

ANCORA SUL DIVIETO DEL PATTO COMMISSORIO, TRA
QUESTIONI DI PRINCIPIO ED ESIGENZE DELLA PRATICA

*AGAIN ON THE BAN ON THE COMMISSORIUM PACT,
BETWEEN QUESTIONS OF PRINCIPLE AND REQUIREMENTS OF
PRACTICE*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 2214-2235



Andrea NERVI

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de enero de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Il saggio è dedicato al divieto del patto commissorio e ne ripercorre l'evoluzione applicativa, sottolineando l'importanza dei contributi dottrinali, a partire proprio dalla monografia del prof. Cesare Massimo Bianca.

PALABRAS CLAVE: Obbligazione; debitore; garanzia; autonomia negoziale; causa.

ABSTRACT: *The essay concerns the agreement of forfeiture and traces the evolution in the application of the relevant rules. Particular attention is dedicated to the contributions of the scholars, especially those written by prof. Cesare Massimo Bianca.*

KEY WORDS: *Obligation; debtor; security; negotiating autonomy; cause.*

SUMARIO.- I. UNA BREVE RICOGNIZIONE DELLA MATERIA.- II. ALCUNE POSSIBILI CHIAVI DI LETTURA DEL FENOMENO.- III. IL PATTO COMMISSORIO COME ATTO DI AUTONOMIA NEGOZIALE.- IV. LA PROSPETTIVA DELLA CAUSA (CONCRETA).- V. ALCUNE CHIOSE FINALI.

I. UNA BREVE RICOGNIZIONE DELLA MATERIA.

Il legislatore del 1942, fedele all'impostazione napoleonica, ha mantenuto il tradizionale divieto del patto commissorio, ampliandone peraltro la portata rispetto alla previgente sistemazione normativa. La proibizione è testualmente formulata con riguardo all'ipotesi in cui il patto acceda ad una garanzia reale tipica quale il pegno e l'ipoteca.

Come noto, la successiva evoluzione giurisprudenziale ha però esteso in misura considerevole l'ambito applicativo della norma, svincolandola dalla costituzione di una garanzia reale¹. In effetti, l'ampia casistica disponibile prende in esame essenzialmente ipotesi di patti commissori c.d. autonomi, ossia accordi negoziali mediante i quali i privati disciplinano il trasferimento di diritti di proprietà (o altre situazioni giuridiche soggettive di natura reale) a fronte dell'esigenza di garantire l'adempimento di obbligazioni, essenzialmente di natura pecuniaria².

Nel contesto ora delineato – ed anche questa è storia assai nota – si è assistito ad una sorta di *escalation*, che ha progressivamente condotto a “fulminare” con la sanzione della nullità tutte le ipotesi in cui il trasferimento del diritto reale sia funzionalmente collegato all'adempimento di un'obbligazione pecuniaria, e ciò prescindendo dalla rispettiva scansione temporale, ovvero all'anteriorità o posteriorità del trasferimento rispetto al verificarsi dell'inattuazione dell'obbligazione principale.

All'esito di questo percorso, molti autori concordano nell'osservare che il divieto del patto commissorio assume, nel sistema giuridico italiano, una portata molto ampia, decisamente più estesa rispetto a quanto è dato riscontrare in

-
- 1 Il punto è stato chiaramente intuito da BIANCA, C.M.: *Il divieto del patto commissorio*, Esi, Napoli, 2013, p.3 [ristampa anastatica del volume del 1957]. Il Maestro avverte la mancanza di un approfondimento circa il rapporto tra il patto commissorio ed i contratti nominati di garanzia. In arg. già PUGLIATTI, S.: “Precisioni in tema di vendita a scopo di garanzia”, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950 ed ora Id.: *Scritti giuridici*, III, Giuffrè, Milano, 2010 (da cui si cita), p.484.
 - 2 Lo ricorda chiaramente LUMINOSO, A.: “Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva”, *Riv. dir. civ.*, 2017, p.12: “l'area concettuale entro la quale viene tradizionalmente collocato il patto commissorio è quella delle alienazioni con funzione di garanzia”.

• **Andrea Nervi**

Ordinario di diritto privato nell'Università di Sassari. E-mail: anervi@uniss.it

ordinamenti paragonabili al nostro³. Basti qui accennare all'inversione di tendenza che si è recentemente verificata nell'esperienza francese, che – sotto questo profilo – continua a fungere da importante punto di riferimento per la cultura giuridica italiana⁴.

A fronte del quadro qui tratteggiato, non stupiscono le difficoltà in cui si dibattono gli interpreti allorché si trovino ad esaminare schemi contrattuali sorti in ordinamenti giuridici che poco o nulla sanno del divieto del patto commissorio e che, per altro verso, del diritto di proprietà conoscono una configurazione maggiormente articolata, nonché idonea anche a soddisfare le esigenze di garanzia del credito⁵. Come è evidente, il riferimento corre soprattutto al noto contratto di sale and lease back, il quale sembrerebbe aver trovato una sistemazione stabile in sede giurisprudenziale, mentre continua a suscitare reazioni contrastanti da parte della dottrina.

Senza entrare – almeno per il momento – nel merito delle questioni sostanziali ivi sottese, è importante una sottolineatura di natura metodologica, in quanto la vicenda in discorso suggerisce di abbandonare un'impostazione solipsistica (i.e., rivolta al solo ordinamento italiano e, verrebbe da aggiungere, al solo livello primario rappresentato dal codice civile), per estendere lo sguardo verso una realtà normativa che si presenta come composita e multiforme.

In questa prospettiva, anche volendo limitare l'analisi alla sola esperienza italiana, la recente dottrina ha opportunamente messo in evidenza come, a livello di legislazione speciale, siano sorte diverse ipotesi di deroga al divieto del patto commissorio, oppure di sua "conversione" nello schema del patto marciano, il quale gode invece di una patente di legittimità, ora espressamente riconosciuta anche dalla Corte regolatrice.

II. ALCUNE POSSIBILI CHIAVI DI LETTURA DELL'ISTITUTO.

Nella presente sede non è possibile ripercorrere l'ampio dibattito, dottrinale e giurisprudenziale, intorno al fondamento del divieto del patto commissorio. Ai

3 Si tratta di un tema ampiamente sottolineato dalla dottrina. Cfr. VALENTINO, D.: "Il trasferimento dei beni in garanzia", EAD.: (a cura di), *I contratti di vendita*, 2, in *Trattato dei contratti dir.* da P. RESCIGNO ed E. GABRIELLI, Milano, 2007, p.715; BUSSANI, M.: *Il problema del patto commissorio*, Giappichelli, Torino, 2000, p.211; CIPRIANI, N.: *Patto commissorio e patto marciano – Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Esi, Napoli, 2000, p. 259.

4 Per il dialogo su questi argomenti cfr. soprattutto BUSSANI, M.: *Il problema*, cit., p.106 ss. Più di recente GALLO, P.: "Art. 2744 – Divieto del patto commissorio", in G. BONILINI, - A. CHIZZINI (a cura di), "Della tutela dei diritti Artt. 2643-2783 ter", in *Commentario del Codice Civile dir.* da E. GABRIELLI, Utet, Milano, 2016, p.961; BOTTA, C.: "Gli incerti confini applicativi del divieto del patto commissorio e il sempre più diffuso favore per la pattuizione marciana", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p.914.

5 In arg. ex multis, ANELLI, F.: *L'alienazione in funzione di garanzia*, Giuffrè, Milano, 1996, p.6.

fini del presente contributo è sufficiente rilevare che due sembrano essere le tesi maggiormente accreditate⁶.

La prima guarda alle esigenze di protezione del debitore, considerato come parte debole dell'operazione negoziale in discorso e, pertanto, esposto all'approfittamento del creditore, che – secondo questa linea di pensiero – potrebbe arricchirsi in maniera ingiustificata, impadronendosi di un bene di importo superiore al valore del suo credito.

La principale criticità di questa tesi risiede nel disallineamento tra l'interesse tutelato (quello del debitore, ossia una delle parti del negozio) e la sanzione prevista (la nullità "vecchio stampo", assoluta e radicale, della pattuizione)⁷. In effetti, quest'ultima appare sovrabbondante e/o ultronea rispetto alla protezione di un contraente, dato che – nella sistematica del codice civile – queste istanze vengono salvaguardate mediante altri strumenti, generalmente meno invasivi e talora ancorati a soglie di rilevanza quantitativa⁸. Aggiungasi che, come messo in luce da alcune voci dottrinali⁹, la sanzione della nullità codicistica si presta ad essere strumentalizzata da un debitore disinvolto che, ad esempio, intenda liberarsi da un vincolo non più gradito, dopo aver chiesto ed ottenuto – per effetto della costituzione della garanzia reale atipica – l'erogazione di un finanziamento.

Dal punto di vista teorico vi è poi un altro punto debole, che solo occasionalmente è emerso nel dibattito dottrinale¹⁰, e che – invece – si rivela di particolare importanza, in quanto investe proprio la coerenza sistematica del diritto delle obbligazioni. Se si considera la pattuizione commissoria come una sorta di modalità succedanea, negozialmente concordata, con cui il debitore soddisfa l'interesse del creditore, quale dedotto nel rapporto obbligatorio, diviene inevitabile il confronto con l'istituto finitimo della dazione in pagamento¹¹.

Orbene, la disciplina della *datio in solutum* (art. 1197 c.c.) ammette l'ipotesi in cui, a valle del sorgere dell'obbligazione, creditore e debitore si accordino per

6 Per una sintetica, ma completa, ricognizione, si veda CARNEVALI, U.: "Patto commissorio", *Enc. dir.*, XXXII, Giuffrè, Milano, 1982, p.499 ss.

7 Così ANELLI, F.: *L'alienazione in*, cit., p. 58 ss.; BUSSANI, M.: *Il problema*, cit., p. 218; CIPRIANI, N.: *Patto commissorio*, cit., p. 208.

8 Cfr. BOTTA, C.: "Gli incerti", cit., p.915; CARBONE, E.: "*Debitoris suffocatio* e patto commissorio", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p.1094; DE MENECH, C.: "Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio", *Contratti*, 2015, p. 828.

9 Così BUSSANI, M.: *Il problema*, cit., p. 218.

10 Vi si sofferma, di recente, PAGLIANTINI, S.: "Sull'art. 48-bis T.U.B.: il "pasticcio" di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento", in G.D'AMICO, S.PAGLIANTINI, F.PIRAINO, T.RUMI (a cura di), *I nuovi marcani*, Giappichelli, Torino, 2017, p.54s.

11 Cfr. anche PAGLIANTINI, S.: "I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della dir. 2014/17/UE", *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p.183; D'AMICO, G.: "Alienazioni a scopo di garanzia", in M.A.MAUGERI, G.GITTI, M.NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa*, Il Mulino, Bologna, 2013, p.586.

una diversa prestazione, e contempla espressamente l'eventualità in cui il valore di quest'ultima risulti superiore a quello oggetto della prestazione originaria¹². Ciò significa che l'ordinamento non garantisce l'equivalenza patrimoniale tra la prestazione originaria e quella successivamente convenuta, cui il debitore si impegna per soddisfare l'interesse del creditore e liberarsi così dal vincolo assunto nei confronti di quest'ultimo¹³.

Se ora questa ipotesi viene accostata a quella sottesa al patto commissorio, non sfugge l'esistenza quantomeno di una similitudine di natura funzionale¹⁴: in entrambi i casi, in effetti, accanto all'obbligazione principale (o originaria), tra debitore e creditore intercorrono degli accordi volti a soddisfare le pretese di quest'ultimo per il tramite di una diversa prestazione. Sennonché, nel caso del patto commissorio l'accordo viene dichiarato nullo sulla base di un argomento (la c.d. *debitoris suffocatio*), che – per converso – non sembra assumere alcuna rilevanza nella dazione in pagamento, dato che la norma testualmente contempla l'ipotesi di una prestazione di valore “maggiore”.

Né pare significativa la diversa scansione temporale, consistente nella circostanza che, nel patto commissorio, l'accordo sarebbe anteriore al sorgere dell'obbligazione principale, mentre nella *datio in solutum* sarebbe posteriore¹⁵. Al riguardo, si può osservare che le esigenze di protezione del debitore non sembrano divergere in maniera apprezzabile nei due ordini di casi e, anzi, esse potrebbero forse considerarsi prevalenti nella fattispecie contemplata all'art. 1197

12 In arg., di recente, STEFINI, U.: “La cessione del credito”, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, XI, Giuffrè, Milano, 2020, p.385 s.

13 In arg. LUMINOSO, A.: “Patto marciano e sottotipi”, *Riv. dir. civ.*, 2017, p.1408, secondo cui il legislatore dovrebbe introdurre un limite alla validità dell'accordo di *datio in solutum*, quantomeno nei casi in cui la sproporzione tra prestazione originaria e prestazione succedanea sia tale da generare iniquità.

14 Per un caso giurisprudenziale in cui viene in rilievo la distinzione tra patto commissorio e *datio in solutum*, si veda Cass., 18 settembre 2020, n. 19508, ove si legge il seguente principio di diritto: “il patto commissorio, vietato dall'art. 2744 c.c., è configurabile solo quando il debitore sia costretto al trasferimento di un bene, a tacitazione dell'obbligazione, non anche, pertanto, ove tale trasferimento sia frutto di una scelta, come nel caso in cui venga liberamente concordato quale *datio in solutum* (art. 1197 c.c.), ovvero esprima esercizio di una facoltà che si sia riservata all'atto della costituzione dell'obbligazione medesima (art. 1286 c.c.)”.

15 Diversa valutazione in LUMINOSO, A.: “Patto marciano”, cit., p. 1405, secondo il quale il tratto caratterizzante del patto commissorio è proprio la natura programmatica del vincolo assunto dal debitore, mentre la *datio in solutum* consiste in una perdita immediata e definitiva del bene, quale surrogato della prestazione dovuta. Secondo ANELLI, F.: *L'alienazione in*, cit., p. 89 s., l'ordinamento consente alle parti di definire convenzionalmente modalità di estinzione delle obbligazioni in forme alternative, ma non permette ai privati di programmare preventivamente l'auto soddisfacimento del creditore attraverso l'appropriazione di una cosa determinata appartenente al debitore. In arg. anche VALENTINO, D.: “Il trasferimento”, cit., p. 703, la quale ravvisa la funzione di garanzia nella sola ipotesi in cui la pattuizione relativa al trasferimento del bene sia anteriore al sorgere della posizione debitoria; qualora invece la successione temporale sia invertita (i.e., pattuizione sul trasferimento successiva al sorgere della posizione debitoria), il trasferimento assume causa solutoria. Discussione anche in SCOTTI A.: “Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis T.U.B. è davvero il patto marciano?”, *Corr. giur.*, 2016, p.1481.

Il problema della successione temporale tra inadempimento e pattuizione sulla prestazione alternativa si ripresenta anche nella recente legislazione speciale sul patto marciano; in arg. D'AMICO, G.: “La resistibile ascesa del patto marciano”, in G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, F. PIRAINO, T.RUMI (a cura di): *I nuovi*, cit., p.24. Cfr. anche BRIANDA, G.: “Le prospettive del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria, lex mercatoria e tradizione”, *Contr. impr.*, 2016, p.815; NATALE, M.: “Lease back e strutture utili di patto marciano”, *Riv. dir. civ.*, 2015, p.1612.

c.c., nella quale il rapporto obbligatorio è già in essere e, dunque, il debitore già si trova in situazione di soggezione.

L'altra tesi meritevole di essere qui ricordata si sofferma invece sul principio della *par condicio creditorum*, e ravvisa nel divieto ex art. 2744 c.c. un presidio in tal senso. In questa sede non è possibile nemmeno accennare alla vasta discussione in ordine alla perdurante cogenza del principio in discorso, a fronte dell'erosione apportatavi dalla legislazione speciale ed anche dalla prassi applicativa. Limitandosi dunque a quanto strettamente necessario, e riprendendo uno spunto dottrinale¹⁶, la lesione al predetto principio risiederebbe nel fatto che il patto commissorio avvantaggia in via esclusiva un determinato creditore, sottraendo il bene che ne forma oggetto alla garanzia patrimoniale generica del restante ceto creditorio. Per altro verso, il creditore alienatario del bene, oltre a contare sulla garanzia reale "atipica" costituita in suo favore, conserverebbe intatte tutte le proprie prerogative nel concorso con gli altri creditori¹⁷ e, pertanto, finirebbe per beneficiare di una indebita posizione di vantaggio.

Anche questa impostazione si espone a qualche osservazione critica. In termini generali, si potrebbe anzitutto richiamare la tendenziale autodeterminazione di cui il debitore dispone nella gestione del proprio patrimonio, che ricomprende anche la costituzione di garanzie reali; a ciò può aggiungersi l'esistenza – anche in questo caso – di mezzi di reazione diversi dalla nullità, tra i quali spicca l'azione revocatoria. Più nello specifico, poi, la partecipazione del creditore al residuo concorso con gli altri creditori non sembra meritevole di particolari censure, se è vero che la medesima prerogativa spetta anche al creditore ipotecario o pignoratizio il quale, in ipotesi, sia rimasto parzialmente insoddisfatto all'esito della procedura esecutiva intrapresa.

Da queste rapide considerazioni emerge una prima indicazione sistematica: sembra difficile rinvenire il fondamento del divieto del patto commissorio nell'ambito del diritto delle obbligazioni, ossia di quella porzione dell'ordinamento privatistico che si preoccupa di tutelare e garantire il soddisfacimento delle pretese creditorie legittimamente sorte in capo ad un soggetto nei confronti

16 Così BIANCA, C.M.: *Il divieto*, cit., p. 54. Nello stesso senso anche BARBIERA, L.: *Responsabilità patrimoniale – Disposizioni generali Artt. 2740-2744*², *Il Codice Civile Commentario* fondato da SCHLESINGER, P. dir. da F.D. BUSNELLI, Milano, 2010, p.305, che estende la riprovazione normativa anche al patto marciano; quest'ultima considerazione è condivisa da CARBONE, E.: "Debitoris suffocatio", cit., p.1092; nonché da MINNITI, G.F.: "Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia", *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p.29.

17 Coerentemente BARBIERA, L.: *Responsabilità patrimoniale*, cit., p. 319, ritiene che la pattuizione vietata dall'art. 2744 c.c. potrebbe sottrarsi alla sanzione della nullità, qualora il creditore rinunci contestualmente alla garanzia generica sui restanti beni del debitore. Il problema della tutela del restante ceto creditorio riemerge anche nelle recenti soluzioni introdotte dal legislatore speciale. Discorrendo della disposizione introdotta dall'art. 48-bis d. lgs. 385/1993, PAGLIANTINI, S.: "Sull'art.", cit., p. 73, segnala l'esigenza di considerare l'impatto della norma sul restante ceto creditorio. Cenni anche in CHIANALE, A.: "Le nuove frontiere delle garanzie reali: uno statuto personale del creditore?", *Contr. impr.*, 2019, p.1311, il quale avverte la mancanza di approfondimenti da parte della dottrina.

di un altro soggetto. In questo scenario risulta arduo sostenere l'esistenza di un principio di favor debitoris, posto che l'attenzione dell'ordinamento sembra rivolta prevalentemente proprio a salvaguardare le prerogative del creditore, facendo in modo che questi possa ottenere la realizzazione dell'interesse sotteso al rapporto obbligatorio.

Se ne deduce che l'analisi del divieto del patto commissorio deve probabilmente essere impostata muovendo dalla prospettiva negoziale, ossia guardando alla pattuizione come atto di esercizio dell'autonomia che l'ordinamento attribuisce e riconosce ai privati¹⁸. In altri termini, il problema del patto commissorio non risiede nel fatto che esso assicura al creditore il soddisfacimento dell'interesse dedotto nel rapporto obbligatorio, perché questo è un risultato che il legislatore intende comunque salvaguardare, anche a costo di "impoverire" il debitore, come dimostra la disciplina della dazione in pagamento. Il nodo di fondo dell'istituto sanzionato dall'art. 2744 c.c. consiste piuttosto nel corrispondere ad un "cattivo" esercizio di quell'autonomia negoziale che, in linea di principio, il legislatore riconosce ai privati per consentire loro il soddisfacimento dei rispettivi interessi¹⁹.

III. IL PATTO COMMISSORIO COME ATTO DI AUTONOMIA NEGOZIALE.

Il problema del patto commissorio, dunque, attiene alla sua dimensione negoziale, ossia scaturisce dalla circostanza che esso consiste in una pattuizione contrattuale mediante la quale le parti (che sono tra loro legate da un "altro" rapporto obbligatorio) adottano un regolamento di interessi che l'ordinamento riprova e sanziona in termini di nullità. Occorre dunque chiedersi che cosa ci sia di sbagliato o di erroneo in questa pattuizione²⁰.

Prima di affrontare funditus la questione, è utile soffermarsi preliminarmente su alcune questioni che possono aiutare a chiarire l'indagine.

In primo luogo, deve essere ricordato la giurisprudenza si è ormai assestata nel ritenere che l'art. 2744 c.c. costituisca una norma materiale, la quale pone un divieto di risultato²¹. La proibizione ivi prevista, e la correlativa sanzione della nullità, sono

18 Così chiaramente BIANCA, C.M.: *Il divieto*, cit., p. 68, il quale osserva che il divieto ex art. 2744 si giustifica come limite di liceità che incontrano le garanzie tipiche. In arg., più di recente, anche DE MENECH, C.: "Il patto", cit., p. 823.

19 Spunti in ANELLI, F.: *L'alienazione in*, cit., p. 97, secondo il quale nel sistema vigente il divieto del patto commissorio ha perso la ratio di tutela del debitore, per collocarsi in un insieme di norme che limitano il campo di esplicazione dell'autonomia negoziale in ordine alla disciplina anticipata della patologia del rapporto obbligatorio.

20 Analoga impostazione anche in CIPRIANI, N.: *Patto commissorio*, cit., p. 141.

21 Senza pretese di completezza cfr. Cass., 27 ottobre 2020, n. 23553; Cass., 11 settembre 2017, n. 21042; Cass., 21 gennaio 2016, n. 1075; Cass., 17 aprile 2014, n. 8957; Cass., 12 gennaio 2009, n. 437. In dottrina cfr. ANELLI, F.: *L'alienazione in*, cit., p.28. Più di recente LUMINOSO, A.: "Patto commissorio", cit., p.14; ASTONE, M.: "Inadempimento del consumatore e autotutela del finanziatore tra (divieto del) patto commissorio e

dunque applicabili ogniqualvolta i privati abbiano perseguito quel dato obiettivo, indipendentemente dalle modalità operative e/o procedurali concretamente utilizzate²². Alla base di questa lettura estensiva della norma si colloca – non senza qualche contraddizione²³ – l'istituto della frode alla legge (art. 1344 c.c.)²⁴, che non casualmente viene ripetutamente invocato per invalidare i molteplici assetti negoziali che giungono all'attenzione dei Giudici, anche quelli che, almeno a prima vista, presentano una configurazione assai distante dalla formulazione testuale della norma²⁵; emblematico in tal senso è il caso della procura a vendere l'immobile, che il debitore rilascia al creditore²⁶.

Quest'ultima osservazione apre il campo ad un'ulteriore questione, che attiene alla perimetrazione dell'intervento demolitorio sotteso all'impiego della nullità²⁷. Se il patto commissorio accede alla costituzione di una garanzia reale tipica (pegno o ipoteca), si ritiene che la nullità colpisca nello specifico solo la pattuizione commissoria in senso stretto, ossia l'accordo per effetto del quale viene disciplinato il trasferimento – dal debitore al creditore – della proprietà della cosa ipotecata o data in pegno; non viene invece intaccata la validità della costituzione della garanzia reale²⁸.

Per converso, questa limitazione dell'intervento demolitorio non opera nel caso di patto commissorio autonomo (quale, ad esempio, la vendita sospensivamente o risolutivamente condizionata all'inadempimento), perché in questo caso la caducazione dell'accordo traslativo travolge inevitabilmente l'intera operazione negoziale congegnata dalle parti²⁹. Analoga ampiezza dell'intervento demolitorio

patto marciano", *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 741; CARBONE, E.: "Debitoris suffocatio", cit., p.1091. Contrario, o quantomeno assai dubbioso, PAGLIANTINI, S.: "I misteri", cit., p.195.

22 Si vedano, ad esempio, i casi decisi da Cass., 11 luglio 2019, n. 18680; Cass., 3 giugno 2019, n. 15112; Cass., 9 ottobre 2017, n. 23617.

23 In arg. CARBONE, E.: "Debitoris suffocatio", cit., p.1093, il quale giustamente osserva che la norma proibitiva, se riveste portata generale, non necessita dell'argomento imperniato sulla frode alla legge per estendere la sua portata applicativa.

24 Sul punto, ampiamente, DI MARZIO, F.: "Frode alla legge nei contratti", *Giust. civ.*, 1998, p.584.

25 Cfr., ad esempio, Cass., 9 maggio 2013, n. 10986; Cass., 20 febbraio 2013, n. 4262; Cass., 5 marzo 2010, n. 5426.

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

27 Discussione sul punto in SASSI, A.: *Garanzie del credito e tipologie commissorie*, Esi, Napoli, 1999, p.192; cfr. anche DOLMETTA, A.A.: "Lease-back e patto commissorio: un rapporto complesso", *Giur. comm.*, 2002, p. 314.

28 In arg. ANELLI, F.: *L'alienazione in*, cit., p.463.

29 Critico ANELLI, F.: *L'alienazione in*, cit., p.487; si veda anche l'ampia analisi di GIGLIOTTI, F.: *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Esi, Napoli, 1997, *passim*. Si inserisce in questa traiettoria argomentativa la tesi dottrinale che suggerisce di utilizzare la nullità parziale, allo scopo di colpire solo quella parte dell'attribuzione traslativa che eccede le esigenze di soddisfacimento del creditore. In arg. LUMINOSO, A.: "Lease back, mercato e divieto del patto commissorio", *Giur. comm.*, 2000, p. 503; nonché PAGLIANTINI, S.: "I misteri", cit., p.203.

è dato riscontrare anche con riguardo alle altre strutture negoziali che tentano di aggirare il divieto materiale posto dall'art. 2744 c.c.

La lettura estensiva del divieto codicistico non è del tutto condivisa da una parte della dottrina³⁰, la quale sottolinea il carattere proibitivo della norma di legge e, dunque, la contrapposta esigenza di una sua lettura restrittiva, alla luce del riconoscimento sistematico dell'autonomia negoziale come valore fondamentale dell'ordinamento. Anche a prescindere da quanto precede, è però interessante osservare che il Giudice di legittimità, allorché è stato chiamato a prendere posizione sulla qualificazione del divieto del patto commissorio come principio di ordine pubblico (internazionale), ha fornito una risposta negativa e, comunque, assai stringata sul piano argomentativo³¹.

Provocatoriamente, si potrebbe osservare che l'impostazione adottata dalla Corte regolatrice conferma e rafforza, sul punto specifico, l'isolamento del sistema giuridico italiano rispetto al contesto internazionale. In effetti, non è facilissimo conciliare, da un lato, la severità dell'atteggiamento adottato verso le pattuizioni soggette all'applicazione del diritto italiano e, dall'altro lato, la permissività verso le analoghe pattuizioni regolate da altri ordinamenti ed occasionalmente rilevanti anche per il Giudice italiano. In un contesto economico, e di riflesso giuridico, sempre più interconnesso a livello internazionale, la frattura rischia di generare conseguenze non trascurabili né a livello teorico né dal punto di vista pratico.

In secondo luogo, la rigidità dell'atteggiamento repressivo verso il patto commissorio è temperata dal riconoscimento della legittimità – in via generale – del patto marciano. Questo diverso trattamento viene argomentato con l'assunto secondo cui il patto marciano si regge su un congegno tecnico (i.e., la valutazione imparziale del bene), che elimina il rischio di impoverimento a danno del debitore³². Gli interpreti sottolineano che la valutazione deve essere effettuata (non ex ante, bensì) nel momento in cui si verifica l'inadempimento del debitore³³, perché solo in quel momento sorge l'esigenza di sanzionare la condotta di quest'ultimo.

Il patto marciano, che già poteva contare su un implicito riconoscimento positivo nella trama del codice civile (artt. 1851 e 2803)³⁴, ha recentemente

30 Cfr. soprattutto CARBONE, E.: "Debitoris suffocatio", cit., p.1092; nonché SCOZZAFAVA, O.T.: "Note in tema di alienazione a scopo di garanzia", *Contr. impr.*, 2006, p.22. In senso contrario, però, PUGLIATTI, S.: "Precisioni in", cit., p.482, secondo il quale il divieto del patto commissorio è una regola in sé, e non un'eccezione ad altra regola, che sarebbe difficilmente identificabile.

31 Cass., sez. un., 5 luglio 2011, n. 14650, *Giur. comm.*, 2012, II, p. 672, con nota critica di MARTINO, M.: "Le Sezioni Unite sui rapporti tra divieto del patto commissorio e ordine pubblico internazionale". In arg. anche LUMINOSO, A.: "Patto commissorio", cit., p.27.

32 Cfr. BIANCA, C.M.: *Il divieto*, cit., p. 218.

33 Così BIANCA, C.M.: *Il divieto*, cit., p. 189.

34 In arg. già BIANCA, C.M.: *Il divieto*, cit., p.26; ANELLI, F.: *L'alienazione in*, cit., p.189 s.; PIRAINO F.: Il patto marciano alla luce della disciplina del credito immobiliare ai consumatori, *Giur. it.*, 2017, p.1751; MARTINO, M.:

formato oggetto di alcuni interventi mirati da parte del legislatore speciale³⁵; in tal modo, l'utilizzo di questa figura negoziale è stato riconosciuto³⁶ e disciplinato con riguardo ad alcune specifiche operazioni negoziali, che evidentemente sono state ritenute meritevoli di particolare attenzione in rapporto alle esigenze della pratica³⁷. La dottrina più attenta ravvisa, in questo modo operandi adottato dal legislatore, il rischio di frantumare l'unità sistematica della figura del creditore³⁸, favorendo l'emergere di status differenziati, a seconda delle istanze di cui le singole categorie di creditori sono portatori. Lo spunto merita di essere ripreso nel paragrafo conclusivo del lavoro.

Indubbiamente, l'evoluzione normativa ora tratteggiata presuppone un tendenziale favor legislativo verso il patto marciano e, più in generale, verso l'impiego di schemi negoziali volti a costituire posizioni di garanzia mediante il trasferimento della proprietà, o di altri diritti reali, su beni immobili. Questa constatazione entra in rotta di collisione con una assai autorevole affermazione dottrinale, secondo cui il nostro ordinamento non tollera vendite o trasferimenti di proprietà sorretti da una causa di garanzia, in quanto quest'ultima non sarebbe idonea a giustificare l'attribuzione – da un soggetto ad un altro – della titolarità di un bene o di una situazione soggettiva che si appunti su quest'ultimo³⁹.

Siamo così giunti al vero punctum pruriens del discorso. La circostanza che i due soggetti (alienante ed alienatario) siano al contempo anche debitore e creditore l'uno dell'altro genera una sovrapposizione tra i due ambiti (diritto delle obbligazioni e diritto dei contratti), che conduce ad un impiego talora promiscuo delle argomentazioni, con esiti non sempre chiari né dal punto di vista teorico, né a fini pratici. In particolare, la valutazione in termini di tendenziale debolezza del contraente-debitore ha indotto a ritenere che il trasferimento con causa di garanzia sia inevitabilmente affetto da profili sproporzionati o iniqui ai danni di tale contraente. Da ciò sono scaturite due conseguenze, da un lato, l'estromissione di tale modalità di attribuzione patrimoniale dall'area del giuridicamente lecito,

“Cessione dei crediti in garanzia e funzione solutoria nel finanziamento bancario alle imprese: una perdita di coerenza tipologica”, *Giur. comm.*, 2018, p.730.

35 Ha aperto la via la disciplina dei contratti di garanzia finanziaria (d. lgs. 170/2004, che ha recepito la direttiva UE 6 giugno 2002, n. 47).

Sono poi seguiti, tra l'altro, l'art. 48-bis d. lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato); nonché l'art. 120 quinquiesdecies (inadempimento del consumatore in materia di credito immobiliare) dello stesso testo unico.

36 Sulla valenza sistematica di questo riconoscimento cfr. LUMINOSO, A.: “Patto marciano”, cit., p. 1414.

37 In arg. BARILLA, G.B.: “Pegno non possessorio e patto marciano: dalla tutela statica del credito alle nuove forme di garanzia”, *Giur. comm.*, 2017, p. 597.

38 Cfr. soprattutto CHIANALE, A.: “Le nuove”, cit., p. 1305.

39 Così PUGLIATTI, S.: “Precisazioni in”, cit., p.497, peraltro in termini assai perentori. Nello stesso senso anche BIANCA, C.M.: *Il divieto*, cit., p. 298 e 324. Più di recente anche GRISI, G.: *Il deposito in funzione di garanzia*, Giuffrè, Milano, 1999, p.71. Ricostruisce il dibattito VALENTINO, D.: “Il trasferimento”, cit., p. 718. In giurisprudenza si veda, di recente, Cass., 19 novembre 2015, n. 23670. In senso invece favorevole all'ammissibilità dei trasferimenti in funzione di garanzia cfr. GALLO, P.: “Art. 2744”, cit., p.975. Una equilibrata analisi si legge in STEFINI, U.: *La cessione*, cit., p. 351 ss.

anche quando venga impiegato uno schema contrattuale tipizzato come la vendita con patto di riscatto⁴⁰; dall'altro lato, il tentativo di riqualificare tali trasferimenti riconoscendovi una funzione solutoria⁴¹, non senza significative incertezze dottrinali⁴².

Giova rilevare che, secondo l'impostazione tradizionale e maggiormente diffusa⁴³, il patto marciano (*rectius*, il congegno tecnico ivi previsto) deve formare oggetto di un'apposita pattuizione negoziale, che funga da correttivo della convenzione commissoria⁴⁴. L'accordo riprovato (i.e., il trasferimento di proprietà in funzione di garanzia) viene recuperato all'area del giuridicamente valido ed efficace, se – e nella misura in cui – le parti abbiano adottato quelle accortezze idonee ad assicurare l'oggettiva valutazione dell'attribuzione patrimoniale, evitando l'arricchimento e l'impoverimento a favore dell'una ed a danno dell'altra⁴⁵. La correzione così introdotta supplisce al fatto che, altrimenti, l'accordo traslativo sarebbe carente sotto il profilo causale e, dunque, destinato a rifluire verso l'area dell'invalidità.

Per la verità, di tale correzione integrativa non vi sarebbe strettamente bisogno se si seguisse una recente, ed autorevole, tesi dottrinale, che considera la causa di garanzia come perfettamente idonea a giustificare il trasferimento di diritti reali immobiliari (oltre che di crediti)⁴⁶. Secondo questa impostazione, quindi, la causa di garanzia è idonea a sostenere l'attribuzione patrimoniale del debitore in favore del creditore nella misura strettamente necessaria a soddisfare la pretesa creditoria di quest'ultimo; l'eventuale eccedenza (dell'attribuzione patrimoniale) rimane di per

40 Ex multis cfr. Cass., 3 giugno 2019, n. 15112; Cass., 5 luglio 2017, n. 16646.

41 Se ne trova traccia nella ricostruzione di BARBIERA, L.: *Responsabilità patrimoniale*, cit., p.290 ss., ove si legge un'ampia analisi della dialettica tra causa di garanzia e causa solutoria, sottesa alla ricostruzione della ratio della proibizione normativa. In arg. anche SASSI, A.: *Garanzie del*, cit., p. 205; LA PORTA, U.: *Il problema della causa del contratto. La causa e il trasferimento dei diritti*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 146.

42 Si veda, ad esempio, CIPRIANI N.: "Il patto marciano tra garanzia del credito ed esecuzione forzata", *Giur. it.*, 2017, p. 1730, secondo il quale il patto marciano si caratterizza per la funzione (non di garanzia, bensì) solutoria. *Contra* LUMINOSO, A.: "Patto marciano", cit., p.1406, che esclude la sussistenza di una causa solutoria nella convenzione marciana, in quanto il creditore è tenuto a restituire al debitore l'eccedenza di valore del bene.

43 Cfr., ad esempio, SASSI, A.: *Garanzie del*, cit., p. 278; ASTONE, M.: "Inadempimento del", cit., p. 743; DE MENECH, C.: "Il patto", cit., p. 835.

44 Insiste sull'esigenza di un apposito accordo LUMINOSO, A.: "Patto marciano", cit., p.141.

45 Accortezze di analogo tenore contraddistinguono la linea di demarcazione tra il patto commissorio e la vendita con patto di riscatto. In arg. *ex multis*, BARBIERA, L.: *Responsabilità patrimoniale*, cit., p.311. Lavorando sull'interpretazione degli artt. 1550 e 1501 c.c., l'autore sottolinea come la vendita con patto di riscatto si ponga come deroga al divieto del patto commissorio; l'argomento risiede nel carattere non finanziario dell'operazione, dato che il prezzo del riscatto non può essere superiore a quello del prezzo della vendita, nonché nel contenimento dell'ammissibilità del riscatto entro i termini temporali espressamente previsti dal legislatore.

46 Il riferimento corre alla nota monografia di ANELLI, F.: *L'alienazione in*, cit., p.300, nonché p.444 ss. In senso adesivo STEFINI, U.: *La cessione*, cit., p.383 ss.

sé priva di causa e deve pertanto formare oggetto di una prestazione restitutoria in senso inverso (dal creditore in favore del debitore)⁴⁷.

Ne deriva che è alla causa dell'operazione negoziale che occorre ora rivolgere l'attenzione⁴⁸.

IV.LA PROSPETTIVA DELLA CAUSA (CONCRETA).

Un interessante banco di prova per saggiare la tenuta del divieto del patto commissorio nel nostro ordinamento è rappresentato dalla vicenda del contratto di sale and lease back. Sintetizzando i termini della questione, si tratta di uno schema negoziale concepito nei sistemi giuridici di matrice anglosassone, caratterizzati sia dall'assenza della proibizione normativa contenuta nel nostro art. 2744 c.c., nonché da una diversa sistemazione del diritto di proprietà, agevolmente scomponibile ed utilizzabile anche per finalità di mera garanzia del credito.

Il contratto di sale and lease back giunge nell'ordinamento italiano attraverso il fenomeno della c.d. globalizzazione⁴⁹, rectius grazie al fatto che gli operatori bancari e finanziari anglosassoni ne promuovono la diffusione nei vari mercati (i.e. Stati nazionali) in cui essi offrono i propri servizi e prodotti finanziari. Il successivo insorgere di conflitti e di patologie rende inevitabile l'intervento del giudice nazionale e, dunque, il confronto tra, da un lato, lo schema negoziale in discorso e, dall'altro, le regole ed i principi che il giudice è necessariamente tenuto ad applicare.

Ricostruendo diacronicamente l'evoluzione della vicenda, si nota – da parte degli interpreti – una iniziale reazione radicalmente negativa, volta a ricondurre il contratto di sale and lease back alla previsione ex art. 2744 c.c., sanzionandolo con la nullità ivi prevista. Anche volendo prescindere dalla naturale diffidenza che tradizionalmente caratterizza l'atteggiamento dei giuristi rispetto ai contratti atipici (soprattutto se contraddistinti da una denominazione anglofona), l'atteggiamento iniziale si fonda sull'argomentazione dogmatica, secondo cui l'ordinamento italiano non ammette che l'autonomia negoziale venga esercitata nel senso di porre in essere atti traslativi di diritti reali con finalità di garanzia di una (preesistente o contestuale) posizione debitoria dell'alienante.

Ad un certo momento, però, la giurisprudenza di legittimità muta atteggiamento, adottando un approccio meno dogmatico e maggiormente attento alla concreta

47 Così ANELLI, F.: *L'alienazione in*, cit., p.452; più di recente DOLMETTA, A.A.: "La ricerca del «marciano utile»", *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 816.

48 Nella scia dell'indicazione di PUGLIATTI, S.: "Precisioni in", cit., p. 489.

49 Così anche LUMINOSO, A.: "Lease back", cit., p. 489.

configurazione dell'operazione negoziale e degli interessi ad essa sottostanti⁵⁰. Ancorché il punto non sia sempre esplicitato nel periodare dei giudici, il perno della svolta verte sul concetto di causa, intesa nella sua accezione non astratta (e quindi tendenzialmente sovrapponibile con quella di tipo negoziale), ma concreta⁵¹, vale a dire volta a ricostruire – dall'interno, verrebbe da dire – le finalità e gli obiettivi che i privati perseguono attraverso l'impiego di quel dato contratto.

Questo nuovo approccio metodologico induce i giudici ad una valutazione meno ideologica e maggiormente pragmatica dell'assetto di interessi delineato e disciplinato dalle parti; in particolare, la prospettiva adottata guarda alla meritevolezza di tali interessi e delle finalità perseguite dai contraenti⁵². In questo scenario, la circostanza che il trasferimento – dall'utilizzatore al concedente – della proprietà del bene immobile sia finalizzato a soddisfare un'esigenza di liquidità del primo non suscita reazioni di per sé ostili; emerge anzi la consapevolezza circa la normalità di questo bisogno nello svolgimento fisiologico di un'attività imprenditoriale.

Per altro verso, fin da subito la Corte regolatrice ha accompagnato questa apertura con un chiaro avvertimento circa l'importanza di evitare approfittamenti e/o arricchimenti a carico della parte presuntivamente debole (i.e., l'utilizzatore alienante). L'operazione negoziale deve quindi essere fin dall'inizio impostata in termini intrinsecamente bilanciati, nel senso di prevedere uno scambio effettivamente paritario tra il valore del bene e l'ammontare della liquidità erogata⁵³. Questa impostazione, che guarda all'assetto iniziale (e, dunque, fisiologico) del contratto, si completa circa vent'anni più tardi con un arresto nel quale la stessa Corte regolatrice, esaminando ora il profilo patologico dell'operazione, puntualizza che anche in occasione dell'estinzione del rapporto devono sussistere le opportune misure di salvaguardia (i.e. clausola marcia) per evitare sperequazioni a danno di una delle parti ed a vantaggio dell'altra⁵⁴.

50 Il punto di svolta può identificarsi con Cass., 16 ottobre 1995, n. 10805.

51 Cfr., di recente, Cass., 22 febbraio 2021, n. 4664. Rileva opportunamente NATALE, M.: "Lease back", cit., p.1601, che la vicenda giurisprudenziale del sale and lease back rappresenta proprio una delle prime applicazioni del concetto giurisprudenziale di causa concreta.

52 In arg. DI ROSA, G.: "L'operazione di sale and lease back tra normotipo astratto e fattispecie concreta", *Riv. dir.civ.*, 2015, p. 1152, a conclusione della ricostruzione della vicenda giurisprudenziale.

53 Il punto emerge già in Cass. 10805/1995, citata alla precedente nota 50. Più di recente Cass., 27 ottobre 2020, n. 23553; Cass., 28 maggio 2018, n. 13305. In dottrina è stato osservato che "[l]a sproporzione è un indizio della funzione di garanzia, poiché si garantisce con beni supercapienti, mentre si vende a giusto prezzo. La sproporzione è un indizio della funzione commissoria, poiché vincola male i suoi beni chi si trova *obpressus debito*"; così CARBONE, E.: "Debitoris suffocatio", cit., p.1105. Nello stesso senso anche DE MENECH, C.: "Il patto", cit., p. 834.

54 Cfr. Cass. 28 gennaio 2015, n. 1625. Più di recente Cass., 12 luglio 2019, n. 18791, *Il Fall.*, 2020, con nota di COSTANZA, M.: "Divieto del patto commissorio e operazioni di leasing e lease back". Cfr. anche Cass., 6 luglio 2017, n. 16646.

Vista nell'insieme, la vicenda giurisprudenziale del sale and lease back rappresenta una sorta di antagonista rispetto alla regola posta dall'art. 2744 c.c.⁵⁵ Pur scontando una possibile dose di acquiescenza alle istanze sottese alla c.d. globalizzazione ed al conseguente rischio di isolamento del sistema (giuridico ed economico) italiano, il riconoscimento giurisprudenziale – progressivo ed ormai ampio – del contratto in discorso come schema negoziale lecito e meritevole di tutela si risolve in una limitazione non trascurabile della portata della regola che vieta il patto commissorio⁵⁶.

In particolare, dal punto di vista sistematico, nell'argomentazione giurisprudenziale vi sono due punti meritevoli di attenzione. Il primo concerne la "scomposizione" del diritto di proprietà in due versanti⁵⁷: da un lato, il valore d'uso del bene, che permane in capo all'imprenditore-utilizzatore; dall'altro lato, il valore di scambio (o di garanzia) che viene invece attribuito – almeno transitoriamente – al finanziatore, a fronte dell'erogazione della liquidità e dell'assunzione dell'impegno di pagamento dei canoni. Il secondo aspetto attiene invece alla "negoziabilità" della predetta scomposizione delle attribuzioni proprietarie, posto che – almeno in linea di principio – i giudici ammettono che, nell'esercizio della loro autonomia, i privati possano disporre del diritto dominicale come base su cui innestare un'operazione di finanziamento⁵⁸. In questa prospettiva diventa evidentemente decisivo il canone della meritevolezza degli interessi perseguiti, che finisce per recuperare all'area del giuridicamente lecito anche la funzione di garanzia dei trasferimenti di diritti reali.

Le due acquisizioni ora riassunte si basano su una concezione, come già rilevato, pragmatica e non ideologica dell'autonomia negoziale e, più esattamente, sulla puntuale ricognizione degli interessi concretamente in gioco, in rapporto alle norme ed ai principi dell'ordinamento⁵⁹. In maniera più o meno implicita, ciò che emerge è la consapevolezza dell'importanza che, nell'attuale contesto socioeconomico, ha assunto l'accesso al credito e, dunque, l'esigenza di favorire un esercizio dell'autonomia negoziale finalizzato ad assecondare tali istanze⁶⁰.

55 Analoga valutazione si trova in CARBONE, E.: "Debitoris suffocatio", cit., p.1101.

56 In termini più ampi cfr. CHIANALE, A.: "Le nuove ", cit., p. 1319; facendo leva sull'art. 1374 c.c., l'autore ritiene che la causa di garanzia debba integrare gli effetti della pattuizione commissoria, obbligando il creditore ad effettuare la stima del bene commesso.

57 Sulle resistenze dogmatiche all'impiego dell'istituto dominicale in funzione di garanzia cfr. ANELLI, F.: *L'alienazione in*, cit., p.227. Discussione anche in VALENTINO, D.: "Il trasferimento", cit., p.719.

58 In termini contrari alla validità del contratto di sale and lease back si esprime BARBIERA, L.: *Responsabilità patrimoniale*, cit., p.321, coerentemente alla tesi secondo cui tale schema negoziale sottrarre la proprietà del bene alla garanzia generica del ceto creditorio. Perplessità si trovano anche in DOLMETTA, A.A.: "Lease-back", cit.,p. 312. Secondo LUMINOSO, A.: "Lease back", cit., p.505, si tratta di un'operazione al limite della liceità negoziale e, dunque, a rischio. Diversa valutazione in CICCARELLO, S.: "La vendita", cit., p.734, che invita ad una valutazione mirata alla singola fattispecie concreta.

59 Per questa indicazione di metodo cfr. VALENTINO, D.: "Il trasferimento", cit., p.725.

60 Con questa chiave di lettura si chiude l'ampia ricerca di ANELLI, F.: *L'alienazione in*, cit.,p. 489. Nella giurisprudenza recente questo approccio si ritrova, ad esempio, in Cass., 22 febbraio 2021, n. 4664.

Uno sguardo d'insieme sul materiale giurisprudenziale suscita l'impressione secondo cui, anche grazie al lavoro di erosione condotto dalla vicenda del sale and lease back, sia ormai acquisito il convincimento secondo cui l'alienazione in funzione di garanzia (accompagnata dal correttivo "marciano") appartenga alla fisiologia dei rapporti con il ceto bancario⁶¹; non a caso, del resto, il contesto socio-economico italiano continua a riservare particolare importanza alle garanzie reali nell'ambito dei rapporti di finanziamento⁶². Le recenti innovazioni legislative sono probabilmente destinate a chiudere il cerchio nel senso di fornire agli operatori del settore gli strumenti pratici per gestire questi interventi in relativa sicurezza e, dunque, senza particolari remore⁶³.

Per converso, laddove l'operazione negoziale intercorra tra soggetti diversi da quelli ufficialmente deputati all'erogazione del credito, sembrano riemergere le ataviche diffidenze che tradizionalmente accompagnano lo scrutinio degli schemi volti a costituire posizioni di garanzia reale. Più esattamente, nei casi in cui l'alienatario-creditore non è un soggetto che professionalmente svolga un'attività creditizia, il percorso negoziale delineato dei privati tende ad essere ricondotto con maggiore facilità all'ambito applicativo dell'art. 2744 c.c., nella sua interpretazione estensiva richiamata in precedenza. In questi casi, in effetti, risulta maggiormente difficile ravvisare, alla base dell'attribuzione patrimoniale, una "sana" funzione di garanzia, mentre appare più probabile cogliere il rischio di approfittamenti da parte di un contraente ai danni dell'altro.

V.ALCUNE CHIOSE FINALI.

Esaminata in retrospettiva, la vicenda del patto commissorio e del suo divieto fornisce alcune interessanti indicazioni, soprattutto sul piano del metodo.

In primo luogo, essa ha formato oggetto di un dialogo assai proficuo tra dottrina e giurisprudenza; in particolare, non vi è dubbio che la svolta giurisprudenziale culminata nelle note sentenze della Cassazione degli anni Ottanta del secolo scorso⁶⁴ sia stata preparata e favorita dagli studi del Maestro che qui ricordiamo ed onoriamo⁶⁵. Anche i successivi approfondimenti sulla figura del sale and lease

61 In arg. CHIANALE, A.: "Le nuove", cit., p.1323.

62 In proposito si veda BRODI, E.: "Il sistema delle garanzie in Italia: una lettura economica delle disposizioni in materia di privilegio, pegno e ipoteca", *Questioni di Economia e Finanza*, 2016, p.5 e 17, dai cui dati emerge che le garanzie reali rappresentano l'83% del totale delle garanzie rilasciate in favore degli operatori bancari, e che l'ipoteca immobiliare "pesa" nella misura del 74% sul totale dei prestiti concessi dalle banche a favore di imprese e consumatori.

63 In arg. ASTONE, M.: "Inadempimento del ", cit., p.739; CIPRIANI N.: "Il patto", cit., p.1730.

64 Cass., sez. un., 3 aprile 1989, n. 1611, e Cass., sez. un., 21 aprile 1989, n. 1907. La svolta era stata comunque preparata da Cass. 3 giugno 1983, n. 3800.

65 Cfr. BIANCA, C.M.: *Il divieto*, cit., p.156, ove esamina il patto con effetto traslativo immediato. Nello stesso senso ANELLI, F.: *L'alienazione in*, cit., p.45 s. Commentando la sentenza delle sezioni Unite, l'autore vi coglie

back sono tributari delle riflessioni dottrinali in tema di causa del contratto, che accomunano anche altri illustri Studiosi⁶⁶.

In secondo luogo, è interessante osservare come, a fronte di un dato legislativo formale rimasto invariato per circa otto decenni, la prassi applicativa del divieto del patto commissorio abbia seguito un percorso assai articolato. A ben vedere, questa traiettoria riflette l'evoluzione stessa del sistema socioeconomico, che era inizialmente basato prevalentemente sulla proprietà fondiaria, ma che poi progressivamente si dota di un assetto diverso, nel quale le dinamiche creditizie hanno assunto un'importanza sempre maggiore, soprattutto a decorrere dall'ultimo scorcio del secolo ventesimo.

In questo itinerario, le istanze della pratica degli affari sono state inizialmente affidate alla sensibilità dei giuristi, teorici e pratici; incidentalmente, ciò rappresenta una conferma sia dell'impossibilità di ridurre l'esperienza giuridica al solo dato legislativo sia della contrapposta esigenza di valorizzare l'incessante attività dell'interprete. Ad un certo momento, tuttavia, le insopprimibili esigenze di certezza che caratterizzano gli operatori professionali (e, segnatamente, il ceto degli intermediari bancari e finanziari) hanno indotto il legislatore ad alcuni interventi mirati, che – in buona sostanza – hanno allentato e ristretto la portata del divieto ex art. 2744 c.c. con riguardo ad alcune specifiche e tipizzate operazioni negoziali.

Senza entrare nel merito delle singole misure normative, occorre evidenziare che tali interventi si sono volutamente collocati a livello di legislazione speciale ed hanno pertanto lasciato inalterato il dato formale raffigurato nel codice civile e la proibizione ivi declamata. Forte sarebbe, a questo punto, la tentazione di indugiare sul tema della decodificazione, caro ad altri illustri Maestri⁶⁷.

In realtà, a ben vedere, ciò che questa evoluzione legislativa sottende è la frantumazione dell'unitarietà del concetto di soggetto di diritto, su cui si regge l'idea stessa di codice, a fronte dell'emergere di status normativi differenziati, che a loro volta dipendono dalle specifiche esigenze di cui quel dato soggetto è portatore⁶⁸.

Restando al tema specifico di questo saggio, la dottrina recente si interroga – in maniera talora anche provocatoria – circa la possibilità di ricavare dalla legislazione

un approccio basato sulla ricognizione della causa di garanzia quale momento rilevante di qualificazione del negozio, ritenendolo incompatibile con i tratti costruttivi della vendita.

66 *Ex multis*, FERRI, G.B.: *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966, *passim*; di recente ROPPO, V.: "Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito", *Riv. dir. civ.*, 2013, p.957ss.

67 IRTI, N.: *L'età della decodificazione*⁴, Giuffrè, Milano, 1999.

68 Discussione in D'AMICO, G.: "La resistibile", *cit.*, p. 9.

speciale un'indicazione sistematica che "sdoganì" in via definitiva la legittimità del patto marciano e che possa essere inserita nella trama del codice civile⁶⁹. I recenti arresti giurisprudenziali in materia inducono a ritenere che la questione potrebbe anche trovare uno sbocco in senso positivo⁷⁰.

La suggestione ora riferita è sintomatica del contesto in cui opera il giurista contemporaneo, costretto a muoversi tra due fuochi: da un lato, l'insopprimibile retaggio culturale della codificazione, con la sottesa idea di razionalità ordinante; dall'altro lato, il dato rappresentato da un'evoluzione normativa (spesso non più nazionale), che sovente procede ormai avendo come riferimento determinate categorie soggettive e gli interessi di cui costoro sono portatori.

La sintesi dell'insieme rimane un arduo problema

⁶⁹ L'interrogativo è posto, con grande lucidità, da PAGLIANTINI, S.: "Sull'art.", cit., p.51. Cfr. anche CHIANALE, A.: "Le nuove ", cit., p. 1319; SCOTTI A.: "Il trasferimento ", cit., p.1486.

⁷⁰ Si veda ad esempio Cass., 17 gennaio 2020, n. 844 (rel. Cricenti), ove si legge quanto segue: "In realtà la liceità del patto commissorio cui accede un patto marciano sta nell' analogia con il pegno irregolare (art. 1851 c.c.) il quale consente al creditore che abbia ricevuto in pegno cose fungibili di appropriarsene all' inadempimento del debitore restituendo però a quest' ultimo l' eccedenza di valore (tra le cose date in pegno e l' ammontare del debito). Il patto marciano, che come è noto non è figura tipica, persegue esattamente lo stesso scopo rispetto a beni non dati in pegno ma alienati in garanzia; ossia consente al creditore di appropriarsene restituendo al debitore la differenza di valore. Né può obiettarsi che l' art. 1851 c.c. è norma eccezionale, come tale insuscettibile di applicazione analogica in quanto non è affatto eccezione rispetto al principio generale dell' art. 2744 c.c., ma rispettoso della medesima ratio, anzi conseguenza di quel principio in quanto mira anche esso ad evitare approfittamenti del creditore ai danni del debitore."

BIBLIOGRAFIA

ANELLI, F.: *L'alienazione in funzione di garanzia*, Giuffrè, Milano, 1996.

ASTONE, M.: "Inadempimento del consumatore e autotutela del finanziatore tra (divieto del) patto commissorio e patto marciano", *Eur. dir. priv.*, 2017, p.733.

BARBIERA, L.: *Responsabilità patrimoniale – Disposizioni generali Artt. 2740-2744²*, *Il Codice Civile Commentario* fondato da P. SCHLESINGER, dir. da F.D. BUSNELLI, Milano, 2010.

BARILLÀ, G.B.: "Pegno non possessorio e patto marciano: dalla tutela statica del credito alle nuove forme di garanzia", *Giur. comm.*, 2017, p.583.

BIANCA, C.M.: *Il divieto del patto commissorio*, Esi, Napoli, 2013, [ristampa anastatica del volume del 1957].

BOTTA, C.: "Gli incerti confini applicativi del divieto del patto commissorio e il sempre più diffuso favore per la pattuizione marciana", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p.911.

BRIANDA, G.: "Le prospettive del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria, lex mercatoria e tradizione", *Contr. impr.*, 2016, p. 797.

BRODI, E.: "Il sistema delle garanzie in Italia: una lettura economica delle disposizioni in materia di privilegio, pegno e ipoteca", *Questioni di Economia e Finanza*, 2016.

BUSSANI, M.: *Il problema del patto commissorio*, Giappichelli, Torino, 2000.

CARBONE, E.: "Debitoris suffocatio e patto commissorio", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p.1087.

CHIANALE, A.: "Le nuove frontiere delle garanzie reali: uno statuto personale del creditore?", *Contr. impr.*, 2019, p.1302.

CICCARELLO, S.: "La vendita con patto di riscatto", in D. VALENTINO (a cura di), *I contratti di vendita*, 2, in *Trattato dei contratti*, dir. da P. RESCIGNO ed E. GABRIELLI, Milano, 2007.

CIPRIANI N.: "Il patto marciano tra garanzia del credito ed esecuzione forzata", *Giur. it.*, 2017, p.1727.

CIPRIANI, N.: *Patto commissorio e patto marciano – Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Esi, Napoli, 2000.

D'AMICO, G.: "La resistibile ascesa del patto marciano", in G. D'AMICO, S.PAGLIANTINI, F. PIRAINO, T. RUMI (a cura di), *I nuovi marciatori*, Giappichelli, Torino, 2017.

D'AMICO, G.: "Alienazioni a scopo di garanzia", in M. MAUGERI - G. GITTI - M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa*, I, Il Mulino, Bologna, 2013.

DE MENECH, C.: "Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio", *Contratti*, 2015, p.823.

DI MARZIO, F.: "Frode alla legge nei contratti", *Giust. civ.*, 1998, p.573.

DI ROSA, G.: "L'operazione di sale and lease back tra normotipo astratto e fattispecie concreta", *Riv. dir. civ.*, 2015, p.1136.

DOLMETTA, A.A.: "La ricerca del «marciano utile»", *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 811.

DOLMETTA, A.A.: "Lease-back e patto commissorio: un rapporto complesso", *Giur. comm.*, 2002, p. 307.

FERRI, G.B.: *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966.

GALLO, P.: "Art. 2744 – Divieto del patto commissorio", in G.BONILINI, A.CHIZZINI (a cura di), *Della tutela dei diritti Artt. 2643-2783 ter, Commentario del Codice Civile* dir. da E. GABRIELLI, Utet, Milano, 2016.

GIGLIOTTI, F.: *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Esi, Napoli, 1997.

GRISI, G.: *Il deposito in funzione di garanzia*, Giuffrè, Milano, 1999.

IRTI, N.: *Letà della decodificazione*⁴, Giuffrè, Milano, 1999.

LA PORTA, U.: *Il problema della causa del contratto. La causa e il trasferimento dei diritti*, Giappichelli, Torino, 2000, p.146.

LUMINOSO, A.: "Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva", *Riv. dir. civ.*, 2017, p.10.

LUMINOSO, A.: "Patto marciano e sottotipi", *Riv. dir. civ.*, 2017, p.1398.

LUMINOSO, A.: "Lease back, mercato e divieto del patto commissorio", *Giur. comm.*, 2000, p.489.

MARTINO, M.: "Cessione dei crediti in garanzia e funzione solutoria nel finanziamento bancario alle imprese: una perdita di coerenza tipologica", *Giur. comm.*, 2018, p.719.

MINNITI, G.F.: "Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia", *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 29.

NATALE, M.: "Lease back e strutture utili di patto marciano", *Riv. dir. civ.*, 2015, p.1595.

PAGLIANTINI, S.: "Sull'art. 48-bis T.U.B.: il "pasticcio" di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento", in G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, F. PIRAINO, T. RUMI (a cura di), *I nuovi marciani*, Giappichelli, Torino, 2017.

PAGLIANTINI, S.: "I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della dir. 2014/17/UE", *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 181.

PIRAINO F.: "Il patto marciano alla luce della disciplina del credito immobiliare ai consumatori", *Giur. it.*, 2017, p.1746.

PUGLIATTI, S.: "Precisioni in tema di vendita a scopo di garanzia", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950 ed ora Id., *Scritti giuridici*, III, Giuffrè, Milano, 2010.

ROPPO, V.: "Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito", *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 957.

SASSI, A.: *Garanzie del credito e tipologie commissorie*, Esi, Napoli, 1999.

SCOTTI A.: "Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis T.U.B. è davvero il patto marciano?", *Corr. giur.*, 2016, p.1477.

SCOZZAFAVA, O.T.: "Note in tema di alienazione a scopo di garanzia", *Contr. impr.*, 2006, p.16.

STEFINI, U.: "La cessione del credito", in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, XI, Giuffrè, Milano, 2020.

VALENTINO, D.: "Il trasferimento dei beni in garanzia", EAD. (a cura di), *I contratti di vendita*, 2, in *Trattato dei contratti dir.* da P. RESCIGNO ed E. GABRIELLI, Milano, 2007.

