



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE

PEER REVIEWED JOURNAL

ISSN: 2036-2528

MARIA ELENA QUADRATO

**Le ampie e mobili frontiere del patto
marciano tra origini e sviluppi**

Numero XVII – Anno 2024

www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile

Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagi (Univ. Autònoma de Barcelona), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno)

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M. d'Orta (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Triscioglio (Univ. Torino)

Redazione

M. Amabile (Univ. Salerno), M. Beghini (Univ. Roma Tre), M.V. Bramante (Univ. Telematica Pegaso), P. Capone (Univ. Napoli Federico II), D. Ceccarelli Morolli (P.I.O. – Univ. G. Marconi), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Roma La Sapienza), N. Donadio (Univ. Milano), P. Pasquino (Univ. Cassino)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, M.S. Papillo

Sede della Redazione della rivista

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Teoria e Storia del Diritto Privato
ISSN: 2036-2528
Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider: Aruba S.p.A., Via San Clemente n. 53, Ponte San Pietro (BG), P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

Le ampie e mobili frontiere del patto marciano tra origini e sviluppi

SOMMARIO: 1. Il rapporto con il patto commissorio – 2. Le applicazioni giurisprudenziali – 3. La ricezione normativa dell'assetto marciano – 4. Patto marciano e autonomia delle parti: il principio di proporzionalità.

1. *Il rapporto con il patto commissorio*

Il cosiddetto patto marciano allude ad una fattispecie che, lo si sa, e lo rivela già la denominazione, affonda le sue radici nella cultura giuridica romana. Dalla richiamata esperienza deriva anche il patto commissorio, vale a dire la figura, peraltro più risalente, che ne rappresenta il termine di paragone¹. Un confronto molto

¹ Sul patto commissorio, che nella costruzione più diffusa, è accomunato al patto marciano come alienazione a scopo di garanzia, almeno v. V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, 1952, 71 ss.; V. ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, in R. NICOLÒ, V. ANDRIOLI, G. GORLA, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Commentario del codice civile, Libro VI, Tutela dei diritti, Artt. 2740-2899²*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1958, 54; C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, 136; ID., voce *Patto commissorio*, in *Noviss. dig. it.*, 12, Torino, 1965, 711 ss., spec. 718; M. FRAGALI, *Del mutuo*, in *Commentario del codice civile, Libro IV, Delle Obbligazioni, Artt. 1813-1822*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1966, 256 s.; C. VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli, 1968, p. 80; U. CARNEVALI, voce *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, 32, Milano, 1982, 505; I. BUGANI, *Il divieto del patto commissorio e la vendita con patto di riscatto (o con patto di retrovendita)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2, 1986, 31 ss., spec. 39; A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, in *Il Codice Civile. Comm. Schlesinger*,

proficuo e di grande utilità per cogliere la esatta fisionomia di ciascuna vicenda.

È noto che il patto commissorio fu vietato da Costantino con una celebre costituzione conservata sia nel Codice Teodosiano², sia nel *Codex giustiniano*³. L'inserimento in entrambe le antiche codificazioni evidenzia l'importanza del provvedimento con il quale l'imperatore vietò di pattuire che un bene concesso dal debitore a garanzia potesse diventare di proprietà del creditore in caso di inadempimento. Il patto doveva considerarsi invalido, anche retroattivamente, e i debitori avrebbero perciò potuto pretendere la restituzione del bene dai creditori, i quali però avrebbero continuato a conservare il diritto (di recuperare) il credito.

Artt. 1500-1509, Milano, 1987, 231; ID., *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 1990, 219 ss.; E. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*², 19, Torino, 1997, 557 ss., spec. 562; F. REALMONTE, *Le garanzie immobiliari*, in *Jus*, 1986, 20 ss.; V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, in *Foro it.*, 1, 1989, 1437; M. IACUANIELLO BRUGGI, voce *Patto commissorio*, in *Enc. giur. Treccani*, 23, Roma, 1990, 6; M. BUSSANI, *Patto commissorio, proprietà e mercato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 125; G.F. MINNITI, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1, 1997, 29 ss.; A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999, 209 ss.

² CTh. 3.2.1: IMPERATOR CONSTANTINUS AD POPULUM. *Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. Creditores enim re amissa iubemus recipere quod dederunt.* DAT. PRID. KAL. FEBR. SERDIC(AE) CONSTANTINO A. VII ET CONSTANTIO C. CONSS.

³ C. 8.34(35).3: IMPERATOR CONSTANTINUS AD POPULUM. *Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. creditores enim re amissa iubemus recuperare quod dederunt.* D. II K. FEBR. SERDIC(AE) CONSTANTINO A. VII ET CONSTANTIO C. CONSS. (326)

La *ratio* della disposizione imperiale risiedeva nell'esigenza di scongiurare l'asprezza' (*asperitas* è il vocabolo usato nel testo) dell'accordo commissorio, in quanto altrimenti si sarebbe consentito al creditore di soddisfarsi direttamente, cioè senza ricorrere al giudice, appropriandosi della *res* ottenuta a garanzia.

La clausola contrattuale appariva quindi già allora estremamente onerosa per il debitore (e la situazione risultava volutamente ed efficacemente stigmatizzata dall'anzidetto termine), esponendolo ad abusi, risultando per lui assai concreta la nefasta prospettiva di perdere beni anche di notevole valore a seguito della mera insolvenza di debiti di scarsa entità.

Il che, oltre a sottoporre *ex ante* il debitore a una pressione psicologica, peraltro tanto più forte quanto più marcato fosse risultato il divario tra il (maggior) valore del bene dato in garanzia e l'importo (minore) del debito, vanificava altresì la c.d. *par condicio creditorum* in particolare nell'ipotesi di presenza di altri creditori, estranei al patto, stante la (non rara) eventualità per questi di perdere la possibilità di rivalersi su quanto si sarebbe potuto ricavare dalla vendita forzata del bene dato in garanzia una volta detratto il valore del debito verso il creditore garantito. Siffatto soggetto si rendeva così beneficiario e di una soddisfazione esclusiva e di un appagamento in maggior misura rispetto all'importo nominale del credito, qualora la capienza della *res* data a garanzia lo superasse⁴.

⁴ Sulla origine del divieto di patto commissorio e sulla sua *ratio*, chiaramente rivolta «a favore dei debitori che per necessità, oppressi dai debiti, erano costretti a concludere convenzioni in cui promettevano di vendere il bene oppignorato al creditore», v. di recente A. ARNESE, *Considerazioni sull'accordo tra creditore e debitore in D. 20.1.16.9 ('Marcianus lib. sing. ad form. hyp.')*, L. 29, in *TSDP*, 11, 2018, 8 ss.; ID., *'Marcian. lib. sing. ad form. hyp.'* D.20.1.16.9, *il patto marciano: il problema del giusto prezzo e il rapporto con il divieto del patto commissorio*, in *Il diritto romano caso per caso*, a cura di L. Solidoro, M. Scognamiglio e P. Pasquino, Torino, 2018, 178 ss.

Il divieto del patto commissorio fu recepito nel Code Napoléon del 1804 (all'art. 2078, per il pegno, e all'art. 2088, per l'anticresi, e all'art. 742 cod. proc. civ., per l'ipoteca). Venne per tal via accolto pure nel Codice Civile italiano del 1865 (che, come si sa, finì per ricalcare spesso quasi pedissequamente la codificazione napoleonica) quanto al pegno e all'anticresi (artt. 1884, comma II°, e 1894), ma non all'ipoteca.

Il BGB, in Germania, lo contempla nei §§ 1149 e 1229, il codice civile austriaco nel § 461, il codice civile svizzero nell'art. 816, il código civil, in Spagna, nell'art. 1859 e il codice civile portoghese negli artt. 694 e 678. Oggi il nostro Codice Civile mantiene il divieto di concludere un patto commissorio sia con specifico riferimento all'anticresi, nell'art. 1963⁵, sia, in via generale, nell'art. 2744⁶.

Attualmente il divieto del patto commissorio vive una vera e propria stagione di «crisi»⁷, poiché si tende a percepirlo quasi come un «appesantimento nel sistema delle garanzie creditizie»⁸.

Negli ordinamenti anglosassoni è sostanzialmente ignoto. In Francia la riforma delle «sûretés»⁹, abrogato il relativo divieto¹⁰, ha ammesso il patto (marciano, come si vedrà) in base al quale il creditore insoddisfatto diventa proprietario del bene datogli in

⁵ «È nullo qualunque patto, anche posteriore alla conclusione del contratto, con cui si conviene che la proprietà dell'immobile passi al creditore nel caso di mancato pagamento del debito».

⁶ «È nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore. Il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno».

⁷ È l'immagine usata da E. CARBONE, *Autonomia negoziale e 'par condicio creditorum'. Patto commissorio e patto marciano*, in *Libro dell'anno del diritto*, Roma, 2014, 61.

⁸ Così A. ARNESE, 'Marcian.', cit., 187.

⁹ Ord. 23 marzo 2006, n. 346.

¹⁰ Art. 2078, art. 2088 code civil.

garanzia, dovendo riconoscere l'eccedenza di valore al debitore o, se ve ne siano, agli altri creditori pignorati e ipotecari¹¹.

In Italia le Sezioni Unite della Cassazione hanno escluso che il noto divieto possa ricondursi all'ordine pubblico internazionale¹²,

¹¹ Art. 2348, art. 2459, art. 2460 code civil. Cfr. ancora E. CARBONE, *Autonomia*, cit., 61, il quale ha altresì segnalato che «il *Draft of a Common Frame of Reference*, in particolare, ribadisce l'invalidità dell'accordo commissorio (“*predefault agreement on appropriation of encumbered assets?*”), ma eccettua le ipotesi in cui la garanzia abbia ad oggetto beni fungibili a quotazione corrente o le parti abbiano concordato un metodo di stima, ipotesi nelle quali il creditore insoddisfatto ha titolo all'appropriazione dell'*asset* per il valore di mercato o di stima, con l'obbligo di restituzione dell'eccedenza (DCFR, IX, 7:105)».

¹² Sulla nozione di ordine pubblico interno e internazionale (che avrebbero la medesima natura, pur distinguendosi nell'uno e nell'altro l'intensità della resistenza alla penetrazione di regole incompatibili, assoluta, nel primo concetto, più lasca, nel secondo), v. P. BENVENUTI, *Comunità statale, comunità internazionale e ordine pubblico internazionale*, Milano, 1977, 1 (il quale, pur tuttavia, giudica siffatte conclusioni, per quanto corrette, in concreto «inappaganti»); N. PALAIA, *L'ordine pubblico «internazionale»*, *Problemi interpretativi sull'art. 31 disp. prel. c.c.*, Padova, 1974, 15 («l'espressione evoca tutto l'opposto di ciò che vuole significare; l'op. internazionale costituisce in tal senso la manifestazione più precipua del diritto interno dello Stato»); G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato italiano*, Milano, 1974, 120; R. AGO, *Teoria del diritto internazionale privato*, Padova, 1934, 235. Di recente, v. F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*^A, I, Torino, 2007, 244 ss., i quali sostengono che l'«ordine pubblico» (*sic et simpliciter*, ribadito il superamento della distinzione tra «interno» e «internazionale») di cui all'art. 16, l. 218/1995 viene identificato nell'insieme dei «principi etici, economici, politici e sociali che condizionano il modo d'essere degli istituti del nostro ordinamento giuridico, in tutti i campi della convivenza sociale, dalle relazioni familiari a quelle di lavoro e a quelle commerciali» (p. 231). V. altresì G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970; G. BARILE, voce *Ordine pubblico*, in *Enc. dir.*, 30, Milano, 1980; V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 403 ss. Tra i numerosi lavori monografici si segnalano anche P. LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale*, Milano, 2005; O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012; G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019.

peraltro non essendo «conosciuto, né vietato, in una (sicuramente rilevante) parte dell’Unione europea»¹³.

Persino la *ratio* dell’istituto è considerata «discussa» e «opinabile» dalla Suprema Corte, la quale in una nota decisione¹⁴ pur richiama sia «le tesi più diffuse» al riguardo, «incentrate sulla tutela del debitore bisognoso, sulla *par condicio creditorum* o su entrambe», sia «la tesi del monopolio statale della funzione esecutiva, ostativo all’autotutela creditoria»¹⁵.

Restando all’ordinamento interno, la normativa pare orientarsi verso il superamento della proibizione. L’art. 6, comma II°, del d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170, nell’attuare la Dir. 2002/47/CE in tema di ‘financial collateral arrangements’, dispone: «ai contratti di garanzia finanziaria che prevedono il trasferimento della proprietà con funzione di garanzia, compresi i contratti di pronti contro termine, non si applica l’art. 2744 cod. civ.», per quanto, ai sensi del precedente art. 4, la possibilità di appropriarsi delle attività finanziarie sia limitata sino alla concorrenza del valore dell’obbligazione garantita, dovendosi restituire l’eccedenza.

L’art. 11-*quaterdecies*, comma XII°, d.l. 30 settembre 2005, n. 203, convertito dalla l. 2 dicembre 2005, n. 248, ha introdotto un tipo di prestito vitalizio ipotecario destinato agli ultrasessantenni (*ex* art. 1, l. 2 aprile 2015, n. 44), quale strumento per poter conseguire l’effetto di una sorta di liquidazione *ante mortem* dell’immobile sottoposto a ipoteca, ferma la restituzione di quanto ecceda agli eredi (‘equity release’, ‘lifetime mortgage’, ‘reverse mortgage’)¹⁶.

¹³ Sent. 5 luglio 2011, n. 14650. Riserve e non poche perplessità, in ordine a questa esclusione perentoria, ha sollevato M. MARTINO, *Le Sezioni Unite sui rapporti tra divieto del patto commissorio e ordine pubblico internazionale*, in *Giur. comm.*, 2, 2012, 693 s.

¹⁴ La n. 10986 del 9 maggio 2013, in *Vita not.*, 2, 2013, 719.

¹⁵ Lo ha rilevato E. CARBONE, *Autonomia*, cit., 59.

¹⁶ Infatti, il rimborso del finanziamento può avvenire, in un’unica soluzione, alla morte del titolare del prestito, oppure nell’ipotesi in cui sia trasferita la proprietà

Malgrado siffatta ultima tendenza, la nullità derivante dalla violazione del divieto del patto commissorio (in vigore, a parte le eccezioni testé indicate) continua a colpire qualsiasi negozio, qualunque sia il suo contenuto¹⁷, qualora venga sfruttato per

o altro diritto reale di godimento sull'immobile (di natura residenziale) offerto in garanzia o allorché risultino compiuti atti volti a ridurre in maniera significativa il valore oppure se vengano concessi diritti reali di garanzia a terzi. Verificatesi queste situazioni, qualora il finanziamento non venga rimborsato entro dodici mesi dal loro concretizzarsi, la norma stabilisce che «il finanziatore vende l'immobile ad un valore pari a quello di mercato, determinato da un perito indipendente incaricato dal finanziatore, utilizzando le somme ricavate dalla vendita per estinguere il credito vantato in dipendenza del finanziamento stesso [...]. In alternativa l'erede può provvedere alla vendita dell'immobile in accordo col finanziatore [...]. Le eventuali somme ricavate dalla vendita e non portate ad estinzione del predetto credito, sono riconosciute al soggetto finanziato o ai suoi aventi causa».

¹⁷ Come è noto, la giurisprudenza ha ritenuto a lungo di poter individuare una violazione dell'art. 2744 cod. civ. soltanto quando il trasferimento della proprietà del bene al creditore fosse stato successivo e non anche quando esso fosse stato precedente all'inadempimento (tra le tante, v., Cass., 1 febbraio 1974, n. 282, in *Foro it.*, 1, 1974, 1388 ss.; Cass., 30 marzo 1967, n. 689, in *Giur. it.*, 1, 1968, 52 ss.). Alle parti allora bastava, per aggirare il divieto, anticipare il passaggio della proprietà, condizionandolo risolutivamente all'inadempimento; lo strumento negoziale utilizzato a tal fine era solitamente la vendita con patto di riscatto, che aveva la caratteristica di operare il trasferimento immediato del bene al creditore, rimanendo in tal modo al di fuori delle maglie del divieto. È solo nel 1983 che la Cassazione, recependo le istanze della dottrina (v. in particolare, C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., 145 ss.), ha per la prima volta affermato l'irrilevanza, ai fini dell'individuazione di una violazione del divieto del patto commissorio, del momento nel quale avviene il trasferimento della proprietà (Cass., 3 giugno 1983, in *Foro it.*, 1, 1989, 1428 ss.) fino ad assestarsi definitivamente su questa posizione, con l'intervento della Cassazione a Sezioni Unite (n. 1611, del 3 aprile 1989, in *Foro it.*, 1, 1989, 1428 ss., e n. 1907, del 21 aprile 1989, in *Foro it.*, 1, 1990, 205 ss., su cui si dirà *infra*, nt. 19), tanto che oggi è certo che, come ribadito nella massima ricorrente, «il divieto di patto commissorio sancito dall'art. 2744 si estende a qualsiasi negozio, quale che ne sia il contenuto, che venga impiegato per conseguire il risultato vietato». V. *infra*, nt. 22.

raggiungere in concreto il risultato proibito dall'ordinamento, anche attraverso più contratti a ciò finalizzati¹⁸.

Di recente, la Suprema Corte ha ribadito che non risulta possibile in astratto identificare una categoria di negozi soggetti a tale nullità, poiché qualsiasi negozio può esserne inficiato qualora venga impiegato per ottenere concretamente il risultato, vietato dall'ordinamento, di far conseguire al creditore la proprietà del bene della controparte nell'ipotesi in cui questa non adempia la propria obbligazione¹⁹.

Si riafferma l'orientamento (espressamente richiamato dalla decisione testè menzionata) inaugurato dalle Sezioni Unite della S.C. nell'89²⁰, con cui è stato «abbandonato il criterio formalistico precedentemente seguito, fondato sull'interpretazione letterale dell'art. 2744 c.c., preferendo[si] (...) ad esso il criterio ermeneutico, basato invece sull'indagine funzionale dell'impianto negoziale posto in essere, in concreto, dalle parti, e finalizzato ad una più efficace tutela, tanto del debitore coinvolto in operazioni poste in essere in violazione del divieto del patto commissorio, che del principio generale della *par condicio creditorum*, in funzione di contrasto della creazione di strumenti di garanzia diversi da quelli previsti dalla legge».

Si perviene all'estensione del divieto del patto commissorio e della applicazione della conseguente sanzione di nullità a qualsiasi negozio, tipico o atipico, qualunque sia il contenuto, anche se concluso fra parti diverse²¹, adoperato per raggiungere il fine,

¹⁸ Cfr. in tal senso, e fra le tante, Cass., 1 giugno 1993, n. 6112; Cass., 10 febbraio 1997, n. 1233; Cass., 2 febbraio 2006, n. 2285.

¹⁹ Cass. Civ., Sez. II, 8 ottobre 2021, n. 27362.

²⁰ Cass. SS.UU., 3 aprile 1989, n. 1611 e 21 aprile 1989, n. 1907.

²¹ Superando così quelle riserve formulate della dottrina e seguite dalla linea giurisprudenziale precedente, incentrate sull'asserito carattere eccezionale della norma contenuta nell'art. 2744 cod. civ., che ne impedirebbe l'estensibilità per

disapprovato dall'ordinamento, dell'illecita coercizione del debitore²².

Sicché, di là dal momento di trasferimento della *res* al creditore²³, quando in qualsiasi modo quest'ultimo finisca per accettare il trasferimento di un bene immobile a scopo di garanzia, in caso di mancato adempimento di una obbligazione assunta per causa indipendente dalla predetta cessione, viene a configurarsi un aggiramento del divieto oggetto degli artt. 1963 e 2744 cod. civ.²⁴.

L'elusione del divieto legale del patto commissorio è quindi configurabile allorché sussista, tra le pattuizioni, un nesso di interdipendenza tale da far emergere la loro preordinazione rispetto allo scopo illecito in luogo, a voler esemplificare, di quello di scambio. Il giudice, dunque, non dovrà fermarsi al tenore letterale delle clausole contrattuali, ma sarà tenuto ad accertare e

analogia: un quadro di sintesi al riguardo è reperibile in M. DI PAOLO, voce *Patto commissorio*, in *Dig. disc. priv.-Sez. civ.*, 3, Torino, 1995, 311 s.

²² Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 27 maggio 2003, n. 8411.

²³ Esemplificatamente alcune fattispecie negoziali chiamate a misurarsi con il divieto del patto commissorio dopo il *revirement* del 1983: vendita con patto di riscatto (Cass., 8 febbraio 2007, n. 2725, *Foro it.-cd*; Cass., 3 febbraio 1999, n. 893, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 877, con nota di L. NAPOLITANO, *Patto commissorio e datio in solutum*; Cass., 11 febbraio 1998, n. 1396, in *Riv. not.*, 2, 1998, 745 ss.); mandato a vendere conferito dal debitore al creditore (Cass., 23 novembre 2001, n. 14911, *Rass. dir. civ.*, 2003, 471, con nota di F. BELLAFFIORE, *Fondamento ed operatività del divieto di patto commissorio*; Cass., 1 giugno 1993, n. 6112, in *Riv. dir. comm.*, 2, 1994, 135); opzione di acquisto di un bene concessa dal mutuatario al mutuante (Cass., 10 febbraio 1997, n. 1233, in *Contratti*, 1997, 455 ss.); contratto preliminare (Cass. 29 agosto 1998, n. 8624, in *Foro it.*, 1, 1999, 175 ss.; Cass., 16 agosto 1990, n. 8325, in *Giur. it.*, 1, 1991, 1208; Cass., 18 maggio 1988, n. 3462, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1, 1989, 283 ss.) e/o definitivo (Cass., 16 settembre 2004, n. 18655, *Giust. civ.*, 1, 2005, 1251); contratto di compravendita condizionato all'inadempimento di 'leasing' finanziario (Cass., 21 gennaio 2005, n. 1273, *Foro it.-cd*).

²⁴ Cass. Civ., Sez. II, 12 gennaio 2009, n. 437, e Cass. Civ., Sez. II, 16 settembre 2004, n. 18655.

vagliare la concreta funzione economico-individuale²⁵ insita nella (complessiva) fattispecie negoziale posta in essere, risultando a tal proposito irrilevanti sia la natura obbligatoria o reale del contratto, o dei contratti, sia – come detto – il momento temporale in cui l'effetto traslativo sia destinato a verificarsi, sia, infine, quali siano gli strumenti negoziali destinati alla sua attuazione, persino – come anticipato – quando siano diversi i soggetti che abbiano stipulato eventuali negozi collegati, complessi o misti.

È quanto potrebbe accadere nel caso di una «convenzione mediante la quale le parti abbiano inteso costituire, con un determinato bene, una garanzia reale in funzione di un mutuo, istituendo un nesso teleologico o strumentale tra la vendita del bene ed il mutuo, in vista del perseguimento di un risultato finale consistente nel trasferimento della proprietà del bene al creditore-acquirente nel caso di mancato adempimento dell'obbligazione di restituzione del debitore venditore»²⁶.

Un'altra ipotesi oggetto di attenzione è stata quella di un contratto preliminare di compravendita concluso con «l'intento primario delle parti di costituire con il bene promesso in vendita una garanzia reale in funzione dell'adempimento delle obbligazioni contratte da promittente venditore con altro negozio collegato, sì da stabilire un collegamento negoziale e strumentale tra i due negozi»²⁷.

Vicende in ordine alle quali si è reputato di poter rilevare una violazione del divieto sono state altresì quelle della vendita fiduciaria di un immobile «finalizzata a far ottenere un mutuo al fiduciario per il soddisfacimento di un suo credito nei confronti del

²⁵ Sul tema della causa *v.*, in particolare, G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966 e 1968, e, tra gli altri, più recentemente, M. BARCELLONA, *Della causa Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padova-Vicenza, 2015.

²⁶ Cass., 3 febbraio 2012, n. 1675.

²⁷ Cass., 21 maggio 2013, n. 12462.

fiduciante» e «caratterizzata dall'effetto reale del trasferimento di proprietà al fiduciario e da un effetto obbligatorio, il ritrasferimento dell'immobile, condizionato [all']adempimento del fiduciante»²⁸, e di una procura a vendere un immobile conferita dal mutuatario al mutuante contestualmente alla stipulazione del finanziamento in presenza di un accertato nesso funzionale tra il finanziamento stesso e la procura medesima finalizzato alla escussione in garanzia²⁹.

La fattispecie più rilevante, per il ricorso ad essa sempre più diffuso, è quella del *sale and lease back*, operazione che, come si legge in una pronuncia del giudice di legittimità³⁰, «può ben essere piegata al fine illecito vietato dall'art. 2744 cod. civ., il quale costituisce una norma materiale, destinata a trovare applicazione non soltanto in relazione alle alienazioni a scopo di garanzia sospensivamente condizionate all'inadempimento del debitore, ma anche a quelle immediatamente traslative e risolutivamente condizionate all'adempimento del debitore (Cass., SS.UU. 3 aprile 1989, n. 1611, e successive, quali, fra le altre, 16 ottobre 1995, n. 10805, 19 luglio 1997, n. 6663 e 2 febbraio 2006, n. 2285), esprimendo essa un divieto di risultato».

Lo strumento per evitare che l'operazione collida con il divieto del patto commissorio, e quindi venga inficiata da nullità, è

²⁸ Cass., 20 febbraio 2013, n. 4262.

²⁹ Cass., 8 luglio 2014, n. 15468.

³⁰ Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625. V., di recente, Cass., 25 gennaio 2022, n. 2219, commentata da F. SGRÒ, *Divieto di patto commissorio e fattispecie potenzialmente elusive: note a margine di un'operazione (lecita) di sale and lease back*, in *Rivista Pactum*, 13 ottobre 2022. In merito ai rapporti tra 'sale and lease back' e divieto del patto commissorio, cfr., tra gli altri, A. LUMINOSO, *Lease back, mercato e divieto del patto commissorio*, in *Giur. comm.*, 1, 2000, 489; A.A. DOLMETTA, *Lease back e patto commissorio: un rapporto complesso*, in *Giur. comm.*, 1, 2002, 306; F. TOSCHI VESPASIANI, *Il lease back e il divieto del patto commissorio ancora al vaglio della Suprema Corte*, in *Contratti*, 6, 2007, 526.

rappresentato dal cosiddetto “patto marciano”, che la Suprema Corte definisce come quella «clausola contrattuale con la quale si mira ad impedire che il concedente, in caso di inadempimento, si appropri di un valore superiore all’ammontare del suo credito, pattuendosi che, al termine del rapporto, si proceda alla stima del bene e il creditore sia tenuto al pagamento in favore del venditore dell’importo eccedente l’entità del credito (*iure emptoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam*, secondo la tradizione giustiniana)»³¹: aspetto questo che esclude l’illiceità della causa del negozio, che esclude in tesi abuso di posizioni, pur in presenza di forme di garanzie che presuppongano un trasferimento di proprietà, come nel caso del pegno irregolare, del riporto finanziario e quindi del richiamato patto marciano, «in virtù del quale, com’è noto, al termine del rapporto si procede alla stima, ed il creditore, per acquisire il bene, è tenuto al pagamento dell’importo eccedente l’entità del credito»³².

Nella specie il passo utilizzato dalla Suprema Corte è di Marciano, giurista dell’età dei Severi, escerpito dal suo *liber singularis ad formulam hypothecariam* e conservato dai compilatori giustiniani nel titolo 20.1 del Digesto concernente «i pegni e le ipoteche, il modo con cui si contraggono e i patti ad essi relativi»³³.

Per la precisione si tratta del brano oggetto di D. 20.1.16.9³⁴, in cui l’antico giureconsulto «dopo avere affrontato una serie di questioni in materia di pegno e ipoteca, afferma che la loro “dazione può essere fatta cosicché” (*ita ... ut*), “se entro un certo tempo non fosse stato versato il denaro dovuto”, il creditore

³¹ Nella sentenza n. 1625 del 2015.

³² Così Cass., 21 gennaio 2005, n. 1273.

³³ *De pignoris et hypothecis et qualiter ea contrahuntur et de pactis eorum*.

³⁴ *Marc. lib. sing. ad form. hyp. 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.*

“secondo il diritto del compratore” (*iure emptoris*) avesse “il possesso della cosa data a garanzia, da stimarsi, allora” (*tunc*), “al giusto prezzo” (*iusto pretio*)»³⁵. Dal nome del giurista romano deriva dunque la attuale denominazione della fattispecie esaminata.

2. *Le applicazioni giurisprudenziali*

Al patto marciano sono dedicati non pochi studi³⁶. Anche la giurisprudenza si mostra particolarmente attenta alla figura. Colpiscono soprattutto alcune decisioni nelle quali se ne fa applicazione in rapporto a svariate operazioni e figure giuridiche.

³⁵ Così A. ARNESE, *Considerazioni*, cit., 1 ss., e ‘*Marcian.*’, cit., 175 ss., a cui si rinvia per l’esegesi del testo.

³⁶ Nei quali non si trascura di esaminare pure lo scenario internazionale. Tra i più recenti, N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000; M. BUSSANI, *Patto di riscatto e patto commissorio: la porta stretta dei codificatori*, in *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica, V Congresso Internazionale ARISTEC, Salisburgo, 13-15 settembre 2001*, Torino, 2013, 353 ss.; E. CARBONE, *Autonomia*, cit., 59 ss.; D. MARI, *Il patto marciano: un’analisi critica del nuovo articolo 48 bis T.U.B.*, in *Riv. not.*, 6, 2016, 1111 ss.; S. PAGLIANTINI, *L’art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura (ragionata) dell’art. 48 bis T.U.B.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 5, 2016, 931 ss.; D. GIGLIO, *Il divieto del patto commissorio ed il problema delle alienazioni in funzione della garanzia alla luce delle novità introdotte dal D.L. 3 maggio 2016 n. 59*, in *Riv. dir. econ. trasp. amb.*, 16, 2016, 171 ss.; A. SCOTTI, *Il trasferimento dei beni a scopo di garanzia ex art. 48 ‘bis’ T.U.B. è davvero il patto marciano?*, in *Corriere giur.*, 12, 2016, 1477 ss.; A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2017, 10 ss.; ID., *Patto marciano e sottotipi*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2017, 1398 ss.; G. D’AMICO, S. PAGLIANTINI, F. PIRAINO, T. RUMI, *I nuovi marciano*, Torino, 2017; A.A. DOLMETTA, *La ricerca del «marciano utile»*, in *Riv. dir. civ.*, 4, 2017, 811 ss.; D. RUSSO, *Oltre il patto marciano*, Napoli, 2017; F. PIRAINO, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali. Il patto marciano alla luce della disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, in *Giur. it.*, 7, 2017, 1715; A. LEPORE, *Autotutela e autonomia negoziale*, Napoli, 2019, 131 ss.; M. TRIMARCHI, *Operazione negoziale e trasferimento con funzione di garanzia: la neutralizzazione del divieto del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 715 ss.

In una recente decisione della Suprema Corte s'incontra una 'ridefinizione' delle ragioni di liceità dell'anzidetto patto convenuto quale correttivo, in un accordo che possa apparire 'commissorio', anche di là dalla originaria ipotesi considerata. Trattavasi di una vendita immobiliare con funzione di garanzia, nella quale risultava inserito un patto (per l'appunto 'marciano') in forza del quale, nell'eventualità di inadempimento del debitore, il creditore avrebbe potuto vendere il bene, previa sua stima, dovendo essere versata al debitore l'eccedenza del prezzo rispetto al credito. La (potenziale e astratta) liceità del patto commissorio cui accede il marciano, afferma la Corte, è ritraibile dalla esperienza del pegno irregolare (art. 1851 cod. civ.), il quale consente al creditore che abbia ricevuto in garanzia cose fungibili di appropriarsene all'inadempimento del debitore restituendo però a quest'ultimo l'eccedenza di valore (tra le cose date in pegno e l'ammontare del debito). Si precisa: il «patto marciano, che come è noto non è figura tipica, persegue esattamente lo stesso scopo rispetto a beni non dati in pegno ma alienati in garanzia; ossia consente al creditore di appropriarsene restituendo al debitore la differenza di valore. Né può obiettarsi che l'art. 1851 c.c. è norma eccezionale, come tale insuscettibile di applicazione analogica, in quanto non è affatto eccezione rispetto al principio generale dell'art. 2744 c.c., ma rispettoso della medesima *ratio*, anzi conseguenza di quel principio in quanto mira anche esso ad evitare approfittamenti del creditore ai danni del debitore. Tuttavia, proprio in quanto il patto marciano può consentire di evitare approfittamenti del creditore ai danni del debitore, è necessario che le parti abbiano previsto criteri di stima del bene al momento della relativa convenzione»³⁷.

La 'protezione del debitore' rappresenta quindi, nell'ottica della Suprema Corte, l'elemento centrale del patto marciano, come emerge pure da altra situazione riguardante la cessione di credito in

³⁷ Cass. Civ., Sez. III, 17 gennaio 2020, n. 844.

garanzia (*cessio in securitatem*) ovvero allo scopo di garantire l'adempimento di un'obbligazione del cedente nei confronti del cessionario³⁸; operazione largamente impiegata nel settore bancario soprattutto quanto ai prestiti alle imprese³⁹.

Quando l'entità del credito costituente la garanzia superi quella del debito, la regola marciana fa sì che la causa di garanzia possa giustificare il trasferimento del credito⁴⁰ in specie nella misura in cui occorra al soddisfacimento delle ragioni creditorie del cessionario nei confronti del debitore cedente.

Pertanto la funzione di garanzia accompagnata da un patto marciano non configura sfumature di illiceità, come rilevabile da vicende oggetto di analisi da parte della Suprema Corte⁴¹, la quale non ha mancato di puntualizzare, con riferimento al divieto di patto commissorio (in una operazione di *sale and lease back*), che la *ratio* del limite di legalità risiede nella difesa del debitore da indebite coercizioni del creditore, nella tutela del patrimonio del contraente più debole e non, come pure sostenuto da altro orientamento⁴²,

³⁸ Cass. Civ., Sez. I, 28 maggio 2020, n. 10092, annotata da I. ANGLANI, in *GiustiziaCivile.com*, 11 giugno 2021. Sul tema, v. ultimamente R. DE MEO, *Garanzia e autotutela esecutiva nella cessione di credito*, Napoli, 2022, 19 ss. (*ivi* ampia bibliografia).

³⁹ Interessanti osservazioni sulla disciplina delle garanzie finanziarie in E. GABRIELLI, *Le garanzie finanziarie nel sistema delle garanzie del credito*, in *I contratti di garanzia finanziaria*, a cura di E. Gabrielli, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu e Messineo*, Milano, 2018, 33 ss. V. anche N. CIPRIANI, *La nuova disciplina delle garanzie finanziarie e il sistema italiano delle garanzie reali*, in *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Napoli, 2006, 797 ss.; R. LENZI, M. TATARANO, *Recenti riforme in tema di garanzie del credito bancario*, dal 28 giugno 2017 in *CNN, Studi e Materiali*, 2017, 1; V. CONFORTINI, *Primato del credito*, Napoli, 2020.

⁴⁰ Tra gli altri, nei tempi più recenti, v., F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996; F. MACARIO, *Circolazione e cessione dei diritti in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2006, 407.

⁴¹ Cass. Civ., Sez. I, 21 settembre 2022, n. 27615.

⁴² Sul punto v., F. CARNELUTTI, *Mutuo pignoratizio e vendita con clausola di riscatto*, in *Riv. dir. priv.*, 2, 1946, 146 ss.; U. MIELE, *Sul patto commissorio immobiliare*, in *Riv.*

nella salvaguardia dell'interesse fondamentale e generale della *par condicio creditorum*.

In tale direzione la norma imperativa contemplata nell'art. 2744 cod. civ. non può considerarsi espressione dell'ordine pubblico, essendo ciò smentito dal quadro normativo generale: l'art. 6 del d.lgs. 170/2004 prevede una eccezione al divieto, escludendo espressamente per i contratti di garanzia finanziaria l'applicazione dell'art. 2744 cod. civ.⁴³.

Per ormai solida posizione giurisprudenziale «la nullità dovuta all'aggravamento del divieto del patto commissorio sancito dall'art. 2744 c.c. è da escludersi laddove nell'operazione negoziale sia inserito un patto marciano (in forza del quale, nell'eventualità di inadempimento del debitore, il creditore [venderà] il bene, previa stima, versando al debitore l'eccedenza del prezzo rispetto al credito), trattandosi di clausola idonea a garantire il riequilibrio dell'assetto contrattuale»⁴⁴.

dir. comm., 1946, 65 ss.; L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, in *Il Cod. civ. Comm. Schlesinger, Artt. 2740-2744*, Milano, 1991, 213 ss.; V. ANDRIOLI, *Divieto*, cit., 50 ss.; T. MANCINI, *Vendita con patto di riscatto e nullità 'ex' art. 2744 cod. civ.*, in *Foro it.*, 1, 1966, 1121 ss.; G. STOLFI, *Promessa di vendita e patto commissorio*, in *Foro pad.*, 1, 1957, 767 ss.

⁴³ A. FINOCCHIARO, in *IUS Processo Civile*, 3 novembre 2022, nel commentare la sentenza, ha intravisto una «interpretazione restrittiva di ordine pubblico», non condividendo che possa essere inteso solo come 'rinvio alle norme fondamentali e cogenti dell'ordinamento' espressione dei 'valori di fondo del sistema giuridico italiano'.

⁴⁴ Come si legge in Trib. Milano, Sez. VI, 19 gennaio 2021, n. 340, in una fattispecie di 'sale and lease back'. V. anche Trib. Milano, Sez. VI, 22 gennaio 2019, n. 557 in tema di 'leasing' traslativo: «il riequilibrio dell'assetto contrattuale può dirsi ristabilito mediante la previsione di una specifica clausola, che stabilisce l'accredito a favore dell'utilizzatore dell'importo ricavato dal concedente dalla vendita del bene (trattasi del c.d. patto marciano, il cui effetto "salvifico" è stato più volte affermato dalla Corte di Cassazione, si veda, ad esempio, Cass. 1625/2015); tale clausola, infatti, da un lato, garantisce al concedente di venirsene a trovare, a seguito dell'inadempimento dell'utilizzatore, nella medesima

Pure il *trust* in funzione di garanzia può reputarsi compatibile con il divieto del patto commissorio, sempre all'interno del perimetro del patto marciano⁴⁵.

Quest'ultimo mostra dunque di possedere una grande duttilità, suscettibile com'è di applicazione in un'ampia gamma di fattispecie, per un assetto che lo rende analogo ad altre figure in materia di garanzie ma rispettoso dei valori e ciò in quanto, nell'eventualità d'inadempimento del debitore, si procederà ad alienare il bene, previa stima, corrispondendo al debitore l'eccesso dato dalla differenza del prezzo rispetto al credito, venendosi così a realizzare il medesimo disegno riferibile al pegno irregolare, specificatamente rilevabile nell'art. 1851 cod. civ., scongiurandosi approfittamenti del creditore in pregiudizio del debitore⁴⁶.

3. *La ricezione normativa dell'assetto marciano*

Le ampie e mobili frontiere del patto esaminato non si arrestano alle evidenze giurisprudenziali. L'assetto che lo caratterizza può infatti riconoscersi anche in disposizioni normative, introdotte al fine di rendere più semplice e flessibile il sistema operativo delle garanzie nel settore del credito⁴⁷. Esempi particolarmente significativi sono rintracciabili nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (d. lgs. n. 385/93).

situazione in cui si sarebbe trovato nell'ipotesi di sviluppo fisiologico del rapporto contrattuale, dall'altro esclude in radice il rischio di un ingiustificato arricchimento da parte della società di leasing».

⁴⁵ Cfr. Trib. Milano, Sez. spec. Impr., 20 febbraio 2021, con nota di P. SPOLAORE, M. SABBIONI, in *IUS Societario*, 27 giugno 2022.

⁴⁶ Come ha rilevato il Trib. Firenze, Sez. spec. Impr., 13 febbraio 2023, n. 423 (a proposito della vendita immobiliare con funzione di garanzia).

⁴⁷ Con l'effetto di armonizzare l'ordinamento italiano agli sviluppi più recenti che si registrano nel panorama europeo e internazionale, soprattutto in ambito Unicitral, come ha osservato D. MARI, *Il patto*, cit., 1111.

Infatti, nel capo I-*bis* del t.u.b.⁴⁸, è stato disciplinato il *Credito immobiliare ai consumatori*, raffigurato nel novellato art. 120 *quiquies* quale finanziamento bancario ad un consumatore il cui «credito è garantito da un’ipoteca sul diritto di proprietà o su di un altro diritto reale concernente beni immobili residenziali o è finalizzato all’acquisto o alla conservazione della proprietà su un terreno o su un immobile edificato o progettato».

Il successivo art. 120-*quindecies* prevede che, fermo quanto previsto dall’art. 2744 cod. civ., le parti possono convenire, con una clausola espressa al momento della conclusione del contratto di credito, l’acquisizione da parte della banca o il trasferimento (a terzi) dell’immobile oggetto di garanzia o dei proventi della vendita del medesimo bene, nell’ipotesi di inadempimento del consumatore, con l’effetto di estinguere l’intero debito a carico del consumatore derivante dal contratto di credito, pur se il valore del bene immobile o l’ammontare dei proventi sia inferiore al debito residuo. Qualora il valore dell’immobile, la cui stima dovrà essere affidata ad un perito, ovvero l’ammontare dei proventi della vendita risultino superiori al debito residuo, il consumatore avrà diritto all’eccedenza.

Per quanto riguarda la stima, il comma IV^o, lett. d) della medesima disposizione normativa, dispone che essa dovrà essere effettuata in data successiva all’inadempimento da un perito indipendente scelto dalle parti di comune accordo o, in mancanza di accordo, nominato dal Presidente del Tribunale.

In ordine all’inadempimento non si manca di precisare che tale si considera quello corrispondente al mancato versamento di un ammontare equivalente a diciotto rate mensili.

⁴⁸ Aggiunto con d.lgs. 21 aprile 2016, n.72, in attuazione della Dir. 2014/17/UE.

Una struttura analoga presenta l'art. 48 *bis* t.u.b.⁴⁹ concernente il finanziamento alle imprese garantito dal trasferimento di un bene immobile sospensivamente condizionato (così denominato dalla rubrica della norma).

In base al primo comma dell'ultima richiamata disposizione un «contratto di finanziamento concluso tra un imprenditore e una banca o altro soggetto autorizzato a concedere finanziamenti nei confronti del pubblico ai sensi dell'articolo 106 può essere garantito dal trasferimento, in favore del creditore o di una società dallo stesso controllata o al medesimo collegata ai sensi delle vigenti disposizioni di legge e autorizzata ad acquistare, detenere, gestire e trasferire diritti reali immobiliari, della proprietà di un immobile o di un altro diritto immobiliare dell'imprenditore o di un terzo, sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore a norma del comma 5».

Ai sensi di detti frantumi normativi «si ha inadempimento quando il mancato pagamento si protrae per oltre nove mesi dalla scadenza di almeno tre rate, anche non consecutive, nel caso di obbligo di rimborso a rate mensili; o per oltre nove mesi dalla scadenza anche di una sola rata, quando il debitore è tenuto al rimborso rateale secondo termini di scadenza superiori al periodo mensile; ovvero, per oltre nove mesi, quando non è prevista la restituzione mediante pagamenti da effettuarsi in via rateale, dalla scadenza del rimborso previsto nel contratto di finanziamento».

Si prosegue sancendo che, qualora alla data di scadenza della prima delle rate, anche non mensili, non pagate il debitore abbia già rimborsato il finanziamento ricevuto in misura almeno pari all'85 per cento della quota capitale, il periodo di inadempimento di cui al medesimo primo periodo si intenderà elevato da nove a dodici mesi.

⁴⁹ Introdotto dall'art. 2, d.l. 2 maggio 2016, n. 59, convertito con modificazioni dalla l. 30 giugno 2016, n. 119.

Anche in questo caso per la produzione di certe conseguenze non basterà un qualsiasi inadempimento, ma sarà necessario quello specificatamente ‘qualificato’ *ex* comma V° dell’art. 48-*bis* già citato, affinché sia consentito al creditore di avvalersi degli effetti del patto.

Con il successivo comma VII° si è poi disposto che, qualora il debitore dovesse contestare la stima del bene interessato, il creditore avrebbe comunque diritto di avvalersi dei richiamati effetti, mentre l’eventuale fondatezza della contestazione (in ordine alla anzidetta stima) inciderà sulla differenza da versare al titolare del diritto reale immobiliare oggetto di ‘esecuzione’.

In ogni caso al verificarsi dell’inadempimento (da considerare una condizione sospensiva⁵⁰) non si concretizzerà automaticamente alcuna acquisizione in favore del creditore: questi sarà tenuto a notificare al debitore e, se diverso, al titolare del diritto reale immobiliare, nonché a coloro che hanno diritti derivanti da titolo iscritto o trascritto sull’immobile (successivamente alla trascrizione del patto) una dichiarazione di volersi avvalere degli effetti del patto, precisando l’ammontare del credito per cui procede.

Si prescrive altresì che, decorsi sessanta giorni dalla notificazione di siffatta dichiarazione, il creditore chiederà al presidente del tribunale del luogo nel quale è ubicato l’immobile la nomina di un perito, il quale procederà con una relazione giurata

⁵⁰ Questa, a norma del comma VIII°, «si considera avverata al momento della comunicazione al creditore del valore di stima di cui al comma 6 ovvero al momento dell’avvenuto versamento all’imprenditore della differenza di cui al comma 2, qualora il valore di stima sia superiore all’ammontare del debito inadempito, comprensivo di tutte le spese ed i costi del trasferimento. Il contratto di finanziamento o la sua modificazione a norma del comma 4 contiene l’espressa previsione di un apposito conto corrente bancario senza spese, intestato al titolare del diritto reale immobiliare, sul quale il creditore deve accreditare l’importo pari alla differenza tra il valore di stima e l’ammontare del debito inadempito».

alla stima del diritto reale immobiliare oggetto del patto. Il perito, secondo quanto stabilito dalla normativa di settore, dovrà attenersi ai criteri di cui all'art. 568 cod. proc. civ.

Tale ultima previsione, relativa all'espropriazione, dispone però soltanto che «il valore dell'immobile è determinato dal giudice avuto riguardo al valore di mercato sulla base degli elementi forniti dalle parti e dell'esperto nominato ai sensi dell'art. 569 primo comma» cod. proc. civ.

Affiora per tal via una carenza normativa⁵¹. Innanzitutto non è esplicitato se il 'giusto prezzo' debba essere quello che corrisponda al valore di mercato del bene. Poi non è chiaro a quale momento debba riferirsi la stima, se cioè a quello della conclusione del contratto, della costituzione del diritto reale di garanzia, della

⁵¹ Ma è solo una delle tante che la disciplina presenta. Risulta infatti pure oscuro «come possa operare nella pratica il riferimento alle società controllate dal creditore o affiliate al medesimo», nonché «come possano incidere sulla validità del patto marciano eventuali vicende successorie relative al contratto di finanziamento garantito», come ha rilevato D. MARI, *Il patto*, cit., 1113 ss. Una più approfondita analisi delle lacune e dei punti deboli della normativa è svolta da A. SCOTTI, *Il trasferimento*, cit., 1480 ss., e S. PAGLIANTINI, *L'art. 2744*, cit., 939 ss. Peraltro (sebbene con riferimento all'120-*quinquiesdecies*, comma III^o, norma analoga all'art. 48-*bis*), il Consiglio di Stato ha ritenuto non condivisibile la previsione, contenuta nell'art. 5 dello schema di un decreto correttivo, secondo la quale sono subordinati all'accettazione del creditore i pagamenti effettuati dal consumatore prima della notificazione da parte del finanziatore della dichiarazione di volersi avvalere degli effetti della 'clausola' (che consente l'acquisizione del bene posto a garanzia, con effetto liberatorio del debitore), poiché non è dato comprendere il perché i pagamenti effettuati dal debitore prima della notifica della volontà di avvalersene non debbano essere considerati, anche se utili a far venir meno il presupposto dell'inadempimento rilevante, se non a condizione che il creditore li voglia accettare. Al riguardo deve invece reputarsi plausibile che l'inadempimento 'qualificato' (pari a 18 rate mensili) debba permanere fino alla notifica, sicché sarebbe opportuno prevedere che solo i pagamenti 'successivi' vadano sempre computati (Cons. St. atti norm., 28 settembre 2020, n. 1536: v. *Foro amm.*, 9, 2020, 1724).

erogazione del finanziamento garantito, oppure a quelli del verificarsi dell'inadempimento, delle comunicazione di legge o della conclusione dell'*iter* della perizia.

Si potrebbe ritenere, ma solo per 'logica', che si debba guardare al momento dell'inadempimento⁵². Tuttavia, se si considera che l'inadempimento deve protrarsi per un arco temporale che, a seconda dei casi, varia da nove a dodici mesi, risulta incerto il *dies* per la determinazione del valore di mercato: potrebbe essere quello dell'inizio o della fine di siffatto periodo o quello più elevato o più basso raggiunto in tale lasso di tempo.

Peraltro, lo stesso *iter* riguardante la stima potrebbe dilatarsi poiché, entro dieci giorni dalla comunicazione delle relative risultanze i destinatari della perizia, cioè lo stesso creditore, il debitore o, se diverso, il titolare del diritto reale immobiliare, potrebbero proporre opposizione.

Pare allora ragionevole reputare che si debba fare riferimento al valore di mercato più elevato registrato dall'immobile *medio tempore* sino alla conclusione del procedimento, in quanto «il più alto valore di mercato raggiunto dal bene, a far data dalla stipulazione del contratto sino alla chiusura dell'*iter* della perizia (o quantomeno da quando inizia a manifestarsi e poi si completa l'inadempimento, cioè dopo che siano decorsi nove o al massimo, se ne ricorrano i requisiti, dodici mesi) è in grado di salvaguardare la posizione del debitore (che così potrà ottenere il riconoscimento dell'importo più alto da cui poi dovrà essere decurtato il debito residuo, sì da ricevere quindi, quale eccedenza, la maggior somma possibile)», dato anche il vantaggio del creditore, il quale, scegliendo di avvalersi della clausola 'quindi di appropriarsi' del bene pignorato,

⁵² Come ha sostenuto, giustamente, S. PAGLIANTINI, *L'art. 2744*, cit., 949 ss., richiamandosi alla «logica che regge l'art. 48 *bis*».

è ‘giusto’ che riconosca al debitore l’effettivo e più alto valore di mercato raggiunto dal cespite nel periodo di riferimento⁵³.

Un dato però è chiaro: la normativa indicata ha recepito l’assetto del patto marciano, riconoscendo l’equilibrio che è in grado di assicurare nel contemperare i contrapposti interessi di creditore e debitore.

4. *Patto marciano e autonomia delle parti: il principio di proporzionalità*

Le carenze segnalate, ravvisabili nella recente normativa, consentono di valorizzare il ruolo per così dire ‘correttivo’ dell’autonomia delle parti. I soggetti interessati potrebbero ben svolgere, nel momento della elaborazione delle clausole da inserire nelle singole negoziazioni, lo strumentario da applicare per la soluzione della concreta vicenda.

Attraverso pattuizioni contrattuali ben costruite, infatti, potrebbe, a voler esemplificare, essere riconosciuto al debitore, come giusto prezzo di stima, l’effettivo e più alto valore di mercato che il cespite ha mostrato di conseguire dalla data del finanziamento a quella del momento stesso in cui la medesima stima verrà effettuata.

Non è, come intuibile, solo siffatto ultimo riscontro a poter essere esaltato dalla libertà dei privati onde favorire un assetto complessivo delle specifiche operazioni sostanzialmente aderente ai valori dell’ordinamento.

⁵³ Come ha suggerito A. ARNESE, ‘*Marbian.*’, cit., 191, il quale ha altresì esteso questa soluzione anche al «caso disciplinato dall’ art. 120-*quinquiesdecies* T.U.B. (in materia di credito immobiliare ai consumatori), ma considerando, ovviamente, il diverso termine entro cui si perfeziona l’inadempimento qualificato».

In particolare, si deve sul punto considerare che risulta sempre più rivalutato dalla dottrina il principio di proporzionalità⁵⁴ e che, proprio con specifico riferimento alla materia delle garanzie, in fase – per così dire – costruttiva tale principio affiora con particolare evidenza dalla disciplina riguardante le ipoteche specificatamente quanto all’aspetto del rapporto fra ammontare del credito e valore della garanzia⁵⁵.

Per ogni esperienza negoziale andrebbe contemplata l’incidenza del richiamato parametro con aggancio della garanzia al (graduale abbattimento del) debito (originario).

Sempre a voler esemplificare, quando il debito abbia raggiunto un ammontare residuo irrisorio, dovrebbe essere finanche esclusa convenzionalmente la facoltà per il creditore di ottenere la proprietà del bene, come invece stabilito dalla normativa su richiamata, la quale di per sé non esclude la sua derogabilità.

Si deve consentire, da un lato, al creditore di mantenere il diritto ad una soddisfazione diretta sul bene ricevuto in garanzia, allorché l’esercizio di tale diritto risulti ragionevole, e, dall’altro, evitare che il debitore subisca un sacrificio eccessivo, quale sarebbe quello determinato dalla perdita (non adeguatamente compensata da qualunque importo monetario) di un bene che per lui potrebbe avere un valore storico o futuro (anche affettivo) superiore rispetto a quello risultante da una stima in un determinato momento economicamente ‘giusta’, perché parametrata al valore più alto di mercato connesso alle *performances* del bene sul piano commerciale.

⁵⁴ Tra altri, v. P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in P. PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, 441 ss.

⁵⁵ V., N. CIPRIANI, *Patto*, cit., 174 ss. Sulla rilevanza del principio di proporzionalità nello specifico contesto delle garanzie del credito, v. anche lo studio di S. GIOVA, *La proporzionalità nell’ipoteca e nel pegno*, Napoli, 2012, 41 ss., nonché, più di recente, G. PERLINGIERI, *Garanzie «atipiche» e rapporti commerciali*, in *Riv. dir. impr.*, 2017, 21 ss.

Una perdita, quella del bene da parte del debitore, che può inoltre e a maggior ragione apparire sproporzionata quando il debito originario sia stato in larga misura rimborsato.

In tale direzione potrebbe finanche essere evitata la vendita forzata del bene oggetto della garanzia, sfruttando il rimedio, di portata generale, della conversione del pignoramento ai sensi dell'art. 495 cod. proc. civ., che consente al debitore di «chiedere di sostituire alle cose o ai crediti pignorati una somma di denaro pari, oltre alle spese di esecuzione, all'importo dovuto al creditore pignorante e ai creditori intervenuti, comprensivo del capitale, degli interessi e delle spese».

Tenendo conto che è il giudice dell'esecuzione a determinare con ordinanza la somma da sostituire al bene pignorato (art. 495, comma III^o, cod. proc. civ.) e poiché, «se ricorrono giustificati motivi», egli può stabilire «che il debitore versi con rateizzazioni mensili entro il termine massimo di quarantotto mesi la somma determinata a norma del comma terzo, maggiorata degli interessi scalari al tasso convenzionale pattuito ovvero, in difetto, al tasso legale»⁵⁶, è evidente che, nell'ipotesi di un insoluto di entità non rilevante, il debitore debba essere salvaguardato, scongiurandosi l'esito della perdita del bene.

Vi sono più ragioni che spingono ad assicurare pattiziamente il giusto risultato, magari recependo una quantificazione che tenga conto del capitale e degli interessi residui, da rimborsare con un piano di ammortamento aggiuntivo e 'a scalare', a fronte di insoluti di scarso ammontare (per esempio quando il debito originario sia stato pagato all'85%).

⁵⁶ Termine introdotto dall'art. 4, comma I^o, lett. b), del d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito con modificazioni nella l. 11 febbraio 2019, n. 12, innalzando così quello di trentasei mesi previsto dal testo previgente della norma, che continua invece ad applicarsi alle esecuzioni iniziate anteriormente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto (13 febbraio 2019).

Clausole contrattuali ben congegnate e calibrate secondo i noti principi, nel sopperire alle carenze normative, nell'instaurare un equilibrio e nell'assicurare che tale equilibrio venga mantenuto nello svolgimento del rapporto, potranno essere utili a prevenire liti e quindi ad evitare il sovraccarico del sistema giudiziario, che le novelle normative sono in tesi volte ad evitare⁵⁷.

ABSTRACT

Il lavoro si propone di esaminare il patto marciano alla luce della normativa, giurisprudenza e dottrina più recente e il suo impiego da parte dei privati nell'esercizio della loro autonomia.

The work aims to examine the Marcian pact in light of the most recent legislation, case law and doctrine, as well as its use by individuals in the exercise of their autonomy.

PAROLE CHIAVE

Patto marciano – Divieto del patto commissorio –
Autonomia privata

⁵⁷ Soprattutto se si consideri che in concreto i meccanismi di esecuzione forzata non tutelano in modo del tutto adeguato le ragioni del creditore in ordine alla realizzazione e al recupero del valore effettivo dei beni sottoposti alla procedura esecutiva. Sull'argomento v., E. DE BELVIS, *L'esecuzione privatizzata*, Napoli, 2018, 8, A. LUMINOSO, *Patto*, cit., 19 ss.; G. ATTANASIO, *Il divieto del patto commissorio nell'attuale panorama normativo e giurisprudenziale: le novità in arrivo dal PNRR in tema di autotutela esecutiva*, in *Notariato*, 2022, 323.

Marcian pact – Prohibition of the commissory pact –
Private autonomy

MARIA ELENA QUADRATO
mariaelena.quadrato@uniba.it