

Sembra che la Corte sacrifichi la coerenza della motivazione per far fronte ad un fine ulteriore, ossia fornire una risposta pragmatica ad un problema diffuso.

Com'è stato giustamente osservato – e a sostegno di una simile spiegazione ci sarebbe quanto chiarito dalla stessa Corte in ordine alla fiducia come casistica –, e il lettore deriva dalla sentenza l'impressione che non sia tanto la motivazione ad aver condotto alla decisione, quanto la decisione a “cercare una motivazione che disinnesci l'esito logico delle regole”⁸⁹. Siamo di fronte ad una pratica non di certo sconosciuta (soprattutto negli ultimi anni) con cui i giudici ricercano, attraverso una decisione, la giustizia per il caso concreto (in tale ipotesi, per una casistica)⁹⁰. La Suprema Corte, tuttavia, più che fornire una soluzione, fornisce una ricostruzione, con tutte le conseguenze che ciò comporta. Ricostruzione che, non tenendo in debito conto il dato sostanziale, finisce per peccare di coerenza.

Da un'attenta analisi delle pronunce emerge un dato: la forma scritta del *pactum* (tanto osteggiata dai giudici) non solo è necessaria sulla base di un'interpretazione logica delle norme, ma è opportuna per fornire una risposta a razionale alle esigenze pratiche. È evidente che un'interpretazione ragionevole degli artt. 1350 e 1351 c.c. induce a ritenere necessario il formalismo del *pactum*, inteso quale insieme degli effetti che lo stesso mira a produrre. La forma scritta è opportuna per ragioni pratiche, al fine di garantire al fiduciante una reale tutela.

Nella prospettiva di offrire risposta a un problema pratico, l'obiettivo di individuare nel sistema⁹¹ uno strumento di tutela appagante rispetto alle esigenze

del fiduciante raggirato può essere raggiunto ricorrendo allo schema del contratto preliminare. Nonostante suscitati perplessità, come precedentemente argomentato, la riconduzione di una figura unitaria ed autonoma, dotata di propria causa, quale il *pactum fiduciae*, all'interno di uno schema negoziale tipico, accedendo alla tesi del contratto preliminare, munirebbe il fiduciante, in fase patologica, del rimedio specifico dell'art. 2932 c.c. e soprattutto della tutela apprestata dall'effetto prenotativo della trascrizione *ex art. 2645-bis c.c.*, mentre il vantaggio ascrivibile alla soluzione dei giudici consisterebbe in concreto nella sola maggiore libertà di espressione della volontà negoziale.

Si potrebbe a ciò obiettare che in tal modo non si dà risposta alla prassi che vede diffuso il *pactum* orale. Tuttavia, un'esigenza di senso comune difficilmente può giustificare una posizione così ricca di conseguenze quale quella assunta dalla Suprema Corte. Siamo di fronte alle esigenze di tutela del fiduciante raggirato, che prima si “affida” alla genuinità del comportamento del fiduciario⁹² (non ritenendo necessario munirsi di alcun accorgimento che dia una qualche certezza all'impegno del fiduciario) e poi si duole di non avere a disposizione un rimedio che gli consenta di riappropriarsi del bene⁹³.

Come si è ventilato in apertura, la questione sembra, in conclusione, potersi annoverare tra quelle nelle quali i giudici, nello spasmodico tentativo di assecondare talune esigenze pratiche (a costo di trascurarne altre), creano più problemi di quelli che riescono a risolvere.

Responsabilità patrimoniale

Cassazione civile, Sez. III, 17 gennaio 2020, n. 844 – Pres. Armano – Rel. Cricenti – P.M. Patrono (diff.) – M. A., S. M. (avv. Tomeo) – Ma. Ca. (avv.ti Guerriero e Bonavita). *Cassa con rinvio App. Napoli, 30 marzo 2018, n. 1363.*

Responsabilità patrimoniale – Patto commissorio – Elusione del divieto tramite alienazione in garanzia – Sproporzione tra entità del debito e valore alienato – Assenza nel pegno irregolare e patto marciano – Idoneità ad escludere tale illiceità – Fondamento – Condizioni

⁸⁹ A. Gentili, *Un dialogo con la giurisprudenza sulla forma del “mandato fiduciario” immobiliare*, cit., 609. Osserva correttamente l'A. che non è un caso che i commentatori favorevoli alla decisione siano coloro che esaltano “la necessità di superare gli schematismi dell'alternativa fatto-diritto”. Io penso invece che il discorso di un giurista tanto più sia valido quanto più è capace di distinguere. Che non esistano fatti che abbiano in sé valori che orientino le decisioni sui fatti, a meno di ricadere in un vieto oggettivismo etico. Che l'oggettivismo etico sia solo il travestimento pretenzioso di personali ideologie. E che l'argomentazione che pretende di fondarsi sulla natura dei fatti sia quella – mi si perdoni la crudezza, ma ci tengo ad essere chiaro sul punto – per cui può essere vero, o giusto, tutto, il contrario di tutto, e anche qualche altra cosa.

⁹⁰ Sulla questione si veda F. Di Ciommo, *Può la giustizia essere ingiusta? Dalla giurisprudenza normativa alla giustizia del caso concreto, tra (in)certezza del diritto, imprevedibilità delle soluzioni, liquidità dei rapporti giuridici e dubbi di costituzionalità. Scritto in onore di Roberto Pardolesi*, in F. Di Ciommo-O. Troiano (a cura di), *Il diritto liquido: giurisprudenza e autorità indipendenti*

nel (c'era una volta) sistema delle fonti. Studi in onore di Roberto Pardolesi, Roma, 2018, 127.

⁹¹ È quello che alla fine fanno le stesse Sezioni unite, le quali fin dall'inizio non immaginano neppure latamente di ricostruire il negozio fiduciario come figura a sé stante, unitaria, atipica e giustificata dalla *causa fiduciae*.

⁹² Osserva Palazzo, *La forma del negozio fiduciario in materia immobiliare tra principio di libertà delle forme e neo-formalismo*, cit.: “...motivi di opportunità, di lealtà, di fiducia reciproca spesso inducono le parti a non formalizzare l'accordo in una scrittura, limitandosi il fiduciario-beneficiario dell'intestazione a sottoscrivere un atto unilaterale con cui si obbliga a modificare in futuro la situazione secondo gli impegni presi col fiduciante.”

⁹³ È evidente che ove si aderisse alla ricostruzione in forza della quale resta necessaria la forma scritta, il *pactum* privo di tale requisito sarebbe nullo con tutte le conseguenze del caso. Il fiduciante non avrebbe modo per chiedere l'esecuzione in forma specifica e il suo unico rimedio attivabile sarebbe stato quello della ripetizione delle somme versate per l'acquisto del bene, non essendo pacifica la possibilità di ottenere il risarcimento del danno.

Il patto marciano che preveda, al momento dell'inadempiamento, un procedimento tale da assicurare la stima imparziale del bene entro tempi certi e con modalità definite, esclude la violazione del divieto di patto commissorio e, conseguentemente, la nullità per illiceità della causa del contratto di vendita con scopo di garanzia, al quale sia apposto. (Massima non ufficiale)

Omissis. – Ma. Ca. ha acquistato la proprietà di un immobile da S.M., con contestuale contratto di comodato a favore di quest'ultimo al fine di consentirgli di abitare con la moglie nell'immobile appena alienato.

La vendita è stata accompagnata da alcune previsioni specifiche. Intanto le parti hanno previsto che il S., ossia l'alienante, si impegnava oltre che a pagare il residuo mutuo, il cui pagamento era garantito da fideiussione dell'acquirente, altresì a pagare un debito che aveva contratto con il figlio di quest'ultima.

Era previsto che in caso di avvenuto pagamento del debito l'acquirente aveva l'obbligo di ritrasferire il bene; viceversa in caso di debito non adempiuto l'acquirente aveva diritto a vendere il bene, e previa stima del valore, a corrispondere al venditore la differenza tra il valore dell'immobile ed il debito rimasto ancora da pagare.

Poiché l'alienante è rimasto inadempiente, l'acquirente ha messo, come d'accordo, l'immobile in vendita, e ne ha richiesto la restituzione.

Ha dunque agito in giudizio per ottenere il rilascio dell'immobile, che, a titolo di comodato, l'alienante e la sua famiglia continuavano a detenere.

Il Tribunale, in primo grado, ha rigettato la domanda ritenendo simulata l'intera operazione negoziale, sia per difetto di prova del pagamento del prezzo, sia perché il godimento era rimasto all'alienante.

La Corte d'Appello ha smentito la tesi della simulazione ed ha rilevato la nullità del contratto di comodato, per difetto di trascrizione.

Avverso tale sentenza S. M. e M. A. propongono sei motivi di ricorso. V'è costituzione della Ma. con controrricorso.

Ragioni della decisione.

1.– La ratio della sentenza impugnata è la seguente. Le parti hanno concluso una vendita con funzione di garanzia. Quelli che dal giudice di primo grado erano ritenuti elementi indiziari della simulazione (ossia difetto di corrispettivo, detenzione rimasta all'alienante, ecc.) sono invece dalla decisione di secondo grado intesi come indizi della funzione di garanzia dell'alienazione, alla quale accede il comodato.

Si tratta dunque di una operazione effettiva e non simulata, solo che il comodato difetta di trascrizione ed è nullo ai sensi della L. n. 311 del 2004, art. 1, comma 346 (finanziaria del 2005).

(Omissis).

In concreto, le parti hanno concluso due atti.

In un primo momento hanno stipulato un atto pubblico, davanti al notaio, qualificato come di vendita, ed ivi hanno dato atto del pagamento da parte della Ma. del corrispettivo, mediante tre assegni da venti mila Euro e mediante accollo della restante parte del mutuo.

Con una successiva scrittura privata, le parti hanno precisato che l'alienazione che hanno concluso dal notaio è in realtà fatta a soli fini di garanzia, ossia quale assicurazione da parte del S. di pagamento del suo debito verso il figlio della Ma. (acquirente).

Secondo i ricorrenti si tratterebbe di una controdedichiarazione che dimostra la simulazione della vendita, ed erroneamente sarebbe qualificata dalla corte di appello come una scrittura integrativa dell'alienazione in garanzia.

In realtà l'interpretazione fatta dal giudice di merito è immune da vizi. La controdedichiarazione si interpreta al pari di ogni altro patto privato, e la corte ha valorizzato le espressioni usate dalle parti, ossia la dichiarazione di voler attribuire alla precedente vendita uno scopo di garanzia e non di scambio.

Del resto, la controdedichiarazione è tale quando espressamente asserisce la natura simulata della dichiarazione principale, mentre qui tale natura non è affatto affermata dalle parti che non dichiarano di aver simulato la vendita davanti al notaio, bensì dichiarano di averla voluta effettivamente ma a scopo di garanzia e non di scambio.

La controdedichiarazione dunque non è di simulazione, ma di qualificazione dello scopo concreto dell'atto.

Va evidenziato peraltro come spesso si fraintende il rapporto tra vendita simulata e vendita fatta a scopo di garanzia.

La stessa prassi a volte utilizza indici presuntivi della simulazione (il possesso rimasto in capo all'alienante, la preesistenza di un debito dell'alienante a favore dell'acquirente, la mancata trascrizione), che in realtà sono indici dello scopo di garanzia.

Va considerato che quest'ultimo mira ad una proprietà momentanea in capo al creditore, e questa era in passato la ragione di autorevoli dubbi sulla circostanza che la causa di garanzia potesse essere sufficiente a sorreggere il trasferimento del diritto.

Giova brevemente ripercorrere la questione.

Secondo quest'ultima, ricostruzione lo scopo di garanzia mira a creare una proprietà temporanea in capo all'acquirente che, in caso di adempimento del debito, è obbligato alla restituzione, e questa proprietà temporanea nient'altro sarebbe che una proprietà fiduciaria, ossia una fiducia cum creditore, non ammessa nel nostro ordinamento.

È noto che la replica migliore a questo argomento è stata di far presente che altro è la regola della tipicità dei diritti, altro quella degli atti traslativi, e che le parti possono ben trasferire un diritto tipico e nominato (la proprietà) anche con atti atipici, come, per l'appunto, una vendita fatta a scopo di garanzia.

Inoltre, la causa atipica di alienazione in garanzia non influisce sul contenuto del diritto di proprietà, nel senso di renderlo diverso da quello tipico, e ciò in quanto l'acquirente in garanzia ha tutte le facoltà di dominio proprie del proprietario, potendo disporre e godere della cosa al pari di quello; inoltre la proprietà che si realizza in capo all'acquirente non è temporanea in senso tecnico, ma è una situazione assimilabile all'acquisto sotto condizione o sotto patto di riscatto, ossia destinata a risolversi, ma nata come definitiva.

Infine, gli obblighi che gravano sull'acquirente (di retrocedere il bene in caso di adempimento) non attengono alla vendita, ma derivano da un patto aggiunto che qualifica quella vendita come fatta in garanzia; ed è il nostro caso, in cui le parti hanno previsto una controdedichiarazione in tal senso, il che opera ad ulteriore dimostrazione della effettività dello scopo di garanzia.

Correttamente qualificata come vendita a scopo di garanzia, la corte avrebbe dovuto però tenere in considerazione la sua compatibilità con il divieto del patto commissorio, alla luce del fatto che le parti avevano cercato di evitare il

contrasto con l'art. 2744 c.c. inserendo nello schema negoziale un patto marciano.

Secondo i ricorrenti il patto marciano rende valida la stipulazione commissoria solo se è preventivamente convenuto un metodo imparziale di stima del bene, evitando che quest'ultima sia affidata alla discrezionalità del creditore che potrebbe dunque approfittarne.

A conferma di questa tesi si cita il precedente di Cass. 1625/2015.

La tesi, come si è detto è fondata, ma la questione esige un chiarimento.

Intanto, va chiarito perché mai se ad un patto commissorio (il creditore trattiene la cosa data in garanzia all'inadempimento del debitore) accede un patto marciano (il creditore vende la cosa, previa stima, e restituisce l'eccedenza al debitore) la pattuizione non ricade nel divieto dell'art. 2744 c.c.

Tradizionalmente si argomenta dalla ratio della norma suddetta. Siccome l'opinione prevalente ritiene che la ratio del divieto del patto commissorio stia nella tutela del debitore da approfittamenti del creditore, allora nel caso di patto marciano il rischio di tali approfittamenti è nullo; ed infatti coloro che attribuiscono al divieto del patto commissorio una ratio diversa, ad esempio la tutela della par condicio creditorum, ritengono nulla la pattuizione pure in presenza di un patto marciano tra creditore e debitore.

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 ecceziona-

le, come tale insuscettibile di applicazione analogica in quanto non è affatto eccezione rispetto al principio generale dell'art. 2744 c.c., ma rispettoso della medesima ratio, anzi conseguenza di quel principio in quanto mira anche esso ad evitare approfittamenti del creditore ai danni del debitore.

Tuttavia, proprio in quanto il patto marciano può consentire di evitare approfittamenti del creditore ai danni del debitore, è necessario che le parti abbiano previsto criteri di stima del bene al momento della convenzione marciana.

Come ricordato da questa corte, è necessario che le parti abbiano previsto "meccanismi oggettivi e procedimentalizzati che... permettano la verifica di congruenza tra valore del bene oggetto della garanzia, che viene definitivamente acquisito al creditore, ed entità del credito; per la stessa ragione, non avrebbe tale effetto la verifica del "giusto prezzo" al momento della conclusione del contratto" (Cass. 1625/2015).

Più precisamente occorre che la stipulazione "preveda, per il caso ed al momento dell'inadempimento ossia quando si attuerà coattivamente la pretesa creditoria (cfr. art. 1851 c.c.), un procedimento volto alla stima del bene, entro tempi certi e con modalità definite, che assicurino la presenza di una valutazione imparziale, in quanto ancorata a parametri oggettivi automatici, oppure affidata a persona indipendente ed esperta la quale a detti parametri farà riferimento (cfr. art. 1349 c.c.), al fine della corretta determinazione dell'an e del quantum della eventuale differenza da corrispondere all'utilizzatore. La pratica degli affari potrà poi prevedere diverse modalità concrete di stima, purché siano rispettati detti requisiti. L'essenziale è che risulti, dalla struttura del patto, che le parti abbiano in anticipo previsto che, nella sostanza dell'operazione economica, il debitore perderà eventualmente la proprietà del suo bene per un prezzo giusto, determinato al tempo dell'inadempimento, perché il surplus gli sarà senz'altro restituito" (Cass. n. 1625/2015). – *Omissis*.

Ammissibilità dei patti sulla garanzia patrimoniale con marciano atipico

Chiara Scapinello*

La Suprema Corte implicitamente accoglie il principio della piena ammissibilità del patto marciano atipico come correttivo al divieto del patto commissorio, al fianco dei marciari tipizzati dal Legislatore. Ci si interroga se al pari dei nuovi istituti, sia ammissibile nell'esercizio dell'autonomia privata la configurabilità di un marciano atipico abdicativo della garanzia generica.

Un'analisi dei principi della responsabilità patrimoniale per ammettere il marciano atipico

A distanza di alcuni anni la Suprema Corte torna a pronunciarsi sull'ammissibilità del patto marciano quale correttivo al divieto di patto commissorio, conformandosi al suo precedente orientamento¹, tuttavia, senza nulla aggiungere in argomentazione, nonostante le novità legislative sopravvenute.

La sentenza in commento ha il solo pregio di riportare all'attenzione degli studiosi il tema della liceità delle alienazioni a scopo di garanzia con clausola marciana atipica e, in senso più ampio, della compatibilità

di tali operazioni con lo statuto normativo della responsabilità patrimoniale.

La motivazione della sentenza, difatti, appare piuttosto succinta. Se nella sua parte iniziale la pronuncia si sofferma ampiamente sulla qualificazione dell'operazione negoziale posta in essere dalle parti, tuttavia si dimostra carente nel punto più rilevante.

Precisamente, sul presupposto che le alienazioni a scopo di garanzia integrino un patto commissorio, i giudici spiegano in modo approssimativo "perché mai se ad un patto commissorio accede un patto marciano, la pattuizione non ricade nell'art. 2744 c.c."

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

¹ Cass. civ., 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Foro It.*, 2016, I, 685.

All'importanza del quesito posto segue una risposta tratteggiata e di dubbia comprensione. Così, il punto di partenza dell'argomentazione vorrebbe essere l'analisi della *ratio* del divieto del patto commissorio.

Tuttavia, la questione viene così liquidata: "siccome l'opinione prevalente ritiene che la *ratio* del divieto del patto commissorio stia nella tutela del debitore da approfittamenti del creditore, allora nel caso di patto marciano il rischio di tali approfittamenti è nullo; ed infatti coloro che attribuiscono al divieto del patto commissorio una *ratio* diversa, ad esempio la tutela della *par condicio creditorum*, ritengono nulla la pattuizione pure in presenza di un patto marciano tra creditore e debitore".

Oltre alla dubbia sintassi del periodo, la pronuncia nulla aggiunge sul punto e non è dato comprendere sulla base di quali argomentazioni si accolga l' "opinione prevalente".

D'altronde, i giudici sembrano prescindere dalla rilevanza della questione poiché nel periodo successivo, senza linea di continuità, argomentano che "in realtà la liceità del patto commissorio cui accede un patto marciano sta nell'analogia con il pegno irregolare (...)", ritenendo così che l'art. 1851 c.c. non sia norma eccezionale e che condivida la medesima *ratio* dell'art. 2744 c.c.².

Al di là della condivisibilità o meno di tali affermazioni, infine, sulle caratteristiche della clausola marciaiana, la sentenza ripropone la medesima massima del precedente del 2015³.

In queste poche battute, dunque, si racchiude la motivazione della sentenza in merito alla ribadita liceità delle alienazioni a scopo di garanzia in quanto corredate di clausola marciaiana. Eppure, qualche considerazione in più era doverosa, specialmente alla luce del mutato quadro normativo.

I sottotipi marciaiani tipizzati

A distanza di cinque anni, infatti, il Legislatore ha arricchito il sistema delle garanzie reali con nuove deroghe al divieto di patto commissorio e tipizzando diversi tipi di clausola marciaiana.

Il riferimento va agli istituti di cui all'art. 1, D.L. n. 59/2016 che ha introdotto il pegno non possessorio e forme di escussione della garanzia in autotutela che prevedono la cautela marciaiana⁴; all'art. 48-*bis* T.U.B. che prevede un contratto di finanziamento con debito garantito attraverso una alienazione sospensivamente condizionata all'inadempimento del debitore⁵; all'art. 120-*quinquiesdecies*, 3° comma, T.U.B. che disciplina il mutuo immobiliare del consumatore ove le parti possono pattuire che il bene ipotecato, previa stima, passi in proprietà dell'intermediario in caso di inadempimento del debitore⁶; all'art. 11-*quaterdecies*, D.L. n. 203/2005 mod. L. n. 144/2015 che disciplina il prestito vitalizio ipotecario e introduce un nuovo modello di garanzia patrimoniale bilanciato con la cautela marciaiana⁷.

In particolare, tali novità legislative⁸ vanno in una

² Che l'art. 1851 c.c. costituisca una deroga al patto commissorio è pacifico: Serra, voce "Anticipazione bancaria", in *Digesto Comm.*, Torino, 1987, 134; che ne condivida la medesima *ratio* è, invece, discutibile: Molle, *I contratti bancari*, in *Tratt. Cicu Messineo*, 1981, 300. In giurisprudenza: Cass. civ., 24 maggio 2004, n. 10000 in *Giur. It.*, 2005, 1418 con nota di Battelli per cui la costituzione di un pegno irregolare non configura patto commissorio.

³ Cass. civ., 28 gennaio 2015, n. 1625, cit., nel ribadire la liceità del marciano, ha tratteggiato i connotati che esso deve presentare per sottrarsi alla sanzione di nullità prevista per il patto commissorio, rilevando la necessità di "un procedimento volto alla stima del bene, entro tempi certi e con modalità definite, che assicuri la presenza di una valutazione imparziale, in quanto ancorata a parametri oggettivi automatici, oppure affidata a persone indipendenti ed esperte, la quale a detti parametri farà riferimento (art. 1349 c.c.), al fine della corretta determinazione dell'*an* e del *quantum* della eventuale differenza da corrispondere all'utilizzatore".

⁴ Sui contributi all'indomani del "decreto banche": E. Gabrielli, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – una garanzia reale senza possesso*, in *Giur. It.*, 2017, 1715 e segg.; D. Achille, *Il pegno non possessorio*, in *Libro dell'anno del diritto*, Milano, 2017, 40; S. Ambrosini, *Il pegno non possessorio ex lege n. 119/2016*, in *ilcaso.it*; R. Brogi, D.L. 59/2016: *prime notazioni sul pegno mobiliare non possessorio*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 6 maggio 2016; A. Diana, *Il sistema delle garanzie del credito*, Padova, 2018 397; G. Finocchiaro, D.L. Banche in G.U.: *le modifiche al processo civile*, in *quotidianogiuridico.it*, 2016; F. Lamanna, "Decreto banche": *ipertutela del credito e ritocchi telematici alla legge fallimentare*, in *Il civilista*, Milano, 2016; M. Lucci, *Brevi note in tema di pegno rotativo e nuovo pegno senza spossessamento*, in *Foro.it*, 2016, 2151; M. Orlando, *Prime riflessioni sul DL 59/2016 (c.d. "Decreto banche")*, in *Il Fallimentarista*, 9 maggio 2016.

⁵ Per tutti: A. Luminoso, *Patto marciano e sottotipi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017, 1411.q

⁶ Sui primi commenti alla disciplina T. Rumi, *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*, in *Contratti*, 2015, 70; R. Calvo, *Le regole generali di condotta dei creditori, intermediari e rappresentanti nella Direttiva 2014/17/UE*, in *Corriere Giur.*, 2015, 823; E. Pellicchia, *La direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, in *Banca Borsa*, 2016, 206; P. Sirena (a cura di), *I mutui ipotecari nel diritto comparato europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, Milano, 2016; I. Ferretti, *Contratti di credito immobiliare ai consumatori relativi a beni immobili residenziali: prime osservazioni sulla direttiva 2014/17/UE*, in *Contr. Impr./Europa*, 2014, 863; De Maffei, *Direttiva 2014/17/UE: rischi di cambio e di tasso e valore della componente aleatoria nei crediti immobiliari ai consumatori*, in *Banca Borsa*, 2016, 190; J. Vannerom, *Towards a european single market for mortgage credit. From scratch to...?* in *European journal of consumer law*, 2015, 291.

⁷ In generale, la letteratura sull'istituto è vasta: T. Rumi, *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni "marciaiane" a garanzia del credito immobiliare*, in *I nuovi marciaiani*, Torino, 2017, 105 e segg. e *La nuova disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *Contratti*, 2015, 944 e segg.; A. Chianale, *L'inutilità dell'ipoteca nel prestito vecchietti*, in *Notariato*, 2016, 359; Mannella-Platania, *Il prestito vitalizio ipotecario*, Milano, 2015; F. Chessa, *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *Immobili e proprietà*, 2006, 305; A. Iuliani, *Il prestito vitalizio ipotecario nel "nuovo" sistema delle garanzie reali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 717; Baldini-Causi, *Si svilupperà anche in Italia un mercato di strumenti finanziari per gli anziani?*, in *Bancaria*, 2016, 68; Cherti, *Prime note sulle modifiche alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *Corriere Giur.*, 2015, 1099; G. Gigliotti, *Il prestito vitalizio ipotecario: un reverse mortgage all'italiana?*, in *Corr. Merito*, 2011, 677.

⁸ Il riferimento va anche all'art. 11, L. n. 155/2017, la legge delega per la gestione delle crisi di impresa e dell'insolvenza che consente al creditore di escutere stragiudizialmente la garanzia

direzione che non poteva passare inosservata in motivazione. I nuovi marciari costituiscono una vera e propria positivizzazione della negoziazione della garanzia patrimoniale generica, ammettendo che in caso d'inadempimento la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del medesimo bene comporta l'estinzione dell'intero debito a carico del debitore derivante dal contratto di credito, anche se il valore del bene immobile restituito o trasferito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è inferiore al debito residuo⁹.

In estrema sintesi, si riportano brevemente le novità legislative nei loro punti essenziali ai fini della presente trattazione. *In primis*, la disciplina del prestito vitalizio ipotecario inaugura la "stagione" delle nuove soluzioni marciarie a garanzia del credito immobiliare¹⁰ e introduce uno strumento volto a soddisfare le esigenze provenienti dal crescente segmento di popolazione in età avanzata. Esso consiste in un finanziamento non finalizzato e garantito dall'immobile ove il soggetto dimora abitualmente e, con le modifiche apportate dalla l. n° 44 del 2015, è stato dotato di una disciplina articolata comprendente, altresì, le regole incidenti sull'autotutela esecutiva e sul divieto del patto commissorio¹¹. Più nello specifico, la parte di disciplina che in questa sede più interessa è proprio quella relativa al mancato rimborso del finanziamento¹².

Il prestito viene rimborsato, di regola, in un'unica soluzione entro dodici mesi dalla morte del mutuatario o dal verificarsi di una causa di inadempimento. In particolare, ove "il finanziamento non sia integralmente rimborsato entro dodici mesi dal verificarsi degli

eventi di cui al citato comma 12"¹³, si aprono due scenari.

In un primo caso il finanziatore potrà autonomamente vendere l'immobile previa stima eseguita da un perito indipendente dal medesimo incaricato¹⁴, utilizzando le somme ricavate dalla vendita per estinguere il credito e con facoltà di ridurre il prezzo di vendita del quindici per cento "per ogni dodici mesi successivi fino al perfezionamento della vendita dell'immobile"¹⁵.

Oppure, in un secondo scenario, gli eredi potranno provvedere alla vendita dell'immobile, in accordo con il finanziatore, purché la compravendita si perfezioni entro dodici mesi dal conferimento dello stesso.

Ad ogni modo, ed è questa la novità legislativa, ai sensi del comma 12 *quater*, l'eccedenza del ricavato della vendita rispetto al credito è restituita al debitore o agli aventi causa e l'importo del debito residuo non può superare il ricavato della vendita dell'immobile, al netto delle spese sostenute¹⁶. Ciò significa che, una volta venduto il bene oggetto della garanzia, il debitore è automaticamente liberato dal debito¹⁷. In tal modo si scongiura il rischio che il finanziato, o più probabilmente i suoi eredi, si vedano costretti a rimborsare un prestito più elevato del valore dell'immobile concesso in garanzia¹⁸.

Un effetto sostanzialmente analogo all'art. 11 *quaterdecies* è previsto in una nuova norma del Testo Unico Bancario. Il Titolo VI recante "Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti" è stato arricchito con il nuovo Capo I *bis*, contenente la nuova disciplina sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali¹⁹, dagli artt. 120 *quinquies* a 120 *noviesdecies* T.U.B.

anche in deroga al divieto del patto commissorio e previa stima del bene. Il quadro normativo è destinato a mutare ancora alla luce del D.D.L. S.1151 presentato al Senato il 19 marzo 2019 il quale prevede una nuova delega al Governo per disciplinare nuove forme di garanzia del credito.

⁹ In dottrina è in realtà discusso se anche al meccanismo di cui all'art. 48-bis T.U.B. sia attribuibile un effetto esdebitatorio. A favore: S. Pagliantini, *Sull'art. 48 bis T.U.B.: il "pasticcio" di un marciario bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, in *I nuovi marciari*, cit., 65 e *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali - Spigolando intorno all'art. 48 bis T.U.B.: specialità (di trattamento) e principio di proporzionalità delle garanzie?* in *Giur. It.*, 2017, 1719 ove ritiene la disposizione sia "confessionata secondo una foggia che la fa scopertamente somigliare (se non ad un mostriciattolo) al vestito di Arlecchino". Contro: G. Marchetti, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Milano, 2017, 332; D. Mari, *Il patto marciario: un'analisi critica del nuovo art. 40 bis T.U.B.*, cit., 1111 e segg.; G. D'Amico, *La resistibile ascesa del patto marciario*, in *I nuovi marciari*, in *Europa e Diritto Privato*, 2017, 1, 15; E. De Belvis, *L'esecuzione privatizzata*, Napoli, 2018, 153 e segg.; D. Russo, *Oltre il patto marciario*, Napoli, 2017, 62 e segg.; A. Luminoso, *Patto marciario e sottotipi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017, 1412.

¹⁰ T. Rumi, *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni "marciarie" a garanzia del credito immobiliare*, cit., 105.

¹¹ D. Russo, *Oltre il patto marciario*, cit., 32.

¹² Per un approfondimento sugli altri aspetti del prestito vitalizio ipotecario, compresi i profili fiscali e assicurativi: Aa.Vv., *Il prestito vitalizio ipotecario*, (a cura di) M. Lobbuono, Torino, 2017.

¹³ Gli eventi sono: morte del soggetto finanziato; trasferimento

in tutto o in parte della proprietà o di altri diritti reali o di godimento sull'immobile dato in garanzia; compimento di atti che ne riducano significativamente il valore.

¹⁴ D. Russo, *Oltre il patto marciario*, cit., 33; per l'Autore l'attribuzione del potere di nomina del perito alla parte del finanziatore e non ad un terzo realizza una disparità di trattamento in violazione dell'art. 3 Cost. e ciò rispetto alla disciplina degli artt. 48 bis e 120 *quinquiesdecies* T.U.B., nonché rispetto alla disciplina francese ove la nomina del perito è affidata al Presidente del Tribunale.

¹⁵ E. De Belvis, *L'esecuzione privatizzata*, cit., 142 nota che la significativa riduzione del valore del bene dato in garanzia pregiudica la certezza del finanziatore in ordine all'integrale soddisfacimento delle proprie ragioni.

¹⁶ R. Lenzi, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali - Il prestito vitalizio ipotecario*, in *Giur. it.*, 2017, 1738 ritiene che ciò produca un effetto "esdebitatorio"; diversamente per G. Follieri, *Il patto marciario tra diritto "comune" e "speciale"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1866 si dovrebbe qualificare tale estinzione del debito come di "purgazione del debito".

¹⁷ G. Follieri, *Il patto marciario tra diritto "comune" e "speciale"*, cit., 1864.

¹⁸ G. Marchetti, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., 321.

¹⁹ D. Russo, *Oltre il patto marciario*, cit., 67. Sui primi commenti alla disciplina T. Rumi, *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*, in *Contratti*, 2015, 70; R., *Le regole generali di condotta dei creditori, intermediari e rappresentanti nella Direttiva 2014/17/UE*, in *Corr. Giur.*, 2015, 823; E. Pellicchia, *La direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito*

Tra questi, l'art. 120 *quinquiesdecies*, comma 3 T.U.B. è rilevante poiché codifica un nuovo modello di patto marciano. La normativa in esame è stata introdotta dal D.Lgs. n. 72 del 2016 ("decreto mutui"), in recepimento della *Mortgage Credit Directive* 2014/17/UE i cui obiettivi si rinvergono nel prevenire fenomeni di sovraindebitamento delle famiglie e di rafforzamento della fiducia dei consumatori nel settore finanziario²⁰. Particolarmente rilevante, come anticipato, è il meccanismo marciano introdotto dall'art. 120 *quinquiesdecies*, comma terzo T.U.B.

La norma prevede che, fermo quanto previsto dall'articolo 2744 c.c., le parti possono convenire, con clausola espressa, al momento della conclusione del contratto di credito, che in caso d'inadempimento la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale 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 restituito o trasferito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è inferiore al debito residuo.

Se il valore dell'immobile come stimato dal perito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è superiore al debito residuo, il consumatore ha diritto all'eccedenza. In ogni caso, il finanziatore si adopera con ogni diligenza per conseguire dalla vendita il miglior prezzo di realizzo²¹.

Nel modello suggerito dalla Direttiva e recepito nell'art. 120 *quinquiesdecies*, comma terzo T.U.B., dunque, si permette alle parti di stipulare un accordo corredato da clausola marciana e, al tempo stesso, di determinare l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore, anche se il valore del bene ipotecato è inferiore al credito residuo²².

Alla luce della disciplina normativa, la dottrina non ha mancato di evidenziare come la disposizione di fatto legittimi un trasferimento "commissorio"²³.

Segue all'art. 1 del d.l. n. 59 del 2016, come modi-

ficato, il pegno non possessorio che garantisce i crediti concessi ad imprenditori iscritti nel registro delle imprese ed è costituito su beni mobili, anche immateriali, o su crediti inerenti all'esercizio dell'impresa. La peculiarità dell'istituto riguarda non tanto la costituzione del pegno prescindendo dallo spossessamento del debitore oppignorato o del terzo datore, quanto, come per gli istituti precedentemente analizzati, le speciali facoltà riconosciute al creditore garantito durante la fase di escussione del credito²⁴.

Difatti, anche in questo caso, il Legislatore ha codificato un'altra ipotesi di cautela marciana e ha disciplinato un meccanismo di autotutela esecutiva. Le regole della fase esecutiva, infatti, dimostrano come una delle peculiarità dell'istituto sia la capacità di realizzare con immediatezza temporale e snellezza di regole processuali l'autotutela esecutiva del creditore pignoratizio e, quindi, la possibilità di agevolare la realizzazione forzata della funzione di garanzia²⁵.

In particolare, di fronte ad un evento che determina l'escussione del pegno, l'art. 1, comma 7 d.l. n° 59 del 2016 prevede una serie di facoltà per il creditore, distinguibili in due categorie: due facoltà previste *ex lege* e due facoltà che richiedono un'espressa pattuizione delle parti²⁶. Si distinguono ovvero quattro modalità di realizzo della garanzia che segnano il passaggio dall'autotutela esecutiva coattiva a quella consensuale modulata dall'autonomia privata²⁷.

Per quel che più interessa ai presenti fini, nel novero delle facoltà attribuite *ex lege* al creditore è, anzitutto, previsto che possa procedere alla vendita dei beni oggetto del pegno trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del credito, fino a concorrenza della somma garantita e con l'obbligo di informare immediatamente per iscritto il datore della garanzia dell'importo ricavato e di restituire contestualmente l'eccedenza²⁸. La positivizzazione della disciplina del pegno non possessorio, in sintesi, è stata definita come un tentativo di legittimare varie forme di marciari²⁹ e, in

ai consumatori relativi a beni immobili residenziali, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, 206; P. Sirena (a cura di), *I mutui ipotecari nel diritto comparato europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, Milano, 2016, *passim*; I. Ferretti, *Contratti di credito immobiliare ai consumatori relativi a beni immobili residenziali: prime osservazioni sulla direttiva 2014/17/UE*, in *Contr. e impr./Europa*, 2014, 863; D. Maffei, *Direttiva 2014/17/UE: rischi di cambio e di tasso e valore della componente aleatoria nei crediti immobiliari ai consumatori*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, 190; J. Vannerom, *Towards a european single market for mortgage credit. From scratch to...?* in *European journal of consumer law*, 2015, 291.

²⁰ Così nei considerando 3, 4, 5, 6 della Direttiva.

²¹ L'art. 28, comma quarto della Direttiva, rubricato "Morosità e pagamenti" prevede infatti: "Gli Stati membri non impediscono alle parti di un contratto di credito di convenire espressamente che la restituzione o il trasferimento della garanzia reale o dei proventi della vendita della garanzia reale è sufficiente a rimborsare il credito".

²² G. Marchetti, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., 327. Di opinione contraria D. Russo, *Oltre il patto marciano*, cit., 74 secondo il quale il dato positivo smentisce la configurabilità di un marciario.

²³ Così per A. Luminoso, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 24 e

per Russo D., *Oltre il patto marciano*, cit., 70.

²⁴ R. Catalano, *Il pegno mobiliare non possessorio ex lege n. 119/2016*, Napoli, 2018, 2.

²⁵ E. Gabrielli, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – una garanzia reale senza possesso*, cit., 1718.

²⁶ Rispetto al D.Lgs. n° 170 del 2004, ogni opzione è comunque assoggettata all'obbligo della "previa intimazione notificata, anche direttamente dal creditore a mezzo di posta elettronica certificata, al debitore e all'eventuale terzo concedente il pegno" e del "previo avviso scritto agli eventuali titolari di un pegno non possessorio trascritto nonché al debitore del credito oggetto del pegno". Per I. Baghi, *L'esordio del pegno mobiliare non possessorio: riflessioni sui profili processuali*, in *Corr. giur.*, 2017, 1380 l'intimazione è assimilabile ad un atto unilaterale di messa in mora avente natura di atto sostanziale e non processuale in quanto a differenza dell'art. 480, comma 1, c.p.c. che deve contenere l'avvertimento che in mancanza di adempimento si procederà a esecuzione forzata, qui il mancato adempimento consente al creditore di accedere ad una delle modalità di realizzazione di cui al comma 7 della legge.

²⁷ R. Marino, *Il pegno non possessorio quale strumento funzionale all'autotutela soddisfattiva del creditore: profili evolutivi*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2018, 762.

²⁸ Art. 1, comma 7, lettera a) d.l. n° 59 del 2016.

²⁹ R. Marsiglia, *L'evoluzione della disciplina dei pegni non pos-*

considerazione di ciò, vi è chi ritiene che sia destinato a cambiare per sempre il sistema delle garanzie reali mobiliari poiché esso consentirebbe di raggiungere il risultato dell'adeguamento del sistema alle mutate esigenze del mercato creditizio³⁰.

Dunque, la tipizzazione del patto marciano, sebbene in sottotipi inerenti al settore bancario, rappresenta una importante novità nel sistema della garanzia reale creditizia e ha confermato definitivamente l'ammissibilità dell'istituto³¹. Al riguardo, autorevole dottrina rileva come le fattispecie legislative di patto marciano rivestano un ruolo significativo per l'interprete. Difatti, non soltanto offrono una conferma circa l'ammissibilità espressa dalla giurisprudenza e dalla dottrina del patto marciano, ma soprattutto perché offrono spunti per l'individuazione degli elementi necessari per integrare una generale convenzione marciana e per la determinazione delle regole ad essa applicabili³².

Eppure, la sentenza in commento non fa riferimento alcuno ai nuovi paradigmi normativi. Sarebbe stato apprezzabile, anziché il richiamo fine a se stesso delle teorie sulla *ratio* del divieto del patto commissorio e della discutibile individuazione del fondamento del patto marciano nell'art. 1851 c.c., un approfondimento sul definitivo vaglio di meritevolezza compiuto dal Legislatore in merito all'istituto³³.

In particolare, con l'introduzione dei nuovi marciiani, il Legislatore vaglia positivamente il giudizio di meritevolezza di tutela in astratto *ex art.* 1322, 2° comma, c.c. del patto marciano, in quanto idoneo ad assurgere a tipo normativo e a realizzare i concreti interessi delle parti in termini economico-sociale e di scambio di utilità³⁴.

Nel silenzio della sentenza in commento, quindi, si ritiene che i giudici abbiano implicitamente accolto il principio, già prospettato in dottrina, della piena meritevolezza del patto marciano atipico come correttivo al divieto del patto commissorio, al fianco dei marciiani tipizzati dal Legislatore.

Difatti, si è detto che trattandosi di discipline settoriali comunque coesistenti con le regole generali, è opportuno tener distinto il "patto marciano di diritto comune" delineato in giurisprudenza come contratto legalmente atipico e modello generale di patto marciano, dai "sottotipi marciiani", quali contratti tipici previsti dal Legislatore³⁵.

Questo, dunque, lo stato dell'arte e il punto di partenza per svolgere ulteriori riflessioni.

La specializzazione della responsabilità patrimoniale

Precisamente, la questione porta ad approfondire un quesito già prospettato dalla più attenta dottrina.

Ossia, posto che l'effetto abdicativo non sia un elemento strutturale del patto marciano in quanto non consegue automaticamente alla realizzazione della garanzia l'effetto estintivo dell'obbligazione³⁶, ci si chiede, tuttavia, se, ove non previsto dal Legislatore, possa comunque ritenersi ammissibile nella libertà dell'autonomia contrattuale, la scelta di un marciano che sia anche abdicativo della responsabilità patrimoniale ed estintivo del debito per l'intero³⁷.

Il quesito sorge anche alla luce di un ulteriore elemento caratterizzante le novità legislative citate, ossia la conquista da parte dell'autonomia privata di nuovi spazi sul piano dell'attuazione della responsabilità³⁸. Trattasi di ipotesi di "autotutela privata conformata" dall'ordinamento attraverso elementi "marciiani", idonei a garantire un controllo esterno ed imparziale, proprio della procedura giurisdizionale³⁹.

Non solo, la dottrina si interroga su altre questioni correlate. Ad esempio, quale sarà lo strumento tecnico che consenta la vendita del bene vincolato del quale il creditore non sia proprietario; o quali siano gli eventuali obblighi del creditore marciano in presenza di altre prelazioni con grado anteriore o posteriore sul bene ovvero di terzi aventi diritti sul bene stesso. O ancora, quale possa essere il sistema pubblicitario più efficace per la costituzione di garanzie non possessorie, specie ove possano riguardare beni eventuali o futuri⁴⁰.

Le questioni prospettate, tuttavia, presuppongono la risoluzione del quesito più ampio a monte, ossia in quale misura l'autonomia privata possa introdurre limitazioni alla responsabilità patrimoniale e sulla base di quali presupposti siano ammissibili limitazioni negoziate e abdicative della garanzia patrimoniale generica.

Nella ricerca di risposte esaustive occorre, in *primis*, procedere con la verifica della portata precettiva delle norme in materia di responsabilità patrimoniale⁴¹, ove si dà atto del crescente dibattito dottrinale sul loro ruolo e portata, dibattito alimentato dai recenti inter-

essori, cit., 176; per R. Marino, *Il pegno non possessorio quale strumento funzionale all'autotutela soddisfatta del creditore: profili evolutivi*, cit., 762 e ss il patto di cui pegno non possessorio rappresenta un'evoluzione di quello già introdotto con il D.Lgs. n. 170 del 2004.

³⁰ L. Caputo – M. Caputo, *I pegni*, Milano, 2017, 120.

³¹ G. Fappiano, *Il patto marciano: tra tipicità e autonomia contrattuale*, in *I Contratti*, 2019, 94.

³² A. Luminoso, *Patto marciano e sottotipi*, cit., 1414.

³³ Vaglio già positivamente risolto anche in dottrina: C. De Menech, *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, in *I Contratti*, 2015, 825.

³⁴ G. Fappiano, *Il patto marciano: tra tipicità e autonomia contrattuale*, cit., 94.

³⁵ A. Luminoso, *Patto marciano e sottotipi*, cit., 1414; G. Fappiano, *Il patto marciano: tra tipicità e autonomia contrattuale*, cit., 94.

³⁶ G. Marchetti, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., 340.

³⁷ G. Marchetti, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., 341.

³⁸ D. Russo, *Oltre il patto marciano*, cit., 150.

³⁹ T. Rumi, *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni "marciane" a garanzia del credito immobiliare*, cit., 133.

⁴⁰ A. Chianale, *Le nuove frontiere delle garanzie reali: uno status personale del creditore?*, in *Contratto e Impresa*, 2019, 1304.

⁴¹ Sull'istituto della responsabilità patrimoniale, senza pretesa di completezza: R. Nicoló, *Della responsabilità patrimoniale, delle*

venti normativi e dalla necessità di una tutela più efficace del credito⁴².

Dunque, il principio di responsabilità patrimoniale è espresso all'art. 2740, 1° comma, c.c., norma volta a proteggere il diritto soggettivo del creditore di conseguire l'adempimento della prestazione anche in mancanza di cooperazione da parte del debitore, attraverso la predisposizione di strumenti idonei al soddisfacimento della sua pretesa⁴³, quali le azioni esecutive e nei nuovi modelli di autotutela esecutiva di recente introduzione.

Al primo comma l'opinione comune ravvisa la regola della "universalità della responsabilità patrimoniale", ossia il precetto per cui tutti i beni presenti e futuri del debitore sono vincolati all'adempimento delle obbligazioni assunte⁴⁴. Tuttavia, si contesta che le ormai numerose deroghe legislative muovono in favore dell'opposto principio della "specializzazione della responsabilità patrimoniale"⁴⁵.

Difatti, in modo innovativo rispetto all'art. 1948 del c.c. Pisanelli⁴⁶, se da un lato l'art. 2740 c.c., 2° com-

ma, c.c. introduce il principio di tipicità delle limitazioni della responsabilità patrimoniale⁴⁷, una novità anche rispetto agli ordinamenti vicini ove non è dato riscontro⁴⁸, dall'altro lato tali limitazioni legali sono divenute col tempo così numerose che hanno messo però in discussione la loro effettiva eccezionalità.

La dottrina, addirittura, suole distinguerle in tre classi: limitazioni per la qualità dei beni, o per la qualità dei crediti o, infine, dalla relazione esistente tra determinati beni e determinati crediti⁴⁹.

Precisamente, nella prima categoria il Legislatore ha previsto la sottrazione di determinati beni dall'azione esecutiva del creditore in ragione del loro "valore" per l'ordinamento⁵⁰, beni destinati a soddisfare interessi maggiormente meritevoli di tutela rispetto alle ragioni creditorie⁵¹.

Si trovano molte ipotesi nel Codice, tra le quali, solo ad esempio, gli artt. 324 c.c. e 326 c.c. per cui l'usufrutto legale che i genitori hanno in comune sui beni del figlio non può essere oggetto di pegno o di ipoteca né oggetto di esecuzione da parte dei creditori⁵². Nel-

cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja-Branca, Libro Sesto, *Tutela dei diritti*, art. 2740, Bologna-Roma, 1945 e *Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, *ibidem*, Bologna-Roma, 1953; D. Rubino, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, in *Tratt. dir. civ. italiano* diretto da Vassalli, XIV, Tomo I, Torino, 1956; G. Laserra, *La responsabilità patrimoniale*, Napoli, 1966; V. Roppo, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. Dir. Priv.* diretto da Rescigno, XIX, Torino, 1997, 485 e segg. e voce "Responsabilità patrimoniale", in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1041 e segg.; C. Miraglia, voce "Responsabilità patrimoniale", in *Enc. Dir.*, XXVII, Roma, 1991; F. Roselli, *Responsabilità patrimoniale. I mezzi di conservazione*, in *Tratt. Dir. Priv.* a cura di M. Bessone, IX, Tomo III, Torino, 2005; F. Marcario, *Responsabilità e garanzia patrimoniale: nozioni introduttive*, in *Diritto civile - Attuazione e tutela dei diritti - L'attuazione dei diritti* diretto da Lipari, Rescigno, Zoppini, IV, Tomo II, Milano, 2009, 164 e segg.; L. Barbiera, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, in *Il codice civile - Commentario* diretto da Schlesinger, artt. 2740-2744, Milano, 2010; C.M. Bianca, *Diritto civile. La responsabilità*, V, Milano, 2012; G. Sicchiero, *La responsabilità patrimoniale*, in *Tratt. Dir. Civ.* diretto da R. Sacco, *Le obbligazioni 2*, Torino, 2011; M. Porcelli, *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, Napoli, 2011; G. Rojas Elgueta, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, Milano, 2012; F. Galgano, *Tratt. Dir. Civ.*, III, Padova, 2015; E. Migliaccio, *La responsabilità patrimoniale. Profili di sistema*, Napoli, 2012; P. Gallo, *Libro VI - Titolo III: Della responsabilità patrimoniale*, in *Libro VI Della tutela dei diritti* a cura di G. Bonilini-A. Chizzini, in *Commentario del Codice Civile* diretto da E. Gabrielli, Milano, 2016.; G. Marchetti, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Milano, 2017.

⁴² E. Gabrielli, *Studi sulle garanzie reali*, Torino, 2015, 29. Sull'inadeguatezza del sistema della responsabilità patrimoniale a rispondere alle moderne istanze dell'economia si veda anche A. Morace Pinelli, *Atti di destinazione, trust e responsabilità patrimoniale del debitore*, Milano, 2007, 74; D. Russo, *Oltre il patto maritano*, cit., 9.

⁴³ AA.VV., *Responsabilità patrimoniale, Prescrizione*, in *Tratt. Dir. Civ.* a cura di P. Cendon, XII, Milano, 2014, 4.

⁴⁴ Sulla rilevanza fondamentale di tale principio: L. Barbiera, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, cit., 5; V. Roppo, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 504.

⁴⁵ Chianale-Terlizzi-Campolattaro-Martinelli, *Le garanzie reali e personali*, Torino, 2018, 6.

⁴⁶ R. Nicolò, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di*

prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale, cit., 11.

⁴⁷ Per l'inderogabilità del principio: L. Barbiera, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, in *Il codice civile - Commentario* diretto da Schlesinger, artt. 2740-2744, Milano, 2010, 132. L'Autore sviluppa la tesi sulla base delle indicazioni pregresse di R. Nicolò, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja-Branca, Libro Sesto, *Tutela dei diritti*, Bologna-Roma, 1954; V. Roppo, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. Dir. Priv.* diretto da Rescigno, XIX, Torino, 1985, 485 e segg. e voce "Responsabilità patrimoniale", in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1041 e segg.; C. Miraglia, voce "Responsabilità patrimoniale", in *Enc. Dir.*, XXVII, Roma, 1991, 8; C.M. Bianca, *Diritto civile. La responsabilità*, V, Milano, 2012, 412.

⁴⁸ In Francia e in Germania tale principio non è stato codificato: M. Giorgianni, *L'obbligazione (la parte generale delle obbligazioni)*, cit., 175; D. Rubino, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, cit. 7.

⁴⁹ Così per V. Roppo, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 514; C. Miraglia, voce "Responsabilità patrimoniale", cit., 377; G. Sicchiero, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 85; G. Marchetti, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., 96. R. Mentre Nicolò, *Della responsabilità patrimoniale*, cit., 12 effettua una bipartizione e L. Barbiera, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, cit., 35 che effettua una quadripartizione. V. anche Bianca, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, 186 e segg., che ha sottolineato la necessità di distinguere "l'impignorabilità giustificata dalla natura intrinseca di alcune categorie di beni, con l'insequestrabilità derivante da una particolare destinazione, senza per l'altro considerare che l'impignorabilità derivante dalla natura e dalla funzione dei beni (...) non configura tanto una limitazione della responsabilità, quanto una destinazione esterna a carattere permanente che viene impressa al bene (...) che non può essere oggetto di esecuzione da parte di qualsiasi categoria di creditori». A. Di Majo, *Responsabilità e patrimonio*, Torino, 2005, 53 e segg.; M. Porcelli, *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, o cit., 76 e segg.

⁵⁰ L'espressione è di V. Roppo, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 514.

⁵¹ G. Marchetti, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., 96.

⁵² V. Roppo, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 515 include nella categoria altresì gli artt. 695, 2117, 1558, 1923, 2305, 2531, 2614 c.c.

la prima ipotesi, la dottrina ha altresì indicato l'art. 514 c.p.c. che elenca le cose assolutamente impignorabili, ossia beni sottratti all'azione esecutiva finché perdura la loro particolare destinazione⁵³.

Nella seconda categoria, le limitazioni per la qualità dei debiti, rientrano i debiti che per la loro peculiare natura sono destinati a gravare su una parte soltanto una parte del patrimonio del debitore. L'esempio tipico è l'art. 490, 2° comma, c.c., il caso del chiamato all'eredità che accetta con beneficio di inventario⁵⁴.

Nella terza categoria alcuni beni sono sottratti alla garanzia patrimoniale generica soltanto per rispondere dei debiti collegati alla destinazione loro impressa⁵⁵. L'esempio, in questo caso, è l'art. 170 c.c. per cui i beni conferiti nel fondo patrimoniale non possono essere aggrediti per le obbligazioni contratte per scopi estranei ai bisogni della famiglia⁵⁶. A tal proposito, una parte della dottrina distingue le ipotesi di vera e propria limitazione della responsabilità da quelle che realizzano, invece, un particolare regime patrimoniale che dà origine ad una "responsabilità patrimoniale specializzata in quanto finalizzata ad un certo scopo", come appunto il fondo patrimoniale⁵⁷. Ad ogni modo, anche i particolari regimi patrimoniali sono disciplinati dall'art. 2740 c.c.⁵⁸.

In quest'ultima categoria rientrano indubbiamente anche le altre ipotesi legislative di destinazione patrimoniale impressa sui taluni beni come l'art. 2645-ter c.c., i patrimoni destinati ad uno specifico affare ex art. 2447-bis c.c. e gli altri numerosi casi normati⁵⁹.

Trattasi di "patrimoni separati" ovvero di quel com-

plesso di beni "che in forza di uno specifico vincolo di destinazione, sono sottratti alla funzione di garanzia svolta dal restante patrimonio generale, essendo riservati al soddisfacimento di dati creditori"⁶⁰.

Tali numerose fattispecie non solo derogano al principio di universalità della garanzia generica, ma sembrano mettere in discussione altresì un ulteriore principio di elaborazione dottrinale, il principio di unicità del patrimonio.

Tale principio esprime la regola per cui ad ogni soggetto corrisponde un unico patrimonio e, pertanto, l'esistenza di un patrimonio separato da un soggetto non sarebbe ipotizzabile così come non sarebbe possibile essere titolari di distinti patrimoni in relazione alla regola della responsabilità patrimoniale illimitata⁶¹.

Storicamente, il principio di unicità e indivisibilità del patrimonio ha avuto origine nel XIX secolo nell'ambito della teoria personalistica di derivazione francese per la quale vi è un nesso imprescindibile tra persona e patrimonio, tanto che le caratteristiche del soggetto avrebbero dovuto riflettersi sui suoi beni quali manifestazioni esteriori della personalità⁶².

Precisamente, tale principio è stato formulato dalla dottrina tedesca in commento del *Code civil* francese⁶³ e poi rivisitato dai francesi Aubry e Rau che ne hanno tradotto l'opera e ne hanno tratto ispirazione per affermare il nesso tra persona e patrimonio⁶⁴.

In realtà, come ha dimostrato lo studio dei testi originali, l'autore tedesco ha sì formulato tale principio, ma precisava anche che la legge consente alla

⁵³ R. Nicoló, *Della responsabilità patrimoniale*, cit., 12; G. Sicchiero, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 87.

⁵⁴ V. Roppo, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 515 che precisa che tale norma non rientra nella categoria se l'erede non è pieno titolo debitore dei debiti già del *de cuius*.

⁵⁵ V. Roppo, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 516; G. Marchetti, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., 97.

⁵⁶ Per G. Sicchiero, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 40 tale norma connota una deroga alla regola della responsabilità patrimoniale sulla base di categorie di creditori. Per un approfondimento sulla norma: A. Ferrari, *Fondo patrimoniale e trust familiare*, Milano, 2017.

⁵⁷ A. Di Majo, *Responsabilità e patrimonio*, cit., 16 il quale intende il "regime patrimoniale" come "una serie di regole organizzative, fonti di diritti e obblighi con il quale si intende dare un certo assetto al patrimonio."

⁵⁸ A. Di Majo, *Responsabilità e patrimonio*, cit., 22 per cui ai privati è rimessa soltanto la scelta tra un regime patrimoniale e l'altro, pur sempre disciplinato dall'art. 2740 c.c.

⁵⁹ Oltre ai casi già enumerati, solo ad esempio, la tecnica della separazione patrimoniale è stata utilizzata anche dalla l. 30 aprile 1999, n. 30 relativa alla cartolarizzazione dei crediti e dal Testo Unico della Finanza, D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, con riferimento ai servizi di investimento (art. 22) e alla gestione collettiva del risparmio realizzata mediante i fondi comuni di investimento (art. 36).

⁶⁰ Così definiti da C.M. Bianca, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., 189. Sulla categoria generale del patrimonio separato e sui rapporti con il principio generale di universalità e concorsualità della responsabilità patrimoniale: C.M. Bianca, *Vincoli di destinazione del patrimonio*, in *Enc. Giur. Treccani*, XV, Roma, 2007; M. Ceolin, *Destinazione e vincoli di destinazione nel*

diritto privato. Dalla destinazione economica all'atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c., Padova, 2010; P. Iamiceli, *Unità e separazione dei patrimoni*, cit., 13 che ha messo in evidenza la differenza tra i patrimoni dei soggetti di diritto e i cd patrimoni separati: "gli uni configurati come unitari in virtù dell'appartenenza ad un solo soggetto di diritto quale unico titolare delle situazioni giuridiche interne al patrimonio, gli altri dominati dalla destinazione allo scopo quale precipuo elemento di unificazione". V. anche F. Rosselli, *Responsabilità patrimoniale. I mezzi di conservazione*, cit., 32; A. Di Majo, *Responsabilità e patrimonio*, cit., 81; P. Manes, *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo*, Padova, 2005, 161 e segg.; Bigliuzzi Geri, *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, 1982, 280.

⁶¹ Si vedano G. Sicchiero, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 68; C.M. Bianca, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., 97; P. Manes, *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo*, cit., 158 e segg.

⁶² La teoria personalistica è influenzata dal pensiero illuminista e dall'idealismo romantico tedesco. Approfondiscono l'argomento: P. Iamiceli, *Unità e separazione dei patrimoni*, cit., 204 e segg.; C.M. Bianca, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., 148 nota 113; G. Rojas Elgueta, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 28; P. Manes, *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo*, cit., 163; A. Zoppini, *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni sperati della società per azioni*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, 546 e segg.; G. Marchetti, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., 114.

⁶³ Zachariä Von Lighental K.S., *Handbuch des Französischen Civil-rechts*, III, Heidelberg, 1837, paragrafo 573.

⁶⁴ A. Zoppini, *Autonomia e separazione del patrimonio*, cit., 552 ove precisa che il principio è frutto di uno studio del materiale normativo francese nell'ambiente culturale tedesco.

persona di possedere più patrimoni, sicché il principio di unicità del patrimonio non è assoluto, ma subisce delle eccezioni⁶⁵.

Quanto all'influenza di tale teoria nel panorama italiano, se inizialmente la dottrina ne era rimasta affascinata⁶⁶, successivamente si passò a preferire una concezione oggettivista⁶⁷ alla luce del fatto che la titolarità del patrimonio non impedisce alla legge di determinare casi in cui il soggetto non risponde dei debiti con taluni beni, fino alle disposizioni sui patrimoni separati⁶⁸. Non solo, la dottrina ha altresì rilevato che tale principio sia "un'astrazione equivoca priva di riscontri nel diritto positivo già nel Codice del 1865"⁶⁹.

L'equivoco alla base di questa teoria "è il confondere il patrimonio con la capacità patrimoniale"⁷⁰ e, dunque, unico e indivisibile è soltanto il diritto ad avere un patrimonio e non il patrimonio in quanto tale⁷¹.

La dottrina, quindi, oggi conviene che il principio di unicità del patrimonio non sia una regola dell'ordinamento tale da vietare a priori eccezioni *ex art.* 2740, 2° comma, c.c., quanto più un mero effetto della disciplina stessa della responsabilità patrimoniale che si trae dalla norma citata e la dottrina ormai maggioritaria afferma che il principio di unicità del patrimonio sia più che altro una "assunzione teorica" che si tramanda in "virtù di tradizione"⁷².

Pertanto, si ritiene che il principio di tipicità delle limitazioni alla responsabilità patrimoniale *ex art.* 2740, 2° comma, c.c. non sia affatto il corollario del principio di indivisibilità del patrimonio, bensì il corollario della regola opposta, ossia della sua divisibilità⁷³. Anzi, ormai le numerose ipotesi limitazione patrimoniale *ex art.* 2740, 2° comma, c.c. introdotte dall'evoluzione normativa sono così molteplici da mettere in discussione l'eccezionalità stessa della disposizione⁷⁴.

Appurato, dunque, che le limitazioni alla responsa-

bilità patrimoniale non si pongono in contrasto con il principio di unicità del patrimonio, occorre ora analizzare il rapporto tra queste e il principio di *par condicio creditorum*⁷⁵.

Una rilettura della *par condicio* e del divieto di patto commissorio

Nell'attuale formulazione la fattispecie di cui all'art. 2741 c.c. segue il medesimo schema logico dell'art. 2740 c.c. essendo anch'essa costruita sul binomio regola – eccezione. Il primo comma, infatti, esprime la regola della *par condicio creditorum* per poi specificare al secondo comma quali siano le sue deroghe.

Il primo corollario che deriva dalla norma, ad ogni modo, è l'irrelevanza della priorità temporale del credito quale "possibile misura della posizione reciproca dei creditori rispetto alla comune aspettativa di soddisfarsi sul patrimonio del debitore"⁷⁶, regola che potrebbe essere assunta come alternativa alla parità di trattamento dei creditori⁷⁷.

Tuttavia, nonostante il Codice abbia optato per la *par condicio*, la dottrina ha osservato concordemente che al pari del principio dell'universalità della responsabilità patrimoniale, anche il principio della *par condicio creditorum* "si rivela assai meno generale di quanto la sua enunciazione farebbe supporre"⁷⁸. Nell'ordinamento giuridico soccorrono, infatti, altri principi e altre regole che in concreto minano la posizione paritaria dei creditori, tanto da essere definite "possibilità legali di discriminazione"⁷⁹.

In primo luogo, una deroga a tale principio può verificarsi attraverso le scelte del debitore stesso. Si osserva, infatti, che è il medesimo obbligato a poter scegliere discrezionalmente quale debito esigibile adempiere per primo e quale no. In linea generale, la scelta è legittima poiché l'art. 2901, 3° comma, c.c. esclude l'azione revocatoria verso l'adempimento

⁶⁵ Zachariä Von Lighental K.S., *Handbuch des Französischen Civil-rechts*, III, Heidelberg, 1837, 423.

⁶⁶ L'espressione è di G. Marchetti, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., 125.

⁶⁷ Il superamento della teoria soggettiva si deve in particolare a F. Ferrara, *Tratt. Dir. Civ.*, I, Roma, 1921 e *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1911, 638. P. Manes, *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo*, cit., 166 rileva che il Codice del '42 ha adottato una impostazione oggettivista.

⁶⁸ G. Sicchiero, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 69; C.M. Bianca, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., 112; P. Manes., *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo*, cit., 166 e segg.

⁶⁹ F. Ferrara, *Tratt. Dir. Civ.*, cit., 869. Altri autori negano di poter considerare il patrimonio come *universitas iuris*: P. Iamiceli, *Unità e separazione dei patrimoni*, cit., 50; S. Pugliatti, *Gli istituti del diritto civile*, Milano, 1943, 302; V. Durante, voce "Patrimonio (dir. civ.)", in *Enc. Giur.*, XXII, Roma, 1990, 2; Trimarchi, voce "Patrimonio", in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, 1982, 278.

⁷⁰ F. Ferrara, *Tratt. Dir. Civ.*, cit., 870.

⁷¹ F. Ferrara, *La teoria della persona giuridica*, cit., 667.

⁷² G. Sicchiero, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 70; C.M. Bianca, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., 44, F. Alcaro, *Unicità del patrimonio e destinazione dei beni*, in C.M.

Bianca, (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, Milano, 2007, 106; G. Marchetti, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., 139.

⁷³ S. Meucci, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, Milano, 2009, 361 e G. Marchetti, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., 149.

⁷⁴ L'osservazione è di V. Roppo, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 509 già nel 1997.

⁷⁵ R. Nicoló, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, cit., 18.

⁷⁶ V. Roppo, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 530 per il quale così il principio esaurisce la sua reale portata.

⁷⁷ G. Sicchiero, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 239 ove osserva che si trovava affermato il principio della preferibilità del credito anteriore già nel *Corpus iustinianeo*, recepito poi nella coscienza medioevale giungendo a proclamare *qui prior est tempore potior est iure*.

⁷⁸ V. Roppo, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 530. Nello stesso senso anche Schlesinger, *Uguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1995, 319.

⁷⁹ V. Roppo, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 530.

di un debito scaduto, anche se di fatto può precludere l'adempimento degli altri debiti.

In secondo luogo, il principio della *par condicio creditorum* può essere vanificato dai creditori stessi alla luce delle norme che regolano l'esecuzione forzata. In particolare, ogni creditore per conseguire quanto dovuto è libero di far espropriare i beni del debitore ex art. 2910, 1° comma, c.c.

Non solo, l'ordinamento prevede, altresì, forme di postergazione convenzionale del credito come le obbligazioni subordinate ex art. 2411 c.c., i prestiti subordinati ex art. 12 T.U.B., la postergazione del creditore parzialmente surrogato ex art. 1205 c.c.⁸⁰.

Il principio della *par condicio creditorum*, inoltre, diversamente rispetto al passato, trova ormai ampie deroghe anche nell'ambito della procedura concorsuale. La più recente riforma delle procedure di insolvenza è contenuta nel D.Lgs. n. 14/2019 recante il *Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza* il quale nel Titolo IV ripropone i seguenti strumenti di regolazione della crisi: i piani attestati di risanamento, gli accordi di ristrutturazione, le procedure di esdebitazione e il concordato preventivo. A tal proposito, è pacifico che il debitore proponente il concordato o un accordo di ristrutturazione o un piano attestato può suddividere i creditori in classi ai fini di un trattamento differenziato che tenga ragionevolmente conto dei diversi interessi dei quali essi sono portatori. In tal modo, è tutt'altro che infrequente che ciò realizzi una lesione della *par condicio creditorum*, ma in tali ipotesi sembra preminente l'esigenza di salvaguardare la continuità aziendale.

Il principio della *par condicio creditorum*, inoltre, è ulteriormente circoscritto quando operi una causa legittima di prelazione che può essere di origine legale o convenzionale, come il pegno e l'ipoteca.

Ciò chiarito sugli artt. 2740 e 2741 c.c., si rende necessario analizzare parimenti quale sia l'attuale portata del divieto del patto commissorio e il ruolo determinante che torna ad avere il patto marciano.

Nell'attuale formulazione dell'art. 2744 c.c., il divieto del patto commissorio è stato esteso all'ipoteca e rispetto al testo precedente, si precisa che la nullità colpisce non solo il patto contestuale alla garanzia, ma anche quello posteriore. Tuttavia, è solo attraverso l'interpretazione estensiva operata dalla giurisprudenza che l'ambito di operatività del divieto del patto

commissorio si è notevolmente ampliato, con l'ulteriore effetto di un aumento della litigiosità e di una crescente incertezza sulle negoziazioni che realizzano, direttamente o indirettamente, funzioni di garanzia⁸¹.

In passato, ad esempio, la giurisprudenza si è espressa nei termini della violazione del divieto del patto commissorio in fattispecie di mandato a vendere conferito dal debitore al creditore⁸²; di opzione di acquisto di un bene concessa dal mutuatario al mutuante⁸³; di contratto preliminare o definitivo di compravendita condizionati all'inadempimento⁸⁴; di *leasing* finanziario⁸⁵; del contratto di *sale and lease back*⁸⁶.

Inoltre, i dubbi persistono con riguardo alla *datio in solutum*, sia successiva all'inadempimento, sia inserita nel regolamento contrattuale quale obbligazione facoltativa in virtù della quale il debitore può scegliere se adempiere o trasferire il bene, ritenuta per ora lecita in giurisprudenza⁸⁷, ma tuttora discussa in dottrina⁸⁸. Altre figure considerate lecite sono il pegno di crediti, la cessione dei beni ai creditori, la cessione di crediti a scopo di garanzia, la clausola penale, la caparra confirmatoria, il riporto⁸⁹.

Nel vagliare l'ammissibilità di un negozio con funzione di garanzia rispetto al divieto del patto commissorio, appurata la laconicità dell'art. 2744 c.c., la dottrina ha tentato di enucleare la *ratio* della norma e sin dall'entrata in vigore del Codice si sono susseguite numerose teorie, senza che sia mai stata raggiunta una consonanza.

Tuttavia, a dispetto della sentenza in commento, si ritiene che oggi l'individuazione della *ratio* del divieto del patto commissorio assuma una rinnovata rilevanza. Infatti, la comprensione della *ratio* del divieto del patto commissorio è funzionale all'inquadramento delle nuove figure introdotte dal Legislatore e per vagliare l'ammissibilità della figura atipica del patto marciano.

Sulla *ratio* del divieto del patto commissorio si possono individuare almeno tre diverse prospettive: una soggettivistica, una ordinamentale e una patrimonialistica.

Secondo la tesi soggettivistica, la *ratio* dell'art. 2744 c.c. si identifica nella 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 denaro⁹⁰.

Diversamente, secondo una prospettiva ordinamen-

⁸⁰ G. Marchetti, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., 265.

⁸¹ N. Cipriani, *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 998: l'Autore precisa che la normativa è aggravata dall'interpretazione data dalla giurisprudenza successiva agli anni '90 che estende il divieto anche al patto commissorio autonomo.

⁸² Cass. civ., 10 marzo 2011, n. 5740; Cass. civ., 23 novembre 2001, n. 14911, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it>.

⁸³ Cass. civ., 10 febbraio 1997, n. 1233, in *Contratti*, 1997, 455 e segg.

⁸⁴ Cass. civ., 29 agosto 1998, n. 8624, in *Foro It.*, 1999, I, c. 175 e segg.

⁸⁵ Cass. civ., 21 gennaio 2005, n. 1273, in *Foro It. online*.

⁸⁶ In tema di *lease back* di recente Cass. civ., 28 gennaio 2015, n. 1625, cit. ne ammette la liceità ove corredato di clausola marciana.

⁸⁷ Cass. civ., 6 ottobre 2004, n. 19950, in *Giust. Civ.*, 2005, I, 1528.

⁸⁸ A. Luminoso, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. Dir. civ.*, 2017, 29 secondo il quale: "la soluzione adottata dal Legislatore del '42, riguardo alla incondizionata liceità della *datio in solutum*, meriterebbe di essere rivista, apparendo essa nella realtà presente scarsamente rispettosa della dialettica degli interessi in gioco".

⁸⁹ A. Luminoso, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, cit., 18.

⁹⁰ Così D. Rubino, *La compravendita*, nel *Tratt. Cicu-Messineo*,

tale, la stipulazione commissoria realizza una forma di autotutela esecutiva del creditore vietata in quanto tale per il principio della *par condicio creditorum* derogabile solo nei casi previsti dalla legge⁹¹ e sia per il principio di esecuzione giurisdizionale, ritenuto di ordine pubblico, che riserva allo Stato ogni potere inerente alla realizzazione coattiva della pretesa creditoria⁹². Inoltre, tale stipulazione è contraria alle regole sulla causa del contratto in quanto realizza una forma di contratto che produce un effetto traslativo sebbene basato su una causa di garanzia⁹³.

Nelle teorie esemplificate si può notare come non si faccia riferimento a profili patrimonialistici, bensì come la stipulazione commissoria sia vietata per ragioni di autotutela, per il principio del numero chiuso dei diritti reali, per i profili di causa o per tutela della libertà negoziale del debitore.

In tale prospettiva, il patto commissorio è, dunque, vietato in sé e per sé, a prescindere dal rapporto di valore tra la cosa data in garanzia e il credito garantito e il conforto sarebbe dato dal dato normativo: gli artt. 2744 c.c. e 1963 c.c. sanzionano con la nullità la stipulazione commissoria a prescindere da un rapporto di proporzionalità tra il valore della cosa data in garanzia e il credito garantito⁹⁴.

Tuttavia, nell'ottica patrimonialistica, la *ratio* si individua nell'esigenza di impedire l'indebito vantaggio

che il creditore conseguirebbe, a danno del debitore, facendo propria una cosa che, se venduta secondo le garanzie di legge, procurerebbe un ricavo superiore all'ammontare del credito. La norma mira ad evitare un arricchimento ingiustificato del creditore e uno svantaggio del debitore che, per effetto della clausola commissoria, rischia di perdere un bene di valore superiore all'ammontare del credito garantito⁹⁵. Più precisamente, si pone un problema di tutela della posizione del debitore dal punto di vista patrimonialistico, ossia si vuole evitare che il debitore subisca una perdita in misura superiore al credito⁹⁶.

Si potrebbe obiettare che se il problema della stipulazione commissoria fosse un problema di proporzione ed equilibrio tra il bene dato in garanzia e il credito garantito, la reazione dell'ordinamento alla stipulazione commissoria in quanto contratto sproporzionato, non dovrebbe essere la nullità⁹⁷, bensì la rescissione⁹⁸. Infatti, nel caso del contratto concluso in stato di bisogno o di pericolo ove la debolezza di una parte si riflette nella sproporzione tra le prestazioni il rimedio è quello della rescissione. Lo stesso si afferma in caso di sproporzione sopravvenuta, anche in questa ipotesi il rimedio non è la nullità bensì la riduzione della prestazione, come ad esempio accade quando la penale è manifestamente eccessiva⁹⁹.

Milano, 1971, 1027; E. Caputo, *Vendite a scopo di garanzia e patto commissorio*, in *Giust. Civ.*, 1979, I, 886 e segg. Di contrario avviso: M. Di Paolo, voce "Patto commissorio", cit., 310 secondo il quale tale teoria non giustifica la nullità del patto anche quando il valore del bene sia inferiore al credito.

⁹¹ Così, V. Andrioli, *Divieto del patto commissorio*, nel *Comm. Scialoja-Branca*, Art. 2740-2899, Bologna-Roma 1945, 51; T. Mancini, *Vendita con patto di riscatto e nullità ex art. 2744 codice civile*, in *Foro It.*, 1966, I, c. 1120; G. Stolfi, *Promessa di vendita e patto commissorio*, in *Foro Pad.*, 1957, I, c. 767 e seg.; F. Carnelutti, *Mutuo pignoratizio e vendita con clausola di riscatto*, in *Riv. Dir. proc.*, 1946, II, 156. Di contrario avviso: Bianca, voce "Patto commissorio", in *Noviss. Dig. It.*, 717 e M. Di Paolo, voce "Patto commissorio", cit., 310 secondo il quale la teoria mal si colloca in un sistema ove al pregiudizio che un atto arreca alle ragioni dei creditori si reagisce con la sanzione dell'inefficacia relativa.

⁹² E. Betti, *Sugli oneri ed i limiti dell'autonomia privata*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1931, II, 699; G. Amorth, *Divieto del patto commissorio*, cit. 717 e segg.; U. Carnevali, voce "Patto commissorio", cit., 501. Di segno contrario: Bianca, voce "Patto commissorio", in *Noviss. Dig. It.*, XII, Torino, 1957, 717; U. Carnevali, voce "Patto commissorio", cit., 501. Oggi si dubita della coerenza di tale principio: E. De Belvis, *L'esecuzione privatizzata*, Milano, 2018; L. Follieri, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, Brescia, 2016.

⁹³ Il negozio di garanzia soddisfa l'interesse del creditore all'adempimento, mentre la stipulazione commissoria, pur essendo un negozio di garanzia soddisfa l'interesse del creditore all'inadempimento affinché possa diventare proprietario del bene. L'effetto traslativo, quindi, non può essere sorretto da una causa di garanzia, il contratto commissorio è nullo per inadeguatezza causale, la causa di garanzia non regge un effetto traslativo. S. Pugliatti, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, cit., 299 e segg.; M. Ferrari, *Vendita a scopo di garanzia e patto commissorio*, in *Giur. It.*, 1951, I, 1, c. 799; più di recente, nello stesso senso, M. Sesta, *Le garanzie atipiche*, Padova, 1988, 104 e segg.; G. Minniti, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1997, I, 47 e segg. Una tesi minoritaria sostiene la liceità del patto marciano a fronte dell'illiceità del patto

commissorio individuando nel patto commissorio una causa solutoria: F. Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, 103 e segg.; N. Cipriani, *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119*, cit., 1002 e A. Luminoso *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, cit., 19 e segg. e *Patto marciano e sottotipi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017, 1403. Per una critica costruttiva: G. Minniti, *Garanzia e alienazione*, Torino, 2007 e T. Rumi, *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *I nuovi marziani*, Torino, 2017, 113.

⁹⁴ U. Carnevali, voce "Patto commissorio", cit., 501 cita Cass. civ., 18 febbraio 1977 n. 736 e Cass. civ., 21 aprile 1976 n. 1403 e per l'Autore la norma sottende una presunzione in cui il valore della cosa data in garanzia è superiore al credito.

⁹⁵ A. Luminoso, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1990, I, 219 e segg.; Bussani, *Patto commissorio, proprietà e mercato*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1997, 125; A. Sassi, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999, 258; N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., 137.

⁹⁶ Per C.M. Bianca, voce "Patto commissorio", cit., 1957, 717 rileva che in taluni casi il patto commissorio può non essere svantaggioso per il debitore, ma tale affermazione non è contestualizzata nello spiegare la sanzione della nullità.

⁹⁷ Per C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, cit., 218 per il quale la sanzione della nullità indica che la norma mira alla tutela di un interesse generale che sarebbe quello di evitare che il patto diventi nell'ordinamento una clausola di stile e prevalga "un sistema di garanzia inidoneo ad esprimere un assoggettamento del patrimonio del debitore esattamente adeguato alla funzione di garanzia".

⁹⁸ C.M. Bianca, voce "Patto commissorio", in *Noviss. Dig. It.*, 717.

⁹⁹ T. Rumi, *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *I nuovi marziani*, Torino, 2017, 110: l'Autrice dà lo spunto per riflettere sull'accostamento tra clausola penale e patto commissorio, ma nel suo pensiero la clausola penale sdogana la validità del patto marciano per il meccanismo simile di preeterminazione del danno.

Si può però agevolmente ribattere che vi è almeno un altro caso in cui l'ordinamento reagisce alla sproporzione tra prestazioni con il rimedio della nullità. Tale ipotesi ricorre all'art. 1815, 2° comma, c.c. che sanziona con la nullità l'usura pecuniaria.

L'art. 2744 c.c. può, dunque, essere letto in relazione all'art. 1815, 2° comma, c.c.: in quest'ultimo caso l'ordinamento reagisce con la nullità all'usura pecuniaria così come nell'art. 2744 c.c. reagisce con la nullità all'usura reale. In una prospettiva opposta alla precedente, quindi, il patto commissorio è vietato poiché può costituire una forma di usura reale ove il creditore riceve in garanzia un bene di valore superiore rispetto al credito garantito e l'effetto è quello di un eccesso di garanzia per il creditore e un eccesso di responsabilità per il debitore¹⁰⁰.

Individuare la *ratio* del divieto di patto commissorio in un'ottica patrimonialistica è determinante per comprendere l'ammissibilità del patto marciano atipico.

In tale prospettiva si giustificano anche le precedenti pronunce della giurisprudenza sulla sua validità¹⁰¹, sentenze che presuppongono una diversa prospettiva del divieto del patto commissorio. La medesima logica caratterizza, altresì, le deroghe legislative al patto commissorio¹⁰², le nuove forme di autotutela privata e i nuovi marcziani di recente previsione legislativa.

Dunque, come conferma la sentenza in commento, il patto marciano atipico quale frutto dell'autonomia privata è valido pur non essendo previsto in via generale dalla legge¹⁰³.

L'ammissibilità di patti su parte del patrimonio con effetto abdicativo della responsabilità

Alla luce di tutte le considerazioni svolte, appare, dunque, necessario rivalutare quel principio sostenuto dalla dottrina più tradizionale che vieta in linea generale e senza eccezioni, tutti i patti diretti a limitare la

responsabilità patrimoniale del debitore e ammettere nell'autonomia negoziale, quindi, anche il patto marciano con effetto abdicativo¹⁰⁴.

Questa tesi evolutiva, per molto tempo isolata, in realtà è stata avanzata proprio in uno dei primi commenti al Codice del 1942¹⁰⁵ ove Rubino afferma che la *ratio* dell'art. 2740, 2° comma, c.c. è di "evitare che un soggetto – nella specie il debitore – con proprio atto unilaterale di volontà, direttamente o indirettamente, determini effetti pregiudizievoli per altri soggetti, e precisamente limiti quella responsabilità che la legge dispone a favore dei creditori"¹⁰⁶. L'Autore prosegue chiarendo che "essendo questa la ragione del divieto, la limitazione di responsabilità è consentita nei riguardi di quel creditore che eventualmente intervenga nel negozio con cui la limitazione viene disposta"¹⁰⁷.

Dunque, aderendo a tale orientamento, alcuni studiosi, di recente, hanno messo in discussione il principio che vieta i patti sulla responsabilità patrimoniale per affermarne, invece, la piena ammissibilità¹⁰⁸.

A sostegno della tesi depone, *in primis*, un argomento teleologico: l'interesse protetto dall'art. 2740, 2° comma, c.c. è quello di proteggere il creditore dai comportamenti con cui il debitore si sottragga volontariamente alla propria responsabilità¹⁰⁹. Più precisamente, si fa riferimento ai casi in cui il debitore ponga in essere atti cui il creditore sia estraneo e che possano diminuire la responsabilità patrimoniale verso di lui, ossia atti che realizzano forme di separazione patrimoniale oltre i casi tassativamente previsti dalla legge¹¹⁰.

Diversamente, non sono da escludere patti sulla responsabilità di cui sia parte o promotore il creditore stesso. Ad esempio, risponde alla *ratio* della norma il patto tra debitore e creditore con cui essi convengano che il creditore non agisca esecutivamente sui beni del debitore in cambio di una fideiussione o di una ipoteca di un terzo datore¹¹¹.

¹⁰⁰ La preferenza per la tesi patrimonialistica per spiegare la *ratio* è confermata anche dal dato storico: Costantino ha vietato il patto commissorio per arginare fenomeni usurari.

¹⁰¹ Cass. civ., 29 gennaio 2015, n. 1625 cit. e App. Bologna, 7 dicembre 2015, in *Nuova Giur. Comm.*, 2016, 737 con nota di Buset, *Ancora su procura a vendere e patto commissorio*.

¹⁰² Il riferimento va ai contratti di garanzia finanziaria ex art. 1, lett. d) e art. 6, D.Lgs. n. 170/2004 sebbene non comportino un effetto abdicativo della garanzia patrimoniale generica.

¹⁰³ Per fugare ogni dubbio è certamente valida la proposta di introdurre un art. 2744-bis nel c.c. che istituzionalizzi il patto marciano in presenza di tutte le condizioni che conciliano la tutela del creditore, del debitore e di un controllo giurisdizionale. L'auspicio è di: R. Marseglia, *L'evoluzione della disciplina dei pegni non possessori*, Torino, 2018, 176; G. D'Amico, *La resistibile ascesa del patto marciano*, in *Europa e Diritto Privato*, 2017, 1; G. Brianda, *Le prospettive del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria lex mercatoria e tradizione*, in *Contratto e Impresa*, 3, 2016, 799; S. Pagliantini, *Sull'art. 48 bis T.U.B.*, in *I nuovi marcziani*, Torino, 2017, 102 il quale precisa che sul destino da riservare agli altri creditori dell'obbligato sta facendo capolino l'idea di riservare loro, quando chirografari, un nuovo privilegio generale.

¹⁰⁴ Così G. Sicchiero, *I patti sulla responsabilità patrimoniale* (art. 2740 c.c.), in *Contratto e Impresa*, 2012, 91.

¹⁰⁵ D. Rubino, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, in *Tratt. dir. civ. italiano* diretto da Vassalli, XIV, Tomo I, Torino, 1956,

11-12.

¹⁰⁶ D. Rubino, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 11-12.

¹⁰⁷ D. Rubino, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 12. La questione dell'efficacia reale od obbligatoria del patto è trattata nel prosieguo del paragrafo.

¹⁰⁸ G. Sicchiero, *I patti sulla responsabilità patrimoniale* (art. 2740 c.c.), cit., 91 e segg.; Id. v. anche *La responsabilità patrimoniale*, cit., 41 e segg. e *Funzione di liquidazione, universalità della responsabilità e parità di trattamento*, in *Attività di liquidazione e tutela dei creditori* a cura di Ruggeri, Parente, Napoli, 2014, 45 e segg.; G. Rojas Elgueta, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 72 e 172-178; Id. *Il rapporto tra l'art. 2645 ter c.c. e l'art. 2740 c.c.: un'analisi economica della nuova disciplina*, in *Banca Borsa*, 2007, 185 e segg.; S. Pagliantini, *Il debito da eccezione a regola*, in *Persona e Mercato*, 2014, 111; L. Follieri, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., 81; G. Marchetti, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., 238.

¹⁰⁹ G. Sicchiero, *I patti sulla responsabilità patrimoniale* (art. 2740 c.c.), cit., 94.

¹¹⁰ G. Sicchiero, *I patti sulla responsabilità patrimoniale* (art. 2740 c.c.), cit., 94: l'Autore, ad esempio, esclude la possibilità di costituire un fondo patrimoniale tra conviventi non sposati, seppur sostenuta da autorevole dottrina.

¹¹¹ G. Sicchiero, *I patti sulla responsabilità patrimoniale* (art. 2740 c.c.), cit., 95.

Non solo, la Relazione al Codice civile al n. 1124 conferma un'interpretazione siffatta della norma poiché si legge che il principio di responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c. è posto "nell'interesse del credito e dell'economia" e il riferimento specifico all'interesse dell'economia assume significato se correlato alla tutela del creditore poiché anche l'economia ne risentirebbe ove l'adempimento fosse rimesso alla sola buona volontà del debitore¹¹².

In tale ottica si spiega il comma secondo dell'art. 2740 c.c. ove non consente limitazioni di responsabilità "fuori dei casi previsti dalla legge": ossia, esso deve essere interpretato nel senso che, solo nei casi stabiliti dalla legge, il debitore può imporre limitazioni alla garanzia attraverso le forme di separazione patrimoniale e diversamente, tali limitazioni sono ammesse ove vi sia il consenso del creditore.

A tal proposito, la dottrina più recente ha coniato l'espressione di responsabilità patrimoniale "negoziata" per distinguerla dalle limitazioni della garanzia patrimoniale generica "imposte" ai creditori¹¹³.

Con la prima definizione si fa riferimento ai patti limitativi della responsabilità patrimoniale che sono frutto di un accordo tra debitore e creditore, ove il debitore sottrae alcuni beni alla garanzia generica, ma il creditore non ne è svantaggiato poiché ottiene altre utilità.

La seconda, invece, indica i casi di separazione patrimoniale realizzati dal debitore ove tale potere gli è attribuito dalla legge e ove il creditore non è coinvolto nella scelta di separare determinati cespiti patrimoniali dalla garanzia generica.

Se nel primo caso il creditore acconsente alla disapplicazione della regola di universalità della responsabilità patrimoniale, nel secondo caso, invece, il creditore subisce, senza scelta, l'applicazione di un regime diverso da quello dell'art. 2740, 1° comma, c.c.¹¹⁴.

Appurato, dunque, che simili patti non vanno soggetti a nullità per violazione di norme imperative, occorre verificarne la tenuta sotto il profilo causale. Trattandosi, infatti, di un contratto atipico, occorre verificare in concreto la meritevolezza dell'interesse ai fini della tutela *ex art. 1322 c.c.*¹¹⁵.

In particolare, per una tesi, il requisito della meri-

tevolezza *ex art. 1322*, comma due c.c. sarebbe soddisfatto ogniqualevolta l'accordo risponda all'interesse del creditore a ottenere in cambio la concessione di un beneficio per la realizzazione del proprio credito, quale potrebbe essere, ad esempio, la concessione di un diritto reale di garanzia o di una garanzia personale aggiuntiva prestata da un terzo.

L'interesse del debitore si sostanzia, invece, nel circoscrivere l'oggetto della garanzia patrimoniale¹¹⁶.

Per altra tesi più estensiva, invece, l'ambito dei patti causalmente ammissibili non deve essere circoscritto ai casi in cui il creditore riceva un vantaggio quale sorta di corrispettivo per la rinuncia all'universalità della responsabilità patrimoniale¹¹⁷. In tale prospettiva, si osserva che la "meritevolezza" quale sinonimo di liceità implica la non contrarietà degli interessi perseguiti dall'autonomia privata a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume, ossia impone soltanto un limite in negativo e non in positivo¹¹⁸.

Ad ogni modo, gli esempi pratici di patti sulla responsabilità patrimoniale meritevoli di tutela sono molteplici. Ad esempio, si pensi al caso in cui debitore e creditore pattuiscono la non aggressione di alcuni beni in cambio di una fideiussione; oppure all'accordo con cui il debitore conferisca in pegno alcuni beni con diritto di seguito e prelazione in cambio della rinuncia da parte del creditore di aggredire altri determinati beni, anche futuri¹¹⁹.

La letteratura ha affrontato, altresì, un diverso aspetto dei patti limitativi la responsabilità, ossia il problema relativo alla loro efficacia, se essa sia reale od obbligatoria.

Per una prima tesi più risalente, nella vigenza del Codice civile Zanardelli, si affermava la natura reale del patto limitativo della responsabilità patrimoniale, così ammettendo la possibilità di rendere l'accordo opponibile ai terzi¹²⁰.

Per opposto orientamento, nell'interpretazione degli scritti di Rubino, invece, il patto ha efficacia obbligatoria e la cui violazione genera mera responsabilità risarcitoria del creditore che agisca esecutivamente sui beni sottratti all'azione esecutiva stessa. Dunque, si nega al patto efficacia reale, come vero e proprio limite preclusivo all'azione espropriativa¹²¹.

¹¹² G. Sicchiero, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 44: "non sussiste, invece, alcun problema di tutela generale dell'economia, non si prospetta cioè un problema di ordine pubblico economico (art. 1343 c.c.) qualora il creditore e il debitore convengano di concentrare le possibili azioni esecutive su alcuni beni anziché su altri".

¹¹³ L'Autrice G. Marchetti, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., ha coniato la distinzione, si veda 238 e segg.

¹¹⁴ G. Marchetti, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., 238.

¹¹⁵ Sempre G. Sicchiero, *I patti sulla responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)*, cit., 98; Id. v. anche *La responsabilità patrimoniale*, cit., 44 e *Funzione di liquidazione, universalità della responsabilità e parità di trattamento*, in *Attività di liquidazione e tutela dei creditori* a cura di Ruggeri, Parente, Napoli, 2014, 45 e segg. Nello stesso senso anche L. Follieri, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., 81.

¹¹⁶ G. Sicchiero, *I patti sulla responsabilità patrimoniale (art.*

2740 c.c.), cit., 105: viene affermata la validità non di qualunque patto con cui il debitore e il creditore si accordano per restringere l'oggetto della garanzia patrimoniale, ma solamente di quelli da cui risulti "la razionalità della limitazione di responsabilità in quanto controbilanciata da altra risorsa che giunge al creditore e che altrimenti egli non riceverebbe".

¹¹⁷ G. Marchetti, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., 249.

¹¹⁸ G. Marchetti, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., 249.

¹¹⁹ Gli esempi sono offerti da G. Sicchiero, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 44.

¹²⁰ Si veda la ricostruzione storica operata da G. Sicchiero, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 53 ove richiama il pensiero di Greco.

¹²¹ L. Barbiera, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 131 ove ricostruisce il pensiero di Rubino in *La responsabilità patrimoniale*, cit., 12.

Nella più recente dottrina, tuttavia, si fa strada un ulteriore orientamento che apporta delle importanti precisazioni circa la questione dell'efficacia reale od obbligatoria dei patti limitativi della responsabilità patrimoniale.

In particolare, si osserva che il pensiero di Rubino debba essere analizzato in modo più approfondito per “chiarire quale sia la portata effettiva della tutela attribuita al debitore, allorché il creditore proceda esecutivamente sui beni esclusi dalla garanzia patrimoniale”. Si valorizza il fatto che la questione della efficacia reale od obbligatoria di un patto rilevi solo al cospetto di contratti traslativi. Diversamente, la questione non assume valore ove il contratto abbia ad oggetto una obbligazione a contenuto negativo poiché “si tratta di istituti che assumono pregnanza quando riferiti agli effetti dei contratti rispetto agli estranei”¹²².

Così, i rimedi esperibili dal debitore non sono limitati all'azione di risarcimento del danno, poiché trattandosi di contratto con forza di legge tra le parti, il debitore può opporre l'esistenza dell'accordo di non esecuzione sui beni ed essere legittimato all'opposizione all'esecuzione per ottenere la cessazione del comportamento inadempiente con declaratoria di invalidità dell'esecuzione iniziata dal creditore¹²³.

Difatti, il debitore può sempre richiedere la manutenzione del contratto, anziché la sua risoluzione *ex art.* 1453 c.c. e “in tal caso l'adempimento del patto di non aggredire alcuni beni troverà eventuale attuazione coattiva non tanto nell'art. 2933 c.c., giacché qui non c'è nulla da distruggere, ma nella declaratoria di invalidità dell'esecuzione iniziata dal creditore inadempiente”¹²⁴.

Dunque, il creditore risponderà dei danni per violazione del patto, ma la tutela risarcitoria non esclude la tutela in forma specifica “che resta ugualmente a presidio del debitore come difesa principale all'aggressione dei beni esclusi dall'azione esecutiva”¹²⁵.

La tesi è confortata dalle norme in materia di tutela contro la violazione del patto di non concorrenza.

■ Danni non patrimoniali

Cassazione civile, Sez. III, 29 ottobre 2019, n. 27590 – Pres. Armano – Rel. Scarano – P.M. Sgroi – F.P. (avv. Milone) – Assicurazioni Generali S.P.A. (avv. Spagnolo) – Fincantieri S.P.A. (avv. Morricco, Di Rosa). *Cassa con rinvio App. Palermo, 15 ottobre 2016.*

Trattasi di un altro tipo di accordo che fa sorgere una obbligazione a contenuto negativo e in cui la giurisprudenza riconosce al contraente deluso la domanda di esecuzione coattiva del patto con obbligo di cessare la concorrenza o la risoluzione del contratto e in ogni caso il risarcimento¹²⁶. Di conseguenza, la medesima disciplina può essere applicata al patto limitativo della responsabilità patrimoniale.

Da ultimo, l'ammissibilità di patti sulla responsabilità è confortata dal dato normativo stesso. Infatti, il Codice ammette agli artt. 1977 e 1980 c.c. l'accordo con i creditori su determinati beni, ossia la cessione di beni ai creditori; così nella disciplina della società di persone, l'escussione del patrimonio dei soci illimitatamente responsabili è subordinata alla previa esecuzione sui beni della società *ex art.* 2268 c.c.¹²⁷.

O ancora, la dottrina richiama, altresì, l'art. 1179 c.c. quale fondamento per creare forme atipiche di garanzia, come la ritenzione atipica a tutela del creditore¹²⁸.

Inoltre, sovengono, altresì, le numerose discipline speciali introdotte di recente che, come anticipato, introducono un effetto limitativo della responsabilità patrimoniale.

Quindi, le nuove deroghe all'universalità della responsabilità finora esaminate, confermano l'interpretazione teleologica prospettata sull'art. 2740, 2° comma, c.c. quale norma a favore della tutela dell'affidamento del creditore. In tal senso, sono da ritenersi ben ammissibili accordi abdicativi della responsabilità patrimoniale ove il creditore stesso sia parte della negoziazione con il debitore. Essi sono da ammettersi anche oltre i casi espressamente previsti dalla legge poiché come anticipato, le ipotesi legislative sono quelle che configurano una limitazione patrimoniale imposta dal debitore.

La nuova prospettiva consente di aprire nuovi spazi all'autonomia privata e di avvicinare l'ordinamento giuridico italiano a sistemi dove la tecnica della negoziazione sulla garanzia generica è utilizzata da tempo¹²⁹.

■ Responsabilità civile – Assicurazione (Contratto di) – Danni in materia civile e penale – Danni non patrimoniali

Nel vigente sistema di responsabilità civile, al danno

¹²² G. Sicchiero, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 54: l'Autore porta ad esempio la prelazione volontaria che spesso viene descritta come prelazione obbligatoria per indicare la sua inopponibilità ai terzi quando il bene che ne forma oggetto sia stato alienato in violazione del patto di prelazione.

¹²³ G. Sicchiero, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 54.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ G. Sicchiero, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 54. Nello stesso senso anche L. Follieri, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., 83 e G. Rojas Elgueta, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 185 e segg.

¹²⁶ Sempre G. Sicchiero, *I patti sulla responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)*, cit., 105; Id. v. anche *La responsabilità patrimoniale*, cit., 54. Tra i giudici di merito: Tribunale di Verbania, 8 febbraio 2018, n. 600 in *dejure*; Trib. Lecco, 12 agosto 2011 in *Giur. Annotata Dir. Ind.*, 2011, 1280; Tribunale di Milano, 19 luglio 2011 in *Giur. Annotata Dir. Ind.*, 2013, 22.

¹²⁷ Esempi forniti da G. Sicchiero, *I patti sulla responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)*, cit., 100.

¹²⁸ G. Sicchiero, *Osservazioni sintetiche sul patto di ritenzione da Emilio Betti all'Arbitro Bancario finanziario*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2016, 614.

¹²⁹ G. Marchetti, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., 294: il riferimento va all'ordinamento statunitense, spagnolo, francese e del Québec.