

RATIO, PORTATA ED EFFETTI DEL DIVIETO DEL PATTO
COMMISSORIO (A PARTIRE DALLE OPERE DI CESARE
MASSIMO BIANCA)

*RATIO, SCOPE AND EFFECTS OF THE PROHIBITION OF
COMMISSIONER AGREEMENT (STARTING FROM THE WORKS OF
CESARE MASSIMO BIANCA)*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 2092-2125



Andrea Maria
GAROFALO

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de enero de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: Il contributo è dedicato al divieto di patto commissorio e, in particolare, all'apporto che Cesare Massimo Bianca ha dato al suo studio. Individuatane la ratio nell'interesse generale alla repressione di queste pattuizioni, in senso concorde con le tesi di Bianca, si passa poi a descrivere la portata e gli effetti del divieto, sempre nel dialogo con gli studi dell'autore.

PALABRAS CLAVE: Patto commissorio; Cesare Massimo Bianca.

ABSTRACT: *The paper is dedicated to the prohibition of patto commissorio and, in particular, to Cesare Massimo Bianca's contribution to its study. Having identified the rationale in the general interest in the repression of such agreements, in accordance with Bianca's thesis, the essay then describes the scope and effects of the prohibition, always in dialogue with the author's studies.*

KEY WORDS: *Patto commissorio; Cesare Massimo Bianca.*

SUMARIO.- I. INTRODUZIONE.- II. LA RATIO DEL PATTO COMMISSORIO SECONDO LA DOTTRINA TRADIZIONALE E LE CRITICHE DI BIANCA.- III. LO SNATURAMENTO DELLA FUNZIONE NEL PATTO COMMISSORIO.- IV. LA DANNOSITÀ SOCIALE DEL PATTO COMMISSORIO.- V. LA VIOLAZIONE DIRETTA DEL DIVIETO DI PATTO COMMISSORIO.- VI. LA VIOLAZIONE INDIRETTA DEL DIVIETO DI PATTO COMMISSORIO.- VII. IL PATTO MARCIANO E IL RIADeguAMENTO DELLA STRUTTURA ALLA FUNZIONE.

I. INTRODUZIONE.

Le opere di Cesare Massimo Bianca sono divenute classici del diritto privato italiano, tanto che non vi è giurista o cultore del diritto degli ultimi decenni che non ne sia venuto in qualche modo in contatto. Con il suo Trattato, dallo stile semplice, incisivo e asciutto, Bianca ha formato generazioni intere di studiosi, esercitando un'influenza senza pari sull'evoluzione dell'ordinamento italiano.

A fronte di ciò, affermare che non vi è tema alcuno che non sia stato indagato da Cesare Massimo Bianco con profondità e acutezza non risulta certo una frase di circostanza. Cionondimeno, vi sono alcuni argomenti che ancora più di altri possono venire associati al nome dell'autore, giacché in relazione a questi egli ha elaborato teorie che, poi, sono divenute diritto vivente: basti pensare alla causa concreta o alla buona fede precontrattuale e contrattuale.

Tra questi argomenti ve n'è uno che, in vario modo, ha attraversato buona parte del percorso intellettuale dell'autore: il divieto del patto commissorio. Ad esso Bianca aveva dedicato una monografia nel 1957, a soli venticinque anni¹: una monografia che, in vario modo, anticipava le sue tesi sulla causa concreta². E proprio nelle sue pagine dedicate alla causa del contratto si sente l'eco di quello scritto giovanile, ancor oggi pregno di attualità e, non a caso, ampiamente ripreso nelle pagine del settimo tomo del Trattato dedicate proprio al divieto del patto commissorio³.

Credo che il miglior modo per ricordare e omaggiare colui che è stato maestro per tutti i civilisti italiani sia continuare a percorrere quelle vie che egli ci ha aperto, riflettendo sui suoi spunti al fine di cogliere quella ricchezza che ha contraddistinto

1 BIANCA, C.M.: *Il divieto del patto commissorio*, Milano, Giuffrè, 1957.

2 BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, III¹, *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 419 ss.; *Id.*: *Diritto civile*, III², *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 447 ss.; *Id.*: *Diritto civile*, III³, *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 409 ss.

3 BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, VII, *Le garanzie reali. La prescrizione*, Milano Giuffrè, , 2012, p. 275 ss. V. peraltro pure *Id.*: "Patto commissorio", *Novissimo Digesto italiano*, XII, Torino, Utet, 1965, p. 711 ss.; *Id.*: "Il divieto del patto commissorio: un passo indietro", *cit.*, *Rivista di diritto civile*, 1987, II, p. 117 ss.

• **Andrea Maria Garofalo**

Ricercatore di Diritto Privato, Università Ca' Foscari Venezia, E-mail: andreamaria.garofalo@unive.it

tutti gli scritti dell'autore. Proverò a farlo prendendo in considerazione le opere che Bianca ha dedicato al divieto del patto commissorio, nella convinzione che questi studi, dipanatisi nell'arco della sua intera vita, ne rappresentino in modo eccellente l'opera, intersecandosi con molti dei temi centrali nella sua riflessione e, al tempo stesso, palesando la fortissima influenza che tutto il pensiero dell'autore ha avuto sulla dottrina e sulla giurisprudenza italiane.

II. LA RATIO DEL PATTO COMMISSORIO SECONDO LA DOTTRINA TRADIZIONALE E LE CRITICHE DI BIANCA.

Il patto commissorio è quell'accordo «che, per il caso di inadempimento dell'obbligazione, conferisce al creditore il diritto di fare definitivamente proprio un bene del debitore, o anche di un terzo, a soddisfacimento del credito senza che il bene sia conteggiato secondo il suo attuale valore»⁴.

Il nostro codice, come ricorda Bianca, sancisce in realtà il divieto di patto commissorio accessorio, ossia quel patto con cui, più specificamente, «si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore (art. 2744)». Inoltre, una «analogha disposizione è dettata in tema di anticresi (art. 1964)»⁵.

Tuttavia, dottrina e giurisprudenza ritengono – per ragioni condivisibili, come vedremo – di far cadere sotto la scure del divieto anche il patto commissorio autonomo, ossia non avente a oggetto un bene già ipotecato o dato in pegno o in anticresi, in qualsiasi modo avvenga (o sia programmato che avvenga) il passaggio di proprietà⁶.

Ancor oggi assai discusso è il fondamento del divieto del patto commissorio, benché la sua individuazione non costituisca un mero esercizio dottrinale, risultando al contrario necessaria per comprendere la portata e gli effetti del divieto in esame. La dottrina suole riportare le varie tesi a tre gruppi: e così fa anche il nostro autore, che ricorda pure le critiche elevate contro tutte queste tesi.

4 BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 275 s. La bibliografia è sterminata: oltre agli autori citati nelle note che seguono, v. quelli menzionati da GALLO, P.: "Il divieto del patto commissorio, tra passato e avvenire", in MACARIO, F., ADDANTE, A., COSTANTINO, D. (a cura di): *Scritti in memoria di Michele Costantino*, I, ESI, Napoli, 2019, p. 535, nt. I, nonché quelli richiamati da IACUANIELLO BRUGGI, M.: "Patto commissorio", in *Enciclopedia giuridica*, XXII, Treccani, Roma, 1990, p. 14 ss.

5 BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 275.

6 Cfr. BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 275 s.; Id.: *Il divieto*, cit., p. 72 s. La contraria opinione era già stata abbandonata da giurisprudenza e dottrina maggioritarie al tempo della monografia di Bianca del 1957: v., al riguardo, pure Id.: "Patto commissorio", cit., p. 714 s.

Secondo un primo orientamento⁷, che vede tuttora una schiera abbastanza nutrita di sostenitori⁸, il patto commissorio realizza un vantaggio ingiusto del creditore e, dunque, va represso per tale ragione. Infatti, il debitore perderà definitivamente la proprietà di un bene a fronte dell'inadempimento di un'obbligazione il cui ammontare potrebbe risultare – e di norma risulta – inferiore, e spesso anche molto inferiore, rispetto al valore del bene.

Tuttavia, come nota Bianca, «la legge colpisce di nullità il patto commissorio pur quando in concreto esso non apporti al creditore alcun indebito arricchimento per essere il valore del bene corrispondente all'importo del credito soddisfatto», sicché appaiono «insoddisfacenti le spiegazioni che fanno leva sul carattere usurario e ingiusto del vantaggio che il creditore verrebbe a realizzare a danno del debitore»⁹.

In realtà, alla critica esposta potrebbe replicarsi che essa dà già per assodato che il divieto di patto commissorio si applichi anche nelle ipotesi considerate (quelle in cui in concreto manca il pregiudizio del debitore). In effetti, dal tenore delle due disposizioni di legge può fondatamente trarsi una simile conclusione: per cui potremmo sostenersi che, quanto meno de iure condito, la ratio individuata non possa sostenere l'ampio divieto di patto commissorio.

Nondimeno, anche se si volesse dare per buona l'obiezione, si potrebbe comunque reperire un'altra e diversa ragione di critica rispetto alla tesi che fonda il divieto del patto commissorio sull'abuso di una parte nei confronti dell'altra: nel nostro ordinamento, come in quasi tutti i sistemi giuridici, lo squilibrio economico non è generalmente fonte di nullità di un accordo (in Italia, ad esempio, tale squilibrio può tutt'al più giustificare la rescissione o, nei soli limiti in cui sussistono gli estremi di una vera e propria usura, produrne la nullità)¹⁰.

Ne consegue che basare il divieto di patto commissorio sull'abuso di una parte nei confronti dell'altra, inteso come pregiudizio economico cui risulta esposta la seconda verso la prima, risulta poco condivisibile. Difatti, verrebbe da chiedersi come mai l'ordinamento non appresti identiche garanzie anche per la datio in

7 V., *ex multis*, D'AMELIO, M.: "Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale: disposizioni generali", in *Codice civile. Libro della Tutela dei Diritti*, in *Comm. D'Amelio-Finzi*, Firenze, G. Barbera, 1943, p. 453; RUBINO, D.: *La compravendita*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 1027.

8 Pur con numerosi aggiornamenti, volti soprattutto a superare la critica di quanti ricorda che il patto commissorio è sempre nullo, anche quando non ricorre in concreta alcuna iniquità. Di «presunta coartazione» parla Russo, D.: *Oltre il patto marciano*, Napoli, ESI, 2017, p. 135; secondo DE MENECH, C.: "Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio", *I contratti*, 2015, p. 827 s., «secondo la ricostruzione tradizionale ... dal frequente assoggettamento del debitore nei confronti del creditore, il legislatore fa derivare una presunzione *iuris et de iure* di iniquità del trasferimento della cosa data in garanzia e, da questa, fa automaticamente scaturire la nullità della convenzione traslativa».

9 BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 281.

10 Lo ricorda lo stesso BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 281; e v. già ID.: *Il divieto*, cit., p. 208 ss.

solutum o la novazione, le cui funzioni, pur diverse da quelle del patto commissorio, non sono poi così distanti.

Un secondo gruppo di opinioni fonda il divieto di patto commissorio su una presunta inderogabilità degli strumenti giuridici predisposti dall'ordinamento affinché il creditore ottenga la sua soddisfazione: in altri termini, su una asserita impossibilità di aggirare, mediante forme di autotutela, la procedura esecutiva, che come tale richiede l'intervento dell'autorità giudiziaria.

Nemmeno questa tesi, che comunemente si fa risalire a Betti¹¹, appare oggi convincente. Il nostro autore, a tal riguardo, ricorda che il patto commissorio può anche essere autonomo (nel qual caso esso giocoforza non aggirerebbe le procedure esecutive previste per le garanzie reali tipiche) e, inoltre, che il divieto di autotutela privata su cui l'opinione menzionata fa leva è, semplicemente, «indimostrato»¹².

In effetti, già da tempo si rileva che l'autotutela è ammessa, seppur entro ristretti limiti, dal nostro ordinamento. Anzi, in qualche forma essa è anche favorita dallo Stato, nella misura in cui rimanda semplicemente l'intervento giudiziario e, pur senza consentire ai consociati di venire ad arma, permette una tutela rapida e proporzionata¹³. Addirittura, negli ultimi tempi si è parlato di una diffusione di forme di "esecuzione privatizzata"¹⁴, che si porrebbero in perfetta consonanza con il principio di sussidiarietà che domina l'ordinamento attuale.

Infine, l'ultimo insieme di tesi valorizza l'esigenza di tutela degli altri creditori del debitore e, quindi, il principio di par condicio creditorum, affermando che il patto commissorio lederebbe le ragioni degli altri creditori e, quindi, richiede di essere vietato proprio per evitarne il pregiudizio.

L'opinione, sostenuta già da Carnelutti¹⁵ ma riapparsa anche in tempi recenti¹⁶, non appare convincente.

11 BETTI, E.: "Sugli oneri ed i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione dell'obbligazione", *Rivista del diritto commerciale*, 1931, II, p. 699.

12 BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 282; *Id.*: *Il divieto*, cit., p. 202.

13 Sul punto vale la pena di confrontare le due voci di BETTI, E.: "Autotutela (dir. priv.)", in *Enciclopedia del diritto*, IV, Giuffrè, Milano, 1959, p. 529 ss., e di BIANCA, C.M.: "Autotutela", in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento, IV, Giuffrè, Milano, 2000, p. 130 ss.

14 Cfr. AMADIO, G.: "Contratto, crisi economica e nuove garanzie", in *Id.*: *Lezioni di diritto civile*³, Giappichelli, Torino, 2018, p. 447 ss.; DE BELVIS, E.: *L'esecuzione privatizzata*, Napoli, ESI, 2018. Il riferimento va qui soprattutto ai "nuovi marciatori", su cui v. *infra*, in particolare nt. 68.

15 CARNELUTTI, F.: "Note sul patto commissorio", *Rivista del diritto commerciale*, 1916, II, p. 888 ss.; *Id.*: "Mutuo pignoratizio e vendita con clausola di riscatto", *Rivista di diritto processuale*, 1946, II, p. 156 ss.

16 Cfr. BARBIERA, L.: *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali. Artt. 2740-2744²*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 315 ss., e già ANDRIOLI, V.: "Divieto del patto commissorio", in NICOLÒ, R., ANDRIOLI, V., GORLA, G., *Libro sesto. Tutela dei diritti. Artt. 2740-2899*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1945, p. 49 ss. Quantunque quasi tutta la giurisprudenza attuale ritenga che l'art. 2744 c.c. miri «a difendere il debitore da illecite coercizioni del creditore» (aderendo così alla prima generica ratio),

Anzitutto, come rileva Bianca, «nel nostro ordinamento la tutela contro gli atti di disposizione del debitore pregiudizievoli per i creditori è rimessa al rimedio dell'azione revocatoria, che non sanziona la nullità degli atti ma la loro inefficacia nei confronti dei creditori che lo esperiscono»¹⁷.

A ciò si può aggiungere che, per quanto possa essere vero che l'alienazione in garanzia dia vita a una diversa e nuova causa di prelazione, ciò implica l'adozione di forme di pubblicità sufficienti (in particolare, per i beni immobili, l'opponibilità dell'alienazione in garanzia impone l'adempimento degli oneri legati alla trascrizione).

Di conseguenza, gli altri creditori non possono dirsi più lesi di quanto non avvenga nei casi di datio in solutum o novazione: sicché non può essere la loro tutela il fondamento del divieto di patto commissorio.

In conclusione, tutte le opinioni passate in rassegna risultano insoddisfacenti e non colgono nel segno. Vediamo, allora, qual è il fondamento del divieto del patto commissorio per Bianca e quali passi in avanti porti con sé la sua tesi.

III. LO SNATURAMENTO DELLA FUNZIONE NEL PATTO COMMISSORIO.

Secondo Bianca «il patto commissorio realizza a danno del debitore una distorsione di fondo della funzione di garanzia, ... ma è la sua idoneità a diffondersi che lo converte in danno sociale». Già in questa breve formula, con la sintesi tipica del maestro catanese, è compendiato tutto il pensiero dell'autore circa la ratio del patto commissorio (che nelle righe precedenti e successive Bianca espone in modo più ampio e analitico).

Ricorrono, in quest'affermazione, due elementi, su cui dovremo concentrare la nostra attenzione (rispettivamente in questo e nel prossimo paragrafo): lo snaturamento della funzione di garanzia che si realizza nel patto commissorio; la dannosità sociale dello stesso patto commissorio. Il trait d'union di questi due elementi è il danno sofferto dal debitore: o, meglio, il danno che questi rischia di soffrire. Esso è, come vedremo, implicato dallo snaturamento della funzione e presupposto dalla dannosità sociale del patto commissorio.

Per comprendere in che senso vi sia, nel patto commissorio, una distorsione della funzione di garanzia¹⁸ dobbiamo anzitutto ricordare che il patto commissorio è un

alcune sentenze associano a tale scopo quello di assicurare la *par condicio creditorum* (v. Cass., 3 febbraio 2012, n. 1675, *Giurisprudenza italiana*, 2013, p. 339; v. pure MACARIO, F.: "Il divieto del patto commissorio e la cessione dei crediti in garanzia", in *Tratt. Lipari-Rescigno*, IV. II, Giuffrè, Milano, 2009, p. 206).

17 BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 283. E v. già Id.: *Il divieto*, cit., p. 214 ss.

18 Sulla presenza di una tale funzione v. già BIANCA, C.M.: *Il divieto*, cit., p. 113 ss. Al tempo, però, Bianca non parlava di snaturamento della causa (solo più di recente ha ritenuto che tale distorsione possa in parte giustificare il divieto di patto commissorio, pur dovendo essere completata – come vedremo – da una

accordo accessorio a una garanzia tipica o autonomo che realizza o programma un trasferimento di proprietà. Come si addivenga appare poco rilevante: è essenziale, semmai, che tale trasferimento sia previsto – o, meglio, che la definitività di tale trasferimento sia prevista – per il caso in cui un certo debito resti inadempito (a prescindere dall'ammontare del debito e, in particolare, dall'eventuale maggior valore del bene rispetto all'ammontare del debito).

Orbene, un trasferimento di proprietà (o un trasferimento finalmente definitivo della proprietà) che mira a estinguere un debito (anche se di ammontare minore) corrisponde a una struttura che definiremmo, a prima vista, solutoria. Del resto, considerata in sé e per sé, tale struttura è in tutto e per tutto corrispondente a quella della *datio in solutum*: un negozio solutorio, sicuramente valido, che ha la sola particolarità di venire concluso in un momento di regola successivo all'inadempimento¹⁹.

La particolarità del patto commissorio è che esso, a differenza della *datio in solutum*, si pone a monte di un inadempimento effettivo²⁰: tant'è vero che esso non viene concluso per adempiere un'obbligazione, ma semmai per uno scopo di garanzia²¹. E in questo si può rilevare la distorsione della funzione: il patto commissorio di per sé persegue una funzione di garanzia, che però è realizzata per il tramite di una struttura solutoria, ossia di una struttura che, di per sé, è volta a perseguire una corrispondente funzione solutoria²². L'inquinamento dello scopo di garanzia con uno scopo solutorio snatura il primo, giacché, a rigore, la funzione di garanzia implica che il creditore possa rafforzare la sua sicurezza di veder adempiuto un credito, ma non si arricchisca o comunque si avvantaggi in altro modo dalla garanzia costituita, mentre allo scopo solutorio risulta del tutto indifferente che il bene trasferito sia o meno di valore pari all'ammontare del debito.

giustificazione di stampo eteronomo). In ogni caso, nell'individuazione di una funzione di garanzia in ogni patto commissorio si poteva già rilevare un modo molto moderno di intendere la causa del contratto.

- 19 Qualsiasi sia la tesi che si voglia seguire in tema di *datio in solutum*, di certo dovrà ammettersi che la sua funzione è prettamente, e unicamente, solutoria: così avviene anche se la prestazione in luogo dell'adempimento è decisa, e fornita, prima dell'inadempimento, giacché comunque l'efficacia dell'accordo si accompagna all'estinzione del debito (che non è, viceversa, rinviata a un momento successivo). V. anche, sul punto, le osservazioni di LUMINOSO, A.: "Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva", *Rivista diritto civile*, 2017, p. 18.
- 20 BIANCA, C.M.: *Il divieto*, cit., p. 108.
- 21 V. BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 277 s.: «il patto commissorio è un'alienazione in funzione di garanzia, in quanto conferisce al creditore un bene destinato a soddisfare il suo credito nel caso in cui il debitore non paghi alla scadenza. Il patto commissorio crea un vincolo di garanzia che rafforza giuridicamente il diritto di credito». E ancora: «la causa di garanzia distingue il patto commissorio vietato rispetto ai negozi aventi funzione solutoria o liquidativa, come la dazione in pagamento, la cessione dei beni ai creditori, il mandato ad alienare, ecc.» (BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 278).
- 22 In altri termini, «nel patto commissorio l'effetto solutorio è un modo di realizzazione della garanzia, che consiste nel diritto del creditore di far proprio il bene del debitore o di un terzo a soddisfacimento del proprio credito» (così BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 278).

Amnesso, quindi, che la funzione solutoria in qualche modo snaturi quella di garanzia, v'è da chiedersi perché questa distorsione venga repressa dall'ordinamento. Il che ci porta a parlare più in generale dei problemi relativi allo snaturamento della causa.

Il nostro sistema giuridico, in effetti, conosce diverse ipotesi di distorsione della causa, cui reagisce con la nullità. Basti pensare alla condizione meramente potestativa (la cui apposizione implica nullità dell'accordo ai sensi dell'art. 1355 c.c.); alla limitazione di responsabilità per dolo e colpa grave (nulla ex art. 1229 c.c., tanto più se decisa contestualmente alla conclusione del contratto da cui sorge il credito); alla penale (riducibile d'ufficio in virtù dell'art. 1384 c.c. se la prestazione individuata è manifestamente eccessiva rispetto all'interesse del creditore alla prestazione originaria).

In linea generale, la ragione che giustifica la previsione della nullità (integrale o solo parziale), in questi casi, sta nell'impossibilità per l'ordinamento di intendere il senso dell'atto e, quindi, di regolarlo: una impossibilità che, peraltro, non solo osta a una disciplina corretta del negozio, ma per di più ridonda in una insensatezza e, di qui, in un potenziale abuso.

In altri termini, la distorsione della causa impone di ritenere contraddittoria o comunque inadeguata la disciplina prevista dalle parti per il loro rapporto: il che rende giocoforza incontrollato e incontrollabile lo svolgimento della relazione contrattuale. Tutto ciò non può che tradursi in un abuso di un contraente a scapito dell'altro: abuso rispetto a cui l'ordinamento resterebbe passivo e che, tuttavia, si connoterebbe come particolarmente odioso, giacché il rapporto contrattuale sarebbe in realtà volto a soddisfare interessi diversi rispetto a quelli che le clausole incongrue permettono di realizzare.

Anche nel caso del patto commissorio, in effetti, si presenta qualcosa di simile. La causa di garanzia viene snaturata da quella solutoria (cui si ricollega la previsione dell'acquisto definitivo della proprietà del bene). E una tale distorsione si collega, a sua volta, a un abuso, per lo meno tutte le volte in cui il creditore si appropria con definitività di un bene del debitore di valore ben superiore all'ammontare del debito.

In questa prospettiva, dunque, è lo snaturamento da reprimere, e non già l'abuso; l'abuso, invece, costituisce un corollario della distorsione, che è di per sé da inibire. In tale ottica, dunque, si può comprendere perché sia erroneo collegare il divieto del patto commissorio alla sproporzione dei valori in gioco (irrilevante come ogni ipotesi di squilibrio contrattuale non particolarmente connotato), ma al contempo possa ritenersi che un certo e specifico abuso contribuisca a colorare la *ratio* di un simile divieto. Il fatto è che il divieto non si regge semplicemente sullo

squilibrio economico, che come tale non è importante per l'ordinamento; l'abuso, al contrario, è un corollario dello snaturamento causale²³, che ne è implicato (e che al tempo stesso giustifica l'atteggiamento del sistema giuridico verso il fenomeno della distorsione causale²⁴).

Possono così leggersi le parole di Bianca, là dove egli sottolinea che «chi è costretto a dare un bene in garanzia per ottenere un credito è facilmente indotto ad accettare l'imposizione di un patto che comporta la perdita del bene stesso solo come una mera eventualità subordinata al mancato adempimento dell'obbligazione garantita»²⁵. È la distorsione causale che, facendo apparire voluta una certa causa (la garanzia), induce ad accettare l'esito potenzialmente solutorio, il qualche a sua volta appare tanto più ingiusto, giacché non è davvero accettato (ma anzi è respinto, nel momento in cui si intende semplicemente concedere un certo bene in garanzia²⁶).

Non vanno, però, nemmeno sottaciuti i dubbi che l'impostazione esaminata reca in sé e che sono di almeno due distinti ordini.

Anzitutto, si potrebbe ritenere che, anche considerando il nocciolo forte del divieto del patto commissorio (relativo a quei patti inerenti a beni il cui valore è al momento dell'accordo e resta sino all'appropriazione superiore all'ammontare del debito), lo snaturamento non vi sia o, per meglio dire, vi sia, ma non ridondi in una vera e propria incompatibilità tra interessi di garanzia e struttura solutoria. In altre parole, si potrebbe addurre che le due funzioni sottese al patto commissorio possano convivere o, per lo meno, non siano così incompatibili: e, in effetti, ci si potrebbe domandare se, magari adottando una prospettiva maggiormente formalistica, risulti ammissibile una loro coabitazione (con la conseguenza che la repressione del patto commissorio dovrebbe trovare altrove la sua ratio).

In secondo luogo, andrebbe tenuto in debita considerazione che il patto commissorio può presentarsi in una molteplicità di forme: che dire del patto relativo a un bene dal valore inferiore al debito al momento della conclusione del

23 Se così non fosse, sarebbe davvero arduo comprendere come mai è sicuramente valida una vendita posta in essere per ottenere liquidità magari anche a un prezzo sfavorevole, mentre non è valida una vendita con patto di riscatto se sottende una finalità di garanzia (su cui v. *infra*, § VI). E lo stesso vale, ovviamente, per il confronto tra una *datio in solutum* iniqua, ma valida, e un patto commissorio autonomo.

24 La distorsione causale rende subdola e occulta la presenza di uno scopo solutorio, il che fa apparire tanto ingiusta l'eventuale attivazione del corrispondente meccanismo, perché in realtà non voluta dal debitore (che, nell'approvare la convenzione commissoria, non può che escludere la finalità solutoria, incompatibile con una reale funzione di garanzia). A sua volta, su un piano generale la repressione dello snaturamento causale deriva anche dagli esiti perniciosi che esso di regola sottende.

25 BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 283.

26 In modo non troppo dissimile, e cioè cambiando solo la prospettiva, vi è chi pone l'accento sulla speranza, per il debitore, di recuperare il bene dato in garanzia: speranza alimentata dallo stesso patto commissorio e che induce il debitore a fare oggetto di un patto commissorio un bene di valore anche molto superiore al credito. V. a tal riguardo LUMINOSO, A.: "Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio", *Rivista di diritto civile*, 1990, p. 230.

patto e anche al tempo della sua appropriazione? E come inquadrare quei – diversi – patti commissori aventi ad oggetto beni che al momento del perfezionamento dell'accordo valgono più (o meno) del debito, ma al tempo dell'appropriazione hanno un valore inferiore (o superiore)? Torniamo, qui, al problema del danno (e dell'abuso), che nel patto commissorio non è inevitabile, ma è solo potenziale, traducendo in un rischio di danno. Ciò che indebolisce ulteriormente la *ratio* di un generale divieto del patto commissorio basata solo sullo snaturamento causale.

I dubbi in parola sono, a ben vedere, quelli che conducevano Bianca a manifestare il suo dissenso rispetto a quelle tesi dottrinali volte a ridurre nella (sola) distorsione della causa la *ratio* del divieto di patto commissorio: a suo dire, infatti, questa distorsione è sì rilevante, così come lo è il conseguente «indebito approfittamento a carico del debitore»; tuttavia, è solo l'«idoneità a diffondersi» che «converte in danno sociale» il pregiudizio arrecabile dal patto commissorio e che, quindi, ne giustifica la repressione²⁷.

Passiamo, allora, a verificare in che modo la «dannosità sociale» del patto commissorio «ne giustifica la sanzione di nullità»²⁸: nel farlo, ci accorgeremo di quanto la tesi, già sostenuta nel 1957 da Bianca, sia ancora perfettamente attuale.

IV. LA DANNOSITÀ SOCIALE DEL PATTO COMMISSORIO.

I due dubbi menzionati rispondono, come subito vedremo, a due perplessità diverse, che debbono venire superate in modo differente.

Quanto al primo ordine di criticità, deve considerarsi che la prospettiva dello snaturamento causale – così come l'enfasi che può riporsi in essa – è variabile a seconda di alcune scelte apicali dell'ordinamento, che hanno subito un profondo mutamento negli ultimi decenni (anche grazie alle prese di posizione del nostro autore).

E, infatti, un ordinamento più formalista tende a dare poco spazio alla distorsione della causa, ponendo la sua attenzione soprattutto sui dati strutturali e tendendo a evitare discorsi svolti nella prospettiva funzionale. Al contrario, un sistema più sostanzialistico valorizza a pieno l'approccio causale, finendo per ampliare le ipotesi in cui può presentarsi uno snaturamento della funzione a fronte di una struttura decisa dalle parti ma inappropriata per realizzare gli interessi perseguiti.

L'ordinamento italiano ha visto, negli ultimi ottant'anni, uno spostamento da posizioni più formalistiche a un marcato sostanzialismo. Ciò è avvenuto in virtù

²⁷ Cfr. BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 283 s., da cui anche le citazioni.

²⁸ BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 284.

di scelte politiche diverse (riassumibili in una spinta solidaristica che ha condotto verso una spiccata “materializzazione” dell'autonomia), cui si è accompagnata dal punto di vista tecnico una revisione delle categorie tradite (ad esempio, con l'attribuzione di un peso sempre maggiore alla causa e agli interessi perseguiti dalle parti).

Questo spostamento del baricentro ha condotto a rileggere la *ratio* di numerose disposizioni, tra cui quelle che s'erano prima citate quali esempi di una repressione ordinamentale dello snaturamento della causa, e ad ammettere un sindacato finanche giudiziale – quindi caso per caso – sulla inadeguatezza della struttura rispetto alla funzione (o comunque, e più in generale, sul contrasto tra i diversi interessi che vanno a comporre la causa del singolo e concreto contratto).

Così, e per fare un esempio, l'art. 1229 c.c. non è stato più inteso tanto nel senso di una sanzione della condotta abusiva del debitore nei confronti del creditore, motivata sulla necessità (di stampo eteronomo) di salvaguardare il creditore. Al fondamento eteronomo della disposizione si è sostituita, dunque, una ragione tutta interna all'autonomia (o, meglio, a un'autonomia fortemente “materializzata”), rispetto alla quale l'abuso del debitore non è più la *ratio* dello specifico intervento legislativo, ma semmai è un corollario inevitabile di un uso distorto dell'autonomia, che ne giustifica la repressione ordinamentale²⁹.

E una simile tutela dell'autonomia da un uso distorto è anche alla base delle moderne ipotesi di immeritevolezza (ipotesi che la giurisprudenza ha rinvenuto con ampiezza e che sempre riproducono la logica della reazione contro uno snaturamento della causa). Di conseguenza, la stessa immeritevolezza ha abbandonato quella tensione eteronoma, che vi rinveniva lo strumento per contrastare atti di autonomia potenzialmente perniciosi per la socialità, per riassetarsi proprio nell'ambito della tutela dell'autonomia finanche... da se stessa³⁰.

Come si vede, dunque, la tendenza antiformalistica si collega a un modo d'intendere l'autonomia solidaristica e, per così dire, sociale: dove la “socialità” non è intesa come protezione eteronoma di soggetti deboli o di interessi in senso lato pubblici, ma piuttosto come normalizzazione dell'autonomia, onde permetterle un sindacato rispetto a ipotesi devianti.

29 V. in particolare il passaggio dalla tesi che rinveniva nell'art. 1229 c.c. un rimedio di fronte a un abuso del debitore (POLACCO, V.: *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1915, p. 385 ss.) a quella che ravvisava una contraddizione logica tra l'idea di obbligazione e l'esonero da responsabilità (v. ad esempio TORRENTE, A.: “Le clausole di esonero e le clausole limitative della responsabilità”, *Giustizia civile*, 1951, p. 251 ss.).

30 V., volendo, GAROFALO, A.M.: “Fisiologia e patologia della causa contrattuale. Profili generali e applicazioni specifiche, PERLINGIERI G., RUGGERI, L., *L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa*, ESI, Napoli, 2019, p. 711 ss.

Un simile processo ha investito anche il patto commissorio, la cui *ratio* ha visto, almeno in parte, avvicinarsi³¹ alla protezione eteronoma di un soggetto la tutela dell'autonomia privata rispetto a un suo snaturamento³². Certo, come si è detto nel patto commissorio questa logica – di repressione dello snaturamento causale – riguarda soprattutto le ipotesi centrali (quelle in cui il bene dato in garanzia ha e mantiene valore ben superiore al debito) e si presenta con minor forza rispetto ad altri casi di distorsione causale (giacché lo scopo di garanzia appare, di primo acchito, meno incompatibile con lo scopo solutorio di quanto non avvenga, *mutatis mutandis*, nelle ipotesi degli artt. 1229, 1355 e 1384 c.c.). Nondimeno, anche il patto commissorio si presta, entro questi limiti, a vedere la sua *ratio* colorata nel modo che si è visto, proprio grazie a questo slittamento di scelte politiche e tecniche dell'ordinamento e della rilevata forte “materializzazione” dell'autonomia³³.

Di tutto ciò Bianca non parla espressamente: tuttavia, possiamo ritenere che tali esiti siano in una certa misura impliciti nelle sue pagine.

Del resto, la prospettiva solidaristica e sostanzialistica attuale è stata sempre propugnata da Bianca nei suoi scritti, tanto che egli può essere annoverato tra i principali fautori del successo della buona fede e della causa concreta del contratto

-
- 31 È stato proprio Bianca a notare questa tendenza, rintracciandola in alcune opere apparse dagli anni Ottanta (cfr., seppur in senso diverso e vario, CARNEVALI, U.: “Patto commissorio”, *Enciclopedia del diritto*, XXXII, Giuffrè, Milano, 1982, p. 501; ANELLI, F.: *L'alienazione in funzione di garanzia*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 79; SCOZZAFAVA, T.O.: “Note in tema di garanzia”, *Contratto e impresa*, 2008, p. 855) e poi esplicitandola nella formula della “distorsione causale”. Del resto, mentre l'autore non faceva cenno allo snaturamento della causa nella monografia del 1957 (ove nondimeno l'accento posto sulla funzione di garanzia corrispondeva a una prospettiva funzionalista, al tempo assai moderna), egli ne tratta ampiamente nel volume del suo Trattato del 2012 (pur ritenendo tale distorsione – lo vedremo a breve – insufficiente a fondare il divieto del patto commissorio in tutta la sua latitudine). Peraltro, parallelamente al percorso descritto da Bianca è emerso, di recente, un orientamento volto addirittura a sostituire alla funzione unicamente di garanzia rinvenuta nel patto commissorio una funzione esclusivamente solutoria: infatti, se la prima opinione era condivisa da Pugliatti e dallo stesso Bianca (PUGLIATTI, S.: “Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia”, in *Id.*: *Diritto civile. Metodo - teoria - pratica*, Giuffrè, Milano, 1951, pp. 338 ss. e 363 ss., e oggi SASSI, A.: *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, ESI, Napoli, 1999, p. 193 ss.), in un tempo a noi più vicino vari autori hanno rintracciato nel patto commissorio solo una funzione unicamente solutoria, spesso ritenendo che il negozio di garanzia sia autonomo rispetto a quello commissorio (anche al fine di conservarne gli effetti, pur in caso di nullità del segmento solutorio; cfr. ANELLI, F.: *L'alienazione*, cit., p. 303 ss., ma soprattutto CIPRIANI, N.: *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, ESI, Napoli, 2000, p. 126). Nel testo, invece, si aderirà all'idea che vede entrambe le funzioni cumulate in un solo negozio, che effettivamente appare voluto dalle parti, e da loro approvato, come unitario.
- 32 Un simile processo, peraltro, ha condotto anche a un'estensione del divieto, dapprima – come ricorda BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 290, nt. 46 – inteso come eccezionale e non applicabile analogicamente (v. spec. PUGLIESE, G.: “Intorno alla validità della vendita a scopo di garanzia”, *Rivista di diritto civile*, 1955, p. 1064 ss.), e poi come rivolto a tutte le operazioni idonee a dar luogo alla ben nota distorsione causale. Del resto, il passaggio da una prospettiva eteronoma ad una di tutela dell'autonomia ha coinciso con un potenziamento della causa e una valorizzazione degli interessi concretamente perseguiti dalle parti (mentre nel passato si attribuiva precipua importanza ai dati meramente strutturali, in chiave maggiormente formalistica).
- 33 L'incompatibilità va comunque individuata mediante un giudizio social-tipico delle diverse funzioni e della possibilità che esse convivano (pur con la vaghezza che tale giudizio inevitabilmente ha: vaghezza che si riduce non appena esso si proietta sull'ordinamento giuridico, ove l'operato dei vari formanti, e quindi le scelte politiche e tecniche che essi in forme diverse assumono, limita i margini di incertezza e ambiguità).

(a partire già dal tomo che egli dedicava al divieto di patto commissorio³⁴). Inoltre, la stessa idea di Bianca per cui lo snaturamento causale deve coniugarsi a quella della dannosità sociale potrebbe essere collegata alla necessaria “materializzazione” dell'autonomia e, quindi, all'esigenza di leggere il divieto come reazione a un uso distorto di un'autonomia riletta in modo “materializzato” (si tornerebbe, cioè, all'idea di una “socialità” tutta interna all'autonomia).

In effetti, motivazioni analoghe a quelle testé riportate – la causa come ragione concreta, la materializzazione dell'autonomia, l'interesse generale che vi è al fondo – sono state addotte proprio per giustificare le tesi moderne relative allo snaturamento causale creato dal patto commissorio³⁵: e, in questi termini, può ritenersi che esse siano implicite nei paragrafi che Bianca dedica alla *ratio* del divieto in esame. Non può però sottacersi che l'autore richiama la distorsione causale tipicamente veicolata dal patto commissorio anche e soprattutto per rilevarne l'insufficienza a rendere ragione dell'ampio divieto legislativo: tanto che, a suo dire, essa deve venire accompagnata da una differente giustificazione³⁶.

Ci avviciniamo, così, al senso con cui davvero Bianca intende l'espressione «dannosità sociale»³⁷: senso che dovremo indagare affrontando al contempo il secondo dubbio prima esposto.

Come si rilevava, l'idea dello snaturamento e della sua repressione può giustificare il divieto di patti commissori aventi ad oggetto beni di valore più alto (o addirittura manifestamente più alto) dell'ammontare del debito al momento in cui viene concluso il contratto, così come al tempo di escussione di questa particolare forma di garanzia (a prescindere, per giunta, dalle ragioni per cui è

34 L'idea per cui la causa di garanzia va individuata sulla base degli interessi concretamente perseguiti dalle parti (e, quindi, va rinvenuta anche nelle alienazioni risolutivamente condizionate all'inadempimento e nei patti commissori obbligatori, così come nella vendita con patto di riscatto allorché piegata a tale funzione e, dunque, necessariamente da riqualificare: BIANCA, C.M.: *Il divieto*, cit., pp. 139, 155 ss., 183 s., 321 ss. e 327 ss.) anticipava infatti la tesi della causa concreta come ragione concreta del contratto, su cui v. soprattutto ID.: *Diritto civile*, III², cit., 2000, p. 447 s.

35 V. ANELLI, F.: *L'alienazione*, cit., p. 88 ss. Proprio richiamando le tesi di Bianca, e traducendo «la formula dell'interesse generale ... nell'individuazione di un interesse generale ... a che una serie di valutazioni sulla meritevolezza di tutela degli opposti e confliggenti interessi ... non venga ad essere stravolta dall'inserimento nel rapporto di profili di disciplina dettati con riferimento ad interessi e situazioni affatto diversi», si esprime MINNITI, G.F.: “Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia”, *Rivista del diritto commerciale*, 1997, p. 57 s. (il quale, però, giunge su tale base addirittura a negare la validità del patto marciano).

36 Ed è ancor più meritorio che l'autore non abbia mai ceduto alle suggestioni della teoria della causa concreta (che in larga parte si deve proprio a lui), e non abbia così rinvenuto solo nella distorsione causale la *ratio* del patto commissorio, pur in un torno di anni in cui la causa ha “colonizzato” interi settori del diritto civile (compreso, per l'appunto, quello del patto commissorio). Con grande equilibrio Bianca ha valorizzato la causa nei limiti in cui ciò risultava opportuno e necessario, continuando però a dirsi convinto che il divieto del patto commissorio dovesse trovare anche altrove la sua giustificazione, nei termini di cui diremo a breve.

37 A tal riguardo va ricordato che, pure nel parlare di immeritevolezza, nelle sue ultime opere Bianca ha fatto riferimento alla «dannosità sociale»: tuttavia, nel farlo egli si è espressamente riferito a una valutazione eteronoma dell'accordo, più vicina alla proposta bettiana che all'attuale utilizzo giurisprudenziale della categoria. V. da ultimo BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, III³, cit., p. 412 ss.

stato concluso il singolo accordo³⁸). La ratio così individuata, tuttavia, sbiadisce ogni qual volta si considerino patti commissori relativi a beni di valore inferiore (o addirittura manifestamente inferiore) al credito sia al tempo del perfezionamento sia nel momento dell'appropriazione, così come patti commissori inerenti a beni di valore originariamente inferiore o viceversa superiore, ma poi divenuti – in modo imprevedibile – di valore superiore o viceversa inferiore all'ammontare nel credito.

Nei primi casi, in effetti, l'incompatibilità tra garanzia ed estinzione del debito appare ancor meno presente³⁹, tanto che potrebbe supporre che i contratti sfuggano al divieto di patto commissorio (sorgerebbero, semmai, diversi quesiti, ossia se le parti davvero intendano che il creditore debba soddisfarsi sul bene e se esse vogliano che, appropriandosi definitivamente del bene, egli perda ogni diritto sul residuo rispetto al valore del bene stesso⁴⁰). Nelle altre ipotesi verrebbe fatto

- 38 L'idea che fa perno sullo snaturamento causale vede nell'abuso un corollario dello stesso (che può contribuire alla necessità di punire lo snaturamento, ma che non deve essere oggetto di concreta attenzione dell'interprete). Al contrario, la logica eteronoma di repressione diretta dell'abuso non può non prendere in una qualche considerazione la situazione in cui è perfezionato il patto commissorio, quanto meno per chiedersi se esso riguarda solo il patto commissorio contestuale al sorgere del credito o anche quello successivo. In questa prospettiva il divieto in esame viene per solito collegato alla necessità, per il debitore, di convincere il creditore a perfezionare il contratto (normalmente di mutuo) e, nel caso di patto commissorio *ex intervallo* (concluso dopo il sorgere del rapporto obbligatorio), di ottenere una dilazione. Così avviene, in particolare, nella Relazione al codice (n. 1127) e così fa anche, in qualche modo, BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., pp. 283 e 286 (distanziandosi un poco dalla tesi dello snaturamento: v. infatti già LD.: *Il divieto*, cit., p. 207, ove nessuno spazio era dato all'opinione della distorsione causale). Nondimeno, chi oggi segue la tesi, meno recente e più formalistica, del fondamento eteronomo del divieto in esame normalmente non richiede all'interprete di verificare caso per caso la ragione per cui il debitore è addvenuto al patto commissorio, ritenendo che comunque la preclusione legislativa abbia portata onnicomprensiva.
- 39 Del resto oggi l'art. 120-*quinquiesdecies* T.U.B., nel regolare un'ipotesi legale di patto marciano, prevede: «[f]ermo quanto previsto dall'articolo 2744 del codice civile, le parti possono convenire, con clausola espressa, al momento della conclusione del contratto di credito, che in caso di inadempimento del consumatore 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». Ora, anche a voler ritenere che la norma si riferisca solo a patti marciari la cui operatività è facoltativa (nel senso che è il creditore a decidere se attivarli o se procedere a una normale espropriazione forzata), si deve dedurre che l'eventualità di una soddisfazione del creditore minore rispetto all'entità del credito, in forza di un accordo concluso ancor prima dell'inadempimento, non appare al legislatore da reprimere per forza di cose: e deve ritenersi che ciò valga non solo nell'ambito specifico cui si interessa la disposizione (credito immobiliare a consumatori), ma anche in altre ipotesi (semmai le peculiarità del rapporto di consumo potrebbero rinvenirsi nella regola, che più di taluno legge nella disposizione in esame, per cui il trasferimento definitivo del bene o dei suoi proventi avrebbero necessariamente effetto estintivo dell'obbligo). Va anche osservato che, nel far salvo l'art. 2744 c.c., la disposizione pare implicare che il divieto di patto commissorio riguardi anche beni di valore inferiore al debito garantito. In generale, sull'effetto in senso lato "esdebitativo" dei nuovi meccanismi marciari previsti nella legislazione degli ultimi anni (effetto "esdebitativo" che dovrebbe però ricostruirsi dal punto di vista della funzione di garanzia, e quindi se del caso come limitazione convenzionale della responsabilità patrimoniale, e non nella prospettiva di una funzione solutoria – intesa come soddisfazione del credito al di fuori di strumenti di adempimento in senso stretto o di garanzia – assente negli strumenti marciari o comunque compatibile con lo scopo di garanzia), v. D'AMICO, G.: "La resistibile ascesa del patto marciano", in AA.VV., *I nuovi marciari*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 15 ss.; PIRAINO, F., "L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciano", *ivi*, p. 196 ss.; MARCHETTI, G.: *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Padova, Cedam, 2017, p. 340 ss.; EAD., "Trasferimento di immobili ex art. 48-bis T.U.B.: un marciano abdicativo della garanzia generica?", *giustiziacivile.com*, 17 novembre 2017.
- 40 Se così fosse, e se il trasferimento definitivo della proprietà non fosse rimesso a una scelta del creditore (ma avvenisse automaticamente e senza possibilità di essere rifiutato), potrebbe riemergere la denunciata incompatibilità: e, ciò, in particolare se il bene avesse originariamente o acquisisse prima dell'inadempimento un valore nettamente inferiore al debito, giacché in tal caso il contratto di garanzia finirebbe assurdamente

di chiedersi se la volontà delle parti, desumibile dalla ricostruzione dell'assetto di interessi, non sia nel senso di far rivalutare il bene e far sussistere la garanzia solo fino a – e per tutta la – corrispondenza con l'ammontare del credito (il che riporterebbe la garanzia alla sua reale funzione).

A fronte di ciò, si potrebbe attribuire al divieto del patto commissorio una portata più ristretta: esso riguarderebbe solo un caso specifico (per quanto di sicuro il più frequente). Ma si potrebbe anche ritenere che il divieto attenga a qualsiasi patto commissorio, per ragioni che andrebbero però indagate. Ed è qui che il nostro discorso si congiunge con la «dannosità sociale».

Orbene, il legislatore, nel porre il divieto, non ha distinto tra ipotesi varie (semmai ha preso in considerazione solo il patto commissorio accessorio che viola direttamente il divieto, per ragioni più che altro legate alla storia). La scelta legislativa potrebbe essere intesa come indice della volontà di demandare all'interprete le necessarie distinzioni o, al contrario, come decisione formalistica volta a vietare tout court ogni patto commissorio.

L'idea di Bianca, che fa leva sulla «dannosità sociale», è nel secondo senso: il legislatore ha evidentemente voluto che un certo patto, «susceptibile di diffondersi», incontrasse un generico giudizio di disvalore, a prescindere dalla proporzione concreta tra valori⁴¹. Infatti, «il danno sociale derivante dal diffondersi di una siffatta forma di garanzia iugulatoria richiede una sanzione che la colpisca in radice anziché rimettere la tutela dei debitori ad azioni dirette di volta in volta ad accertare l'abusività del patto».

L'argomentazione, che già compariva nella prima opera dedicata da Bianca al patto commissorio⁴², è tuttora attuale: se il legislatore avesse voluto distinguere le varie ipotesi di patto commissorio, avrebbe dovuto farlo espressamente, dovendosi altrimenti ritenere che tutte queste ipotesi confliggano con il divieto e che il loro trattamento unitario affondi nell'esigenza eteronoma di contrastare

per annullare in larga parte la stessa responsabilità del debitore (oltre i confini, pur discussi, della limitazione convenzionale della responsabilità patrimoniale: cfr. SICCHIERO, G.: "I patti sulla responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)", *Contratto e impresa*, 2012, p. 91 ss.). La sanzione adeguata per questi casi risiederebbe nella nullità della clausola che impone di avvalersi del patto commissorio o nella permanenza del debito per il residuo: sicché, comunque, la nullità tout court del patto commissorio appare ispirata a una ratio che eccede la giustificazione della repressione di queste ipotesi.

41 In tal senso è anche il diritto vivente: v. Cass., 21 aprile 1976, n. 1403, in *Foro italiano - Repertorio*, 1976, voce *Patto commissorio*, n. 1; di recente Cass., 12 gennaio 2009, n. 437, *Contratti*, 2009, p. 804, da cui Di Rosa, G.: "Garanzie del credito e divieto del patto commissorio", in Id.: *Problemi di diritto privato*², Giappichelli, Torino, 2013, p. 52, trae argomento per ritenere che la giurisprudenza implicitamente accetti la ratio del divieto di patto commissorio individuata da Bianca (giurisprudenza che ancor oggi ripete costantemente la seguente massima: il patto commissorio persegue il «risultato concreto, vietato dall'ordinamento, della illecita coercizione del debitore a sottostare alla volontà del creditore»).

42 BIANCA, C.M.: *Il divieto*, cit., p. 216 ss. La ratio così individuata trova il consenso di molti autori: v., tra molti, ROPPO, V., "La responsabilità patrimoniale del debitore", in *Tratt. Rescigno*, XIX.¹², UTET, Torino, 1997, p. 561.

la diffusione del patto commissorio (e, verrebbe da aggiungere, nella necessità di proteggere il debitore, evitandogli l'onere di dover contestare in concreto la validità e l'operatività del singolo patto commissorio).

Se ciò è vero, dovrà anche ammettersi che, quantunque la *ratio* collegata allo snaturamento della causa sia quella da cui trae spunto divieto del patto commissorio, è poi il legislatore che formalizza questo divieto, rendendolo *ius positum* e al tempo stesso estendendolo anche ad ipotesi vicine ma che altrimenti non ne sarebbero toccate (giacché la distorsione causale non ridonda in quei casi in una vera e propria incompatibilità tra le funzioni perseguite). E se la positivizzazione avviene per ragioni di certezza, la formalizzazione in senso estensivo non può che basarsi su una ragione in senso lato eteronoma, diretta a evitare che il patto si diffonda e che sia poi il debitore, volta per volta, a dover promuovere un sindacato sulla sua validità (dando la prova che il valore del bene sia più alto – o manifestamente più alto – dell'ammontare del debito).

La conclusione cui siamo appena giunti ci consente, peraltro, di spiegare perché il patto commissorio non sia stato sempre e dovunque ritenuto nullo e, soprattutto, perché le rationes poste a fondamento del divieto nonché la sua stessa portata abbiano subito una certa fluttuazione nel corso dei secoli⁴³. A monte, infatti, si sono alternati i principi apicali degli ordinamenti, sicché il divieto è stato di volta in volta riletto e colorato in modo differente, a partire dalla costituzione di Costantino che, come ricorda Bianca, puniva il patto commissorio perché particolarmente duro per il debitore⁴⁴.

Allo stesso modo, ciò permette di chiarire perché il problema della *ratio* e della portata del divieto di patto commissorio sia ancora così dibattuto. V'è, infatti, da tenere in considerazione che, anche a fronte di uno stesso ordinamento (e quindi di un identico orizzonte culturale in cui si sviluppa il sistema giuridico), interpreti

43 V., per una sintesi, BIANCA, C.M.: "Patto commissorio", cit., p. 712 ss. Inoltre, in chiave comparatistica, v. la ricerca di BUSSANI, M.: *Il problema del patto commissorio. Studio di diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2000; infine, v. pure lo studio (con interessanti notazioni di analisi economica) di CANDIAN, A.: "Appunti dubbiosi sulla *ratio* del divieto di patto commissorio", *Foro italiano*, 1999, I, c. 175 ss.

44 Basti pensare che fino agli anni Ottanta, e quindi nell'ambito di un sistema più formalistico di quello attuale, in cui la causa veniva intesa in modo più rigido di oggi e si era meno avvezzi a considerare gli interessi concreti delle parti, la giurisprudenza faceva ancora fatica a ritenere che il patto commissorio ad effetto traslativo immediato fosse vietato (v. infatti BIANCA, C.M.: "Il divieto del patto commissorio: un passo indietro", cit., p. 118; il *revirement* – non senza alcuni passi indietro – si è dovuto a Cass., 3 giugno 1983, n. 3800, *Foro italiano*, 1984, I, c. 211, poi confermata soprattutto da Cass. civ., Sez. Un., 3 aprile 1989, n. 1611, *Foro italiano*, 1989, I, c. 1428). Da un lato, l'analisi veniva condotta per lo più su un piano strutturale, sicché non si valorizzava l'analogia tra gli interessi perseguiti dalle parti; da un altro lato, la *ratio* del divieto del patto commissorio era per lo più legata alla repressione eteronoma di una certa struttura, cui veniva rigidamente collegata la portata del divieto. Già negli anni Cinquanta, però, Bianca aveva notato che anche nel caso del patto commissorio ad effetto traslativo immediato ricorreva una funzione di garanzia (giacché il trasferimento di proprietà diveniva definitivo solo al momento dell'inadempimento), sicché non vi era ragione per escludere l'applicazione del divieto (che l'autore già al tempo ipotizzava comunque esteso a tutte le alienazioni in garanzia prive di una clausola o comunque di un meccanismo marciano, seppur ritenendolo giustificato unicamente da una ragione eteronoma).

diversi possono intendere in modo diverso – per scelte personali o per sensibilità differenti – la forza con cui si compongono certi principi, così come il valore di certe argomentazioni (spesso in modo impercettibile o, comunque, difficilmente comunicabile). Se si tiene conto di questo, e se al tempo stesso si ricorda quanto abbiano oscillato le rationes del divieto di patto commissorio e come finanche oggi esso si presti a essere giustificato da una pluralità di argomenti tra loro intrecciati, non sorprenderà affatto che il dibattito a tal riguardo sia tutt'altro che sopito.

V. LA VIOLAZIONE DIRETTA DEL DIVIETO DI PATTO COMMISSORIO.

Le considerazioni finora svolte hanno un rilievo anche per lo studio più specifico del patto commissorio, relativo all'ambito di applicazione del divieto e ai suoi effetti.

Come si è visto, il divieto del patto commissorio riguarda una disfunzione causale di un accordo: accordo che, come ben noto, può accedere a un altro contratto (di costituzione di una garanzia: ad esempio, pegno o ipoteca) o presentarsi autonomamente, dando vita a un patto commissorio accessorio o autonomo.

Il fatto che il divieto in esame riguardi la causa, ossia il complessivo assetto di interessi (recante al suo interno una irresolubile incongruità), rende ragione della portata del divieto stesso, rispetto al quale risulta indifferente la struttura cui si collega l'incongrua funzione solutoria.

Così, osservava Bianca già nel 1957, cadono sotto la scure del divieto tanto le alienazioni sospensivamente condizionate all'inadempimento, quanto quelle risolutivamente condizionate all'adempimento⁴⁵; tanto le promesse di trasferire beni sospensivamente condizionate⁴⁶, tanto le altre e più complesse strutture che raggiungono tale finalità⁴⁷. E la giurisprudenza, nei lustri successivi, ha aderito pienamente alle tesi dell'autore, che oggi sono pacifiche tra gli studiosi e i giudici.

In ognuno di questi casi, in effetti, sussiste all'interno del complessivo assetto di interessi (inteso come "senso" del contratto), e accanto alla funzione di garanzia,

45 Cfr. già BIANCA, C.M.: *Il divieto*, cit., pp. 139 e 155 ss. V. anche *supra*, nt. 44.

46 Sul patto commissorio obbligatorio v. già BIANCA, C.M.: *Il divieto*, cit., p. 183 s. Secondo l'autore il divieto si spiega in ragione del fatto che l'obbligazione crea comunque un assoggettamento di un certo bene a un vincolo di garanzia, sicché è inevitabile ritenere che le parti perseguano interessi analoghi a quelli vietati dall'ordinamento.

47 Oggi BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 284 s. (per il patto commissorio ad effetto traslativo differito e per quello ad effetto traslativo immediato ma non definitivo); p. 287 (per il patto commissorio obbligatorio). Il patto commissorio ad effetto traslativo differito abbraccia anche i casi di opzioni ad alienare sottoposte a condizione sospensiva.

una funzione solutoria che si ricollega immediatamente alle strutture indicate (e che non può essere scissa dalle stesse).

Tali considerazioni, peraltro, ci permettono anche di capire meglio in cosa consista l'incongruità che è al fondo del divieto del patto commissorio. E, ancora una volta, nel farlo risulta imprescindibile ritornare alle tesi di Bianca, che tanto successo hanno avuto nella nostra dottrina e nella nostra giurisprudenza⁴⁸: in particolare, a quelle sulla causa del contratto come ragione concreta dell'accordo, che già venivano anticipate nella monografia del 1957 e che poi hanno trovato compiuta espressione nel tomo del Trattato dedicato al contratto⁴⁹.

Ora, se intendiamo la causa come il complessivo assetto di interessi e, quindi, come l'esito della complessiva ricostruzione dell'accordo, dobbiamo ammettere che tale ricostruzione avviene ricomponendo, per il loro valore pragmatico, i vari elementi di fatto che si presentano e che si associano, nel loro senso social-tipico, a determinati interessi. Tali elementi di fatto possono ben essere materiali, ossia evinti dalla situazione di fatto, ma per lo più sono dichiarati, ossia individuati e approvati tramite la dichiarazione negoziale. Essi, peraltro, sono chiamati a comporsi e quindi anche a conformarsi a vicenda, nei limiti in cui lo consenta il margine di flessibilità di ciascun elemento di fatto (in particolare, il margine di libertà interpretativa nel caso di quelli corrispondenti a una dichiarazione).

Nel caso del patto commissorio vi è indefettibilmente una dichiarazione che non tollera di venire conformata in sede interpretativa e che, veicolando un interesse solutorio, va a comporre quella parte del patto avente una corrispondente funzione (direttamente retta dalla struttura, che associa a un effetto liberatorio una certa prestazione di dare). Al tempo stesso, tale funzione solutoria non riesce a far venire meno la finalità di garanzia, veicolata in parte dalla dichiarazione e in parte da elementi esterni (con la conseguenza che, a seconda dei casi, non sempre tale finalità si riflette immediatamente e interamente in un frammento di struttura).

Non sarà inutile, a questo punto, chiedersi a cosa si associ la funzione di garanzia, anche nella sua rigidità e indeformabilità nell'ambito del processo di ricostruzione condotto dall'interprete (e inevitabilmente connesso a quello di interpretazione).

Nei casi più semplici di patto commissorio – quelli di patto accessorio – la finalità di garanzia si abbina, tra l'altro, alla costituzione di una garanzia: sicuramente là

48 V. per tutti BIANCA, C.M.: "Causa concreta del contratto e diritto effettivo", *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 251 ss., nonché gli scritti di MARTINO, M.: "La causa in concreto nella giurisprudenza: recenti itinerari di un nuovo *idolum fori*", *Corriere giuridico*, 2013, p. 1441 ss., di DELFINI, F.: "Causa ed autonomia privata nella giurisprudenza di legittimità e di merito: dai contratti di viaggio ai derivati sul rischio di credito", *Le nuove leggi civili commentate*, 2013, p. 1363 ss., e di ACHILLE, D.: "La funzione ermeneutica della causa concreta del contratto", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2017, p. 37 ss.

49 V. *supra*, nt. 34.

dove tale costituzione è contestuale, ma anche se è precedente. Qualora, invece, il patto sia autonomo, la funzione di garanzia dev'essere necessariamente approvata dalle parti, che esplicitamente o implicitamente la tengono in considerazione (il che può avvenire anche e semplicemente perché, alla luce delle circostanze, tale funzione è immanente alla struttura del patto commissorio e non è esclusa da alcuna peculiarità concreta della situazione di fatto).

Non si può ritenere, come taluno ha sostenuto (incontrando le critiche del nostro autore⁵⁰), che il patto commissorio autonomo persegua una funzione soltanto solutoria: semplicemente la funzione di garanzia è meno appariscente, ma essa è comunque presente. Del resto, se così non fosse non potrebbe parlarsi nemmeno di patto commissorio (come tale vietato).

Il che ci conduce a un ultimo interrogativo: verrebbe infatti da chiedersi se particolari funzioni e strutture non possano conformarsi a vicenda, con la conseguenza che l'una assorbe l'altra e fa venire meno quella distorsione causale in cui tipicamente consiste il patto commissorio.

Quest'evenienza non si dà, ad oggi⁵¹, nel caso di accordi di garanzia ad effetto traslativo immediato o differito o anche solo ad effetto obbligatorio: infatti, la funzione di garanzia è di regola ritenuta immanente al fatto che non vi è ancora stato inadempimento al momento della conclusione dell'accordo e che le parti non intendono incidere sulla struttura dell'obbligazione; quanto al segmento solutorio, è proprio la sua struttura a imporre di rinvenirvi la realizzazione di interessi corrispondenti.

Nondimeno, non si può escludere che un ordinamento ispirato a principi più formalistici giunga a esiti diversi. Ad esempio, il fatto che su una causa di garanzia si innesti una struttura solutoria potrebbe semplicemente far venire meno la funzione di garanzia (o comunque la possibilità di valorizzare tale funzione): sicché il trasferimento definitivo di proprietà manterrebbe solo il suo scopo solutorio o, addirittura, veicolerebbe una diversa funzione (se del caso legata a una certa vicenda modificativa del rapporto obbligatorio).

VI. LA VIOLAZIONE INDIRETTA DEL DIVIETO DI PATTO COMMISSORIO.

Il patto commissorio, come si vede, non può essere ritenuto un patto tipico: piuttosto, si tratta di una distorsione causale tipica e riconducibile a un modello ricorrente.

50 V. BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 279. La diversa tesi – come già anticipato – è stata argomentata soprattutto al fine di conservare il segmento di garanzia, a fronte della nullità di quello solutorio (cfr. nt. 31): sicché essa, più che negare la funzione di garanzia, appare volta a distinguere le pattuizioni commissorie in due negozi, uno di garanzia e il vero e proprio patto commissorio (solutorio).

51 Anche grazie alla diffusione delle tesi di Bianca e alla loro prospettiva sostanzialistica.

Ciò aiuta a comprendere la ragione per cui la portata del divieto non riguarda singole strutture, ma semmai una uno specifico snaturamento causale, in qualsiasi modo esso sia realizzato.

Cionondimeno, si possono distinguere casi in cui la violazione avviene in modo diretto (come nelle ipotesi già considerate) da casi in cui essa, invece, è indiretta. La linea di discriminazione dovrebbe consistere nel fatto che, nelle prime ipotesi, la struttura non ha altra funzione immediatamente percepibile che quella vietata dall'ordinamento (ossia, una funzione di garanzia cui si abbina un incongruo scopo solutorio); nelle seconde, invece, vi è un accordo o una serie di accordi ciascuno dotato di una sua propria funzione.

Anche qui non sarà inutile soffermarsi su tale fenomeno, riconducibile alla frode alla legge (che, nel nostro ordinamento e a differenza da quanto avviene ad esempio in Germania, non è guardata dal punto di vista della norma violata, semplicemente applicata analogicamente, ma piuttosto dal punto di vista del negozio piegato o dei negozi piegati a raggiungere finalità diverse da quelle sue o loro proprie, ossia dal punto di vista del negozio indiretto)⁵².

Ben noti, anche alla giurisprudenza contemporanea, sono i casi della vendita con patto di riscatto e del sale and lease back, su cui si sofferma diffusamente anche Bianca⁵³.

Nella prima ipotesi si assiste a un soggetto che vende un suo bene riservandosi il diritto di riscattarlo; il prezzo della vendita viene piegato a una finalità corrispondente a quella di un mutuo e la dazione del prezzo nel caso di riscatto alla restituzione del mutuo, con conseguente ritrasferimento immobiliare (talvolta, inoltre, si assiste a una simulazione relativa inerente al prezzo della vendita e alla sua quietanza, ove figura una cifra più alta rispetto a quella effettivamente versata, così da rendere oneroso quello che sostanzialmente è un prestito; in altri casi è lo stesso acquirente che concede in locazione il bene al venditore, il quale pagando il canone di fatto remunera il godimento del capitale che ha ottenuto)⁵⁴. Nel sale and lease back, invece, un soggetto vende un suo bene e contestualmente lo

52 Sulla frode alla legge v. PUGLIATTI, S.: "Precisazioni", cit., p. 363 ss.; CARRARO, L., *Il negozio in frode alla legge*, Cedam, Padova, 1943; MORELLO, U.: "Frode alla legge", *Digesto delle discipline privatistiche - Sezione civile*, VIII, UTET, Torino, 1992, p. 501 ss. Come a breve vedremo, Bianca rinveniva però nelle ipotesi di vendita con patto di riscatto una violazione diretta del divieto di patto commissorio.

53 V. pure, nell'ambito di una bibliografia assai vasta, CUBEDDU, M.G.: "Patto commissorio e vendita con patto di riscatto: la risposta delle Sezioni Unite", *Rivista di diritto civile*, 1990, II, p. 615 ss.; DI ROSA, G.: "L'operazione di sale and lease back tra normotipo astratto e fattispecie concreta", *Rivista di diritto civile*, 2015, p. 1140 ss.

54 Cfr. BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 290 ss. Nulla vieta, peraltro, che le parti simulino dietro le spoglie di una compravendita con patto di riscatto un mutuo con patto commissorio; semmai, deve escludersi che per forza di cose la repressione della vendita con patto di riscatto volta a una finalità di finanziamento e garanzia (quest'ultima unita inevitabilmente a una funzione solutoria) passi per l'accertamento di una simulazione: v. infatti BIANCA, C.M.: *Il divieto*, cit., p. 268.

ottiene in leasing dalla controparte, di regola con la possibilità di farlo suo dopo la scadenza di un certo periodo di tempo e a patto di pagare una certa somma di denaro⁵⁵.

Si tratta, di per sé, di due operazioni negoziali che non sono sempre e comunque illecite: non lo è la vendita con patto di riscatto quando un soggetto vuole semplicemente disfarsi di un bene, pur mantenendo il potere di rifarlo suo (come chi vende un appartamento perché è stato trasferito per motivi di lavoro in un'altra città, ma spera di tornare a vivere nel suo luogo di nascita); non lo è il sale and lease back perfino quando è concluso da un soggetto che mira a ottenere della liquidità alienando alcuni beni facenti parte dell'azienda (ad esempio perché ritiene migliore una diversa organizzazione produttiva).

Questi contratti – osserva Bianca e, con lui, tutta la giurisprudenza attuale⁵⁶ – diventano però illeciti quando viene perseguita, tramite essi, una finalità di finanziamento cui si associa una finalità di garanzia (che a sua volta, in virtù della specifica e insopprimibile struttura, si abbina inevitabilmente a una incongrua funzione solutoria). Il che ci porta a parlare di questa finalità di garanzia sotto almeno due punti di vista: quando può ritenersi che sussista questo scopo e in che termini esso vada dogmaticamente descritto.

Anzitutto, v'è da chiedersi quanto emerge una simile funzione di garanzia.

La questione attiene qui alla causa complessivamente perseguita e, quindi, alla composizione dell'assetto di interessi: non si tratta, come da tempo ha osservato Bianca⁵⁷, di un problema di simulazione e di individuazione del negozio dissimulato, ma piuttosto di ricostruzione dell'accordo (del suo senso, del suo valore). Il che richiede gioco-forza di valorizzare gli elementi di fatto veicolati dalla dichiarazione e quelli esterni a essa: più specificamente, nei casi in esame sono soprattutto gli elementi esterni a dare ragione dell'una o dell'altra qualificazione (la giurisprudenza parla, a tal riguardo, di "indici" che fanno propendere in un senso o nell'altro⁵⁸).

55 Cfr. BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 293 ss.

56 Anche qui Bianca ha anticipato le tesi attuali della giurisprudenza, ritenendo fin dal 1957 che la vendita con patto di riscatto possa infrangere il divieto del patto commissorio e, poi, ribadendo questa tesi con riferimento al *sale and lease back*: BIANCA, C.M.: "Il divieto del patto commissorio: un passo indietro", cit., p. 121. In giurisprudenza v. anzitutto le sentenze, cui si deve il noto revirement sulla potenziale illiceità della vendita con patto di riscatto per violazione del divieto del patto commissorio, menzionate alla nt. 44, nonché da ultimo, tra moltissimi precedenti, Cass., 11 luglio 2019, n. 18680, in *dejure.it*, per la vendita con patto di riscatto, e Cass., 22 febbraio 2021, n. 4664, anch'essa in *dejure.it*, per il *sale and lease back*.

57 V. BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 290 ss. V. già nt. 54.

58 Cfr., ex multis, Cass., 6 luglio 2017, n. 16646, *Corriere giuridico*, 2017, p. 1502. Rileva BIANCA, C.M.: *Il divieto*, cit., p. 269, che la ricerca di tali indici affonda nella storia del diritto (già nel Cinquecento se n'erano enumerati ventisei, quantunque li si utilizzasse nella prospettiva della ricerca di una volontà simulatoria). Può aggiungersi che il peso specifico di ciascun indice non deriva solo da un apprezzamento tecnico della prassi socio-economica (a sua volta conformata dallo specifico orizzonte culturale in cui una certa società vive), ma anche da una scelta politica introiettata nell'ordinamento (e, nei margini in cui essa risulta vaga e incerta, autonomamente presa dall'interprete).

Così, il fatto che il prezzo pagato sia basso spinge verso una finalità di garanzia, così come il fatto che il prezzo per riscattare il bene sia in realtà più alto di quello pagato, che sia dovuta una forma di remunerazione per continuare a godere del bene o che l'impresa che aliena beni dell'azienda sia in condizioni di difficoltà economica. Al contrario, depongono in senso contrario – ed escludono quindi la funzione di garanzia – la consegna del bene all'acquirente nella vendita con patto di riscatto e la generale riorganizzazione aziendale programmata dal venditore nel sale and lease back⁵⁹. E non stupirà, a questo punto, che il nostro autore aggiunga che «in presenza di tali elementi si presume ... che le parti abbiano voluto un'alienazione in funzione di garanzia»⁶⁰: là dove la “presunzione di volontà” va certamente intesa in senso soggettivo-oggettivo.

Infatti, questi elementi di fatto, pur nella loro materialità, sono sicuramente voluti dalle parti (verrebbe da dire: approvati), sicché essi appaiono avere un valore oggettivo, ma al tempo stesso essere abbracciati dalla volontà (tanto più che le parti possono conoscerne o comunque immaginarne il rilievo, per quanto con la vaghezza che contraddistingue i più complessi processi di qualificazione giuridica). Peraltro, una simile considerazione, se da un lato consente di ritenere che la valorizzazione di questi dati non contrasti con la natura di atto di autonomia del contratto, dall'altro lato impone di considerare quali indici di ricostruzione solo e soltanto quelli noti o comunque riconoscibili ad ambedue le parti⁶¹.

Da un altro punto di vista, di stampo prettamente dogmatico, ci si potrebbe chiedere “quale” causa sia connotata dalla coesistenza di funzioni incompatibili (di garanzia e solutoria).

Di primo acchito verrebbe da dire che si tratta della causa del contratto voluto dalle parti. Questa, in effetti, è la risposta che parrebbe suggerita dall'idea per cui la causa è l'insieme degli interessi concretamente perseguiti e coincide con la funzione, intesa come scopo perseguito dalle parti. Approfondendo l'interrogativo ci accorgiamo però che la soluzione deve essere più variegata di quanto appaia a prima vista (e che anche lo stesso Bianca risponde al quesito in modo differenziato).

59 Ancora: se un soggetto vendesse un suo bene onde liquidare una parte di un patrimonio troppo vasto e dispendioso da conservare, senza continuare a detenerlo, e al contempo si riservasse il diritto di riscattarlo contando di migliorare la sua situazione economica, e ciò fosse noto ad entrambe le parti, si sarebbe di fronte a una vendita sicuramente lecita. In altri termini, il fatto che il contratto sia volto a far ottenere liquidità non è un indice di una funzione di garanzia, la quale ricorre, invece, se l'alienazione è per così dire subita, come accade se l'interesse dell'alienante, lungi dall'essere quello di alienare il bene per ottenere del denaro (con la speranza di acquistare di nuovo il bene in caso di un futuro più fortunato), è piuttosto quello di ottenere in prestito del denaro (dovendo però fornire una garanzia). V. sul punto LUMINOSO, A.: *La vendita con riscatto. Artt. 1500-1509*, in *Comm. Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 7 ss., 13 e 17 ss., e già LOJACONO, V.: *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 107 s.; *contra* GIGLIOTTI, F.: *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Napoli, ESI, 1997, p. 179 s.

60 Cfr. BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 293.

61 Osservazioni non così dissimili sono sottese già a BIANCA, C.M.: *Il divieto*, cit., p. 260 e 264 s.

In effetti, se i contratti conclusi per realizzare lo scopo complessivamente vietato sono più d'uno, è difficile parlare di causa del contratto, giacché ciascun negozio, nell'ottica in cui ci si è posti, ha una sua causa⁶². Dovrebbe, allora, ammettersi che accanto alla causa di ciascun contratto vi sia anche una causa del complesso di contratti (così come avviene, secondo Bianca, nel caso di collegamento contrattuale⁶³).

Se così è, si deve però anche ritenere che la causa complessiva (con la sua distorsione dello scopo di garanzia per il tramite della struttura solutoria) sia in qualche modo approvata e, quindi, dogmaticamente veicolata da un elemento esterno al contratto o ai contratti, ma al tempo stesso aggregante. Si potrebbe allora sostenere che la causa di cui si discute altro non sia che quella di un apposito accordo concluso tra le parti e volto a colorare la causa della complessiva operazione: un accordo, già noto alla dottrina, definitivo "configurativo della causa", che abbraccia e colora i risultati (nei termini di prestazioni realizzate ed eventualmente anche di obbligazioni sorte) cui danno vita i vari negozi conclusi dalle parti⁶⁴.

Una simile idea, peraltro, potrebbe applicarsi anche ai casi in cui il contratto concluso per aggirare il divieto di patto commissorio è solo uno. In effetti, ritenendo che in tal caso la causa che presenta la distorsione sia quella del contratto⁶⁵, si finisce inevitabilmente per dover riqualificare il contratto in parola: coerentemente con le premesse, è quanto propone Bianca con riferimento alla vendita con patto di riscatto, rispetto alla quale emergerebbe la necessità di riqualificare in virtù dell'incompatibilità tra finalità di finanziamento e di garanzia⁶⁶.

Se, invece, si volesse mantenere ferma una qualificazione conforme all'apparente volontà pattizia (e agli interessi in prima battuta approvati)⁶⁷, si

62 Non a caso, per le ipotesi in cui il divieto del patto commissorio è violato da un insieme di contratti piegati alla finalità vietata, Id.: *Diritto civile*, III², cit., p. 453 e 625, utilizza la categoria della frode alla legge.

63 V. BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, III³, cit., p. 484, secondo il quale nel caso di collegamento contrattuale accanto alle cause dei singoli contratti sussiste una causa complessiva dell'operazione. Il passaggio, però, non figura più nella terza edizione dell'opera; e, soprattutto, lo stesso autore (in Id.: *Diritto civile*, III³, *Il contratto*, Milano, Giuffrè, p. 441 s.) ritiene che nel caso di negozi indiretti l'utilizzo indiretto dei negozi incida sulla loro causa: sicché la diversa e ulteriore funzione parrebbe per Bianca entrare all'interno dei negozi-mezzi (modificandone, per l'appunto dall'interno, la disciplina).

64 Né si dica che la costruzione così proposta ha il sapore della *fiction*, giacché è evidente che l'ordinamento ha le sue strutture formali e dogmatiche, la cui attivazione è comunque sostenuta da una sufficiente volontà (intesa come volontà normale e normalmente presente).

65 Così BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 291 s.; già Id.: *Il divieto*, cit., p. 299 e 321 ss. (ove peraltro traspare un modo assai moderno di intendere la causa, come complesso degli interessi perseguiti dalle parti, che anticipa l'idea di causa concreta).

66 Così BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 292; Id.: *Il divieto*, cit., p. 310; Id.: *Diritto civile*, III², cit., p. 486; Id.: *Diritto civile*, III³, cit., p. 442. L'autore di conseguenza ritiene che in tali casi il divieto di patto commissorio sia violato direttamente.

67 Questo esito si impone a maggior forza se si segue quella tesi, che rappresenta una rimeditazione della teoria della causa concreta di Bianca (la quale pone l'accento sull'equivalenza tra causa e ragione pratica del contratto, anche a prescindere dalla struttura scelta dalle parti per realizzare la funzione), secondo

dovrebbe ammettere che accanto alla causa della vendita con patto di riscatto – che resterebbe tale – sussista un'altra causa, di finanziamento e di garanzia (quest'ultima, snaturata nel modo che s'è visto da una ulteriore funzione solutoria). E tale altra causa sarebbe propria, di nuovo, di un apposito negozio configurativo voluto dalle parti ed esterno rispetto al contratto di vendita con patto di riscatto.

L'opinione esposta regge tra l'altro alcuni corollari in punto di ricostruzione dogmatica. La disciplina dei negozi-mezzo risulterebbe autonoma o comunque tendenzialmente autonoma rispetto a questa finalità che rimane esterna e che è raggiunta solo per approssimazione dalle parti. A sua volta, la colorazione esterna consentirebbe di giustificare le obbligazioni e le prestazioni che sorgono e che vengono poste in essere tramite i negozi-mezzo, così come di ritenere questi ultimi complessivamente avvinti da un nesso di collegamento al negozio configurativo, con la conseguenza che la nullità dello stesso implicherebbe anche nullità di tutti i negozi-mezzo.

VII. IL PATTO MARCIANO E IL RIADEGUAMENTO DELLA STRUTTURA ALLA FUNZIONE.

Individuata la ratio e l'ampia portata del patto commissorio – risultati ormai acquisiti dalla dottrina e dalla giurisprudenza contemporanee, anche e soprattutto grazie agli studi di Bianca –, possiamo infine a individuare gli effetti del divieto. Per farlo, però, dobbiamo allargare di un poco la nostra visuale, considerando anche il patto marciano⁶⁸.

cui la causa è un elemento complesso, che rappresenta l'intero senso del contratto; in altri termini, essa è costituita sì all'insieme degli interessi, ma questi vengono fatti corrispondere anche ai dati strutturali, a loro volta ricavati dalla dichiarazione mediante interpretazione (e quindi da quegli "elementi di fatto" non già esterni alla dichiarazione, ma veicolati da essa). V., in particolare, A. CHECCHINI, "Regolamento contrattuale e interessi delle parti (Intorno alla nozione di causa)", *Rivista di diritto civile*, 1991, I, 229 ss., spec. p. 241 ss., nonché AMADIO, G.: *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Cedam, Padova, 1996, p. 194 ss.: e si consenta anche il rinvio a GAROFALO, A.M.: "Fisiologia", cit., p. 681 ss.

68 Di recente sono entrate in vigore alcune disposizioni che istituzionalizzano e regolano specifiche ipotesi di patti marziani (anticipate dalle acute riflessioni di BUSSANI, M., "Patto commissorio, proprietà e mercato (Appunti per una ricerca)", *Rivista critica del diritto privato*, 1997, p. 129 s.). Il riferimento va, in particolare, all'art. 1, d.l. 59/2016, che ha introdotto il pegno non possessorio e forme di escussione della garanzia in autotutela che prevedono la cautela marziana; all'art. 48-bis T.U.B., che prevede un contratto di finanziamento con debito garantito attraverso una alienazione sospensivamente condizionata all'inadempimento del debitore; all'art. 120-quinquiesdecies, comma 3, 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 debitore; all'art. 11-quaterdecies, d.l. 203/2005 mod. dalla l. 144/2015 che disciplina il prestito vitalizio ipotecario e introduce un nuovo modello di garanzia patrimoniale bilanciato con la cautela marziana» (sono parole di SCAPINELLO, C.: "Ammissibilità dei patti sulla garanzia patrimoniale con marciano atipico", *Giurisprudenza italiana*, 2021, p. 48, ove anche bibliografia aggiornata e completa; in letteratura v., per tutti, i contributi raccolti in AA.VV., *I nuovi marziani*, cit.). Non è possibile qui soffermarsi su tali previsioni, se non per rilevare che l'interrogativo più interessante tra quelli sollevati riguarda il loro ambito di applicazione: ossia, se esse siano almeno in parte volte a disciplinare i patti marziani anche al di fuori del perimetro (soggettivo e oggettivo) espressamente individuato dal legislatore; quali siano quelle circostanze al cui presentarsi i patti marziani vengono così regolati dalla legge; se la nuova disciplina di legge sia suppletiva o presenti anche taluni tratti di inderogabilità (sicché, al ricorrere di certi interessi, talune regole si atteggerebbero come imperative, eventualmente sostituendo una diversa disciplina pattizia; su questi problemi v., con riferimento all'art. 48-bis T.U.B., PAGLIANTINI

Il patto, ricorda Bianca, «conferisce al creditore il diritto di soddisfarsi su un determinato bene del debitore o di un terzo secondo giusta stima successiva alla scadenza del debito», facendolo dunque proprio in base a tale stima (e dovendo eventualmente restituire l'eccedenza di valore al debitore). Esso «prende il nome dal giureconsulto Elio Marciano (III sec. d.C.), che in un passo, peraltro probabilmente interpolato, ebbe a segnalare come lecita la convenzione che per il caso di inadempimento del debitore attribuisca al creditore il diritto di appropriarsi del pegno, o del bene ipotecato, secondo giusta stima da effettuarsi al tempo dell'appropriazione»⁶⁹.

Se ne deduce che, esattamente come il patto commissorio, anche il patto marciano non è un accordo tipico, ma è semmai un accorgimento tipico posto in essere dalle parti per evitare una distorsione causale tipica (il patto commissorio). Sicché le parti sono anche libere di forgiare il patto marciano nel modo che esse prediligono, purché raggiungano il risultato in modo sufficientemente adeguato. Così non avverrebbe, ad esempio, se le parti deferissero a un terzo non indipendente la valutazione del bene. Ma così accade se le parti, al di fuori di ogni formalismo, decidono che sarà un terzo a indicare il valore del bene⁷⁰.

La ragione della validità del patto marciano è immediatamente comprensibile: esso elimina lo snaturamento della funzione, facendo sì che a uno scopo di garanzia si associ una struttura anch'essa di garanzia. In altri termini, quella conformazione delle regole, non ottenibile in via di reinterpretazione delle clausole, viene raggiunta dalle parti stesse tramite l'inserzione di una clausola ulteriore, che adegua il regolamento e lo riporta alla funzione di garanzia perseguita.

Venendo a mancare quella distorsione causale, cade pure quella ragione eteronoma che si associa e che consiglia il legislatore, nel caso di patto commissorio, di estendere il divieto a qualsiasi accordo che ne replica il meccanismo (anche se in concreto non dovesse ricorrere un pregiudizio per il debitore).

S., "Sull'art. 48-bis T.U.B.: il "pasticcio" di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento", in AA.Vv., *I nuovi marciari*, cit., p. 81 ss.). Come osservava BIANCA, C.M.: *Il divieto*, cit., p. 176, il nostro ordinamento conosce già da tempo ipotesi in senso lato marciarie: una può rinvenirsi nell'art. 1851 c.c., in tema di pegno irregolare.

69 Cfr. BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 287 s. In giurisprudenza v. soprattutto Cass. civ., 28 gennaio 2015, n. 1625, *Foro italiano*, 2016, I, c. 685; in dottrina, per tutti, EBNER, M., "Patto marciano", *Enciclopedia giuridica*, XXV, Roma, Treccani, 2007, p. 1 ss. Per un'ipotesi specifica, ma assai interessante, v. Buset, G.: "Ancora su procura a vendere e divieto del patto commissorio", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, I, p. 741 ss.

70 È sufficiente, secondo BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 289, che il terzo sia scelto di comune accordo o che sia fissato anteriormente dalle parti il criterio della sua scelta. Al contrario, è nullo il patto «quanto la previsione della stima è tale da non assicurare un accertamento obiettivo del valore del bene». Sul punto v. pure BIANCA, C.M.: *Il divieto*, cit., p. 221 ss. Di recente v. in giurisprudenza Cass. civ., 17 gennaio 2020, n. 844, *Giurisprudenza italiana*, 2021, p. 48.

Osserva Bianca che il patto marciano (ossia «un'alienazione in garanzia caratterizzata dalla clausola della giusta stima, che preserva il debitore da un'indebita locupletazione a suo danno») non è valido perché in concreto non svantaggioso, ma piuttosto perché, «mentre nel patto commissorio la vantaggiosità del negozio per l'equivalenza tra valore del bene e valore del credito garantito è del tutto casuale, nel patto marciano essa è assunta a contenuto stesso del contratto costituendo oggetto di un diritto del debitore»⁷¹.

Nel caso del patto marciano, come detto, non ricorre quell'esigenza eteronoma che conduce altrove il legislatore ad ampliare il divieto di patto commissorio ad ogni accordo che risponde a quello schema: non ricorrerebbe infatti alcun rischio di «dannosità sociale», nemmeno se il marciano si estendesse nella prassi della contrattazione⁷². Del resto, mentre nel caso del commissorio il debitore è in una posizione di svantaggio finanche là dove si scopra che in concreto il patto non gli arreca alcun pregiudizio (è lui infatti a doversi attivare per provare l'eventuale detrimento, sobbarcandosi spese e oneri), nel caso del marciano il debitore è tutelato dal fatto che già in prima battuta la stima del bene non proviene dal creditore, ma da un terzo imparziale.

Tali conclusioni, inoltre, permettono di comprendere perché il marciano è tale, ed è valido, anche se impone al creditore di restituire una somma pari all'eccedenza del valore rispetto al debitore, ma non al debitore di pagare la differenza tra il debito e il valore del bene. In questo caso, infatti, la funzione di garanzia è mantenuta; quanto allo scopo solutorio, a seconda della prospettiva che si voglia scegliere potrà ritenersi che esso venga meno o che si innesti in modo non incompatibile con la funzione di garanzia (con la conseguenza che le due funzioni potranno qui convivere)⁷³. In ogni caso, dal punto di vista interpretativo-ricostruttivo è preferibile ritenere che le parti debbano volere espressamente o comunque non inequivocamente questa disciplina⁷⁴.

71 Cfr. BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 288; conformemente Id.: *Il divieto*, cit., p. 220.

72 Anzi, come si è visto oggi la legislazione della crisi, nel consentire e prevedere espressamente tale strumento, pare volerlo favorire (nella convinzione che migliorare il sistema delle garanzie possa anche potenziare il mercato del credito).

73 La scelta finisce per essere quella tra due prospettive diverse: se si valorizza strutturalmente l'esito finale del patto marciano, che può consentire di appropriarsi di un bene, si dirà che sussiste anche uno scopo solutorio; se invece si guarda funzionalmente alla vicenda, che permette semplicemente al creditore di ottenere il valore a cui aveva diritto, si dirà che esiste unicamente una funzione di garanzia (assistita semmai da un meccanismo di esecuzione privatizzato). L'effetto "esdebitativo" eventualmente voluto dalle parti sarà connesso, nella prima ottica, allo scopo solutorio; nella seconda, a una limitazione della responsabilità patrimoniale; e a seconda dell'ottica prescelta (l'una in termini di estinzione del credito, l'altra di inesigibilità) vi saranno anche ricadute pratiche differenti, ad esempio in punto di ripetibilità del pagamento spontaneo (v., sul punto FOLLIERI, L.: "Il patto marciano tra diritto «comune» e «speciale», *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2018, p. 1866).

74 In tal senso oggi l'art. 120-quinquiesdecies T.U.B., da cui si può desumere che, nel suo ambito di applicazione, in caso di dubbio si deve ritenere che persista il debito nella misura in cui esso eccede il valore del bene fatto proprio o venduto dal creditore (cui era stato riservato).

Così descritto per linee generali il patto marciano, possiamo tornare al nostro interrogativo di partenza, relativo agli effetti del divieto del patto commissorio. Infatti, il quesito di maggior interesse posto dal patto marciano riguarda la possibilità di vederlo applicato non solo allorché siano le parti a volerlo e approvarlo, ma anche – ben più in generale – in presenza di ogni patto commissorio. L'interrogativo concerne, cioè, proprio gli effetti del divieto di patto commissorio, che potrebbero essere identificati nella nullità radicale del patto (con eventuale permanenza in vita dell'ipoteca o del pegno⁷⁵) oppure, al contrario, nella nullità parziale dell'accordo, con sostituzione di una clausola o comunque di un meccanismo marciano al patto commissorio e permanenza in vita dell'alienazione in garanzia (o del diverso strumento voluto dalle parti)⁷⁶.

La domanda, assai delicata, rimanda ad altre questioni ben note a dottrina e giurisprudenza, che da tempo si interrogano, da un lato, circa l'esistenza di regole suppletive che appaiono inderogabili all'interno di un tipo, ferma restando la libertà delle parti di concludere un accordo afferente a un tipo diverso e, da un altro lato, a proposito della linea di discriminazione tra casi in cui un'insensatezza generale degli interessi conduce alla nullità del contratto e casi in cui, invece, essa impone di sostituire alla clausola inadeguata una previsione invece conforme e appropriata rispetto all'assetto di interessi perseguito.

Tali quesiti, oggi peraltro divenuti ancor più impellenti in ragione della frequenza con cui la giurisprudenza rinviene ipotesi di immeritevolezza (che si rifà proprio a tale logica), non possono essere risolti per mezzo dell'applicazione della disciplina in tema di nullità parziale.

Mentre questa, infatti, presuppone un contratto compiuto e completo, e quindi una causa effettivamente individuata, rispetto a cui chiedersi se una clausola è essenziale o meno, nei casi di cui ora discutiamo il problema è affatto diverso: ci si chiede, in effetti, se la contraddizione interna all'assetto di interessi lo mini completamente (con conseguente nullità integrale) o solo in parte (con la possibilità di far riemergere la disciplina suppletiva).

Il legislatore del codice non prende in considerazione questi casi con una norma generale, pur interessandosene con alcune regole specifiche. Nell'ipotesi in cui sorga un credito da contratto e, in pari tempo, le parti si accordino per derogare alla responsabilità anche in caso di dolo o colpa grave, è la limitazione di responsabilità a essere nulla, con applicazione della disciplina ordinaria (salvo che, addirittura, non si riqualifichi l'accordo come non giuridicamente vincolante); nell'ipotesi di

75 E pure del mutuo o comunque del finanziamento concluso: la nullità del patto commissorio, riposando anche su ragioni di tutela del debitore, non può che essere necessariamente parziale (nel senso che non incide sulla validità del contratto di finanziamento). V. BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 297.

76 Nel primo senso BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 296 s.

contratto con apposta una condizione meramente potestativa è, invece, del tutto nullo il contratto (salva anche qui la possibilità di una riqualificazione, ad esempio nei termini di un patto d'opzione).

Se si volesse desumere un criterio, esso potrebbe basarsi sul fatto che la clausola inadeguata sia percepibile come recessiva rispetto al complessivo assetto di interessi (toccandone solo un profilo particolare) oppure sia tale da contraddirlo interamente (eliminandone un elemento centrale).

Così, mentre la clausola di limitazione della responsabilità riguarda, per l'appunto, solo la responsabilità (che, per quanto essenziale, non è l'unico elemento su cui viene anche di primo acchito valutata la vincolatività giuridica), la condizione meramente potestativa nega la funzione stessa della sanzione ordinamentale (contraddicendo in modo totale la vincolatività giuridica).

Applicando questo criterio al patto commissorio, dovremmo concludere che la sua sanzione non può che essere la nullità integrale, giacché lo snaturamento interno alla causa è totale e non lascia integro alcunché. Il patto marciano, in questa prospettiva, è in effetti qualcosa che va anche in via di prima approssimazione ad aggiungersi e a correggere: sicché non può costituire una disciplina suppletiva che riemerge in caso di nullità di una supposta clausola commissoria.

Una simile conclusione – che è poi quella a cui giunge Bianca⁷⁷, e che è anche quella che con più facilità si desume dalla lettura degli artt. 2744 e 1964 c.c.⁷⁸ – vale sicuramente per il nucleo centrale del patto commissorio, rispetto a cui ricorre con un maggior grado di certezza la ratio dello snaturamento della causa. Nondimeno, le stesse ragioni che hanno indotto il legislatore a estendere il divieto di patto commissorio impongono di ritenere che tale divieto si applichi in modo uniforme pure alle altre ipotesi limitrofe, anche onde evitare un contenzioso che finirebbe giocoforza per ridondare a sfavore del debitore.

Non si può negare, comunque, che un'evoluzione della prassi socio-economica e dell'ordinamento volta ad allargare la tendenza manutentiva degli accordi imponga di rivedere questa soluzione, che però allo stato non pare giustificata

77 V. nuovamente BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 296 s.; più di recente PAGLIANTINI S.: "I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della Dir. 2014/17/UE", *Le nuove leggi civili commentate*, 2015, p. 202 s. Tesi opposta in CIPRIANI, N.: *Patto commissorio*, cit., p. 184 ss.; Id.: "Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119", *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, p. 1007 s.

78 Ciò che costituisce un evidente argomento positivo a favore della tesi che si sostiene nel testo. Peraltro, la lettera dell'art. 2744 c.c. dimostra anche la preferenza del legislatore per un'interpretazione del patto con cui «si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore» come accordo unitario, e non già come patto costituito di due segmenti (l'alienazione in garanzia e quello che sarebbe il vero e proprio patto commissorio), di cui uno potrebbe ben sopravvivere senza l'altro.

in nessuna delle due prospettive (né nella prima, né tanto meno nella seconda)⁷⁹. Anzi, la logica eteronoma che completa la ratio del divieto di patto commissorio, su cui già abbiamo indugiato, ci porta a ritenere che esso valga in modo tranchant.

Già oggi, comunque, s'impone un esito diverso tutte le volte in cui, lungi dall'approvare un patto commissorio, le parti si accordano per un semplice trasferimento con finalità di garanzia⁸⁰, così lasciando aperta alla determinazione legale la definizione delle modalità con cui dovrà essere regolata tale funzione. Questa è, in effetti, la regola nel caso di cessione in garanzia dei crediti (ossia beni che vengono trasferiti, più che per il loro valore intrinseco, per quello che consentono di ottenere⁸¹); al contrario, nelle ipotesi tradizionalmente fatte afferire al patto commissorio (anche autonomo), l'intento precipitato nell'accordo manca di quest'apertura e anzi risulta direttamente e immediatamente volto a un trasferimento permanente e integrale della proprietà di un certo bene⁸². Come, ancora una volta, ci ha insegnato Cesare Massimo Bianca.

79 Non può sottacersi che secondo taluno l'art. 48-bis e l'art. 120-quinquiesdecies T.U.B. regolerebbero veri e propri patti commissori, tramutati in marciati ex lege (v. ad esempio Russo, D.: *Oltre il patto*, cit., pp. 64 e 74). Una simile opinione, tuttavia, non convince del tutto: l'art. 120-quinquiesdecies, del resto, fa salvo l'art. 2744 c.c. e impone, quanto meno, di ritenere che le parti abbiano condiviso la necessità di una stima per verificare se il valore del bene è minore o uguale a quello del credito; l'art. 48-bis, dal canto suo, non risulta necessariamente applicabile a un qualsiasi patto commissorio concluso entro il perimetro soggettivo disegnato dalla norma: anzi, la stringente procedimentalizzazione ivi prevista, e che espressamente dev'essere richiamata pure dalla dichiarazione di avvalersi del patto di cui al comma 5, fa ritenere che la disposizione si applichi a patti marciati conclusi entro tale perimetro soggettivo o a patti commissori, sempre ivi rientranti, a patto che gli stessi per lo meno implicitamente facciano riferimento al meccanismo dell'art. 48-bis (ad esempio menzionando precisamente, come del resto prescritto dal comma 1, un inadempimento della gravità descritta dal comma 5 quale condizione per l'attivazione della garanzia). Solo in quest'ultima ipotesi la mancata menzione degli effetti marciati potrebbe intendersi quale semplice omissione, inidonea a escludere il prevalere della funzione di garanzia su quella solutoria e anzi tale da aprire la strada a una correzione (integrativa) del patto.

80 La possibilità giuridica del contratto con cui si aliena la proprietà di un bene per finalità di garanzia (e quindi anche l'ammissibilità di un simile trasferimento di proprietà, pur limitato quanto meno sul piano obbligatorio) oggi non appare più revocabile in dubbio, rispondendo per l'appunto a una causa di garanzia. V. già BIANCA, C.M.: *Il divieto*, cit., p. 117; oggi DOLMETTA, A.A., PORTALE, G.B.: "Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano", *Banca, borsa e titoli di credito*, 1999, I, p. 100 ss.; STEFINI, U.: *La cessione del credito con causa di garanzia*, Padova, Cedam, 2007; VALENTINO, D.: "Il trasferimento dei beni in garanzia", in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, 7.II, Torino, UTET, 2007, p. 701 ss.

81 In questo senso di recente Cass., 28 maggio 2020, n. 10092, *dirittobancario.it*. V. pure CIPRIANI, N.: "La cessione di crediti a scopo di garanzia tra patto commissorio e patto marciano", *Rivista di diritto dell'impresa*, 2010, p. 123 ss.

82 V. pure, seppur in senso parzialmente diverso, DOLMETTA, A.A.: "La ricerca del «marciano utile»", *Rivista di diritto civile*, 2017, p. 815 s.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *I nuovi marciatori*, Giappichelli, Torino, 2017.

AMADIO, G.: "Contratto, crisi economica e nuove garanzie", in AMADIO, G.: *Lezioni di diritto civile*³, Giappichelli, Torino, 2018, p. 447 ss.

ANDRIOLI, V.: "Divieto del patto commissorio", in NICOLÒ, R., ANDRIOLI, V., GORLA, G., *Libro sesto. Tutela dei diritti. Art. 2740-2899*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1945, p. 49 ss.

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

BARBIERA, L.: *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali. Artt. 2740-2744*², in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Giuffrè, Milano, 2010 .

BETTI, E.: "Sugli oneri ed i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione dell'obbligazione", *Rivista del diritto commerciale*, 1931, II, p. 689 ss.

BIANCA, C.M.: *Il divieto del patto commissorio*, Milano, Giuffrè, 1957.

BIANCA, C.M.: "Patto commissorio", *Novissimo Digesto italiano*, XII, Torino, Utet, 1965.

BIANCA, C.M.: "Il divieto del patto commissorio: un passo indietro", cit., *Rivista di diritto civile*, 1987, II, p. 117 ss.

BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, III¹, *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 1984.

BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, III², *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2000.

BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, III³, *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2019.

BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, VII, *Le garanzie reali. La prescrizione*, Milano, Giuffrè, 2012.

BUSET, G.: "Ancora su procura a vendere e divieto del patto commissorio", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, I, p. 741 ss.

BUSSANI, M., "Patto commissorio, proprietà e mercato (Appunti per una ricerca)", *Rivista critica del diritto privato*, 1997, p. 113 ss.

BUSSANI, M.: *Il problema del patto commissorio. Studio di diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 2000.

CANDIAN, A.: "Appunti dubbiosi sulla *ratio* del divieto di patto commissorio", *Foro italiano*, 1999, I, c. 175 ss.

CARNELUTTI, F.: "Note sul patto commissorio", *Rivista del diritto commerciale*, 1916, II, p. 887 ss.

CARNELUTTI, F.: "Mutuo pignoratizio e vendita con clausola di riscatto", *Rivista di diritto processuale*, 1946, II, p. 156 ss.

CARNEVALI, U.: "Patto commissorio", *Enciclopedia del diritto*, XXXII, Milano, Giuffrè, 1982, p. 499 ss.

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

CIPRIANI, N.: "La cessione di crediti a scopo di garanzia tra patto commissorio e patto marciano", *Rivista di diritto dell'impresa*, 2010, p. 129 ss.

CIPRIANI, N.: "Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119", *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, p. 995 ss.

CUBEDDU, M.G.: "Patto commissorio e vendita con patto di riscatto: la risposta delle Sezioni Unite", *Rivista di diritto civile*, 1990, II, p. 615 ss.

D'AMELIO, M.: "Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale: disposizioni generali", in *Codice civile. Libro della Tutela dei Diritti*, in *Comm. D'Amelio-Finzi*, Firenze, G. Barbera, 1943, p. 450 ss.

DE BELVIS, E.: *L'esecuzione privatizzata*, ESI, Napoli, 2018.

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

DI ROSA, G.: "Garanzie del credito e divieto del patto commissorio", in DI ROSA, G.: *Problemi di diritto privato²*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 45 ss.

DI ROSA, G.: "L'operazione di *sale and lease back* tra normotipo astratto e fattispecie concreta", *Rivista di diritto civile*, 2015, p. 1136 ss.

DOLMETTA, A.A., PORTALE, G.B.: "Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano", *Banca, borsa e titoli di credito*, 1999, I, p. 76 ss.

DOLMETTA, A.A.: "La ricerca del «marciano utile»", *Rivista di diritto civile*, 2017, p. 811 ss.

EBNER, M., "Patto marciano", *Enciclopedia giuridica*, XXV, Treccani, Roma, 2007, p. I ss.

FOLLIERI, L.: "Il patto marciano tra diritto «comune» e «speciale», *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2018, p. 1857 ss.

GALLO, P.: "Il divieto del patto commissorio, tra passato e avvenire", in MACARIO, F., ADDANTE, A., COSTANTINO, D. (a cura di): *Scritti in memoria di Michele Costantino*, I, ESI, Napoli, 2019, p. 535 ss.

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

IACUANIELLO BRUGGI, M.: "Patto commissorio", in *Enciclopedia giuridica*, XXII, Treccani, Roma, 1990, p. I ss.

LOJACONO, V.: *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, Giuffrè, 1957.

LUMINOSO, A.: "Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio", *Rivista di diritto civile*, 1990, p. 219 ss.

LUMINOSO, A.: *La vendita con riscatto. Artt. 1500-1509*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, Giuffrè, 1987.

MACARIO, F.: "Il divieto del patto commissorio e la cessione dei crediti in garanzia", in *Tratt. Lipari-Rescigno*, IV.II, Milano, Giuffrè, 2009, p. 203 ss.

MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Cedam, Padova, 2017.

MINNITI, G.F.: "Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia", *Rivista del diritto commerciale*, 1997, p. 29 ss.

PAGLIANTINI S.: "I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della Dir. 2014/17/UE", *Le nuove leggi civili commentate*, 2015, p. 181 ss.

PUGLIATTI, S.: "Precisioni in tema di vendita a scopo di garanzia", in PUGLIATTI, S.: *Diritto civile. Metodo - teoria - pratica*, Milano, Giuffrè, 1951, p. 335 ss.

PUGLIESE, G.: "Intorno alla validità della vendita a scopo di garanzia", *Rivista di diritto civile*, 1955.

ROPPO, V., "La responsabilità patrimoniale del debitore", in *Tratt. Rescigno*, XIX.I², Torino, UTET, 1997, p. 483 ss.

RUSO, D.: *Oltre il patto marciano*, ESI, Napoli, 2017.

SASSI, A.: *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, ESI, Napoli, 1999.

SCOZZAFAVA, T.O.: "Note in tema di garanzia", *Contratto e impresa*, 2008, p. 855 ss.

STEFINI, U.: *La cessione del credito con causa di garanzia*, Cedam, Padova, 2007.

VALENTINO, D.: "Il trasferimento dei beni in garanzia", in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, 7.II, UTET, Torino, 2007, p. 701 ss.