

ANGELO LUMINOSO
Prof. Emerito dell'Università di Cagliari

PATTO MARCIANO E SOTTOTIPI

SOMMARIO: 1. Problemi e interrogativi sui patti marciati in materia bancaria. – 2. La disciplina convenzionale delle diverse fasi della vita dell'obbligazione. In particolare la distinzione tra negozi con causa solutoria pura e negozi con causa autosatisfattiva. – 3. L'incompatibilità funzionale tra patto commissorio e patto marciano da un lato, e *datio in solutum* dall'altro. – 4. *Datio in solutum* e tutela del debitore. – 5. Figure speciali di patto marciano nel settore bancario (art. 48 *bis* e art. 120 *quinquiesdecies* TUB). – 5.1. Il patto marciano nel credito ai consumatori (art. 120 TUB). – 5.2. Il patto marciano nel finanziamento alle imprese (art. 48 *bis* TUB). – 6. Dai sottotipi al tipo generale del patto marciano. – 7. Effetti e disciplina del tipo generale. – 7.1. Ammissibilità e liceità del patto marciano. – 7.2. Struttura e congegno effettuale. – 7.3. Variabili di patto marciano. – 7.4. Obbligo del creditore di restituire il supero. – 7.5. Stima del bene. – 7.6. Inadempimento del debitore e automaticità del trasferimento del bene al creditore. – 7.7. Acquisto del bene da parte del creditore e vendita a un terzo. – 7.8. Esclusione di effetti esdebitativi *ex lege*.

1. – Il patto commissorio e soprattutto il patto marciano sono tornati di attualità negli ultimi tempi, avendo il nostro legislatore, nel 2016, previsto e regolato per la prima volta figure negoziali riconducibili allo schema del patto marciano, che in tal modo ha ricevuto espresso riconoscimento nel nostro sistema positivo assurgendo a tipo contrattuale legale.

Ciò è avvenuto grazie a due provvedimenti legislativi con i quali è stato modificato il testo unico bancario (di seguito, TUB) con l'inserimento in esso di due gruppi di norme. Il primo gruppo (collocato negli artt. da 120-*quinquies* a 120-*noviesdecies* di detto testo unico) disciplina una nuova fattispecie di mutuo denominata «credito immobiliare ai consumatori», ed il secondo (concentrato nell'art. 48-*bis* TUB) regola una ulteriore forma di prestito bancario che è stata chiamata dal legislatore «finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di un bene immobile sospensivamente condizionato»⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Si tratta, più precisamente del d.l. 3 maggio 2016, n. 59 convertito nella l. 30 giugno 2016, n. 119, con il quale è stato aggiunto nel TUB un art. 48 *bis* nel quale viene previsto «*il finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di un bene immobile sospensivamente*

In relazione ad entrambe le figure di mutuo, il legislatore ha previsto uno strumento convenzionale di “autotutela esecutiva” che assicura alla banca finanziatrice la possibilità, in caso di inadempimento del finanziato, di incamerare un bene immobile (individuato nel contratto) di proprietà del mutuatario (o di un terzo), allo scopo di soddisfare le sue ragioni creditorie, con l’obbligo di corrispondere a quest’ultimo l’eventuale eccedenza di valore del bene rispetto all’ammontare del credito.

Come è naturale, le discipline testè richiamate hanno attirato l’attenzione della dottrina e riaperto il dibattito sull’ammissibilità e sui limiti di validità dei mezzi di autotutela convenzionale esecutiva in genere e del patto marciano in particolare.

condizionato», e del d. legisl. 21 aprile 2016, n. 72 che ha inserito nel TUB, al titolo VI, un “Capo I bis” intitolato «*Credito immobiliare ai consumatori*» nel quale sono stati collocati gli artt. da 120-*quinquies* a 120-*noviesdecies*, tra il quali va segnalato in particolare l’art. 120-*quinquiesdecies* che disciplina l’inadempimento del consumatore e il patto marciano che le parti possono stipulare.

Per una sintetica illustrazione del contenuto di tali discipline e per il loro inquadramento sistematico, oltre agli aa. citt. *infra* nella nota successiva, cfr., A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in questa *Rivista*, 2017, p. 10 ss., spec. p. 22 ss., ivi indicazioni di dottrina.

In precedenza, con d.l. 30 settembre 2005, n. 203 conv. nella l. 2 dicembre 2005, n. 248, all’art. 11-*quaterdecies*, commi 12-12-*sexies*, è stato introdotto il «*prestito vitalizio ipotecario*» al quale, come si dirà più avanti, non è collegato un patto marciano ma un congegno legale modellato sugli effetti di questo patto. Tale congegno dà vita ad uno strumento di autotutela esecutiva (nel settore dei mutui bancari) non di natura convenzionale ma operante direttamente *ex lege* – il quale si colloca lungo la stessa linea concettuale delle fattispecie previste, in materia di pegno, agli artt. 2796 e 2797 c.c. – diretto ad assicurare l’autosoddisfacimento del creditore in via stragiudiziale. Si tratta di una particolare figura di mutuo con cui una banca – o un intermediario finanziario di cui all’art. 106 TUB – concede un finanziamento a medio o lungo termine, riservato a persone fisiche con età superiore a sessanta anni, il cui rimborso può essere chiesto, in un’unica soluzione, al momento della morte del soggetto finanziato ovvero qualora venga trasferita la proprietà o altro diritto reale di godimento sull’immobile (residenziale) dato in garanzia o vengano compiuti atti che ne riducano significativamente il valore o vengano costituiti diritti reali di garanzia in favore di terzi. Il comma 12-*quater* del citato art. 11-*quaterdecies*, oltre ad un effetto “esdebitativo” a favore del mutuatario, di cui parleremo più avanti, prevede che qualora il finanziamento non sia rimborsato entro dodici mesi dal verificarsi degli eventi anzidetti «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 con il finanziatore... Le eventuali somme ricavate dalla vendita e non portate a estinzione del predetto credito, sono riconosciute al soggetto finanziato o ai suoi aventi causa».

Sulla figura in esame, v. BUZZONETTI-PACELLA, *Il prestito vitalizio*, Milano 2010; successivamente alla modifica del 2015, MANNELLA-PLATANIA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, Milano 2015; T. RUMI, *op. cit.* nella nota seguente.

Stimolato dalle riflessioni sviluppate dalla dottrina sulle normative anzidette, ho pensato di appuntare in queste pagine alcune idee e considerazioni prendendo spunto soprattutto da un volume, pubblicato di recente, che raccoglie i contributi di quattro autori⁽²⁾, dedicati, appunto, allo studio delle figure speciali di patto marciano introdotte di recente nel settore bancario.

Muovendo dalle sollecitazioni ricevute dalla lettura dei contributi dianzi citati, vorrei cominciare con l'indicare quelli che, tra i numerosi temi affrontati nel volume, a me sembrano i problemi di maggior interesse teorico e pratico. Problemi che, a mio modo di vedere, possono così sintetizzarsi:

a) distinzione tra convenzioni con funzione solutoria e convenzioni con funzione autosatisfattiva;

b) linea di demarcazione tra patto commissorio e patto marciano da un lato, e *datio in solutum* dall'altro;

c) in relazione ai patti marciati introdotti dalle recenti discipline sopra richiamate: 1) individuazione dei tratti qualificanti i patti marciati bancari; 2) relazioni tra tali patti e il patto marciano di diritto comune; 3) natura (cogente o dispositiva) della disciplina dei patti marciati bancari e spazio che, rispetto agli stessi, è stato lasciato all'autonomia privata; 4) natura e ambito di operatività del c.d. effetto "esdebitativo" che caratterizza una delle figure in esame.

2. – La prima questione di carattere generale su cui vorrei soffermarmi investe il dibattito, apertosi in dottrina, circa la natura del patto marciano. Dibattito che si riscontra anche nei contributi sopra richiamati, dai quali emerge il contrasto tra l'opinione di uno degli autori del volume il quale qualifica il patto marciano come una "*datio in solutum* preventiva" o "anticipata"⁽³⁾, e l'opinione di un altro autore⁽⁴⁾ secondo il quale invece tale patto «non esibisce una causa *solutionis*», non appartiene cioè «alla dimensione dell'adempimento o dei suoi surrogati» giacché esso «presup-

(2) Mi riferisco al pregevole volume di G.D'AMICO-S. PAGLIANTINI-F. PIRAINO-T. RUMI, *I nuovi marciati*, Torino 2017, nel quale sono raccolti i saggi di: G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, p. 1 ss.; S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B.: il "pasticcio" di un marciato bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, p. 42 ss.; T. RUMI, *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni "marciante" a garanzia del credito immobiliare*, p. 105 ss.; F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciano*, p. 145 ss.

(3) Così S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis*, cit., 54 s.

(4) Così F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto*, cit., p. 196 ss.

pone l'inadempimento ... collocandosi in una fase dell'obbligazione che si pone al di là dell'adempimento e dei suoi surrogati»⁽⁵⁾, dando vita ad «un meccanismo esecutivo di natura privata e dunque stragiudiziale».

La questione – della quale mi ero occupato, sia pur da una diversa angolazione, in altra sede e che avevo risolto nel senso della netta differenza, sotto il profilo funzionale ed effettuale, tra patto commissorio e *datio in solutum*⁽⁶⁾ – merita, a mio avviso, di essere approfondita poiché tocca un aspetto centrale della problematica intesa a individuare, per un verso, la labile linea di confine tra patto commissorio (illecito, *ex art. 2744*) e *datio in solutum* (lecita, *ex art. 1197 c.c.*) e, per altro verso, i caratteri differenziali tra quest'ultima figura e il patto marciano.

Per rendere più chiaro il discorso, è opportuno prendere le mosse dal rilievo che la disciplina legale dell'obbligazione lascia ampio margine all'autonomia privata, avendo gli interessati il potere di modificare e integrare le regole legislative mediante pattuizioni che possono riguardare l'intero arco della vita del rapporto obbligatorio. Una rapida analisi della disciplina positiva e soprattutto delle prassi contrattuali permette infatti di individuare svariate tipologie di convenzioni, talune delle quali gravitano entro il perimetro dell'adempimento, altre nell'area dell'inadempimento, ed altre ancora nella zona della realizzazione coattiva del credito. In quest'ordine di idee, possono essere pertanto isolate pattuizioni dirette a regolare la fase dell'attuazione dell'obbligazione, clausole che disciplinano il profilo dell'inadempimento e delle conseguenze di esso, e infine convenzioni con le quali gli interessati dettano regole sulla responsabilità patrimoniale alla quale soggiace il debitore inadempiente.

Al riguardo, e senza pretesa di completezza, si possono citare i seguenti modelli di convenzioni.

Devono menzionarsi innanzi tutto i *negozi relativi all'attuazione dell'obbligazione (ossia con causa solutoria pura)*. In tali tipologie possono

(5) Ancora F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto*, cit., p. 197, il quale osserva altresì che nella fase successiva all'inadempimento «la posizione debitoria non è più composta dalla prestazione originaria ma dal risarcimento del danno sostitutivo della prestazione e dal risarcimento dei danni consequenziali». Quest'ultima affermazione non sembra tuttavia condivisibile non soltanto in relazione alle obbligazioni pecuniarie ma anche a quelle di “consegnare”, “dare” o “fare”, rispetto alle quali il credito alla prestazione originaria (in natura) persiste anche dopo l'inadempimento, salvi i casi in cui la prestazione stessa sia divenuta impossibile per causa imputabile al debitore, il quale sarà allora tenuto al risarcimento del danno sostitutivo.

(6) V. A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, nel *Comm. Schlesinger*, Artt. 1500-1509, Milano 1987, p. 258 ss.; ID., *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in questa *Rivista*, 1990, I, pp. 221, 234.

inquadarsi, tra le altre, la *datio in solutum*, la compensazione volontaria, le varie specie di convenzioni dirette a regolare l'adempimento di un terzo⁽⁷⁾ e l'indicazione del destinatario del pagamento.

Seguendo un ordine logico-cronologico, vengono poi le *convenzioni concernenti l'inadempimento*. Tra le tipologie configurabili, possono menzionarsi, le clausole definitorie dell'inadempimento rilevante, quelle che fissano il criterio di imputazione dell'inadempimento, le pattuizioni che stabiliscono particolari presupposti o condizioni dell'inadempimento.

Ad una fase più avanzata della vita dell'obbligazione si ricollegano le *convenzioni che disciplinano le conseguenze dell'inadempimento e segnatamente il contenuto della responsabilità e/o i relativi rimedi*. Possono ricomprendersi in questa classe numerose tipologie, tra le quali, ad esempio, le pattuizioni relative alla determinazione della misura del risarcimento del danno, le clausole penali, le clausole che prevedono interessi moratori, la caparra confirmatoria, i patti che contemplano pene private o danni punitivi (ad esempio, le *astreints*), le clausole di esclusione, limitazione o aggravamento della responsabilità, le clausole di esclusione di rimedi legali contro l'inadempimento, le pattuizioni che prevedono rimedi ulteriori rispetto a quelli legali (quali, ad esempio, garanzie aggiuntive), le clausole che disciplinano la risoluzione del contratto (v. ad es., artt. 1456 e 1457 c.c.).

Vengono infine le *convenzioni disciplinanti la realizzazione coattiva del credito (alla prestazione primaria e/o al risarcimento del danno da inadempimento)*. In questo ambito, possono inquadarsi, innanzi tutto, gli strumenti (di natura convenzionale) di autotutela esecutiva, quali, ad esempio, il pegno irregolare, gli accordi cauzionali, la cessione dei beni ai creditori e le cessioni liquidative in genere, il patto commissorio e il patto marciano. Possono ricordarsi, ancora, le convenzioni che modificano il regime della responsabilità patrimoniale, quali, ad esempio, i patti di limitazione o di estensione della responsabilità patrimoniale, il contratto di pegno e quello di concessione di ipoteca, le convenzioni previste nelle procedure concorsuali (come il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione) ovvero gli accordi di composizione di crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio (ai sensi della legge 27 gennaio 2012, n. 3)⁽⁸⁾.

(7) Riguardo alla categoria dei “negozi sull'esecuzione” del rapporto obbligatorio, cfr., di recente, C. DORE, *La delegazione di pagamento nel quadro dei negozi sull'esecuzione del rapporto obbligatorio*, Napoli 2017, spec. pp. 1-32.

(8) È appena il caso di rilevare che la stipulazione del patto marciano o di altro tipo di convenzione con funzione autosatisfattiva non esclude che il creditore debba agire preven-

Il rapido *excursus* che precede mostra che la regolamentazione convenzionale può riguardare tutte le fasi che, nell'arco della sua vita, il rapporto obbligatorio può attraversare e non soltanto il profilo dell'adempimento (ossia quello *stricto sensu* solutorio). La classificazione sopra abbozzata mette in luce soprattutto le differenze di natura funzionale esistenti tra i negozi che dettano regole per ciascuna di tali fasi e, con riguardo a ciascuna fase, la varietà di tipologie di pattuizioni che le parti possono impiegare.

3. – Come ho avuto modo di rilevare in altro lavoro⁽⁹⁾, le vedute della tradizionale dottrina italiana, che attribuisce al patto commissorio – e, di conseguenza, al patto marciano – una funzione di garanzia⁽¹⁰⁾, sono state messe in discussione, all'incirca sul finire del secolo scorso, da quegli studiosi che hanno rinvenuto nell'alienazione commissoria una causa non di garanzia bensì solutoria, uno scopo cioè di soddisfacimento del credito⁽¹¹⁾.

Nel prendere posizione sulla questione, ebbi ad affermare che nella alienazione commissoria e in quella marciانا deve individuarsi «la previsione pattizia di un congegno di autosoddisfacimento a favore del creditore» che esprime la funzione primaria degli stessi⁽¹²⁾; funzione che mette in luce un ulteriore angolo visuale dal quale le due figure debbono essere riguardate, quello cioè dell'*autotutela esecutiva* di cui esse costituiscono applicazione⁽¹³⁾.

Debbo però oggi ammettere che, definendo il profilo causale della convenzione commissoria (e del patto marciano) in chiave di “funzione di autosoddisfacimento”⁽¹⁴⁾, avrei dovuto evitare di affermare che «il patto commissorio ha in comune... con la prestazione in luogo di adempi-

tivamente in giudizio per far accertare l'avvenuto inadempimento del debitore, la prestazione inseguita e/o l'entità dei danni risarcibili, qualora insorga tra le parti controversia su tali fatti.

⁽⁹⁾ Cfr. A. LUMINOSO, *Patto commissorio* ecc. cit., p. 18 s.

⁽¹⁰⁾ Per tale opinione, v., tra gli altri, C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano 1957, p. 136 ss.; A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli 1999, p. 193 ss.

⁽¹¹⁾ Per questa tesi, v. in particolare, F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano 1996, p. 420 ss.; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, Napoli 2000, p. 109 ss.

⁽¹²⁾ Cfr. A. LUMINOSO, *Patto commissorio*, cit., p. 20, ad avviso del quale nel patto commissorio (e nel patto marciano) accanto alla funzione primaria solutoria (*rectius*, auto-satisfattiva) deve ravvisarsi anche una funzione secondaria di garanzia.

⁽¹³⁾ Così, A. LUMINOSO, *Patto commissorio*, cit., p. 20.

⁽¹⁴⁾ Cfr. A. LUMINOSO, *op. loc. ultt. citt.*

mento... il profilo funzionale, perseguendo entrambi i negozi uno scopo solutorio». Affermazione che – quantunque fosse stata da me fatta per marcare la contrapposizione rispetto alla causa di garanzia, al fine di sottolineare come il patto commissorio sia caratterizzato, appunto, da una funzione non di garanzia ma *lato sensu* solutoria – non era esatta, atteso che, come ho cercato di chiarire nel precedente paragrafo, la *datio in solutum* è caratterizzata effettivamente da una *causa solutoria*⁽¹⁵⁾, mentre la convenzione commissoria e quella marciana assolvono ad una *funzione di autosoddisfacimento del creditore* e perciò ricadono nell'area non dell'adempimento dell'obbligazione bensì in quella della realizzazione (coattiva) privata del credito, ossia dell'autotutela esecutiva.

Occorre tuttavia segnalare che la *communis opinio* non dà il dovuto rilievo alla distinzione tra le due classi di fattispecie ed anzi, non di rado, le colloca sullo stesso piano o addirittura le identifica tra loro.

Appare perciò necessario soffermarsi brevemente sulla questione.

Va chiarito *in limine* che il tratto differenziale tra patto commissorio e prestazione in luogo di adempimento deve essere colto non tanto nella diversa relazione di ordine cronologico rispetto all'inadempimento quanto, a monte, nella diversa causa che – come si è rilevato sopra – caratterizza i due contratti.

La *datio in solutum*, stante la sua funzione solutoria, può essere stipulata non solo dopo, ma anche prima che si verifichi l'inadempimento, poiché niente osta a che le parti possano concordare di soddisfare il creditore con un surrogato (dell'adempimento) sia prima che dopo l'inadempimento.

Il patto commissorio, invece, non è configurabile dopo l'inadempimento, e l'accordo che prevedesse il trasferimento della proprietà di un *aliud* da parte del debitore già inadempiente a favore del creditore coinciderebbe *tout court* con il contratto di prestazione in luogo di adempimento⁽¹⁶⁾.

Il patto commissorio deve essere necessariamente anteriore all'inadempimento, poiché il legislatore, configurando nell'art. 2744 c.c. – conforme-

⁽¹⁵⁾ A favore della qualificazione della dazione in pagamento come “negozio solutorio” si pronunzia una parte della dottrina (v., fra gli altri, A. di MAJO, *Dell'adempimento in generale*, nel *Comm. Scialoja-Branca*, Art. 1177-1200, Bologna-Roma, 1994, p. 347). Le tesi proposte sulla natura di tale contratto sono peraltro numerose e variegate: v. gli aa. citt. *infra* nella nota 20.

⁽¹⁶⁾ Cfr., in senso conforme, in giurisprudenza, Cass. 21 gennaio 2016, n. 1025, in *Nuova g. civ. comm.*, 2016, I, p. 908; Trib. Cagliari, 21 gennaio 2016, in *R. giur. sarda*, 2017/3, in corso di pubblicazione, con nota di Chessa.

mente alla tradizione storica – la convenzione commissoria nei termini di una alienazione sospensivamente condizionata all’inadempimento del debitore⁽¹⁷⁾, assegna a tale contratto una causa autosattisfattiva che colloca l’istituto nell’area dell’autotutela esecutiva. Elemento qualificante del patto commissorio è che il debitore vincoli in via programmatica un bene di sua proprietà al futuro autosoddisfacimento del creditore, conservando – questo è il punto – la possibilità di trattenere (in caso di condizione sospensiva di inadempimento) o di recuperare (in caso di condizione risolutiva di adempimento) la proprietà del bene eseguendo il pagamento del debito. Di qui una delle insidie che concorrono a spiegare la *ratio* del divieto di cui all’art. 2744⁽¹⁸⁾.

Elemento essenziale della *datio in solutum* è invece che il debitore, d’accordo con il creditore, destina a quest’ultimo un suo bene, quale surrogato della prestazione dovuta, programmando una *perdita immediata* – stante la natura reale *quoad constitutionem* di tale contratto e la sua efficacia non obbligatoria – e *definitiva* della proprietà del bene. Perdita “immediata” significa che, poiché il contratto si perfeziona con l’esecuzione della diversa prestazione (art. 1197, comma 1, c.c.), in questo stesso momento si verifica sia il trasferimento dell’*aliud* a favore del creditore sia l’estinzione dell’obbligazione che grava sul debitore, con la conseguenza che non è tecnicamente possibile alle parti sospendere o rinviare il trapasso della proprietà del bene diverso. Perdita “definitiva” significa che il debitore, una volta perfezionato il contratto, non ha la facoltà di evitare il trasferimento della proprietà del bene adempiendo all’obbligazione origi-

(17) Prima la dottrina e successivamente – a partire dal 1983 – anche la giurisprudenza sono giunte peraltro alla conclusione che rientra nel divieto dell’art. 2744 c.c. anche l’alienazione commissoria immediatamente traslativa sottoposta alla condizione risolutiva dell’adempimento del debitore: cfr., per tutti, da ultimo, A. LUMINOSO, *Patto commissorio* cit., p. 11 s., ivi citazz.; A. DOLMETTA, *La ricerca del “marciano utile”*, in questa Rivista, 2017, p. 818; Cass. 28 gennaio 2015, n. 1625, in *R. not.*, 2015, p. 182 ss.

(18) L’insidia che la convenzione commissoria racchiude e che contribuisce a farle negare validità dall’ordinamento positivo dipende dalla previsione, in essa, in alternativa alla programmata attribuzione satisfattiva del bene, della possibilità, lasciata al debitore, di evitare la definitiva acquisizione del bene da parte del creditore pagando il debito. Possibilità che alimenta nel debitore la speranza – e il più delle volte l’illusione – di potersi procurare le somme per adempiere (v. A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, cit., pp. 244 s., 258 ss.; ID., *Alla ricerca degli arcani confini*, cit., pp. 234, 240), che, invece, come sto per chiarire nel testo, non è in grado di ingenerare la prestazione in luogo di adempimento.

Giova notare che identica spiegazione del diverso trattamento riservato dall’ordinamento al patto commissorio (che viene giudicato illecito) rispetto alla *datio in solutum* (che viene invece considerata lecita), si trova nei *Motive* del BGB: cfr. M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, Torino 2000, p. 157 s.

naria: in altre parole, l'attribuzione dell'*aliud* al creditore è incondizionata. Né potrebbe essere altrimenti, stante la causa solutoria della prestazione in luogo di adempimento, nonché la natura reale del contratto e la sua efficacia dispositiva (*rectius*, non obbligatoria) ⁽¹⁹⁾.

Il patto con cui si preveda l'attribuzione da parte del debitore al creditore di un bene diverso da quello dovuto, condizionata sospensivamente all'inadempimento del debitore – anche a voler ammettere che sia compatibile con la natura reale del contratto – o condizionata risolutivamente al suo adempimento (ovvero accompagnata da un patto di riscatto), non è dazione in pagamento ma patto commissorio. La *datio in solutum*, quale negozio solutorio non tollera, come tale, l'apposizione di condizioni in genere ⁽²⁰⁾ ed in particolare di una condizione sospensiva di mancato pagamento del debito originario o una condizione risolutiva di pagamento dello stesso. Conseguentemente, ove una di tali condizioni venisse apposta al patto, l'effettiva funzione dello stesso sarebbe quella propria di uno strumento di autotutela esecutiva ⁽²¹⁾.

Discorso diverso deve essere fatto riguardo alla distinzione tra *datio in solutum* e patto marciano. Tra queste due figure esiste una differenza radicale che ne impedisce qualunque accostamento sostanziale, atteso che la convenzione marciana contempla l'obbligo del creditore di restituire al debitore l'(eventuale) eccedenza tra il valore del bene e il debito, e che tale obbligo è invece incompatibile con la *datio in solutum*, stante la sua causa solutoria. In altre parole, la *datio in solutum* costituisce un surrogato

⁽¹⁹⁾ Il contratto avente ad oggetto una prestazione traslativa in luogo di adempimento (art. 1197, comma 2 c.c.), stante la sua natura di contratto reale – che si perfeziona con l'esecuzione della prestazione, sia essa di dare, fare o consegnare (v., per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano 1990 p. 432) – e la sua efficacia traslativa (e non obbligatoria) contestuale al suo perfezionamento, non consente alle parti di apporre una condizione sospensiva che subordini il trasferimento della proprietà dell'*aliud* al mancato adempimento dell'obbligazione originaria. Anche se si potesse ritenere, in termini generali che gli effetti di un atto solutorio, per di più reale *quoad constitutionem*, possano venire subordinati ad un evento condizionale, sembra comunque sicuro – per le ragioni che sto per esporre nel testo – che la condizione sarebbe inconciliabile con la *datio in solutum* ove fosse costituita dal mancato pagamento (se sospensiva) o dal pagamento (se risolutiva) dello stesso debito da estinguere.

⁽²⁰⁾ Il problema, peraltro, è controverso: su di esso cfr. A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Milano 1987, p. 249 ss.; v. M. ALLARA, *La prestazione in luogo di adempimento*, in *Ann. gen. giur.*, Palermo 1927, p. 247 s.; R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano 1936, p. 250, nt. 3; S. RODOTA', voce *Dazione in pagamento (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano 1962, p. 738; V. BARBA, *Prestazione in luogo di adempimento*, in *Commentario del cod. civ.* diretto da Gabrielli, Artt. 1173-1217, Torino 2012, p. 566 ss.

⁽²¹⁾ Cfr. A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, cit., p. 200.

dell'adempimento, il patto marciano il surrogato di un'esecuzione forzata sui beni del debitore.

La presenza di tale obbligo nel patto marciano (che esclude di per se sola la sua assimilabilità al patto commissorio, e quindi la illiceità del contratto) ne mantiene inalterata la funzione autosatisfattiva anche nelle ipotesi in cui esso venga stipulato dopo il verificarsi dell'inadempimento del debitore. Ipotesi nella quale la relativa convenzione, non essendo condizionata sospensivamente nei suoi effetti a tale evento, finisce per debordare dai confini del patto marciano e viene a identificarsi *tout court* con una alienazione pura e semplice (ossia non condizionata) a scopo autosatisfattivo⁽²²⁾.

4. – Le differenze di tipo funzionale e strutturale tra convenzione commissoria e *datio in solutum* spiegano il diverso trattamento normativo tra le due figure – ossia la nullità del patto commissorio e la validità del contratto di prestazione in luogo di adempimento – ragioni che, come già ho ricordato (*supra* nella nota 18), riposano sulla speranza (se non l'illusione) che il patto commissorio alimenta nel debitore di potersi procurare in un secondo momento le somme per adempiere e così conservare o recuperare la proprietà del bene.

Come ho rilevato in altro lavoro⁽²³⁾, la soluzione adottata dal legislatore del '42 nel senso di una generalizzata liceità della dazione in pagamento, esige peraltro di essere sottoposta a revisione critica, apparendo essa nella realtà presente scarsamente rispettosa della dialettica degli interessi in gioco.

Attualmente la *datio in solutum* lesiva della posizione del debitore può essere neutralizzata solo mediante l'esperimento dei rimedi generali in materia contrattuale, quali – secondo la dottrina tradizionale – la rescissione e l'annullamento per violenza o dolo, e quindi, in pratica, in casi estremi⁽²⁴⁾. Alla luce dei considerevoli progressi fatti dalle moderne legi-

(22) Tale figura, per i motivi chiariti più sopra, va distinta tanto dal patto marciano in quanto, pur comportando l'obbligo di restituire l'eventuale supero rispetto all'ammontare del debito, non concreta una alienazione sospensivamente condizionata all'inadempimento del debitore, quanto dalla dazione in pagamento poiché l'obbligo di restituzione anzidetto è incompatibile con quest'ultima figura.

(23) Cfr. A. LUMINOSO, *Patto commissorio*, cit., p. 29 s. Di analogo avviso, P. GALLO, *Divieto del patto commissorio*, nel *Commentario del cod. civ.* diretto da Gabrielli, Artt. 2643-2783 *ter*, Torino 2016, p. 974 s.

(24) Cfr. sul punto P. GALLO, *Divieto del patto*, cit., p. 974 s. La rescindibilità peraltro andrebbe esclusa ove si negasse che la *datio in solutum* abbia una causa di scambio: v., sul punto, fra gli altri, A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, cit., p. 348, *ivi citazz.*

slazioni nella tutela del consumatore e più in generale nella difesa del contraente debole, dovrebbe ritenersi giunto il momento di assicurare una maggiore protezione al debitore che – soprattutto se già inadempiente – contratta con il creditore la sua liberazione dal vincolo obbligatorio.

Il principio del divieto di abuso del diritto e la nullità dei negozi stipulati in violazione di esso, secondo recenti tendenze dottrinali e giurisprudenziali, nonché le previsioni legislative di nullità delle pattuizioni che danno luogo a contratti ingiusti – v., ad esempio l'art. 644, comma 3, c.p. (nel testo modificato dall'art. 1 della l. 7 marzo 1996, n. 108) sui contratti con prestazioni sproporzionate stipulati da una parte che si trovi in situazione di difficoltà economica o finanziaria – dovrebbero suggerire al legislatore di introdurre un limite alla validità dell'accordo di *datio in solutum* in relazione ai casi in cui la sproporzione tra l'ammontare del debito e il valore del bene trasferito al creditore si traduca in una iniquità del contenuto del contratto.

Fino a quando il legislatore non interverrà, la giurisprudenza potrebbe sindacare la validità della *datio in solutum* alla luce dell'art. 644, comma 3, c.p. nonché, per i rapporti del tipo *b2c*, sulla base dei principi emergenti dall'art. 33, comma 2, lett. f), c. cons. (che considera abusive le clausole che hanno per oggetto o per effetto, di «imporre al consumatore in caso di inadempimento... il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalente d'importo manifestamente eccessivo») e, per i rapporti *b2b*, alla stregua dell'art. 9, l. 192/1998 che commina la nullità dei patti con cui (nelle ipotesi di dipendenza economica) vengano imposte condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose.

5. – Per quanto attiene alle recenti normative sopra richiamate, come ho accennato più sopra, il primo problema da affrontare concerne la ricostruzione delle figure coniate dal legislatore di settore ed il loro inquadramento nel sistema, soprattutto allo scopo di chiarire i rapporti tra le stesse ed il patto marciano di diritto comune.

5.1. – Dalla disciplina dell'art. 120 *quinquiesdecies* TUB⁽²⁵⁾ emerge che gli elementi costitutivi della convenzione in esso disciplinata sono:

(25) Il «Credito immobiliare ai consumatori» viene descritto nel nuovo art. 120 *quinquiesdecies* TUB come un finanziamento bancario ad un consumatore garantito da un'ipoteca sul diritto di proprietà o su altro diritto reale avente ad oggetto beni immobili residenziali o finalizzato all'acquisto o alla conservazione della proprietà su un terreno o su un immobile

a) l'alienazione da parte del debitore alla banca di un immobile (residenziale) di sua proprietà (gravato da garanzia ipotecaria) sospensivamente condizionata all'inadempimento del debitore;

b) l'obbligo della banca di versare al finanziato l'eventuale eccedenza di valore del bene rispetto al debito garantito;

c) l'esecuzione della stima del bene da eseguirsi dopo l'inadempimento e con modalità che garantiscano l'imparzialità del perito e l'attendibilità della stessa;

d) l'estinzione del debito, qualunque sia il valore dell'immobile al momento del trasferimento dello stesso alla banca o della vendita ad un terzo (c.d. effetto "esdebitativo");

e) la predeterminazione da parte del legislatore di un inadempimento minimo perché possa attuarsi il trasferimento del bene.

I requisiti di cui alle lettere a), b) e c) costituiscono elementi essenziali ed indefettibili della convenzione in esame e – come si dirà più avanti – corrispondono al nocciolo duro del patto marciano di diritto comune.

Per quanto attiene agli altri elementi della fattispecie, occorre rilevare che il requisito di cui alla lettera d) assume la valenza di un elemento qualificante della figura, mancando il quale si uscirebbe dal perimetro del modello legislativo disegnato dall'art. 120/2015 TUB. Altro problema è se le banche possano validamente stipulare, in collegamento con un'operazione di credito immobiliare ai consumatori, un patto marciano privo di tale requisito. Interrogativo al quale dovrebbe darsi una risposta negativa⁽²⁶⁾.

edificato o progettato. Il successivo *art. 120-quinquiesdecies* prevede, al comma 3, che «Fermo quanto previsto dall'art. 2744 c.c., le parti possono convenire, con clausola espressa al momento della conclusione del contratto di credito, che in caso di inadempimento del consumatore, l'acquisizione da parte della banca [la norma, conformemente alla traduzione italiana della direttiva europea, in realtà parla, impropriamente, di «restituzione»] o il trasferimento (a terzi) dell'immobile oggetto di garanzia o dei proventi della vendita del medesimo bene comporta l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore derivante dal contratto di credito anche se il valore del bene immobile o l'ammontare dei proventi sia inferiore al debito residuo. Se il valore dell'immobile come stimato dal perito ovvero l'entità dei proventi della vendita è superiore al debito residuo, il consumatore ha diritto all'eccedenza». Quanto alla stima, il comma 4, lett. d) dello stesso articolo stabilisce che essa è eseguita, in data successiva all'inadempimento, da un perito indipendente scelto dalle parti di comune accordo o in difetto nominato dal Presidente del Tribunale (con le modalità di cui all'art. 696, comma 3, c.p.c.).

Sulla disciplina del patto marciano di cui all'art. 120-*quinquiesdecies* TUB, v., fra gli altri, F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto*, cit., p. 149 ss., ivi citazz. di dottrina; G. D'AMICO, *La resistibile ascesa*, cit., p. 29 ss., ivi citazz. di dottrina.

(26) Sul punto, v. spec. S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis*, cit., p. 82 ss.

Riguardo al requisito di cui alla lettera e), è da ritenere che anch'esso rivesta il carattere di elemento qualificante della figura e che anche tale disposizione abbia natura cogente nell'ambito del credito immobiliare ai consumatori⁽²⁷⁾.

La disposizione in esame prevede quindi uno strumento di autotutela esecutiva, afferente al credito bancario immobiliare ai consumatori, che può qualificarsi come un *sottotipo di patto marciano*.

La disciplina dettata dall'art. 120-*quinquiesdecies* TUB sembra debba definirsi di natura speciale – non eccezionale – e cogente nel senso sopra indicato, tale cioè da escludere la validità, nell'ambito dei finanziamenti bancari ai consumatori (con garanzia ipotecaria su un immobile residenziale), di convenzioni marciane prive dei requisiti sopra indicati⁽²⁸⁾. Ciò non toglie tuttavia che le parti possano inserire clausole integrative o modificative della disciplina legale, purché compatibili con i tratti caratterizzanti più sopra indicati.

5.2. – Dall'art. 48 *bis* TUB⁽²⁹⁾ emerge che gli elementi caratteristici della convenzione in esso regolata sono:

a) il trasferimento, da parte del debitore in favore della banca, di un immobile (purché non destinato ad abitazione principale del proprietario, del coniuge o dei suoi parenti e affini entro il terzo grado) sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore;

b) l'obbligo della banca di versare al finanziato l'eventuale eccedenza di valore del bene rispetto al debito garantito;

⁽²⁷⁾ Sulla natura (cogente o dispositiva) delle norme in esame, cfr. S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis*, cit., pp. 47 s., 51 s.

⁽²⁸⁾ Sulla natura (speciale od eccezionale, cogente o dispositiva) delle disposizioni in esame, v. S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis*, cit., p. 51.

⁽²⁹⁾ L'art. 48-*bis* TUB regola il «*finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato*» all'inadempimento dell'imprenditore debitore. In caso di inadempimento la banca finanziatrice «ha diritto di avvalersi degli effetti del patto – che non può avere ad oggetto immobili adibiti ad abitazione principale del proprietario, del coniuge o di suoi parenti e affini entro il terzo grado – purché al proprietario sia corrisposta l'eventuale differenza tra il valore di stima del bene e l'ammontare del debito inadempito e delle spese del trasferimento» (comma 3). Tralasciando altri profili della estesa disciplina dettata dall'articolo in parola, è opportuno notare che, in base al sesto comma di tale articolo, la stima è effettuata da un perito nominato dal presidente del Tribunale il quale procede in conformità ai criteri di cui all'art. 568 c.p.c. e che in base al comma 13-*bis*, «il patto a scopo di garanzia di cui al comma 1, ai fini del concorso tra i creditori è, equiparato all'ipoteca».

Sulla disciplina del patto marciano di cui all'art. 48-*bis* TUB, v., fra gli altri, S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis*, cit., p. 42 ss., *ivi* citazz. di dottrina; G. D'AMICO, *La resistibile ascesa*, cit., p. 29 ss., *ivi* citazz. di dottrina.

c) l'esecuzione della stima del bene, da effettuarsi successivamente all'inadempimento, con modalità che garantiscano l'imparzialità del perito e l'attendibilità della stessa;

d) la facoltà della banca finanziante di non avvalersi del patto una volta verificatosi l'inadempimento del debitore;

e) la predeterminazione da parte del legislatore dell'inadempimento minimo necessario perché possa considerarsi avverata la condizione sospensiva cui è subordinato il trasferimento del bene;

f) la fissazione del momento di avveramento della condizione sospensiva in coincidenza della comunicazione, da parte della banca al debitore, del valore di stima ovvero in coincidenza del pagamento al debitore dell'eventuale eccedenza rispetto all'ammontare del debito;

g) un regime di pubblicità del patto marciano e dell'eventuale ipoteca di cui il bene da trasferire sia gravato, che comporta la prevalenza del patto sulle trascrizioni o iscrizioni eseguite da terzi successivamente all'iscrizione ipotecaria sul bene o, a seconda dei casi, sul pignoramento del bene stesso o sul fallimento del proprietario del bene.

Anche in questa ipotesi i requisiti di cui alle lettere a), b) e c) costituiscono elementi essenziali e indefettibili della convenzione in questione, i quali – come già si è notato in relazione all'art. 120-*quinquiesdecies* TUB – corrispondono al nucleo essenziale del patto marciano di diritto comune.

Per quanto attiene agli altri elementi della figura in esame, il requisito di cui alla lettera d) costituisce un tratto peculiare della stessa (senza il quale si uscirebbe fuori dal modello legislativo disegnato dall'art. 48-*bis* TUB), che – come si dirà più avanti – sembra da escludere in relazione al modello generale del patto marciano regolato dal diritto comune⁽³⁰⁾.

⁽³⁰⁾ Considerato, infatti, che il patto marciano – sotto questo aspetto, non diversamente dal patto commissorio – assume i caratteri di una alienazione sospensivamente condizionata all'inadempimento del debitore-alienante, ne consegue, per un verso, che il creditore non può attivare una esecuzione forzata giudiziale prima dell'inadempimento (costituendo esso il presupposto indefettibile della procedura esecutiva), e, per altro verso che, verificatosi l'inadempimento, si avvera la condizione sospensiva con conseguente automatico trasferimento della proprietà del bene nel patrimonio del creditore (al quale resta perciò preclusa la possibilità di instaurare un processo di espropriazione forzata). Diversamente orientato sembrerebbe A. DOLMETTA, *La ricerca del "marciano utile"*, cit., p. 818, secondo il quale «la costituzione della garanzia dominicale, se destina il bene in garanzia al soddisfacimento del creditore, non lo fa diventare canale necessario, e per la verità neppure primario, del soddisfacimento medesimo, ... in altri termini ... lascia inalterati i termini del rapporto garantito, non incidendo né sul potere del creditore di eseguire la prestazione garantita, ...».

Riguardo alla posizione del debitore, deve appena rilevarsi che questi, stipulando il patto marciano, conserva in ogni caso la facoltà di adempiere l'obbligazione fino al momen-

Riguardo al regime di pubblicità di cui alla lettera g), è da ritenere che anch'esso costituisca un profilo qualificante e che la relativa disciplina abbia anch'essa natura cogente nell'ambito del credito all'impresa.

Altrettanto dovrebbe ripetersi per il requisito di cui alla lettera e) ⁽³¹⁾.

Mi parrebbe invece modificabile pattiziamente la disciplina richiamata sopra alla lettera f), relativa alla determinazione dal momento in cui si verifica il trasferimento.

Rimarrebbe da risolvere un altro problema, ossia quello concernente l'applicabilità in via analogica alla fattispecie in esame dell'art. 120-*quiesdecies*, comma 3, TUB nella parte in cui prevede – come si è notato sopra – un effetto “esdebitativo” in favore del debitore.

Come si è accennato più sopra, l'art. 120-*quiesdecies*, comma 3, TUB precisa espressamente che il trasferimento alla banca dell'immobile oggetto del patto marciano comporta l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore finanziato anche se il valore del bene trasferito alla banca (o l'ammontare dei proventi ricavati dalla sua vendita) risultino inferiori al debito residuo ⁽³²⁾. Giova rilevare altresì che la legge 2 dicembre 2005, n. 248, all'art. 11 *quaterdecies*, comma 12-*quater*, nel regolare il “prestito vitalizio ipotecario”, prevede che «l'importo del debito residuo non può superare il ricavato della vendita dell'immobile», e cioè che, eseguita la vendita dell'immobile (gravato da ipoteca), il debito si estingue per intero anche quando il ricavato della stessa sia inferiore all'importo del debito ⁽³³⁾.

Poiché l'art. 48 *bis* TUB non detta una norma analoga, si è posto il problema di stabilire se il suddetto effetto “esdebitativo” a favore del finanziato si verifichi anche nell'ipotesi del patto marciano collegato ad un finanziamento ad un imprenditore regolato dall'art. 48-*bis* TUB. La risposta che viene data dai singoli autori è tendenzialmente di segno positivo. Alcuni studiosi ritengono senz'altro operativo tale effetto anche nell'ipotesi regolata dall'art. 48 *bis* ⁽³⁴⁾, secondo altri l'art. 120-*quiesdecies*

to in cui intervenga il trasferimento del bene in base alle regole generali in materia di negozio sospensivamente condizionato, salve eventuali diverse discipline speciali (come, ad es., quella dettata dall'art. 48 *bis* commi 6, 7 e 8). Sul punto, v. anche S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis*, cit., p. 77 ss.

⁽³¹⁾ Cfr. pure S. PAGLIANTINI, *op. loc. ultt. citt.*

⁽³²⁾ Cfr. in tal senso, G. D'AMICO, *La resistibile ascesa*, cit., p. 92 ss.; S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis T.U.B.: il pasticcio*, cit., p. 65.

⁽³³⁾ V. D'AMICO, *op. ult. cit.*, p. 16.

⁽³⁴⁾ In tal senso, v. S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis*, cit., p. 56 ss.; A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis T.U.B. è davvero il patto marciano?*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1477 ss.

sdecies è applicabile analogicamente al patto marciano collegato ad un finanziamento alle imprese, ma deve riconoscersi alle parti il potere di apporre una clausola in senso contrario, che escluda cioè l'effetto esdebitativo⁽³⁵⁾.

Sussistono peraltro, a mio avviso, serie difficoltà ad applicare analogicamente al patto marciano di cui all'art. 48-*bis* TUB la norma che prevede l'effetto "esdebitativo" di cui dall'art. 120-*quinqüesdecies* TUB. Innanzi tutto, perché tale effetto costituisce una conseguenza non coerente con la causa del patto marciano, atteso che la causa autosatisfattiva, che contraddistingue tale convenzione, comporta il permanere del diritto del creditore ad essere soddisfatto integralmente. Oltre a ciò, vi è da considerare che l'effetto esdebitativo ha natura di una limitazione della responsabilità patrimoniale del consumatore finanziato⁽³⁶⁾, limitazione che, in base alla previsione generale di cui all'art. 2740, comma 2, c.c., deve considerarsi eccezionale e come tale di stretta interpretazione.

È verosimile che tale effetto sia stato previsto dal legislatore in materia bancaria nel settore del credito a favore di consumatori, quale specifico beneficio riservato a tale categoria di clienti – come parrebbe confermare anche la disciplina sopra richiamata sul prestito vitalizio ipotecario – di talché non sembra sussistere neppure una giustificazione sostanziale per la sua estensione ai finanziamenti bancari alle imprese, e ancor meno – come si dirà più avanti – al patto marciano di diritto comune.

La disposizione in esame disegna quindi uno strumento di autotutela esecutiva, afferente al credito bancario (immobiliare) alle imprese, che può essere qualificato anch'esso come un (ulteriore) *sottotipo di patto marciano*.

La disciplina dettata dall'art. 48-*bis* TUB è da qualificare di natura speciale e cogente nel senso in precedenza indicato, tale cioè da escludere la validità, nell'ambito del finanziamento bancario alle imprese, di convenzioni marciiane prive dei requisiti sopra indicati⁽³⁷⁾ (salvo quello di cui alla lett. f). Ciò non toglie tuttavia che le parti possano inserire clausole integrative o modificative della disciplina legale, purché compatibili con i tratti caratterizzanti più sopra indicati.

⁽³⁵⁾ Così G. D'AMICO, *La resistibile ascesa*, cit., p. 17 ss.

⁽³⁶⁾ Per l'identificazione nell'effetto esdebitativo previsto dall'art. 120-*quinqüesdecies*, comma 3, TUB, di una limitazione della responsabilità patrimoniale, v., F. PIRAINO, *L'indebitamento del contratto*, cit., pp. 177, 199 ss.

⁽³⁷⁾ Nello stesso senso, v. S. PAGLIANTINI, *op. loc. ultt. citt.*

6. – La disciplina delle fattispecie speciali di patto marciano sopra esaminate riveste per l'interprete un rilievo significativo, poiché non soltanto offre la conferma della esattezza dell'opinione espressa dalla dottrina e dalla giurisprudenza dominanti circa l'ammissibilità di tale strumento di autotutela esecutiva⁽³⁸⁾ e la conseguente possibilità per le parti di concludere validamente siffatta convenzione indipendentemente da un'espressa previsione legislativa, ma anche perché offre spunti preziosi per la individuazione degli elementi che concorrono a integrare la fattispecie generale e per la determinazione delle regole ad essa applicabili.

La disciplina vigente nel nostro ordinamento presenta tuttavia una singolarità: il modello generale di patto marciano, o, se si preferisce, il patto marciano di diritto comune, è, al momento, un contratto legalmente atipico mentre i suoi sottotipi sono contratti tipizzati dal legislatore. Per di più – come si è osservato in precedenza – questi sottotipi sono governati da norme (tendenzialmente) cogenti che conferiscono una conformazione rigida a tali convenzioni speciali; conformazione che nelle singole fattispecie normative presenta, oltre tutto, caratteri differenti⁽³⁹⁾.

⁽³⁸⁾ Cfr., in tal senso, in dottrina, C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., p. 218 s.; F. ANELLI, *op. cit.*, p. 303 ss.; N. CIPRIANI, *op. cit.*, p. 209 s.; U. CARNEVALI, voce *Patto commissorio*, in *Enc. dir.* XXXII, Milano 1982, p. 505 ss.; P. GALLO, *Divieto del patto commissorio*, nel *Commentario del cod. civ.* diretto da Gabrielli, Artt. 2643-2783 *ter*, Torino 2016, p. 972 s.; U. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto. La causa e il trasferimento dei diritti*, Torino 2000, p. 146 ss.; M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 217 ss.; A. SASSI, *op. cit.*, p. 287 ss. (ivi ulteriori indicazioni bibliografiche); A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano ecc. cit.*, p. 12; M. NATALE, *Lease-back e strutture utili di patto marciano*, in questa *Rivista*, p. 2015, p. 1604; A. DOLMETTA, *La ricerca del «marciano utile»*, cit., p. 816 ss. Per la giurisprudenza, v. Cass. 28 gennaio 2015, n. 1625, in *R. not.*, 2015, p. 182 ss.; Cass. 9 maggio 2013, n. 10986, in *Vita not.*, 2013, p. 719; Cass. 21 gennaio 2005, n. 1273. Nel senso della nullità del patto marciano, v. G. MINNITI, *Garanzia e alienazione*, Torino 2007, p. 29 ss.; V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, in *F. it.*, 1989, I, c. 1428 ss.

⁽³⁹⁾ Le figure sopra esaminate ricevono una disciplina differente, oltre che in relazione alla qualificazione del finanziato – in un caso (art. 120 *quinquiesdecies* TUB) un consumatore e nell'altro (art. 48 *bis* TUB) un imprenditore –, riguardo alla misura dell'inadempimento minimo rilevante, al regime di pubblicità del patto, ai congegni operativi del trasferimento del bene alla banca, alle modalità di realizzazione del credito dell'istituto finanziatore, alla possibilità che il patto possa essere autonomo (come prevede l'art. 48-*bis* TUB) o necessariamente collegato ad una ipoteca (v. art. 120-*quinquiesdecies* TUB), alla possibilità che il trasferimento del bene possa avvenire solo a favore della banca (art. 48-*bis* TUB) o anche a favore di un terzo con conseguente diritto del finanziatore a ricevere i proventi della vendita (art. 120-*quinquiesdecies* TUB) fino a concorrenza del debito residuo, e soprattutto in relazione al fatto che nel credito ai consumatori (v. art. 120-*quinquiesdecies*, comma 3, TUB) il patto marciano, con il trasferimento del bene, produce l'estinzione integrale del debito anche quando il valore dell'immobile trasferito alla banca o al terzo sia inferiore al debito residuo, mentre analogo effetto esdebitativo non è previsto dall'art. 48-*bis* TUB in materia di finanziamento alle imprese.

Siffatte peculiarità della attuale disciplina legislativa pongono più di un problema all'interprete. Tra essi quello, in particolare, relativo all'influenza che le normative speciali dei sottotipi di patto marciano possono avere nella costruzione della disciplina del tipo generale. Non possono sfuggire, in particolare, gli interrogativi che l'interprete deve porsi in merito alla possibilità di considerare taluno degli elementi che compongono la fattispecie contrattuale regolata dall'art. 120-*quinquiesdecies* TUB o quella prevista nell'art. 48-*bis* TUB come "elemento transtipico" veicolabile nel modello generale del patto marciano o in merito alla possibilità di applicare analogicamente al patto marciano di diritto comune alcune norme dettate dalle disposizioni legislative testè richiamate⁽⁴⁰⁾.

È appena il caso di osservare che, data la delicatezza dei problemi indicati, sarebbe auspicabile che intervenisse il legislatore per dettare una disciplina del tipo generale del patto marciano⁽⁴¹⁾. In tal modo, anziché lasciare all'incertezza delle opinioni dottrinali e alla variabilità delle decisioni giurisprudenziali la soluzione dei problemi di ermeneutica legislativa, i teorici e i pratici potrebbero contare su esplicite e, possibilmente, chiare disposizioni normative⁽⁴²⁾.

7. – In mancanza di una regolamentazione legislativa di carattere generale del patto marciano – e sino a quando non interverrà una normativa *ad*

Altro elemento differenziale discende da ciò, che in relazione al credito alle imprese (art. 48-*bis*, comma 5, TUB) la banca finanziatrice ha facoltà di scegliere anche dopo l'inadempimento del debitore se avvalersi dell'autotutela esecutiva fornita dal patto o invece procedere ad una ordinaria espropriazione forzata. Nel credito ai consumatori la banca finanziatrice, per contro, stipulato il patto marciano, perde la facoltà di attivare un'espropriazione forzata giudiziale.

⁽⁴⁰⁾ Sul punto, v. S. PAGLIANTINI *Sull'art. 48 bis* ecc. cit. spec., pp. 47 ss., 51 s.; G. D'AMICO, *La resistibile ascesa*, cit., p. 1 ss.

⁽⁴¹⁾ Analogo auspicio formulano G. D'AMICO-S. PAGLIANTINI (nei contributi sopra citati), e da ultimo A. DOLMETTA, *op. ult. cit.*, pp. 813, 816 e 818.

⁽⁴²⁾ Questione diversa è se le normative introdotte nel settore bancario incontreranno il favore degli operatori o se invece, come la gran parte dei commentatori ha sottolineato e come l'esperienza pratica finora maturata sembra confermare, la farraginosità e complessità della disciplina predisposta dal legislatore per le figure speciali di patto marciano scoraggeranno l'impiego di questi strumenti di autotutela esecutiva. Molti autori manifestano un fondato scetticismo sulla razionalità ed efficienza della disciplina in esame e preconizzano una "fuga" delle banche dalle norme introdotte in tema di patto marciano: v., per tutti D'AMICO, *Sulla resistibile ascesa*, cit., p. 38 s.; S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis*, cit., pp. 81 s., 99, 101. Vien da sé che ove quest'ultima eventualità si verificasse, sarebbe auspicabile che il legislatore introducesse al più presto una disciplina di carattere generale del modello-base di patto marciano.

hoc – compito dell’interprete di diritto italiano⁽⁴³⁾ è quello di elaborare e ricostruire una disciplina del *tipo generale* in base ai principi e alle regole di diritto comune, tenendo conto delle disposizioni speciali dettate dagli artt. 120-*quinqüesdecies* e 48 *bis* TUB più sopra ricordati.

7.1. – Si è rilevato in precedenza (v. *supra*, § 6) come la previsione testuale di sottotipi di patto marciano da parte del nostro legislatore – implicando il riconoscimento che esso è diretto a soddisfare interessi meritevoli di tutela ai sensi dell’art. 1322 c.c. – elimini ogni dubbio sulla ammissibilità di un tipo generale e sulla validità di tale strumento convenzionale di autotutela esecutiva, così avallando la *communis opinio* formatasi in dottrina e in giurisprudenza⁽⁴⁴⁾.

Il problema è, allora, innanzi tutto quello di stabilire, da un lato, quale sia la struttura del negozio marciano e dall’altro quali requisiti la convenzione debba possedere per sottrarsi alla previsione di nullità che l’art. 2744 c.c. commina per il patto commissorio.

7.2. – Occorre prendere le mosse proprio da tale disposizione per fissare il congegno effettuale del patto. Si è già chiarito (v. *supra* § 3) che secondo la dottrina dominante – seguita dalla giurisprudenza – il patto commissorio (e quella sua “variante”, costituita, appunto, dal patto marciano), alla luce della descrizione contenuta nell’art. 2744 c.c., è da configurare come una alienazione in proprietà sospensivamente condizionata all’inadempimento del debitore⁽⁴⁵⁾. L’esattezza di siffatta conclusione trova ora conferma nella norma di cui all’art. 48-*bis* TUB che – come si è visto in precedenza – descrive il patto marciano come un negozio traslativo sottoposto alla condizione sospensiva dell’inadempimento del debitore.

Parallelamente a quanto è stato chiarito dalla dottrina in relazione al patto commissorio, anche riguardo al patto marciano niente si oppone ad ammettere che esso possa rivestire la struttura di una alienazione imme-

⁽⁴³⁾ Sul trattamento normativo riservato al patto commissorio e al patto marciano dalla legislazione di altri Paesi europei, cfr., F. FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica*, in *Europ. e d. priv.*, 2006, p. 1196 s.; M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 155 ss.; A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano*, cit., p. 30 s.; G. BRIANDA, *Le prospettive del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria, lex mercatoria e tradizione*, in *Contratto e impr.*, 2016, p. 816 ss.

⁽⁴⁴⁾ Per citazioni di dottrina e giurisprudenza, v. *supra* la nota 38.

⁽⁴⁵⁾ Così, per tutti, C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., pp. 52, 114 ss.; V. ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, nel *Comm. Scialoja-Branca*, Art. 2740-2899, Bologna-Roma 1945, p. 51.

diatamente traslativa risolutivamente condizionata all'adempimento del debitore⁽⁴⁶⁾ o una struttura ancora diversa⁽⁴⁷⁾.

7.3. – Similmente a quanto si afferma per il patto commissorio⁽⁴⁸⁾, deve riconoscersi che il patto marciano può avere ad oggetto così un bene gravato da ipoteca o pegno a favore del creditore, come un bene non gravato da garanzia reale (c.d. patto marciano autonomo). Tale conclusione trova conferma anche nelle discipline legislative dettate per i sottotipi di contratti marciani, atteso che – come si è visto sopra – l'art. 120 *quinquiesdecies* TUB regola un patto riconducibile al primo modello mentre l'art. 48 *bis* TUB prevede una convenzione corrispondente al secondo modello.

Considerazioni analoghe possono farsi in ordine alla possibilità che – non diversamente da quanto prevede espressamente l'art. 2744 c.c. – il patto marciano venga stipulato, oltre che al momento della conclusione del contratto da cui nasce il credito, in un momento successivo (c.d. patto marciano *ex intervallo*)⁽⁴⁹⁾, come d'altro canto si ricava anche dall'art. 48-*bis*, comma 4, TUB.

7.4. – Requisito qualificante del patto marciano, assolutamente indispensabile per non ricadere nella previsione di cui all'art. 2744 c.c., è che il creditore sia obbligato a restituire al debitore l'eventuale eccedenza del valore del bene alienato rispetto all'ammontare del credito. Tale profilo non richiede particolare illustrazione corrispondendo esso ad una pressoché unanime indicazione da parte della dottrina e della giurisprudenza⁽⁵⁰⁾, che vedono in esso il tratto marcante della figura e al tempo stesso differenziale rispetto al patto commissorio. D'altro canto, tale indicazione è stata recepita – e non poteva non esserlo – dal nostro legislatore nel

(46) Il senso affermativo, v. da ultimo, in relazione al patto marciano, v. A. DOLMETTA, *La ricerca del «marciano utile»*, cit., p. 818 s.

(47) Le parti, ad esempio, potrebbero prevedere con il patto marciano, anziché un'alienazione, un obbligo del debitore di trasferire al creditore il bene in caso di inadempimento del debito (in parallelo al c.d. patto commissorio "obbligatorio"). Sulla varietà strutturale delle fattispecie negoziali traslative a scopo di garanzia, v. A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, cit., p. 232 ss.

(48) Sulla omogeneità funzionale tra patto commissorio accessorio ad una garanzia reale (prevista dall'art. 2744 c.c.) e patto commissorio (c.d.) autonomo, v. per tutti, gli aa. citt. *supra* nelle note 45 e 47.

(49) In ogni caso, la conclusione del patto deve essere anteriore all'inadempimento, poiché in caso contrario, il contratto verrebbe ad identificarsi con una pura e semplice convenzione con scopo autosatisfattivo (v. *supra*, § 3).

(50) Per la dottrina, v. gli avv. citt. *supra* nella nota 38. Per la giurisprudenza cfr. le sentenze citate nella stessa nota; *adde*, Cass. 18 marzo 2015, n. 5440.

disciplinare i sottotipi di patto marciano in materia bancaria (v. sia l'art. 48-*bis*, comma 2 che l'art. 120-*quinquiesdecies*, comma 3, TUB⁽⁵¹⁾).

È discusso se il diritto del debitore all'eventuale "supero" «costituisca un *proprium* del patto marciano o dipenda invece da regole di più vasto respiro, comuni al genere dell'alienazione in garanzia in quanto tale»⁽⁵²⁾: accogliendo la prima configurazione sarebbe necessario inserire nel patto marciano una apposita clausola, accogliendo la seconda il diritto del debitore all'eventuale supero, discenderebbe comunque dalla legge in quanto implicato dalla concreta causa del negozio. Poiché la risposta a tale interrogativo dipende dalla soluzione di problemi di carattere generale tuttora dibattuti⁽⁵³⁾, sembra preferibile accogliere una soluzione ispirata a cautela e chiarezza e ritenere perciò necessaria, ai fini della validità del patto, una clausola che esplicitamente riconosca al debitore il diritto al supero.

7.5. – Si è appena finito di dire che l'obbligo di restituire al debitore l'eventuale eccedenza di valore del bene rispetto all'ammontare del credito costituisce l'effetto della convenzione che più di ogni altro assicura al debitore quella tutela che invece fa difetto nel patto commissorio e che ne evita l'illiceità. D'altro canto, per la determinazione dell'eventuale supero da riconoscere al debitore è necessaria una apposita stima del bene. Si comprendono quindi le ragioni per le quali la dottrina e la giurisprudenza abbiano attribuito alla stima un rilievo di primo piano, segnalando la necessità che essa venga compiuta in un momento successivo all'indebitamento, ad opera di un perito indipendente ed esperto, in tempi certi e con modalità definite (che assicurino il diritto al contraddittorio delle

⁽⁵¹⁾ Il diritto del debitore a ricevere l'eventuale "supero" è previsto anche nei congegni marciano *ex lege* e segnatamente nel prestito vitalizio ipotecario regolato dall'art. 12 *quater* della l. 2 dicembre 2005, n. 248 (v. *supra* nota 1).

⁽⁵²⁾ Cfr. A. DOLMETTA, *La ricerca del «marciano utile»*, cit., p. 815 s., il quale è favorevole alla seconda soluzione, e quindi esclude la necessità di una previsione pattizia del diritto del debitore, pur ritenendo opportuno l'inserimento nel contratto di una clausola esplicita.

⁽⁵³⁾ A soluzione dell'interrogativo è collegata, in particolare, ad un problema a monte di carattere generale che investe la distinzione tra negozio di alienazione con causa di garanzia e negozio di alienazione con causa di autosoddisfacimento e soprattutto la determinazione degli effetti *ex lege* delle alienazioni in questione; problema sul quale v. spec., F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia* cit., 1996, p. 420 ss. (secondo il quale, stante la causa di garanzia del patto commissorio, non sarebbe necessaria una clausola *ad hoc* che preveda il diritto del debitore al supero, diritto che non sorgerebbe solo in presenza di una clausola espressa che lo escludesse, clausola che dovrebbe considerarsi però nulla *ex artt.* 1419 e 2744 c.c.); A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano*, ecc. cit., p. 19 ss.

parti) al fine di individuare il giusto prezzo del bene alienato, ossia il prezzo corrente⁽⁵⁴⁾.

Ancora una volta, tali indicazioni sono state raccolte dal nostro legislatore, il quale, nel disciplinare i patti marciari bancari, ha statuito che il valore del bene sia stimato con perizia successiva all'inadempimento da un perito indipendente scelto dalle parti di comune accordo ovvero, in difetto di accordo, dal Presidente del Tribunale, con le modalità di cui all'art. 696, comma 3, c.p.c. (v. art. 120-*quinquiesdecies*, comma 4, lett. d), TUB) ovvero che il perito, nominato dal presidente del Tribunale proceda alla stima secondo i criteri di cui all'art. 568 c.p.c., comunichi entro sessanta giorni dalla nomina la stima giurata al debitore (e, se diverso, al proprietario del bene), al creditore e agli altri creditori con titolo trascritto o iscritto, i quali possono inviare tempestivamente note al perito (v. art. 48 *bis*, comma 6, TUB). Quest'ultima disposizione inoltre, assai opportunamente, dichiara applicabile alla perizia contrattuale in discorso l'art. 1349, comma 1, c.c.⁽⁵⁵⁾.

Non pare dubitabile che le regole sopra richiamate potranno essere applicate in via analogica al tipo-base fino a quando non intervenga una disciplina di carattere generale.

7.6. – Abbiamo avuto modo di precisare in precedenza⁽⁵⁶⁾ che il trasferimento della proprietà del bene si produce automaticamente al verificarsi dell'inadempimento, costituendo esso condizione sospensiva dell'alienazione.

Deve tuttavia rilevarsi che a questa regola il legislatore apporta una doppia deroga mediante l'art. 48-*bis* TUB in relazione al patto marciano collegato ad un contratto di finanziamento ad un imprenditore. Difatti dal quinto comma di tale articolo – come già si è ricordato – si desume che, verificatosi l'inadempimento, il creditore non è tenuto ad attivare il patto marciano e può invece instaurare un'espropriazione forzata giudiziale⁽⁵⁷⁾; l'ottavo comma prevede che la condizione sospensiva di inadempimento si considera avverata al momento della comunicazione al creditore del valore

⁽⁵⁴⁾ Per la dottrina, v. gli aa. citt. *supra* nella nota 38, e in particolare A. DOLMETTA, *La ricerca del «marciano utile»*, cit., pp. 817, 820 ss.; per la giurisprudenza, cfr. spec. Cass. 28 gennaio 2015, n. 1625, cit. (*supra* nella nota 38).

⁽⁵⁵⁾ Sui rimedi esperibili contro la stima, v. A. DOLMETTA, *op. ult. cit.*

⁽⁵⁶⁾ V. *supra*, § 7.2.

⁽⁵⁷⁾ V. al riguardo, G. D'AMICO, *La resistibile ascesa*, cit., p. 23 ss.

di stima del bene ovvero al momento dell'avvenuto versamento al debitore della eccedenza di valore del bene rispetto all'ammontare del debito.

Come si è accennato in precedenza⁽⁵⁸⁾ le due norme hanno natura speciale e soprattutto prevedono entrambe una disciplina che non è consequenziale alla struttura e alla funzione del patto marciano. È da ritenere pertanto che tali regole non siano estensibili al tipo generale, nell'ambito del quale il congegno condizionale non può che operare secondo i principi di diritto comune⁽⁵⁹⁾ (salvo, naturalmente, diversa volontà delle parti).

7.7. – Il patto marciano, in quanto negozio di alienazione che programma il trasferimento (sospensivamente o risolutivamente condizionato) della proprietà di un bene da parte del debitore in favore del creditore, provoca, in caso di inadempimento, l'acquisto (nell'ipotesi di condizione sospensiva) o il consolidamento dell'acquisto (nell'ipotesi di condizione risolutiva) della proprietà del bene in capo, appunto, al creditore. Ciò significa che «la struttura caratteristica del marciano non richiede... che il bene in garanzia sia... venduto a terzi» con conseguente soddisfacimento del creditore mediante appropriazione del ricavato della vendita⁽⁶⁰⁾.

7.8. – Per le ragioni già indicate in precedenza⁽⁶¹⁾ è da escludere che il patto marciano produca un effetto “esdebitativo” a favore del debitore, ossia un effetto estintivo dell'intero debito anche quando il valore del bene sia inferiore al debito, atteso, per un verso, che siffatta vicenda estintiva

⁽⁵⁸⁾ V. *supra*, § 5.2.

⁽⁵⁹⁾ Riguardo al rischio del perimento del bene, è da condividere l'opinione di A. DOLMETTA, *La ricerca del «patto marciano utile»*, cit., p. 819, nt. 15, il quale osserva che in pendenza della condizione risolutiva (nei casi, appunto, in cui le parti abbiano congegnato il patto marciano secondo la struttura di una alienazione risolutivamente condizionata all'adempimento del debitore) il creditore non sopporta il rischio del perimento del bene in garanzia, stante la causa che regge la relativa attribuzione.

In relazione alle ipotesi in cui il patto marciano sia sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore e il bene perisca in pendenza della condizione, deve ritenersi che il rischio del perimento fortuito ricada sul debitore non solo in base al principio desumibile dall'art. 1465, comma 4, c.c., ma altresì in considerazione della causa (di garanzia e autosatisfattiva) dell'alienazione.

⁽⁶⁰⁾ Così A. DOLMETTA, *op. ult. cit.*, p. 825, il quale rileva che se la vendita a terzi del bene venisse prevista dalle parti, tale clausola darebbe vita ad «una variante anomala nella figura».

L'alternativa tra l'acquisto del bene da parte del creditore e la vendita dello stesso ad un terzo (con conseguente diritto del creditore a ricevere il ricavato della vendita) è prevista esplicitamente dall'art. 120 *quinquiesdecies*, comma 3, TUB in relazione al patto marciano collegato ad un finanziamento immobiliare ai consumatori.

⁽⁶¹⁾ V. *supra*, § 5.2.

non è implicata dalla causa della convenzione e, per altro verso, che la norma dell'art. 120-*quinquiesdecies*, comma 3, TUB – che, come si è visto in precedenza, dispone un effetto esdebitativo – costituisce norma eccezionale insuscettibile di applicazione analogica⁽⁶²⁾. Nulla si oppone tuttavia a che le parti possano inserire nel patto marciano una clausola che preveda il suddetto effetto esdebitativo.

⁽⁶²⁾ Esclude che il patto marciano produca di per sé un effetto esdebitativo, anche A. DOLMETTA, *La ricerca del «marciano utile»*, cit., p. 816 s.