittoria linea di tendenza sviluppata, fornendo, infatti, il legislatore regole eccessivamente eterogenee tra loro tali da diversificare la portata applicativa del correttivo tra il settore del credito bancario rispetto a quello generale di impresa.

Il *deficit* sistematico creato non deve, d'altro canto, celare i meriti della tipizzazione delle varianti che si esplicitano, in primo luogo, nella particolare facilitazione del credito nei confronti di categorie di soggetti, si pensi ai debitori in "sofferenza", che difficilmente potrebbero accedere al mercato bancario. Poi, dalla conclusione di tali forme di alienazioni, deriva un palese vantaggio per il creditore che eviterà le lungaggini del processo esecutivo al fine di soddisfare le proprie ragioni di credito.

Dalle fenomenologie speciali derivano, anche nel contesto del marciano, ulteriori considerazioni che consentono di ricostruire la teoria generale del patto marciano.

---

[324] Vedi *supra* Cap. I, par. 5.2. Anche F. PIRAINO, *L'inadempimento* cit., p. 188.

[325] Il settore creditizio è stato interessato nell'ultimo trentennio da numerose innovazioni che hanno avuto quali momenti più rilevanti l'introduzione dei Testi Unici bancario e finanziario, la disciplina del *leasing* finanziario e quella dell'insolvenza.

[326] Pone in essere questa riflessione A. DOLMETTA, *Garanzie bancarie*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, I, p. 513 ss.

Innanzitutto, anche in tale settore, parimenti alle alienazioni commissorie si ritiene possibile distinguere tra correttivo autonomo e accessorio[327]: si parla di cautela marciana accessoria ogni qual volta la stessa trova applicazione in patti di alienazione aggiunti a garanzie reali e personali. In questo caso, il patto marciano ha ad oggetto un bene determinato, già gravato da pegno o ipoteca, ovvero trasferito in godimento sulla base del contratto di anticresi (cd. patto marciano accessorio).

Diversamente, il patto marciano "autonomo" opera in tutte le ipotesi in cui l'alienazione con funzione di autotutela solutoria corredata dal correttivo non acceda ad un precedente accordo di garanzia, ma sia rivolta a creare, *ex novo* e con *causa cavendi*, una situazione tutoria per il creditore chirografario.

La suddetta bipartizione non opera in termini isolati ovvero come una mera categoria dottrinaria, ma viene riprodotta nella stessa legislazione speciale che si è articolata nell'ultimo decennio. Si pensi agli articoli 4 comma 2 del D. Lgs. 170 del 2004, 11 *quaterdecies* comma 12 *quater* della L. n. 248 del 2005 ovvero all'art. 120 *quinquiesdecies* comma 3 t.u.b., che disciplinano una forma di patto marciano espressiva di una garanzia di secondo grado, poiché aggiunta ad un bene già oggetto di pegno o ipoteca.

Dall'art. 48 *bis* commi 1 e 4 t.u.b., invece, si evince la possibilità di convenire marciani autonomi ovvero slegati da un precedente rapporto di garanzia, considerandosi la preventiva costituzione di una garanzia ipotecaria a tutela del finanziamento concesso come un'evenienza ma non già una necessità.

Ancora, sul piano della ricostruzione del prototipo di marciano, dalla normativa speciale si può trarre la possibilità di concludere alienazioni marciane successive alla conclusione del contratto di finanziamento. Si ammette, quindi, la possibilità di dar vita sia a patti marciani originari che ad accordi sopravvenuti (cd. *ex intervallo*), come nel caso dell'art. 48 *bis* comma 4 e 10 t.u.b. che contempla tale possibilità.

Si sottolinea, poi, che dalla disciplina speciale emerge un sistema che vede convergere marciani frutto di specifici accordi tra i contraenti anche se necessariamente conformati alla normativa imperativa settoriale rispetto ad ipotesi in cui lo strumento marciano si qualifica come un effetto legale della scelta dei contraenti di addivenire alla conclusione di quello specifico rapporto di finanziamento[328].

Per la verità, è da chiarire che gli interventi speciali non danno vita a variabili del marciano sempre diverse tra loro: si pensi che, in tutti questi casi, il contratto di garanzia viene stipulato con un soggetto specializzato nella gestione del risparmio o delle attività finanziarie altrui, quali banche o intermediari finanziari.

---

[327] La suddetta distinzione che ancora una volta consente di avvicinare il correttivo marciano al divieto del patto commissorio è stata teorizzata da A. LUMINOSO, *Patto marciano* cit., p. 1417; Id., *Patto commissorio* cit., p. 159.

[328] L. FOLLIERI, *Il patto marciano* cit., p. 1862: chiarisce che in merito al prestito vitalizio ipotecario la cautela marciana "non presuppone la stipulazione di una specifica convenzione tra le parti".

Dal quadro di sintesi ora espresso si coglie l'autorevolezza degli interventi normativi al fine di sciogliere le due pendenti questioni riguardanti lo strumento oggetto di esame, quali la possibilità di considerare esistente all'interno del nostro ordinamento un marciano ordinario e di diritto comune e verificare se possa considerarsi profilo naturale del richiamato correttivo la liberazione totale del debitore.

Dunque, si evince la necessità di affrontare, nel prosieguo, le principali ipotesi normative di patto marciano speciale senza dimenticare, come la stessa dottrina e la giurisprudenza[329] hanno sostenuto, che non mancano nella legislazione ordinaria strumenti di autotutela esecutiva stragiudiziale che ricalcano verosimilmente gli elementi strutturali del correttivo marciano[330].

[329] In dottrina L. FOLLIERI, *Il patto marciano* cit., p. 1860; A. LUMINOSO, *Patto commissorio* cit., p. 156 ss.; A CHIANALE, *cit.*, p. 109. In giurisprudenza su di tutte Cass. Civ., Sez. I, 28 gennaio 2015 n. 1625, cit.; Cass. Civ., Sez. III, 17 gennaio 2020, n. 844, cit.

[330] Ha effettuato un'elencazione esaustiva A. LUMINOSO, *Patto commissorio* cit., p. 156 ss.

2. I contratti di garanzia finanziaria: l'inquadramento generale e la clausola di rotatività.

Nel quadro generale riguardante il trasferimento della proprietà di beni mobili con funzione di garanzia[331] si colloca il D. Lgs. n. 170 del 21 maggio del 2004 che ha tipizzato, all'interno del nostro ordinamento giuridico, la categoria dei contratti di garanzia finanziaria. Attuativo della direttiva 2002/47/CE in materia di garanzia finanziaria, il cui obiettivo era quello di armonizzare il mercato europeo della circolazione degli strumenti finanziari e adeguare le legislazioni degli Stati membri agli ordinamenti di *common law*, tradizionalmente molto sensibili all'introduzione di strumenti flessibili nel mercato finanziario, come i c.d. *collateral*[332].

Decretazione che si colloca a valle di una complessa evoluzione del sistema che ha visto espandere sempre di più le forme negoziali lecite per vincolare beni mobili in funzione di garanzia[333]. Evoluzione, però, si deve chiarire sin da subito, che non sempre è stata mossa dalla logica e dall'obiettivo finale di tipizzare la cautela marciana di diritto comune, operando i sottotipi legali come meri tasselli di tale percorso.

Inizialmente, va sottolineato che la qualificazione in termini di *numerus clausus* delle garanzie pignoratizie, in perfetta sintonia con il principio di tipicità dei diritti reali[334], incideva sui mezzi utilizzabili per dar vita ad alienazioni con scopo di garanzia, ridimensionando fortemente gli spazi di libertà riservati ai contraenti, ai quali era consentito,

---

[331] A. CHIANALE, *cit.*, p. 351. La specialità dei contratti di garanzia finanziaria è evidente anche alla luce dell'ultima Direttiva 2019/1023/CE cd. ristrutturazioni che esclude dalla sua applicazione proprio tale tipologia contrattuale. Il considerando 94 della direttiva 2019/1023/UE chiarisce, infatti, che le direttive 98/26/CE e 2002/47/CE "dovrebbero applicarsi ferme restando le disposizioni della presente direttiva".
Per una lettura critica del Decreto Legislativo n. 170 del 2004 vedi P. CARRIERE, *La nuova normativa sui contratti di garanzia finanziaria. Analisi critica.*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2005. 2, p. 184 ss.

[332] Sull'attuazione della direttiva E. M. MASTROPAOLO, *La nuova normativa sui contratti di garanzia finanziaria (direttiva 2002/47/CE del 6 giugno 2002)*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 177 ss.; A. CANDIAN, *Le garanzie finanziarie dopo il D. lgs. 170/04*, in *Temi e problemi della civilistica contemporanea*, a cura di P. PERLINGIERI, Napoli, 2005, p. 37 ss.; E. GABRIELLI, *Garanzie del credito e mercato: il modello comunitario e l'antitrust*, in *Giust. civ.*, 2011, 4, p. 167.
Nei termini dei *collateral* A. V. GUCCIONE, *I contratti di garanzia finanziaria*, in *Nuove leggi civ*., 2008, p. 813.
La Direttiva del 2002 rappresenta l'evoluzione della disciplina europea in materia, iniziata con la direttiva 98/26/CE, proseguita con il Regolamento del Consiglio n. 1346/2000 e la direttiva 2001/24/CE, e conclusosi con la direttiva 44/2009/CE. Le stesse perseguono l'obiettivo di garantire la libera circolazione di servizi e capitali, perseguita mediante "la riduzione dei rischi sistemici insiti nei sistemi di pagamento e di regolamento titoli, la definitività del regolamento".

[333] P. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1982, p. 42 ss.; D. GRISI, *Forme e modelli della garanzia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p. 187 ss.; G. PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, Napoli, 1980, p.10 ss.

[334] Nel settore delle alienazioni con scopo di garanzia affronta la questione A. CHIANALE, *cit.*, p. 37 ss. legando il carattere della tipicità dei diritti reali di garanzia su beni mobili altrui all'elemento della *par condicio creditorum* di cui ne costituiscono una compressione.

solamente, utilizzare strumenti già tipizzati dal legislatore, come il pegno regolare e irregolare[335].

Quest'ultima forma di pegno, costituita su beni aventi natura fungibile e ritenuta, senza non poche polemiche, da taluni la forma più antica di patto marciano[336], si caratterizza tutt'ora per avere ad oggetto depositi di denaro, merci o titoli, sia determinati quanto non specificamente individuati, con la funzione di garantire una pregressa obbligazione tra la Banca e il proprio debitore.

La conclusione di tale contratto consente, all'istituto di credito in caso di inadempimento del proprio debitore, di appropriarsi dei beni costituiti in pegno entro il valore del credito garantito, con l'obbligo di restituire il *tantundem eisdem generis et qualitatis*. Diversamente, sussiste in capo al creditore un obbligo di restituzione integrale nel caso di adempimento della prestazione dovuta, in virtù dell'accessorietà delle garanzie reali, che determina il venir meno del rapporto di pegno, divenuto nel frattempo privo di idonea giustificazione causale.

Seguiva, nella prassi commerciale, la conclusione dei contratti di "pegno rotativo"[337], che hanno la funzione, mediante il cd. "patto di rotazione", opponibile ai terzi, di consentire al creditore, senza alcun accordo novativo, di sostituire la cosa data in pegno con altra pervenuta nella sua disponibilità (cd. surrogazione reale non novativa). Molteplici sono stati i dubbi sollevati dalla dottrina sulla validità di tale contratto[338] che, per la verità, nasceva per

---

[335] Disciplinata all'art. 1851 c.c., essa può qualificarsi come l'evoluzione del "pegno sulla moneta" già previsto dal Codice civile del 1865. Inizialmente considerata come "una variante tipica del pegno" (A. CHIANALE, *cit.*, p. 83; M. FRAGALI, *Del mutuo* cit., p. 236 ss.), nel corso del tempo la dottrina ha, invece, cambiato orientamento ritenendo la costituzione di tale forma di pegno come un'ipotesi di alienazione in garanzia condizionata al successivo inadempimento dell'obbligazione garantita. Sul punto: D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno. I privilegi,* in *Tratt. Vassalli*¸ Torino, 1943, p. 217. A. SERRA, *voce Apertura di credito bancario,* in *Dig. Comm.*, 1987, p. 134.

[336] Vedi *supra* Cap. I, par. 5.1; *cfr.* F ANELLI, *cit.*, p. 268 ss.; A. ALBANESE, *Brevi note in tema di patto commissorio, procura a vendere e autonomia privata ovvero la fattispecie e i suoi confini*, in *Giur. it.*, 2012, p. 570.

Non mancano impostazioni che reputano esclusa qualsiasi assimilazione tra pegno irregolare e correttivo marciano ritenendosi nel primo caso esclusa qualsiasi forma di coartazione psicologica del debitore, ben consapevole *ab origine* della restituzione di quanto dovuto: E. CARBONE, *cit.*, p. 1109.

[337] Corrispondente nella prassi commerciale internazionale al *floating charge* Cass. Civ., sez. VI, 13 maggio 2021, n.12733, con nota di R. CATALANO, *L'oggetto del pegno rotativo e il limite di valore entro il quale il bene può essere sostituito,* in *Banca Borsa Tit. Cred*., 3, 2022, p. 331 ss.; E. GABRIELLI, *Pegno,* in *Riv. dir civ*., 1997, II, p. 765 ss.; Id., *Sulle garanzie rotative,* Napoli, 1998, p. 27 ss.; Id., *"Pinocchio, Il "grillo parlante" e il problema del pegno rotativo: spiegazioni….a richiesta (fra il serio e il faceto)*, in *Notariato,* 2002, 3, p. 547 ss.; A. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari. Modelli e problemi nella prospettiva europea*, Milano, 1999; F. GAZZONI, *Il vestito dell'imperatore (replica "ossessiva" sul pegno rotativo)*, in *Notariato*, 2002, 3, p. 563 ss.

[338] Ricostruisce con esattezza la questione F. GAZZONI, *Manuale* cit., pp. 664-665: per la teoria negativa che qualifica il patto come atipico e nullo per violazione del principio di specialità ai sensi dell'art. 2787 c.c.: Cass. Civ., 9 agosto 1983, n. 5334, in *Foro it.*, Rep., 1984, *voce "Fallimento*", n. 366; Trib. Monza, 21 gennaio 1993, in *Fall.*, 1993, p. 756. In dottrina v. G. Gorla, *Del pegno* cit., p. 35; F. REALMONTE, *L'oggetto del pegno: vecchi e nuovi problemi*, in *Banca, borsa tit. cred*., 1994, I, p. 10 ss.

affrontare un'esigenza partica ovvero per superare i profili negativi derivanti dalla conclusione di contratti di pegno su titoli di credito scaduti prima dell'obbligazione garantita[339].

Il superamento della prospettiva dell'invalidità delle forme di pegno diverse da quelle tradizionali ha determinato la nascita di un vero e proprio movimento legislativo volto a prospettare nuovi schemi di garanzia su beni mobili, ridimensionando la portata negativa e limitativa degli strumenti tradizionali e incidendo, tra l'altro, sul profilo della realità attraverso la possibilità di concludere forme di pegno senza spossessamento[340].

Addirittura, taluni Autori[341] hanno ritenuto che lo spossessamento non potesse rappresentare un elemento strutturale per costituire il pegno, così qualificandolo non vincolante per la conclusione del contratto. La funzione di garanzia potrebbe essere realizzata anche attraverso l'utilizzo di tecniche alternative alla sottrazione materiale del bene purché consentano di prevedere l'indisponibilità all'utilizzo dello stesso da parte del debitore.

Tra i principali interventi legislativi si deve rinviare al pegno su titoli previsto dall'art. 34 D.lgs. n. 213 del 24 giugno 1998[342], che al terzo comma regolamenta proprio l'elemento della rotatività, costituita su un insieme di strumenti finanziari registrati in un apposito conto; al citato D.lgs. n. 170 del 2004, modificato dal D. lgs n. 48 del 2011, in materia di garanzie finanziarie, e, infine al D. L. n. 59 del 3 maggio 2016 (noto come "D.L. Banche", convertito con modificazione nella Legge n. 119 del 30 giugno 2016), al quale segue l'art. 11 della Legge delega n. 155 del 19 ottobre 2017, che disciplina in termini generali[343] il "cd. pegno mobiliare non possessorio".

Accolgono la teoria positiva E. Gabrielli, *Il pegno "anomalo"* cit., p. 74 ss.; Id., *"Garanzia rotativa", vincoli sui titoli di Stato e disciplina del pegno*, in *Riv. dir. civ*., 1992, II, p. 267; Id., *Pegno "non possessorio" e teoria delle garanzie mobiliari*, in *Riv. dir. comm*., 2017, II, p. 241 ss.; D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, in *Riv. crit. dir. priv*., 1990, p. 62;

La prima sentenza di legittimità che ha riconosciuto la validità del pegno rotativo: Cass. Civ., Sez. Sez. I, 28 maggio 1998, n. 5264, in *Foro it.*, 1998, 9, p. 321 ss. (nt. 3); in *Corr. Giur.*, 1998, p. 1230 ss.; G. CHINE', *Il pegno rotativo tra realtà e consensualità*, in *Giur. it.*, 1996, II, p. 569.

[339] Sul punto P. PISCITELLO, *Le garanzie bancarie flottanti*, Torino, 1999, p. 5 ss.; V. BRIZZOLARI, *Premesse allo studio della surrogazione reale*¸ in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 1, p. 166 ss.

[340] L'avvicinamento del pegno mobiliare non possessorio ai sottotipi legali di marciano è stato evidenziato da una parte della dottrina che sottolinea in materia di garanzie bancarie la riproduzione "della linea evolutiva già sperimentata in tema di garanzie mobiliari non possessorie". A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., pp. 120-121.

[341] E. GABRIELLI, *Il pegno "anomalo"* cit., p. 74 ss; A. TRABUCCHI, *cit.*, p. 583; D. MESSINETTI, *cit.*, p. 788; M. COSTANZA, *Valori mobiliari: titoli di stato in pegno*, in *Contratto Impresa*, 1991, p. 1044.

[342] Secondo la dottrina questa disciplina rappresenta il primo riconoscimento normativo del pegno rotativo o fluttuante: G. CARRIERO, *La legge sulla dematerializzazione degli strumenti finanziari: tecniche giuridiche ed obiettivi*, in *Foro it.*, 1998, V, p. 309.

[343] Si è utilizzata l'espressione "generale" per cogliere lo specifico rapporto tra la legge del 2016 rispetto alle altre forme speciali di pegno non possessorio *medio tempore* introdotte, caratterizzate, peraltro, dalla previsione della clausola di rotatività: si pensi alla legge n. 401 del 24 luglio 1985 avente ad oggetto la costituzione di pegno sui prosciutti a denominazione di origine tutelata e la legge n. 122 del 2001 sulla costituzione in pegno

Nell'ambito degli interventi normativi di maggiore interesse nel "percorso di modernizzazione delle garanzie reali"[344], oltre quello oggetto di esame, rileva l'innovazione prodotta dal D. L. n. 59 del 2016[345] che, anche in Italia[346], ha introdotto una fattispecie generale di pegno mobiliare non possessorio, strutturato come un contratto consensuale, concluso in forma scritta volto a creare una garanzia reale naturalmente rotativa, che, ai sensi dell'art. 1, è utilizzabile da tutti gli imprenditori iscritti nel registro delle imprese per garantire i crediti inerenti all'esercizio dell'attività economica.

Si prevede, attraverso tale contratto, la costituzione di una garanzia su partite creditorie concesse ad imprenditori nell'esercizio dell'impresa e riguarda beni mobili, anche immateriali, destinati all'esercizio della stessa ovvero crediti derivanti da tale esercizio. La disciplina normativa tipizzante della nuova forma di pegno prevede, al comma 7 del citato articolo 1, l'elemento dell'escussione satisfattoria da parte del creditore del bene prestato in garanzia, riproducendo gli elementi del correttivo marciano[347].

In tale contesto, un ulteriore passaggio (che tutt'ora è particolarmente diffuso) viene individuato nelle garanzie su titoli di credito, diverse dalla costituzione dello stesso titolo in pegno.

La dottrina[348] ha considerato riconducibili nella categoria delle garanzie su titoli due principali fattispecie di sovente utilizzazione nella prassi economica. La prima di dubbia

---

non possessorio di particolari tipi di merci in lavorazione nel settore lattiero-caseario. Quest'ultima disciplina all'art. 7, comma 2, estendeva la possibilità di applicare il patto di rotatività di cui alla l. 401 del 1985.
Ancora, il Regolamento di attuazione della Banca d'Italia e della Consob del 22 febbraio 2008, riguardante i Conti destinati a consentire la costituzione di vincoli sull'insieme degli strumenti finanziari in essi registrati, all'art. 38 dispone che "per gli strumenti finanziari registrati in conto in sostituzione o integrazione di altri strumenti finanziari registrati nel medesimo conto, a parità di valore, la data di costituzione del vincolo è identica a quella degli strumenti finanziari sostituiti o integrati"; da ultimo, l'art. 78, comma 2° *duodecies* del D.L. n. 18 del 17 marzo 2020, modificato dalla legge di conversione n. 27 del 24 aprile 2020, con la previsione per la quale i prodotti agricoli e alimentari a denominazione d'origine protetta o a indicazione geografica protetta, inclusi i prodotti vitivinicoli e le bevande spiritose, possono essere oggetto di una garanzia mobiliare rotativa e non possessoria.

[344] Nell'affrontare il fenomeno evolutivo delle garanzie reali utilizza tale terminologia P. PISCITELLO, *Il pegno rotativo ex lege*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2022, 3, p. 341. Si dà atto che nel nostro ordinamento, come in quello francese, la presenza delle garanzie non possessorie rappresenta una "conquista" giuridica abbastanza recente a causa del tendenziale disfavore dovuto alla poca trasparenza delle stesse e alla necessità di provvedere a tutelare i terzi creditori: G. ASCHIERI, *Registrazione delle garanzie reali: soluzioni di diritto interno e prospettive di armonizzazione europea*, in *Contr. e impr. Eur*., 2013, p. 790 ss.

[345] Per un accurato studio della materia del pegno non possessorio si veda A. CHIANALE, *Il pegno non possessorio su beni determinati*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, II, p. 951 ss.; R. MARINO, *Il pegno non possessorio quale strumento funzionale all'autotutela satisfattiva del creditore*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, 6, p. 762; G. B. BARILLA, *Pegno non possessorio e patto marciano: dalla tutela statica del credito alle nuove forme di garanzia*, in *Giur. comm.*, 4, 2017, p. 583 ss.

[346] Per un'adeguata ricostruzione comparata delle garanzie mobiliari non possessorie F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno mobiliare non possessorio*, in *Banca corsa tit. cred.*, 2017, 2, p. 231 ss.

[347] M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo.*, in *NCCL*, 2018, 3, p. 704

[348] A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 96 ss.; G. TERRANOVA, *Pagamenti anomali e garanzie. Profili del sistema revocatorio fallimentare*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2000, 1, p. 12 ss.

validità è individuata nel rilascio dell'assegno di conto corrente *post-datato* o senza data con funzione di garanzia dell'adempimento di prestazioni oggetto di precedente accordo tra le parti[349]; la rilevanza di questa tipologia di accordi si estende, poi, all'emissione o alla girata di una cambiale in funzione di garanzia, a cui parte della dottrina[350] ha attribuito la natura giuridica del pegno tradizionale superando i dubbi della violazione del divieto del patto commissorio.

Nel ripercorrere la via maestra della tematica dei contratti di garanzia finanziaria e, come vedremo, dei rapporti con il patto marciano in caso di escussione degli strumenti promessi in garanzia, assume particolare importanza definire con esattezza l'ambito di operatività del negozio di garanzia.

Preliminarmente, i contratti di garanzia finanziaria vengono definiti all'art. 1 comma 1 lettera *d* del citato decreto come "il contratto di pegno o il contratto di cessione del credito o di trasferimento della proprietà di attività finanziarie con funzione di garanzia, ivi compreso il contratto di pronti contro termine, e qualsiasi altro contratto di garanzia reale avente ad oggetto attività finanziarie e volto a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie", con una tendenza normativa tesa all'espansione perché rivolta ad accomunare fattispecie eterogenee tra loro, aventi ad oggetto attività finanziarie del debitore.

Si traduce con tali accordi una situazione di garanzia sugli strumenti finanziari di proprietà del debitore, trasferiti o ceduti al proprio creditore, di norma professionale, al fine di garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie, sia aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro che la consegna di strumenti finanziari *tout court* (i quali sono adeguatamente definiti all'art. 1, comma 2, lettere da *a*) ad *e*) del D. Lgs. 58 del 1998).

Tra i tratti caratterizzanti, prima di affrontare quelli di specifico interesse, il contratto di garanzia finanziaria individua come elemento centrale della fattispecie la previsione della clausola di sostituzione o di rotazione che prevede, espressamente, senza distinguere tra

[349] Ovvero della consegna di una cambiale con la medesima funzione, senza data e bollatura come prevista dalla legge. Il rapporto viene affrontato da una parte della dottrina che ritiene possibile consegnare un assegno postdatato trasformatosi in titolo di credito diversamente dalla cambiale, la quale ha oneri tributari aggiuntivi: B. LIBONATI, *Titoli di credito e strumenti finanziari*, Milano, 1998, p. 275. Sul punto rilevanti le considerazioni R. PIROTTA, *Validità dell'assegno emesso a titolo di garanzia*, in *Contratti*, 1996, p. 142 ss.; G. BACCI, *Osservazioni in tema di appropriazione indebita di assegno dato in garanzia*, in *Banca borsa e tit. cred*., 1986, II, p. 548 ss.; G. OPPO, *Formazione e nullità dell'assegno bancario*, in *Scritti giuridici*, IV, Padova, 1992, p. 434 ss.; J. BOUTERON, *Le chèque «de garantie »*, in *Banca borsa e tit. cred*., I, 1954, p. 50 ss.; G.U. TEDESCHI, *voce Assegno bancario, assegno circolare e assegni speciali*, in *Dig. disc. priv., sez. comm*., I, Torino, 1987, p. 264 ss.; F. MARTORANO, *Lineamenti generali dei titoli di credito e titoli cambiari*, Napoli, 1979, p. 460 ss. In giurisprudenza Cass. Civ., Sez. II, 24 giugno 2016, n. 10710; Cass. Civ., Sez. II, 13 gennaio 2010, n.446; Cass. Civ., Sez. II, 19 aprile 1995, n. 4368, in *Contratti*, 1996, p. 142, con orientamento costante per il quale l'emissione di un assegno in bianco post-datato, per realizzare il fine di garanzia, è contrario alle norme imperative contenute negli artt. 1 e 2 del r.d. 21 dicembre 1933 n. 1736.

[350] Per un approfondimento della materia U. MALVAGNA, *La "cessione del quinto" come tipo contrattuale*, in *Banca borsa e tit. cred*., 2021, 1, p. 203. In materia cambiaria A. PAVONE LA ROSA, *Apertura di credito, cessione «pro solvendo » e pegno di crediti, girata in garanzia di cambiale tratta con clausola di cessione della provvista*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1959, II, p. 543.

garanzie reali come il pegno ordinario e trasferimenti della proprietà con funzione di garanzia, come "la prestazione della garanzia in conformità ad una clausola di sostituzione non comporta costituzione di una nuova garanzia e si considera effettuata alla data della prestazione della garanzia originaria"[351].

In questo caso, il legislatore ha avuto cura di regolamentare l'elemento della rotazione stabilendo una sorta di equivalenza tra i beni offerti con funzione di garanzia e quelli oggetto della prestazione solutoria ritenendo irrilevante il profilo della conclusione di un rapporto *cavendi causa*.

Invero, ancora sul piano delle considerazioni generali, prima di passare ad affrontare gli elementi strutturali di tale categoria contrattuale, ormai tipizzata, assume centralità la disciplina dell'art. 8 del citato decreto[352], che muovendosi in quella tendenza legislativa sviluppatasi negli ultimi anni in materia di sindacato giurisdizionale sugli atti di autonomia privata, giustifica poteri di controllo sostanziale e contenutistico delle clausole negoziali da parte dell'Autorità giudiziaria[353].

Il riferimento è al controllo successivo sulla "ragionevolezza" dell'operazione commerciale che rappresenta una di quelle previsioni legislative specifiche che prevedono poteri di intervento equitativi sull'oggetto, ovvero sul contenuto del regolamento contrattuale, anche con soluzioni difformi da quelle approntate dall'autonomia privata[354]. In questo caso l'intervento del Giudice, adito dai contraenti entro ristretti termini processuali,

---

[351] Art. 9 del D. Lgs. 170 del 2004 che disciplina la clausola di rotazione o sostituzione.

[352] La norma riproduce quanto richiesto dall'art. 4 par. 6 della Direttiva 2002/47/CE: "6. Il presente articolo e gli articoli 5, 6 e 7 non pregiudicano gli obblighi, stabiliti in virtù delle leggi nazionali, che il realizzo o la valutazione della garanzia finanziaria e il calcolo delle obbligazioni finanziarie garantite abbiano luogo in condizioni ragionevoli sotto il profilo commerciale".

[353] Si pensi, tra i più importanti, alla disciplina delle clausole vessatorie in materia di rapporti di consumo ovvero alla predeterminazione contenutistica del contratto preliminare relativo ad immobili da costruire. Si pensino ai precetti di trasparenza in materia bancaria, finanziaria e assicurativa ovvero alla clausola di equivalenza del canone locatizio prevista all'art. 13 della l. n. 431 del 1998. Ottime in materia le osservazioni di P. PERLINGIERI, *Il "giusto rimedio" nel diritto civile, Il giusto processo civile*, Napoli, 2011, p. 1 ss.; Id., *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ*., 2000, p. 560 ss.; Id., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità*, in *Rass. dir. civ*., 2001, p. 347; G. D'AMICO -S. PAGLIANTINI, *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole. Studi*, Torino, 2018, p. 92 ss.; F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ*., 2001, I, p. 556 ss.; N. LIPARI, *Intorno alla "giustizia" del contratto*, Napoli, 2016; E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, Torino, 2005, I, p. 33.; S. MAZZAMUTO, *Il problema della forma nei contratti di intermediazione mobiliare*, in *Contr. impresa*, 1994, p. 44; G. VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. Dir. priv.*, 2006, p. 53 s.; Id., *Controllo giudiziale del contratto ed effettività delle tutele. Una premessa*, in *NLCC*, 2015, p. 151 ss.; Id., *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Persona e mercato*, 2015, p. 5 ss.; A. DI MAJO, *Giustizia individuale o sociale? Forse una falsa alternativa*, in *Persona e mercato*, 2013, p. 130 ss.; V. SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio, Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, a cura di E. NAVARRETTA, Milano, 2007.

[354] Coglie il meccanismo integrativo E. MAZZOLETTI, *Gli usi contrattuali e la nuova lex mercatoria*, in *Giur. comm.*, 2007, 4, p. 519 ss. anche se lo articolare in termini particolari in quanto riferito non a principi e clausole generali presenti nel nostro ordinamento giuridico, ma, in genere, alla *lex mercatoria* internazionale.

non si limita solo a verificare la liceità dell'operazione realizzata, ma si estende alla "rideterminazione di quanto dovuto" nel rispetto delle "condizioni di realizzo e criteri di valutazione" forniti dalla Banca d'Italia[355]e, quindi, a verificare, secondo alcuni, la proporzionalità del sinallagma contrattuale[356].

Il legislatore sembra aver tradotto sul piano normativo, anche se con interventi settoriali, quanto già teorizzato dalla dottrina che ha sottolineato la tendenza della giurisprudenza ad eserciate un'attività integrativa del contenuto del regolamento contrattuale, talvolta per preservare la sinallagmaticità delle prestazioni; ciò, attraverso due diverse modalità ovvero sia per il tramite degli "ordinari procedimenti interpretativi", che attraverso l'utilizzo di "principi generali (o, comunque, tali supposti dall'interprete: la "buona fede", la "proporzionalità", la "ragionevolezza", la "meritevolezza", l'"effettività" della tutela, etc.) capaci di fondare un generale potere di controllo e di sindacato sul contenuto del contratto da parte del giudice"[357].

Il controllo di cui all'art. 8 incide, poi, indirettamente anche sull'articolazione procedimentale del marciano nella misura in cui regola i poteri di appropriazione del creditore garantito che non potrebbero eccedere giammai il valore del credito tutelato.

Non è un caso che l'attività di verifica concerne proprio la ragionevolezza delle condizioni contrattuali di realizzo o di valutazione delle attività finanziarie alla cui garanzia accede il contratto tipizzato dal D.lgs. 170 del 2004. Non sarebbe azzardato ritenere, quindi, che la deroga agli elementi essenziali della cautela marciana tradotti all'art 4 del decreto giustificherebbe l'intervento equitativo del Giudice atto a conformare la clausola di autosoddisfazione convenzionale in quella normativa[358].

---

[355] R. MARINO, *Recepimento della direttiva 2002/47/CE sui contratti di garanzia finanziaria. Le innovazioni nel diritto delle garanzie reali*, in *Rass. Dir. civ.*, 2005, p. 1192.; L. CARCAVALLO, *Garanzie finanziarie e poteri di autotutela del collateral taker*, in *Rass. Dir. civ.*, 2015, p. 1142.

[356] S. PAGLIANTINI, *Responsabilità patrimoniale e proporzionalità: vademecum minimo per l'uso*, in *Eur. Dir. priv.*, 2018, 3, p. 891 ss.

[357] G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Eur. Dir. priv.*, 2019, 1, p. 1 ss. R. SACCO, *Giustizia contrattuale*, in *Digesto disc. priv., sez. civ*., Torino, 2012, p. 534 ss.; P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it*., 1999, p. 229 ss.; F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. impr*., 1997, p. 421 ss.; F. PIRAINO, *Per una teoria della ragionevolezza in diritto civile*, in *Eur. Dir. civ.*, 2014, 4, p. 1287 ss.

[358] Profilo questo che sarà sviluppato nel prosieguo: vedi *infra* par. 2.3.2.

2.1. Gli elementi costitutivi del contratto di garanzia finanziaria.

Il Decreto Legislativo n. 170 del 2004 si preoccupa di regolamentare, con esattezza, gli elementi essenziali dell'accordo, la cui mancanza non potrebbe che determinare la nullità dello stesso per contravvenzione a norme imperative, o più verosimilmente l'invalidità per violazione del divieto del patto commissorio.

Tre possono essere considerati i principali aspetti strutturali del contratto di garanzia finanziaria che incidono sul piano della regolamentazione concreta e fungono da presupposti inderogabili della stessa stipulazione.

In primo luogo, sul piano oggettivo, la disciplina normativa si applica sia alla costituzione di contratti di pegno che ai trasferimenti di attività finanziarie con funzione di garanzia accogliendo, quello che parte della dottrina definisce come il "criterio funzionale"[359]. Infatti, si accomunano in tale contesto due *species* diverse di garanzia (per la verità, estese nel corso del tempo ad una terza fattispecie quale la cessione del credito), la prima tipica e la seconda atipica, di cui si è tradizionalmente dubitata la meritevolezza, secondo il divieto del patto commissorio.

La dilatazione del profilo applicativo della disciplina in esame è rivolta a consentire di applicare il decreto e, quindi, anche la deroga al divieto del patto commissorio, a qualunque forma di cessione con garanzia sugli strumenti finanziari. La richiamata estensione è stata letta dalla dottrina in maniera contraddittoria; alcuni Autori[360] hanno considerato come l'ampiezza introdotta dal dato normativo conduce la detta categoria negoziale nell'alveo dell'atipicità, giustificando l'introduzione di forme di garanzie reali diverse da quelle tradizionali e lasciate ai poteri dei consociati. Diversamente, un'altra corrente interpretativa[361] ritiene non già derogato il principio della tipicità dei diritti reali di garanzia su beni altrui perseguendo la cennata regolamentazione soltanto l'obiettivo di fissare "in maniera flessibile il perimetro operativo dei contratti di garanzia finanziaria".

Anzi, il recupero della tipicità perseguito con il decreto del 2004 avrebbe come effetto quello di fornire un fondamento normativo alle alienazioni lecite con scopo di garanzia[362]; l'espresso rinvio a tale forma di accordi, unitamente alla tipizzazione del marciano, consente

---

[359] A. CHIANALE, *Le alienazioni* cit., p. 353; E. GABRIELLI, *Le garanzie finanziarie nel sistema delle garanzie del credito*, in Aa. Vv., *I contratti del mercato finanziario*, a cura di E. GABRIELLI e LENER, in *Tratt. contratti* P. RESCIGNO – E. GABRIELLI, Assago, 2011, p. 33 ss. Traduce, anche se in altro senso, il criterio funzionale P. PERLINGIERI, *Il diritto civile* cit., p. 603 ss. che utilizza l'espressione "principio di variabilità della struttura".

[360] V. AGNESE, *I contratti di garanzia finanziaria nel diritto civile*, Torino, 2009, p. 96 ss.; R. MARINO, *La disciplina delle garanzie finanziarie. Profili innovativi*, Napoli, 2006, p. 96 ss.

[361] A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 354, che supporta la propria tesi richiamando i considerando della Direttiva del 2002, nella specie il numero 10 che limita l'operatività dei contratti di garanzia ai soli pegni tradizionali con spossessamento.

[362] Vedi *supra* Cap. 1 p. 1.

di ritenere meritevole di tutela all'interno del nostro ordinamento giuridico lo schema generale dell'alienazione con scopo di garanzia purché corretta dal meccanismo marciano.

Ancora, riveste particolare importanza definire l'oggetto del contratto, avendo quale scopo il legislatore quello di limitare l'utilizzo di tali pattuizioni solo ai contratti di garanzia aventi ad oggetto "attività finanziarie", che, peraltro, non sono compiutamente elencate nel decreto. Lo stesso atto normativo utilizza, all'art. 1 comma 1 lettera *c*), la tecnica del rinvio formale all'intera disciplina speciale del 1998, che non pone alcuna indicazione restrittiva circa le attività finanziarie rilevanti, tale da supportare quell'impostazione ampia dell'oggetto del contratto che può rivolgersi anche agli strumenti dematerializzati[363].

Infine, il profilo materiale si arricchisce dell'espressa indicazione circa la natura giuridica delle obbligazioni garantite, ristrette a quelle finanziarie, che vengono definite dal Decreto del 2004 come quelle obbligazioni, anche condizionali o future, aventi ad oggetto "il pagamento di una somma di denaro" ovvero la "consegna di strumenti finanziari".

Nella definizione normativa effettuata dal D. Lgs. 170 del 2004 peculiare è il rinvio alle obbligazioni future, il quale sembra confermare la disciplina codicistica che, in tema di garanzie reali consente la costituzione delle stesse anche per rapporti obbligatori non ancora esistenti[364]. Si pensi all'art. 2852 c.c. che in tema di ipoteca prevede l'iscrizione su specifici beni, questi necessariamente esistenti al momento dell'adempimento pubblicitario, per obbligazioni da garantire non ancora nate.

Sennonché la costituzione di contratti di garanzia finanziaria per crediti futuri è soggetta ad una particolare limitazione che si trae dalla disciplina generale del codice civile in tema di negozi *per relationem*; si impone, infatti, alle parti di definire con esattezza il *quantum* di credito garantito (il cd. massimo impegno), al fine di evitare di incorrere nel divieto di fideiussione *omnibus*.

Sul punto, l'applicazione del divieto imposto dall'art. 1938 c.c. ha dato vita ad un ulteriore dibattito interpretativo culminato in una prima corrente ermeneutica[365] volta a considerare la disciplina del 2004 connotata da profili di eccezionale specialità, e, come tale, non soggetta ai limiti e divieti codicistici. Non si ritiene necessario che l'obbligazione futura sia specificatamente individuata nel suo ammontare, potendo trovare applicazione il divieto di estensione *omnibus* solo per le garanzie tradizionali.

---

[363] Per un approfondimento M. CIAN, *La dematerializzazione degli strumenti finanziari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, 6, p. 641 ss. In riferimento al D. lgs. 170 del 2004 affronta la questione V. AGNESE, *I contratti* cit., p. 74 ss. il pegno su strumenti finanziari di questo tipo richiede, ai sensi dell'art. 2 del D. Lgs. n. 170 del 2004, per ragioni di trasparenza dei mercati finanziari, l'annotazione nel conto degli intermediari.

[364] F. GAZZONI, *Manuale* cit., p. 662; D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e* mobiliare, Milano, 1956; in materia già Cass. Civ., Sez. I, 24 febbraio 1965, n. 686, in *Arch. Civ.*, 1975. p. 849.; Cass. Civ., Sez. II, 3 aprile 2000, n. 3997, in *Giust. civ. mass.*, 2000, p. 706.

[365] V. AGNESE, *cit.*, p. 163 ss.

Una posizione contraria[366] ha, invece, ritenuto applicabile la disciplina codicistica in tema di fideiussioni poiché considerata espressione di principi generali, tesi in questo caso a tutelare il patrimonio del contraente debole ovvero il debitore. Il collegamento negoziale istaurato dai rapporti di garanzia, fermo il requisito della specialità del pegno e la disciplina dell'art. 2852 c.c., oltre all'accessorietà della cessione stabilita dall'art. 1264 c.c., impone l'esatta identificazione del futuro rapporto garantito.

D'altro canto, muovendoci ancora sul piano del profilo *latu sensu* oggettivo, la suddetta regolamentazione speciale, in considerazione del profilo strettamente funzionale, sembra confermare la causa concreta di garanzia che accompagna i trasferimenti di beni condizionati all'inadempimento del debitore. La *causa cavendi*[367], e forse per la verità anche quella solutoria, emerge con tutta chiarezza già dalle definizioni dell'art. 1 del D.lgs. 170/04, che, esplicitamente, individuano il contenuto del patto rivolto essenzialmente a tutelare la pretesa creditoria entro il limite di valore della stessa.

L'attribuzione della causa di garanzia viene rafforzata anche dalla presenza della clausola di sostituzione che può essere apposta al contratto e utilizzata sia dal costituente che dal creditore. Si avvicina, infatti, il contratto di garanzia finanziaria al pegno, la cui funzione di garanzia non può essere messa in alcun modo in discussione: simile per la detta clausola al pegno rotativo (di cui ne costituirebbe un surrogato lessicale)[368], non mancano, però, delle deroghe rispetto a quello ordinario, come nel caso di utilizzazione da parte del creditore della cosa data in garanzia[369].

Procedendo nell'analisi della struttura dei contratti di garanzia finanziaria non si può prescindere dall'affrontare i requisiti soggettivi richiesti dal decreto del 2004. Uno dei profili di specialità della materia si condensa proprio in riferimento all'esatta indicazione di coloro che possono assumere il ruolo di parti del contratto di garanzia finanziaria.

L'art. 1 del D. Lgs. 170 del 2004, infatti, esclude che il contratto di garanzia finanziaria possa essere stipulato da persone fisiche, limitandone la portata applicativa alle imprese e agli enti pubblici.

---

[366] A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 358.

[367] In materia, la giustificazione di garanzia nell'ambito di tali contratti si riscontra in dottrina: A. BLANDINI, *Note minime sulle novelle in materia di garanzie bancarie*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, 5, p. 572 ss.

[368] Valorizza la sovrapponibilità tra clausola di rotazione e quella di sostituzione del D. Lgs. 170/04 P. PISCITELLO, *Il pegno* cit., p. 341.

[369] Non mancano elementi di divergenza rispetto al pegno tradizionale che, pur prevedendo l'impossessamento da parte del creditore, esclude la possibilità in capo a questi di utilizzare il bene mobile consegnato contrariamente a quanto previsto dall'art. 5 del D. lgs. 170 del 2004 che, invece, considera come elemento naturale di tali forme di pegno la possibilità di utilizzare il bene e gestire dello stesso attraverso atti di disposizione patrimoniale. Logicamente la deroga si ritiene operante solo per il pegno ordinario e non per quello irregolare che contempla tali poteri. Una deroga pattizia nella costituzione del pegno in garanzia di obbligazioni finanziarie alla disciplina dell'art. 1851 c.c. dovrebbe ritenersi nulla per violazione della disciplina imperativa posta dal D. Lgs. 170 del 2004. A. CHIANALE, *Le alienazioni* cit., pp. 360-361.

La previsione normativa, che ricalca l'art. 2 della Direttiva del 2002, persegue lo scopo di regolamentare l'attività di impresa predisponendo un sistema di garanzie bancarie a tutela di soggetti professionali e aventi riguardo ad oggetti riconducibili al mondo imprenditoriale come le "obbligazioni finanziarie".

Orbene, la disciplina fortemente riduttiva è stata oggetto di un ampio dibattito in dottrina[370] che ha visto contrapporsi due diverse posizioni: una prima[371], meno restrittiva, volta a limitare la portata applicativa del divieto alle sole persone fisiche non esercenti attività economica. La posizione *de qua* ritiene possibile che il contratto di garanzia possa essere stipulato anche dalle persone fisiche come quelle titolari di impresa individuale visto il rapporto di immedesimazione che si viene a creare tra il soggetto e l'azienda, così restringendo l'esclusione alle sole persone fisiche che non svolgono attività economiche. Al contrario, una diversa tesi[372] interpretava come assoluta la preclusione soggettiva introdotta dal decreto, fissando un divieto inderogabile nei confronti di tutte le persone fisiche, a qualunque titolo, di conclusione del contratto di garanzia.

Ciò è evidente in special modo per coloro che assumono la qualifica di consumatore, o meglio nel campo dei contratti finanziari di investitore, nei confronti del quale risulta precluso l'accesso a tale forma di garanzia. Lo stesso decreto conferma il divieto di accesso all'utilizzo del contratto di garanzia finanziaria ai consumatori stabilendo l'art. 2 comma 2 *bis* come "le disposizioni del presente decreto non si applicano ai crediti per il quale il debitore è un consumatore".

Pertanto, la categoria dei soggetti che possono concludere il contratto assolve una duplice funzione: essa rileva sia per definire i contorni applicativi della disciplina speciale, che per tentare di dare una risposta alla questione dell'istituzionalizzazione di un marciano di diritto comune, poiché individua coloro che possono assumere la qualifica di debitore garantito.

Dall'analisi normativa dell'art. 1 del D. Lgs. 170/04 è facile dedurre, quindi, che l'alienazione in garanzia potrà essere conclusa soltanto da coloro che rivestono la qualifica societaria o imprenditoriale, ad esclusione delle persone fisiche non titolari di attività economiche. L'accoglimento della posizione restrittiva ha, dunque, ripercussioni sul mercato del marciano comune avente ad oggetto strumenti finanziari e si interseca sulla questione della possibilità di concludere un marciano atipico avente lo stesso oggetto individuato dal D.lgs. 170 del 2004.

---

[370] L'evoluzione dell'ambito soggettivo di questa disciplina è stata definita "bizzarra" poiché si è registrato un progressivo allargamento della fattispecie nel campo delle persone giuridiche, ferma la preclusione per quelle fisiche, estendendosi anche "alle imprese e associazioni prive di personalità giuridica" (art. 1 comma 1 lettera *d*) D. Lgs. 170 del 2004). In materia A. CANDIAN, *Le garanzie finanziarie* cit., p. 29 ss.; che considera quale criterio discretivo quello dell'assoggettabilità o meno dei contraenti ad "una procedura concorsuale".

[371] A CANDIAN, *Le garanzie finanziarie* cit., p. 611.

[372] A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 352; V. AGNESE, *cit.*, p. 64 ss.

La rilevanza della qualifica formale che devono assumere le parti del regolamento contrattuale sposta l'indagine circa la possibilità di concludere un contratto di garanzia finanziaria da parte di persone fisiche con soggetti professionali. L'adesione alla posizione favorevole tesa a considerare possibile un marciano comune e generalizzato giustificherebbe tale possibilità con la particolare deroga di non rendere applicabile la disciplina speciale del 2004, la cui introduzione era rivolta a regolamentare il solo settore finanziario.

Completa l'analisi soggettiva l'art. 1 comma 1 lettera *o*) che contempla la possibilità che sussista una divergenza tra soggetto garantito e prestatore della garanzia. Si consente, allora, che la prestazione di garanzia finanziaria sia offerta da un soggetto terzo rispetto al debitore garantito, similmente a quanto succede in tema di ipoteca.

Infine, sul piano strutturale lo studio del contratto di garanzia finanziaria non può prescindere dal considerare il profilo della forma dello stesso.

Ancora una volta è lo stesso legislatore a prendere posizione sulla veste formale che deve assumere il contratto di garanzia imponendo ai contraenti l'obbligo di ricorrere alla forma scritta ai fini della prova della conclusione del contratto.

Il legislatore ha, infatti, optato all'art. 2 del D. Lgs. 170 del 2004 per la previsione della forma *ab probationem* che riguarda il contratto di garanzia finanziaria ma si stende anche alla prestazione di garanzia stessa, accogliendosi una prospettiva ampia rivolta a considerare assolto il detto formalismo anche in presenza di quella elettronica.

Diversamente dalla disciplina comunitaria attuata che, non sperimentando il rapporto tra i due opposti obblighi formali, prevede che il contratto di garanzia sia stipulato per iscritto, senza chiarire la natura dell'obbligo né le conseguenze della violazione di siffatto obbligo. Sembra, allora, condivisibile l'impostazione di una parte considerevole della dottrina in materia[373] che ha superato il dato letterale, qualificando l'obbligo imposto dall'art. 2 del Decreto del 2004 in termini di forma ai fini della validità e non per la sola prova.

In effetti non avrebbe senso introdurre un doppio obbligo formale dello stesso tipo, attinente sia al contratto che alla stessa prestazione di garanzia[374]. Per cui, fermo l'obbligo di stipulare ai sensi degli artt. 1325 e 1418 comma 2 c.c. il contratto per iscritto, si può considerare sufficiente il rispetto dell'obbligo formale per la prestazione di garanzia ai soli fini probatori, atto a consentire di individuare la "data di costituzione" e le "attività finanziarie costituite in garanzia" (art. 2 comma 1 lettera *a*) del D. Lgs. 170/04).

Considera sufficiente, poi, il legislatore per la prova dell'esistenza della prestazione di garanzia, la registrazione degli strumenti finanziari sui conti degli intermediari, per il

[373] V. AGNESE, *cit.*, p. 126 ss.

[374] Invero la previsione di un "doppio obbligo formale" non è sconosciuta all'interno del nostro ordinamento giuridico. Si pensi al contratto di transazione che all'art. 1967 c.c. richiede la forma *ad probationem* estesa a quella *ad substantiam* qualora il contratto abbia ad oggetto controversie su beni immobili. Per un'analisi della forma della transazione: E. MINERVINI, *Della transazione*, in *Comm. c.c. PERLINGIERI*, Bologna-Napoli, 1991, IV, p. 1460.; E. DEL PRATO, *La transazione*, Milano, 1992, p. 55.

contante l'annotazione sui conti di pertinenza mentre per la cessione del credito si impone la consegna dell'atto scritto al beneficiario della garanzia, con la specifica indicazione del credito.

Sul piano materiale la forma *ad probationem* richiede non la mera indicazione scritta della prestazione di garanzia ma, tenendo contro dell'eterogeneità degli strumenti di garanzia esistenti, diverse formalità che tendono a sconfinare sul piano della pubblicità. Sennonché è possibile superare il detto *deficit* normativo, invero particolarmente diffuso nelle sole legislazioni complementari, attraverso un'ermeneutica sostanzialistica della disciplina in esame che impone di ritenere come il legislatore abbia introdotto soltanto modalità materiali di assolvimento degli obblighi formali senza confondere il richiamato elemento strutturale con quello della pubblicità.

Questa soluzione, certamente coerente con i principi generali del diritto civile si pone, però, in contrasto alla normativa euro-unitaria, specie a seguito delle modifiche introdotte dalla successiva Direttiva n. 2009/44/CE. Quest'ultima è stata attuata all'interno del nostro ordinamento dal D. Lgs. n. 48 del 24 marzo 2011, di modifica del precedente decreto legislativo del 2004, e prevede all'art. 3, ancora sul piano formale, un divieto agli Stati membri di introdurre ulteriori oneri in capo ai contraenti, rispetto a quelli già fissati nel 2002.

La direzione imposta dal legislatore comunitario, nel pieno rispetto degli obiettivi di semplificazione perseguiti con la normativa finanziaria a far data dal 2002, è quella di limitare le preclusioni all'accesso al mercato degli strumenti finanziari e, quindi, di ridurre anche le imposizioni formali.

L'art. 2 par. 6 della Direttiva[375], nell'estendere la disciplina del 2002 anche ai contratti di cessione del credito, ha fatto divieto al legislatore nazionale di richiedere "atti formali" sia per la validità che per la prova dell'esistenza dei crediti alla base di tali contratti. L'unica apertura per gli Stati membri è stata quella di poter predisporre limitati obblighi formali ai soli "fini del perfezionamento, della priorità e dell'applicabilità nei confronti del debitore e/o dei terzi".

La disciplina comunitaria sembra orientata a confinare sul piano della pubblicità la necessità di concludere per iscritto il contratto di cessione del credito in funzione di garanzia finanziaria prevedendo come destinatari finali dell'adempimento dell'obbligo formale soltanto il debitore e i terzi.

[375] Si riporta l'art. 2 par. 6 della Direttiva 2009/44/CE che modificando l'art. 3 della Direttiva 2002/42/CE prevede: "a) al paragrafo 1 sono aggiunti i commi seguenti: «Fatto salvo l'articolo 1, paragrafo 5, quando i crediti vengono forniti come garanzia finanziaria, gli Stati membri non prescrivono che la creazione, la validità, il perfezionamento, la priorità, la realizzabilità o l'ammissibilità come prova di tale garanzia finanziaria sia dipendente da atti formali quali la registrazione o la notificazione al debitore del credito fornito come garanzia. Gli Stati membri possono tuttavia esigere l'esecuzione di un atto formale, quale la registrazione o la notificazione, ai fini del perfezionamento, della priorità e della realizzabilità o ammissibilità come prova nei confronti del debitore o dei terzi."

Invero, dovrebbe essere avallata una diversa interpretazione della disposizione (che sembra, per la verità fatta propria dalla stessa riforma interna del 2011) che considera l'art. 2 della Direttiva del 2009 in riferimento alla forma, non già applicabile all'interno del nostro ordinamento giuridico, ponendosi in contrasto con i principi del Codice civile che reputano, tradizionalmente, imposto l'obbligo della forma scritta a tutte le parti contraenti del negozio e, dunque, anche al creditore.

La limitata finalità dell'obbligo formale sulla sola posizione del debitore si caratterizza per essere ingiustificata salvo, beninteso, qualificare tale obbligo, non accolto si ripete dal nostro legislatore, come fondante una nuova nullità protettiva a tutela di quelle che possono essere considerate le parti deboli del rapporto, similmente a quanto previsto dagli articoli 23 t.u.f. e 117 t.u.b.

2.2. L'escussione satisfattoria del credito nella garanzia finanziaria: è veramente un patto marciano?

Gli articoli 4, 5 e 6 del D. Lgs. 170 del 2004 regolamentano l'escussione della garanzia finanziaria oggetto del contratto, da parte del creditore, nel caso di inadempimento del debitore professionale.

Il legislatore, nel contesto dei contratti di garanzia finanziaria, sembra mosso da una logica securitaria nella misura in cui tipizza sia le modalità di escussione del credito che la deroga al divieto del patto commissorio, qualora la garanzia abbia ad oggetto la tipologia contrattuale dell'alienazione con scopo di garanzia.

Prima di affrontare il rapporto di tale disciplina con la clausola marciana, tenendo necessariamente conto della deroga legale al divieto del patto commissorio, bisogna delineare il meccanismo di funzionamento dell'escussione del bene concesso in garanzia.

L'art. 4 del decreto regolamenta gli aspetti formali e operativi dell'escussione introducendo una disciplina del pegno finanziario simile a quello ordinario e su crediti. Si consente, infatti, al creditore procedente di soddisfarsi immediatamente sulle attività finanziarie oggetto del contratto di garanzia, in presenza dell'inadempimento del debitore o della verificazione di determinati eventi, preventivamente indicati nel contratto[376].

L'escussione anticipata e satisfattoria opera anche in presenza di una procedura esecutiva che colpisce il debitore garantito, accordando il contratto una sorta di preferenza al creditore procedente nei confronti di tutti gli altri concreditori, in deroga ai principi della *par condicio creditorum*[377].

Anche in questo caso, come in quello in cui non sia presente una procedura concorsuale, è previsto *ex lege* l'adempimento da parte del creditore di un obbligo informativo nei confronti del debitore (la norma parla di datore della garanzia così riferendosi anche a soggetti terzi) o degli organi della procedura circa le modalità dell'escussione o dell'importo ricavato dalla vendita sul mercato degli strumenti finanziari. Informativa, che esplicita un precetto di trasparenza contrattuale ed impone un obbligo di ragguaglio circa tutte le attività esecutive intraprese dal creditore, compresa quella mera operazione di compensazione impropria, o contabile, che si verifica allorquando questi imputa i beni in garanzia al valore del credito vantato.

La *ratio* della previsione normativa viene identificata nel consentire al debitore, e ai terzi, di verificare la correttezza procedimentale del meccanismo di autotutela esecutiva attivato dal creditore, verificare la corretta appropriazione dei valori e la ragionevolezza[378] dell'operazione commerciale secondo quanto disposto dall'art. 8 del D. Lgs. 170 del 2004.

---

[376] L'art. 1 comma 1 lettera *i*) tenta di ridefinire gli eventi che consentono l'attivazione del correttivo marciano.

[377] La questione del pegno in garanzia viene affronta da A. BLANDINI, *cit.*, p. 572 ss.

[378] Identifica il collegamento A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., pp. 364-365.

In tale assetto non manca chi identifica il cennato obbligo informativo come sovrapponibile a quello di rendiconto gravante in capo al mandatario *in rem propriam*[379] dimenticando, però, che alla base dell'escussione non vi è alcun rapporto gestorio o fiduciario, ma un contratto teso solamente a garantire il soddisfacimento della pretesa creditoria.

Oltre all'onere informativo, l'art. 4, nel fissare le regole dell'esecuzione stragiudiziale, prevede una facoltà in capo al creditore di vendere le attività finanziarie oggetto del pegno ovvero di appropriarsi delle stesse fino a concorrenza del valore del credito vantato. In quest'ultimo caso il creditore, diversamente dalla disciplina dell'art. 2798 c.c., esercita un potere di apprensione diretta, definitiva e satisfattoria, purché ciò sia ragionevole e previsto specificamente nel contratto, a nulla rilevando che il legislatore abbia generalmente previsto tale possibilità.

Infine, qualora oggetto del pegno sia denaro contante, il creditore potrà far propria quella quantità sufficiente a soddisfare il proprio diritto ed estinguere l'obbligazione garantita.

Sintetizzate le modalità dell'escussione satisfattoria del pegno finanziario in garanzia, l'art. 5 del decreto in oggetto, dopo aver affrontato il tema della clausola di sostituzione (o, secondo taluni[380] di rotazione) estende, in presenza di tale pattuizione, il contenuto dell'art. 4 in materia di escussione della garanzia. In questo caso, similmente al pegno irregolare, il creditore pignoratizio potrà utilizzare la "clausola *out-netting*"[381] ovvero attivare il predetto procedimento esecutivo indicato all'art 4 del decreto del 2004.

---

[379] F. MURINO, *L'escussione...*, in *I contratti di garanzia finanziaria* (a cura di E. GABRIELLI), 2018, p. 297.

[380] In tal senso A. BLANDINI, *cit.*, p. 575 che richiama anche l'art. 1 comma 1 lettera *g*) del D. Lgs. 170 del 2004.

La qualificazione della clausola di sostituzione come sinonimo di quella di rotazione non è avallata dalla totalità della dottrina. Già emerso l'orientamento contrario in materia di pegno non possessorio laddove si ritiene che la detta clausola abbia ad oggetto non il bene ma il "valore" da garantire. Si dà vita, in questo caso ad un nuovo concetto di garanzia "che si appunta su un valore, piuttosto che su un bene determinato; una garanzia in grado di rimanere immutata, indipendentemente dal bene che, nel corso del rapporto pignoratizio, è espressione del valore vincolato". Si esprime in questo modo R. CATALANO, *cit.*, p. 725; L. CAPUTO, M. CAPUTO, *I pegni*, Milano, 2017, p. 131.

[381] Esemplificando, la suddetta clausola, operante nel commercio internazionale, rientra nelle cd. clausole *netting* attraverso le quali si realizza una sorta di compensazione tra crediti finanziari. In questo caso la compensazione rappresenta l'effetto di quella che viene definita come una più ampia operazione economica che si fonda sulla preesistente risoluzione di tutte le obbligazioni gravanti in capo al debitore; le stesse, a prescindere dalla natura della prestazione e dalla data di scadenza, si intendono estinte e trasformate in un'unica obbligazione, che ormai scaduta, potrà essere attivata dal creditore nei confronti del proprio debitore, tenuto all'adempimento della prestazione complessiva. L'unica obbligazione facilita l'attività solutoria del creditore che potrà rivolgersi immediatamente nei confronti del debitore e, se del caso, soddisfare in autotutela le proprie pretese. Contrasta l'inquadramento nella compensazione civilistica A. PERRONE, *La riduzione del rischio di credito*, Milano, 1999, p. 85. Per uno studio delle clausole *netting* M. MARTINO, *Cessione dei crediti in garanzia e funzione solutoria nel finanziamento bancario alle imprese: una perdita di coerenza tipologica*, in *Giuris. comm.*, 2018, 4, p. 743. In dottrina si è sottolineata la "pericolosità" degli accordi di compensazione di questa tipologia frutto della "possibilità di errori di conteggio" e del "rischio di gravi abusi": U. MINNECI, *La*

Non si può negare che rivive nell'intenzione del legislatore l'idea di sviluppare forme di apprensione proporzionale del creditore di valori del debitore, senza attivare il procedimento esecutivo giudiziale. In questo campo l'intervento del Giudice non viene escluso, ma soltanto posticipato nella fase successiva all'esecuzione, adito nelle forme dell'opposizione di cui all'art. 2797 comma 2 c.c., in questo settore applicato analogicamente.

Similmente accade, *ex* art. 6 del D. Lgs. 170 del 2004, per la cessione del credito in garanzia e l'alienazione della proprietà con la medesima funzione, a cui si applica la disciplina che regolamenta il profilo dell'autotutela esecutiva stragiudiziale da parte del creditore, integrativa per quest'ultima tipologia di contratto di garanzia dalla deroga espressa alla norma che sanziona con la nullità la violazione del divieto del patto commissorio.

Orbene, dalla richiamata disciplina emergono due distinti corollari[382] che vanno a disegnare il procedimento di autotutela creditoria: in primo luogo, non si esclude che il creditore procedente possa decidere di procedere secondo le regole ordinarie, e, quindi, optare per il giudizio esecutivo per come disciplinato dal Codice di procedura civile. Lo stesso articolo 4, infatti, concede una "facoltà" al creditore di eserciare i poteri di escussione previsti nella norma, ma non già lo obbliga a procedere con tali mezzi di autotutela sol perché si sia concluso un contratto di garanzia finanziaria. Si pensi alla concessione di un diritto di pegno regolare su strumenti finanziari a cui potrà, in mancanza della volontà di procedere secondo le regole speciali dell'art. 4 D. Lgs. 170 del 2004, applicarsi la disciplina del Codice civile agli articoli 2797 e 2798 c.c.

Si potrebbe discutere, allora, quale sia il senso logico dell'introduzione del richiamato potere facoltativo, idoneo ad aggirare la disciplina speciale di apprensione definitiva dei beni concessi in garanzia. Sul piano ordinamentale, la cennata facoltà esplicita quel generale disfavore tutto italiano verso forme di autotutela esecutiva in danno dell'attivazione del rimedio processuale statale, che prevede una serie di tutele sia in favore del debitore che degli altri creditori. *Ad abundantiam,* si deve sottolineare come il creditore potrebbe avere interesse a procedere in via ordinaria al fine di evitare inutili contenziosi giudiziari sulle attività di appropriazione.

Il secondo corollario attiene ai "tempi" dell'escussione che non vengono compiutamente definiti dal legislatore, limitandosi la normativa del 2004 a prevedere che l'esercizio della predetta attività informativa da parte del creditore venga effettuata "immediatamente" in favore del datore di garanzia, anche se terzo rispetto all'obbligazione garantita.

Si introduce un obbligo di celere informazione che non si accompagna ad un simile obbligo per l'esercizio dei poteri di auto-soddisfazione sui beni del debitore. Il *deficit* dato dall'assenza di un *diktat* normativo viene superato da un'interpretazione integrativa degli obblighi negoziali gravanti sul creditore finanziario che, sulla base delle clausole generali di

stabilità degli effetti indotti dalle clausole di close-out netting, in *Contratti*, 2009, p. 501 ss.; P. DE BIASI, *Un nuovo master agreement per strumenti finanziari sofisticati*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, p. 644 ss.

[382] A CHIANALE, *Alienazione* cit., pp. 364-365.

buona fede e correttezza, dovrà provvedere "all'escussione nel minor tempo possibile"[383], per come prescritto dalla Direttiva attuata, e nella necessità di far ottenere, celermente, al debitore l'estinzione dell'obbligazione garantita e l'eventuale restituzione del *quod superest*.

Illustrati i meccanismi speciali di autosoddisfazione stragiudiziale ed esauriti i relativi procedimenti sussiste in capo al creditore, per tutte le tipologie di contratti di garanzia finanziaria, l'obbligo di restituire l'eventuale esubero tra il valore dei beni concessi in garanzia e il valore del credito vantato.

Il legislatore del 2004 con tali disposizioni ha cercato di creare una normativa unitaria in materia di contratti di garanzia finanziaria volta a tutelare la posizione di entrambi i contraenti, laddove emerga la doppia funzione di tali accordi, di garanzia e solutoria.

Tracciato, in grandi linee il procedimento di escussione ed i suoi corollari, si impone allora di verificare se il meccanismo solutorio costituito in questa sede dal legislatore possa essere considerato riconducibile agli elementi strutturali della cautela marciana.

La risposta favorevole al quesito potrà incidere nella definizione degli elementi costitutivi di un marciano di diritto comune, anticipando che nella fattispecie *de qua* mancherebbe il rinvio alla stima del perito terzo e indipendente.

Sul punto, secondo una parte considerevole della dottrina[384], l'articolazione dell'autotutela esecutiva per come configurata dalle disposizioni indicate darebbe vita ad uno dei prototipi speciali di variante marciana, che nell'ipotesi in esame potrebbe definirsi "semplificata" o "accelerata", poiché consente al creditore di auto-soddisfarsi per quanto dovuto, si ripete, senza passare per l'intervento del perito terzo ed imparziale.

La richiamata deroga non esclude, ha sostenuto la dottrina positiva[385], di poter considerare il meccanismo normativo come un tipo speciale di marciano dotato di effetto salvifico[386], in tema di alienazioni con scopo di garanzia, rispetto al divieto del patto commissorio. Anzi, una volta accertata la presenza di uno degli eventi dedotti nel contratto che legittima l'escussione, unitamente all'osservanza della cennata condotta informativa che impone di comunicare l'avveramento dello stesso evento condizionante, si ritiene possibile l'escussione vera e propria e la restituzione dell'eccedenza potendosi, legittimamente, il creditore appropriare delle attività finanziarie del proprio debitore.

Nell'assenza dell'istituzionalizzazione di un marciano "primo" o di diritto comune il principale criterio che consente di ricondurre il procedimento delineato dal legislatore al paradigma marciano è quello strutturale, sicché la presenza dei richiamati elementi delineati

[383] A CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 365.

[384] S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis* cit., p. 100; A CHIANALE, *Le alienazioni* cit., p. 364 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile* cit., p. 290; F. PIRAINO, *L'inadempimento* cit., p. 189; F. MURINO, *L'escussione* cit., p. 297.

[385] A CHIANALE, *Le alienazioni* cit., p. 365 ss.; F. MURINO, *L'escussione* cit., p. 224.

[386] Si consenta di rinviare per esporre i difficili rapporti tra il divieto del patto commissorio e la cautela marciana al Capitolo I, par. 5.2.

per disciplinare l'esecuzione stragiudiziale non può che dar vita ad un'ipotesi normativa speciale di correttivo marciano.

Un ulteriore argomento favorevole alla qualificazione marciana proviene dallo stesso dato letterale: l'art 6 comma 2 del D. Lgs. 170 del 2004 prevede che le alienazioni in funzione di garanzia finanziaria sono sottratte all'applicazione del divieto del patto commissorio. Un chiarimento normativo ritenuto da alcuni pressoché inutile e ripetitivo, frutto addirittura di una clausola di stile[387], vista la storica antinomia tra i due istituti e l'utilizzo del criterio strutturale atto a distinguere nel complesso delle alienazioni con scopo di garanzia le due diverse fattispecie.

Pertanto, richiamato l'orientamento che sostiene la natura salvifica della cautela marciana rispetto alla nullità per la violazione commissoria è possibile ricondurre alla prima categoria l'istituto in esame.

Continuando a derubricare le argomentazioni poste dalla teoria positiva si ritiene che l'assenza dell'obbligo successivo di stima non rappresenta una novità nel panorama normativo della *lex marciana.* Essa non rappresenta, altresì, una necessità di tale stipulazione essendo garantita l'equivalenza tra i valori attraverso la preventiva determinazione degli stessi in relazione ai crediti ceduti e ai beni trasferiti. Non mancano altre fattispecie legislative che prescindono dalla presenza di tale elemento: su di tutte l'art. 1851 c.c. che, in tema di pegno irregolare, consente al creditore pignoratizio di appropriarsi di quella parte di denaro, titoli e merci sufficienti ad estinguere il debito, accompagnato dall'obbligo di restituire l'eccedenza[388]. Manca l'elemento della stima effettuata dal terzo anche in materia di pegno regolare ordinario e su credito, che legittimano il cennato *iter* di escussione con la previsione della restituzione dell'esubero. In quest'ultimo caso, in verità, l'assenza dell'intervento del terzo viene superata dalla presenza del Giudice a cui rivolgere la richiesta di vendita o di assegnazione del bene mobile, precedentemente concesso in garanzia.

La semplificazione del procedimento in questa sede, alleggerito dagli incombenti istruttori normalmente presenti in relazione alla cautela marciana viene contemperata

---

[387] In ossequio al criterio strutturale l'alienazione con scopo di garanzia accompagnata dalla clausola di restituzione del giusto prezzo non può considerarsi nulla per violazione del divieto di cui all'art. 2744 c.c. In materia si veda A. CHIANALE, *Alienazione* cit., p. 355.; F. MURINO, *L'escussione* cit., p. 224. Non mancano voci contrarie che, pur aderendo alla prospettiva favorevole in punto di qualificazione marciano considerano necessaria la precisazione normativa: E. GABRIELLI, *Le garanzie finanziarie* cit., p. 37.; T. RUMI, *Il prestito vitalizio* cit., p. 112; A. LUMINOSO, *Patto commissorio* cit., pp. 156-157.
La richiamata inutilità era stata esplicitata anche per il pegno irregolare da F. ANELLI, *cit.*, p. 268 ss.

[388] L'art. 1851 c.c. viene, tradizionalmente, considerato come la norma-fondamento del patto marciano incorporando l'obbligo "del creditore di restituire l'eccedenza rispetto al valore del credito al momento della scadenza, il che, mentre da un lato porta ad ammettere la validità della figura anche al di fuori della garanzia bancaria, d'altra parte porta a ritenere inderogabile tale obbligo di restituzione" F. MARTORANO, *Cauzione* cit., p. 120; A DALMARTELLO, *Pegno irregolare* cit., p. 803. Vedi *supra* nota n. 200. Invero si è passati da una posizione che considerava il pegno irregolare come una mera deroga alla disciplina della garanzia pignoratizia rispetto alla tesi più moderna che, invece, riconduce la fattispecie speciale nell'ambito delle alienazioni in garanzia. Sul punto F. ANELLI, *cit.*, p. 235 ss.; D. RUBINO, *La responsabilità* cit., p. 217.

soltanto dal rafforzamento delle garanzie procedimentali assicurate dalla presenza dell'adempimento di un mero onere informativo per come prescritto dall'art. 4.

Emerge un sistema normativo che gode di un imposto equilibrio frutto, da un lato della previsione dei richiamati poteri di apprensione, e dall'altro dell'imposizione in capo al creditore di adempimenti formali, i quali dovranno essere da lui eseguiti personalmente.

Non mancano in tale materia impostazioni contrarie che hanno sostenuto l'impossibilità di ricondurre l'istituto del contratto di garanzia finanziaria nell'ambito delle varianti speciali di patto marciano[389].

Si evidenzia in riferimento ai richiamati contratti la loro eccessiva settorialità, in quanto riferita alle sole attività finanziarie e ai beni mobili del debitore, rispetto al tradizionale ambito applicativo che accompagna la cautela marciana che abbraccia le alienazioni di beni immobili con causa di garanzia.

Posizione questa che esplicita, *ictu oculi*, un principale limite connesso molto probabilmente alla natura datata dell'intervento normativo che denotava l'assenza di quella sensibilità necessaria idonea a valutare il rapporto regola/eccezione instaurato tra le due forme di alienazione con scopo di garanzia.

Bisogna chiarire, però, che in questo dibattito, forse per la prima volta, si è dato atto di una notevole sensibilità legislativa che ha tipizzando l'istituto dell'alienazione con causa *cavendi* e il divieto del patto commissorio.

Sarebbe stato, forse, più corretto da parte del legislatore assumere un contegno ispirato al *clare loqui*, così da annoverare, più che la deroga all'istituto del divieto del patto commissorio, la presenza della cautela marciana. L'oscurità legislativa, quindi, ha favorito quelle posizioni più restrittive che legate all'assolutezza del divieto sono ancora particolarmente restie ad ammettere la presenza all'interno del nostro ordinamento giuridico della *lex marciana.*

[389] Si inserisce nella posizione negativa L. FOLLIERI, *Il patto marciano* cit., p. 1862. In tal senso, indirettamente, si evidenzia la settorialità della disciplina poiché di "portata assai limitata per oggetti e soggetti "A. DOLMETTA, *Cessione di credito in garanzia e prelazione*, in *Fall*., 2016, p. 934. Ancora, T. RUMI, *Il prestito vitalizio ipotecario* cit., p. 105 che considera l'intervento normativo del 2015 come idoneo ad inaugurare la "stagione" delle soluzioni marciane.

2.2.1. Un'ipotesi speciale di marciano finanziario: la cessione del credito.

Nelle pagine precedenti si è affrontato il tema della varietà dei contratti di garanzia finanziaria che, nel corso del tempo, hanno visto integrare la disciplina del 2004 di una nuova fattispecie, quale la cessione del credito con funzione di garanzia[390].

Assumono portato confermativo di tale affermazione le modifiche intervenute agli articoli 3 e 6 del D. Lgs. 170 del 2004, i quali rinviano, espressamente, alla cessione del credito e alla posizione del debitore ceduto, estendendo anche a tale contratto la disciplina dell'escussione di cui all'art 5 del medesimo decreto.

Si è dato atto, quindi, che nel complesso dei negozi traslativi con funzione di garanzia rientra anche la cessione del credito, qualora tesa ad "accrescere la sicurezza dell'adempimento di una obbligazione o del godimento (potremmo dire anche, della realizzazione) di un diritto" in favore del credito[391].

Sul piano generale l'attribuzione della funzione di garanzia alla cessione del credito non rappresenta una conquista degli ultimi anni, ma rappresenta una conclusione a cui sia la dottrina[392] che il legislatore sono pervenuti già verso la metà degli anni '50 del Novecento.

Si pensi su di tutte alla legge istitutiva del "Mediocredito" che prevedeva all'art. 18, commi 2 e 3, la possibilità di "effettuare finanziamenti contro cessione in garanzia, totale o parziale, di crediti" in favore di istituti di credito che concedono mutui alle PMI.

La cessione del credito, in un primo momento strumento della sola prassi commerciale, assume una propria e autonoma fisionomia anche nei rapporti di diritto comune, così legittimandosi quale giusto mezzo idoneo a determinare il trasferimento fiduciario dei diritti di credito a scopo di garanzia.

---

[390] Il dibattito si è sviluppato *supra* Cap. II, par. 2.1.
Parte della dottrina ha sostenuto come l'art. 9 comma 2 D.lgs. n. 170/2004 avrebbe finalmente riconosciuto la figura della cessione del credito in garanzia, sancendo, altresì, la sua piena compatibilità con il divieto del patto commissorio, G. TARZIA, *Le garanzie atipiche (e l'attuazione della direttiva europea sui contratti di garanzie finanziaria)*, in *Fallimento*, 2005, p. 485; Trib. Trani, 14 aprile 2017, con nota di F. SCARONGELLA, *Riflessioni in tema di cessione del credito con funzione di garanzia e applicazione dell'art. 67, comma 1°, n. 3, l. fall.*, in Banca Borsa Tit. Cred., 2018, 6, p. 761.
Sul punto la teoria favorevole consente di superare un ulteriore dubbio interpretativo quale quello riguardante l'applicazione dell'azione revocatoria applicabile alle cd. "garanzie atipiche", S. BONFATTI, in Aa. Vv., *Il nuovo diritto fallimentare*, Torino, 2010, p. 938. Conferma l'art. 9 del D. Lgs. 170 del 2004: C. DE MENECH, *Il marciano* cit., p. 789.

[391] A. BLANDINI, *cit.*, p. 572.

[392] Rilevante è la costruzione effettuata da A. CHINALE, *Alienazione* cit., p. 138 ss. Dubita della conciliabilità della causa di garanzia con la struttura della cessione del credito V. PANUCCIO, *cit.*, p. 27 ss.

Il concetto generale di "garanzia" che, negli ultimi anni, ha abbracciato anche lo strumento della cessione[393], emerge con tutta la sua chiarezza nel contesto dei contratti di garanzia finanziaria, laddove il legislatore affianca alle garanzie reali tipiche, come il pegno, forme di garanzia atipiche quali la cessione di crediti e l'alienazione di beni determinati a scopo di garanzia.

L'evoluzione dell'istituto conferma quanto già dedotto da autorevole dottrina[394] che considerava gli ultimi due strumenti negoziali quali fattispecie contrattuali sviluppate nella pratica commerciale per superare la rigidità ordinamentale verso forme convenzionali di garanzie reali tipiche[395].

Si tratta pur sempre, però, di diritti di garanzia reali atipici, poiché le uniche ipotesi dotate di tipicità non possono che essere quelle previste all'interno del Codice civile.

L'atipicità di tale negozio considerata dalla dottrina tradizionale sembra, però, parzialmente superata dal Decreto legislativo del 2004 che accomuna tale fattispecie all'alienazione con funzione di garanzia, affiancandole al pegno ordinario su strumenti finanziari, costituendo ai sensi dell'art. 1 anch'essa un "contratto di garanzia reale avente ad oggetto attività finanziarie e volto a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie", ovvero parificandolo (secondo la tecnica "dell'equiparazione") espressamente al pegno ai sensi dell'art. 9 comma 2 del citato Decreto[396].

Si tratta, secondo una parte della dottrina[397] di una "imprecisione formale" che "nasconde una verità sostanziale", la quale impone di raccogliere tutti gli istituti con

---

[393] In linea all'art. 9 UCC (*Uniform Commercial Code*) che introduce una disciplina comune a tutte le forme di trasferimenti in garanzia, in linea con il paradigma introdotto che legittima forme di pegni non possessori.
Per lo studio della disciplina internazionale F. MURINO, *L'escussione extragiudiziale "accelerata" delle garanzie nella proposta di direttiva NPL tra droit savant e droit barbare*, in *Giur. comm.*, 2022, p. 693.
Il legislatore non si è fermato al Decreto legislativo del 2004 che rappresenta, probabilmente, la fattispecie normativa più diffusa, introducendo, da ultimo, ulteriori forme di cessione a scopo di garanzia come l'art. 2414 *bis* c.c. in materia di obbligazioni societarie.

[394] F. GAZZONI, *Manuale* cit., p. 672 ss.

[395] F. ASTONE, *Il trasferimento del credito. Artt. 1260-1267*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2014, p. 84 ss. e 269 ss.; F. BOSETTI, *Le modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio*, Torino, 2010, p. 17 ss.; U. STEFINI, *La cessione del credito con causa di garanzia*, Padova, 2007; M. LASCIALFARI, *Alienazioni a scopo di garanzia*, in *Enc. giur.*, Roma, 2004; G. BAVETTA, *Forme di garanzia atipiche e indirette nel fallimento: la cessione del credito a scopo di garanzia a favore delle banche*, in *Fall.*, 1997, p. 879 ss.; A. SCACCHI, *La cessione del credito a scopo di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, I, p. 613 ss.; B. INZITARI, *Cessioni di crediti* cit., p. 1282 ss.; M. VIALE, *Le garanzie bancarie*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubb. dell'ec.*, Padova, 1994, p. 109 ss.; F. ANELLI, *L'alienazione* cit., p. 189 ss.; A. DOLMETTA G. B. PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1985, I, p. 258 ss.; G. PANZARINI, *Lo sconto dei crediti e dei titoli di credito*, Milano, 1984, p. 118 ss.; F. PIRAINO, *Cessione di credito a fine di garanzia*, in *Nuovo dir.*, 1977, p. 529; A. PAVONE LA ROSA, *cit.*, p. 543 ss.

[396] C. DE MENECH, *Il marciano innominato* cit., p. 789.

[397] Ancora A. BLANDINI, *cit.*, p. 580.

funzione di garanzia in un unico gruppo a cui applicare, se non la stessa, una simile disciplina[398].

La vicinanza della cessione del credito al pegno ed in special modo alle alienazioni con scopo di garanzia si evince dalla specifica funzione economico-individuale che assume in concreto l'istituto, piegato alla salvaguardia del patrimonio del creditore, in deroga al principio della *par condicio* sancito all'art. 2741 c.c. Il criterio funzionale consente di superare la concreta divergenza strutturale delle garanzie in esame, prettamente accessoria quella della cessione al pari del pegno, ordinario e bancario, principale quella dei trasferimenti di beni immobili caratterizzati dalla medesima funzione.

L'impostazione della tipicità si può facilmente superare, tenendo conto del fatto che la qualificazione giuridica di garanzia reale rileva ai soli fini dell'applicazione della disciplina dei contratti di garanzia finanziaria, senza alcuna pretesa assoluta di considerare tali stipulazioni come nuove garanzie reali di diritto comune, al pari del pegno e dell'ipoteca.

In tal senso, la *cessio in securitatem* (o cessione di crediti in garanzia), equiparata dallo stesso decreto al pegno, sembra considerare possibile ricomprendere, in termini generali, nel contesto delle cd. "garanzie atipiche" tutti quegli strumenti negoziali idonei ad assumere una funzione di garanzia rispetto al credito pregresso. Situazione questa, ulteriormente, facilitata per la cessione dalla tradizionale dottrina[399] che interpreta l'istituto *de qua* come privo di un'autonoma e preventiva giustificazione causale, così da poter essere piegata anche al perseguimento di uno scopo di garanzia e, dunque, avere la *causa cavendi.*

L'ulteriore passaggio evolutivo è quello, *expressis verbis*, di considerare anche la cessione del credito in garanzia come una figura speciale di patto marciano, laddove caratterizzata dai richiamati e consolidati elementi costitutivi.

Sarebbe sufficiente ad avvalorare in senso positivo la conclusione a cui si è giunti il mero ricorso al criterio interpretativo sistematico del dato normativo speciale.

Infatti, l'art. 9 comma 2 del D. Lgs. 170 del 2004 richiama la cessione del credito equiparandola ai fini della disciplina in esame al contratto di pegno; prosegue l'art. 4, che

---

[398] Anche se contraddice la soluzione generalizzante M. MARTINO, *Cessione del credito* cit., p. 721. F. ANELLI, *L'alienazione* cit., p. 189 ss. considera la cessione priva di reale autonomia costituendo, invece, una delle modalità di alienazione con scopo di garanzia.

[399] Evidenzia tale situazione F. GAZZONI, *Manuale* cit., p. 673, che analizza, altresì, le principali teorie che hanno riguardato la giustificazione causale della cessione del credito: una prima e meno recente impostazione (T. MANCINI, *La cessione dei crediti futuri a scopo di garanzia*, Milano, 1968, p. 461 ss.) considerava la cessione del credito come un negozio astratto ovvero privo di un'autonoma causa; diversamente, altra parte della dottrina (V. PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del* trasferimento, Milano, 1955, p. 20) qualificava la cessione come un negozio privo di causa autonoma ma qualificato come uno schema incompleto di negozio, necessariamente integrato da un titolo oneroso o gratuito. La posizione maggioritaria (C. M. BIANCA, *Diritto civile*, p. 586; P. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, in *Comm. Scialoja-Branca*, 1982, p. 19; U. BRECCIA, *Le obbligazioni* cit., p. 779) in materia individua la cessione come un contratto dotato di causa "generica" che dovrà essere individuata nel concreto schema negoziale utilizzato dai contraenti.

considera il contratto di garanzia finanziaria, quindi anche la cessione, come una deroga legale al divieto del patto commissorio e si deve concludere il richiamato collegamento attraverso il rinvio all'art. 6 che regolamenta l'escussione del bene in garanzia tipizzando gli elementi costitutivi della *lex marciana.*

In tal senso l'ermeneutica sistematica si dovrebbe collegare alle considerazioni già espresse da una parte considerevole della dottrina[400] che escludeva dall'assoggettamento al regime invalidante di cui all'art. 2744 c.c. tutte le forme di cessione del credito a scopo di garanzia corrette dal patto marciano.

Si applica analogicamente la disciplina del pegno su crediti che, per il tramite delle disposizioni di cui agli articoli 2802 e 2803 c.c., legittima poteri di apprensione definitiva da parte del creditore, purché subordinati al calcolo dell'equivalenza dei valori e della restituzione dell'eccedenza[401].

La disciplina citata, in linea con le considerazioni generali già prodotte in tema di contratti di garanzia finanziaria, conferma la possibilità di prevedere all'interno del nostro ordinamento giuridico negozi traslativi connotati dalla funzione di garanzia in deroga al divieto del patto commissorio.

Si evince dalla normativa del 2004, dalla presa di posizione legislativa espressa sull'eccezione al principio derivante dall'applicazione dell'art. 2744 c.c., il riconoscimento della validità delle forme negoziali di patto marciano, con un forte arretramento del richiamato divieto.

Si potrebbe, allora, pensare che il divieto del patto commissorio da "norma-principio" che tutto ricomprende e fulmina con la nullità sia, ormai, diventata l'eccezione nel sistema che trova i suoi spazi di applicazione in tutte le ipotesi in cui i contraenti deroghino al modello legale di correttivo marciano, sintetizzato proprio dagli articoli del D. Lgs. n. 170 del 2004.

L'esercizio dei poteri privatistici di conformazione del contenuto del contratto prescindendo dagli elementi strutturali che connotano la cautela marciana, e in special modo dalla verifica dell'esistenza del giusto prezzo, si presterebbero ad eludere il divieto del patto commissorio con la conseguente nullità dell'accordo[402].

Nella ricostruzione, quindi, di un marciano di diritto comune o "primo" non si può prescindere delle novità legislative del 2004, le quali rappresentano un ulteriore tassello che riempie le valutazioni dottrinarie e giurisprudenziali in materia. La disciplina conferma gli

---

[400] P. PERLINGIERI, *Della cessione* cit., p. 41; F. GAZZONI, *Manuale* cit., p. 675.; B. INZITARI, *La cessione dei crediti a scopo di garanzia a favore delle banche*, in *Fall*., 1999, p. 906.

[401] Dubita della possibilità di tale estensione A. ASQUINI e R. NICOLO, *Garanzie e pubblicità del credito cinematografico*, in *Giust. Civ.*, 1960, IV, p. 558 ss. chiarendo che l'unico punto di contatto può essere identificato nella possibilità attribuita al creditore di escutere il credito all'inadempimento dell'obbligazione garantita.

[402] C. M. BIANCA, *Il divieto* cit., p. 267 ss.; F. ANELLI, *cit.*, p. 232 ss.

elementi strutturali del marciano, che rende inesigibile da parte del creditore l'escussione in autotutela del credito fino al momento dell'inadempimento dell'obbligazione garantita (o del verificarsi di altri eventi, al pari del prestito vitalizio ipotecario), gravando su di lui un preciso obbligo di restituzione dell'esubero.

Si deve, allora, appoggiare quella posizione interpretativa che coglie, nella nuova stagione del marciano, la disciplina del D. Lgs. 170 del 2004 come uno degli argomenti che confermano l'istituzionalizzazione del correttivo, il quale potrà essere realizzato anche per il tramite della conclusione di un contratto di cessione del credito in garanzia.

Colpisce proprio la deroga al divieto che rappresenta, tenendo conto delle indicazioni profuse, una "novità significativa, che sembra in parte stravolgere la tradizione storica dell'istituto"[403] rivolta a salvaguardare i poteri riconducibili all'autonomia privata e le fondamenta su cui poggia l'intero ordinamento giuridico.

[403] E. GABRIELLI, *Le garanzie finanziarie* cit., p. 37.

2.2.2. I rimedi all'esecuzione sproporzionata: l'integrazione del contratto e l'exceptio dolis generalis.

Non manca, nello studio del patto marciano proprio della garanzia finanziaria, qualche Autore[404] che ha posto in un'area non principale il procedimento di conclusione del contratto cogliendo, d'altra parte la rilevanza centrale del rapporto di proporzionalità legale richiesto proprio dalla disciplina del D. Lgs. 170 del 2004.

Emerge dalla disciplina richiamata ed in generale dal divieto del patto commissorio la necessità di preservare nel contesto della ritenzione in autotutela la proporzionalità dei valori che presiede l'obbligo in capo al creditore di restituire l'eccedenza.

La *proportio* tra il valore del credito e l'importo del bene trasferito in garanzia che riaffiora nella disciplina speciale dei marciani e, indirettamente, dal Decreto legislativo ora affrontato, fa emergere l'idea di un principio generale[405] che opera nei rapporti debito-credito e presidia ogni trasferimento in garanzia, sia sul versante del divieto del patto commissorio che su quello dell'applicazione della cautela marciana.

In altri termini, l'insufficienza della garanzia patrimoniale generica ai sensi dell'art. 2740 c.c. spinge il creditore a "ricercare" ulteriori mezzi di tutela di diritto sostanziale del proprio patrimonio, tra i quali è possibile richiamare lo schema negoziale dell'alienazione di un bene con funzione di garanzia. Trasferimento che deve, però, salvaguardare la situazione economica, e morale, del debitore che si affida alla buona fede del proprio creditore, il quale tenterà di realizzare le proprie pretese al minor pregiudizio della parte passiva dell'obbligazione.

Un ruolo primario nel complesso delle capacità di realizzazione del credito gioca il cennato principio, al quale è attribuito l'arduo compito, nell'insufficienza di criteri specifici legali, di perimetrare le richieste del creditore. Esso evita l'abuso del creditore e garantisce l'equità dei rapporti giuridici e la giustizia dell'esercizio dell'esecuzione forzata stragiudiziale, conseguendo il debitore un danno inferiore a quello che si sarebbe prodotto nel caso di appropriazione incondizionata di un proprio bene da parte del creditore.

L'esigenza di garantire la proporzionalità emerge anche nell'ambito della salvezza marciana che non esclude la presenza di un danno economico al debitore in tutti quei casi in cui la vendita del bene precedentemente trasmesso in garanzia avrebbe fatto conseguire una quantità di denaro maggiore rispetto a quello ottenuto dalla stima oggettiva del bene e dalla restituzione dell'esubero[406].

---

[404] S. PAGLIANTINI, *Responsabilità patrimoniale* cit., p. 891 ss.

[405] Per la qualifica della proporzionalità quale principio generale interessanti sono le considerazioni di M. ANGELONE, *Interferenze tra ragionevolezza, proporzionalità e buona fede in tema di garanzie*, in *Riv. dir. priv.*, 2018, p. 465 ss.; P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo* cit., p. 452.

[406] S. PAGLIANTINI, *Spigolando intorno all'art. 48 bis T.U.B.: specialità (di trattamento) e principio di proporzionalità delle garanzie*?, in *Giur. it.*, 2017, IV, p. 1719 ss.

Ma è chiaro che non si potrebbe avere tutto, per cui al debitore che perde, talvolta temporaneamente il bene, deve essere garantito che il detrimento ottenuto dall'apprensione coattiva o dalla vendita creditoria escluda ogni forma di approfittamento del creditore in ordine alla minor valutazione del bene concesso.

Il principio generale di proporzionalità confina la pretesa creditoria nei limiti del valore del debito e, dunque, della responsabilità gravante sul debitore che non potrà essere mai sottoposto ad obbligazioni aggiuntive rispetto a quella garantita.

Cercano di perseguire la richiamata esigenza la clausola marciana, così come le altre disposizioni normative in tema di pegno e ipoteca, che impongono un'esecuzione ragionevole ovvero la costituzione della garanzia parametrata al debito esistente.

Si pensino alle disposizioni sostanziali e processuali che in tema di ipoteca consentono la riduzione della stessa, quali gli articoli 496 c.p.c. e 2875 c.c.; in tale prospettiva si pone, anche, l'art. 2838 c.c. che disciplina l'iscrizione ipotecaria regolamentando, in favore del debitore, la "divergenza" tra la somma indicata nell'atto di costituzione e quella presente nella successiva nota trascritta.

Il principio si ritiene presente anche in materia di contratti di garanzia finanziaria esplicitandosi nella necessità di garantire la "ragionevolezza commerciale" dell'operazione economica realizzata.

In dottrina[407], per la verità, non è sfuggito il collegamento tra i due principi (quello di proporzionalità e ragionevolezza), che non operano a compartimenti stagni, ma si ritengono applicabili in un rapporto di specialità, per cui la proporzionalità potrà qualificarsi come la principale modalità di realizzazione di un rapporto obbligatorio e di un'esecuzione ragionevole.

Ritornando alla *questio iuris*, la proporzionalità si specifica nella necessità che l'escussione da parte del creditore sia conforme, ai sensi dell'art. 8, comma 1 del D. Lgs. 170/2004, ad eque "condizioni di realizzo" e ai "criteri di valutazione", che si presume nell'ipotesi in cui le clausole contrattuali non divergono da quelle fissate dalla Banca d'Italia, in appositi schemi contrattuali già definiti.

Da ciò si desume che il creditore marciano e finanziario potrà ottenere soddisfacimento delle proprie pretese nella fase di escussione al rispetto della procedura individuata dallo stesso D. Lgs. 170 del 2004, previa informazione del debitore (e degli organi della procedura

[407] Indirettamente A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 366 ss.; V. LAZZARELLI, *Ragionevolezza e proporzionalità nella conservazione della garanzia patrimoniale: nuovi profili applicativi dell'abuso del diritto*, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, a cura di G. PERLINGIERI, Napoli, 2017, II, p. 563 ss. in termini negativi considerando eterogeni i principi: F. MURINO, *L'escussione* cit., p. 300 ss.
In relazione ai contratti di garanzia finanziaria G. TARANTINO, *Patto commissorio, alienazioni in garanzia ed autonomia privata: alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Contratti*, 2012, p. 1031; A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 366; S. PAGLIANTINI, *Responsabilità patrimoniale* cit., p. 905.

esecutiva collettiva) e in sintonia con le condizioni che rendono ragionevole l'operazione finanziaria.

L'osservanza di questi punti fermi rende il creditore diligente, corretto e rispettoso del canone della buona fede nella fase esecutiva del rapporto contrattuale, non potendosi considerare sufficiente la presenza della sola clausola di restituzione dell'eccedenza ovvero dell'obbligo della giusta *aestimatio* del bene concesso in garanzia.

Ancora una volta, ciò che viene in risalta, è il tema della procedimentalizzazione che accompagna la clausola marciana che consente il realizzo della pretesa del creditore al rispetto delle particolari condizioni poste dal D. Lgs. 170 del 2004.

L'inosservanza delle stesse determina l'irragionevolezza commerciale dell'operazione finanziaria in garanzia, accertata per il tramite dell'imperioso intervento dell'Autorità giudiziaria che, potrà essere adita entro il termine decadenziale di tre mesi dalla conclusione dell'*iter* di escussione disciplinato agli articoli 4 e seguenti.

Un intervento giudiziale successivo che consente di modellare l'accordo contrattuale rideterminando le clausole di escussione nel rispetto delle indicazioni normative. Proprio siffatto potere di integrazione del contenuto contrattuale è stato visto con disfavore da una parte della dottrina che ha superato il rapporto di continenza tra proporzionalità e ragionevolezza, ritenendo quest'ultima collegata alla sola "fase di valutazione e realizzo delle attività finanziarie date in garanzia"[408] applicandosi, invece, il principio di proporzionalità alla fase antecedente del rapporto tra credito e garanzia.

Tutto ciò sembra, invero, particolarmente artificioso poiché si scindono le due diverse fasi, quella costitutiva e quella attuativa del credito, le quali contrariamente operano in un rapporto di causa-effetto e impongono la necessaria proporzione, *recte* ragionevolezza, tra il valore del bene oggetto di trasferimento in garanzia e valore del debito garantito.

Sul punto, coloro[409] che evidenziano la necessaria discrasia tra la proporzionalità dei rapporti e la ragionevolezza dell'escussione, considerano la prima connessa alle clausole generali di buona fede e diligenza (qui intesa in termini impropri e riferita al corretto adempimento degli obblighi legali di escussione e restituzione dell'eccedenza), mentre il principio di ragionevolezza legato esclusivamente alla *lex mercatoria* ovvero a ciò che, di norma, succede nel mercato finanziario.

Per cui il Giudice non potrà, giammai, incidere sul contenuto contrattuale attraverso la sua completa rideterminazione, limitandosi il suo intervento al solo momento e alle modalità con cui il creditore realizza le proprie pretese, senza incorporare la diversa fase di nascita del vincolo contrattuale.

Il modo di procedere della posizione dualistica implica alcune valutazioni circa la necessità di evitare che un contratto di garanzia sproporzionato possa giustificare

[408] A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 368.

[409] F. MURINO, *L'escussione* cit., p. 300 ss.

un'esecuzione ragionevole, laddove il *punctum dolens* non attiene alle formali capacità di realizzo del creditore ma all'incongruenza genetica dei valori.

Il legame tra proporzionalità e buona fede, invece, dirige il sistema di tutela verso la possibilità di colpire la condotta abusiva del creditore con l'*exceptio dolis generalis*, che, peraltro, opera quale principale rimedio, secondo parte della giurisprudenza, nell'ambito delle garanzie personali autonome[410].

L'eccezione di mala fede potrà essere proposta da parte del datore della garanzia, anche nell'ipotesi di soggetto terzo rispetto al debitore garantito, peraltro, anche in via cautelare per il tramite del rito d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c., nei confronti del *collateral taker*, stigmatizzando la condotta illegittima dello stesso.

Attraverso l'attivazione di questo rimedio si realizza una dimensione sanzionatoria ben più ampia della rideterminazione giudiziale del contenuto contrattuale, potendosi contestare "in radice l'esistenza sia di una valida garanzia finanziaria sia dell'evento che determina l'escussione della garanzia", ovvero, *ad abundantiam*, contestare l'esercizio concreto del potere di autotutela del creditore che abbia, ad esempio, venduto il bene a prezzo "palesemente vile" o "per attività finanziarie offerte in mercato poco liquidi oppure fuori dal mercato"[411].

In chiusura, è certo che la ragionevolezza commerciale delle modalità di escussione postula una condotta del creditore improntata alla correttezza e alla lealtà, la quale esplicita la proporzione valoriale dei beni in conflitto.

Ciò emerge dall'obbligo di informativa "immediata" che grava sul creditore, imponendogli di manifestare al proprio debitore tutte le attività esecutive realizzate sui beni concessi in garanzia. Pertanto, l'assenza del rispetto anche di uno di questi paradigmi contrattuali e comportamentali potrebbe far riemergere il profilo del divieto del patto commissorio che sanziona con la nullità l'accordo traslativo in funzione di garanzia elusivo dello stesso. La deroga, infatti, all'applicazione dell'art. 2744 c.c., per come configurata dalla disciplina speciale finanziaria, dovrebbe operare soltanto nelle residue ipotesi in cui i contraenti rispettino, in forma e sostanza, le regole poste dal D. Lgs. 170 del 2004.

Ciò non esclude che i contraenti possano introdurre, pattiziamente, elementi di novità rispetto alla disciplina legale purché inidonei a tangere i criteri minimi fissati dalla normativa in vigore.

---

[410] Su di tutte e con pretesa di completezza: Cass. Civ. Sez. Un., 18 febbraio 201, n. 3947, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, 2, p. 237; G. STELLA, *Il problema della qualificazione della fideiussione omnibus come fideiussione ordinaria o contratto autonomo di garanzia*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 1, p. 1806; F. FIORENTINO, *Il labile confine tra fideiussione e garanzia autonoma di fronte alla mala fede del creditore garantito*, in *Eur. Dir. priv.*, 2021, 1, p. 137 ss.

[411] S. PAGLIANTINI, *Responsabilità patrimoniale* cit., p. 900: si pensi all'ipotesi in cui sia fissato nell'ambito della cessione finanziaria di un credito in garanzia un *pactum de non petendo o de non exequendo*; A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 367.

Non si potrebbe mai derogare, ad esempio, all'obbligo restitutorio e alla garanzia dell'equivalenza tra i valori, che in questo particolare settore prescinde soltanto dall'intervento di un perito terzo ed imparziale.

L'eventuale deroga potrebbe portare la stipulazione alla nullità per violazione del divieto del patto commissorio, salvo considerare il rimedio riconducibile al paradigma degli articoli 1419 e 1339 c.c. con sostituzione automatica della disciplina legale contenuta agli articoli 4 e ss. del D. Lgs. 170 del 2004, rispetto a quella contrattuale contraria.

In questo particolare settore, caratterizzato dalla previsione legale del correttivo marciano, l'integrazione del contratto ai sensi dell'art. 1374 c.c. con la previsione dell'obbligo di restituire l'esubero, ritenuto profilo naturale dell'alienazione in garanzia[412], riceve il proprio fondamento sulla base dell'art. 8 del D. Lgs. 170 del 2004 che nella previsione di un potere giudiziale integrativo del contratto sembra consentire un forte intervento del Giudice sul contenuto dell'accordo.

La rideterminazione delle condizioni di realizzo del credito nell'ambito del controllo di ragionevolezza commerciale, infatti, preservando l'equilibrio dei valori, incide direttamente sull'obbligo di restituzione del residuo che viene introdotto nel contratto per effetto dell'intervento equitativo giudiziario.

[412] Vedi *supra* Cap. I, par. 3.2.1; sul punto: N. CIPRIANI, *Patto commissorio* cit., p. 140; F. ANELLI, *cit.*, p. 230; A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 161 ss.; in materi di cessione di crediti con scopo di garanzia vedi P. PERLINGIERI, *Della cessione* cit., p. 41.

3. Il Prestito vitalizio ipotecario: la ratio e l'esempio francese.

L'articolazione delle varianti marciane prosegue con l'introduzione del contratto di prestito vitalizio ipotecario[413] che rappresenta uno dei richiamati tasselli di evoluzione dell'istituto.

La scelta della trattazione del prestito vitalizio, dopo i contratti di garanzia finanziaria, è il frutto dell'applicazione del criterio "cronologico"[414] che vede, nell'evoluzione legislativa delle fattispecie tipiche anche quella introdotta nel 2005 e profondamente modificata nel 2015.

Previsto all'art 11 *quaterdecies* commi 12 - 12 *sexies* del D.L. 203 del 30 settembre 2005, convertito con modifiche nella Legge n. 248 del 2 dicembre 2005, integrato e modificato dall'art. 1 comma 1 della Legge n. 44 del 2 aprile 2015, l'istituto in esame prevede un innovativo strumento negoziale all'interno del nostro ordinamento giuridico poiché ammette la possibilità di "destinare un bene immobile" di tipo residenziale alla garanzia di un finanziamento concesso a persone fisiche in determinate condizioni[415].

Il prestito vitalizio ipotecario consente alle persone fisiche che abbiano superato il sessantesimo anno di età di concludere un contratto di finanziamento a medio o lungo termine con istituti di credito, o intermediari finanziari iscritti nell'apposito elenco definito ai sensi dell'art. 106 t.u.b., garantito da un bene immobile, nelle forme dell'ipoteca di primo grado.

Al verificarsi della morte del finanziato, o in presenza di altri eventi preventivamente individuati al comma 12 della predetta disposizione, il finanziatore potrà esigere il "rimborso" dell'intero finanziamento, maggiorato degli interessi e le spese.

Si tratta di un vero e proprio mutuo, come si desume anche dal rinvio alla disciplina dell'art. 39 t.u.b., che viene concesso soltanto in favore di alcuni soggetti, le persone fisiche

---

[413] La disciplina è stata diffusamente affrontata nei lavori di G.O. MANNELLA - G.C. PLATANIA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, Milano, 2015; T. RUMI, *La nuova disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *Contratti*, 10, 2015, p. 937 ss.; S. CHERTI, *Prime note sulle modifiche alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *Corr. giur*., 8-9, 2015, p. 1099 ss.; C. PACELLA-P. BUZZONETTI, *Il prestito vitalizio*, Milano, 2010, p. 9 ss.

[414] L. FOLLIERI, *Il patto marciano* cit., p. 1862.; espressamente anche A. LUMINOSO, *Patto commissorio* cit., p. 157.

[415] Il suddetto istituto è stato introdotto all'interno del nostro ordinamento giuridico dalla Legge 44 del 2 aprile 2015 che ha innovato la disciplina del 2005 sostituendo l'originario art. 11 *quaterdecies* comma 12 e introducendo i commi 12 a 12 *sexies.*

Ad integrazione della disciplina citata, sulla base del comma 12 *quinquies*, è stato adottato anche il Regolamento attuativo decr. MISE n. 226 del 22 dicembre 2015, pubblicato in G.U. il 16 febbraio 2016: "Regolamento recante norme in materia di disciplina del prestito vitalizio ipotecario, ai sensi dell'art. 11 *quaterdecies*, comma 12 *quinquies*, del decreto-legge 30 settembre 2005, n. 203, convertito con modificazioni, dalla legge 2 dicembre 2005, n. 248, come modificato dall'art. 1, comma 1, della legge 2 aprile 2015, n. 44". Per un'analisi approfondita vedi F. CHESSA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *Imm. Prop.*, 2006, p. 306 ss.

ultrasessantacinquenni, con una duplice deroga, rispettivamente, alla restituzione rateizzata del capitale trasferito e al divieto di anatocismo.

La *ratio* sottesa all'introduzione nel nostro ordinamento dell'istituto è quella di facilitare l'accesso al credito bancario per soggetti che non potrebbero facilmente ottenere, vista l'età, rilevanti finanziamenti caratterizzati da obblighi restitutori a medi e lungo termine[416]. Non sembra, allora, errata l'affermazione di un celebre Autore[417] che confrontandosi con questa materia ha ritenuto che la ragione principale di introduzione dell'istituto non potesse che essere quella di superare "gli ostacoli che l'anziano incontra nel dimostrare la sostenibilità nel tempo del prestito contratto", a causa della minore affidabilità economica dovuta ad un'aspettativa di vita certamente più breve rispetto ad un soggetto più giovane.

Inoltre, l'istituto persegue una chiara finalità di smobilizzo della ricchezza, in favore di quelle persone che non godono di particolare merito creditizio a causa dell'assenza di liquidità, considerandosi una valida alternativa "al Welfare statuale e alle politiche di sostegno ai redditi"[418].

Orbene, dalle *ragiones* sottese all'utilizzazione del prestito vitalizio ipotecario si devono distinguere gli specifici motivi[419] che, di norma, spingono i mutuatari alla richiesta di questa forma di finanziamento: in primo luogo, la richiesta è rivolta ad ottenere liquidità per soccorrere i figli che necessitano di una somma di denaro, ad esempio per l'acquisto di una casa di abitazione. In secondo luogo, la richiesta potrà avere una portata integrativa del reddito dello stesso finanziato al fine di adempiere altri finanziamenti, sopperire alle esigenze della vita quotidiana, mantenere il preesistente tenore di vita o sanare posizioni debitorie già esistenti.

Discusso il genere di credito a cui appartiene il prestito vitalizio, che pur sempre rappresenta una forma di finanziamento a termine, medio o lungo senza restituzione rateale: una prima impostazione[420], qualifica l'istituto *de qua* come una forma speciale di credito fondiario visto anche l'esplicito richiamo dell'art. 39 t.u.b.; altra parte della dottrina[421], al

---

[416] Anche se con diverse parole T. RUMI, *Il prestito vitalizio* cit., p. 106.

[417] T. RUMI, *Il prestito vitalizio* cit., p. 118.

[418] A. IULIANI*, Il prestito vitalizio ipotecario nel nuovo "sistema" delle garanzie reali*, in *NLCC*, 2016, p. 721 ss.; V. CONFORTINI, *Deterioramento del credito e definizione europea di default (profili civilistici)*, in Eur. Dir. Priv., 2022, 3, p. 665.; G. GIGLIOTTI, *Il prestito vitalizio ipotecario: un reverse mortgage all'italiana?*, in *Corr. Mer.*, 2011, p. 677.

[419] Sulla rilevanza dei motivi che spingono i contraenti ad ottenere tale finanziamento: T. RUMI, *Il prestito vitalizio* cit., p. 119; D. CERINI, *cit.*, p. 505.

[420] G. D'AMICO, *La resistibile ascesa* cit., p. 9.; A. ADDANTE, *Il prestito vitalizio ipotecario e schemi negoziali affini* cit., in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 2017, 4, p. 503 valorizza il dato testuale dell'art. 38 t.u.b. che considera credito fondiario quello che "ha per oggetto la concessione, da parte di banche, di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili", similmente a quanto prescritto all'art. 11 *quaterdecies* comma 12 D.L. 203 del 2005; T. RUMI, *Il prestito vitalizio* cit., p. 126; S. CHERTI, *cit.*, p. 1102

[421] A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 373; Trib. Roma, 13 luglio 2017, in *Corr. giur*., 2018, p. 1115; l'Autore ribadisce la sua posizione in un diverso scritto che affronta la natura delle garanzie immobiliari

contrario, considera il prestito vitalizio ipotecario come "un autonomo sottotipo del credito ipotecario", in deroga a quello fondiario che prevede il rimborso rateale della sorta capitale. Si conferma, invece, l'impossibilità di ricondurre il prestito nell'alveo dei contratti di credito ai consumatori data l'assenza della necessaria qualifica soggettiva del vitaliziato e tenendo conto dell'esplicito divieto fissato all'art. 120 *sexies* t.u.b.

Non è un caso che il legislatore ha chiarito, sin da subito, la natura del finanziamento, appunto a medio e lungo termine, secondo i modelli del mutuo fondiario e ipotecario, prevedendo quale elemento di novità l'assenza di un obbligo di restituzione mensile del capitale ricevuto, in deroga alla disciplina codicistica e speciale del mutuo.

L'apparente facilitazione dell'accesso al credito viene compensata dalla presenza di correttivi legali volti a tutelare il creditore bancario che, oltre a godere, sulla base del principio feneratizio[422], del diritto soggettivo a ricevere gli interessi corrispettivi ai sensi degli articoli 1282 e 1815 c.c., è titolare del potere di applicare l'anatocismo, con la possibilità di capitalizzare anche le spese, in violazione al precetto fissato all'art. 1283 del Codice civile[423].

Ancora, la fattispecie, anche se con peculiari accorgimenti è stata definita come *un legal transplant*[424]di altre forme di finanziamento dello stesso tipo emerse in altri contesti

sospensivamente condizionate all'inadempimento del debitore considerando proprio la fattispecie in oggetto l'unica deroga alla disciplina della "fondiarietà *ex* art. 38 t.u.b. che assiste ogni forma di finanziamento a medio e lungo termine garantito da ipoteca di primo grado su immobili" (A. CHIANALE, *La nullità del mutuo fondiario per superamento del limite di finanziabilità"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, 5, p. 588). Confonde ragioni con motivi D. RUSSO, *I nuovi strumenti contrattuali contro la crisi economica*, in *Studium iuris*, 2018, 3, p. 301.

[422] M. FRAGALI, *Mutuo* cit., p. 357. Coglie il fondamento originario del principio, nelle obbligazioni pecuniarie: G. B. FERRI, *Interessi usurari e criterio di normalità*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1975, I, p. 275: che considera nell'usura il fenomeno positivo teso ad esprimere l'operatività del principio, implicando l'attitudine del denaro a produrre altro denaro. Nel corso del tempo, però, l'istituto cambia veste ed assume un'accezione negativa come fenomeno da reprimere assumendo una manifestazione patologica del richiamato principio.

[423] Uno studio completo dell'anatocismo è presente nell'opera di C. M. BIANCA, *Diritto civile* cit., p. 197 ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni* cit., p. 341; E. QUADRI, *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Tratt. Rescigno*, Torino, 1999, p. 563 ss.

[424] Utilizza la terminologia A. CHIANALE, *l'Alienazione* cit., p. 374; D. CERINI, *Il prestito vitalizio ipotecario: legal transplant in cerca di definizione*, in *Dir. econ. assicur*., 2006, 2, p. 503 ss.

Per uno studio dei rapporti tra le varie discipline del prestito della terza età A. FUSARO, *Il prestito vitalizio ipotecario in prospettiva comparatistica*, in *Notariato*, 2, 2017, p. 114 ss.

Si rappresenta che nel nostro ordinamento sono state evidenziate ulteriori forme legali di "trasposizione" di istituti di matrice straniera come i danni punitivi (G. PORTONERA, *Punitive damages, cosiddetti danni punitivi e risarcimento. Un approccio comparatistico allo statuto della responsabilità civile*, in Eur. Dir. Priv., 2021, 4, p. 707), e la maternità surrogata (A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, in *Eur. Dir. Priv*., 2021, 4, p. 713 ss.).

normativi internazionali come i *non recourse mortgage* di origine statunitense, i *life-time mortgage* di origine nord-americana[425] e il noto *prêt viager hypothécaire* francese[426].

I *mortgage* sviluppati nella tradizione giuridica europea e nell'ambito dei Tribunali di equità anglo-americani hanno ricevuto una rapida evoluzione, specie a seguito della crisi finanziaria del 2007 relativa ai mutui *subprime*. Inizialmente, forme di alienazioni con scopo di garanzia modellate secondo il meccanismo dei *trusts*, laddove si prevedeva un'accelerata tutela per il creditore che diventava immediato proprietario del bene con facoltà di libero utilizzo dello stesso. Successivamente, sono stati elaborati una serie di correttivi all'istituto volti a salvaguardare anche la posizione del soggetto debole del rapporto traslativo quale il debitore. La sicurezza del trasferimento patrimoniale immobiliare veniva contemperata dalla indicazione, certa e precisa, di tutti quegli eventi considerati come inadempimento della prestazione ed idonei a riunificare la proprietà formale e sostanziale in capo al creditore[427].

In tale contesto, pressoché prudenziale, si diffondono e cristallizzano forme di garanzia immobiliare sull'abitazione del debitore (*home-mortgage*) e, in rapporto di specialità ad esse, i cd. *reverse* e *life-time mortgage*.

Sennonché le limitazioni degli eventi che sottendono la restituzione, la qualificazione dell'operazione in termini assicurativi più che di garanzia accompagnata dall'assenza di preventivi indicatori massimi di responsabilità in capo al debitore, hanno portato tali istituti ad essere visti con forti perplessità dai legislatori degli ordinamenti di *civil law*.

Forti perplessità circa la compatibilità delle forme ora citate di *mortgage,* con i principi presenti all'interno del nostro ordinamento, sono suscitate non solo dalla riconducibilità

---

[425] Quest'istituto ha origine in entrambi i sistemi giuridici conosciuti: nell'ambito di quelli di *common law* sono state previste molteplici fattispecie che suggellano il meccanismo della proprietà in funzione di garanzia. Oltre al più antico *mortgage*, si richiamano in termini generali schemi riconducibili ai crediti ipotecari autonomi anche conosciuti come *home secured loans* (UK) o *home equity loans* (USA). Tra questi ultimi vanno annoverati *l'home reversion* ed il più noto *lifetime (or reverse) mortgage*. Mentre la prima ipotesi determina una vera e propria cessione della nuda proprietà o di una parte del diritto di appartenenza sul bene immobile e realizza un immediato trasferimento del diritto al finanziatore, il *lifetime mortgage*, rappresenta un istituto più vicino al nostro prestito vitalizio ipotecario.
In materia G.S. NELSON - D.A. WHITMAN, *Real Estate Finance Law*, in West Publishing, 2001, p. 840 ss; M. O'NEAL, *Reverse Mortgages*, 54, *Consumer Fin*. L.Q.Rep., 37, 2000, nn. 9 ss.; K. EGGERT, *Codification and the Victory of Form Over Intent*, in *Negotiable Instrument Law*, p. 35; V. C. HUAN, J. MAHONEY, E*quity Release Mortgages, 16 Housing Finance International* (2002), p. 29 ss.; C.H. SAWYER, *Reverse Mortgages: An Innovative Tool for Elder Law Attorneys*, 26 Stetson L.Rev., 1997, p. 197 ss.

[426] Per ragioni di sinteticità si omette di affrontare la *Disposición Addicional primera,la Regulación relativa a la hipoteca inversa* introdotta all'interno dell'ordinamento spagnolo con la legge 41 del 2007. La suddetta legge ha previsto la possibilità che persone fisiche ultrasessantacinquenni o gravate da incapacità possano ricorrere ad un prestito, garantendo il rimborso integrale dello stesso attraverso la costituzione di un'ipoteca sulla propria residenza abituale. Per lo studio della fattispecie A. SERRANO DE NICOLÁS, *Règimen jurídico de la hipoteca inversa*, in *Revista de Derecho Privado*, 2008, p. 33 ss., pp. 34-35.; T. RUMI, *Prestito vitalizio ipotecario e hypoteca inversa: le discipline italiana e spagnola a confronto*, in *Actualitad Jridica Iberoamericana*, 2016, p. 152 ss.

[427] La suddetta evoluzione è stata sviluppata da D. CERINI, *Il prestito vitalizio ipotecario* cit., p. 503 ss.

degli istituti al paradigma del *trust*, figura negoziale tradizionalmente disconosciuta dal legislatore italiano, ma anche dal rispetto del divieto del patto commissorio in relazione a forme di alienazione con scopo di garanzia con rischio a carico del solo debitore[428].

Ecco perché si può ritenere, in una prospettiva comparatistica[429], che l'intervento normativo in materia più importante e vicino alla nostra esperienza giuridica non può che essere individuato nel *prêt viager hypothécaire* francese.

Introdotto nel *Code civil* dalla macro-riforma del sistema delle garanzie del 2006[430] che lo ha affiancato ai contratti di *fiducie*, i quali possono considerarsi effettivamente divergenti a causa del fatto che oggetto della garanzia immobiliare non potrà essere l'abitazione principale del debitore[431], tale tipologia di prestiti, non limitati alla sola terza età, viene considerata sin da subito come uno strumento di evoluzione economico-sociale teso non solo a superare il blocco di fatto della circolazione di beni immobili, ma anche a fornire nuovi strumenti di liquidità agli anziani in difficoltà economiche[432].

Lo strumento del finanziamento della terza età, contenuto sia al Libro IV del *Code civil* che nel nuovo Libro III, Titolo I, Capitolo IV, del *Code de la Consommation* (articoli da L. 314-1 a L. 314-20), è limitato alle sole richieste di finanziamento estranee all'attività di impresa (art. L. 314-2), senza richiedere la normativa vigente alcun limite minimo di età per il soggetto, persona fisica, che accede al finanziamento.

Invero la trasposizione dell'istituto anche nel codice del Commercio è rivolta a istituzionalizzare tale forma di accesso al credito, emancipandola dal sistema ristretto delle garanzie, così qualificandola come un'operazione creditizia nel senso più ampio del termine.

Anzi, lo strumento *de qua* viene pensato come un mezzo di finanziamento a cui possono ricorrere i consumatori[433] che intendono accedere al mercato bancario, avendo quale controparte negoziale un istituto di credito o finanziario.

---

[428] Anche se nel corso del tempo il secondo elemento di contrasto ai nostri dogmi si è andato a ridimensionare attraverso l'intervento pubblico e la creazione di fondi nazionali di compensazione, l'imposizione in capo al finanziatore della conclusione parallela di contratti assicurati e la creazione di particolari *Autority* (si pensi all'inglese *Financial Services Authority*) deputate al controllo dell'operato dei soggetti mutuanti, alla previsione di codici di condotta e all'introduzione di modelli negoziali *standard* da rispettare. Analizzano i rischi: G.O. MANNELLA-G.C. PLATANIA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, cit., pp. 40-41.

[429] D. RUSSO, *cit.*, p. 298.

[430] Vedi *supra* Cap. I, par. 7.

[431] Il dato normativo della L. 314-1

[432] Considera questo profilo F. FIORENTINI, *La riforma francese* cit., p. 1191 ss.

[433] L'art. L 314-1 del *Code de Consommation* individua i presupposti normativi del *prêt viager hypothécaire*, collocando l'istituto nel capo relativo alla tutela del consumatore. La norma che definisce il prestito vitalizio considera lo stesso come "*un contrat par lequel un établissement de crédit ou un établissement financier consent à une personne physique un prêt sous forme d'un capital ou de versements périodiques, garanti par une hypothèque constituée sur un bien immobilier de l'emprunteur à usage exclusif d'habitation et dont le remboursement-principal et intérêts capitalisés annuellement ne peut être exigé qu'au décès de l'emprunteur ou lors de l'aliénation ou du démembrement de la propriété de l'immeuble hypothéqué s'ils surviennent avant le décès*".

L'oggetto della garanzia viene individuato in un immobile residenziale del debitore che non necessariamente deve essere adibito a residenza del consumatore[434].

Ecco le prime differenze che emergono rispetto alla disciplina italiana dell'art. 11 *quaterdecies* che non richiede in capo alla persona fisica la qualifica soggettiva di consumatore. Non sussistono, infatti, margini di sovrapponibilità tra la persona fisica e la persona qualificata ai sensi del D. Lgs. 206 del 2005 come un consumatore.

Inoltre, la disciplina italiana fissa un limite invalicabile per l'accesso a tali forme di garanzia ovvero quello del raggiungimento dell'età minima di 60 anni da parte del mutuatario, elemento non richiesto dalla normativa francese che si pone solo l'obiettivo di tutelare la posizione dei consumatori.

Ad una prima lettura, la normativa italiana gode di una portata *trans-tipica* poiché estesa a tutti i contratti che ricalcano le specifiche condizioni normative poste dal D.L. n. 203 del 2005, conclusi da persone fisiche anche non consumatori. L'eventuale qualificazione della persona fisica in tal senso ha come effetto quello di rafforzare il comparto delle tutele cui il soggetto finanziato può ricorrere per salvaguardare la propria posizione contrattuale.

In fase di primo commento, vi è da dire che non mancano elementi di vicinanza tra le discipline ritenendosi necessario che l'oggetto della garanzia immobiliare sia la residenza del mutuatario, e che uno degli eventi determinanti l'estinzione del prestito sia la morte del prenditore. In un primo momento, anche la normativa italiana prevedeva nella formulazione originaria del D.L. 203 del 2005 forti restrizioni sulla destinazione del finanziamento; limitazioni eliminate dalla disciplina del 2015 che non allinea il prestito italiano a quello transalpino.

Viene, inoltre, disciplinata dal legislatore d'Oltralpe, in linea con la tradizione consumeristica, sia la fase precontrattuale che quella negoziale vera e propria, prevedendosi nella prima obblighi di pubblicità con informazioni veritiere ed esaustive ("*loyale et informative*" secondo la lettera dell'art. L. 314-3), il divieto di vendita porta a porta[435] e la compiuta regolamentazione dello scambio di proposta e accettazione.

Lo scambio di proposta ed accettazione prevede, *ex lege*, un periodo di sospensione di 10 giorni nell'ambito dei quali è consentito al consumatore di evitare l'effetto sorpresa dell'esecuzione immediata del contratto. Non viene, infatti, disciplinato il diritto di pentimento, similmente agli articoli 64 e seguenti del t.u. del Consumo, che viene evitato

[434] L'art. L 314-1 richiede che *l'hypothèque constituée sur un bien immobilier de l'emprunteur à usage exclusif d'habitation* non spingendosi a richiedere che l'immobile sia anche la residenza abituale del debitore (M. GRIMALDI, *cit.*, p. 1294 ss.).

[435] È vietato espressamente di proporre tali prodotti finanziari a domicilio, nelle modalità stabilite dall'art. 314-1 del *Code monétaire et financier*.

attraverso l'imposizione di questo periodo di sospensione e la previsione del ricorso all'atto pubblico notarile[436].

Riconducibile al profilo pubblicitario, o meglio informativo, l'obbligo di consegna da parte del finanziatore *all'emprunteur* di formulari sulle caratteristiche e i costi complessivi dell'operazione riguardanti, nella specie l'identità del mutuante, i costi effettivi, le modalità e i termini dell'operazione proposta[437].

Vi è da sottolineare come i richiamati obblighi pubblicitari ed informativi, imposti al mutuante nel contesto delle forme di alienazione di beni residenziali a scopo di garanzia, non rappresentano una novità nel panorama legislativo internazionale, essendo già previsti nella disciplina americana del *lifetime mortgage*. Le varie forme di promozione commerciale dei prodotti finanziari dovevano essere, anche quando orali, *clear, fair and not misleading ovvero* chiare, comprensibili e veritiere[438]. Infine, *principaliter*, viene regolamentata dal legislatore francese la restituzione del prestito che avviene solo dal finanziato o da altri condebitori, rispettivamente alla morte del primo ovvero dell'ultimo. Si dà vita ad una sorta di divaricazione temporale, differente dal nostro prestito vitalizio, tra l'evento che determina l'estinzione del mutuo e la restituzione integrale di quanto finanziato.

Inoltre, la disciplina legale francese affronta la questione dell'esdebitazione, accollando in capo al finanziatore il rischio di *cross-over* attraverso l'introduzione di una specifica cautela quale il *plafonnement de la dette* che limita il debito al valore dell'immobile al momento della scadenza del finanziamento, salva la parziale deroga del rimborso anticipato, prima della morte, del soggetto finanziato[439].

Si deve sottolineare che la disciplina analizzata regolamenta l'elemento dell'esdebitazione che sarà oggetto di specifica trattazione nel prosieguo quando si affronteranno gli elementi dell'escussione della garanzia e i rapporti con la cautela marciana.

Sin da subito, però, si devono considerare i punti di convergenza tra le discipline che ritengono realizzata l'esdebitazione del finanziato anche se, come vedremo, in termini diversi.

---

[436] L'art. L. 314-7 prevede che "*à peine de nullité du contrat, l'acceptation de l'offre ne peut intervenir que dix jours après sa réception par l'emprunteur*".

[437] Previsto nella L 314-5, la cui inosservanza è sanzionata in via pecuniaria e con la possibilità da parte del consumatore di ricorrere alla disciplina della responsabilità precontrattuale. Un'efficace ricostruzione della disciplina è stata affrontata da D. CERINI, *cit.*, p. 506 ss.

[438] L. FOX O'MAHONY, L. OVERTON, *Asset– based Welfare, Equity Release and the Meaning of the Owned Home*, in *Housing Studies*, 2015, p. 23.

[439] La cautela è prevista all'art. L. 314-9 del *Code de la Consommation*: "*La dette de l'emprunteur ou de ses ayants droit ne peut jamais excéder la valeur de l'immeuble appréciée lors de l'échéance du terme*".
Il creditore, al fine di non dar luogo ad una situazione di ingiustificato arricchimento, ha anche l'obbligo di restituire l'esubero al proprio debitore, in caso di escussione ante morte, ovvero successivamente ad essa ai suoi eredi (art. L. 314-9, comma 2).

Infine, il sistema delle garanzie creato dal legislatore francese in favore del consumatore viene temperato da una rilevante semplificazione[440] della fase di escussione del prestito potendo il creditore procedere alla vendita coattiva del bene per soddisfarsi sul ricavato ovvero chiedere il trasferimento definitivo dello stesso in applicazione di un precedente patto commissorio, ritenuto ormai lecito nel diritto francese[441].

[440] D. CERINI, *Il prestito vitalizio ipotecario* cit., p. 503 ss.

[441] Vedi nota n. 270.

3.1. Gli elementi tipologici del prestito vitalizio ipotecario.

L'ultima formulazione della fattispecie dovuta all'intervento riformatore del 2015, denominata anche finanza della terza età[442], individua una conformazione di tale forma di mutuo fortemente semplificata sia dal punto di vista della offerta che del beneficiario.

Prima di passare ad affrontare gli elementi costitutivi del prestito vitalizio ipotecario, si deve definire l'istituto, così mettendo in luce anche il meccanismo di operatività dello stesso.

Il complesso di norme consente di definire il prestito *de qua* come una forma speciale di finanziamento concesso da particolari enti erogatori in favore di persone fisiche che abbiano compiuto i sessanta anni di età, con capitalizzazione annuale degli interessi e delle spese. Alla base dell'accordo vi è la costituzione di una garanzia ipotecaria di primo grado su un immobile residenziale del finanziato e la possibilità che il mutuante, al verificarsi di determinati eventi, riceva il pagamento integrale di quanto dovuto, ovvero in mancanza proceda alla vendita del bene in garanzia al fine di estinguere il prestito con eventuale versamento dell'esubero[443].

La fattispecie, già ad una prima lettura delle disposizioni, presenta una serie di profili di specialità che tratteggiano le peculiarità della forma di mutuo in esame.

Sul piano dell'offerta, riallacciandosi alla premessa, la possibilità di concedere il finanziamento viene limitata ai soli istituti di credito ed intermediari abilitati iscritti nello speciale albo di cui all'art. 106 t.u.b., così escludendosi altri soggetti professionali come le imprese assicuratrici[444], le agenzie di prestito e tutte le altre persone fisiche e giuridiche non iscritte negli appositi albi[445].

Si tratta di soggetti altamente specializzati, titolari di una struttura organizzativa complessa e sottoposti ad una serie di controlli pubblicistici, che attengono sia alla formazione della compagine sociale che all'attività in concreto svolta[446].

Dal lato del soggetto richiedente, la legge istitutiva del prestito vitalizio ipotecario impone che lo stesso sia necessariamente una persona fisica e che abbia compiuto il sessantesimo anno di età al momento della richiesta.

Già dall'elemento soggettivo si possono evidenziare i vantaggi che l'istituto è volto a produrre: sul lato del beneficiario, a cui viene consentito di utilizzare un mezzo che rende

---

[442] Utilizza tale terminologia T. RUMI, *Il prestito vitalizio* cit., p. 115.

[443] Il meccanismo viene descritto con esattezza da A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., pp. 371-372.

[444] Questa rappresenta una particolare deroga all'operato delle compagnie assicuratrici che nel corso del tempo hanno sviluppato molteplici istituti riguardanti la terza età: si pensino alle polizze *long term care*. Si supera la precedente disciplina che in termini generici conferiva il potere di concedere finanziamenti a tutte le aziende e gli istituti di credito.

[445] D. RUSSO, *cit.*, p. 299.

[446] Il principale merito attribuibile alla disciplina limitativa dei soggetti che possono assumere il ruolo di impresa finanziatrice in materia attiene alla volontà di contenere il rischio di fallimento di tali soggetti.

più semplice l'ingresso nel mercato bancario e di non dover sopportare l'immediata restituzione del finanziamento[447]; dal punto di vista del mutuante, si garantisce una celere realizzazione del credito senza utilizzare il rimedio esecutivo giudiziale, unitamente alla capitalizzazione delle spese e degli interessi con cadenza annuale, poiché il prestito viene erogato in favore di soggetti che hanno, statisticamente, una più breve aspettativa di vita.

La disciplina, si deve aggiungere, non prevede un limite massimo di età in capo al mutuatario, ma è evidente, sul piano della convenienza in favore dell'ente erogatore, la sussistenza di un rapporto di proporzionalità diretta in quanto più avanti negli anni è la persona fisica bisognosa del mutuo più rapida sarà la realizzazione definitiva dell'impresa bancaria.

Proseguendo nell'analisi dell'elemento soggettivo non si deve confondere la persona del mutuatario con colui che conceda l'ipoteca sui propri beni. Alla base dell'accordo, come previsto dalla legge Finanziaria del 2005, vi è la necessità di costituire un'ipoteca di primo grado su immobile residenziale del debitore, ma ciò non esclude che la garanzia sia prestata da un soggetto terzo, purché si tratti comunque di un immobile caratterizzato dalla stessa destinazione di uso, in linea con la disciplina dell'art. 2868 c.c.[448].

Pur nella presenza di impostazioni contrarie[449], la dottrina[450] e il legislatore all'art. 3 comma 1 lettera *c*) del decreto attuativo prevedono questa eventualità, ancora una volta nel rispetto della disciplina codicistica in materia di garanzie ipotecarie.

Orbene, il punto su cui si è incentrato il dibattito è stato quello di svelare l'*identikit* di colui che, nel contesto di tale contratto speciale, potrà assumere il ruolo di terzo datore di ipoteca. Autorevole dottrina[451] in materia collega la risposta alla specifica ed inderogabile destinazione del bene concesso in garanzia, così legandosi inscindibilmente il profilo soggettivo e quello oggettivo. Pertanto, dato che la garanzia ipotecaria potrà essere costituita soltanto su immobili residenziali del finanziato si ritiene come l'intervento nel procedimento di costituzione dell'ipoteca sia riservato ai figli, al coniuge, convivente o parte dell'unione civile, che devono essere stabilmente residenti nell'abitazione oggetto di garanzia (art. 3 comma 1 lettera *g*) del Decr. MISE del 2015). Ciò si verifica sia nell'ipotesi in cui il finanziamento sia finalizzato a sopperire ad esigenze della famiglia che nel caso in cui lo stesso sia contratto per soddisfare esigenze individuali del finanziato.

Lo stretto legame esistente è stato confermato anche dal già richiamato Decreto attuativo del 2015 che, all'art. 2 comma 7, prevede un obbligo di sottoscrizione del contratto di prestito

---

[447] E. DE BELVIS, *cit.*, p. 143

[448] Il terzo datore di ipoteca è un garante del debito altrui, senza essere tenuto all'adempimento dell'altrui prestazione. Questi mette a disposizione un bene immobile su cui potrà far valere le proprie pretese il creditore, ma non essendo un debitore, non potrà giammai essere sottoposto alla responsabilità patrimoniale, parimenti al debitore garantito: M. FRAGALI, *Ipoteca*, in *Enc. dir*., XXII, Milano, 1972, p. 777; R. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, in *Tr. Res*., 20, Torino, 1998, p. 100.

[449] A. IULIANI, *cit.*, p. 727.

[450] A. CHIANALE, *L'alienazione* cit., p. 374; G.O. MANNELLA – G.C. PLATANIA, *cit.*, p. 27.

[451] A. CHIANALE, *L'alienazione* cit., pp. 374-375.

vitalizio da parte di entrambi i coniugi, conviventi o parti dell'unione civile, anche quando il bene concesso in garanzia sia di proprietà esclusiva di uno solo dei componenti del consorzio familiare. La cennata estensione è soggetta a due presupposti: entrambi i finanziati devono aver superato l'età minima richiesta dal comma 12 dell'art. 11 *quaterdecies* e devono risiedere nell'immobile da almeno cinque anni, dimostrati attraverso certificazione pubblica.

Il mancato rispetto dell'obbligo di cointestazione potrà essere sanzionato con la nullità del contratto, così gravando in capo al finanziato un obbligo di restituzione immediato del denaro ricevuto senza attendere la verificazione di uno degli eventi previsti dalla legge[452]. Sanzione, però, che difficilmente potrà essere giustificata in questo caso poiché frutto della violazione di una norma secondario, quale quella regolamentare, salvo ritenere che la cointestazione sia espressiva di un principio di solidarietà familiare rivolta a tutelare il *partner* più longevo che continuerà a beneficiare del finanziamento e del bene ipotecato fino al suo decesso[453].

Un altro problema che si è posto attiene alla qualifica di consumatore del soggetto finanziato. Diversamente dalla legislazione francese nei termini già analizzati, il D.L. 203 del 2005 non richiede che la persona fisica contragga il prestito per scopi eterogenei da quelli di impresa[454] per cui non è esclusa la possibilità che la persona fisica sia nell'ambito del rapporto di garanzia anche un soggetto imprenditore.

Si richiama quanto già sostenuto in ordine alla natura trans-tipica della fattispecie che disegna, all'interno del nostro ordinamento giuridico, un congegno neutro volto a promuovere i consumi della fascia meno giovane della popolazione. Si esclude almeno formalmente la necessità che la persona fisica sia anche portatrice dello *status* di consumatore ex art 3 comma 1 lettera *a*) del t.u.c., anche se è innegabile la "coloritura in senso consumeristico"[455] della fattispecie, posta a tutela dei soggetti più deboli sul piano economico della società.

La richiamata coloritura, seppur non diretta a tutelare con immediatezza la posizione dei soli consumatori, ispira la necessità di salvaguardare la controparte persona fisica che, di norma, versa in una condizione di asimmetria economica ed informativa, rispetto all'impresa bancaria. Sul piano informativo è possibile affermare, senza dubbio, l'estensione delle

---

[452] L'atteggiamento rigorista viene assunto da A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 375, che attribuisce alla disciplina la natura imperativa ed inderogabile. Di diverso avviso M.S. SCARDIGNO, *Prestito vitalizio ipotecario e rimedi a tutela del soggetto finanziato*, in AA.VV. *Il prestito vitalizio ipotecario*, Torino, 2017, p. 290 ss.

[453] Pone in risalto questa necessità S. CHERTI, *Il prestito vitalizio ipotecario*, in AA.VV. *I contratti bancari*, 2016, p. 253 ss.; R. DE MEO, *Coniugalità e convivenza dei contraenti finanziati nella stipulazione del prestito vitalizio ipotecario*, in AA.VV. *Il prestito vitalizio ipotecario*, Torino, 2017, p. 115 ss.

[454] G. GIGLIOTTI, *Il prestito vitalizio ipotecario* cit., p. 678. L'unico limite soggettivo certo è dato dall'impossibilità di concludere il mutuo da parte di persone giuridiche, nei confronti delle quali non è possibile individuare l'evento morte che consente al creditore di attivare l'esecuzione forzata individuale (T. RUMI, *Il prestito vitalizio* cit., p. 122).

[455] A. IULIANI, *cit.*, p. 725. In tal senso anche G. D'AMICO, *La resistibile ascesa* cit., p. 17.

disposizioni improntate alla trasparenza dei Testi unici bancari e finanziari, che si applicano a tutti gli esercenti l'attività bancaria a prescindere dalla qualifica del proprio mutuatario.

In materia è, altresì, intervenuto il Decreto del MISE del 2015 che ha integrato la scarna disciplina speciale del prestito vitalizio ipotecario con una serie di obblighi formali e procedurali in capo al mutuante.

L'art. 2 del Decreto prevede, infatti, che sono estese al finanziatore le "Disposizioni sulla trasparenza bancaria" adottate dalla Banca di Italia nel 2009[456] che impongono adeguati adempimenti pubblicitari nella fase della contrattazione. Il mutuante dovrà consegnare al finanziato un adeguato *planning* informativo che esplicita l'importo del finanziamento, al netto delle spese, oltre al resoconto in prospettiva con cadenza annuale di tutti gli importi, con applicazione degli interessi e delle spese.

Anche in questo caso, tenendo conto della disciplina generale e regolamentare, il precetto di trasparenza[457], sotteso all'adempimento di siffatti obblighi, richiede che sia fornita al mutuatario un'informativa tale, sul piano qualitativo, da porre la singola persona fisica di esprimere un consenso consapevole e assumere una scelta negoziale responsabile.

La nota dolente, anche in questo settore, è individuata nella mancanza assoluta dell'indicazione circa le conseguenze, sul piano rimediale, della violazione di siffatti obblighi. Per la verità, la lacuna non rappresenta un elemento di novità e rievoca l'antica questione degli strumenti di tutela che possono essere attivati dal contraente debole che è per definizione il cliente della Banca, il consumatore in genere o l'investitore finanziario, in presenza di violazioni di regole di comportamento[458].

---

[456] L'articolo 2 comma 4, 5 e 6 del Decreto Mise del 2015 rinvia espressamente alle "Disposizioni di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti" adottato dalla Banca d'Italia il 29 luglio 2009.

[457] Sulla trasparenza quale clausola generale E. MINERVINI, *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, in *Banca, borsa Tit. cred*., 1997, I, p. 94 ss. S. PAGLIANTINI, *voce Trasparenza contrattuale*, in *Enc. dir., Annali*, Milano, 2012, V, p. 1285; G. LIACE, *Contratto bancario: trasparenza e leggibilità*, in *Giur. Comm*., 2021, 5, p. 888; A. TIDU, *Trasparenza delle condizioni dei contratti bancari e finanziari*, in *Enc. giur*., Roma, 1994, p. 4.

[458] Già P. RESCIGNO, *"Trasparenza» bancaria e di diritto «comune"*, in *Banca, borsa tit. cred*., 1990, I, p. 301; M. DE POLI, Asimmetrie informative e rapporti contrattuali, Padova, 2002; P. GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ*., 2007, p. 641 ss.; Cass. civ., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725, in *Danno e resp*., 2008, p. 525 ss., con nota di V. ROPPO, *La nullità del contratto dopo la sentenza Rordorf*; in *Diritto fallimentare*, 2008, p. 1 ss.; E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*, in *Foro it*., 2008, p. 784 ss; R. ALESSI, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, p. 961; Id., *Obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, in *Eur. dir. priv*., 2013, 2, p. 311. A. QUARTA, *Diritto privato dei mercati digitali*, Firenze, 2020, p. 170. G. GRISI, *Gli obblighi di informazione*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. MAZZAMUTO, Torino, 2002, pp. 144-165.

Anche in questo caso sembra opportuno accogliere la teoria prevalente[459] della responsabilità contrattuale che individua quale giusta sanzione, nei confronti dell'operatore professionale, il risarcimento del danno a norma dell'art. 1337 c.c.

Analizzato il profilo soggettivo bisogna ora affrontare quello propriamente strutturale.

Il prestito vitalizio ipotecario è pur sempre un contratto di finanziamento, riconducibile secondo il dettato normativo a quelli a "medio e lungo termine", naturalmente oneroso[460] e dotato di natura aleatoria. Proprio l'elemento dell'aleatorietà è stato oggetto di una rilevante disputa in dottrina che ha vista una prima impostazione[461], considerare gli eventi quali rischi giuridici che connotano sul piano causale il regolamento contrattuale.

Diversamente[462], si ritine il contratto a prestazioni corrispettive e commutativo, poiché la morte non rappresenta un evento incerto, ma soltanto futuro. La stipulazione consentirebbe, *ab origine*, di prevedere i vantaggi al pari dei sacrifici, sia sul versante del mutuante che su quello del mutuatario, venendo meno la necessaria bilateralità dell'alea.

Proseguendo nell'analisi degli elementi tipologici del mutuo assume particolare importanza la costituzione della garanzia reale ipotecaria, che rappresenta il fulcro[463] di tutto il sistema e limita la responsabilità sia del concedente che degli eredi al solo bene concesso in garanzia reale.

L'ipoteca deve essere costituita su di un immobile residenziale del finanziato o del terzo datore di ipoteca e assolve alla specifica funzione di garantire il mutante per la somma concessa in prestito. Come si vedrà, l'attuazione del marciano speciale e l'escussione stragiudiziale impongono al creditore, nella fase precedente alla stipulazione, un calcolo di convenienza economica sul valore del bene ipotecato. In altre parole, sancito dalla legge l'elemento dell'esdebitazione sarà cura del creditore verificare se il bene concesso in garanzia avrà un valore di mercato sufficiente a soddisfare le pretese creditore. Quantunque,

---

[459] M. MANTOVANI, *Violazione di norme penali e nullità virtuale del contratto*, in A. FLAMINI – L. RUGGIERI, *Contratto e reato*, Napoli, 2014, p. 117. F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente* forte, in *Contr. Impr.*, 1997, p. 417 ss.; F. DI MARZIO, *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I. p. 681. Tra gli altri, G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 1, pp. 56-57; G. PIGNATARO, *Buona fede oggettiva e rapporto giuridico precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese*, Napoli, 1999, p. 77 e 82 ss.; E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, in *Foro it.*, I, 2006, p. 1108 ss.; A. ALBANESE, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività di intermediazione: quale tutela per gli investitori delusi*, in *Corr. Giur.*, 2008, p. 107 ss. Nella recente giurisprudenza si vedano: Cass. civ., Sez. I, 15 marzo 2016, n. 14719; Cass. civ., Sez. III, 8 febbraio 2016, n. 2414.

[460] L'onerosità si evince dalla dazione obbligatoria degli interessi, (salvo accordo difforme tra le parti): espressamente G. D'AMICO, *La resistibile ascesa* cit., p. 37. Anche D. RUSSO, *cit.*, p. 301 ss.

[461] G.O. MANNELLA – G.C. PLATANIA, *cit.*, p. 87; T. RUMI, *Il prestito vitalizio* cit., p. 123.

[462] D. FARACE, *Prestito vitalizio ipotecario*, in *Enc. giur.*, Roma, 2006, p. 3.

[463] D. FARACE, *cit.*, p. 2: l'Autore qualifica l'ipoteca come il perno attorno al quale ruota la detta figura di finanziamento per cui "senza l'ipoteca non può esservi prestito vitalizio ipotecario".

in sede di vendita forzata il bene avrà un valore inferiore al credito, il mutuante non potrà in alcun modo far valere nei confronti degli eredi del debitore il diritto di credito alla differenza.

Ipoteca ricondotta a quelle di primo grado, incompatibile con altre iscrizioni di grado diverso sullo stesso bene (comma 12 *ter*) e soggetta alle regole fissate all'art 39 t.u.b., richiamato dal comma 12 *quater* dello stesso art 11 *quaterdecies* D.L. 203 del 2005.

Notevoli sono i profili di specialità[464] di una garanzia ipotecaria che si muove, comunque, nell'ambito dei principi posti dal Codice civile e dal testo Unico bancario. Ha sottolineato la dottrina, infatti, che si ritengono derogati gli articoli 2855 comma 2 c.c. e 2809 c.c.: in riferimento alla prima disposizione, la garanzia reale immobiliare oggetto di esame non limita la prelazione ipotecaria a soli due anni di interessi, ma si estende, salvo patto contrario, a tutti gli interessi maturati e capitalizzati fino alla morte del mutuatario.

Ancora sul piano della clausola di capitalizzazione si ritiene derogata la disciplina dell'art. 2809 c.c. che impone il massimo impegno di garanzia ovvero l'indicazione della somma di denaro determinata da garantire.

Il raffronto con il t.u.b. evidenzia alcune deroghe, tra le quali l'impossibilità di estendere le regole previste dall'art. 39 in materia di riduzione, restrizione e frazionamento dell'ipoteca.

Si dovrebbe applicare analogicamente la disciplina dell'art. 40 t.u.b. che prevede un procedimento semplificato di cancellazione della garanzia ipotecaria, estesa a tutte le forme di mutuo, sia ipotecario che fondiario.

Anche in questa dimensione normativa si deve considerare se i contraenti possano conformare la fattispecie negoziale in deroga alla disciplina normativa tipizzata all'art 11 *quaterdecies* D.L. 203 del 2005. La sovranità dell'esercizio dei poteri riconducibili all'autonomia privata risente della profonda specialità della materia che opera come un ostacolo alla possibilità di derogare lo schema-tipo confezionato dal legislatore.

Dunque, se da un lato il legislatore autorizza i contraenti a derogare alla capitalizzazione annuale degli interessi e delle spese, dall'altro operano quale limite invalicabile all'autoregolamentazione dei propri interessi i "caratteri tipologici necessari" del contratto[465]. In tale categoria rientrano, infatti, l'età minima del finanziato, la destinazione effettiva dell'immobile ed il collegamento tra l'ipoteca di primo grado concessa su un immobile del finanziato ed il prestito erogato. Proprio la costituzione dell'ipoteca viene considerata il "perno della figura" che opera alla stregua di una *condicio sine qua non* di

[464] Anche se parla T. RUMI, *Il prestito* cit., p. 127 di "specialità debole" perché gli elementi di novità sono limitati soltanto a taluni aspetti oggettivi. Si pensi alla deroga posta all'art. 2839 comma 2 numero 2 c.c. che prevede l'obbligo da parte della Banca di eleggere domicilio nel circondario del Tribunale dove ha sede l'ufficio dei registri immobiliari cove si trova l'immobile.

[465] La terminologia è attribuibile a A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 372.

validità del negozio incidendo immediatamente sulla causa creditizia che si affianca a quella di garanzia[466].

L'eventuale deroga pattizia anche ad uno solo di questi elementi non potrebbe che condurre la stipulazione alla nullità, dovendosi considerare le suddette prescrizioni come poste da norme imperative e di ordine pubblico. Coloro che considerano, invece, l'elemento incidente sulla funzione economico-individuale del contratto, qualificano la detta nullità come strutturale per illiceità della giustificazione causale.

[466] A. ADDANTE, *cit.*, pp. 503-504.

3.2. La contraddittoria natura giuridica del finanziamento della terza età.

La sensibilità legislativa mostrata negli ultimi anni verso l'introduzione di strumenti di tutela di soggetti incapaci o che abbiano varcato il confine della terza età vede qualificare l'istituto del prestito vitalizio ipotecario inquadrarsi nell'ambito di tali strumenti di tutela.

Per le considerazioni già fatte ed integrate nel prosieguo in relazione alla disciplina legislativa dell'escussione creditoria è possibile ricavare una spiccata specialità della materia in esame che incide anche sul tema della sua natura giuridica.

Le difficoltà interpretative si legano, poi, anche alla sua struttura a "geometria variabile"[467] che vedono concretizzarsi il prestito nelle diverse variabili dell'apertura di credito talvolta sottoforma di rendita vitalizia, del mutuo o della formula mista quale combinazione delle tre forme già citate.

Sennonché dalle affermazioni che seguiranno non si potrà dare una risposta esatta alla questione della natura giuridica del prestito vitalizio ipotecario potendosi parlare di negozi affini[468], ma non già di macro-fattispecie cui ricondurre, in un rapporto di continenza il finanziamento garantito di cui all'art. 11 *quaterdecies* comma 12 e seguenti del D.L. 203 del 2005.

È innegabile come incide sulla questione il rinvio normativo alla disciplina del mutuo, fondiario o ipotecario che sia, così potendosi sostenere la qualifica del prestito vitalizio ipotecario nei termini di un mutuo speciale.

Ed invero il richiamo normativo all'elemento del "prestito" e degli "interessi", la presenza dell'ipoteca di primo grado, consentono di condividere la natura creditizia, oltre che di garanzia, dell'operazione effettuata. Nel contratto di prestito vitalizio emergono altri due punti di contatto con il mutuo, quale il *loan to value* che individua il collegamento tra il *quantum* di prestito erogato rispetto al valore dell'immobile concesso in garanzia e la rilevanza dell'età del finanziato[469].

Si deve chiarire, però, che la cennata specialità allontana, a parere di parte della dottrina[470] l'istituto dal contratto di mutuo, considerandosi che il negozio oggetto di questo lavoro si differenzia dal negozio di finanziamento perché connotato dalla *causa cavendi*,

---

[467] Utilizza la terminologia G. GIGLIOTTI, *cit.*, p. 679. Sul punto anche T. RUMI, *Il prestito vitalizio* cit., p. 123; A. ADDANTE, *cit.*, p. 503.

[468] Esprime il suddetto collegamento A. ADDANTE, *cit.*, p. 497 ss.; T. RUMI, *Il prestito vitalizio* cit., p. 118.

[469] S. CHERTI, *Prime note sulle modifiche* cit., p.1103: sottolinea che l'età nel prestito vitalizio si pone in rapporto di proporzionalità inversa rispetto al mutuo tradizionale. Più è avanzata l'età del richiedente maggiori saranno le occasioni di erogazione e il *quantum* di prestito attribuito.

[470] A. ADDANTE, *cit.*, p. 503 ss.

dalla mancata restituzione rateale di quanto ricevuto, dalla natura aleatoria connessa alla durata del rapporto e dalla previsione normativa dell'anatocismo[471].

Inoltre, la disciplina del mutuo non contempla le stesse modalità di escussione marciana previste al comma 12 *quater* dell'art. 11 *quaterdecies*, salvo aggiungere al negozio di finanziamento il correttivo marciano con vendita forzata e stragiudiziale dell'immobile attribuito in garanzia.

Secondo un primo indirizzo interpretativo la fattispecie potrebbe qualificarsi come una forma particolare di prestito con cessione del quinto della pensione[472]. Riconducibile all'ampia categoria del credito ai consumatori, stipulato soltanto con banche e altri intermediari abilitati, il prestito con cessione del quinto si diversificherebbe sia per le modalità operative poiché nel caso di prestito vitalizio non si provvede alla restituzione immediata e parziale del capitale ricevuto e, di norma, ha ad oggetto finanziamenti per importi medio bassi, anche se a lungo termine. In altre parole, l'eterogeneità tra gli istituti appare, *ictu oculi*, e si desume dalle diverse modalità di adempimento gravanti sul finanziato e sull'assenza della garanzia immobiliare[473].

Altra posizione riteneva qualificabile la fattispecie nei termini di una variante speciale del contratto di rendita vitalizia[474]. Supporta la cennata riconducibilità il dato letterale che configura il prestito come "vitalizio" e la particolare espansione che, nel corso del tempo, ha riguardato il negozio tipico previsto agli articoli 1872 e seguenti del Codice civile. Su quest'aspetto si deve richiamare la tendenza pattizia all'introduzione di fattispecie parzialmente divergenti dallo schema legale e patrimoniale ma dotate di una forte utilizzazione sociale, come il contratto di mantenimento o di vitalizio assistenziale[475].

---

[471] Si deve chiarire che l'anatocismo non è totalmente vietato dalla disciplina del Codice civile e da quella speciale del t.u.b.: si pensi agli articoli 183 c.c. e 120 comma 2 t.u.b.

[472] Rinvia a tale vicinanza A. ADDANTE, *cit.*, p. 512.

[473] Fanno emergere le differenze: S. CHERTI, *Prime note sulle modifiche* cit., p.1107; G.O. MANNELLA – G.C. PLATANIA, *cit.*, p. 229.

[474] Da atto di tali posizioni interpretative A. ADDANTE, *cit.*, p. 515 ss.; G.O. MANNELLA – G.C. PLATANIA, *cit.*, p. 95 ss.

[475] Ha provocato da sempre aspra discussione l'inquadramento del contratto di mantenimento: L. CARIOTA FERRARA, *In tema di contratto di mantenimento*, in *Giur. comp. Cass.*, 1951, II, vol. XXX, p. 55; E. CALO', *Contratto di mantenimento e proprietà temporanea*, in *Foro it.*, 1989, I, p. 1165; A. LENER, voce "*Vitalizio*", in *Nov. dig. It.*, Torino, 1957, p. 1022; A TORRENTE, *Della rendita vitalizia*, sub. art. 1872, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna - Roma, 1966, p. 77 ss.; M. ANDREOLI, *La rendita vitalizia*, in *Trattato Vassalli*, 1949, VIII, p. 47 ss.; L. DI LALLA, *In tema di incapacità naturale e di annullabilità del vitalizio oneroso*¸ in *Foro it.*, 1979, 1, p. 2728.

La giurisprudenza ha affrontato la questione dell'atipicità del vitalizio assistenziale: una prima tesi qualifica il negozio come una *species* del contratto di rendita vitalizia Cass. Civ., SS. UU. 11 luglio 1994 n. 6532 in *Foro it.*, 1995, I, p. 183; Cass. Civ., Sez. III, 16 giugno 1981 n. 3902, in *Foro it*., 1982, I, pp. 477-484.

Diversamente, la teoria prevalente ha consolidato il proprio orientamento attorno all'opinione che il contratto *de quo* integri una fattispecie negoziale innominata e atipica: da ultimo Cass. Civ., Sez. II, 20 gennaio 2020, n. 1080; Cass. Civ., Sez. II, 22 aprile 2016, n. 8209, *Giust. civ. Mass.*, 2016; Cass. Civ., Sez. VI, 14 giugno 2012, n. 9764, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 6, p. 792; Cass. Civ., Sez. II, 05 maggio 2010, n.10859, in

Ancora, nel rapporto diretto tra il contratto di rendita vitalizia e quello di prestito vitalizio emergono elementi di vicinanza circa gli scopi perseguiti dall'anziano dopo aver ottenuto il capitale. Infatti, si tratta di una liquidità integrativa che ricede il vitaliziato utilizzabile per le finalità più varie non potendosi considerare le stesse come contratti di finanziamento a destinazione vincolata.

Non mancano forti obiezioni alla parificazione tra i due istituti sia sul piano strutturale che su quello funzionale. Sul primo versante, divergono le funzioni dell'istituto, assistenziale e di scambio per il contratto di rendita vitalizia, *cavendi* e solutoria per il prestito vitalizio ipotecario. Conferma la differenza funzionale la particolare articolazione negoziale del prestito che esclude la somministrazione di erogazioni periodiche in favore del vitaliziato e disciplina l'escussione marciana del credito, laddove nel prestito vitalizio il trasferimento della proprietà rappresenta una mera possibilità, ma non già una necessità.

In relazione alla struttura, innanzitutto, si ritiene effettivamente difficoltoso giustificare un potere negoziale di conclusione di un contratto di rendita vitalizia da parte di soggetti specializzati che dovrebbero ricevere e ottenere ulteriori autorizzazioni da parte delle Autorità di settore[476]; inoltre, il vitaliziato potrà essere anche un soggetto totalmente estraneo alla dinamica contrattuale secondo lo schema dell'art. 1411 c.c., mentre nel prestito vitalizio ipotecario il beneficiario dell'erogazione creditizia dovrà essere, obbligatoriamente, il soggetto richiedente.

Una diversa e meno recente posizione ermeneutica[477] considerava la fattispecie come idonea ad assimilarsi al contratto di compravendita della nuda proprietà o della proprietà con riserva di usufrutto in capo al soggetto finanziato.

La detta vicinanza era stata fatta propria anche negli ordinamenti di *common law* ritenendosi il *reverse mortgage* come l'evoluzione giuridica del cd. *sale model* nella variabile *reversion*[478].

In entrambi i casi, infatti, si consente all'alienante-finanziato di utilizzare l'immobile residenziale fino al suo decesso, ottenendo immediata liquidità dall'erogazione del finanziamento per affrontare le più svariate esigenze, non costituendo neanche il prestito vitalizio una forma di mutuo di scopo.

Giust. civ., 2010, 10, I, p. 2167; Cass. Civ., Sez. II, 12 febbraio 1998, n.1503, in *Contratti*, 1998, p. 379 ss. con nota di S. VERONESI, *Il contratto di assistenza.*

[476] Fa emergere, indirettamente, questo profilo deficitario D. CERINI, *Il prestito vitalizio ipotecario* cit., p. 507.

[477] G.O. MANNELLA – G.C. PLATANIA, *cit.*, p. 225 ss.; M. MAZZEO, *Il prestito vitalizio ipotecario nella Finanziaria 2006*, in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 367.

[478] Il famigerato *sale model* (vendita della nuda proprietà) sì è, nel corso del tempo, trasformato in un innovativo negozio di finanziamento professionale, elargito da istituti immobiliari e compagnie assicurative anche nella variante del *home reversion.* Assorbito, successivamente, nel *loan model*, nel cui novero rientra il Prestito vitalizio che costituisce una forma di*longtime* mortgage. In materia G.O. MANNELLA – G.C. PLATANIA, *cit.*, p. 225.

Diversamente, però, si è obiettato che la vendita della nuda proprietà determina il trasferimento definitivo del diritto sul bene in capo all'acquirente, mentre nel caso del prestito vitalizio, il mutuatario non perde la proprietà del bene fino al suo decesso e, talvolta, neanche dopo di esso, potendo i suoi eredi estinguere il prestito e "recuperare" il bene concesso in garanzia.

Diversa è, ancora una volta, oltre alla natura del rapporto (contratto aleatorio *versus* commutativo), la causa di garanzia del negozio di prestito vitalizio rispetto a quella di scambio che accompagna, inderogabilmente il contratto di alienazione. La causa di garanzia permette la previsione degli interessi, anche se nella particolare forma di capitalizzazione individuata dal comma 12, differentemente da quella di scambio che esclude la possibilità di dar vita ad obbligazioni accessorie di questo tipo.

La teoria prevalente[479] qualifica, invece, il contratto di prestito vitalizio ipotecario come una forma speciale di mandato. Si tratta, secondo quest'opzione interpretativa di una sorta di mandato con rappresentanza, di fonte legale e attribuito *in rem propriam* a vendere il bene alieno.

La vendita del bene ipotecato potrà avvenire alla morte del vitaliziato ovvero, durante la vita di questi nelle ipotesi fissate all'art. 11 *quaterdecies* comma 12 D. L. 203 del 2005. Non si tratta di un'alienazione in garanzia, poiché il creditore non diverrà proprietario del bene immobile ma di una variabile legale di patto marciano (che si vedrà nel prosieguo) che conferisce al creditore il solo potere di vendita dell'immobile.

Si considera il mandato come l'istituto giuridico che legittima *ex lege* il potere di alienazione del bene da parte del finanziatore così superandosi, in parte, alcune critiche della dottrina[480] che hanno sostenuto l'aperta distanza tra detto modulo negoziale e l'istituto codicistico disciplinato agli articoli 1703 e seguenti del Codice civile. Il potere di vendita non è il frutto di una procura *ad hoc* stipulata tra le parti del negozio di prestito[481], ma rappresenta la "modalità tipica di escussione in autotutela del prestito vitalizio ipotecario, costituisce un tratto tipologico caratterizzante di questa figura e pertanto non può essere pattiziamente escluso dalle parti"[482].

Si tratta, pur sempre di una vendita in danno, insensibile agli acquisti ereditari, attraverso la quale il creditore cercherà di auto-soddisfarsi delle proprie pretese, con compensazione del proprio credito se del caso maggiorato degli interessi annuali e delle spese, e con l'obbligo di restituire l'eventuale esubero ricavato.

---

[479] La tesi si deve alle argomentazioni di A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 377 ss.; L. FOLLIERI, *Il patto marciano* cit., pp. 1862-1863.

[480] T. RUMI, *Il prestito* cit., p. 131.

[481] In termini contrari G. SALITO, *Il prestito vitalizio ipotecario: brevi riflessioni*, in AA.VV. *Autonomia negoziale e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 2018, p. 378.

[482] Espressamente in tal modo A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 378.

Si esclude la possibilità di un'auto assegnazione in pagamento del bene, pur se al giusto prezzo di mercato[483], salva la possibilità, secondo una particolare posizione interpretativa[484], che il mandatario possa effettuare la vendita del bene a sé stesso secondo lo schema dell'art. 1395 c.c., con l'esclusione obbligatoria della riduzione legale del prezzo per come intesa dal comma 12 *quater*.

Peraltro, l'ulteriore problema attiene alla possibile di considerare l'auto-acquisto del bene come un potere che deriva direttamente dalla legge ovvero necessariamente concesso dal soggetto finanziato. Il dato letterale del comma 12 non prevede la suddetta potestà creditoria per cui ritenere il contrario non potrebbe che essere eccessivamente artificioso e distante dalla previsione legislativa. In linea, quindi, alla regolamentazione codicistica in tema di rappresentanza siffatta possibili richiede un'espressa autorizzazione da parte del finanziato.

La scelta del mutuante di ricorrere all'azione esecutiva immobiliare ordinaria implica la rinuncia, tacita o per *facta concludentia*, di utilizzare il correttivo marciano descritto dall'art. 11 *quaterdecies* D.L. 203 del 2005 e con esso, l'eventuale potere di acquisto del bene ipotecato.

Il vero problema, in questo caso, che potrebbe escludere siffatta alternatività, riguarda la tutela del legittimo affidamento eventualmente riposto dal debitore sull'esdebitazione e sul recupero dell'esubero, che sarebbe essenzialmente eluso dall'attivazione del procedimento esecutivo giudiziale, dato il concorso con gli altri creditori.

[483] E. DE BELVIS, *cit.*, p. 149.

[484] A. CHIANALE, *L'alienazione* cit., p. 379.

3.3. L'escussione della garanzia, il cross-over ed i rapporti con il patto marciano.

Da alcuni Autori[485] viene segnalata la profonda divergenza tra la funzione perseguita dall'ipoteca di primo grado descritta dall'art 11 *quaterdecies* D.L. 203 del 2005 rispetto a quella ordinariamente perseguita dalla costituzione della garanzia reale secondo la disciplina del Codice civile.

Non si deve, infatti, confondere la costituzione del prestito vitalizio con l'iscrizione ipotecaria che, di norma, accompagna il mutuo ordinario[486]. La funzione di garanzia, nell'istituto affrontato, viene perseguita attraverso la conclusione del negozio concluso, e, non già per il tramite della costituzione dell'ipoteca, che si lega all'escussione marciana e gode di un mero effetto prenotativo sul bene rispetto agli eredi del debitore e agli altri creditori.

La normale pubblicità che accompagna l'ipoteca assolve, nella conclusione di tale forma di finanziamento cennata, ad una duplice rilevanza, operando quale elemento tipologico del contratto, e, ulteriormente, quale mezzo volto a facilitare l'escussione in autotutela da parte del creditore, in dispregio degli altri creditori. L'ipoteca di primo grado, in questo caso, segna con effetto temporaneo indeterminato, il solo bene da assoggettare alla vendita coattiva successiva all'inadempimento dell'obbligo restitutorio del mutuo.

In tale contesto la presenza di uno degli eventi tipizzati all'art. 11 *quaterdecies* comma 12 D.L. 203 del 2005, realizza la perdita del beneficio del termine[487] prevista dalla disciplina legale, in favore del debitore, con la possibilità da parte del creditore garantito di agire coattivamente per tutelare i propri interessi. Il comma 12, infatti, introduce una vera e propria equivalenza tra i fattori che determinano l'attivazione effettiva del potere di autotutela creditore, ponendo sullo stesso piano eventi che prescindono dalla volontà del debitore (la sua morte) rispetto a situazioni che si legano a sue specifiche attività[488].

Si tratta, in quest'ultimo caso, di atti di diminuzione della garanzia immobiliare che incidono immediatamente sul valore del bene e sono il frutto di una precisa volontà del debitore e consentono, quasi in una prospettiva sanzionatoria o addirittura punitiva, al creditore di soddisfarsi immediatamente sul bene garantito.

---

[485] M. TATARANO, *Prestito vitalizio ipotecario e affidamento fiduciario*, in *Trusts*, 2017, p. 254; A. CHIANALE, *Alienazione* cit., p. 377; R. LENZI, *cit.*, p. 1737.

[486] Alcune considerazioni circa l'eterogeneità dell'ipoteca prevista all'art. 11 *quaterdecies* rispetto al modello codicistico sono sviluppate da D. DUSSO, *cit.*, p. 304. Anche se non mancano impostazioni che hanno ritenuto la costituzione della garanzia ipotecaria una vera inutilità, proseguendo soltanto la strada già tracciata nel 2005 o, ancor pi+ semplicemente "era a portata di mano e si trovava nell'equivalente francese": A. CHIANALE, *L'inutilità dell'ipoteca nel "prestito vecchietti"*, in *Notariato*, 2016, pp. 360-361.

[487] A. IULIANI, *cit.*, p. 730; A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 381 ss.

[488] D. DUSSO, *cit.*, p. 302 ss. ha tentato di suddividere in due classi gli eventi che consentono al creditore di utilizzare il meccanismo satisfattorio disciplinato al comma 12 *quater*: si parla di eventi fisiologici come la morte, rispetto a quelli patologici, come la concessione dei diritti di garanzia sul bene.

Si tratta di eventi che determinano un immediato effetto risolutivo del contratto di prestito, prescindendosi dall'accertamento dell'importanza e della gravità di cui all'art. 1455 c.c.; potrebbe, però, cogliersi una diversa visuale che ritiene gli stessi estranei alla tematica della condizione risolutiva che riguarda le alienazioni con scopo di garanzia, operando alla stregua di un termine, che giustifica l'attivazione del procedimento esecutivo delineato dal comma 12 *quater*.

L'attivazione del procedimento esecutivo sarà destinata a snodarsi secondo un procedimento bifasico eventuale, per cui al finanziatore spetta il potere di chiedere l'integrale rimborso del prestito direttamente al finanziato, in caso in cui si accerti la realizzazione di uno degli eventi che hanno determinato la diminuzione della garanzia, ovvero ai suoi eredi laddove l'estinzione del contratto di finanziamento rappresenta la conseguenza del decesso del finanziato.

In assenza di rimborso nei dodici mesi successivi, oppure nel caso di parziale restituzione del finanziamento, si aprirà una diversa ed eventuale fase, descritta al comma 12 *quater* della disposizione in esame, che consente al finanziatore di escutere in autotutela la garanzia ricevuta.

Il legislatore, infatti, attribuisce al mutuante un potere di vendita forzata dell'immobile concesso in garanzia nel caso in cui il finanziato, o i suoi eredi, non adempiano all'obbligo successivo di restituzione integrale del debito, così configurandosi l'escussione coattiva come la conseguenza non di uno degli eventi individuati al comma 12, ma del mancato rimborso del mutuo, maggiorato della capitalizzazione annuale degli interessi e delle spese.

A tal uopo, il legislatore del 2015 ha procedimentalizzato il meccanismo di escussione coattiva che impone la verifica dell'inutile scadenza del termine annuale di restituzione dell'importo del mutuo. Successivamente la Banca, o l'intermediario abilitato, potrà procedere alla vendita forzata del bene secondo il valore di mercato fissato da un "perito indipendente" e trattenere il ricavato del trasferimento immobiliare fino all'importo della pretesa creditoria.

La vendita forzata giustifica l'apprensione ad opera del finanziatore, secondo il meccanismo della compensazione[489], del ricavato sufficiente a soddisfare il proprio credito, qui individuato nell'effettivo importo del finanziamento.

Invero, da altra parte della dottrina[490], si considera come il dato letterale non prevede la possibilità di ricorrere all'istituto dell'art. 1243 c.c., limitandosi il legislatore a manifestare l'esistenza di un mero fenomeno solutorio che ammette l'utilizzo delle somme ricavate "per estinguere il credito vantato in dipendenza del finanziamento": siamo in presenza di un mero fenomeno di "imputazione contabile" con estinzione del solo debito pregresso, senza tener conto dei valori esistenti.

[489] G. D'AMICO, *La resistibile ascesa* cit., p. 16 ss. e 34 ss.

[490] A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 385.

Dubbi, però, possono essere sollevati sulla compatibilità di tale schema con il divieto dei patti successorio, configurandosi l'accordo di garanzia con vendita successiva alla stregua di un patto dispositivo di futuri diritti successori[491]. Sul punto l'assetto problematico ora individuato può essere facilmente superato considerandosi la natura *inter vivos* del prestito destinato a produrre una parte dei propri effetti *post mortem*.

Trascorsi ventiquattro mesi dagli eventi del comma 12 senza che sia effettuata la vendita in danno, quest'ultima potrà essere posta in essere dal finanziatore previa decurtazione del 15 % dal valore individuato *per relationem* ad opera del perito.

Dal dato del comma 12 *quater* sembra che la detta decurtazione dovrà operare in modalità fissa, per ogni scadenza del periodo annuale di infruttuosa vendita forzata del bene, fino a che lo stesso sia ceduto sul mercato. La riduzione avrà un effetto negativo tanto sul finanziatore, che potrà ricavare un importo minore del finanziamento, che sul mutuatario, e aventi causa, con restituzione di una somma minore quale differenza tra il valore del bene concesso in garanzia e valore del finanziamento.

La riduzione potrà essere evitata se l'erede, non già il finanziato, sulla base di un accordo con il finanziatore, riesca a vendere il bene sul mercato entro il termine di dodici mesi dalla conclusione dello stesso accordo. Anche questo accordo è volto a conferire un potere gestorio, assimilabile al mandato a vendere, all'erede dato che soltanto il mutuante gode della facoltà di cedere l'immobile. La specificazione trova conferma nella lettura del comma 12 *quater* che giustifica la suddetta vendita previa conclusione di un "accordo" tra l'istituto di credito e gli eredi gravati dall'obbligo di restituzione.

Chiude la dinamica esecutiva il duplice effetto, liberatorio per il debitore e restitutorio, in capo al finanziatore, del residuo esistente. Il legislatore regolamenta compiutamente le due alternative situazioni che si verificano all'esito della vendita forzata, muovendo da un postulato comune ovvero dall'esdebitazione del debitore[492]; orbene, qualora l'importo ricavato sia superiore al credito vantato vi sarà un preciso obbligo del finanziatore di restituire il *quod superest* al debitore o ai suoi eredi. Diversamente, nel caso in cui il corrispettivo ricavato dalla vendita sia inferiore alla pretesa creditoria, mancherà l'obbligo restitutorio ma il mutuatario potrà considerarsi comunque liberato dal debito pregresso.

L'esdebitazione ricollegata alla vendita forzata in autotutela si ricava dalla penultima parte dell'art. 11 *quaterdecies* comma 12 *quater* del D.L. 203 del 2005 che, *expressis verbis*, considera "l'importo del debito residuo" come inidoneo a "superare il ricavato della vendita dell'immobile", così paralizzando qualsivoglia altra pretesa creditoria per la differenza nei confronti degli eredi del finanziato.

---

[491] In materia di patti successori: C.M. BIANCA, *Diritto civile. Le successioni*, Milano, 2022, p. 32 ss.; M. IEVA, *Art. 458*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2013, p. 31; F. GAZZONI, *Patti successori: conferma di una erosione*, in *Riv. not.*, 2001, p. 232; V. BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, Napoli, 2015; In giurisprudenza: Cass. Civ., Sez. II, 8 ottobre 2008, n. 24813, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, 10, p. 1454.

[492] G. D'AMICO, *La resistibile ascesa* cit., p. 16.; indirettamente L. FOLLIERI, *Patto marciano* cit., p. 1862.

Compendiando gli elementi dell'escussione satisfattoria disciplinata dal legislatore è importante qualificare la fattispecie descritta al comma 12 *quater*: una prima impostazione[493] considera il meccanismo *de qua* riproduttivo del correttivo marciano, essendo presenti tutti gli elementi strutturali della fattispecie come l'equilibrio tra i valori, la stima oggettiva ed imparziale del bene concesso in garanzia da parte di un perito estimatore e la restituzione dell'eccedenza.

Si tratterebbe di un sottotipo speciale di garanzia marciana, valorizzando come argomento dirimente la presenza della clausola legale di restituzione dell'esubero, con la chiara deroga all'apprensione coattiva e definitiva del bene compravenduto da parte del creditore, il quale potrà godere soltanto di un potere gestorio legale teso alla vendita e all'appropriazione del denaro da essa ricavato[494].

La presenza degli elementi tipizzanti il marciano avrebbe il merito di salvaguardare quelle istanze di proporzionalità tra il valore del debito e l'importo del pagamento che sono poste a protezione del contraente debole ed evitano l'applicazione del divieto del patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c.

L'eventuale deroga convenzionale al procedimento di vendita forzata del bene con la previsione di un'alienazione con scopo di garanzia sospensivamente condizionata alla morte del finanziato avrebbe come effetto quello di escludere l'applicazione della disciplina speciale del D.L. 203 del 2005 e di ritenersi nulla, salvo considerare esistente all'interno del nostro ordinamento il correttivo marciano di diritto comune.

In questo caso, non si potrà più applicare la normativa del prestito vitalizio ipotecario, ma convertire l'accordo tra i contraenti in una negoziazione atipica con scopo di garanzia che, comunque, prevede quale tratto caratterizzante l'elemento strutturale della restituzione dell'eccedenza.

Inoltre, tutte le ipoteche iscritte dopo quella oggetto di prestito vitalizio ipotecario saranno inopponibili sia al finanziatore che al compratore dell'immobile, che acquista la proprietà del bene libera da pesi, condizioni e diritti dei terzi.

Al contrario, altra parte della dottrina[495] riferiva come il "congegno normativo" introdotto a seguito delle modifiche apportate all'art. 11 *quaterdecies* nel 2015, pur essendo ricondotto nell'ampia categoria dei meccanismi marciani per le modalità di autosoddisfazione descritte, doveva necessariamente collocarsi in un ambito diverso dagli stessi.

---

[493] A. DOLMETTA, *Alla ricerca* cit., p. 811; A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 370; C. DE MENECH, *Il patto marciano* cit., p. 825; G.O. MANNELLA – G.C. PLATANIA, *cit.*, p. 190; A. LUMINOSO, *Patto commissorio* cit., p. 10.; S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella legge 119/2016: il c.d. patto marciano*, in *Crisi di impresa e fall.*, 2016, p. 2.

[494] A. IULIANI, *cit.*, p. 738 ss.

[495] A. ADDANTE, *cit.*, p. 500.; A. PLAIA, *Profili evolutivi della tutela contrattuale*, in *Eur. Dir. priv.*, 2018, 1, p. 69 ss.; F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito* cit., p. 188.

Il sol fatto di concludere un contratto di prestito vitalizio ipotecario consente al creditore di attivare il procedimento satisfattorio di cui al comma 12 *quater*, che rappresenta "un effetto legale"[496] della conclusione del contratto e non già il frutto di una specifica contrattazione tra le parti. Il patto marciano, secondo questa posizione, viene inteso come una specifica clausola che le parti introducono nel contesto di un'alienazione con scopo di garanzia e non già come la conseguenza legale della scelta di optare per l'utilizzo di uno specifico negozio.

Si tratta, dunque, di una ipotesi di "autotutela privata conformata" creata dall'ordinamento per favorire la posizione del creditore, con la presenza di "elementi marciani", ma non già riconducibile a tale categoria negoziale e, quindi, inidonea a porsi in rapporto con il divieto del patto commissorio[497]. La dottrina, pur dando atto della sussistenza di taluni elementi che contraddistinguono la deroga marciana, quale la stima di un perito terzo e imparziale e la sussistenza della finalità di favorire la concessione del credito con la presenza di un procedimento satisfattorio accellerato e privato, considera il procedimento come regolamentato soltanto dalla legge e non da un preventivo accordo tra i contraenti inidoneo a creare quella situazione di prelazione in favore del solo creditore procedente, similmente alle altre ipotesi marciane.

Un ulteriore elemento che distanzia il prestito vitalizio dal patto marciano attiene proprio alla posizione del perito estimatore che viene nominato dal finanziatore e non, come dovrebbe essere, da entrambi i contraenti o da un soggetto a sua volta terzo rispetto agli stessi come il Presidente del Tribunale[498].

Ancora, non mancano ulteriori elementi che confermano la sostanziale divergenza tra la disciplina citata e la materia del patto marciano: si pensi alla clausola anatocistica, alla riduzione legale del prezzo di vendita del bene o alla possibilità che la stessa vendita sia effettuata dagli eredi in accordo con il creditore.

Il principale argomento che consente di escludere la qualificazione marciana al prestito vitalizio ipotecario riguarda anche il presupposto di attivazione del meccanismo satisfattorio che non sempre coincide con l'inadempimento del debitore: si pensi alla morte del finanziato ovvero alla trasformazione dell'immobile concesso in garanzia.

Infine, si pone come elemento centrale nella trattazione del prestito vitalizio ipotecario l'elemento dell'esdebitazione del debitore, e dei suoi eredi, che si esplicita nel cosiddetto rischio di *cross-over*.

---

[496] G. D'AMICO, *La resistibile ascesa* cit., p. 34;

[497] T. RUMI, *Il prestito vitalizio* cit., p. 133 ss.

[498] A. ADDANTE, *cit.*, p. 501: esplicita tale profilo ponendo in rapporto il prestito vitalizio ipotecario con le altre varianti speciali di marciano, come gli articoli 48 *bis* t.u.b. e 120 *quinquiesdecies* comma 4 t.u.b. Sul unto anche T. RUMI, *Il prestito vitalizio* cit., p. 133.

Quest'ultimo viene comunemente definito come il rischio di *default* che si realizza qualora il debito esistente venga a superare il valore del bene concesso in garanzia[499]. Opera ogni qual volta la legge prescrive l'esistenza di un effetto liberatorio ed estintivo della posizione debitoria a prescindere dal prezzo di mercato del bene concesso in garanzia ovvero dalla liquidità ricavata dall'eventuale vendita coattiva del bene.

In riferimento al prestito vitalizio ipotecario, tra gli elementi tipologici dell'istituto, rileva proprio il profilo dell'esdebitazione che viene tradotta dal legislatore del 2015 all'art. 11 *quaterdecies* comma 12 *quater* con la formulazione che "l'importo del debito residuo non deve superare il ricavato della vendita dell'immobile, al netto delle spese sostenute".

Già presente negli ordinamenti di *common law* nell'ambito dell'istituto del *home mortgage* esso veniva limitato nella tradizione dei Tribunali di *Equity* attraverso la stipulazione di contratti di assicurazione da parte del concedente, con premio gravante sul finanziato. In questo caso, l'assicurazione aveva il compito di "coprire" la differenza tra i valori, quello ricavato dalla vendita del bene e quello del credito garantito così da superare il pericolo di depauperamento in capo al creditore[500].

In questo caso, le prassi abusive del creditore facevano correre il rischio di addossare in capo al debitore il richiamato rischio, anche nel caso di conclusione di contratti di assicurazione, ponendo quali spese connesse all'erogazione del credito il premio assicurativo capitalizzato entro un determinato periodo di tempo sulla base di dati statistici.

Nel contesto della prassi internazionale, anche il legislatore francese[501], nella tipizzazione del *pret viager hyphotecaire* affronta la *questio iuris* dell'esdebitazione, accollando in capo al finanziatore il rischio di *cross-over* attraverso l'introduzione dell'istituto del *plafonnement de la dette*, che circoscrive il debito al solo valore dell'immobile al momento della scadenza del finanziamento.

All'interno del nostro ordinamento, l'intervento del 2005, ma soprattutto le modifiche apportate con la riforma novellistica del 2015 hanno espresso la precisa scelta legislativa di accollare il pericolo di *default* in capo al soggetto finanziatore. Il divieto di plurime iscrizioni ipotecarie[502], la professionalità della persona giuridica autorizzata che concede il finanziamento unitamente alla stessa aleatorietà del contratto confermerebbe la scelta di far gravare in capo al mutuante il complesso dei rischi che determinano una minore realizzazione del credito in sede di autotutela.

---

[499] D. CERINI, *cit.*, p. 504; A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 372; Id., *L'inutilità dell'ipoteca* cit., p. 359; T. RUMI, *Il prestito vitalizio* cit., p. 116.

[500] D. CERINI, *cit.*, p. 508. Si pensi nel contesto del *morgage insurances* alla rilevanza che nel corso del tempo hanno assunto le *Department of veterans affaire and the veterans administration e la Farmers Home Administrations (FmHA*) e le *private mortgage insurances*.

[501] Vedi *supra*, Cap. II, par. 3.

[502] Il divieto per la verità non esclude che lo stesso soggetto possa concludere più prestiti vitalizi ipotecari, anche con lo stesso finanziatore, purché siano iscritte le ipoteche di primo grado su diversi beni concessi in garanzia.

Invero, si deve chiarire in via generale che, quanto meno ampia è l'erogazione del credito, maggiore è la limitazione del rischio in capo al finanziatore, che dovrà comunque e sempre sopportare la "traslazione di tale voce", potendosi considerare un particolare contemperamento a tali eccessivi oneri la presenza di una procedura di vendita semplificata e accelerata che riduce i tempi e spese (ad esempio quelle di attivazione del procedimento esecutivo giudiziale)[503].

L'introduzione di un "potere-mezzo di disposizione del diritto altrui"[504] attuato attraverso la vendita coattiva unilaterale o con il consenso prestato agli eredi che intendono adoperarsi per cedere il bene sul mercato, impone di riequilibrare la posizione economica del finanziato che potrà ricevere dalla conclusione dell'iter descritto al comma 12 *quater* una totale e irrinunziabile liberazione dal debito garantito.

Orbene è innegabile che, dalla citata situazione, specie nelle ipotesi in cui il finanziato riesca ad ottenere migliori condizioni di erogazione del finanziamento, si realizza un assetto garantistico in favore di quella che viene ritenuta la parte debole del rapporto obbligatorio che sarà posto al riparo dalla svalutazione del mercato immobiliare o dai rialzi improvvisi del tasso di interesse.

Non si ammettono, quindi, nella conclusione di un prestito vitalizio ipotecario deroghe convenzionali dell'effetto esdebitatorio tipizzato al comma 12 *quater*, ad esempio attraverso l'imposizione al beneficiario del finanziamento dell'obbligo di stipulare accordi assicurativi in favore del creditore, in contrasto al dato normativo ed imperativo fissato dalla citata disciplina. L'elemento certo viene individuato nella estinzione del debito a cui potrà accompagnarsi, nel caso di accertamento dell'esistenza del residuo, la restituzione dell'eccedenza in favore del debitore, o dei suoi eredi.

[503] A. ADDANTE, *cit.*, p. 507. A. D'AMICO, *La resistibile ascesa* cit., p. 16.

[504] A. DI MAJO, *Dominio* cit., p. 199.

4. Il credito immobiliare ai consumatori garantito da ipoteca: le finalità perseguite e la disciplina introdotta.

Il criterio temporale utilizzato fino ad ora nell'affrontare le manifestazioni marciane impone di chiudere la sistematica normativa con due diversi istituti, introdotti a distanza di un mese all'interno del nostro ordinamento giuridico.

Il primo intervento normativo ha visto, ancora una volta, incidere sul sistema delle garanzie immobiliari e bancarie attraverso la modifica degli articoli 120 *quinquies* t.u.b. e seguenti, con il D. Lgs. n. 72 del 21 aprile 2016 (noto come "Decreto Mutui")[505].

Il credito immobiliare ai consumatori viene pensato come uno strumento per contrastare la crisi di liquidità, il crollo repentino delle compravendite immobiliari e la difficoltà, per alcune fasce della popolazione, di reperire finanziamenti bancari, anche per sopperire ad esigenze primarie, come l'acquisto della casa di abitazione[506].

Ancora una volta siamo in presenza di un intervento normativo sollecitato dal legislatore comunitario attraverso l'attuazione della Direttiva n. 2014/47/CE (nota anche come *Mortgage Credit Directive*), avente ad oggetto i "contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali" e rivolto al perseguimento di due primari scopi: facilitare la concessione di credito ai consumatori e accrescere la fiducia degli stessi nel settore finanziario[507], oltre a semplificare le procedure di recupero dei crediti in favore del finanziatore[508].

Nell'ambito della politica normativa di attuazione della disciplina comunitaria, nel favorire lo "sviluppo di un mercato creditizio più trasparente ed efficiente"[509] è stato introdotto il contratto di credito ai consumatori nel Testo Unico Bancario, la cui disciplina, come vedremo, si pone in quella linea di tendenza volta a perseguire istanze di iperprotezione

---

[505] R. CALVO, *Le regole generali di condotta dei creditori, intermediari e rappresentanti nella direttiva 2014/17/UE*, in *Corr. Giur.*, 2015, p. 823 ss.; D. MAFFEIS, *Direttiva 2014/17/UE: rischi di cambio e di tasso e valore della componente aleatoria nei crediti immobiliari ai consumatori*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, pp. 190-205; G. CARRIERO, *Nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: linee di indirizzo, questioni irrisolte, problemi applicativi*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 5, p. 509 ss.; A. VALZER, *La disciplina del credito ai consumatori per l'acquisto di immobili residenziali. Un approccio critico*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2021, 6, p. 894 ss.

[506] D. VALENTINO, *Crisi economica e tipologie contrattuali*, in *Riv. dir. priv*. 2016, pp. 327- 328; S. MAZZAMUTO, *Il contratto di rent to buy*, in *Contratto e impr*. 2015, p. 952. Da alcuni viene evidenziato come la tipizzazione normativa del contratto di *rent to buy* rappresenta il primo istituto espressivo di quella tendenza normativa a favorire l'accesso al credito (R. CALVO, *La locazione preordinata alla vendita (contributi allo studio del c.d. rent to buy)*, in *Studium iuris*, 2016, p. 1 ss.; ma, specialmente D. POLETTI, *L'accesso "graduale" alla proprietà immobiliare (ovvero sui contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili*, in *Nuove I. civ. comm.*, 2015, p. 32 ss).

[507] F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare* cit., p. 149 ss.

[508] Evidenzia S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela* cit., p. 1 ss.

[509] Considerando n. 2 e 67 della Direttiva 47/14/CE.

del consumatore, ritenuto sulla base di una presunzione assoluta, il contraente debole dell'operazione negoziale.

Tra i molteplici obblighi, attuativi delle cennate istanze di protezione, si collocano quelli propriamente informativi gravanti in capo al finanziatore; previsti agli articoli 6 e seguenti della Direttiva del 2014 essi sono utilizzati per perseguire lo specifico obiettivo di promuovere l'educazione finanziaria dei consumatori (art. 6), e sono volti ad imporgli di fornire al consumatore adeguate spiegazioni tanto sul contratto di credito quanto sui servizi accessori (art. 16).

Orbene, balzano all'attenzione le previsioni normative impositive di obblighi informativi e di trasparenza[510] tese a superare l'*handicap* di conoscenza che naturalmente grava sul consumatore, in posizione asimmetrica rispetto al proprio finanziatore, le quali sono tradotte nel contesto del TUB agli articoli 120 *septies*, 120 *octies*, 120 *novies* e 120 *decies*. Si segue, per la verità, una strada già tracciata dal legislatore che, in linea ancora una volta con le molteplici fonti euro-unitarie, impone di dar vita a più elevati *standard* di conoscenza volti a superare l'anonimo e sterile ricorso a moduli e formulari, che rendono il rapporto patrimoniale eccessivamente spersonalizzato[511].

Ciò che sicuramente emerge dal coacervo normativo individuato è l'introduzione di un principio generale di soccorso informativo (o, anche definita attività di *disclosoure*) nelle operazioni di consumo che impone, secondo diligenza, al concedente del finanziamento di serbare un contegno chiaro, leale e lineare e di predeterminare un'informazione contrattuale ritagliata sulle specifiche caratteristiche e sulle preventive richieste del consumatore[512].

Tale esigenza sembra assumere un ruolo primario nelle legislazioni complementari, ed in particolar modo in quegli assetti negoziali che vengono definiti come secondo contratto, in cui emerge una spiccata eterogeneità dei ruoli e la presenza di soggetti che, sostanzialmente, assumono un ruolo più forte rispetto agli altri[513].

---

[510] S. PAGLIANTINI, *Statuto dell'informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/20147UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*), in Contr. impr. Eur., 2014, p. 523: attribuisce ai canoni introdotti dalla Direttiva "natura duale": "normativa di regolamentazione del mercato creditizio e nel contempo disciplina di protezione dei consumatori dal sovraindebitamento". Ancora, S. PAGLIANTINI, *Trasparenza contrattuale*, in *Enc. dir*., Annali V, Milano, 2012, p. 1280 ss.; P. GAGGERO, La *trasparenza del contratto. Per un'analisi dei rapporti di intermediazione creditizia*, Milano, 2011, p. 33 ss.; Id., *Trasparenza del contratto e rimedi di autotutela*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2013, p. 461 ss. G. GRISI, *Informazione (obblighi di)*, in *Enc. dir*., Annali IV, Milano, 2011, p. 595 ss.; Id, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990; G. ALESSI, *I doveri di informazione*, in C. CASTRONOVO-S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale dir. priv. eur*., II, Milano, 2007, p. 440 ss.

[511] F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare* cit., pp. 151-152.

[512] M. ASTONE, *Inadempimento* cit., p. 734; G. ALESSI, *cit.*, p. 311 ss.

[513] A. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai "codici di settore" (lo ius variandi nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche*), in *Riv. dir. civ*., 2016, p. 143 e 149. Si veda, ad esempio, la disciplina degli obblighi informativi nel contesto dei contratti di assicurazione ovvero a quella dei contratti dei consumatori fuori dai locali commerciali o a distanza.

La responsabilizzazione degli attori del mercato, e nella specie di quelli del contratto di credito ai consumatori, non può limitarsi soltanto a garantire quelle che possono definirsi come tutele minimali, ovvero vietare l'imposizione di clausole vessatorie e rispettare gli obblighi di forma scritta sia delle informazioni precontrattuale che del contratto. Pur essendo necessario, nel rispetto degli obblighi di armonizzazione di fonte comunitaria impartiti con la Direttiva del 2014, predisporre prospetti informativi unici e uniformi dei contenuti contrattuali e del Taeg previsto (art. 120 *octies*)[514], si impone un'attività informativa del "finanziatore e dell'intermediario del credito" basata sulla "situazione del consumatore, su ogni bisogno particolare che questi ha comunicato, su ipotesi ragionevoli con riguardo ai rischi cui è esposta la situazione del consumatore per la durata del contratto di credito" (art. 120 *septies* t.u.b.).
Le innovazioni legislative stratificatesi nel corso del tempo[515] hanno fatto emergere ulteriori profili rilevanti, oltre quello già esaminato, strettamente collegati all'argomento marciano.

Tralasciando per il momento il merito creditizio e il tema di maggior interesse dell'autotutela creditoria, si impone nell'immediato prosieguo di individuare gli elementi essenziali del contratto di credito ai consumatori affinché possa dirsi che lo stesso sia validamente concluso.

Il principale elemento di novità del Decreto Mutui del 2016 è stato quella di aver completato l'articolazione delle fasi che scandiscono il meccanismo creditizio. In questo caso, infatti, differentemente dal passato, il legislatore si è interessato direttamente alla fase

[514] F. PIRAINO, L'inadempimento del contratto di credito immobiliare cit., p. 153.

[515] Molteplici sono gli interventi normativi che hanno riguardato l'istituto del "credito immobiliare ai consumatori": esso viene introdotto, per la prima volta, nel nostro ordinamento al Testo Unico Bancario dall'art. 8 comma 8 lettera *c*) del D. L. 13 maggio 2011 n.70. Il capo riguardante il contratto di credito ai consumatori è stato ulteriormente modificato ed integrato dal D. Lgs. 21 aprile 2016 n. 72, in attuazione della Direttiva 2014/17/CE, a sua volta da ultimo integrato dall'art. 11 *octies* comma 1 lettera *a*) D.L. 25 maggio 2021 n. 73 convertito nella Legge 23 luglio 2021 n. 106.
Inizialmente collocata nel Codice del Consumo, poi trasfusa interamente nel Testo Unico Bancario (sul punto G. DE CRISTOFARO, *Verso la riforma della disciplina del credito al consumo*, in *Contratti*, 2009, p. 1154 ss), la materia del credito al consumo non concerneva la garanzia immobiliare, ma veniva considerata come un istituto generale di finanziamento. L'originaria disciplina trasfusa nel t.u.b. veniva innovata e modificata dal D. Lgs. 13 agosto 2010 n. 141 di attuazione della Direttiva 2008/48/CE, che a sua volta ha abrogato la precedente Direttiva 87/102/CEE.
Aveva già tentato di estendere la disciplina del credito di consumo agli immobili residenziali il "Libro Bianco" della Commissione europea del 18 dicembre 2007 sull'integrazione dei mercati UE del credito ipotecario. Per un'approfondita opera di differenziazione tra il contratto di credito "ordinario" ai consumatori e la versione immobiliare vedi A. ALBANESE, *La valutazione del merito creditizio e l'inadempimento del consumatore nei contratti di credito immobiliare: profili di responsabilità e cortocircuiti normativi*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 6, p. 2006 ss.
Il Considerando n. 20 della Direttiva 2014/17/UE coglie la continuità tra le normative, raccolta dal legislatore italiano attraverso l'introduzione nel contesto del contratto di credito ai consumatori anche quello immobiliare.

esecutiva ed eventualmente patologica del rapporto per il tramite dell'introduzione degli articoli 120 *quaterdecies.1* e *quinquiesdecies* t.u.b.[516].

Sul piano strutturale si regolamenta la fase precedente la contrattazione vera e propria, attraverso l'introduzione di specifici obblighi nell'annuncio pubblicitario da parte del finanziatore (art. 120 *octies* t.u.b.); quella precontrattuale con l'introduzione di ulteriori e più gravosi obblighi pubblicitari e, principalmente, informativi (su di tutti la consegna del documento informativo generale ai sensi dell'art. 120 *novies* t.u.b.) e quella di conclusione del contratto, con l'introduzione di particolari obblighi relativi alle informazioni sugli intermediari del credito (art. 120 *decies* t.u.b.), alla verifica del merito creditizio del consumatore (art. 120 *undecies* t.u.b.), alla valutazione dei beni concessi in garanzia e agli eventuali servizi di consulenza (articoli 120 *duodecies* e *terdecies* t.u.b.).

Infine, come già detto in grandi linee, quale elemento di novità viene scandita la fase patologica del rapporto, attraverso l'introduzione di una variante speciale di correttivo marciano volta a tutelare tanto il concedente quanto il consumatore.

Sul piano soggettivo e oggettivo, la suddetta normativa si applica a tutti quei finanziamenti concessi da soggetti professionali, finanziatori o intermediari abilitati, con garanzia immobiliare ipotecaria sui beni immobili del consumatore[517].

Si tratta di una forma di finanziamento *b2c* finalizzata "all'acquisto o alla conservazione del diritto di proprietà su un terreno o su immobile edificato o progettato", ovvero avente ad oggetto immobili residenziali; il contratto di credito potrà assumere le forme più svariate, partendo dal classico mutuo fino a pervenire alla dilazione di pagamento e "ogni altra facilitazione finanziaria".

La disciplina preclude, in forza dell'introduzione di un regime che potremmo definire di esclusività, soltanto, la possibilità di concludere contratti di credito ai consumatori attraverso l'utilizzo di altre forme speciali di concessione del credito, in cui viene disciplinata in termini speciali la fase esecutiva del rapporto, come il prestito vitalizio ipotecario[518].

La *voluntas legis* in questo caso sembrerebbe quella di estendere la portata applicativa concreta della fattispecie nel perseguimento dell'obiettivo fissato dall'art. 120 *quinquies* t.u.b., ovvero di consentite al consumatore l'acquisto o la conservazione (si pensi alle opere di ristrutturazione) di terreni o fabbricati; acquisto, peraltro, esteso anche agli immobili da costruire, purché sia rispettoso della disciplina prevista dal D. Lgs. 122 del 2005 che detta

[516] Sottolinea quest'elemento di novità F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare* cit., p. 153

[517] È indubbia la qualificazione di consumatore del finanziato (rispetto, ad esempio, al prestito vitalizio ipotecario), soggetto che "anonimo" persegue gli scopi più ampi, purché estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale (A. VALZER, *cit.*, p. 895). Similmente A. IULIANI, *Il diritto privato tra crisi economica ed "economia del debito": dinamiche della giustizia e autonomia privata*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 2017.

[518] Il regime di esclusività è previsto all'art. 120 *sexies*. In dottrina A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., pp. 372-373.

una serie di imperativi rivolti a tutelare l'acquirente, che non necessariamente dovrà essere consumatore[519].

Il contratto si inquadra, secondo il dato testuale, nell'ambito dei mutui di scopo o di finanziamento finalizzato[520] in cui è lo stesso legislatore a segnare il fine perseguito dal contratto, che deve essere condiviso sia dall'acquirente-consumatore che dallo stesso finanziatore. Sicché, l'inosservanza dell'obbligo di destinazione del finanziamento potrà essere causa di risoluzione del contratto, e non già di nullità dello stesso, per inadempimento del consumatore[521].

Di difficile interpretazione, però, l'altra parte dell'art. 120 *quinquies* comma 1 lettera *c*) t.u.b., allorquando consente al consumatore di ricorrere al credito, senza specificare la finalità purché non di impresa, con garanzia ipotecaria su immobili residenziali del finanziato. Si tratta, molto probabilmente, di una forma di concessione del credito rimessa all'accordo dei contraenti e garantita dalla presenza di un'ipoteca, che non viene invece richiesta nel caso in cui la finalità sia una di quelle previste dalla norma. Il rischio, anche ai fini della successiva escussione marciana, è riportare il contratto nell'atipicità, così non riuscendosi ad evitare forme di abuso dei contraenti che utilizzino impropriamente le somme ricavate per estinguere una precedente esposizione debitoria o perseguire finalità commerciali.

La normativa dà vita ad un assetto molto più ampio di quello che si voleva realizzare, riguardando ogni forma di finanziamento che sia assistito da garanzia ipotecaria su immobili ad uso residenziale o riguardi l'acquisto o il mantenimento della proprietà di immobili[522]; in tal senso, la fattispecie consente non soltanto di far conseguire forme di finanziamento

---

[519] La disciplina del 2005 ha posto rilevanti problemi in ordine alla qualificazione dell'acquirente in termini di consumatore. Sul punto S. CARDARELLI, *L'acquisto di immobili da costruire o in corso di costruzione*, Milano, 2009, p.8 ss.; D. CERRINI, *La protezione degli acquirenti di beni immobili da costruire nel decreto legislativo n. 122/2005: prime riflessioni su finalità e strategie*, in *Dir. Econ. Ass*. (dal 2012 *Dir. Fisc. ass*.), IV, 2005, p. 1247.

[520] Il modello del cd. mutuo di scopo si caratterizza per essere un contratto consensuale qualificato, dagli interessi reciproci del mutuante e del mutuatario alla destinazione delle somme trasferite. La Cassazione, da ultimo, ha ribadito la caratteristica principale del mutuo di scopo, il cui interesse ad una particolare destinazione delle somme deve essere dedotto nel contratto e condiviso da entrambe le parti, mutuante e mutuataria. Espressamente (Cass. civ., Sez. I, 14 aprile 2021, n. 9838: "il mutuo di scopo convenzionale è un contratto consensuale parzialmente diverso dal mutuo ex art. 1813 c.c.), data la sua diversa funzione, e il requisito per tale sua classificazione è l'esistenza di un interesse (anche) del mutuante, e non solo del mutuatario, alla destinazione delle somme". Cass. Civ., Sez. III, 23 aprile 2001 n. 5966, in Banca, borsa, tit. cred., 2002, II, 388 ss., con nota di G. TARANTINO, *Credito al consumo e obblighi di restituzione delle somme mutuate*. In generale sul mutuo di scopo F. MASTROPAOLO, *I contratti reali*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 1999, p. 547 ss.; S. MAZZAMUTO, *Mutuo (mutuo di scopo)*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, 1990, R. PERCHINUNNO, *Funzione creditizia e fine convenzionale*, Napoli, 1999.

[521] La giurisprudenza ha chiarito in più occasioni che sussiste una profonda differenza tra nullità e risoluzione nel mutuo di scopo: su di tutte Cass. Civ., Sez. I, 11 gennaio 2001, n.317, con nota di P. TURRIS, *La disciplina del c.d. «mutuo di scopo»: fra tipo contrattuale e figura negoziale autonoma*, in *Riv. not*., 2001, 6, p. 1455 ss.

[522] F. PIRAINO, L'inadempimento del contratto di credito immobiliare cit., p. 180 ss.

immobiliare, ma anche di essere utilizzata come strumento di incoraggiamento dei consumi, purché l'erogazione della somma di denaro sia garantita da ipoteca su immobile residenziale.

Chiude l'analisi generale dell'istituto del credito al consumo la disciplina del "periodo di riflessione" prevista all'art. 120 *undecies* t.u.b.; essa consente di tutelare il consumatore dall'eventuale "effetto sorpresa" attribuendogli un breve periodo durante il quale comparare le diverse offerte di credito ricevute ed assumere "una decisione informata".

Siamo in presenza di una situazione piuttosto originale, ma conforme agli schemi tradizionali in materia di contratti dei consumatori, che vede nascere un vero e proprio vincolo in capo al finanziatore, il quale sarà vincolato all'offerta di finanziamento promossa, similmente allo schema della proposta irrevocabile, ma non già per il finanziato, che gode della facoltà di accettare ai sensi dell'art. 1329 c.c.

Il particolare *favor* per il consumatore si esprime, infine, nel duplice diritto di ottenere la "bozza del contratto" e esercitare il potere di chiarimento fissato al comma 5 della citata disposizione, il quale sembra ulteriormente, forse giustamente, dilatare il periodo di riflessione.

4.1. Il merito creditizio e il legame con l'escussione del credito.

Nell'ambito della già menzionata fase precontrattuale gli interessati al finanziamento, oltre a poter richiedere ai sensi dell'art. 120 *novies* t.u.b. la produzione, da parte del finanziatore, di un documento informativo generale il cui contenuto necessario concerne le procedure di rimborso, le avvertenze in caso di inadempimento e l'elencazione degli scopi del credito, hanno diritto a ricevere in consegna il "Prospetto informativo europeo standardizzato", modulo che contiene le "informazioni personalizzate" necessarie per la conclusione del contratto di credito.

In un momento intermedio tra i due atti dichiarativi, si colloca la "valutazione del merito creditizio" del consumatore. Disciplinata all'art. 120 *undecies* t.u.b., rappresenta una condizione imprescindibile per procedere alla scelta del tipo di finanziamento e alla conclusione del contratto di credito ed è effettuata sulla base delle informazioni economiche fornite dal consumatore.

Le informazioni fornite dal consumatore attengono alla sua situazione economica e patrimoniale e devono essere caratterizzate da quattro diversi requisiti, cumulativi tra loro: a) necessarie, b) sufficienti, c) proporzionate e 4) opportunamente verificate. Il rispetto di tali parametri consente la valida conclusione del successivo contratto e l'erogazione del finanziamento da parte dell'istituto.

Dunque, soltanto la dimostrazione della dolosa preordinazione, da parte del consumatore, nel tacere quelle circostanze ritenute necessarie (condotta a cui è equiparata la falsa allegazione delle stesse) per la conclusione del contratto potrà essere causa di risoluzione dello stesso, ai sensi del comma 3 della suddetta disposizione. La condotta biasimevole del finanziato non porterà, in ogni caso, alla caducazione del contratto in tutte quelle ipotesi in cui venga da lui predisposto un assetto informativo incompleto, reputando il legislatore tale inadempimento privo della gravità *ex* art. 1455 c.c. ai fini della risoluzione del contratto.

Il sindacato di merito creditizio, ormai, viene inteso come un vero e proprio dovere, prima che un obbligo specifico, in capo ad ogni finanziatore, che deve essere adempiuto in un momento precedente la concessione del prestito, imposto tanto per il credito ai consumatori che potremmo definire "ordinario", tanto per quello speciale immobiliare[523]. Rilevante, quindi, è l'anima pubblicistica che sottende la verifica preliminare in esame, la cui unica logica è quella di evitare il fallimento dell'operazione economica e le ricadute negative dell'eventuale sovraindebitamento che colpisce il patrimonio del consumatore.

[523] Corrisponde all'art. 120 *undecies* t.u.b., l'art. 124 *bis* t.u.b. In materia: R. SANTAGATA, *La concessione abusiva di credito al consumo*, Torino, 2020, p. 43 ss.; L. MODICA, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, in *Eur. dir. priv*., 2009, p. 785 ss.

Con essa si tenta di produrre un'equilibrata allocazione dei rischi contrattuali e economici, realizzandosi quella politica del "prestito responsabile"[524], che impone una cooperazione tra le parti, cui segue la dovuta "co-responsabilizzazione dei soggetti"[525]. Dubbi, però, possono essere sollevati sulla predetta disciplina in riferimento alla collocazione normativa nel contesto della trasparenza e al trasferimento di siffatto onere informativo in capo a quella che, tradizionalmente, viene definita la *partie faible* del rapporto contrattuale[526].

Il primo dubbio viene, al contrario, superato da quella visione ermeneutica[527] che legge "in chiave consulenziale" l'imposizione informativa, tesa a rimodulare i rapporti finanziatore-cliente, nella logica di una maggiore cooperazione rivolta a superare quelle rigide posizioni che i soggetti sul piano temporale assumevano, con centralità di quella del finanziatore nel periodo che va dalla proposta di finanziamento a quello dell'erogazione, rispetto alla prevalenza che assume la persona del finanziato ed il suo patrimonio nel momento successivo all'erogazione, in termini di rimborso rateale o di mancato adempimento dell'obbligo.

Esso rappresenta, come colto dalla dottrina[528], la principale arma a disposizione del finanziatore per tutelare le proprie sostanze patrimoniali prima della conclusione del contratto: infatti, pur nell'assenza di un obbligo legale di contrarre, si rinviene, dalla disciplina protezionistica in esame, una sorta di dovere di conclusione del contratto di credito gravante sul finanziatore, salvo che l'attività di verifica del merito creditizio abbia esito negativo.

L'immeritevolezza della situazione patrimoniale del consumatore giustifica il rifiuto del finanziatore a contrarre, senza che esso potrà caratterizzarsi abusivo o emulativo, per rivolgersi a salvaguardare la garanzia patrimoniale del creditore e, al contempo, la posizione del debitore dal rischio di insolvenza e di sovraindebitamento.

Poi, viene altresì valorizzato il punto di convergenza tra la valutazione del merito creditizio e l'escussione in autotutela creditoria dalla stessa riforma del 2016 che, al primo comma dell'art. 120 *undecies* t.u.b.[529], considera quello di merito un sindacato necessario

---

[524] F. QUARTA, *Il credito ai consumatori tra contratto e mercato. Percorsi di studio sul prestito "responsabile"*, Napoli, 2020, p. 69 ss.

[525] Si esprime in questo modo G. AZADI, *Valutazione del merito creditizio, adeguatezza delle sanzioni e tutela microeconomica dei consumatori*, in *Giur. it*., 2015, p. 285.; E PIEPOLI, *Sovraindebitamento e credito responsabile*, in *Banca borsa tit. cred*., 2013, p. 50.

[526] L. ALBANESE, *La valutazione del merito* cit., p. 2012. R. AGOSTINI, *Ancora in tema di ordine pubblico di protezione e mercato del credito. L'accesso al credito e il "bene casa"*, in *Riv. crit. dir. priv*., 2011, I, p. 63.

[527] F. PIRAINO, *L'inadempimento* cit., p. 154; L. MODICA, *Il credito ai consumatori*, in *I contratti bancari* a cura di F. PIRANIO-S. CHERTI, Torino, 2016, p. 295.

[528] G. FALCONE, *"Prestito responsabile" e valutazione del merito creditizio*, in *Giur. comm*., 2017, p. 147.

[529] Gli articoli 18 comma 2 e 20 della Direttiva 2014/17/UE considerano quale obiettivo di tale verifica quello di svolgere una prognosi della capacità del convenuto di adempiere gli obblighi derivanti dal contratto.

"per verificare le prospettive di adempimento da parte del consumatore degli obblighi stabiliti dal contratto di credito".

Si tratta di una "valutazione prognostica in ordine alla capacità del consumatore di restituire quanto erogatogli e, dunque, riguardante la solvibilità del soggetto"[530] che sarà impegnato dal futuro finanziamento. Attraverso il merito creditizio si tenta di verificare, sulla base di un giudizio caratterizzato da un rilevante margine probabilistico, se il consumatore sia idoneo a sopportare l'obbligo restitutorio che deriva da un contratto di finanziamento, quale costo del credito (in uno agli interessi), al fine di prevenire l'inutile sovraindebitamento del consumatore[531] che ha ricadute anche sul tessuto economico generale.

La concessione abusiva del finanziamento[532], senza verificare il merito (a cui potrebbe essere parificata l'insufficiente attività di controllo), considerandosi in questo territorio del diritto alla stregua di un vero e proprio obbligo giuridico in capo al concedente, dovrebbe determinare delle conseguenze pregiudizievoli sulla sua sfera giuridica.

Prima di cogliere, allora, quale sia il giusto rimedio utilizzabile dal finanziato nelle ipotesi di concessione non dovuta del finanziamento in materia di credito al consumo, si deve verificare, preliminarmente ed in termini generali, se l'inosservanza del cennato obbligo possa considerarsi effettivamente fonte di responsabilità dell'impresa creditrice.

In termini generali, sulla risposta a tale interrogativo si sono contrapposti due diversi approcci interpretativi: una prima tesi, negativa sul punto[533], escludeva la commissione di qualsivoglia illecito da parte del concedente, a causa dell'assenza di una norma idonea a configurare l'attività di accertamento come obbligatoria.

Diversamente, la teoria favorevole[534] alla sussistenza della responsabilità in capo al concedente considera illecita la condotta di erogazione del finanziamento qualora abusiva.

---

[530] M. MAZZEO, *La verifica del merito creditizio*, in *Obb. contr*., 2010, p. 12 ss.

[531] F. PELLECCHIA, *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore: spunti di riflessione per un nuovo modo di guardare alla "contrattazione dell'insolvente"*, in *Nuove leggi civ. comm*., 2014, p. 1088.

[532] Cass. Civ., Sez. I, 30 giugno 2021, n.18610, con nota di I. D'ANSELMO, *Due sentenze sulla concessione abusiva*., in *Giur. comm.*, 2022, 5, p. 1110.

[533] *cfr*. C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La responsabilità civile dell'impresa bancaria*, in *Funzione bancaria rischio e responsabilità della banca*, a cura di Maccarone, Nigro, Milano, Giuffrè, 1981, p. 275; F. MARTORANO, *Insolvenza dell'impresa e revoca del fido bancario*, in *Fallimento*, 1985, p. 250 ss.

[534] R. GALGANO, *Il negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 446; R. SACCO, *L'abuso della libertà contrattuale*, in Dir. priv., 1997; Id., *L'abuso del diritto*, Padova, 1998, p. 234; A. NERVI, *La responsabilità patrimoniale dell'imprenditore. Profili civilistici*, Padova, 2001, p. 304 ss.; A. NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione "abusiva" di credito*, in *Le operazioni bancarie* a cura di Portale, Milano, 1978, p. 343; B. INZITARI, *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito, in Le società*, 2007, 4, p. 467 ss.; F. DI MARZIO, *Sulla fattispecie "concessione abusiva di credito"*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, II, p. 389 ss. In giurisprudenza rilevante la pronuncia della Corte di Appello Milano, 11 maggio 2004, in *Banca borsa tit. cred*., 2004, II, p. 643, che ha chiarito come è configurabile l'ipotesi di concessione o protrazione del credito in favore di un'impresa nelle situazioni di

Si parla di abusività come sinonimo di danno ingiusto, ogni qual volta la contrattazione di un finanziamento avvenga in contravvenzione ai principi e alle regole che disciplinano il merito creditizio. Principi e regole che sono ricavate dal dovere di diligenza *ex* art. 1176 c.c., dalla legislazione bancaria, dalla normativa secondaria predisposta dalle autorità creditizie e dai codici deontologici di settore.

Nel contesto dei contratti di credito immobiliare al consumo[535] è innegabile, data la presenza di un preciso obbligo normativo in tal senso[536], che si desume dagli articoli 120 *novies* e 120 *undecies* t.u.b., la sussistenza di margini di responsabilità per concessione abusiva del credito in capo all'impresa finanziatrice che non abbia verificato il merito creditizio. L'inosservanza di tale regola di condotta incide, infatti, sull'affidamento incolpevole sia dei terzi che dello stesso finanziato, avendo la pregressa erogazione l'effetto di determinare o aggravare l'insolvenza in cui versa il debitore immeritevole.

Rafforza tale affermazione anche l'art. 18 comma 4 della Direttiva 2014/17/UE che, nel considerare sussistente la detta responsabilità, ha tentato di individuare i rimedi utilizzabili dal finanziato, considerando come residuali l'azione di risoluzione del contratto o, una non chiara, modifica dello stesso (salvo ritenere nulla la stipulazione con conversione del contratto da parte del Giudice[537]), ritenuti applicabili nei soli casi in cui il concedente abbia intenzionalmente omesso o falsificato le informazioni ricevute[538].

Manca "una vera sanzione in grado di incidere sul contegno dell'intermediario"[539] sicché risulta veramente arduo definire le opportune cautele in favore del finanziato. Sembrano, quindi, insufficienti il mero divieto normativo di modifica o risoluzione fissato dall'art.120 *undecies* comma 3 t.u.b. gravante sul mutuante ovvero l'imposizione della sanzione amministrativa pecuniaria prescritta all'art. 144 t.u.b.[540].

---

insolvenza effettiva e preesistente del debitore, e non invece, ove tale stato risulti meramente potenziale o tendenziale.

[535] Per un'accuratissima ricostruzione della questione F. PIRAINO, *L'inadempimento* cit., p. 156 ss.; vedi anche L. ALBANESE, *La valutazione del merito* cit., p. 2013.

[536] Obbligo che si ricava anche nell'ambito del credito al consumo non immobiliare ai sensi dell'art. 124 *bis* t.u.b., che in attuazione degli artt. 8 e 9 della Direttiva 2008/48/CE. Sul punto vedi R. SCOGNAMIGLIO, *Ancora sulla responsabilità della banca per violazione di obblighi discendenti dal proprio*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, p. 655 ss.; e L. MODICA, *Concessione «abusiva» di credito ai consumatori*, in *Contr. impr.*, 2012, p. 514 ss.

[537] S. PAGLIANTINI, *Statuto dell'informazione* cit., p. 37.

[538] Si veda, tra gli altri, G. FALCONE, *cit.*, p. 165 che sottolineava la presenza di unna responsabilità risarcitoria limitata al danno precontrattuale; ancora, M. MAUGERI, *Pratiche commerciali scorrette e annullabilità: la posizione dell'Arbitro per le controversie finanziarie*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2017, p. 1516 ss.; L. ROSSI CARLEO, *Le pratiche commerciali sleali*, in *Manuale di dir. priv. eur*. A cura di C. CSTRONOVO – S. MAZZAMUTO, Milano, 2007, p. 45.

[539] L. ALBANESE, *La valutazione del merito* cit., p. 2020.

[540] G. BIFERALI, *Credito immobiliare ai consumatori*, in *Tratt. concorrenza, mercato e diritto dei consumatori* a cura di G. CASSANO - A. CATRICALA - R. CLARIZIA, Milano, 2018, p. 1877.

Diversamente dal legislatore francese che ha previsto uno specifico rimedio legale quale quello della perdita totale o parziale degli interessi[541], la soluzione preferibile si pone nel solco di quella già prevista dalla giurisprudenza di legittimità[542], in materia di credito tra imprese, considerando possibile attivare da parte del finanziato il rimedio risarcitorio aquiliano, unico mezzo per ristabilire il giusto sinallagma contrattuale.

Infine, non si esclude che possa avere successo la soluzione prospettata da un'altra corrente interpretativa[543] che, partendo dalla natura del contratto e dalla necessità di tutelare le istanze della parte debole del negozio, prospetta una "preferenza per strumenti di conservazione del rapporto e di inibizione del funzionamento della garanzia ipotecaria, piuttosto che per strumenti "demolitori", come un eventuale nullità del contratto di finanziamento"[544], garantendo il finanziato e eliminando tutta la disciplina satisfattoria dell'escussione in autotutela in favore del creditore.

Archiviata la massima sanzione demolitoria, altra posizione interpretativa[545] ha ritenuto possibile applicare, in ipotesi di questo genere, un coacervo di rimedi più rapidi e immediatamente satisfattori per il consumatore, quali la concessione di una dilazione di pagamento, un abbattimento degli interessi passivi oppure il negozio di transazione, con "il consumatore per procedere ad una rinegoziazione del credito, con conseguente rideterminazione delle modalità di pagamento".

L'accertamento negativo della mancata verifica del merito creditizio legittimerebbe un giudizio successivo di controllo giudiziario sulla correttezza dell'operato del concedente, che se omissivo, consentirebbe l'inibizione, ad opera del finanziato, dell'attivazione della disciplina di recupero della prestazione.

Per completezza, non è mancato chi[546] ha letto il "nesso di funzionalità tra la valutazione del merito creditizio e la tutela dell'interesse del consumatore appare, perciò, più formale che sostanziale", così ritenendo ingiustificata qualsiasi sanzione al finanziatore, salva la possibilità di ravvisare nel caso concreto specifiche forme di responsabilità connesse a condotte volontariamente riprovevoli.

---

[541] Art. L. 311-48 *Code de la Consommation.* M. FABBRINI, *Meccanismi di esdebitazione nella legislazione francese*, in *Dir. fall*., 2008, p. 243 ss.

[542] Vedi *supra* nota n. 484.

[543] F. ANNUNZIATA, *Credito al consumo e regole di deontologia professionale dell'intermediario (alcune riflessioni in margine a una recente legge francese*), in *Banca, borsa, tit. cred*., 1991, I, p. 664;

[544] F. PELLECCHIA, *cit*., p. 1112

[545] M. ASTONE, L'inadempimento *cit.*, p. 755 ss. in materia di errata valutazione del merito CGUE del 27 marzo 2014, C-565/12 LCL *Le Credit Lyonnaise c. Fesih Kalhan*; CGUE, 18 dicembre 2014, C-449/13 *CA Consumer Finance SA c. Ingrid Bakkaus*.

[546] L. ALBANESE, *La valutazione del merito* cit., p. 2021.

4.2. L'inadempimento del consumatore e la disciplina di recupero della prestazione: è veramente un marciano speciale?

Il rapporto di credito, quale tipico contratto di durata, nella fase di esecuzione può evolversi in due diverse direzioni.

La prima, che dovrebbe definirsi come l'evoluzione fisiologica del rapporto, vede il consumatore meritevole adempiere gli obblighi contrattuali di restituzione del capitale ricevuto maggiorato degli interessi.

In tale contesto si distingue a seconda che il rimborso del finanziamento avvenga attraverso regolari versamenti pecuniari, da parte del consumatore, fino alla scadenza dell'ultima rata, rispetto alla diversa ipotesi del pagamento integrale anticipato. La prima ipotesi di pagamento nei termini consentirà al finanziato di liberarsi, diligentemente, dal debito al momento dell'adempimento dell'ultima rata, come convenuto nel contratto di credito.

La diligenza del debitore è ancora più evidente, però, nella seconda opzione, ovvero nel caso in cui adempia l'intero debito in un momento precedente alla scadenza dell'ultima rata.

Nel 2021[547], il legislatore ha introdotto una disciplina di favore per il consumatore particolarmente meritevole, nell'ipotesi di rimborso "anticipato" del credito immobiliare, in qualsiasi momento del rapporto. In questo caso, il nuovo art. 120 *quaterdecies.1*, attribuisce al consumatore responsabile un vero e proprio diritto di credito a veder riconosciuta una riduzione "del costo totale del credito, in misura pari all'importo degli interessi e dei costi dovuti per la vita residua del contratto".

La *ratio* della suddetta novella è certamente premiale, in quanto rivolta a eliminare per il consumatore tutte le obbligazioni accessorie che accompagnano le prestazioni ineseguite (cd. *recurring*), le quali dovranno essere restituite nella sola sorta capitale, al netto di interessi e spese[548].

La premialità è stata implementata dalla dottrina[549] e dalla giurisprudenza dell'Arbitro Bancario e finanziario[550] che hanno esteso le regole sviluppate dalla CGUE "*Lexitor*" in

[547] Si tratta dell'art 11 *octies* D.L. 73 del 25 maggio 2021 (anche noto come Decreto Sostegni-*bis*), convertito con modifiche nella Legge n. 106 del 21 luglio 2021 che per la verità ha riscritto anche il parallelo art. 125 *sexies* t.u.b.

[548] Un'approfondita analisi della disciplina in rapporto alla sentenza della Corte Giust. UE, 11 settembre 2019, C-383/2018 "Lexitor" è stata effettuata da R. SANTAGATA, *Prime note sulla nuova disciplina del rimborso del credito ai consumatori (e del credito immobiliare)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2022, 2, p. 179 ss.; A. RICCIARDI, *Il principio sancito dalla corte di giustizia nell'ambito del caso Lexitor e decreto sostegni bis: problematiche applicative passate, presenti e future*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2022, 2, p. 289 ss.

[549] A. RICCIARDI, *Cit.*, p. 298

[550] Il riferimento è ad una decisione dell'ABF, Bari del 12 novembre del 2020 n. 20119. Di contro ABF, Napoli del 9 ottobre 2020, n. 17588

materia di credito mobiliare dei consumatori, anche all'ipotesi di restituzione anticipata dell'importo del mutuo in materia di credito immobiliare ai consumatori.

L'evoluzione patologica del rapporto vede la presenza, invece, di un debitore inadempiente, in tutto o in parte, degli obblighi derivanti dal contratto di credito al consumo, che si estende dal mancato versamento delle singole rate fino al mancato pagamento dei soli interessi. Su tale situazione è intervenuto il legislatore del 2016, in attuazione dell'art. 28 della Direttiva 2014/17/UE.

La disciplina comunitaria, dal contenuto fortemente eterogeneo[551] ha, infatti, previsto alcuni strumenti di tutela del finanziatore, imponendo agli Stati membri una serie di previsioni normative che disciplinano l'inadempimento grave del debitore, il regime degli interessi da ritardato pagamento e la possibilità di concludere un accordo solutorio con funzione di garanzia.

Si introduce, sulla base di tale scansione, a tal uopo, l'art. 120 *quinquiesdecies* nel Testo unico bancario che rappresenta la disposizione attuativa delle imposizioni poste dell'art. 28[552].

Tralasciando ai fini della presente trattazione la specifica questione degli interessi moratori da ritardato pagamento, si deve concentrare il *focus* sull'elemento dell'inadempimento del consumatore e sui rimedi apprestati dalla disciplina italiana in favore del concedente.

In primo luogo, l'art. 120 *quinquiesdecies* comma 1 t.u.b. rinvia all'art. 40 t.u.b. in tema di credito fondiario che contempla, per il rinvio operato all'art. 38, la soglia minima di inadempimento del debitore affinché il finanziatore possa attivare il rimedio ordinario della risoluzione, *ex* articoli 1453 e 1819 c.c.; centrale, in tale contesto, l'art 38 comma 2 t.u.b. che richiede, ai fini della risoluzione del negozio creditizio, che il finanziato rimanga inerte nell'adempimento di almeno sette rate di mutuo, pure non consecutive[553].

Il suddetto inadempimento, che pur potremmo definire "qualificato", non giustifica l'attivazione dell'alternativo ed ulteriore rimedio dell'escussione satisfattoria stragiudiziale previsto dalla norma ed introdotto, anch'esso, in attuazione della normativa euro-unitaria[554].

Questo ulteriore strumento consente l'immediato soddisfacimento delle pretese creditorie, senza passare per l'utilizzo dell'azione giudiziaria. Contenuto ai commi commi 3

[551] F. PIRAINO, *L'inadempimento* cit., p. 161 ss.

[552] M. TATARANO, *Art. 120-quinquiesdecies, d.lg. 1° settembre 1993, n. 385*, in *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza* a cura di E. CAPOBIANCO, L. MEZZASOMA e G. PERLINGIERI, Napoli, 2018, p. 1044 ss.

[553] L'art. 38 t.u.b. prevede, inoltre, che il ritardato pagamento possa essere considerare tale se effettuato tra il trentesimo e il centottantesimo giorno successivo alla data di scadenza della singola rata.

[554] Il regime di alternatività dei rimedi trova il proprio addentellato normativo all'art. 120 *quinquiesdecies* comma 4 lettera c) t.u.b. nella parte in cui prevede che "non costituiscono inadempimento i ritardati pagamenti che consentono la risoluzione del contratto ai sensi dell'articolo 40, comma 2"ai fini dell'applicazione dell'alienazione marciana.

e seguenti della disciplina nazionale citata, con esso viene delineato un meccanismo che regolamenta la garanzia immobiliare e consente l'immediato autosoddisfacimento del creditore, attraverso un procedimento che potremmo definire come il patto marciano nel credito immobiliare ai consumatori.

Procedendo con ordine, la norma in aderenza al dettato europeo, fissa anche in questo caso una soglia minima di rilevanza dell'inadempimento del consumatore, individuata nel "mancato pagamento di un ammontare equivalente a diciotto rate mensili" (art. 120 *quinquiesdecies* comma 4 lettera *d*) t.u.b.)[555].

La suddetta soglia minima, al pari di quella richiesta al primo comma dell'art. 120 *quinquiesdecies* t.u.b. opera alla stregua di un vero e proprio presupposto legale[556], limitativo del potere satisfattorio del creditore, ed idoneo a calibrare, *ex lege*, la tolleranza[557] che il creditore deve serbare nei confronti del soggetto finanziato.

Anche qui si ravvisano ragioni di tutela di un soggetto che versa in una situazione di presunta debolezza economica e finanziaria, incidendo direttamente sul giudizio di responsabilità, che nella fattispecie in esame sembra prospettarsi come speciale e diverso da quello previsto nel Codice civile. Il rilevante grado di divergenza si fonda sulla disciplina generale dell'art. 1218 c.c. che, nel tracciare ed equiparare le tre ipotesi di inadempimento, non richiede che il ritardo sia individuato in una soglia minima.

La protezione del consumatore emerge in entrambi i contesti, poiché si riconosce allo stesso un periodo di tempo utile (sette rate per il primo comma, diciotto per l'autotutela marciana) al fine di sterilizzare il proprio ritardo nel pagamento, ed evitare, così, la caducazione irreversibile del contratto, compensata dall'attribuzione al contraente forte di una somma a titolo di interessi moratori, appunto per il ritardato conseguimento della prestazione dovuta[558].

---

[555] Dubbi possono essere sollevati per l'estensione analogica del regime temporale imposto all'art. 38 comma 2 t.u.b.

[556] Parla di "condizione" per poter escutere la garanzia F. PIRAINO, *L'inadempimento* cit., p. 161; F. PELLECCHIA, *cit.*, p. 206 ss.

[557] Riprende le ragioni di tolleranza il Considerando n. 27 della Direttiva 2014/17/UE che sottolinea come "le conseguenze significative di un pignoramento per creditori, consumatori e, potenzialmente, per la stabilità finanziaria, è opportuno che i creditori siano incoraggiati ad affrontare in maniera proattiva il rischio di credito emergente in una fase precoce e che si disponga delle misure necessarie affinché i creditori esercitino un ragionevole grado di tolleranza e compiano ragionevoli sforzi per risolvere la situazione con altri strumenti, prima di dare avvio a procedure di pignoramento. Ove possibile è opportuno trovare soluzioni che tengano conto delle circostanze concrete e dei bisogni ragionevoli del consumatore in termini di spese di sostentamento".

[558] In dottrina si è discusso se il consumatore possa evitare il pagamento degli interessi eccependo l'impossibilità temporanea della prestazione *ex* art. 1256 comma 2 c.c.: una prima impostazione ha ritenuto possibile dedurre il dissesto economico per sostenere la non imputabilità del ritardato adempimento della prestazione G. GRISI, *L'inadempimento di necessità*, in *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto* a cura di GRISI, Napoli, 2014, p. 281 ss.; M. BESSONE, *Impossibilità "economica" della prestazione, clausola generale di buona fede e giudizio di equità*, in *Foro it.*, 1979, V, p.

Peraltro, la previsione legale di una soglia di inadempimento "qualificato"[559], in materia di escussione satisfattoria, viene contemplata, anche, dal legislatore comunitario (Considerando n. 27), che all'art. 28 comma 4 ha configurato le regole minime del procedimento eccezionale di escussione stragiudiziale, così attribuendo agli Stati membri un potere negativo che gli impone di non impedire "alle parti di un contratto di credito di convenire espressamente che la restituzione o il trasferimento della garanzia reale o dei proventi della vendita della garanzia reale e sufficiente a soddisfare il credito".

Dunque, l'art. 120 *quinquiesdecies* commi 3 e 4 t.u.b. attribuisce il potere ai contraenti del rapporto di pattuire, al momento della conclusione del contratto, la specifica clausola che consente al finanziatore a seguito dell'inadempimento qualificato del consumatore di rivalersi sul bene immobile concesso in garanzia attraverso la mancata restituzione[560] o il trasferimento *solutionis causa* dello stesso, ovvero per il tramite dell'apprensione definitiva del ricavato monetario della sua vendita.

Talché una parte della dottrina[561] ha evidenziato la "semplicità" della disciplina che permette al finanziatore di vendere l'immobile oggetto di garanzia o divenirne proprietario, accompagnato dall'obbligo di restituzione dell'eccedenza.

Si regolamenta, così, il profilo dell'escussione creditoria attraverso l'introduzione di un procedimento tendente all'autosoddisfacimento del creditore, di natura stragiudiziale e nel rispetto di taluni presupposti individuati al comma quarto della disposizione in esame.

Su quest'ultimo piano[562] l'art. 120 *quinquiesdecies* comma 4 t.u.b., espressamente, prevede che il concedente non potrà imporre al consumatore la clausola di escussione per concludere il contratto di credito. Nella logica dell'accordo marciano, infatti, il consumatore deve essere libero di decidere e condividere con il professionista la possibilità di poter perdere il bene conferito in garanzia, anche ipotecaria, non potendosi imporre il sacrificio reale nei suoi confronti. Il tutto è volto ad evitare "l'abuso dell'autonomia privata"[563] da parte del creditore e si pone in perfetta sintonia con la struttura tipizzata del marciano, che non rappresenta l'effetto legale di una specifica pattuizione (si pensi alla dottrina negativa sulla qualificazione, in questi termini, del prestito vitalizio ipotecario[564]), ma l'accordo stesso, il quale deve essere riproduttivo dei suoi requisiti minimi.

---

49 ss.; diversamente, in linea con l'orientamento tradizionale che afferma l'incompatibilità tra obbligazioni pecuniarie e l'impossibilità sopravvenuta della prestazione M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*. *Corso di diritto civile*, Milano, 1975, p. 307, 310; A. DI MAJO, *Le obbligazioni pecuniarie*, Torino, 1996, pp. 119-120.

[559] A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 394.

[560] Se, infatti possono essere spiegate la vicenda traslativa e compensativa, difficilmente potrà essere decifrata quella che consente al creditore di non restituire il bene ricevuto in garanzia. La dottrina ha, per vero, interpretato il cennato potere come riferito al contratto di *leasing* in garanzia che non è stato introdotto dal Decreto Mutui in sede di attuazione della Direttiva europea (A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 395).

[561] A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 394.

[562] E. GABRIELLI, S. PAGLIANTINI, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali*, in *Giur. it*., 2017, 7., p. 1749.

[563] F. PIRAINO, *L'inadempimento,* cit., p. 190.

[564] Vedi *supra* nota n. 449.

L'eventuale conclusione dell'accordo in dispregio di tale disposizione non potrà che rendere lo stesso nullo, poiché in contravvenzione a norme imperative, con applicazione dell'art. 1419 comma 2 c.c. che prevede la sola eliminazione della parte del contratto nulla preservando, in ossequio al principio di conservazione degli atti giuridici[565], la restante parte dell'accordo[566].

Proseguendo nell'analisi della fattispecie marciana, la lettera *b* del comma 4, prevede un obbligo di assistenza in favore del consumatore ad opera di un consulente qualora si preveda la richiamata clausola di escussione. La consulenza di un esperto viene predisposta dal concedente, sulla base della scelta di un soggetto idoneo da parte del consumatore, senza alcun onere economico in capo a questa parte negoziale.

Infine, le lettere *c* e *d* attengono, specificatamente, al profilo solutorio identificando, rispettivamente, il già richiamato inadempimento qualificato ed il procedimento di valutazione del bene concesso in garanzia e oggetto di autotutela satisfattoria stragiudiziale.

Si afferma, infatti, che l'attività di valutazione economica dell'immobile oggetto di garanzia e di successiva attività satisfattoria viene rimessa ad un perito estimatore, dotato di rilevante professionalità e necessariamente idoneo a "fornire una valutazione imparziale ed obiettiva". Si richiede, ancora, sulla base del precetto di trasparenza che la detta valutazione sia resa su supporto cartaceo o durevole e identifichi con esattezza quelli che sono i criteri utilizzati per l'opera estimativa. Dal combinato disposto degli articoli 120 *quinquiesdecies* e 120 *duodecies* t.u.b. emergono tali coordinate in perfetta sintonia con la tradizionale impostazione che ha considerato la stima del bene come un elemento essenziale che accompagna la cautela marciana.

La nomina del perito dovrà avvenire sulla base di un accordo tra le parti del contratto di credito, contemplando la disciplina dell'art. 120 *quinquiesdecies* comma 4 lettera *c* l'intervento sussidiario del Presidente del Tribunale soltanto nei casi di mancata nomina dello stesso. La norma prevede un sistema molto simile a quello predisposto dall'art. 1349 comma 2 c.c.[567], che consente l'intervento surrogatorio del Giudice soltanto nei casi di mancata nomina dell'arbitratore (sempre, beninteso, che le parti abbiano deciso che la determinazione avvenga secondo il suo mero arbitrio)[568].

Invero, si impone di comprendere quale sia la natura giuridica del patto individuato agli articoli 28 della Direttiva 2014/17/UE e 120 *quinquiesdecies* commi 3 e 4 t.u.b., specie alla luce della clausola di riserva che apre la suddetta disciplina.

---

[565] In termini generali G. MIRABELLI, *Comm.* Padova, 1984, p. 498; G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959; G. DE NOVA, *Conversione del negozio nullo*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1988.; R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, Torino, 2015, p 466 ss.

[566] Ancora F. PIRAINO, *L'inadempimento*, cit., p. 190; M. ASTONE, *Inadempimento* cit., p. 750.

[567] Vedi *supra* Cap. I, par. 3.2.1.

[568] Ha affrontato la questione della competenza territoriale del Presidente del Tribunale A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 394.

La deroga espressa al divieto di cui all'art. 2744 c.c.[569] sembra riprodurre il tradizionale rapporto norma-principio e regola-eccezione rispetto alla cautela marciana, che per alcuni versi ha relegato in una posizione residuale e di specialità la suddetta cautela[570].

Supera la posizione restrittiva una parte della dottrina[571] che, muovendo proprio dalla disposizione del t.u.b., unitamente all'art. 48 *bis*, paventa la necessità di dover qualificare il patto marciano alla stregua di una norma principio (o, di una contro-regola[572]), che opera in termini concorrenti al divieto del patto commissorio nel contesto delle alienazioni con scopo di garanzia. Non sembra, quindi, corrispondere alla realtà quell'impostazione che ritiene una "rielaborazione ammissibile"[573] il correttivo marciano del divieto del patto commissorio, quasi a voler considerare quest'ultimo come la regola che talvolta, e soltanto raramente, ammette la presenza di eccezioni.

Ritornando al tema della qualificazione la dottrina prevalente al riguardo[574] considera siffatto accordo riconducibile allo schema dottrinario e prudenziale del patto marciano.

Si tratta di un sottotipo legale di marciano caratterizzato, secondo le argomentazioni già svolte, da tutti i suoi elementi costitutivi. Infatti, è presente l'equivalenza tra i valori garantita dalla stima imparziale del terzo nominato da entrambi i contraenti e dalla restituzione dell'esubero.

L'elemento principale[575] che consente di qualificare l'alienazione *de qua* come marciana si individua, anche, nella presenza di uno specifico accordo tra i contraenti che qualifica l'operazione economica derogatoria del processo esecutivo come il frutto della volontà dei contraenti e non già di un mero meccanismo legale, al pari di quanto sostenuto per i contratti di garanzia finanziaria e di prestito vitalizio ipotecario.

---

[569] Per un'approfondita analisi in materia di rapporti tra il divieto del patto commissorio ed il contratto di credito immobiliare ai consumatori vedi M. ASTONE, *cit.*, p. 733 ss.; B. SALVATORE, *cit.*, p. 717 ss.

[570] S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis T.U.B.* cit., p. 51.

[571] C. DE MENECH, *Il patto marciano* cit., p. 838; G. D'AMICO, *La resistibile ascesa* cit., p. 29.

[572] S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis T.U.B.* cit., p. 53.

[573] F. PIRAINO, *L'inadempimento* cit., p. 198.

[574] L. FOLLIERI, *La nuova disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, in *I contratti bancari* a cura di S. CHERTI- L. FOLLIERI- VERDE, 2016, Torino, p. 217 ss.; Id, *Il patto marciano* cit., p. 1863; E. DE BELVIS, *L'esecuzione* cit., p. 137 ss.; F. PIRAINO, *L'inadempimento* cit., p. 188 ss.; M. ASTONE, *Inadempimento* cit., p. 735 ss.; G. D'AMICO, *La resistibile ascesa* cit., p. 7- 29 ss.; A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 392 ss.; A. LUMINOSO, *Patto marciano* cit., p. 1410 ; S. AMBROSINI, *cit.*, p. 2 considera il Decreto del 2016 come il momento a partire dal quale si è conferito il "diritto di cittadinanza" nel nostro ordinamento al patto marciano.

Non mancano voci interpretative contrarie come quella di A. DOLMETTA, *La ricerca* cit., p. 817, che dubita dell'alienazione in garanzia configurata dall'art. 120 *quinquiesdecies* comma 3 t.u.b. sottolineando che l'effetto estintivo collegato al raggiungimento di un importo inferiore al valore del credito non consenta la possibilità di inquadrare la fattispecie nel *genus* del marciano. Ad esempio, G. ROSSI, *Il nuovo d.lgs. 21 aprile 2016 n. 72: davvero aria di cambiamenti in materia di mutui bancari*, in *Contr. Impr.*, 2016, 6, p. 1512, senza riferimenti al patto marciano considera la fattispecie come una forma celere di autotutela esecutiva del creditore.

[575] F. PIRAINO, *L'inadempimento* cit., p. 190.

Si tratterebbe di un patto marciano accessorio[576], in quanto collegato ad una garanzia reale preesisteste, che non potrebbe essere concluso in epoca successiva alla nascita del credito. Si esclude, diversamente dall'altro istituto dell'art. 48 *bis* t.u.b., la possibilità di dar vita ad un'alienazione garantita dal marciano *ex intervallo* ovvero successiva alla conclusione del contratto garantito. Il legislatore, infatti, al comma 3 del più volte citato art. 120 *quinquiesdecies* t.u.b., considera validamente concluso l'accordo solutorio solo se stipulato "al momento della conclusione del contratto di credito".; in questo caso, l'autonomia privata potrà considerarsi parzialmente conformata dalla disciplina legale nella logica di porre un freno alla conclusione dei patti di garanzia limitandoli solo al momento specifico della nascita del credito.

Certifica tale divieto anche la presenza dell'iscrizione ipotecaria che rappresenta un elemento attestante il momento in cui viene stipulato l'accordo con funzione satisfattoria.

La peculiarità della vicenda viene identificata nelle forme dell'esecuzione che consentono al creditore di impadronirsi, definitivamente, del bene ipotecato o di vendere coattivamente lo stesso per soddisfarsi sul ricavato pecuniario della vendita. Nel primo caso si ricalca lo schema del patto di alienazione in garanzia condizionata sospensivamente all'inadempimento del debitore: al verificarsi, infatti, dell'evento condizionante la stipula il creditore diverrà proprietario del bene, in deroga al principio della *par condicio creditorum*[577].

Nella diversa ipotesi di vendita satisfattoria, si può riprendere anche se solo in parte quanto già affermato per la fattispecie prevista dall'art. 11 *quaterdecies* comma 12 *quater* del D. L. 203 del 2005, consentendosi al creditore di vendere il bene ipotecato e soddisfare il proprio credito pecuniario sull'importo ricavato. La parziale vicinanza tra gli istituti si evince dal potere unilaterale di vendita che nell'ipotesi *de qua* viene conformata diversamente rispetto a quella del 2015.

Il potere di vendita in danno trova la propria fonte sulla base di un accordo sottostante (art. 120 *quinquiesdecies* comma 3 t.u.b "le parti possono convenire con clausola espressa"), raggiunto tra le parti del negozio e non deriva direttamente dalla previsione legislativa. La facoltà di vendita deve essere contemplata dai contraenti che, nella conclusione dell'accordo marciano, potrebbero limitarsi a decidere sul solo trasferimento in *facultate solutonis* della proprietà.

Si tratta a parere di taluno di una sorta di delega o di una procura a vendere (*power to sell*)[578], anch'essa sospensivamente condizionata all'inadempimento del debitore, con

[576] Vedi *supra* Cap. II, par. I; in materia G. D'AMICO, *La resistibile ascesa* cit., p. 30; A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 393.

[577] A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 399.

[578] Per la teoria prevalente (F. PIRAINO, *Il patto marciano* cit., p. 1747; G. D'AMICO, *La resistibile ascesa* cit., p. 31) il potere di vendita deve essere conferito al finanziatore sulla base di un precedente accordo tra i contraenti e non rappresenta la conseguenza di un "mandato *ex lege*" che trova la propria fonte nella disciplina del Testo unico (A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 400).

obbligo di rendiconto; diversamente un altro approccio interpretativo ha ritenuto che l'istituto di credito sia obbligato ad effettuare la cessione sul mercato del bene immobile ipotecato per estinguere il proprio credito, così qualificandosi l'accordo marciano sottostante come un contratto complesso rivolto a conferire anche "un mandato *in rem propriam* a vendere"[579].

Si tratta pur sempre di una vendita di bene altrui, in nome e per conto del proprietario, che sarà opponibile ad eventuali terzi divenuti nel frattempo titolari del bene in forza di altri negozi stipulati dal consumatore, purché la costituzione dell'ipoteca sia trascritta prima del successivo atto, ovvero sia curata preventivamente la formalità della trascrizione del contratto di credito immobiliare[580].

Inoltre, l'altruità del bene non è immune da vantaggi per il creditore, considerato libero da ogni responsabilità per danni prodotti all'acquirente da vizi giuridici e materiali che dovessero gravare sulla *res* e per i quali risponderebbe sempre il debitore[581].

La vendita forzata pone, poi, un ulteriore problema quale quello dell'individuazione del prezzo del bene ceduto: si tratta, secondo una prima tesi[582], di una "vendita senza prezzo" o meglio senza vincolo del prezzo poiché l'art. 120 *quinnquiesdecies* t.u.b., diversamente dalla disciplina del prestito vitalizio ipotecario, non contiene alcun'imposizione in capo al finanziatore di realizzare il corrispettivo effettivo del bene ovvero il cd. "prezzo di mercato". In questi casi la Banca sarà spinta a realizzare il denaro sufficiente per compensare l'importo del credito e non già il miglior prezzo in modo da tutelare anche la posizione del debitore.

La necessità dell'intervento di un perito indipendente, la cui nomina viene condivisa anche dal consumatore, è volta a scongiurare questo rischio e superare il vuoto di tutela presente nella normativa del t.u.b.

Invero, le cose stanno diversamente, poiché la formula adottata dall'articolo in esame quale quella che impone al creditore un comportamento diligente al fine di ricavare il "miglior prezzo di realizzo" deve essere interpretata nel senso più vicino all'interesse della parte debole del rapporto che consente l'attribuzione del mandato a vendere nel perseguimento della duplice finalità di estinguere il debito pregresso e ottenere l'attribuzione dell'esubero.

---

[579] G. D'AMICO, *La resistibile ascesa* cit., p. 31; A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 399.

[580] Valorizza la seconda opzione A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 399 che ritiene necessaria la trascrizione ai sensi dell'art. 2643 c.c.

[581] C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ.*, Padova, 1993, p. 954; A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2008, p. 633 ss.

[582] G. D'AMICO, *La resistibile ascesa* cit., p. 31 ss.: l'Autore pur rassegnando questo profilo considera le due previsioni (prezzo di realizzo e prezzo di mercato) "non così lontane negli esiti pratici ai quali esse sono suscettibili di condurre, essendo difficile affermare che un prezzo diverso (e più basso) di quello "di mercato" costituisca "il miglior prezzo di realizzo" che poteva (e, dunque, *avrebbe dovuto*) essere conseguito per il bene".

Il coordinamento tra gli elementi dell'intervento del perito estimatore, la necessità di perseguire il miglior prezzo di realizzo e l'obbligo di restituzione dell'eccedenza impone di dare seguito a quella corrente ermeneutica[583] che assimila il miglior prezzo di realizzo a quello di mercato.

In perfetta sintonia con quanto previsto dagli altri meccanismi marciani, si impone al contraente forte di comportarsi diligentemente, secondo, probabilmente, il disposto degli articoli 1176 comma 2 e 1710 c.c. in tema di mandato[584], e conseguire il miglior risultato possibile ovvero il maggior corrispettivo per il bene concesso in garanzia, anche se superiore a quello di mercato.

In dottrina si è affermato, infatti, che tutte le garanzie marciane presentano regole di vendita che rappresentano "un nucleo minimo che il creditore deve rispettare"[585] e, quindi, opera come una regola di sistema l'obbligo da parte del creditore di ricavare il miglior prezzo dal bene compravenduto in danno.

La richiamata alternativa in sede di escussione marciana non esclude, però, la possibilità che il concedente possa optare per l'ordinaria espropriazione immobiliare.

È innegabile che, in questo quadro normativo di attuazione del credito, conviene al concedente utilizzare la garanzia marciana, la quale consente la più rapida realizzazione della pretesa e non presenta gli inconvenienti del procedimento esecutivo ordinario, su di tutti l'assolvimento delle varie incombenze processuali imposte dal Codice di procedura civile e la presenza del titolo esecutivo[586]. Anche se, il procedimento ordinario presenta, d'altra parte, degli innegabili vantaggi quali il controllo giudiziario e l'assenza del profilo dell'esdebitazione[587], così non sopportando il creditore il rischio possibile di *cross-over*.

In quest'ultimo senso si esprime l'art. 120 *quinquiesdecies* comma 6 t.u.b., allorquando prevede che nei casi in cui il creditore professionale, non decida di ricorrere alla procedura esecutiva stragiudiziale, potrà conservare integre le ragioni di credito residuo nei confronti del proprio debitore, dovendo soltanto sospendere ulteriori iniziative per il termine di sei mesi, decorrenti dalla conclusione della procedura esecutiva.

Il ricorso al procedimento giudiziale rappresenta una valida alternativa in favore del creditore ogni qual volta voglia liberarsi da eventuali liti con il debitore sul valore del bene ovvero sulle modalità di escussione. Ancora, il *favor* espresso dal procedimento ordinario si individua nell'assenza dell'accertamento dell'inadempimento qualificato come prescritto

---

583 A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 288 e 399; F. PIRAINO, *L'inadempimento* cit., p. 192.

584 Il criterio della diligenza, in questo settore valutato unitamente alla buona fede oggettiva, viene inteso come un obbligo giuridico teso alla salvaguardia anche dell'interesse del debitore. Sul punto è intervenuta la Cassazione sulla simile disciplina della vendita anticipata del bene pignorato *ex* art. 2795 c.c.: Cass. Civ., Sez. I, 14 maggio 2019, n.12863, in *Foro it.*, 2019, 11, I, p. 3661; Cass. Civ., Sez. II, 11 maggio 2022, n.14882.

585 A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 290.

586 A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 287.

587 F. PIRAINO, *Il patto marciano* cit., p. 1748; B. SALVATORE, *Trasferimenti di proprietà tra garanzia del credito e liquidazione dei beni*, Napoli, 2018, p. 69.

dall'art. 120 *quinquiesdecies* t.u.b. ma, soltanto, il rispetto del disposto generale di cui all'art. 1455 c.c. del Codice civile[588]. Per cui, percorrendo la strada dell'espropriazione ordinaria il creditore non potrà adoperarsi per ottenere la proprietà del bene o del denaro ricavato dalla vendita, ma dovrà, dapprima ottenere una pronuncia giudiziaria caducatoria del contratto di credito, per poi agire in via satisfattoria con l'espropriazione forzata dell'immobile oggetto di contratto.

Infine, la garanzia marciana dei consumatori, similmente a quanto previsto dalla legge in tema di prestito vitalizio ipotecario, prevede espressamente l'elemento dell'esdebitazione del debitore.

Dal comma 3 della suddetta disposizione si evince la presenza di due diversi scenari a seguito del completamento dell'esecuzione satisfattoria stragiudiziale: qualora il creditore riesca a ricavare la somma sufficiente per soddisfare le proprie pretese, sarà suo specifico obbligo giuridico restituire l'eventuale *quod superest* al legittimo *dominus*, ovvero al debitore. In questo caso, secondo la disciplina del TUB si produrranno due diversi, ma concorrenti effetti, quello estintivo e restitutorio. Sussiste, infatti, una precisa scelta legislativa che impone la liberazione del debitore dal vincolo sottostante e garantito, a cui si aggiunge l'obbligo in capo al creditore di restituirgli la differenza tra il valore del bene e quello del debito garantito.

Il secondo e più rilevante scenario attiene all'effetto esdebitatorio, che opera in favore del debitore anche qualora il valore del bene acquisito ovvero il ricavato della vendita in danno sia inferiore all'importo finanziato.

Anche per questa fattispecie, parimenti a ciò che succede in materia di prestito vitalizio ipotecario[589], si rinviene, *per tabulas*, l'esistenza di quello che la dottrina definisce "effetto esdebitativo"[590] con totale liberazione del consumatore dall'adempimento del debito sottostante, anche per la parte residua.

Il rischio di *default* dell'operazione marciana sembra cogliere nel segno e confortare quella soluzione che considera il patto marciano come un'operazione aleatoria, anche se in termini economici più che giuridici, sia per il creditore che per il consumatore, nella misura in cui spetta al primo, attraverso un giudizio predittivo, verificare il merito creditizio della garanzia immobiliare offerta dal secondo (non già della capacità patrimoniale del debitore stesso).

Il tutto si lega ai più volte richiamati *Considerando*, che hanno accompagnato le varie Direttive che sono susseguite nel corso del tempo, i quali si propongono la necessità di

[588] Sul punto non vi è unanimità di vedute: una prima tesi (A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 397) ritiene sufficiente verificare l'esistenza dei requisiti ordinari della risoluzione; altra impostazione (F. PIRAINO, *L'inadempimento* cit., p. 183) evidenzia come la gravità della soglia di inadempimento viene disciplinata dal legislatore così specificando il requisito della gravità di cui all'art. 1455 c.c. con applicazione necessaria delle regole imposte dal t.u.b.

[589] Vedi *supra* Cap. II, par. 3.4.

[590] A. LUMINOSO, *Patto marciano* cit., p. 1409.

evitare situazioni di "sovraindebitamento" del debitore[591], cosi perseguendo obiettivi di protezione degli interessi del contraente debole, quale il consumatore.

Non potrebbero, poi, i contraenti affrontare e superare il rischio di *cross-over*, per come legato all'effetto estintivo, attraverso l'esclusione pattizia dello stesso. La dottrina[592] ha, infatti, sostenuto come esso rappresenta un tratto tipologico dell'alienazione marciana, imposto dal dato normativo dell'art. 120 *quinquiesdecies* commi 3 e 6 t.u.b., applicabile altresì "nel caso di stima inferiore all'ammontare del credito insoluto"[593], e come tale sottratto alla disponibilità dei contraenti[594].

Una soluzione atipica di contratto di credito immobiliare ai consumatori che escluda il cennato obbligo opererebbe al di fuori della disciplina del Consumo e, quindi, non potrebbe ammettersi, con riviviscenza del divieto del patto commissorio, salvo, beninteso, non ritenere il cennato profilo come elemento essenziale della fattispecie, derogabile solo dal legislatore (come il caso dell'art. 48 *bis* t.u.b.).

[591] F. PELLECCHIA, *cit.*, p. 1088.

[592] A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 401; G. D'AMICO, *La resistibile ascesa* cit., p. 33; A. LUMINOSO, *Patto marciano* cit., p. 1409.

[593] S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis* cit., p. 65.

[594] V. CONFORTINI, *Sulla garanzia per i vizi* cit., p. 246; A. LUMINOSO, *Patto marciano* cit., p. 1409; A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 401.

5. Il trasferimento alle imprese garantito da trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato ex art. 48 bis t.u.b.: uno strumento davvero complesso; il professionista di "rimbalzo".

L'art. 48 *bis* t.u.b.[595] chiude l'analisi dei meccanismi marciani speciali tipizzati nell'ultimo periodo dal legislatore. La disposizione è stata introdotta dall'art. 2 del D.L. 59 del 3 maggio 2016 (noto anche come "Decreto Banche"), che si occupa di disciplinare un nuovo strumento di garanzia immobiliare a disposizione delle banche o altro soggetto abilitato ai sensi dell'art. 106 t.u.b. all'attività di *lending*, nell'ambito di operazioni di finanziamento in favore di un imprenditore nell'esercizio della propria attività economica.

La norma si innesta nell'impianto normativo del Testo unico bancario e nella parte relativa alle "altre operazioni", che annoverano, tra le altre, le ipotesi di finanziamenti alle imprese accompagnate da forme speciali di garanzie, come il privilegio (art. 46 t.u.b.) ed il pegno (art. 48 t.u.b.).

L'intervento riformatore del 2016, peraltro, tenta di colmare gli ulteriori vuoti di tutela rispetto alla previsione normativa di meccanismi stragiudiziali di escussione della garanzia, istituzionalizzando all'art. 1 il pegno mobiliare non possessorio.

Per quanto riguarda l'art. 48 *bis* si tratta, ancora una volta, di una disposizione che attiene alle garanzie di tipo bancario, la quale presenta una serie di profili di specialità, rispetto agli altri strumenti di tutela, già a partire dai soggetti coinvolti.

Prima di passare in rassegna gli elementi strutturali della fattispecie e la particolare articolazione della cautela marciana in essa prevista, si rendono necessarie, però, alcune considerazioni di carattere generale.

Ancora una volta rilevante è la *ratio* sottesa all'introduzione della fattispecie, la quale opera in una duplice dimensione: siamo in presenza, in primo luogo, di uno strumento benevolo alle imprese in difficoltà che riescono a ottenere liquidità, senza perdere la disponibilità materiale e giuridica dei beni di proprietà, specie se strumentali al processo produttivo (similmente al *sale and lease back*), che, spesso, rappresentano, peraltro, gli unici cespiti utili a garantire i finanziamenti.

---

[595] Per uno studio della materia S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis* cit., p. 42 ss.; C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese garantito da trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato*, in *Studium Iuris*, 2016, p. 1451; D. MARI, *Il patto marciano: un'analisi critica del nuovo art. 48 bis TUB*, in *Riv. not.*, 2016, p. 1111; C. DE MENECH, *Il patto marciano* cit., p. 823; M. ASTONE, *inadempimento del consumatore* cit., p. 733 ss.; C. BOTTA, *Gli incerti confini* cit., p. 914; G. BRIANDA, *Le prospettive del divieto* cit., p. 801 ss.; A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 402 ss.; G. D'AMICO, *La resistibile ascesa* cit., p. 9 ss.; N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2'16, n. 119*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 995 ss.; G. ORLANDO, *Alienazione attuativa della garanzia di finanziamento ex art. 48 bis T.U.B. e ipoteca*, in *Giur. it.*, 2017, p. 1732 ss.

Inoltre, l'istituto assume una funzione tutoria anche in favore dei finanziatori che necessitano di strumenti, come quello in esame, i quali permettano loro di realizzare nel modo più rapido possibile il proprio credito.

Il rapporto di strumentalità valorizza fortemente i benefici che apporta l'istituto rassegnato nel mondo dell'impresa, poiché consente alle stesse di ricevere adeguati finanziamenti, talvolta vitali per il soddisfacimento delle proprie necessità, conservando la disponibilità del bene concesso in garanzia ai fini del suo utilizzo nel rispetto, sempre e comunque, della destinazione economica[596].

Invero, hanno integrato le due ragioni anche considerevoli logiche deflattive[597] del contenzioso giudiziario che riguardano la fattispecie marciana in esame, ispirata all'abbandono del processo e delle lungaggini dello stesso, in favore di istanze di circolazione della ricchezza, non più immobilizzata dall'*iter* processuale.

Sul piano contenutistico si tratta di una forma di finanziamento bancario rivolto alle imprese e garantito da un trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore. Trasferimento che potrà essere effettuato in favore dell'istituto concedente o di altra impresa, si presume anch'essa bancaria, "controllata o al medesimo collegata".

È stato sostenuto che si tratta di una disposizione problematica, a tratti inadeguata, poiché idonea a riservare "una nomenclatura lessicale marcatamente sfilacciata e di una balbettante qualità"[598], propria di un istituto complesso che incide anche sul piano del suo successo pratico, o meglio del suo insuccesso[599].

Siamo in presenza di un rapporto tra imprese, o meglio di un "contratto dell'impresa o per l'impresa"[600], nell'ambito dei quali è escluso che il debitore possa assumere le vesti della persona fisica e, specialmente, del consumatore. La scelta legislativa perseguita dal Decreto "Banche", anche se con un procedimento fortemente eterogeneo, sembra essere quella di completare il disegno iniziato con il precedente "Decreto Mutui" dello stesso anno, attraverso l'introduzione dell'art. 120 *quinquiesdecies* t.u.b.

In entrambe le situazioni sono previsti dei contratti di concessione del credito, assimilabili al mutuo fondiario o ipotecario, erogati da un finanziatore professionale, il cui importo può, e non deve, essere garantito da un patto traslativo del diritto reale immobiliare di proprietà del debitore.

Mentre, come si è già anticipato nei paragrafi precedenti, la prima forma di alienazione con scopo di garanzia pone problematiche minori connesse, specialmente, alla tematica del

---

[596] D. MARI, *cit.*, p. 1112.

[597] S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis* cit., p. 62.

[598] S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis* cit., p. 45.

[599] A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 402; G. D'AMICO, *La resistibile ascesa* cit., p. 25 ss.

[600] M. SIMEON, *Il fideiussore del professionista può essere consumatore: tramonto della teoria del professionista di "riflesso"*, in *Giur. Comm.*, 2020, 6, p. 1259.

merito creditizio e alle conseguenze della vendita in danno del bene in garanzia, il secondo istituto si caratterizza per essere fonte di maggiori problemi applicativi ed interpretativi, a partire dalla dilatazione del momento di avveramento della condizione sospensiva, dal procedimento di stima che rallenta eccessivamente il meccanismo solutorio e degli eccessivi oneri pubblicitari che deve sopportare il creditore.

Ancora, i richiamati *deficit* che accompagnano la fattispecie non possono far ridimensionare anche ulteriori questioni, create e talvolta irrisolte, le quali ancora oggi aleggiano sulla figura negoziale in esame. Si pensi alla presenza necessaria del notaio, all'estensione della garanzia su "altro diritto immobiliare" o, ancora, alla possibilità che la stessa sia prestata da un soggetto terzo su propri beni immobili, similmente al meccanismo dell'ipoteca, purché non adibiti ad abitazione principale.

Partendo da tale ultimo profilo, parte della dottrina ha sostenuto che la garanzia reale creata dalla fattispecie possa essere prestata anche da persona diversa dell'imprenditore finanziato, così accogliendo anche in tale settore la figura del contraente o "professionista di rimbalzo"[601]: questi viene individuato nel terzo datore di garanzia che, appunto, mette a disposizione del creditore altrui, un proprio bene immobile.

L'art. 48 *bis* comma 3 t.u.b. estende la possibilità di prestare garanzia anche in capo al coniuge[602], ai parenti e affini entro il terzo grado del debitore, con l'unico limite individuato nel divieto di trasferimento di immobili adibiti ad abitazione principale.

Il principale rischio sotteso alla richiamata concessione viene individuato nella particolare posizione che assume il datore nella dinamica solutoria, la quale consentirebbe di eludere la disciplina normativa conformativa di un negozio di finanziamento giuridicamente *b2b*.

In altre parole, la possibilità di un intervento nel percorso di erogazione del finanziamento ad opera di un soggetto diverso dall'imprenditore, anche se nella sola veste di datore della garanzia, avrebbe il demerito di trasformare il negozio di finanziamento da contratto di impresa a negozio dei consumatori.

La locuzione "professionista di rimbalzo" o di "riflesso"[603] viene utilizzata, quindi, da una parte della dottrina, per descrivere il sistema delle garanzie creato dall'art. 48 *bis* che avrebbe legittimato due diverse fattispecie solutorie stragiudiziali (*rectius* marciane), ovvero

---

[601] S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis* cit., p. 49; Id., *In memoriam del consumatore medio*, in *Eur. Dir. priv.*, 2021, 1, p. 1 ss.

[602] Una diversa questione potrebbe riguardare l'estensione della disciplina anche agli altri *partner* diversi dal coniuge quali le parti dell'unione civile o di un contratto di convivenza. Sul punto non potrebbe, però, parlarsi di una vera e propria lacuna normativa poiché il Decreto Banche è precedente alla nota Legge "Cirinnà" del 20 maggio 2016. Sul punto rilevanti le argomentazioni di S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis* cit., p. 85 ss. che ritiene estesa la disciplina in esame.

[603] A. BARBA, *Professionista di riflesso, Le parole del diritto*. Scritti in onore di Carlo Castronovo, Milano, 2018, III, p. 1251 ss.

quella propriamente di impresa, riconducibile al paradigma *b2b*, e quella, eventuale, dei consumatori (*b2c*)[604].

La stessa dottrina nel suo approfondimento ha sostenuto la necessità di evitare inutili prese di posizione imponendosi una verifica circa il collegamento economico dell'operazione creditizia realizzata per poter estendere la disciplina speciale del TUB. Per cui, laddove il garante agisca nell'esercizio della propria attività economica ovvero in collegamento all'attività del finanziato, non vi sono particolari obiezioni all'applicazione della detta disciplina speciale.

Esclude, però, la possibilità di accogliere un'applicazione estensiva della disciplina *de qua* anche qualora il terzo agisca per scopi totalmente estranei a quelli imprenditoriali o commerciali. Non si potrebbero, infatti, applicare le regole dell'art. 48 *bis*, che richiedono la qualifica di imprenditore, anche al consumatore puro e semplice che decida di prestare garanzia su propri beni per debiti altrui, salvo estendere analogicamente l'art. 120 *quinquiesdecies* comma 3 t.u.b., nell'ipotesi di accollo liberatorio di mutuo edilizio rivestendo tale qualifica.

Peraltro, si accoglie questa visione restrittiva sulla base di una lettura in negativo del comma 3 della disposizione in esame che sembra imporre, alla parte debole del rapporto, l'obbligo di trasferire al creditore un'abitazione a necessaria "destinazione commerciale"[605].

Si crea, d'altra parte, accogliendo la prospettiva ora declinata, un vero e proprio cortocircuito normativo: la norma non richiede la qualificazione di imprenditore in capo al prestatore terzo di garanzia[606]. Pertanto, l'unica scelta possibile non potrebbe che essere quella di ritenere irrilevante la condizione soggettiva del prestatore. Al contrario, laddove dovesse rilevare la qualità di imprenditore anche in capo al terzo non potrebbe che ritenersi nullo l'accordo traslativo in funzione di garanzia stipulato dal consumatore poiché elusivo, *ex* art. 1344 c.c., della disciplina legale del TUB, salvo convertirlo per il tramite dell'art. 1424 c.c. nel diverso contratto di credito immobiliare ai consumatori.

Rilevanti dubbi hanno riguardato, poi, il richiamo previsto al primo comma dell'art. 48 *bis* t.u.b. ai "diritti immobiliari".

Mentre, infatti, non vi sono particolari perplessità sul rinvio al trasferimento della proprietà, suscita i cennati dubbi il predetto e, forse troppo, generico[607] rinvio, che, per sistematicità con la prima parte del comma 1 e con i successivi commi dell'art. 48 *bis* t.u.b.,

---

[604] Sulla nozione ampia di consumatore, da ultimo A. LUMINOSO, *La nuova disciplina delle garanzie nella vendita al consumatore (una prima lettura del D.LGS. n. 170/2021)*, in *Eur. Dir. priv.*, 2022, 3, p. 483 ss.; A. CATRICALA - M.P. PIGNALOSA, *Saggi di diritto dei consumi*, Torino, 2020, p. 11 ss.; G. VETTORI, *Oltre il consumatore*, in *Persona mercato*, 2011, p. 318 ss. Corte giustizia UE, sez. VIII, 27 ottobre 2022, n. 485

[605] In tal senso G. D'AMICO, *La resistibile ascesa* cit., p. 8.

[606] E. DE BELVIS, *cit.*, p. 128; C. CROCI, *cit.*, p. 1454; A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 409. M. SIMEON, *cit.*, p. 1260.

[607] Rappresenta un'imprecisione per A. SCOTTI, *cit.*, p. 1477.

dovrebbe essere riferito ai soli diritti reali[608]. Diversamente, altra parte della dottrina, coglie la suddetta imprecisione per estendere il rinvio, anche, ai diritti personali di godimento[609].

Estensione che viene criticata in quanto eccessivamente artificiosa, dovendosi limitare la circolazione dei diritti personali alla sola fattispecie di cessione del contratto. Si ritiene, infatti, che, diversamente dall'art. 2810 c.c. in tema di ipoteca, il legislatore in questa disciplina normativa non si sia particolarmente impegnato a definire con esattezza gli esatti confini oggettivi della fattispecie, ma la limitazione ai soli diritti reali dovrebbe ricavarsi indirettamente, anche, dal riferimento specifico all'abitazione principale nonché, per il procedimento di stima, alle norme processuali in materia di espropriazione immobiliare[610].

Continuando ad affrontare la disciplina del trasferimento immobiliare tra imprese, rilevanti sono le conseguenze dalla mancata osservanza dell'imposizione formale prescritta all'art. 48 *bis* comma 4 t.u.b. qualificato come un vero e proprio "ostacolo interpretativo", un "atecnicismo"[611] alla libera esplicazione dei poteri riconducibili all'autonomia privata, e, nella specie, per la conclusione del sottotipo marciano.

Lo sbarramento della forma solenne notarile viene intesa, poi, in termini assolutamente generali ed estesa a tutte le forme di marciano, tanto originarie quanto sopravvenute, e confermata al comma 13 dello stesso art. 48 *bis* t.u.b., allorquando avvenga il corretto comportamento solutorio da parte del debitore.

La forma solenne in questo campo disciplinare, ovvero quello delle garanzie immobiliari e bancarie marciane, al pari della materia familiare[612], viene rivolta a salvaguardare esigenze di certezza e di giusta ponderazione della scelta solutoria, impegnando anche i notai in un controllo, almeno formale, sulla legittimità delle forme di autotutela esecutiva da parte del creditore.

Non manca chi[613], al contrario, considera il cennato obbligo formale rivolto a disciplinare esclusivamente il profilo della pubblicità, qualificandola come forma "*ad regularitatem*"[614], e non la validità dell'atto. In altre parole, ai fini della liceità dell'accordo traslativo con funzione solutoria sarebbe sufficiente il solo rispetto della forma scritta, quale veicolo che consente di esprimere, con adeguata certezza, la volontà negoziale, mentre per

---

608 V. ANDRIOLI, *Tutela dei diritti* cit., p. 51 ss.

609 S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis* cit., p. 45.

610 A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 410.

611 A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., pp. 406-407.

612 Si pensi all'art. 768 *ter* c.c. in materia di patto di famiglia. Sulla forma solenne notarile del patto vedi G. OBERTO, *Il patto di famiglia*, Padova, 2006, p. 1 ss.; S. DELLE MONACHE, *Spunti ricostruttivi e qualche spigolatura in tema di patti di famiglia*, in *Riv. not.*, 2006; U. LA PORTA, *Il patto di famiglia*, Torino, 2007, p. 1 ss.

613 A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 407.

614 S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis* cit., p. 45 esplicita la ragione dell'imposizione formale per dirimere le conflittualità con i terzi e, non già, per la validità del negozio. Non si tratta, neanche, di un'indicazione formale di protezione, similmente agli articoli 23 t.u.f e 117 t.u.b., mancando quelle istanze di protezione del contraente debole come il debitore.

la successiva annotazione del patto condizionato dovrebbe essere necessario ricorrere all'utilizzo della forma autentica notarile, nella sola veste dell'atto pubblico e non della scrittura privata autenticata.

Non si tratta, in quest'ultimo caso di un vero e proprio "atto notarile" come richiesto dalla norma, attivandosi il notaio adito per il solo controllo della veridicità delle sottoscrizioni, senza operare alcun controllo cartolare sul contenuto delle dichiarazioni.

5.1. La natura contraddittoria dell'istituto.

La complessa oscurità richiamata si riverbera sulla natura giuridica di tale forma di alienazione con scopo di garanzia. In questo settore dei meccanismi marciani, la dottrina[615] si è preoccupata di individuare la qualificazione giuridica di un'operazione dai marcati tratti solutori, connotata dalla cautela marciana, precisando che l'intervenuta tipizzazione legislativa del patto nel 2016 consente di superare tutte le altre questioni dubbiose relative alla meritevolezza[616] e all'ammissibilità dello stesso sul piano dell'intero ordinamento giuridico.

Allo stato, si deve sottolineare, come non si sia ancora raggiunta una unanimità di veduta su tale questione, presentandosi plurime impostazioni ermeneutiche che, come vedremo, si caratterizzano per essere caratterizzate da profili dubitativi.

Una prima corrente interpretativa che, per la verità, potremmo considerare maggioritaria[617] considera la fattispecie marciana speciale come un negozio con causa di garanzia, teso a "governare pattiziamente la patologia di un rapporto obbligatorio ineseguito". Secondo tale visione siamo in presenza di una dazione di pagamento anticipata rispetto all'inadempimento condizionante il momento a far data dal quale il creditore riesce a soddisfare effettivamente il proprio interesse.

Si inquadra la fattispecie nell'ambito delle modalità estintive del rapporto obbligatorio diverse dall'adempimento e satisfattorie per il creditore. Un ambito normativo incompiutamente disciplinato dal legislatore del '42 che avrebbe considerato le norme tipizzate come meri tasselli di un *puzzle* destinato a riempirsi per il tramite di altri istituti come l'adempimento del terzo, la cessione dei beni ai creditori e la cessione del credito in luogo dell'adempimento[618].

Questi negozi, di matrice codicistica, avrebbe in comune la finalità perseguita ovvero l'estinzione dell'obbligazione con liberazione del debitore originario, ma si diversificherebbero per la tecnica di soddisfazione creditoria utilizzata. In questo caso, e per la verità in maniera analoga nella cessione di un credito in luogo dell'adempimento *ex* art. 1198 c.c., al creditore giunge in funzione satisfattoria non il bene originario, ma un "surrogato" dello stesso[619].

La teoria che ha proposto l'orientamento in esame ritiene, poi, superabili i due principali rilievi ostativi all'inquadramento nella fattispecie codificata nell'art. 1197 c.c.: innanzitutto, non rappresenta un argomento efficacemente preclusivo il momento di conclusione

[615] Rilavante è l'opera di ricostruzione del dibattito operata da A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 403 ss.; G. D'AMICO, *La resistibile ascesa* cit., p. 23 ss.; A. DOLMETTA, *La ricerca del marciano utile* cit., p. 814.
[616] Vedi *supra* Cap. I, par. 6.
[617] S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis* cit., p. 53 ss.; A. SCOTTI, *cit.*, p. 1477 ss.
[618] V. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, Torino, 2015, p. 200 ss.
[619] Si rinvia per il tentativo di un'analitica ricostruzione al Cap. I, Par. 4.

dell'accordo che nell'art. 48 *bis* viene individuato in un tempo precedente all'avveramento della condizione di inadempimento del debitore. La stipula anticipata può spiegarsi sulla base della considerata condizione del debitore, che versando in preventiva difficoltà finanziaria, sarà spinto a concludere l'accordo di garanzia. Inoltre, non rappresenta una considerazione effettivamente ostativa al richiamato inquadramento il disposto dell'art. 1197 c.c. che consente la conclusione dell'accordo solutorio con l'adempimento di una prestazione di valore maggiore a quella da estinguere.

La teoria, seppur autorevole, è stata oggetto di un principale rilievo critico che ne ha minato la sua compatibilità con i principi del diritto delle obbligazioni: diametralmente opposta alla dazione di pagamento, l'escussione negoziale dell'art. 48 *bis* rappresenta un accordo che rimette l'articolazione della vicenda estintiva, attraverso la cautela marciana, nelle mani del solo creditore, il quale non potrebbe scegliere unilateralmente di agire per l'adempimento della prestazione, ovvero per la risoluzione del contratto o, addirittura, per l'esecuzione dell'accordo solutorio "preventivo"[620].

Sulla base dell'obiezione ora riferita, la stessa dottrina critica ravvisava la possibilità di considerare l'accordo traslativo come un'opzione di *datio in solutum*, concedendo al creditore la libera scelta di ottenere la prestazione oggetto del marciano rispetto a quella originaria e principale[621].

Neanche tale inquadramento sembra corrispondere alla reale articolazione negoziale della fattispecie, poiché l'art. 48 *bis* t.u.b. lascia completamente libero il creditore bancario di decidere tanto di procedere all'escussione satisfattoria che di scegliere il momento di attivazione della cautela, mentre la disciplina dell'art. 1331 c.c. impone alle parti di fissare il "termine di irrevocabilità" senza il quale è previsto l'intervento suppletivo del Giudice[622].

È chiaro che la riconducibilità del patto marciano degli imprenditori alla *datio in solutum*¸ anche se in una logica anticipata o opzionale, era volta a superare tutti i dubbi di validità riguardanti eventuali accordi derogatori del meccanismo legale congegnato all'art. 48 *bis* t.u.b. L'impostazione richiamata sconta un ulteriore rilievo critico riguardante, questa volta, la generale liceità dell'istituto codicistico che, da ultimo, risente di una nuova considerazione ogni qual volta si accerti tramite lo stesso una palese violazione degli interessi del debitore.

---

[620] G. D'AMICO, *La resistibile ascesa* cit., p. 25; A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 403.

[621] Un argomento favorevole all'inquadramento sembra ricavarsi dal mancato riconoscimento di una precisa ed autonoma identità all'istituto in esame. Diversi gli approcci interpretativi che hanno affrontato la natura del patto di opzione: M. D'ORAZI, *Della prelazione legale e volontaria*, Milano, 1950, p. 307; A. DE MARTINI, *Profili della vendita commerciale e del patto estimatorio*, Milano, 1950, p. 754; F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952, p. 178; C. M. BIANCA, *Diritto civile* cit., p. 269.

[622] Sul termine di efficacia del patto di opzione si ritiene che la mancata indicazione del termine consenta di considerare efficace l'accordo entro il periodo di prescrizione decennale. Sul punto Cass. Civ., Sez. I, 22 gennaio 1982, n. 436, in *Riv. dir. civ.*, 1984, II, p. 618

Si è sostenuto[623] che l'accordo disciplinato all'art. 1197 c.c. non si sottrae all'esperimento dei "rimedi generali in materia contrattuale"[624] e, anche, alla nullità per violazione del divieto di abuso di dipendenza economica di cui all'art. 9 della Legge n. 192 del 1998 in tutti i casi in cui possa accertarsi che i valori oggetto di patto solutorio fossero sproporzionati rispetto al debito da estinguere.

Ancora, si è ritenuto[625] che l'art. 48 *bis* abbia introdotto un nuovo tipo negoziale caratterizzato da una struttura creditizia cui accede, con *causa cavendi*, il successivo patto di alienazione sospensivamente condizionato. La considerazione di un istituto innovativo, non inquadrabile in alcuna delle fattispecie tipiche, consente di guardare ad esso come un nuovo negozio del mondo bancario in cui sono presenti la componente creditizia e quella solutorio-satisfattoria[626].

Una diversa tesi, invece, inquadrava l'operazione marciana prevista all'art. 48 *bis* t.u.b. alla stregua di un accordo volto a determinare una predeterminazione convenzionale del danno[627], ascrivibile, seppur sommariamente, alla clausola penale *ex* art. 1382 c.c.[628].

In materia si è certi che l'accordo satisfattorio sarà destinato a produrre i propri effetti in un momento successivo alla nascita del vincolo contrattuale e che le parti abbiano rinviato la produzione dell'effetto traslativo al verificarsi dell'inadempimento del debitore ma, come è chiaro, la penale potrà essere concepita in una dimensione quantitativa eccedente il valore del bene (salvo il disposto dell'art. 1383 c.c.), mentre il marciano previsto all'art. 48 *bis* t.u.b. non potrà, giammai, far acquistare al finanziatore, nell'operazione di trasferimento, la differenza tra il valore del bene rispetto a quello del credito vantato.

Ancora, tra le maggiori posizioni interpretative vi è quella che inquadra la fattispecie nel contesto delle obbligazioni oggettivamente complesse[629], e nella specie, nell'ambito delle obbligazioni facoltative[630], dando vita ad un vero e proprio *pactum de dando solvendo*.

Attraverso l'accodo traslativo con funzione di garanzia si riconosce al creditore la facoltà di chiedere la prestazione dovuta ovvero di attivare il procedimento solutorio, corretto dalla cautela marciana.

Siamo in presenza di una facoltà di scelta che spetta alla esclusiva volontà del finanziatore, il quale potrà effettuare un vero e proprio "calcolo di convenienza" sbilanciato,

---

[623] I rapporti tra *datio in solutum*, patto commissorio e patto marciano sono stati oggetto di approfondimento da A. LUMINOSO, *Patto commissorio* cit., pp. 163-164.

[624] P. GALLO, *Art. 2744* cit., p. 974 ss.

[625] M. TATARANO, *L'art. 120 quinquiesdecies, t.u. l. banc.,* e *L'art. 48 bis, t.u. l. banc*., in *Recenti riforme in tema di garanzie del credito bancario* a cura di R. L ENZI - M. TATARANO, Studi e Materiali, 2017, p. 35.

[626] G. D'AMICO, *La resistibile ascesa* cit., p. 26.

[627] G. BRIANDA, *Le prospettive del divieto* cit., p. 809.

[628] G. D'AMICO, *La resistibile ascesa* cit., p. 26.

[629] Il discorso viene ripreso da G. D'AMICO, *La resistibile ascesa* cit., pp. 24-25.

[630] Affronta il rapporto tra art. 48 *bis* t.u.b. e obbligazioni facoltative A. SCOTTI, *Il trasferimento* cit., p. 1482.

però, in favore della seconda opzione, il soddisfacimento marciano, poiché nel contesto di tale forma speciale di mutuo mancherebbe il rischio di *cross-over*.

Sennonché, anche accogliendo tale impostazione, non mancano taluni profili critici da considerare: si pensi, su di tutti, alla struttura dell'istituto che pone la facoltà di scelta in capo al debitore e, non già al suo creditore[631]. Il debitore, e soltanto lui, potrà decidere di liberarsi dal vincolo giuridico preesistente prestando un'altra cosa, per cui fino a quando la diversa prestazione non sia eseguita, l'obbligazione, nel suo oggetto originario, non risulta adempiuta, onde il creditore potrà sempre agire per l'adempimento o l'esatto adempimento.

Pure accogliendo quella prospettiva volta a considerare le obbligazioni oggettivamente complesse, *rectius* anche quelle facoltative, idonee a soddisfare gli interessi di entrambe le parti del rapporto obbligatorio è innegabile che la facoltà di scelta sia rimessa alla volontà del debitore che, come è logico, intende perseguire il minor sacrificio con la *solutio* della prestazione meno dispendiosa.

La diversa prestazione produrrà i suoi effetti in un momento successivo all'inadempimento dell'obbligazione principale e, quindi, non si pone in facoltà alternativa rispetto ad essa. Nello stesso senso, l'adempimento della prestazione eterogenea da parte del debitore dovrà avvenire entro il termine di scadenza, legale o convenzionale, fissato per quella principale.

Non sembra, però, errata la soluzione prospettata da altra parte della dottrina che, ponendosi nel solco di quella visione tesa a non inquadrare l'istituto *de qua* nell'ambito di quelli specifici del diritto delle obbligazioni, considera lo stesso come la tipizzazione di un negozio traslativo speciale supportato dagli elementi della cautela marciana.

[631] C. M. BIANCA, *diritto civile* cit., p. 139; F. GIRINO, voce *Obbligazione alternative e facoltative*, in *Enc. giur*., XXIV, Roma, 2009, p. 5 ss.; E.A. EMILIOZZI, *Obbligazioni alternative, in solido divisibili e indivisibili*, in *Comm. SCIALOJA-BRANCA*, Libro IV, Delle Obbligazioni, Artt. 1285-1320, Bologna - Roma, 2019, p. 7 ss.

5.3. Gli elementi essenziali del sottotipo marciano tipizzato all'art. 48 bis t.u.b.

È innegabile, e non è azzardato dirlo, che l'art. 48 *bis* t.u.b. sin dal primo comma disciplina la vera e propria ipotesi normativa di cautela marciana[632]. Il complesso di regole che descrivono l'alienazione marciana danno vita ad un'ipotesi di trasferimento immobiliare, o di altro diritto reale, a scopo di garanzia, accessoria di un contratto di finanziamento.

In questo caso, infatti, si inserisce, nell'ambito di un negozio di finanziamento, il patto marciano che consente al creditore, una volta verificatasi la condizione sospensiva dell'inadempimento qualificato del debitore commerciale ex art. 48 *bis* comma 5, di attivare un procedimento di appropriazione definitiva del bene oggetto di garanzia al fine di soddisfare le proprie pretese creditorie.

La disciplina normativa prevede che il detto trasferimento rappresenta il giusto esito di richiesti "meccanismi oggettivi e procedimentalizzati"[633], i quali impongono la congruenza tra i valori e la restituzione dell'eccedenza.

Segnatamente, i caratteri evidenziati sono pienamente presenti nel procedimento disciplinato dall'art. 48 *bis* che prevede, al comma 6 l'intervento di un perito indipendente nella fissazione del valore del bene prestato in garanzia, e al comma 2 l'obbligo di restituzione dell'eccedenza.

In limine la norma, nella sua articolazione sembra individuare tre diverse forme di cautela marciana, così rinnovando, o meglio innovando, il catalogo delle fattispecie che ne possono integrare la struttura. Infatti, al patto marciano concluso al momento del negozio finanziario, nella duplice veste di marciano "nudo" o autonomo e accessorio[634], si aggiunge il cd. marciano "sopravvenuto".

Utilizza tale terminologia un illustre Autore[635], nella sua opera di commento del quarto comma della disposizione in esame, laddove specifica, di sicuro in maniera opportuna, il riferimento alla conclusione del patto marciano in una data successiva alla conclusione del negozio di credito, possibile nella sola variante accessoria ad una garanzia ipotecaria già esistente.

Invero, il *novum* del 2016 non ha inteso estendere il decalogo delle varianti strutturali di cautela marciane offrendo soltanto un'opportunità ai contraenti, *rectius* al creditore, di convenire, forse forzatamente, la stipulata dalla cennata garanzia che si aggiunge al patto di credito già esistente. Ma, questo è il punto, si è voluta limitare la portata applicativa della garanzia marciana sopravvenuta ai soli contratti già conclusi al momento dell'entrata in

[632] Su di tutti L. FOLLIERI, *Il patto marciano* cit., p. 1863; A. LUMINOSO, *Patto commissorio* cit., p. 162; G. D'AMICO, *La resistibile ascesa* cit., p. 10;
[633] Vedi *supra* Cap. I, Par. 3.2.1, nota n. 73.
[634] Vedi *supra* Cap. II, Par. 1.
[635] S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis* cit., p. 47.

vigore della riforma introduttiva dell'art. 48 *bis*, in deroga al principio del *tempus regit actum*. Ciò non significa che la legge abbia riconosciuto il pieno potere di concludere, sempre ed in ogni momento, patti sopravvenuti anche per contratti creditizi stipulati successivamente al Decreto Banche, ma solo regolamentare, in un'ottica di parità di trattamento, la condizione economica dei finanziatori[636].

Ritornando al patto marciano posteriore, la dottrina ha chiarito, poi, che non si realizza un fenomeno assimilabile alla novazione oggettiva del contratto. Manca, infatti, l'*aliquid novi*, avendo i contraenti la sola intenzione di modificare, per aumento, il contratto già stipulato, il cui contenuto minimo rimane chiaramente immutato[637]. Il tutto si evince anche dal dato normativo dell'art. 48 *bis* t.u.b. che non sembra consentire la cancellazione del rapporto già esistente, innestando l'accordo di garanzia sulla base del contratto di credito sottostante.

Sul piano della collocazione temporale sembra, invece, eccessivamente forzata l'estensione della clausola marciana di cui all'art. 48 *bis* t.u.b. agli accordi solutori precedenti la nascita del rapporto principale di finanziamento da garantire. Pur essendovi addentellati normativi che consentono di convergere per questa posizione[638] si deve ritenere come gli stessi non possano concepire la conclusione di siffatti accordi a causa della specialità della materia.

Si deve evitare, a qualunque costo, che il creditore possa esercitare un potere impositivo di conclusione del patto marciano, quale unica condizione della successiva erogazione del credito. Il pericolo dato dalla combinazione procedimentale, patto marciano già concluso, contratto di credito da pattuire, è quello di svilire la libertà contrattuale riconosciuta agli imprenditori che, per la necessità di liquidità, si sentono obbligati alla prestazione di garanzia.

Non vi sono dubbi, invece, che la stipula dell'accordo marciano dopo l'inadempimento del debitore non possa essere ricondotta alla fattispecie di cui all'art. 48 *bis* t.u.b., ma deve essere considerata come una generale ipotesi di "*datio in solutum*", poiché si decide pattiziamente del tipo di prestazione solutoria in sostituzione di quella rimasta incompiuta[639].

Affrontata la tipologia di marciani, lo studio dell'art. 48 *bis* t.u.b. impone di considerare il profilo principale che riguarda la struttura ed il meccanismo di funzionamento della suddetta escussione satisfattoria.

Alla base della cautela marciana tipizzata dalla norma bancaria vi è l'inadempimento che consente di attivare il procedimento di appropriazione definitiva del bene.

---

[636] Anche se per coerenza un altro Autore, tra i più esperti in materia, registra la presenza delle tre varianti, aggiungendo, in una logica autonoma, quella sopravvenuta. A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 404.

[637] A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 404.

[638] La possibilità di un marciano anticipato è stata sostenuta da A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 405 ricorrendo agli articoli 2852 c.c. e 39 comma 2 t.u.b. per il mutuo fondiario.

[639] A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 404.

Il quinto comma della norma, al riguardo, ha introdotto un requisito speciale che qualifica il connotato della gravità di cui all'art. 1455 c.c., la cui soglia rappresenta un limite invalicabile per l'istituto bancario ai fini dell'attivazione del patto marciano. Vale, anche in questo caso, però, quanto già sostenuto per le altre varianti marciane, che non escludono l'esercizio dell'ordinario potere di risoluzione del contratto da parte del creditore per ricorrere al successivo procedimento esecutivo ordinario[640].

In relazione a quest'ultima decisione, non manca chi[641] ha intravisto nella stessa una sorta di rinuncia tacita, o forse per implicito, alla garanzia marciana, che consente al creditore di agire per la risoluzione del contratto con l'obbligo di dimostrare l'esistenza dei presupposti individuati agli articoli 1453 e 1455 c.c.

Ritornando al presupposto temporale, si tratta, anche in questo caso[642], di un inadempimento "qualificato" che viene integrato secondo diverse modalità, a seconda che il termine concordato con il debitore per la restituzione del credito ricevuto preveda il rimborso rateale mensile dello stesso, ovvero il rimborso rateale secondo termini superiori al mese o, ancora, non prevede la formula del rimborso rateale[643].

Nel primo caso, sono presenti due presupposti, considerati dal legislatore cumulativi tra loro, che prevedono l'inadempimento "minimo" di almeno tre rate, anche non consecutive, e, *ad abundantiam*, che il mancato pagamento si sia protratto per oltre nove mesi dalla scadenza[644].

Disciplina, questa, che però sembra introdurre una eccessiva protezione dell'imprenditore-debitore, che potrà sempre paralizzare l'escussione negoziale attraverso il versamento tardivo anche di una sola delle tre rate rimaste insolute[645].

Ancora, e forse questa rappresenta la maggiore incoerenza creata dalla disciplina normativa, negli altri due casi sarà necessario, per il creditore, soltanto aspettare il decorso del termine di nove mesi dalla scadenza del termine di pagamento potendosi attivare il procedimento marciano anche a seguito dell'inadempimento di un'unica rata.

L'incoerenza si riverbera sull'ammontare della rata non saldata, sempre che il creditore non conceda un termine dilatorio al proprio finanziato, che consente l'escussione

---

[640] N. CIPRIANI, *Appunti* cit., p. 1013; E. DE BELVIS, *cit.*, p. 133 ss.; A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 406 e 419; G. ORLANDO, *cit.*, p. 1733. Parla di "due inadempimenti qualificati": G. BRIANDA, *Le prospettive del divieto* cit., p. 808; S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis* cit., p. 89, che descrive la differenza tra l'inadempimento ordinario idoneo a far attivare l'escussione ordinaria e quello del comma 5 per l'escussione negoziale.

[641] G. D'AMICO, *La resistibile ascesa* cit., pp. 14-15.

[642] Il rinvio è alla disciplina dell'art. 120 *quinquiesdecies* t.u.b.

[643] Un'adeguata analisi dell'inadempimento qualificato è stata posta in essere da G. D'AMICO, *La resistibile ascesa* cit., p. 10 ss.; S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis* cit., p. 89 ss. Il primo Autore sottolinea una palese incongruità del criterio utilizzato dal legislatore.

[644] La norma, ispirata a ragioni di proporzionalità, introduce una "postergazione" di dodici mesi allorquando sia stata già rimborsato, da parte del debitore, la soglia dell'ottantacinque percento del mutuo.

[645] Fa emergere questo rischio S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis* cit., p. 89.

satisfattoria anche per il mancato pagamento di un ammontare particolarmente esiguo rispetto all'ipotesi precedente.

Ciò, evidentemente, incide sul requisito della gravità dell'inadempimento in una dimensione del tutto diversa da quella voluta dal legislatore, ma per la verità da lui consentita, dequotandone la portata applicativa. La dottrina ha, infatti, "denunciato" il "rischio che in alcuni casi la Banca possa azionare la clausola marciana quando l'inadempimento non è ancora divenuto così grave da giustificare l'escussione della "garanzia"[646], così profittando il creditore dell'inadempimento anche minimo del debitore per appropriarsi di un suo bene.

D'altra parte, però, si deve sostenere che siamo in presenza di un sistema normativo che coerentemente denota, sulla materia, una visione coordinata assunta dal legislatore nell'ultimo periodo[647].

Si pensi, su di tutti, all'utilizzo dello stesso criterio rateale per qualificare l'inadempimento grave dell'utilizzatore, per il pagamento del canone del contratto di *leasing*. Infatti, anche l'art. 1 comma 137 della Legge n. 124 del 2017 richiede, ai fini dell'applicazione della disciplina satisfattoria in favore del concedente, l'inadempimento di un numero minimo di rate, diversificate a seconda della tipologia di locazione finanziaria conclusa.

Il procedimento descritto dall'art. 48 *bis* t.u.b. prosegue al comma 5, con la notifica obbligatoria, da parte del creditore, della "dichiarazione di volersi avvalere degli effetti del patto", indicando nella stessa, attraverso una nota di precisazione del credito, l'importo per il quale si procede ed ancora dovuto dal debitore.

La formalità richiesta dal legislatore, come già previsto per l'attuazione del meccanismo satisfattorio in materia di credito immobiliare ai consumatori, prevede che la comunicazione venga esternata non solo al debitore, ma anche al terzo datore della garanzia e a tutti "coloro che hanno diritti derivanti da titolo iscritto o trascritto sull'immobile", indipendente dalla data in cui le stesse sono state costituite.

Si tratta, secondo taluni[648], di un meccanismo operativo analogo a quello previsto all'art. 1456 c.c., che consente di risolvere *ipso iure* il contratto, naturalmente a prestazioni corrispettive (il rimborso rateale), con irrevocabilità della scelta da parte del creditore a seguito della conoscenza della comunicazione effettuata al debitore.

Ciò, però, lascia perplessi nella misura in cui la previsione della clausola risolutiva espressa presuppone un preventivo accordo tra i contraenti che fissa in maniera specifica gli inadempimenti fonte della risoluzione di diritto del contratto, mentre la dichiarazione di cui

---

[646] G. D'AMICO, *La resistibile ascesa* cit., p. 11

[647] Solleva, invece, dei dubbi di sistema G. D'AMICO, *La resistibile ascesa* cit., p. 11, allorquando sottolinea l'inadeguatezza del criterio seguito che, differentemente dalla simile fattispecie dell'art. 1525 c.c. si riferisce al numero di rate e alla decorrenza della morosità e non già alla percentuale di debito inadempiuta.

[648] S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis* cit., p. 97; A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 405.

al comma 5 dell'art. 48 *bis* t.u.b. rappresenta un mero presupposto legale per consentire al creditore di impadronirsi del bene del proprio debitore. Laddove, poi, venga qualificata nei predetti termini l'articolazione del comma 5 ulteriori perplessità suscita il comma successivo della disposizione citata allorquando prevede un "termine di attesa" di sessanta giorni per procedere alla nomina del perito estimatore.

Le regole poste dal Codice civile impongono, infatti, che gli effetti prodotti dalla dichiarazione di voler profittare della clausola siano immediati, laddove la disciplina speciale del TUB prevede un termine dilatorio legale per procedere ai successivi passaggi della cautela marciana.

Dovrebbe, poi, verificarsi quale sia l'effettiva *ratio* sottesa alla previsione normativa del richiamato termine sospensivo. Essa, potrebbe individuarsi, come la dottrina[649] ha fatto, in un evidente *favor* per il debitore che potrebbe sfruttare l'ulteriore termine al fine di sanare la morosità prodotta ed evitare le conseguenze pregiudizievoli dalla perdita definitiva del bene concesso in garanzia.

Sennonché una soluzione più coerente con la tutela, anche, delle aspettative del creditore dovrebbe far ritenere che, a seguito della consumazione del potere di agire per l'ordinaria risoluzione del contratto dopo l'invio della comunicazione, al debitore sia precluso qualsiasi recesso attivo dalla mora, potendo evitare la perdita del bene soltanto attivandosi con la restituzione anticipata dell'intero capitale, salva l'applicazione dei principi "*Lexitor*", anche alla materia professionale[650].

Decorsi i sessanti giorni imposti dall'art. 48 *bis* t.u.b., il creditore dovrà, poi, procedere ad esaurire l'ultimo passaggio, prima di ottenere il trasferimento solutorio e definitivo del bene. Lo *step* conclusivo della fase precedente l'apprensione effettiva del bene viene identificato dalla legge nella stima dello stesso, frutto dell'intervento di un perito nominato dal Presidente del Tribunale del luogo in cui è ubicato l'immobile.

Il comma sesto della disposizione in esame disciplina non soltanto il *sub*-procedimento di stima del bene, ma, anche, gli specifici criteri che dovranno essere rispettati dallo stesso in sede di valutazione dell'immobile.

Sul piano strettamente tecnico, l'esperto estimatore deve osservare i criteri di valutazione dell'immobile individuati dagli articoli 568 del Codice di procedura civile, in materia di espropriazione immobiliare, e 173 *bis* disp. att. c.p.c.[651].

---

[649] G. D'AMICO, *Alienazioni a scopo di garanzia* cit., p. 586; S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis* cit., p. 97.

[650] Vedi *supra*, Cap. II, par. 4.3.; vedi anche nota 502. I principi derivanti dalla pronuncia comunitaria *Lexitor* dovrebbero applicarsi in tutte le ipotesi di rimborso anticipato, anche se al di fuori della materia consumeristica.

[651] Per la trattazione del procedimento di stima giudiziale si rinvia a T. RUMI, *Il prestito vitalizio* cit., pp. 146-147.

La norma, peraltro, rinvia alla disciplina dell'art. 1349 comma 1 c.c. che regolamenta l'attività del terzo arbitratore, il quale, dovendo seguire i criteri tecnici già menzionati, dovrà procedere secondo l'equo apprezzamento.

In mancanza di determinazione al terzo, vi sarà l'intervento sostitutivo dell'A.G., mentre qualora l'attività non sia rispettosa dei criteri citati, ovvero avvenga in maniera eccessivamente iniqua o erronea si esclude la possibilità dell'intervento sussidiario del Giudice, dato che l'art. 48 *bis* comma 7 t.u.b., in termini generici, prevede che il debitore possa contestare la stima, secondo taluni[652] attraverso il rimedio processuale dell'opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615 c.p.c.

Non si esclude, anche, un potere di *exceptio* ai sensi del comma 7 da parte del creditore che contesti la manifesta iniquità della valutazione, in quanto eccessiva rispetto al valore di mercato del bene concesso in garanzia. Ferma, anche in questa situazione, la possibilità di attivare l'escussione satisfattoria del bene concesso in garanzia, il Giudice adito potrà, soltanto, sindacare il valore attribuito al bene, di norma attraverso la nomina di un altro consulente tecnico, senza però poter incidere sul meccanismo di apprensione del bene.

Sul piano strettamente procedimentale il legislatore speciale del Testo Unico bancario ha previsto, in omaggio alle regole del contraddittorio, la necessità che la stima effettuata dal perito non sia il frutto di un lavoro in solitudine, ma il prodotto finale su cui possono intervenire anche gli attori del negozio di credito. È, infatti, previsto un obbligo giuridico di comunicazione della stima (o della bozza di essa), sulla quale tutte le parti del contratto, compresi il terzo datore di garanzia e gli altri creditori, possono incidere per il tramite del deposito di note scritte.

Si apprezza lo sforzo del legislatore che ha rispettato le più volte richiamate indicazioni della dottrina e della giurisprudenza conformando una forma di alienazione in garanzia tendenzialmente rispettosa degli elementi strutturali del correttivo marciano.

Lo sforzo profuso sembra, però, tradire in parte le aspettative nella misura in cui le tre principali varianti di marciano prevedono criteri di scelta del perito eccessivamente diverse, l'una dalle altre. Infatti, mentre nel prestito vitalizio ipotecario l'estimatore viene scelto, incomprensibilmente, dal solo finanziatore[653], nell'escussione forzata stragiudiziale del credito immobiliare ai consumatori lo stesso viene scelto da parte di entrambi i contraenti del contratto di finanziamento[654], con intervento del Giudice soltanto nel caso di dissenso di uno di essi.

Dunque, realizzata la condizione sospensiva di inadempimento, su cui si tornerà tra poco, il creditore diverrà il proprietario del bene ricevuto in garanzia previa restituzione dell'eccedenza al proprio debitore, o al terzo datore di garanzia, secondo le regole di tutela del diritto di proprietà e di tutela dall'ingiustificato arricchimento.

---

[652] A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 419.

[653] Vedi *supra*, Cap. II, par. 3.4.

[654] Vedi *supra*, Cap. II, par. 4.3.

Invero, la restituzione dell'esubero, per come configurata dall'art. 48 *bis* comma 2 e 8 t.u.b. rappresenta un ulteriore presupposto normativo che funge da condizione necessaria ai fini dell'apprensione coattiva e definitiva della proprietà di un bene o di altro diritto immobiliare sullo stesso.

Dalle considerazioni appena svolte non vi sono particolari perplessità nell'inquadrare il meccanismo disegnato all'art. 48 *bis* t.u.b. nel contesto della garanzia marciana. Anzi, attraverso lo stesso, si realizza una sorta di commistione tra "negozio e procedimento"[655] che vede intrecciarsi l'autonomia privata, riconosciuta ai contraenti, con gli obblighi ordinamenti imposti agli stessi.

Si riscrive con la disposizione in esame, nel solco dell'impostazione tradizionale che configura quale unico esito dell'escussione stragiudiziale satisfattoria, ma conformata dalla legge, quello dell'apprensione definitiva del cespite immobiliare da parte del creditore, il rapporto, senza dubbio, problematico tra patto marciano e commissorio[656].

Non più l'alienazione in garanzia corretta dalla clausola marciana come l'eccezione alla norma-principio (il 2744 c.c.) che vieta, ma come quella contro-regola, o principio autonomo, che non si pone in contraddittorio con il divieto del patto commissorio, ma si affianca ad esso nel contesto dei trasferimenti solutori.

Non si pone, in senso tecnico, un rapporto regola-eccezione considerandosi, a prescindere dall'approccio funzionale utilizzato, l'alienazione sospensivamente condizionata con garanzia di equivalenza tra i valori come una stipulazione valida poiché inidonea a rendere possibile qualsivoglia prevaricazione della posizione del debitore.

La clausola marciana, ricondotta all'autonomia privata[657], rappresenta in tale contesto il momento iniziale del procedimento satisfattorio che consente di soddisfare le pretese creditore attraverso un bene succedaneo e diverso da quello oggetto del contratto.

[655] S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis* cit., p. 92.

[656] A. DI MAJO, *Dominio* cit., p. 200.

[657] Il rinvio è alla teoria negativa che considera il procedimento satisfattorio dell'art. 11 *quaterdecies* comma 12 *quater* D.L. 203 del 2005 come un mero effetto legale della scelta di quello specifico contratto. Vedi *supra* Cap. II, par. 3.4.

5.3. Due questioni complesse: la condizione sospensiva e l'effetto esdebitatorio.

L'art. 48 *bis* comma 1 e 8 t.u.b. prevede che l'acquisizione definitiva del bene concesso in garanzia in favore del finanziatore si verifica a seguito dell'avveramento dell'evento sottoposto a condizione sospensiva della stipula contrattuale. Il trasferimento solutorio viene ricondotto ad un fatto, giuridico, condizionale che nella specie opera come unilaterale, perché nel solo favore del creditore.

Sussiste, al riguardo, una lampante confusione legislativa laddove, formalmente, il dato testuale si riferisce all'inadempimento, mentre da un punto di vista sostanziale si specifica che lo stesso possa dirsi integrato, non già quando siano trascorsi i nove mesi (o, i dodici) indicati dal comma 5, ma quando avvenga la "comunicazione al creditore del valore di stima di cui al comma 6" ovvero quando sia avvenuto il "versamento all'imprenditore della differenza di cui al comma 2".

Siamo in presenza di una condizione sospensiva[658] la quale si lega direttamente ed indirettamente al valore del bene oggetto di garanzia, valutato dal perito imparziale e trasferito al creditore per effetto del meccanismo "marciano".

Indirettamente ad esso in tutte le ipotesi in cui il bene trasferito abbia un valore minore all'importo del credito non pagato. La comunicazione, allora, del valore del bene, ai sensi del comma sesto dell'art. 48 *bis* t.u.b., senza che su di esso siano sollevate contestazioni giudiziarie dai contraenti, consente di ritenere definitivo il trasferimento *solutionis causa* del bene stesso in favore del creditore.

Direttamente, nel caso in cui il valore del bene oggetto di garanzia sia eccedente rispetto al credito vantato, posponendosi il momento di avveramento della condizione e, dunque, la verificazione dell'apprensione coattiva del diritto da parte del creditore, alla restituzione del *quod superest* al debitore oppure al terzo datore della garanzia.

Prima di affrontare il tema dell'area di operatività e degli effetti della condizione, è necessario verificare se possa dedursi nel contesto di questa forma di finanziamento anche quella risolutiva di adempimento. Essa, laddove dedotta nel contratto, rende il creditore immediatamente titolare della res o di altro diritto reale sulla stessa, operando il successivo adempimento dell'obbligazione restitutoria da parte del creditore quale causa di inefficacia *superveniens* dell'acquisto conseguenza del patto.

Sin da subito giova sottolineare che, nell'ambito della prassi commissoria si era ritenuta idonea a violare il divieto di cui all'art. 2744 c.c. anche l'alienazione in garanzia immediatamente traslativa in favore del creditore del diritto del proprio debitore. Inoltre, la dottrina ha sostenuto l'irrilevanza dell'interpretazione letterale dell'art. 48 *bis* t.u.b. che richiama la sola condizione sospensiva[659]. Sulla base di tali considerazioni, allora, potrebbe

[658] D. MARI, *cit.*, p. 1116; A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 420 ss.
[659] S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis* cit., p. 93.

considerarsi come meramente esemplificativo il solo rinvio alla condizione sospensiva non già idonea ad escludere che i contraenti nel rapporto di finanziamento prevedano il trasferimento risolutivamente esposto al pagamento del debitore.

In tale assetto interpretativo si deve dare rilievo anche all'impostazione sfavorevole alla deduzione, nel contenuto contrattuale della clausola risolutiva di cui all'art. 1353 c.c., che argomenta la citata presa di posizione negativa sulla base di talune motivazioni, tra cui spicca quella che tiene conto del procedimento tipizzato dallo stesso legislatore inconciliabile con la diversa fattispecie accessoria. Il "pagamento traslativo procedimentalizzato"[660] inquadrato dall'art. 48 *bis* t.u.b. richiede un'articolazione procedimentale incompatibile con l'acquisto immediato all'esito dell'accordo marciano. La legge considera sedimentato l'acquisto della proprietà al momento della verifica dell'inadempimento qualificato e non quale esito del patto che nella dinamica contrattuale produce soltanto effetti obbligatori.

La peculiarità della fattispecie consente di incidere anche sulla disciplina generale della condizione in deroga ad uno dei profili principali della stessa, quale la retroattività dei suoi effetti[661]. L'eccezionalità della disciplina bancaria di lega alla natura del rapporto, di garanzia, che esclude la possibilità di ritenere il creditore, *ab origine*, proprietario del bene o titolare del diritto reale sullo stesso. Solo al momento di avveramento della condizione e, quindi, in caso di restituzione dell'eccedenza potrà considerarsi esaurito il procedimento marciano di apprensione coattiva e definitiva del bene.

La suddetta posizione produce, però, una serie di rilevanti conseguenze in tutte le ipotesi in cui il debitore abbia alienato, dopo la stipula della convenzione marciana, il bene a terzi. Aderendo alla prospettiva esaminata, il terzo sub-acquirente farà salvo il proprio acquisto, salvo la dimostrazione del creditore della sua conoscenza circa il trasferimento di un bene assoggettato a garanzia immobiliare marciana, così dovendo risarcire il danno prodotto per effetto nella cooperazione all'altrui inadempimento.

Al contrario, accogliendo la diversa prospettiva[662] che supera ogni deroga alla disciplina generale e, quindi, anche alla irretroattività della condizione, si deve sostenere la prevalenza dell'acquisto solutorio del creditore marciano rispetto ad ogni altro trasferimento successivo alla trascrizione *ex* art. 48 *bis* comma 9 t.u.b.

La posizione da ultimo richiamata sembra giustamente ricollegarsi anche al comma 10 che disciplina i rapporti tra escussione marciana e espropriazione ordinaria, avente ad oggetto lo stesso bene, ed iniziata da altri creditori (o legatari). Quantunque il procedimento esecutivo giudiziario sia già iniziato prima dell'avveramento della condizione è possibile

[660] La teoria negativa e l'espressione sono di S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis* cit., p. 77 e 93 ss. si pone il problema della compatibilità tra clausola marciana e condizione risolutiva anche A. DOLMETTA, *La ricerca del marciano utile* cit., p. 818.

[661] A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 406; diversamente D. MARI, *cit.*, p. 1116 che ritiene pienamente applicabili le "norme codicistiche disciplinanti la condizione sospensiva (e risolutiva)", così applicando retroattivamente la condizione anche nella fattispecie di cui all'art. 48 *bis* t.u.b.

[662] D. MARI, *cit.*, p. 1111 ss.; S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis* cit., pp. 70-71.

che il creditore marciano possa, in ogni caso, appropriarsi del bene prestato in garanzia purché la trascrizione dell'accordo solutorio condizionato sia precedente, ai sensi delle norme codicistiche, all'atto di pignoramento.

La retroattività dell'acquisto, sin dal momento della conclusione del patto di cui all'art. 48 *bis* comma 1, pone al riparo il creditore procedente rispetto agli altri creditori del comune debitore, che potranno rivalersi delle proprie pretese soltanto sul versamento della differenza di cui al comma 5, che avverrà in favore della procedura e non già del debitore.

Il concorso di procedimenti, giudiziario e stragiudiziario, vede sussistere una maggiore interferenza del Giudice che provvederà direttamente a far valutare il bene e accertare[663] l'inadempimento e il successivo avveramento della condizione sospensiva, sempre nel rispetto, laddove possibile, delle aspettative di tutti i soggetti interessati, compreso il debitore esecutato.

In questo caso il potere esecutivo ritorna al suo reggente naturale, il Giudice dell'Esecuzione che, per il tramite di una procedura giudiziaria determina la stabilizzazione dell'acquisto della proprietà in capo al creditore e, contemporaneamente, nel rispetto della *par condicio creditorum* detta tutte quelle cautele volte a tutelare l'interesse economica della platea degli altri creditori.

Sembra corrispondere al vero, l'affermazione di chi considera la fattispecie come una sorta di recupero della "giudiziabilità"[664], al pari dell'ipotesi in cui il debitore contesti la stima del perito, sussistendo il necessario intervento del Giudice a tutela della posizione di tutti i soggetti coinvolti, compreso il debitore.

Sembra legarsi alla disciplina dell'art. 1360 c.c., anche, il comma 13 dell'art. 48 *bis* t.u.b., nella misura in cui introduce una peculiare equiparazione del patto marciano alla garanzia ipotecaria. Tralasciando i già affrontati profili di realità del patto ed il rispetto del principio di tipicità dei cennati diritti, la cui equiparazione sembra fornire un'inevitabile conferma[665], si è ritenuto prevalente il creditore marciano, rispetto agli altri creditori ipotecari, in tutti i casi in cui l'annotazione del primo precede l'iscrizione dei secondi.

In tal senso il diritto di preferenza accordato al creditore titolare di ipoteca è subordinato al mancato avveramento della condizione di inadempimento e alla formalità prevista al comma 13 della disposizione affrontata, dovendo subire gli altri creditori una sorta di atipica sospensione normativa dell'esercizio delle proprie pretese in attesa dell'esaurimento dell'attività.

I rapporti in esame sembrano confermare quel particolare orientamento volto a conferire, similmente a quanto già detto in materia di cessione del credito a scopo di garanzia,

---

[663] V. CONFORTINI, *Sulla garanzia per vizi* cit., p. 240.

[664] S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis* cit., p. 75, nt. 131; di contro, M. TATARANO, *Il mutuo bancario tra sistema e* prassi, Napoli, 2012, p. 250. che rimette, anche in questo caso il potere decisorio all'intermediario abilitato.

[665] Vedi *supra*, Cap. I, par. 6.

all'alienazione con scopo di garanzia corredata dal correttivo marciano, la natura di un negozio fiduciario o, comunque di un "patrimonio separato (a scopo di liquidazione satisfattoria)"[666], che, *ad tempus*, fa uscire il bene in garanzia dal patrimonio del debitore, fino al momento in cui questi, o un terzo, si renda adempimenti del finanziamento ricevuto.

L'acquisto definitivo del creditore, quale esito della sola certificazione dell'inadempimento del debitore ovvero della riunione della proprietà sostanziale a quella formale (per coloro che parlano di *fiducia cum amico*) impone di risolvere un ultimo quesito che, per la verità, ha ricevuto due risposte differenti in dottrina.

Bisogna chiarire se il trasferimento di cui all'art. 48 *bis* t.u.b. sia caratterizzato anche dall'effetto estintivo integrale del debito garantito, ovvero se esso sia idoneo a paralizzare il sovraindebitamento del debitore.

Appare certamente inutile effettuare tale verifica, ritenendosi *in re ipsa* l'esdebitazione, in tutte le ipotesi in cui il creditore (ovvero il Giudice, ai sensi del decimo comma della disposizione controversa), restituisca l'esubero al proprio debitore. La restituzione dell'eccedenza certifica, infatti, l'avvenuto integrale soddisfacimento del creditore con l'imposto effetto estintivo della posizione debitoria preesistente.

Diversamente, nel caso in cui il creditore recuperi solo parzialmente il credito finanziato poiché sarà suo interesse "recuperare" la differenza nei confronti del proprio debitore.

In materia, una prima impostazione[667] ha escluso, differentemente dalle precedenti figure analizzate, la presenza dell'elemento dell'esdebitazione quale effetto del trasferimento del bene altrui. Il legislatore, infatti, non ha previsto alcun effetto estintivo, legale, in favore del mutuatario del debito sottostante. Ciò potrebbe essere legato alla specifica posizione soggettiva del finanziato che, dotato della qualifica imprenditoriale ai sensi dell'art. 2082 c.c., deve sopportare tutti i rischi derivanti dall'esercizio della propria attività, compreso quelli connessi al ricorso del mercato del credito.

Ed in tal senso, nell'accogliere la causa solutoria, o meglio "autosatisfattiva" della clausola marciana si è escluso l'effetto solutorio integrale dell'acquisizione del bene altrui di valore minimale rispetto all'importo rimanente da riscuotere. La limitazione di responsabilità ammessa per il debitore meno forte non si può estendere, data la mancanza dell'*eadem ratio* legislativa[668], anche alla variante speciale esaminata[669].

---

[666] S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis* cit., p. 73.

[667] Su di tutti la teoria negativa è stata accolta da A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 422-423.

[668] A. DOLMETTA, *La ricerca del "marciano utile"* cit., pp. 816-817.

[669] Ragiona in questi termini, accogliendo l'impostazione restrittiva, uno degli Autori più esperti in materia quale A. LUMINOSO, *Patto marciano* cit., p. 1413. Non sembra considerare questo profilo A. LUMINOSO, *Patto commissorio* cit., p. 147 ss.; E. DE BELVIS, *L'esecuzione* cit., p. 153 ss.; F. PIRAINO, *L'inadempimento* cit., p. 204; V. CONFORTINI, *Sulla garanzia per vizi* cit., p. 242 ss.; D. MARI, *cit.*, p. 1121. collega l'assenza del presidio naturale dell'esdebitazione alla responsabilità patrimoniale che impone, per ammettere limitazioni della stessa, la presenza di una specifica disposizione di legge che prevede l'effetto estintivo totalizzante.

Il senso della presenza dell'effetto estintivo del debito, nei rapporti *b2c* è quello di proteggere la parte debole del rapporto che potrebbe ritrovarsi, all'esito della stima e dell'escussione marciana, eccessivamente indebitato rispetto alla condizione economica vantata al momento della conclusione del contratto e nel contesto della sua iniziale esecuzione.

Sembra, poi, ragionare correttamente quella tesi[670], adesiva all'impostazione negativa, che ritiene come il creditore, all'esito dell'accordo marciano e della conclusione del procedimento satisfattorio abbia rinunciato soltanto ad agire, immediatamente, sulla restante parte dei beni del debitore, ma non ha, certamente, rinunciato alla parte di credito rimasta insoluta, la quale potrà formare oggetto di espropriazione secondo la disciplina del Codice di procedura civile.

Al contrario, una diversa visione[671] considerava sussistente sul piano interpretativo l'effetto estintivo integrale del debito pregresso. Si valorizzano[672], nell'ambito della tesi estintiva del rapporto garantito, due principali argomentazioni: la prima, impone di superare le incertezze derivanti da un'inutile disparità di trattamento rispetto alla diversa fattispecie di cui all'art. 120 *quinquiesdecies* t.u.b.; la seconda, strettamente giuridica, sottolinea l'impossibilità di considerare possibile una *datio in solutum* parziale[673].

Il risultato è quello di qualificare l'effetto estintivo come un elemento naturale di tale sottotipo marciano, tenendo conto anche della specifica *ratio* dell'istituto che impone, in una logica deflattiva del contenzioso, di evitare l'imposizione rivolta alla generalità dei creditori di ricorrere, sempre e comunque, al giudizio e alla macchinosa procedura esecutiva giurisdizionale. La possibilità, infatti, che il creditore possa ottenere immediata soddisfazione, anche se solo in parte delle proprie pretese, viene contemperata dalla possibile perdita di una parte del credito, senza che la stessa possa dirsi preclusiva all'esercizio delle forme di autotutela esecutiva satisfattoria.

L'eventuale accordo difforme non potrebbe che considerarsi nullo per contravvenzione all'art. 2740 comma 2 c.c.

[670] L. FOLLIERI, *Il patto marciano* cit., p. 1867.

[671] S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis* cit., p. 63 ss.; A. SCOTTI, *cit.*, p. 1480 ss.

[672] S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis* cit., p. 63 ss.

[673] Affrontano il tema della dazione di pagamento parziale S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis* cit., p. 65; A. SCOTTI, *cit.*, p. 1486.

CONCLUSIONI.

Gli interventi legislativi che nel corso del tempo si sono susseguiti, specie nel 2016, hanno fornito un chiaro *assist* alle conclusioni di una parte della dottrina[674] volta a riconoscere la sussistenza di un marciano "primo" o istituzionalizzato.

Il criterio strutturale seguito attesta che si è evoluto il rapporto tra patto commissorio e patto marciano, potendosi intendere quest'ultima stipulazione non più (o, meglio non solo) come una pattuizione derogatoria o accessoria[675] rispetto al divieto del patto commissorio, ma come una contro-fattispecie, nel contesto delle alienazioni condizionate, caratterizzata da specifici elementi e da una specifica giustificazione causale. In tale assetto, e nei termini già espressi, si parla di "alternativa valida ed affidabile"[676], di contro-regola e di "spazio residuo del divieto del patto commissorio"[677], così potendosi affermare, senza margini di dubbio, la presenza di un marciano di diritto comune.

L'approccio volto a generalizzare l'utilizzo del patto marciano si può trarre anche dalla giurisprudenza in materia, che ha affrontato molteplici fattispecie non sempre riconducibili alle variabili tipizzate dal legislatore nel corso degli anni[678].

Dunque, tanto dalle stipulazioni legali, quanto dalle argomentazioni prudenziali già sviluppate, è possibile considerare esistente un archetipo di patto marciano, utilizzabile in tutti i traffici economici, e non solo nei rapporti bancari e finanziari, costruito attorno a tre principali elementi e idoneo a determinare uno specifico corollario.

Sul piano strettamente strutturale, infatti, non può che ripetersi l'articolazione che l'istituto ha assunto nel corso del tempo richiedendo la contemporanea presenza dell'equilibrio tra i valori, garantito *per relationem* dal ricorso a criteri oggettivi di mercato o alla stima di un terzo soggetto (il cd. *loan to value*), imparziale ed esperto in materia, effettuata al momento dell'avveramento della condizione sospensiva di inadempimento del debitore, e dalla restituzione dell'eventuale esubero allo stesso debitore. Debitore che, in questo caso, riceve un bene sostitutivo (del bene trasferito), una somma di denaro, di valore

---

[674] Sul punto si di tutti N. CIPRIANI, *Il patto marciano* cit., p. 239 ss. che parla di "sdoganamento legislativo del marciano".; anche A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 103, 114 e 120; S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis T.U.B.* cit., p. 102; A. DOLMETTA, *La ricerca* cit., p. 812.; A. LUMINOSO, *Patto commissorio* cit., pp. 162-163; Id., *Alla ricerca* cit., p. 234.

[675] A. LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio,* in *Riv.dir.civ.*, 1990, I, p. 219 ss.; V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. Resc.*, 19, Tutela dei diritti, 1, 1997, p. 557 ss.; L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali. Artt. 2740-2744*, in *Tratt. Schlesinger*, Milano, 2010.

[676] A. DOLMETTA, *La ricerca* cit., p. 812.

[677] A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 105 ss.

[678] Sul punto, da ultimo Cass. Civ., Sez. III, 17 gennaio 2020, n. 844, *cit.*, che ha affrontato una fattispecie concreta in cui due soggetti avevano venduto un proprio bene al finanziatore al fine di garantire il debito contratto dal proprio figlio con l'acquirente.

certamente inferiore a quello del bene trasferito, e per il quale potrà agire in ripetizione dell'indebito nei confronti del creditore che, eventualmente, se ne appropri.

La garanzia della restituzione dell'eccedenza consente, quindi, di superare i dubbi di frode del creditore ai danni del proprio debitore e nei confronti degli altri concreditori[679] rispetto al divieto del patto commissorio, tanto accogliendo la prospettiva privatistica che quella pubblicistica delle funzioni dell'istituto. Anzi, i suddetti elementi costruiscono un negozio, perché di questo si può parlare, completamente diverso dal patto commissorio, il cui unico elemento comune concerne il trasferimento solutorio di un bene, ma, in una prospettiva nuova tesa a preservare sia l'interesse del creditore alla realizzazione delle proprie pretese, che del debitore poiché idoneo a facilitare l'accesso al credito, anche se poco solvibile.

L'unico profilo problematico che accompagna il riconoscimento della cautela marciana concerne la tutela degli altri creditori del comune debitore, i quali si troverebbero in una posizione differente rispetto al creditore procedente che, per effetto della prelazione atipica riconosciuta dalla presenza della clausola, riuscirebbe a trarre dalla *res* tutte le utilità idonee a soddisfare le proprie pretese.

Nella costruzione di un marciano ordinario, specie quando il debitore sia titolare di un unico cespite immobiliare, dovrebbe essere previsto un meccanismo pubblicitario semplificato, simile a quello regolamentato in materia di finanziamento di credito immobiliare ai consumatori, idoneo a consentire a tutti i creditori di poter "conoscere" l'esistenza dell'alienazione in garanzia e, quindi, se necessario, opporsi ad essa attraverso lo strumento dell'azione revocatoria.

Inoltre, nella costruzione del meccanismo satisfattorio è necessario tutelare sia il debitore che tutti i creditori, quantomeno "privilegiati" dello stesso, i quali sono titolari di un diritto di credito sull'eventuale esubero, potendosi soddisfare, *pro quota*, delle proprie pretese. In questo caso, la predisposizione di un marciano "utile" dovrebbe imporre al creditore, soddisfatto con preferenza, l'obbligo di effettuare una ricognizione dei debiti privilegiati del debitore al fine di attribuire l'esubero proporzionalmente agli altri creditori, senza passare per l'intervento del debitore.

Orbene, l'autotutela esecutiva stragiudiziale garantita al creditore, e, quindi, il *favor* esistente nei suoi confronti impone un particolare contemperamento quale quello di osservare un onere di riparto delle somme rimanenti; l'articolazione di un marciano generale dovrebbe prevedere la predisposizione di un procedimento giudiziale semplificato, a spese del creditore procedente e idoneo ad operare secondo termini e modalità preventivamente stabilite, simile agli accertamenti tecnici preventivi, in cui il Giudice dell'esecuzione del luogo in cui si trova il bene immobile offerto in garanzia, ricevute le somme, provvederà ad effettuare i dovuti versamenti ai creditori esistenti e certificati.

[679] Cass. Civ., Sez. II, 8 ottobre 2021, n. 27362.

Non si tratta, innanzitutto, di un procedimento innovativo all'interno del nostro ordinamento giuridico[680], purché avvenga nel rispetto dei criteri richiesti dalla stessa Suprema Corte in materia di marciano.

Dall'istituzionalizzazione di un marciano comune deriva, poi, un principale corollario: il patto, infatti, è volto ad attribuire un vero e proprio *ius praelationis* in favore del creditore procedente nel rapporto con gli altri creditori del comune debitore. Si potrebbe parlare di una sorta preferenza atipica[681], frutto di una garanzia reale della stessa natura, che pone al riparo il creditore procedente potendo conseguire, in tutto o in parte, il credito dovuto senza alcuna concorrenza con gli altri creditori.

La prelazione si fonda sull'esercizio di una sorta di diritto potestativo[682] di fonte convenzionale[683] che giustifica poteri unilaterali di appropriazione da parte del creditore nei confronti del proprio debitore, il quale si ritrova in una situazione di soggezione dovendo subire le attività creditorie. Il debitore potrà, allora, soltanto contestare il corretto esercizio del diritto di apprensione, o di vendita, rivolgendosi all'A.G. che dovrà limitare il suo vaglio alla sola verifica del corretto esercizio di siffatto potere.

Siamo in presenza di un sindacato vincolato che limita i poteri di intervento del Giudice al solo accertamento dell'esistenza del diritto, delle modalità di esercizio dello stesso e della equivalenza tra i valori.

Allora, dovrebbe essere diversamente considerato, *rectius* valorizzato, il cd. "merito creditizio" o, ancora, l'eccezione di dolo generale[684] che, previste nell'ambito dei contratti di garanzia finanziaria, potrebbero essere estese nel contesto del marciano primo o istituzionalizzato, quali giusti rimedi attribuiti alla parte debole del rapporto al fine di paralizzare le ingiuste pretese creditorie.

---

[680] Si pensi alla materia successoria e alla liquidazione concorsuale prevista nel caso di accettazione dell'eredità con beneficio di inventario.

[681] F. GAZZONI, *Manuale cit.*, p. 673.

[682] La formula "diritti potestativi" si riferisce a poteri sostanziali di "conformazione" unilaterale dell'altrui sfera giuridica. Nati nell'ambito dell'ordinamento tedesco secondo la nozione di *Gestaltungsrechte*, la citata tipologia di diritti hanno fatto il proprio ingresso all'interno del nostro ordinamento giuridico per il tramite delle teorie di G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, Bologna, 1903, p. 20 ss.; A. P. PISANI, *Ricordando Giuseppe Chiovenda: le note alla «Azione nel sistema dei diritti» del 1903*, in *Foro it.*, 2003, 3, pp. 61-66; L. ENNECERUS, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, II, Marburg 1889, p. 600 ss.; E. SECKEL nell'opera Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts, Darmstadt, 1954.

[683] Molto discussa è la figura in esame che confliggerebbe con il principio di tipicità che, tradizionalmente, ha accompagnato i diritti potestativi. G. MESSINA, *Diritti potestativi*, in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino 1960, p. 743, il quale precisa, con riferimento alle figure di fonte convenzionale, che «ciò non toglie che la legge stessa possa in alcuni casi richiedere che il diritto potestativo sia particolarmente attribuito da un negozio giuridico»; similmente A. CERRI, *Potere e potestà*, in *Enc. giur*., Roma, 1991, p. 3; M. DELL'UTRI, *Potere e democrazia nei gruppi privati. Poteri privati e interessi legittimi tra «Pluralismo» e «Partecipazione»*, Napoli, 2000, p. 21.

[684] Vedi *supra* Cap. I, par. 4.1.

Pertanto, sembrerebbe possibile, nel rispetto dei richiamati contemperamenti, sostenere la presenza, nell'ambito dei traffici commerciali, quale negozio tipico sul piano sociale, di un marciano primo o di diritto comune.

In limine non sembrano esserci dubbi ogni qual volta l'accordo traslativo in garanzia abbia ad oggetto beni mobili, potendosi applicare, per la via analogica, la disciplina generale in materia di pegno ordinario e non possessorio. Conferma e rafforza quanto detto l'applicazione dell'istituto della cessione del credito che può essere piegato al perseguimento di uno scopo di garanzia[685], tradizionalmente, ammesso dalla dottrina e, da ultimo, ripreso dallo stesso legislatore con l'intervento di modifica del D. Lgs. 170 del 2004 (art. 4 e 9 comma 2).

Il vero problema si è posto relativamente alle alienazioni concernenti beni immobili, in relazione al rispetto del divieto del patto commissorio e dei principi che regolano il diritto di proprietà e gli altri diritti reali.

Sul punto, centrale è l'adeguamento della clausola concreta al criterio strutturale[686] e, quindi, l'accertamento della presenza degli elementi che delineano il volto della fattispecie astratta marciana nel caso concreto.

L'idea, quindi, di "scrivere la norma dell'art. 2744 *bis*"[687] quale disposizione ricognitiva della cautela marciana sul piano dei rapporti di diritto comune viene escogitata come una soluzione idonea a superare il "pasticcio" creato dal legislatore nei settori speciali. Però, si deve chiarire che la parola pasticcio non coglie nel segno poiché non assistiamo ad un *deficit* sistematico creato dal legislatore, rappresentando le innovazioni normative che si sono susseguite nel tempo delle risposte, questa volta probabilmente tempestive e opportune, di natura economica e giuridica, a problematiche di smobilizzo della ricchezza in ambiti che richiedevano l'introduzione di meccanismi satisfattori peculiari, per i soggetti coinvolti e le tecniche operative da utilizzare.

Anche senza l'introduzione di una norma si dovrebbe accedere all'idea che, ormai, nell'ambito dei contratti atipici (sul piano giuridico), dovrebbe rientrare la cautela marciana, quale schema negoziale generale utilizzabile nei rapporti di credito-debito e volto a giustificare forme immediate di realizzazione del credito.

In definitiva, si deve accogliere quella posizione tesa a sostenere la validità e la meritevolezza di un patto marciano di diritto comune, idonea a rendere inapplicabile, nel contesto delle operazioni di trasferimento a scopo di garanzia, la sanzione prevista all'art. 2744 c.c.

Sul punto l'ammissione dell'esistenza, e dell'utilizzazione, di un marciano primo o di diritto comune si affianca ai marciani secondi, che operano nel contesto delle garanzie

---

[685] P. PERLINGIERI, *Della cessione* cit., p. 41; F. GAZZONI, *Manuale* cit., p. 675.; B. INZITARI, *La cessione dei crediti a scopo di garanzia* cit., p. 906.

[686] Vedi *supra* Cap. II, par. 2.2.; Cass. Civ., Sez. I, 28 gennaio 2015 n. 1625, *cit*.

[687] A. DOLMETTA, *La ricerca* cit., p. 812 ss.

bancarie aventi ad oggetto beni immobili del debitore. Anzi, lo schema ideale del marciano ordinario si dovrebbe ricavare proprio dai sottoinsiemi speciali e dall'applicazione analogica dell'art. 120 *quinquiesdecies* commi 3 e 4 t.u.b. che "recupera" tutti i tratti caratterizzanti la clausola e rende disponibile l'utilizzo della cautela anche nelle dinamiche di consumo.

Si tratterebbe di una cautela utilizzabile nell'ambito dei rapporti tra soggetti posti in posizione paritaria e nel contesto del secondo contratto, laddove vi è un soggetto, il consumatore-debitore che versa in una situazione asimmetrica nei confronti della controparte professionale. Laddove, invece, si tratta di un contratto tra imprese (cd. terzo contratto), si dovrebbe escludere l'applicazione analogica della normativa speciale bancaria.

L'unico aspetto dubbioso nella costruzione di un patto "ideale e generale" è quello di consentire al creditore la vendita del bene concesso in garanzia, che vede operare l'alienante alla stregua di un mandatario *in rem propriam* del proprio debitore, il quale perde la titolarità del bene attraverso un'unica cessione sul mercato dello stesso operata dal creditore.

Non si tratta in questo caso, sul piano operativo, di una vera e propria alienazione garantita ma di un accordo, connotato di effetti obbligatori, attraverso il quale l'autotutela esecutiva satisfattoria da parte del creditore avviene con una compensazione legale tra il credito vantato e il denaro ricavato dalla vendita.

Allora, sembrerebbero giustificate quelle posizioni rivolte a negare la sussistenza del marciano in assenza di uno specifico accordo tra le parti del rapporto da garantire. L'alienazione sospensivamente condizionata del bene in garanzia non può, certamente, essere contemplato dalla legge quale mero effetto[688] susseguente all'utilizzo di un dato tipo contrattuale.

Il patto alla base della clausola rappresenta un presupposto necessario ed indefettibile che, nella ricostruzione di un marciano ideale o istituzionalizzato, non deve essere tralasciato. La mancanza di un accordo tra i paciscenti alla base di contratto appropriativo di beni concessi in garanzia non potrà che determinare l'invalidità del negozio traslativo per contravvenzione al divieto posto dall'art. 2744 c.c.

Anche sulla scorta di tale ultima considerazione si potrebbe considerare la clausola marciana come un accordo transattivo, con funzione preventiva, volta a disciplinare la fase della realizzazione del credito. Si tratta, chiaramente, di un patto che ha ad oggetto diritti disponibili, quali quelli patrimoniali, che può essere concluso in un momento precedente all'intervento di una lite, poiché rivolto a prevenirne la successiva insorgenza[689].

---

[688] Affronta la questione L. FOLLIERI, *Il patto marciano* cit., p. 1862, che per il prestito vitalizio ipotecario ha escluso la sussistenza della cautela marciana. Nello stesso senso A. ADDANTE, *cit.*, p. 500.; A. PLAIA, *Profili evolutivi* cit., p. 69 ss.; F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito* cit., p. 188.; G. D'AMICO, *La resistibile ascesa* cit., p. 34.

[689] Cass. Civ., Sez. I, 17 ottobre 2019, n.26528. si superano i dubbi sulla determinatezza dell'oggetto controverso poiché alla base di essa vi è la "lite" che le parti tendono ad evitare, nel cui contesto certamente rientra l'attivazione del procedimento esecutivo e ogni controversia giudiziale sul diritto di credito fatto valere.

Nell'ambito di tale cautela non mancano, poi, le reciproche concessioni, nella misura in cui il creditore rinuncia ad attivare il procedimento esecutivo ordinario (in danno e a spese del debitore) e a perseguire il debitore per l'eccedenza, sempreché si possa considerare un elemento immanente dell'accordo marciano l'esdebitazione del debitore. Dal lato, invece, del debitore, il trasferimento del bene rappresenta, certamente, una concessione idonea a determinare l'effetto estintivo dell'obbligazione garantita.

Le concessioni, architrave della figura codicistica in esame, possono essere identificate come una parziale abdicazione delle posizioni assunte dalle parti della lite, sia sul piano del creditore che si astiene dall'attivazione della procedura giudiziale, rinunciando preventivamente ad essa specie nelle ipotesi in cui si possa ritenere l'estinzione integrale dell'obbligazione come effetto *ipso iure* dell'apprensione definitiva del bene, che dal punto di vista della parte passiva del rapporto obbligatorio. Quest'ultima decide di rinunciare, immediatamente, all'esercizio dei poteri codicistici sulla propria proprietà (per effetto del trasferimento condizionato) e dismette, successivamente al proprio inadempimento (o anche dalla conclusione del patto per coloro che ritengono possibile condizionare l'alienazione risolutivamente all'adempimento del debitore[690]) il bene stesso, senza attendere le lungaggini del giudizio esecutivo e la devalutazione che lo stesso subisce, a causa della tempistica giudiziale e di eventuali vendite senza aggiudicazione.

Non si devono omettere considerazioni di ordine non patrimoniale poiché dall'attuazione dell'accordo solutorio sia il creditore che il debitore eviterebbero le agonie derivanti dall'utilizzo della macchina giudiziaria, liberandosi il debitore dal vincolo negoziale e realizzando il creditore la propria aspettativa.

L'ampiezza del significato che ha assunto, nel corso del tempo, l'elemento della concessione consente di ritenerlo esistente nella dinamica marciana, potendo il negozio transattivo assumere il contenuto più vario esaurendosi nell'àmbito del rapporto controverso[691]. Le posizioni sostanziali assunte dalle parti rilevano non solo in riferimento ad una lite in atto, ma, anche, in vista di una controversia che possa insorgere tra loro e che, quindi, intendono prevenire.

Supporta tale soluzione anche parte della dottrina[692] in materia di contratto di transazione che non assegna all'istituto una specifica connotazione causale, ritenendolo un contratto con

---

L'accordo dimostra l'esistenza di una situazione di contrasto tra le parti e la presenza, altresì, della *res dubia* che le parti intendono superare: "la prevenzione della lite, o il suo superamento - e non quindi un astratto accertamento del contenuto esatto ed effettivo della *res dubia* costituiscono quel che è causa/scopo funzionale che muove le parti a transigere". Cass. Civ., Sez. III, 31 gennaio 2019, n.2784

690 Favorevoli alla previsione di alienazioni risolutivamente condizionate: A. DOLMETTA, *La ricerca del marciano* cit., pp. 818-819. F. ANELLI, *cit.*, p. 177 ss. e 303 ss. Accoglie, invece, una prospettiva negativa mutuando la soluzione sulla base dell'art. 48 *bis* t.u.b. e sulla strutturazione della cessione di crediti con scopo di garanzia S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis* cit., p. 77 e 93 ss.

691 F. SANTORO PASSARELLI, *La Transazione*, Napoli, 1986, p. 68.

692 E. DEL PRATO, *voce Transazione*, in *Enc. dir.*, 1994; Id., *La transazione* cit.

causa generica di attribuzione patrimoniale attuata mediante concessioni fatte allo scopo di comporre una controversia, potremmo aggiungere, anche futura.

Inoltre, in funzione rafforzativa, si deve richiamare quell'approccio interpretativo[693] che, per quanto riguarda la garanzia di cui all'art. 48 *bis* t.u.b., qualificava il patto marciano previsto nella fattispecie come un accordo volto a predeterminare il danno da inadempimento contrattuale, così avvicinandosi alla transazione che, sul piano della componente concessoria, sembra poter ammettere una sorta di pattizia determinazione delle modalità di adempimento di quanto dovuto. La prestazione concordata assume una funzione estintiva dell'obbligazione garantita avvicinandosi, anche, alla *datio in solutum*.

La causa generica di attribuzione consente, poi, di rafforzare la qualificazione del patto a causa variabile, di garanzia al momento della conclusione e prima dell'avveramento dell'evento condizionante e solutoria al momento dell'inadempimento, conseguendo il creditore, nei casi di alienazione, un bene diverso (si è parlato in dottrina di "surrogato") rispetto all'oggetto originario dell'obbligazione.

Infine, alla base dell'accoglimento della detta prospettiva si deve riprendere il dato normativo speciale, che in tema di contratti di garanzia finanziaria, all'art. 2 prevede, similmente al disposto dell'art. 1967 c.c., l'obbligo delle parti di rispettare per la conclusione del patto la forma scritta ai soli fini della prova del contratto.

In conclusione, un aspetto chiaramente centrale nella trattazione è quello dell'esdebitazione[694], o, meglio della liberazione del debitore qualunque sia il valore del bene trasferito in garanzia ovvero il ricavato della vendita in danno.

Dal dato normativo *extra*-codicistico non si può ricavare una soluzione, invero necessaria, nell'ipotesi in cui si dà vita ad un marciano generale e di diritto comune.

Sul punto, il richiamato art. 120 *quinquiesdecies* t.u.b. rinvia espressamente all'elemento dell'esdebitazione del debitore a prescindere dal valore del bene trasferito. La norma che opera in materia di credito immobiliare al consumo si potrebbe estendere a tutti i rapporti solutori caratterizzati dal patto marciano.

Sennonché sembra corretta quella opzione interpretativa che ha escluso l'estensione analogica di siffatta disciplina, poiché ritenuta eccezionale, a tutte le alienazioni condizionate, accompagnate dal marciano[695]. Essa potrebbe operare soltanto nelle dinamiche riconducibili ai contratti dei consumatori ma non già quando il creditore opera al di fuori dell'esercizio di un'attività professionale, a prescindere dalla specifica condizione debitoria.

---

[693] G. BRIANDA, Le prospettive del divieto cit., p. 809; Vedi Cap. II, par. 5.1.

[694] Ha argomentato la dottrina che in materia sarebbe più giusto utilizzare il termine "estinzione" che opera nei rapporti tra debitore e creditore mentre l'esdebitazione rappresenta un sintagma concorsuale che di per presuppone l'esistenza di più creditori (L. FOLLIERI, *Il patto marciano* cit., p. 1864).

[695] A. DOLMETTA, *La ricerca* cit., pp. 1420-1421.

Quindi, non sempre l'alienazione condizionata a scopo di garanzia connotata dalla cautela marciana viene stipulata da soggetti posti su posizioni differenti, ben potendo operare anche tra persone dotate di pari forza contrattuale. Si pensi ad un patto traslativo raggiunto da due consumatori ovvero tra due imprenditori, soggetti di norma collocati sullo stesso piano contrattuale. In questi casi, in difformità alle clausole generali di buona fede e correttezza, l'automatico effetto estintivo andrebbe a tutelare esclusivamente una parte a danno dell'altra.

Per cui, se sovrana è la volontà delle parti alla base dell'accordo è possibile accollare il rischio di *cross-over* in capo al creditore soltanto in presenza di una specifica clausola contrattuale. In assenza, e al di fuori dei contratti dei consumatori, non sembra potersi accogliere quella prospettiva tesa a introdurre, in termini generali, l'elemento dell'esdebitazione, quale conseguenza della previsione della clausola marciana[696].

Si deve capovolgere la prospettiva assunta da una parte della dottrina che ha considerato il marciano come istitutivo di una "limitazione pattizia della responsabilità patrimoniale"[697] del debitore, non potendosi desumere dal sistema che la previsione di forme di autotutela esecutiva stragiudiziale comportino, *ex se*, la totale dismissione del diritto di credito vantato.

Milita in tal senso la disciplina degli altri sottotipi marciani come l'art. 48 *bis* t.u.b., che omette di prevederne l'esistenza dell'effetto esdebitativo, così spingendo parte della dottrina[698] a considerare lo stesso non estensibile a tutte le alienazioni marciane.

La suddetta interpretazione si confronta, poi, con le considerazioni della Suprema Corte che, in maniera univoca, nel delineare i presupposti strutturali che delineano il normotipo marciano, non hanno considerato il rischio di *cross-over* come elemento costitutivo ovvero profilo naturale di tale schema negoziale.

Un'interpretazione dell'istituto orientata al rispetto dei valori costituzionali e dei principi di uguaglianza sostanziale e di solidarietà sociale impone di tutelare anche quella parte ritenuta *ipso iure*, forte nell'ambito del rapporto obbligatorio che, per effetto dell'alienazione condizionata, potrebbe ricevere un notevole detrimento alle proprie istanze patrimoniali. Si pensi alla cessione di un bene che "nasconde" dei vizi giuridici o materiali ovvero alla presenza di fenomeni eccezionali quali la forte svalutazione del mercato immobiliare, che determinano una notevole diminuzione del prezzo del bene alienato.

---

[696] L. FOLLIERI, *Il patto marciano* cit., p. 1867: ritiene come il creditore, all'esito dell'accordo marciano e della conclusione del procedimento satisfattorio abbia rinunciato soltanto ad agire, immediatamente, sulla restante parte dei beni del debitore, ma non ha, certamente, rinunciato alla parte di credito rimasta insoluta

[697] F. PIRAINO, *L'inadempimento* cit., p. 199.

[698] A. DOLMETTA, *La ricerca* cit., pp. 1420-1421. A. CHIANALE, *Alienazioni* cit., p. 422-423; A. LUMINOSO, *Patto marciano* cit., p. 1413; indirettamente anche E. DE BELVIS, *L'esecuzione* cit., p. 153 ss.; V. CONFORTINI, *Sulla garanzia per vizi* cit., p. 242 ss.; D. MARI, *cit.*, p. 1121

In tutti questi casi, si impone, in una prospettiva perequativa, la necessità di tutelare tutte le parti del negozio marciano e, dunque, non solo il debitore, che potrebbe beneficiare dell'accordo al fine di ottenere, consapevolmente, la liberazione dall'obbligazione garantita.

La necessità di evitare siffatte sperequazioni trova la propria fonte sulla base di uno dei tre elementi costitutivi della clausola marciana: l'equilibrio tra i valori rappresenta, infatti, un elemento necessario che opera sul versante di entrambe le parti del rapporto negoziale e, quindi, non solo in favore del debitore e ai fini della restituzione dell'eventuale esubero.

Esso, consentirebbe al creditore di verificare la convenienza di utilizzare lo schema marciano (potendo, in ogni caso decidere di agire con l'esecuzione giudiziale) ed evitare, agganciando l'escussione stragiudiziale ad un dato certo, il danno derivante dall'acquisizione di un bene di valore inferiore alla posta creditoria.

Entrambe le cause ritenute idonee a giustificare la cautela, auto-esecutiva e di garanzia, non contemplano, infine, l'effetto solutorio integrale dell'acquisizione del bene altrui di valore minimale rispetto all'importo rimanente da riscuotere. Essa determinerebbe, sul piano della *causa cavendi*, il venir meno del rapporto di garanzia reale immobiliare creato, mentre non è contemplato in alcuna norma o principio generale che nell'attività esecutiva si realizzi l'estinzione totale del debito.

BIBLIOGRAFIA.

AA.Vv. G. GITTI e G. VILLA (a cura di), *L'autonomia privata e le Autorità indipendenti*, Bologna, 2008.

A. ADDANTE, *Il prestito vitalizio ipotecario e schemi negoziali affini* cit., in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 2017, 4.

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

V. AGNESE, *I contratti di garanzia finanziaria nel diritto civile*, Torino, 2009.

A. ALBANESE, *Brevi note in tema di patto commissorio, procura a vendere e autonomia privata ovvero la fattispecie e i suoi confini*, in *Giur. it.*, 2012.

A. ALBANESE, *La valutazione del merito creditizio e l'inadempimento del consumatore nei contratti di credito immobiliare: profili di responsabilità e cortocircuiti normativi*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 6.

G. ALESSI, *I doveri di informazione*, in C. CASTRONOVO-S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale dir. priv. eur*., II, Milano, 2007.

R. ALESSI, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in *Eur. dir. priv.*, 2000

M. ALLARA, *La teoria generale del contratt*o, Torino, 1955.

G. ALPA, *Oggetto del negozio giuridico*, in *Digesto*, Torino, 1995.

G. ALPA, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie di diritto civile*, in *Pol. dir*., 1997.

G. AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996.

G. AMADIO, *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di "abuso dell'autonomia contrattuale")*, in *Riv. dir. priv*., 2005.

S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella legge 119/2016: il c.d. patto marciano*, in *Crisi di impresa e fall*., 2016.

V. ANDRIOLI, *Tutela dei diritti artt. 2740-2789*, in *Comm. Scialoia-Branca*¸ 1958, II.

F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia,* Milano, 1996.

M. ANGELONE, *Interferenze tra ragionevolezza, proporzionalità e buona fede in tema di garanzie*, in *Riv. dir. priv*., 2018.

F. ANNUNZIATA, *Credito al consumo e regole di deontologia professionale dell'intermediario (alcune riflessioni in margine a una recente legge francese*), in *Banca, borsa, tit. cred*., 1991, I.

T. ASCARELLI, *I c.d. collegi arbitrali per l'accertamento del danno nell'assicurazione infortuni*, in *Ass.*, 1936, II.

G. ASCHIERI, *Registrazione delle garanzie reali: soluzioni di diritto interno e prospettive di armonizzazione europea*, in *Contr. e impr. Eur*., 2013.

A. ASQUINI e R. NICOLO, *Garanzie e pubblicità del credito cinematografico*, in *Giust. Civ.*, 1960, IV.

F. ASTONE, *Inadempimento del consumatore e autotutela del finanziatore tra (divieto del) patto commissorio e patto marciano*, in *Eur. dir. priv.*, 2017.

F. ASTONE, *Il trasferimento del credito. Artt. 1260-1267*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2014.

G. AVEZZA, *La legge sulle tasse di registro*, I, Asti, 1895.

G. BACCI, *Osservazioni in tema di appropriazione indebita di assegno dato in garanzia*, in *Banca borsa e tit. cred*., 1986, II.

L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali. Artt. 2740-2744*, in *Tratt. Schlesinger*, Milano, 2010.

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

P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti tra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1965.

G. B. BARILLA, *Pegno non possessorio e patto marciano: dalla tutela statica del credito alle nuove forme di garanzia*, in *Giur. comm.*, 4, 2017.

F. BARRIERE, *La fiducie. Commentaire de la loi n. 2007-211 du 19 février 2007*, in *Il trustee nella gestione dei patrimoni*, a cura di D. Zanchi, Torino, 2009.

G. BAVETTA, *Forme di garanzia atipiche e indirette nel fallimento: la cessione del credito a scopo di garanzia a favore delle banche*, in *Fall*., 1997.

A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, in *Comm. Schlesinger*, 2011.

A. BERLIRI, *L'imposta sul valore aggiunto*, Milano, 1971.

E. BETTI, *Natura giuridica della cessione di beni ai creditori*, in *Riv. dir. comm.*, 1935, I.

E. BETTI, *Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di* obbligazioni, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II.

E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1955.

E. BETTI, *voce "autotutela"*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959.

C. M. BIANCA, *voce "Autotutela"*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 2000.

C. M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, Milano, 2015.

C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957 (con ristampa nel 2013).

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

C. M. BIANCA, *Patto commissorio*, in *Noviss. Dig. It.*, XII, Torino, 1976.

C. M. BIANCA, *VOCE "AUTOTUTELA"*, IN *ENC. DIR.*, IV, MILANO, 2000.

G. BISCARDI, *La lex commissoria nel sistema delle garanzie reali*, in *St. Betti 2*, 1962.

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

A. BLANDINI, *Note minime sulle novelle in materia di garanzie bancarie*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, 5.

F. BOCCHINI-E. QUADRI, *Diritto privato*, Torino, 2011.

S. BONFATTI, in Aa. Vv., *Il nuovo diritto fallimentare*, Torino, 2010.

F. BOSETTI, *Le modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio*, Torino, 2010.

C. BOTTA, *Il mandato irrevocabile all'incasso. Autonomia privata, cooperazione gestoria e tutela degli interessi dei creditori*, Napoli, 2005.

J. BOUTERON, *Le chèque «de garantie »*, in *Banca borsa e tit. cred*., I, 1954.

U. BRECCIA, *La gestione di affari*, in *Tratt. dir. priv.*, 1999.

U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1991.

G. BRIANDA, *Le prospettive del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria, lex mercatoria e tradizione*, in *Contratto e impr*., 2016.

F. BRIOLINI, *La riforma del diritto delle garanzie in Francia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, II.

V. BRIZZOLARI, *Premesse allo studio della surrogazione reale*¸ in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 2018, 1.

F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ*., 2001, I.

M. BUSSANI, *Coesistenza di vendita e mutuo*, in *Nuova giur. civ. comm.*,1989, I.

M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, Torino, 2000.

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

M. CABRILLAC, *Droit des sûretés*, Bordeaux, 2022.

M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo.*, in *NCCL*, 2018, 3.

P. CARRIERE, *La nuova normativa sui contratti di garanzia finanziaria. Analisi critica.*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2005. 2.

R. CALVO, *Le obbligazioni oggettivamente complesse*, Milano, 2018.

C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"*, in *Riv. crit. dir. priv*., 2005.

A. CANDIAN, *Appunti dubbiosi sulla "ratio" del divieto di patto commissorio*, in *Foro it.*, 1999, I.

A. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari. Modelli e problemi nella prospettiva europea*, Milano, 1999.

A. CANDIAN, *Le garanzie finanziarie dopo il D. lgs. 170/04*, in *Temi e problemi della civilistica contemporanea*, a cura di P. PERLINGIERI, Napoli, 2005.

L. CAPUTO, M. CAPUTO, *I pegni*, Milano, 2017.

R. CALVO, *Le regole generali di condotta dei creditori, intermediari e rappresentanti nella direttiva 2014/17/UE*, in *Corr. Giur.*, 2015.

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

P. CARBONE, *Nullità. Rilevabilità d'ufficio. Vendita. Patto di riscatto. Divieto del patto commissorio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I.

C. CARBONNEL, *Le pacte commissoire en matière de sûretés réelles immobilières ou la réforme inachévée*, in *JCP*, 2007.

L. CARCAVALLO, *Garanzie finanziarie e poteri di autotutela del collateral taker*, in *Rass. Dir. civ.*, 2015.

S. CARDARELLI, *L'acquisto di immobili da costruire o in corso di costruzione*, Milano, 2009.

L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1950.

F. CARNELUTTI, *Note sul patto commissorio*, in *Studi di diritto processuale*, 1925, I.

F. CARNELUTTI, *Mutuo pignoratizio e vendita con clausola di riscatto*, Padova, 1946.

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

F. CARRESI, in *Tr. C. M.*, 1987.

F. CARRESI, *Dell'interpretazione del contratto (art. 1362-1371)*, in *Comm. c.c. Scialoia-Branca*, Bologna, 1992N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie.*, Napoli, 2000.

G. CARRIERO, *La legge sulla dematerializzazione degli strumenti finanziari: tecniche giuridiche ed obiettivi*, in *Foro it.*, 1998, V.

R. CATALANO, *L'oggetto del pegno rotativo e il limite di valore entro il quale il bene può essere sostituito*, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 3, 2022.

D. CERINI, *Il prestito vitalizio ipotecario: legal transplant in cerca di definizione*, in *Dir. econ. assicur.*, 2006, 2.

S. CHERTI, *Il prestito vitalizio ipotecario*, in AA.VV. *I contratti bancari*, 2016.

F. CHESSA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *Imm. Prop.*, 2006.

A. CHIANALE, *Alienazione in garanzia e patti marciani*, Milano, 2021.

A. CHIANALE, *L'inutilità dell'ipoteca nel "prestito vecchietti"*, in *Riv. not.*, 2016.

A. CHIANALE, *La nullità del mutuo fondiario per superamento del limite di finanziabilità"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, 5.

M. CIAN, *La dematerializzazione degli strumenti finanziari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, 6.

N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017.

G. CLARIZIA, *Brevi riflessioni in merito alla compatibilità tra la facoltà di adempimento anticipato del finanziamento da parte del beneficiario e l'imposta sostitutiva sui finanziamenti a medio e lungo termine*, in *RDT*¸ 2006, II.

R. CLARIZIA, *Contratti innominati*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1988, XI.

G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica comparata*, Torino, 2004, p. XIII-XIV.

V. CONFORTINI, *Deterioramento del credito e definizione europea di default (profili civilistici)*, in Eur. Dir. Priv., 2022, 3.

V. CONFORTINI, *Primato del credito*, Napoli, 2020.

V. CONFORTINI, *Dell'esecuzione forzata, Art. 2910-2933 c.c.*, in *Comm. Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2020.

V. CONFORTINI, *Sulla garanzia per i vizi nelle vendite in autotutela: il caso del pegno*, in *Banca Borsa Tit. Cred*., 2, 2022.

M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981.

M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. Impr*., 1987.

M. COSTANZA, *Valori mobiliari: titoli di stato in pegno*, in *Contratto Impresa*, 1991.

S. CHERTI, *Prime note sulle modifiche alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *Corr. giur*., 8-9, 2015.

A. CHIANALE, *Alienazioni in garanzia e patti marciani*, 2021, Milano.

A. CHIANALE, *Il pegno non possessorio su beni determinati*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, II.

G. CHINE, *Fideiussione omnibus e contratto autonomo di garanzia*, in *Gius.*, 1996.

G. CHINE, *Il pegno rotativo tra realtà e consensualità*, in *Giur. it.*, 1996, II.

G. P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, 1, Parte generale, Torino, 1894.

C. CICERO, *Riflessi civilistici della violazione di norme tributarie*¸ in *Notariato*, 2020, 2.

F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto,* Napoli, 1995.

G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959.

C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese garantito da trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato*, in *Studium Iuris*, 2016.

M. D'AMELIO, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale: disposizioni generali*, in *Comm. D'Amelio–Finzi*, Firenze, 1943.

G. D' AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in G. D'AMICO-S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*., Saggi, Torino, 2013.

G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Eur. Dir. priv.*, 2019, 1.

G. D'AMICO -S. PAGLIANTINI, *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole. Studi*, Torino, 2018.

G. D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ*., 2005, I.

G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano,* in *Eur. dir. priv.*, 2017, 1.

G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, in *I nuovi Marciani* (a cura di G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, F. PIRAINO, T. RUMI), Torino, 2017.

G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del* diritto, in Contratti, 2010.

M. D'ORAZI, *Della prelazione legale e volontaria*, Milano, 1950.

A. DALMARTELLO, *Il pegno irregolare (o cauzione in senso stretto),* in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1950, I.

V. DANUSSO, *Patto commissorio e vendita a scopo di garanzia*, in *Giur. it.*, 1984, I, 1.

S. DELLE MONACHE, *Spunti ricostruttivi e qualche spigolatura in tema di patti di famiglia*, in *Riv. not.*, 2006.

P. DELMAS SANT-HILAIRE, *Le tiers a l'acte juridique,* in *L.G.D.J.*, Parigi, 2000.

E. DE BELVIS, *L'esecuzione privatizzata*, Napoli, 2018.

P. DE BIASI, *Un nuovo master agreement per strumenti finanziari sofisticati*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001.

G. DE CRISTOFARO, *Verso la riforma della disciplina del credito al consumo*, in *Contratti*, 2009.

A. DE MARTINI, *Il concetto del negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia*, in *Giur. it.*, 1946, I, 2.

A. DE MARTINI, *Profili della vendita commerciale e del patto estimatorio*, Milano, 1950.

C. DE MENECH, *Il marciano innominato tra diritto primo e diritti secondi,* in *Banca borsa Tit. cred.*, 2021, 5.

C. DE MENECH, *Il patto marciano e gli incerti confini del patto commissorio*, in *Contratti*, 8/9, 2015.

R. DE MEO, *Coniugalità e convivenza dei contraenti finanziati nella stipulazione del prestito vitalizio ipotecario*, in AA.VV. *Il prestito vitalizio ipotecario*, Torino, 2017.

G. DE NOVA, *Conversione del negozio nullo,* in *Enc. Giur.*, Roma, 1988.

G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974.

G. DE NOVA, *Sull'interpretazione del precedente giudiziario,* in *Contr. Imp.*, 1986.

M. DE POLI, Asimmetrie informative e rapporti contrattuali, Padova, 2002.

M. DE ROBERTIS, *Gestione d'affari e conflitto di interessi tra gerente e gestito*, in *Contr*., 1998.

E. DEL PRATO, *La transazione*, Milano, 1992.

E. DEL PRATO, *voce Transazione*, in *Enc. dir.*, 1994.

A. DI MAJO A., *Dominio e relazione nell'obbligazione,* in *Eur.dir.priv.*, 2021, 2.

A. DI MAJO, *Giustizia individuale o sociale? Forse una falsa alternativa*, in *Persona e mercato*, 2013.

A. DI MAJO, *Le modalità delle obbligazioni*, in *Comm. Scialoia - Branca*, Bologna-Roma, 1986.

F. DI MARZIO, *Sulla fattispecie "concessione abusiva di credito"*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, II.

P. DI PACE, *Il negozio per relationem*, Torino, 1940.

M. DI PAOLO, *Patto commissorio*, voce del *Digesto civ.*, Torino, 1995, XIII.

A. DOLMETTA, *Cessione di credito in garanzia e prelazione*, in *Fall*., 2016.

A. DOLMETTA G. B. PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, in *Banca borsa tit. cred*., 1985, I.

A. DOLMETTA, *La ricerca del marciano utile*, in *Riv.dir.civ.*, 4, 2017.

A. DOLMETTA, *Garanzie bancarie*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, I.

F.M. DOMINEDO`, *voce "Mandato"*, in *Noviss. Dig. It.*, X, Torino, 1964.

M. EBNER, *voce* "*Patto Marciano"*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, aggior. 2007.

E.A. EMILIOZZI, *Obbligazioni alternative, in solido divisibili e indivisibili*, in *Comm. SCIALOJA-BRANCA*, Libro IV, Delle Obbligazioni, Artt. 1285-1320, Bologna - Roma, 2019.

L. ENNECERUS, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, II, Marburg 1889.

G. ESCALAR, *La lettura della Corte Costituzionale dell'art. 20 T.U.R. e il suo impatto sulle vecchie e nuove operazioni*, in *Corr. trib*., 2021.

M. FABBRINI, *Meccanismi di esdebitazione nella legislazione francese*, in *Dir. fall*., 2008.

G. FALCONE, *"Prestito responsabile" e valutazione del merito creditizio*, in *Giur. comm*., 2017.

A. FENEON, *Le pacte commissoire: une innovation importante du nouvel Acte uniforme sur les sûretés, penant* n°877.

A. FANTOZZI, *Corso di diritto tributario*, Torino, 2004.

M. FERRARIO, *La cessione dei beni ai creditori: un mandato in rem propriam con funzione di garanzia o di liquidazione*, in Riv. trim. dir. proc., Milano, II, 2001.

G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966L. FOLLIERI, *Il patto marciano tra diritto "comune" e "speciale",* in *Nuova giur. civ*., 2018, 12.

G. B. FERRI, *Interessi usurari e criterio di normalità*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1975, I.

P. FILIPPI, *I presupposti oggettivi del presupposto dell'IVA*, in *Dir. prat. Trib.*, 2009, 6.

F. FIORENTINO, *Il labile confine tra fideiussione e garanzia autonoma di fronte alla mala fede del creditore garantito*, in *Eur. Dir. priv.*, 2021, 1.

F. FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie reali nella prospettiva comparatistica*, in *Eur. Dir. Priv.*, 3, 2006.

L. FOLLIERI, *I patti sulla "coercibilità" del credito*, in *Studium Iuris*, 2, 2019.

L. FOX O'MAHONY, L. OVERTON, *Asset– based Welfare, Equity Release and the Meaning of the Owned Home*, in *Housing Studies*, 2015.

M. FRAGALI, *Dell'anticresi,* in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1959.

M. FRAGALI, *Del mutuo*, in *Comm. Sciaoloia-Branca*, Bologna-Roma, 1966.

M. FRAGALI, *Ipoteca*, in *Enc. dir*., XXII, Milano, 1972.

A. FUSARO, *Il prestito vitalizio ipotecario in prospettiva comparatistica*, in *Notariato*, 2, 2017.

E. GABRIELLI, *Dei contratti in generale, Vol.1: Artt. 1321- 1349 c.c.*, in *Comm. Cod. civ.*, a cura di E. NAVARRETTA e A. ORESTANO, Torino, 2011, IV.

E. GABRIELLI, *Del pegno*, in *Comm. cod. civ.*, dir. da E. GABRIELLI, *Della Tutela dei diritti*, 1999.

E. GABRIELLI, *Pegno*, in *Riv. dir civ*., 1997, II.

E. GABRIELLI, *Garanzie del credito e mercato: il modello comunitario e l'antitrust*, in *Giust. civ.*, 2011, 4.

E. GABRIELLI, *Le garanzie finanziarie nel sistema delle garanzie del credito*, in Aa. Vv., *I contratti del mercato finanziario*, a cura di E. GABRIELLI e LENER, in *Tratt. contratti* P. RESCIGNO – E. GABRIELLI, Assago, 2011.

E. GABRIELLI, *"Garanzia rotativa", vincoli sui titoli di Stato e disciplina del pegno*, in *Riv. dir. civ*., 1992, II.

E. GABRIELLI, *Pegno "non possessorio" e teoria delle garanzie mobiliari*, in *Riv. dir. comm*., 2017, II.

E. GABRIELLI, *Perizia contrattuale, arbitraggio e impugnazione dell'apprezzamento del terzo*, in *Giur. it.*, 2017.

E. GABRIELLI, *"Pinocchio, Il "grillo parlante" e il problema del pegno rotativo: spiegazioni….a richiesta (fra il serio e il faceto)*, in *Notariato*, 2002, 3.

E. GABRIELLI, *Sulle garanzie rotative*, Napoli, 1998.

G. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto, Artt.1346-1349*, in *Comm. c.c. Schlesinger*, Milano, 2001.

P. GAGGERO, La *trasparenza del contratto. Per un'analisi dei rapporti di intermediazione creditizia*, Milano, 2011.

P. GALLO, *Art. 2744*, in *Comm. cod. civ.*, (diretto da E. GABRIELLI), Assago, 2016.

P. GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ*., 2007.

F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. impr*., 1997.

F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, in *Tratt. Sacco, Le obbligazioni*, 1, Torino, 2015.

M. GAZZARA, *Considerazioni in tema di contratto atipico, giudizio di meritevolezza e norme imperative*, in *Riv. dir. priv.*, 2003.

F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009.

F. GAZZONI, *Il vestito dell'imperatore (replica "ossessiva" sul pegno rotativo)*, in *Notariato*, 2002, 3.

F. GAZZONI, *Patti successori: conferma di una erosione*, in *Riv. not.*, 2001.

R. GENGHINI, *Patto commissorio e procura a vendere*, in *Cont. Impr.*, 1995.

A. GENTILI, *Le invalidità. I contratti in generale*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, Torino, 2006, II.

A. D. GIANNINI, *Costituzioni di diritto tributario*, Milano, 1938.

G. GIGLIOTTI, *Il prestito vitalizio ipotecario: un reverse mortgage all'italiana?*, in *Corr. Mer.*, 2011.

F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Napoli, 1997.

S. GIORDI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, Firenze, 1903.

G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, III, Firenze, 1885.

S. GIOVA, *La proporzionalità nell'ipoteca e nel pegno,* Napoli, 2012.

G. GITTI, *Problemi dell'oggetto, la determinazione del terzo,* in *Tratt. del contratto* (a cura di VETTORI), Milano, 2006.

G. GORLA, *Del pegno. Delle ipoteche: art. 2784-2799*, Bologna, 1962.

C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti,* 1983, Padova.

F. GRECO, *Art. 1851*, in AA.VV., *Dei singoli contratti*, III, a cura di VALENTINO, in *Comm. Cod. civ.*, dir. Da E. GABRIELLI, Assago, 2011.

M. GRIMALDI, *L'Hyphotèque rechargeable et les pret viager hyphotecaire.* In *Dalloz*, 2006, 19.

D. GRISI, *Forme e modelli della garanzia*, in *Riv. crit. dir. priv*., 1997.

G. GRISI, *Gli obblighi di informazione*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. MAZZAMUTO, Torino, 2002.

B. GRIZIOTTI, *Il principio della realtà economica negli artt. 8 e 68 della legge di registro*, in *Riv. dir. fin*., 1939, II.

A. GUARNIERI, *Meritevolezza dell'interesse*, in *Dig. disc. priv*., Torino, 1994, XI.

A. V. GUCCIONE, *I contratti di garanzia finanziaria*, in *Nuove leggi civ*., 2008.

S. HERBER, *Le pacte commissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006*, in *Recueil Dalloz*, 2007

B. INZITARI, *La cessione dei crediti a scopo di garanzia a favore delle banche*, in *Fall*., 1999.

B. INZITARI, *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito, in Le società*, 2007, 4.

N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999.

A. IULIANI, *Il prestito vitalizio ipotecario nel nuovo "sistema" delle garanzie reali*, in *NLCC*, 2016.

A. IULIANI, *Il diritto privato tra crisi economica ed "economia del debito": dinamiche della giustizia e autonomia privata*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 2017.

D. JARACH, *Principi per l'applicazione delle tasse di registro*, Padova, 1937.

U. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto. La causa e il trasferimento dei diritti*, Torino, 2000.

M. LASCIALFARI, *Alienazioni a scopo di garanzia*, in *Enc. giur.*, Roma, 2004.

V. LAZZARELLI, *Ragionevolezza e proporzionalità nella conservazione della garanzia patrimoniale: nuovi profili applicativi dell'abuso del diritto, Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, a cura di G. PERLINGIERI, Napoli, 2017, II.

D. LEGEAIS, *Droit commercial et des affaires*, Sirey, Parigi, 2001.

R. LENZI, in LENZI e TATARANO, *Recenti riforme in tema di garanzie del credito bancario*, in Studio n. 1-2017/C del Consiglio Nazionale del Notariato.

R. LENZI, *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *Giur. it.*, 2017.

R. LEONHARD, voce '*Lex commissoria*', in *RE*, IV, Stuttgard, 1942, col. 769.

G. LIACE, *Contratto bancario: trasparenza e leggibilità*, in *Giur. Comm*., 2021, 5.

B. LIBONATI, *Titoli di credito e strumenti finanziari*, Milano, 1998.

N. LIPARI, *Intorno alla "giustizia" del contratto*, Napoli, 2016.

N. LIPARI, *Per gli ottanta anni del codice civile*¸ in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ*., 2022, 6.

D. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, 1952.

C. LONGO, *Sulla "in idem addictio" e sulla "lex commissoria" nella vendita,* in *BIRD,* 31, 1921.

L. LORDI, *Del pegno,* in *Comm. D'Amelio-Finzi*, Firenze, 1943.

A. LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio,* in *Riv.dir.civ.*, 1990, I.

A. LUMINOSO, *Il mandato*, Torino, 2000.

A. LUMINOSO, *La nuova disciplina delle garanzie nella vendita al consumatore (una prima lettura del D.LGS. n. 170/2021)*, in *Eur. Dir. priv.*, 2022, 3.

A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto, art. 1500-1509, in Tratt. Schlesinger*, Milano, 1987.

A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, XXXII, Milano, 1984.

A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi,* in *Riv. dir. civ.,* 2017, 6.

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

R. LUPI, *Le imposte sui redditi, sul valore aggiunto e sui trasferimenti*, Milano, 1991.

R. LUPI, *Un'imposta sostitutiva "consapevole", anche se non logicamente necessitata*, in *Dialoghi dir. trib.*, 2007.

F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti tra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I.

F. MACARIO, *Circolazione e cessione dei diritti in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. civ*., 2006.

F. MACARIO, *Genesi, evoluzione e consolidamento di una nuova clausola generale: il divieto di abuso di dipendenza economica,* in *Giust. civ.*, 3, 2016.

F. MACARIO, *Il divieto del patto commissorio,* in *Dir. Civ.*, diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, 2009, vol. IV, II.

D. MAFFEIS, *Il contraente e la disparità di trattamento delle controparti*, in *Riv. dir. priv*., 2006.

D. MAFFEIS, *Direttiva 2014/17/UE: rischi di cambio e di tasso e valore della componente aleatoria nei crediti immobiliari ai consumatori*, in *Banca borsa tit. cred*., 2016.

U. MALVAGNA, *La "cessione del quinto" come tipo contrattuale*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2021, 1.

T. MANCINI, *Vendita con patto di riscatto e nullità ex art. 2744 c.c.*, in *Foro.it.*, 1966, I.

T. MANCINI, *La cessione dei crediti futuri a scopo di garanzia*, Milano, 1968.

G. MANDO-D. MANDO, *Manuale dell'imposta sul valore aggiunto*, Milano, 2011.

A. MANFREDINI, *Istituzioni di diritto romano,* Torino, 2003.

G.O. MANNELLA - G.C. PLATANIA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, Milano, 2015.

M. MANTOVANI, *Violazione di norme penali e nullità virtuale del contratto*, in A. FLAMINI – L. RUGGIERI, *Contratto e reato*, Napoli, 2014.

G. MARINETTI, *Sui criteri di individuazione del mutuo con patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 1950, I.

R. MARINO, *Il pegno non possessorio quale strumento funzionale all'autotutela satisfattiva del creditore*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, 6.

R. MARINO, *La disciplina delle garanzie finanziarie. Profili innovativi*, Napoli, 2006.

R. MARINO, *Recepimento della direttiva 2002/47/CE sui contratti di garanzia finanziaria. Le innovazioni nel diritto delle garanzie reali*, in *Rass. Dir. civ.*, 2005.

M. MARTINO, *Cessione dei crediti in garanzia e funzione solutoria nel finanziamento bancario alle imprese: una perdita di coerenza tipologica*, in *Giuris. comm.*, 2018, 4.

G. MARTY, *Droit civil. Les suretes – La publicitè foncìere*, Parigi, 1987.

F. MARTORANO, *Cauzione e pegno irregolare*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, I.

F. MARTORANO, *Lineamenti generali dei titoli di credito e titoli cambiari*, Napoli, 1979.

E. M. MASTROPAOLO, *La nuova normativa sui contratti di garanzia finanziaria (direttiva 2002/47/CE del 6 giugno 2002)*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I.

S. MAZZAMUTO, *Il problema della forma nei contratti di intermediazione mobiliare*, in *Contr. impresa*, 1994.

S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Eur. dir. priv.*, 2007.

S. MAZZAMUTO, *Progetti di codificazione europea sul contratto*, in *Eur. Dir. priv.*, 2020.

M. MAZZEO, *Il prestito vitalizio ipotecario nella Finanziaria 2006*, in *Obbl. e contr.*, 2006.

M. MAZZEO, *La verifica del merito creditizio*, in *Obb. contr.*, 2010.

E. MAZZOLETTI, *Gli usi contrattuali e la nuova lex mercatoria*, in *Giur. comm.*, 2007, 4.

L. MENGONI, *voce Responsabilità contrattuale c/ diritto vigente*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988.

L. MENGONI, *Scritti II, obbligazioni e negozio*, a cura di C. CASTRONOVO – A. ALBANESE – A. NICOLUSSI, Milano, 2011.

G. MESSINA, *Negozi fiduciari*, in *scritti giuridici*, Milano, 1948.

D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990.

U. MIELE, *Sul patto commissorio immobiliare*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, II.

U. MIELE, *Distinzione tra negozio fiduciario e negozio giuridico simulato*, in *Giur. compl. Cass. Civ.*, 1953, I.

M. MIGNOT, *Droit de suretés et des la pubblicité foncière*, Parigi, 2017.

E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, Torino, 2005, I.

G. MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1957.

E. MINERVINI, *Della transazione*, in *Comm. c.c. PERLINGIERI*, Bologna-Napoli, 1991, IV.

E. MINERVINI, *La "meritevolezza del contratto. Una lettura dell'art. 1322, comma 2, c.c.*, Torino, 2019.

E. MINERVINI, *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, in *Banca, borsa Tit. cred*., 1997, I.

U. MINNECI, *La stabilità degli effetti indotti dalle clausole di close-out netting*, in *Contratti*, 2009.

G. MINNITI, *Patto marciano e irragionevolezza di disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I.

G. MIRABELLI, *Delle obbligazioni. Dei contratti in generale. (Artt. 1321-1469)*, in *Commentario del codice civile*, Libro IV, II, Torino, 1980.

G. MIRABELLI, *Del diritto dei terzi*, Torino, 1889, I.

G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Comm. Cod. civ.*, 1960, IV, 8.

G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino, 1984.

L. MODICA, *Il credito ai consumatori*, in *I contratti bancari* a cura di F. PIRANIO-S. CHERTI, Torino, 2016.

U. MORELLO, *Negozio giuridico (Negozio in frode alla legge)*, voce *Enc. giur. Treccani*, 1990, XX.

V. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, Torino, 2015.

F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno mobiliare non possessorio*, in *Banca corsa tit. cred.*, 2017, 2.

F. MURINO, *L'escussione...*, in *I contratti di garanzia finanziaria* (a cura di E. GABRIELLI), 2018.

F. MURINO, *L'escussione extragiudiziale "accelerata" delle garanzie nella proposta di direttiva NPL tra droit savant e droit barbare*, in *Giur. comm.*, 2022.

F. NAPPI, *Studi sulle garanzie personali. Un percorso transnazionale verso una scienza civilistica europea*, Torino, 1997.

G.S. NELSON - D.A. WHITMAN, *Real Estate Finance Law*, in West Publishing, 2001.

A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, in *Eur. Dir. Priv*., 2021, 4.

M. O'NEAL, *Reverse Mortgages*, 54, *Consumer Fin*. L.Q.Rep., 37, 2000.

G. OBERTO, *Vendita con patto di riscatto, divieto del patto commissorio e contratto di lease back*, in *Quadr.*, 1984.

G. ORLANDO, *Alienazione attuativa della garanzia di finanziamento ex art. 48 bis T.U.B. e ipoteca*, in *Giur. it.*, 2017.

G. OPPO, *Formazione e nullità dell'assegno bancario,* in *Scritti giuridici*, IV, Padova, 1992.

R. ORESTANO, *Marciano Elio (Aelius Marcianus)*, in *Novissimo dig. it.*, X, Torino, 1964.

C. PACELLA-P. BUZZONETTI, *Il prestito vitalizio,* Milano, 2010.

S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B.: il pasticcio di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento,* in *I nuovi Marciani* a cura di G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, F. PIRAINO, T. RUMI, Torino, 2017.

S. PAGLIANTINI, *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della direttiva 2014/17 UE,* in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015.

S. PAGLIANTINI, *Responsabilità patrimoniale e proporzionalità: vademecum minimo per l'uso*, in *Eur. Dir. priv.*, 2018, 3.

S. PAGLIANTINI, *Spigolando intorno all'art. 48 bis T.U.B.: specialità (di trattamento) e principio di proporzionalità delle garanzie*?, in *Giur. it*., 2017, IV.

S. PAGLIANTINI, *Statuto dell'informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/20147UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*), in Contr. impr. Eur., 2014.

S. PAGLIANTINI, *voce Trasparenza contrattuale*, in *Enc. dir., Annali*, Milano, 2012, V.

G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970.

A.G. PANSART, *Le pret viager hyphotécaire et la gestion du patrimoine privé*, in *La Revue des Notaires*, 2009.

V. PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del* trasferimento, Milano, 1955.

G. PANZARINI, *Lo sconto dei crediti e dei titoli di credito*, Milano, 1984.

A. PAVONE LA ROSA, *Apertura di credito, cessione «pro solvendo » e pegno di crediti, girata in garanzia di cambiale tratta con clausola di cessione della provvista*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1959, II.

F. PELLECCHIA, *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore: spunti di riflessione per un nuovo modo di guardare alla "contrattazione dell'insolvente"*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014.

A.C. PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975.

R. PERCHINUNNO, *Funzione creditizia e fine convenzionale*, Napoli, 1999.

P. PERLINGIERI, *Cessione dei crediti*, in *Comm. Scialoia-Branca*, 1982.

P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass.dir.civ.*, 2001.

P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006.

P. PERLINGIERI, *Il "giusto rimedio" nel diritto civile, Il giusto processo civile*, Napoli, 2011.

P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2018.

P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ*., 2000.

A. PERRONE, *La riduzione del rischio di credito*, Milano, 1999.

G. PETRELLI, *Imposta sostitutiva su finanziamenti ipotecari a medio e lungo termine contratti all'estero*, in *Notariato*, 2016, 1.

S. PIEDELIEVRE, *Droit des sûretés*, Cours magistral, Ellipses, 2008.

G. PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, Napoli, 1980.

F. PIRAINO, *Cessione di credito a fine di garanzia*, in *Nuovo dir*., 1977.

F. PIRAINO, *Il patto marciano alla luce della disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, in *Giur.it.*, 2017.

F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciano*, in *I nuovi Marciani* cit., (a cura di G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, F. PIRAINO, T. RUMI).

F. PIRAINO, *Per una teoria della ragionevolezza in diritto civile*, in *Eur. Dir. civ.*, 2014, 4.

R. PIROTTA, *Validità dell'assegno emesso a titolo di garanzia*, in *Contratti*, 1996.

P. PISCITELLO, *Il pegno rotativo ex lege*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2022, 3.

P. PISCITELLO, *Le garanzie bancarie flottanti*, Torino, 1999.

D. POLETTI, *L'accesso "graduale" alla proprietà immobiliare (ovvero sui contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili)*, in *Nuove I. civ. comm.*, 2015.

G. PORTONERA, *Punitive damages, cosiddetti danni punitivi e risarcimento. Un approccio comparatistico allo statuto della responsabilità civile*, in Eur. Dir. Priv., 2021, 4.

R. J. POTHIER, *Trattato del contratto di pegno*, (trad.it.) Napoli, 1831.

S. PUGLIATTI, *Diritto civile. Saggi*, 1951.

S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 1950.

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

E. QUADRI, *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Tratt. Rescigno*, Torino, 1999.

A. QUARTA, *Diritto privato dei mercati digitali*, Firenze, 2020.

F. QUARTA, *Il credito ai consumatori tra contratto e mercato. Percorsi di studio sul prestito "responsabile"*, Napoli, 2020.

R. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, in *Tr. Res*., 20, Torino, 1998.

A. RAVAZZONI, *Sull'egual diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Riv. dir. priv.*, 1996.

F. REALMONTE*, L'oggetto del pegno: vecchi e nuovi problemi*, in *Banca, borsa tit. cred*., 1994, I.

F. REALMONTE, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, in *Foro it.*, 1989.

P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1983.

P. RESCIGNO, *"Trasparenza» bancaria e di diritto «comune"*, in *Banca, borsa tit. cred*., 1990, I.

A. RICCIARDI, *Il principio sancito dalla corte di giustizia nell'ambito del caso Lexitor e decreto sostegni bis: problematiche applicative passate, presenti e future*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2022, 2.

G. ROSSI, *Il nuovo d.lgs. 21 aprile 2016 n. 72: davvero aria di cambiamenti in materia di mutui bancari*, in *Contr. Impr.*, 2016, 6.

T. RUMI, *La nuova disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *Contratti*, 10, 2015.

G. RISPOLI, *Ai confini del divieto del patto commissorio*, in *Giust. Civ.*, Milano, 10/2013.

S. RODOTA, *Dazione di pagamento (diritto civile)*, in *Enc. Dir*., XI, Milano, 1962.

V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2001.

V. ROPPO, *Il divieto del patto commissorio*, in *Tratt. Rescigno*, 19, Torino 1997.

V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. Resc.*, 19, Tutela dei diritti, 1, 1997.

D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e* mobiliare, Milano, 1956.

D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu Messineo*, Milano, 1962.

D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno. I privilegi*, in *Tratt. Vassalli*¸ Torino, 1943.

T. RUMI, *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *I nuovi Marciani* (a cura di G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, F. PIRAINO, T. RUMI), Torino, 2017.

T. RUMI, *Prestito vitalizio ipotecario e hypoteca inversa: le discipline italiana e spagnola a confronto*, in *Actualitad Jridica Iberoamericana*, 2016.

D. RUSSO, *I nuovi strumenti contrattuali contro la crisi economica*, in *Studium iuris*, 2018, 3.

P. RUSSO, *L'imposta sostitutiva sui finanziamenti a medio lungo termine – Inquadramento civilistico e deducibilità fiscale dal punto di vista sia degli istituti di credito e delle società finanziatrici sia dei soggetti (imprese) finanziati*, in *Il fisco*, 2001.

R. SACCO, *Concordanze e contraddizioni in tema di inadempimento contrattuale (una veduta d'insieme)*, in *Eur. dir. priv*., 2001.

R. SACCO, *Giustizia contrattuale*, in *Digesto disc. priv., sez. civ*., Torino, 2012.

R. SACCO, *Il contratto*, in *Sacco- De Nova*, II, Torino, 2004.

R. SACCO, in *Tr. Vas*., 1975.

V. SALANDRA, *Arbitrato irrituale, arbitraggio o perizia contrattuale*, in *Ass*., 1940, II.

G. SALITO, *Il prestito vitalizio ipotecario: brevi riflessioni*, in AA.VV. *Autonomia negoziale e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 2018.

B. SALVATORE, *Trasferimenti di proprietà tra garanzia del credito e liquidazione dei beni*, Napoli, 2018.

R. SANTAGATA, *Del mandato. Disposizioni generali (artt. 1703-1709*, in *Comm. Scialoia-Branca*, a cura di GALGANO, Bologna-Roma, 1998.

R. SANTAGATA, *La concessione abusiva di credito al consumo*, Torino, 2020.

F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989.

G. SASSI, *Garanzie del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999.

C.H. SAWYER, *Reverse Mortgages: An Innovative Tool for Elder Law Attorneys*, 26 Stetson L.Rev., 1997.

A. SCACCHI, *La cessione del credito a scopo di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, I.

V. SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio, Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, a cura di E. NAVARRETTA, Milano, 2007.

M.S. SCARDIGNO, *Prestito vitalizio ipotecario e rimedi a tutela del soggetto finanziato*, in AA.VV. *Il prestito vitalizio ipotecario*, Torino, 2017.

E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*, in *Foro it*., 2008.

R. SCOGNAMIGLIO, *Contratto in generale*, in *Comm. c.c. Scialoia-Branca*, *sub. Artt. 1321 – 1352*, Bologna, 1970.

T. SCOZZAFAVA, *Note in tema di garanzia*, in *Contr. Impr.*, 2008.

R. SCHIAVOLIN, *Sostitutive (imposte)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm*., Torino, 1998.

P. SCHLESINGER*, L'egual diritto di essere soddisfatti sui beni del* debitore, in *Riv. dir. proc.*, 1995.

P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it*., 1999.

R. SCOGNAMIGLIO, *Collegamento negoziale (voce)*, in *Enc. dir.*, VII, 1960.

A. SERRA, *voce Apertura di credito bancario*, in *Dig. Comm.*, 1987.

A. SERRANO DE NICOLÁS, *Règimen jurídico de la hipoteca inversa*, in *Revista de Derecho Privado*, 2008.

G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2011.

U. STEFINI, *La cessione del credito con causa di garanzia*, Padova, 2007.

G. STELLA, *Il problema della qualificazione della fideiussione omnibus come fideiussione ordinaria o contratto autonomo di garanzia*, in *Resp. civ. prev*., 2021, 1.

D. STEVANATO, *Imposta "volontaria", imposte ordinarie sostituite e meccanismi di riconoscimento (e disconoscimento) fiscale del costo*, in *Dialoghi tributari*, 2009.

G. STOLFI, *Promessa di vendita e patto commissorio*, in *Foro Pad.*, 1957, I.

M. TALAMANCA, *La risoluzione della compravendita e le conseguenti azioni di restituzione nel diritto romano*, in *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, a cura di L. VACCA, Roma, 2006.

F. TALASSANO, *Divieto di patto commissorio*, in *Giur. compl. cass. civ*., 1947, III.

G. TARANTINO, *Patto commissorio, alienazioni in garanzia ed autonomia privata: alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Contratti*, 2012.

G. TARZIA, *Le garanzie atipiche (e l'attuazione della direttiva europea sui contratti di garanzie finanziaria)*, in *Fallimento*, 2005.

M. TATARANO, *Art. 120-quinquiesdecies, d.lg. 1° settembre 1993, n. 385*, in *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza* a cura di E. CAPOBIANCO, L. MEZZASOMA e G. PERLINGIERI, Napoli, 2018.

M. TATARANO, *L'art. 120 quinquiesdecies, t.u. l. banc.,* e *L'art. 48 bis, t.u. l. banc*., in *Recenti riforme in tema di garanzie del credito bancario* a cura di R. L ENZI - M. TATARANO, Studi e Materiali, 2017.

M. TATARANO, *Prestito vitalizio ipotecario e affidamento fiduciario,* in *Trusts*, 2017.

V. TEDESCHI, *L'anticresi*, in *Tratt. Vassalli*, IX, 1, Torino, 1954.

V. TEDESCHI, *voce "Anticresi"*, in *Nuovissimo Dig. Priv.*, I, 1, Torino, 1957.

G.U. TEDESCHI, *voce Assegno bancario, assegno circolare e assegni speciali*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, I, Torino, 1987.

G. TERRANOVA, *Pagamenti anomali e garanzie. Profili del sistema revocatorio fallimentare*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2000, 1.

A. TIDU, *Trasparenza delle condizioni dei contratti bancari e finanziari*, in *Enc. giur*., Roma, 1994.

A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2012.

V. M. TRIMARCHI, *Negozio fiduciario,* voce *Enc. diritto*, Milano, 1978, XXVIII.

G. TUCCI, *Anticresi*, in *Dig. Priv. /civ.*, Torino, I, 1987.

D. VALENTINO, *Il trasferimento dei beni in garanzia,* in AA.VV. *I contratti di vendita* a cura di Valentino in *Tratt. Contr.,* dir. Da Rescigno e Gabrielli, Assago, 2007, II.

A. VALZER, *La disciplina del credito ai consumatori per l'acquisto di immobili residenziali. Un approccio critico*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2021, 6.

E. VANONI, *Natura ed interpretazione delle leggi tributarie*, Padova, 1932.,

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

C. VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli, 1968.

R. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971.

G. VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. Dir. priv.*, 2006.

G. VETTORI, *Controllo giudiziale del contratto ed effettività delle tutele. Una premessa*, in *NLCC*, 2015.

Contratto giusto e rimedi effettivi, in *Persona e mercato*, 2015

G. VETTORI, C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, Milano, 1906, IV.

M. VIALE, *Le garanzie bancarie*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubb. dell'ec*., Padova, 1994.

A. ZOPOLO, *L'imposta sul valore aggiunto, primo passo verso l'armonizzazione fiscale nella CEE*, in *Il politico*, 1969.

F. WIEACKER, '*Lex commissoria*'. *Erfüllungszwang und Widerruf im römischen Kaufrecht*, Berlin, 1932.