

ARGOMENTO

Garanzie reali – Patto commissorio e patto marciano

TRACCIA

Patto commissorio, datio in solutum e patto marciano. Esamini il candidato anche il c.d. effetto esdebitativo dei meccanismi marciano tipici.

SCHEMA DI SVOLGIMENTO

- *Ratio* e ambito applicativo del divieto del patto commissorio.
- **L'art. 2744 come norma sostanziale che vieta un risultato.** La progressiva estensione del divieto al patto commissorio c.d. autonomo e alle c.d. alienazioni a scopo di garanzia.
- *Ratio* del divieto del patto commissorio: *a)* tutela del debitore dagli abusi del creditore; *b)* divieto di autotutela esecutiva; *c)* *par condicio creditorum*.
- A seconda della *ratio* che individuiamo per giustificare l'art. 2744 c.c., cambia il modo di approcciarsi alla questione relativa alla validità del patto marciano.
- La tesi prevalente (oggi) ravvisa la *ratio* del divieto di patto commissorio **nella tutela del debitore dal rischio dell'abuso** del creditore e ammette, di conseguenza, la validità del patto marciano, anche al di là dei casi tipici espressamente previsti.
- La *ratio* del divieto del patto commissorio non può essere quella di garantire il monopolio statale dell'azione esecu-

tiva perché sono **numerose le ipotesi legislative** espressamente previste di **autotutela esecutiva**.

- Contribuisce ad illuminare la ratio del patto commissorio il **confronto con la *datio in solutum***. Nella *datio in solutum* la perdita della *res* è definitiva; nel patto commissorio, il debitore ha la speranza (spesso vana) di poter riprendere il bene adempiendo l'obbligazione. Questa aspettativa è fonte di un'ulteriore insidia ed è un ulteriore elemento di debolezza del debitore.
- Il **patto marciano**. La clausola marciana esclude l'iniquità del trasferimento commissorio. Confronto con la disciplina della clausola penale dove, se manifestamente iniqua, c'è il potere di riduzione.
- Il patto marciano, per essere valido, deve prevedere che il valore del bene sia oggetto, al momento dell'inadempimento, di una **stima proveniente da un soggetto imparziale** contro la cui determinazione deve ammettersi la possibilità di ricorso al giudice ai sensi dell'art. 1349 c.c.
- **Le ipotesi tipiche di patto marciano e l'effetto esdebitativo**. Il problema dell'effetto esdebitativo si pone essenzialmente per il finanziamento immobiliare alle imprese, perché negli altri casi di marciano tipico (prestito vitalizio ipotecario e credito immobiliare ai consumatori) la legge lo prevede espressamente. La tesi prevalente ritiene che, nonostante la mancata previsione, anche il marciano previsto nei rapporti tra banche e imprese dovrebbe prodursi l'effetto esdebitativo, salvo diversa previsione delle parti.

SVOLGIMENTO

Il legislatore ha sancito il divieto di patto commissorio, sanzionando espressamente con la nullità il relativo accordo, con due distinte disposizioni codicistiche – gli artt. 2744 c.c. e 1963 c.c. – entrambe rubricate “Divieto di patto commissorio”.

La collocazione sistematica delle menzionate norme ha indotto in un primo tempo gli interpreti ad operare una esegesi letterale delle stesse, ritenendo che il relativo divieto dovesse

PATTO MARCIANO

riferirsi esclusivamente ad un accordo tra debitore e creditore avente ad oggetto un bene gravato da una garanzia reale tipica (pegno o ipoteca) o personale (c.d. patto accessorio tipico).

Siffatta interpretazione, di tipo strettamente formalistico, ha mostrato sin da subito i propri limiti, prestando, di fatto, il fianco alla possibilità di eludere il divieto attraverso “vendite” che mascheravano alienazioni a scopo di garanzia, producendo risultati sostanzialmente equipollenti a quello del patto commissorio. Proprio per tale ragione, sia in dottrina che in giurisprudenza, ha prevalso allora una lettura dell’art. 2744 c.c. in un’ottica “sostanzialistico-funzionale”, che ha consentito una applicazione estensiva del divieto alle c.d. alienazioni a scopo di garanzia.

Si è rilevato, difatti, come l’ambito operativo del menzionato divieto dovesse riferirsi anche ai cc.dd. “**patti commissori autonomi**”, nei quali la funzione di garanzia viene perseguita mediante l’alienazione di beni, di per sé liberi da “pesi”, il cui trasferimento in favore del creditore/acquirente è in realtà strettamente collegato all’inadempimento del debitore/alienante.

Occorre inoltre evidenziare come la giurisprudenza più risalente applicasse il divieto in parola alle sole alienazioni **sottoposte alla condizione sospensiva** del mancato pagamento del debito, ritenendo viceversa lecite quelle in cui l’alienazione del bene fosse immediato ma **risolutivamente condizionato** all’eventuale adempimento del debitore, come ad esempio nelle vendite con patto di riscatto. Questa lettura trovava, di nuovo, il proprio fondamento su una concezione c.d. “cronologica” o “strutturale” del divieto di patto commissorio: secondo una interpretazione letterale dell’art. 2744 c.c., il trasferimento del diritto di proprietà deve necessariamente realizzarsi al momento dell’inadempimento del debitore; al contrario, un simile rapporto cronologico ed effettuale tra inadempimento ed alienazione non sarebbe presente nelle **vendite risolutivamente condizionate**, nelle quali la proprietà viene trasferita al creditore sin dalla pattuizione e non al momento del verificarsi dell’inadempimento del debitore.

Tale distinzione tra i due tipi di alienazioni venne però superata dalla giurisprudenza negli anni ‘80 del secolo scorso:

in particolare, la S.C. rilevò come, ai fini dell'accertamento dell'esistenza del patto commissorio, più che la dichiarazione circa il momento dell'effetto traslativo della proprietà, sono determinanti il comune intento delle parti di attribuire alla **vendita funzione di garanzia** e l'esistenza di un nesso teleologico e strumentale fra i due negozi posti in essere con uno stretto vincolo di interdipendenza, operante nel senso di attribuire irrevocabilmente il bene al creditore, in soddisfacimento del suo diritto solo all'atto dell'inadempimento. Proprio applicando questo criterio c.d. "funzionale", la Cassazione, ha chiarito che le alienazioni con scopo di garanzia sono caratterizzate da una causa illecita, volta a frodare il divieto del patto commissorio attraverso il ricorso ad un procedimento simulatorio.

La Cassazione ha affermato quindi che il divieto in esame deve ritenersi operante in tutti i casi in cui, attraverso il trasferimento della proprietà, venga in realtà perseguita dai contraenti esclusivamente la **funzione di garanzia** e la "definitiva" alienazione del bene risulti essere legata alle vicende dell'obbligazione, senza che in merito possa rilevare né il *nomem iuris* utilizzato, né il momento in cui si verifichi l'effetto reale. Ciò in quanto, tanto l'alienazione sottoposta a condizione sospensiva quanto quella assoggettata a condizione risolutiva, nonostante le loro differenze strutturali, possono considerarsi espressione di una medesima realtà causale. Ciò che rileva, dunque, è che il trasferimento della proprietà presenti un legame, di qualsiasi tipo, con un precedente rapporto obbligatorio e, in particolare, che lo stesso sia strettamente correlato al mancato adempimento dell'obbligazione.

Il divieto in parola viene quindi oggi letto come un "**divieto di risultato**": si enuncia, difatti, il principio in base al quale non è possibile configurare in astratto una categoria di negozi soggetti alla sanzione della nullità per violazione dell'art. 2744 c.c., potendo in astratto qualsiasi negozio – tipico o atipico – integrare la violazione di tale divieto, quale ne sia il contenuto, ove utilizzato per conseguire il risultato concreto, vietato dall'ordinamento, di far ottenere al creditore la proprietà di un bene appartenente al debitore laddove quest'ultimo non adempia alla propria obbligazione.

PATTO MARCIANO

Controversa è la *ratio* del divieto del patto commissorio.

Vengono tradizionalmente richiamate le seguenti giustificazioni:

- la necessità di difendere il debitore contro il possibile sfruttamento e le pressioni del creditore e specialmente contro la coazione morale che su di lui esercita il bisogno di denaro;
- la tutela della *par condicio creditorum*;
- il principio, di ordine pubblico, che riserva allo Stato ogni potere inerente alla realizzazione coattiva della pretesa creditoria.

Individuare la *ratio* del divieto del patto commissorio ha evidenti ripercussioni sulla questione della validità del c.d. patto marciano.

Infatti, se si individua la *ratio* dell'art. 2744 nel divieto di autotutela esecutiva oppure nella tutela della *par condicio creditorum*, diventa difficile sostenere la validità del patto marciano. Anche il patto marciano rappresenta, infatti, una deroga al monopolio statale dell'azione esecutiva e, comunque, altera (almeno il patto marciano c.d. autonomo, cioè quello che non accede ad una garanzia reale tipica) la *par condicio creditorum* (consentendo al creditore di soddisfarsi direttamente, senza concorso con gli altri creditori, sul bene oggetto del patto, salvo il dovere di restituire l'eccedenza).

Se, invece, si individua la *ratio* del divieto nell'esigenza di proteggere il debitore dal pericolo di abuso del creditore, allora la c.d. clausola marciana (che prevede che il creditore debba restituire l'eccedenza tra il valore del bene – come stimato da un soggetto indipendente al momento dell'inadempimento – e l'entità del credito) sembra collocarsi fuori dall'ambito applicativo del divieto di patto commissorio.

Oggi, anche alla luce della **proliferazione dei patti marciani tipici** previsti nella legislazione speciale, prevale la tesi che individua la *ratio* del divieto del patto commissorio nella tutela del debitore dagli abusi del creditore abusi, legati alla possibilità di una sproporzione tra bene trasferito e credito residuo (e in questa sproporzione si annida anche il danno per gli altri creditori).

Rispetto all'ipotizzata esistenza di un principio di esclusività

statale dell'azione esecutiva, va osservato, in senso contrario, che il nostro ordinamento ammette sempre più spesso, come antidoto alla lentezza delle procedure esecutive, forme di autotutela esecutiva da parte dei privati.

A parte le figure di patto marciano previste dalla legislazione speciale in tempi recenti, già il codice civile contiene numerosi esempi di autotutela esecutiva. Basti citare (limitando l'esame solo alla normativa codicistica) le seguenti fattispecie:

- la **vendita coattiva stragiudiziale** (artt. 2796 e 2697 c.c.) o l'**assegnazione stragiudiziale** in pagamento (art. 2798 c.c.) della *cosa data in pegno*, nelle quali viene fatto salvo il diritto del debitore di ricevere l'eventuale supero tra il ricavato ovvero il valore del bene e l'entità del credito;

- l'esecuzione speciale in materia di **pegno di crediti pecuniari**, mediante ritenzione da parte del creditore pignoratizio (fino a concorrenza dell'ammontare del credito garantito) delle somme riscosse ovvero mediante vendita o assegnazione delle cose diverse dal denaro (art. 2803 c.c.), o mediante assegnazione in pagamento al creditore del credito dato in pegno (fino a concorrenza del credito garantito) o vendita dello stesso nelle forme stabilite nell'art. 2797 (art. 2804 c.c.);

- il **pegno irregolare**, che, in base all'art. 1851 c.c., consente al debitore di pretendere dal creditore la somma o la parte delle merci o dei titoli che eccedono l'ammontare dei crediti garantiti;

- la **cessione dei beni (mobili, immobili o crediti) ai creditori** (ex artt. 1977 ss. e 2649 c.c.) che assicura al debitore il diritto di avere indietro le eventuali somme che residuino dopo la vendita dei beni e la ripartizione delle stesse tra i creditori (art. 1982 c.c.).

Proseguendo l'indagine sul fondamento del divieto di cui all'art. 2744, è utile ricordare che, come si già visto, secondo una definizione ricorrente, il patto commissorio consisterebbe in una **alienazione con causa di garanzia**, nulla in quanto la causa di garanzia è causa inidonea a sorreggere il trasferimento della proprietà (che sarebbe, peraltro, una proprietà precaria e strumentale poiché connessa alle vicende del rapporto obbli-

PATTO MARCIANO

gatorio: dunque una **proprietà atipica**, funzionale all'estinzione di un credito, e pertanto contrastante con il principio di tipicità dei diritti reali).

La dottrina più recente (LUMINOSO) ha, tuttavia, bene evidenziato come sia improprio (o atecnico) qualificare il patto commissorio come trasferimento a scopo di garanzia: la convenzione commissoria esibisce, al contrario, una causa *lato sensu solutoria* (in dottrina alcuni Autori l'hanno qualificata una *datio in solutum* preventiva) o, più correttamente, di attuazione coattiva del vincolo di responsabilità contrattuale, perché si tratta della previsione pattizia di un congegno di autosoddisfacimento a favore del creditore.

Proprio il confronto con la *datio in solutum* vera e propria (art. 1197 c.c.), di cui il codice ammette la validità senza preoccuparsi dell'equilibrio tra valore della *res* e entità del credito, consente di comprendere meglio la *ratio* del divieto del patto commissorio.

Elemento qualificante del patto commissorio è che il debitore vincola 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.

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 e definitiva** della proprietà del bene. **Perdita "immediata"** significa che, poiché il contratto si perfeziona con l'esecuzione della diversa prestazione (art. 1197, co. 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 originaria:

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).

Proprio dal confronto con la *datio in solutum* si può argomentare che l'illiceità del patto commissorio dipende *anche* dalla insidia, cui esso espone il debitore, costituita da ciò: che egli si induce a vincolare preventivamente un proprio bene allettato da una formula che ne evita la perdita definitiva e con la speranza – e più spesso l'illusione – di riuscire a procurarsi prima della scadenza le somme per pagare il debito.

Così individuata la *ratio* del patto commissorio, si può ora esaminare la figura del patto marciano.

Il **patto marciano** è l'accordo con cui si conviene che, in caso di inadempimento, il creditore acquisti la proprietà di un bene del debitore, con l'obbligo di restituire l'eventuale eccedenza di valore del bene – stimato da un terzo (imparziale) – rispetto all'importo del debito inadempito.

AI fini della validità della clausola marciana l'incaricato dell'apprezzamento dev'essere un **soggetto imparziale**. Secondo una recente giurisprudenza di legittimità, l'indipendenza del terzo dev'essere assicurata dalle parti, specificando all'interno della clausola marciana tempi certi, modalità definite e parametri oggettivi, cui il perito dovrà necessariamente attenersi nell'effettuare l'*aestimatio*. La stima si intende effettuata secondo l'*arbitrium boni viri* ed è, quindi, suscettibile di essere impugnata, ai sensi dell'art. 1349 c.c., per manifesta iniquità od erroneità.

La caratteristica della stipulazione marciana non è tanto quella di essere basata sul presupposto di una “equivalenza” (di valore) tra l'immobile oggetto di (eventuale) trasferimento e il credito garantito, quanto piuttosto di prevedere un meccanismo che non consente al creditore di appropriarsi di una eventuale eccedenza del valore dell'immobile (*stimata da un soggetto imparziale al momento dell'inadempimento*) rispetto al **credito residuo**.

Il che spiega perché sia ben possibile che il credito “garan-

PATTO MARCIANO

tito” possa essere, in origine, superiore al valore che in quel momento possiede l’immobile oggetto della “garanzia”, mentre al momento in cui si realizza l’inadempimento (evidentemente, solo *parziale*) del debito, il credito *residuo* possa risultare inferiore al valore dell’immobile (tanto che questo valore sia rimasto immutato rispetto all’epoca della conclusione del contratto, quanto che esso abbia subito invece delle variazioni).

Detto altrimenti, quel che differenzia veramente il “patto marciano” (lecito) dal “patto commissorio” (vietato) è l’*aestimatio*: la quale rileva, però, non tanto per il fatto di garantire una equivalenza *ab origine* tra credito e garanzia, ma piuttosto per il fatto di garantire detta equivalenza nel momento in cui si realizza l’inadempimento, e quindi con riferimento all’entità effettiva del credito “residuo” (che, come detto, in conseguenza di un eventuale adempimento parziale, potrebbe essere anche di molto inferiore a quella originaria).

Nel **patto commissorio**, invece, non è previsto un meccanismo per “adeguare” il valore del bene trasferito all’entità del credito “residuo”; l’effetto è simile a quello di una “clausola penale” il cui importo non possa essere ridotto neanche in caso di esecuzione parziale della prestazione, così addivenendo ad un risultato sicuramente iniquo (tant’è che l’art. 1384 c.c. lo impedisce). È dunque – *inter alia* – anche questa iniquità “potenziale”, insita nel patto commissorio (per la ragione e nell’ipotesi appena richiamata), a indurre il legislatore a ritenerlo illecito.

Per questo stesso motivo, il patto commissorio è disapprovato, anche perché può rivelarsi un incentivo per il debitore a non adempiere completamente l’obbligazione, nel timore che un adempimento (soltanto) parziale non impedisca il trasferimento del bene al creditore, né imponga a quest’ultimo alcun obbligo di parziale restituzione (del valore) del bene.

Recentemente il legislatore ha previsto (nell’ambito della legislazione speciale) **diverse ipotesi di patto marciano**.

Si tratta di discipline non del tutto omogenee, onde uno dei problemi che si è posto è quello di verificare se, nonostante la diversità tra le varie fattispecie, sia possibile discorrere di una figura legislativa pur sempre unitaria di patto marciano o se, al

contrario, debba parlarsi di una pluralità di meccanismi di tipo marciano previsti dal legislatore.

Le diversità di disciplina sono in parte giustificate dalla diversa condizione soggettiva del soggetto “finanziato”, che si riverbera, da un lato, sulla natura del bene che forma oggetto dell’eventuale trasferimento in proprietà, e, dall’altro, sugli interessi sottesi all’operazione di finanziamento.

Dato comune alle varie fattispecie sembra essere la **finalità di favorire la concessione del credito**, incentivando in tal senso il finanziatore attraverso la prospettiva di una tutela rapida (e tendenzialmente soddisfattoria) in caso di inadempimento da parte del debitore (o dei suoi eredi).

Sotto questo profilo, l’esplicito riconoscimento (da parte del legislatore) della validità del patto marciano si collega strettamente all’esigenza di porre rimedio alla “**crisi**” delle **procedure esecutive**, rivelatesi sempre più inefficienti sia per i tempi eccessivi del loro svolgimento, sia per i deludenti risultati in termini di realizzazione del valore degli immobili sottoposti ad esecuzione coattiva.

Il legislatore non si occupa, invece, di regolare la validità del patto marciano con riferimento alla generalità dei rapporti di credito, lasciando aperta la questione se – al di fuori dei casi tipici – il patto marciano sia comunque da ammettere. La tesi prevalente è per la risposta positiva, non potendosi ravvisare in esso alcun contrasto con la *ratio* del divieto del patto commissorio. Conclusione oggi rafforzata, appunto, dall’**espressa consacrazione del meccanismo marciano** da parte del legislatore, attraverso le fattispecie che adesso passiamo ad esaminare.

La disciplina di **patto marciano di maggiore complessità** è quella contenuta nell’art. 48-*bis* del TUB. In base a tale disposizione, il contratto di finanziamento tra una banca e un imprenditore può contenere una clausola marciana in virtù della quale il creditore ha la facoltà di attivare, al verificarsi dell’inadempimento del debitore, un procedimento che porterà al trasferimento alla banca della proprietà di un bene immobile, attraverso il quale soddisfare il proprio credito.

Un primo profilo problematico dell’art. 48-*bis* attiene alla determinazione della **soglia che l’inadempimento** deve rag-