

Introduzione

La normativa vigente sulle garanzie patrimoniali si muove attraverso uno dei terreni del diritto privato più complessi e in continua evoluzione, dove è necessario mantenere in equilibrio fattori come l'efficienza, le necessità di tipo economico, nonché i principi generali di tutela del debitore, evitando di oltrepassare i limiti inderogabili posti dall'ordinamento.

L'alterco che contrappone l'autonomia negoziale privata e la tutela del sinallagma contrattuale, si rinviene in particolar modo nella disciplina delle garanzie reali, dove la funzione della garanzia del credito, a tutela del diritto satisfattivo del creditore, deve commisurarsi necessariamente con l'alea legata al patrimonio del debitore. Per arginare i rischi legati a tale fenomeno, l'ordinamento nazionale ha provveduto, attraverso idonei strumenti che dovrebbero contrappesare gli interessi delle parti contrattuali, a bilanciare tali interessi attraverso condizioni e obblighi, impedendo che la parte debole del contratto possa subire una qualsiasi forma di abuso, soprattutto di tipo anastocistico da parte del creditore che voglia vedersi assicurato il credito.

Nel bilanciamento di questo delicato equilibrio, la diversificazione tra patto di tipo marciano e patto commissorio rappresenta uno dei maggiori punti, dove la dottrina ha trovato molti nodi di stampo applicativo e di tipo dogmatico. Nella tradizione normativa, la percezione del patto commissorio è associata alla lesione della *par*

condicio creditorum, mentre il patto marciano si pone come una valida alternativa agli istituti normativi sul credito finanziario, quale strumento regolatorio della garanzia sul bene ceduto dal debitore. Il meccanismo marciano è uno strumento che sarebbe in grado di garantire la soddisfazione del credito da parte del mutuante, senza il rischio di violare il principio di proporzionalità contenuti nei principi generali dell'ordinamento nazionale.

Nell'ultimo ventennio, l'interesse riemerso nei confronti del patto marciano non deriva da un improvviso impulso sovranazionale, ma ha radici che affondano nella crisi del tradizionale processo esecutivo che, nel corso del tempo è divenuto sempre più inefficiente e spesso inadeguato a garantire al creditore la soddisfazione del credito. La necessità di una semplificazione delle procedure, affiancato ad una maggiore funzionalità economica, è stata recepita dal legislatore europeo che, con un approccio riformista, ha cercato di ricondizionare i rapporti tra le parti contrattuali nei vari istituti riguardanti in finanziamenti. La dir. 2002/47/CE ha aperto agli Stati membri nuove prospettive sui contratti di garanzia finanziaria, cercando di rispondere alle esigenze dei mercati economici.

L'obiettivo dell'elaborato è di ricostruire l'evoluzione del patto marciano fino alle ultime codificazioni, attraverso una visione approfondita e sistematica, analizzandone le criticità messe in evidenza dalla dottrina e l'applicabilità nella prassi procedurale. Attraverso l'analisi delle discipline che caratterizzano le pattuizioni marciane, l'elaborato si propone di evidenziare come *i nuovi marciani* (o marciani secondi) siano dotati della forza propulsatrice della trasformazione dei

rapporti di autonomia privata, dell'evoluzione delle garanzie patrimoniali, con la novazione delle normative in favore della tutela del contraente debole nei contratti *inter partes*.

L'analisi si pone in un quadro generale, dove il mutamento delle discipline di diritto interno si trova in costante confronto con le direttive comunitarie.

CAPITOLO 1

LA GARANZIA PATRIMONIALE NELL'AUTONOMIA PRIVATA

SOMMARIO: 1.1 Origine ed evoluzione storica dell'istituto del patto marciano – 1.2 Il patto commissorio: struttura, sfera di applicazione ed effetti del divieto di cui all'art. 2744 c.c. – 1.3 Il patto marciano: la liceità della causa nei trasferimenti a scopo di garanzia – 1.4 La crisi del processo esecutivo e la clausola marciana nelle nuove discipline alla luce della dir. 2002/47/CE

1.1 Origine ed evoluzione storica dell'istituto del patto marciano

Nei sistemi giuridici di *civil law*, gli istituti riguardanti il rapporto tra creditore e debitore sono stati sviluppati sulla base del principio della *par condicio creditorum* e sul principio di universalità della responsabilità patrimoniale. Quest'ultima, intesa come garanzia legale per il creditore, agisce nel caso in cui si verifichi l'inadempimento dell'obbligazione da parte del debitore. Tra gli strumenti messi a disposizione dal legislatore che finalizzano la garanzia di un'obbligazione, ampiamente utilizzati nel nostro ordinamento, troviamo il pegno e l'ipoteca. Questi istituti hanno carattere satisfattivo per il creditore nel caso d'inadempimento, ma pur sempre e solo attraverso l'intervento giudiziale¹.

L'espropriazione forzata, infatti, sembrerebbe essere per il creditore la sola possibilità di rivalsa sul debitore inadempiente. Difatti, onde evitare l'arbitraria attribuzione da parte del creditore del trasferimento dei beni ceduti a garanzia da

¹ A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *Manuale di dir. priv.*, Milano, 2017. p. 261.

parte del debitore, il divieto dello spossessamento così inteso è stato codificato nel nostro ordinamento per mezzo dell'art. 2744 c.c., che ha specificatamente previsto la nullità di qualsiasi patto con il quale si convenga il trasferimento della proprietà della cosa ipotecata o data in pegno al creditore, in caso d'inadempimento da parte del debitore. Viene qua a delinearsi il principio del divieto del cd *patto commissorio*, la cui fonte parrebbe risalire al diritto romano.

Poche le tracce e il materiale sul patto commissorio nelle garanzie, se non quelle di una certa rilevanza in un passo di Papiniano (*L. III Resp.*) contenuto nei *Vaticana Fragmenta*, dove è fissata sia la vendita del pegno preventivamente o successivamente convenuta a favore del creditore, che il principio che specifica che il prezzo non è incerto se costituito dall'ammontare del credito insoluto e degli interessi. Lo stesso Codice teodosiano, non contiene una definizione certa, ma ne traccia il contenuto; chiarisce la convenzione che legittima il creditore ad acquisire la proprietà del bene, ceduto in garanzia in caso d'inadempimento². I dettati finora esposti, che si ritrovano nel Codice giustiniano, appartengono alla tradizione della *lex commissoria* precisata come *pignorum*, che si distingue dalla *lex commissoria* apposta nella compravendita. Il *pignus*, nato come condizione satisfattiva del creditore, poteva ricomprendere sia la garanzia con consegna della *res*, che la garanzia intesa come ipoteca, non ritenendo più la *fiducia* quale elemento a suggello del *pactum*. Solo nell'editto di Costantino, nel 324 d.C., lo schema negoziale del patto marciano si impone come alternativa lecita rispetto al patto commissorio.

² M. BIANCA, *Il patto commissorio*, *Nov. Dig. It.*, X, Torino, 1965, p. 712.

L'istituto sembrerebbe trarre origine dall'intervento del giureconsulto romano Elio Marciano, dell'età dei Severi, (III sec. d.C.) che, per tutelare i debitori da quegli istituti finora applicati che non guardavano alla garanzia patrimoniale se non solo dal punto di vista del creditore, senza specifiche e adeguate tutele in favore del debitore³. Il testo, in sostanza, ovviava l'ostacolo del divieto del trasferimento della proprietà, intesa in senso assoluto, permettendo al creditore di disporre della *res* ceduta in garanzia, purché stimata al giusto prezzo: «*ius emptoris possideat rem iusto pretio tunc aestimanda*».

Con il divieto di patto commissorio si sancì, in via preliminare, la nullità dei negozi caratterizzati dalla condizione del trasferimento del bene costitutivo del pegno (o ipoteca) al creditore in caso d'inadempimento del debitore. Il divieto era conforme agli orientamenti etico religiosi che condannavano i fenomeni usurari, molto vicini ai dettami del cristianesimo come il principio di carità ed eguaglianza⁴. Ma il divieto, così concepito e legiferato, non era però applicabile ai patti costitutivi di pegno, stipulati successivamente al contratto, in sostituzione dell'obbligazione di pagamento e di tutte le altre figure di vendita in garanzia che risultavano in linea con i dettami introdotti con il patto marciano. L'obiettivo di evitare un ingiustificato arricchimento del creditore ai danni del debitore e di non colpire *ex sé* la ritenzione della *res* in pagamento, non collideva con istituti ritenuti leciti come l'*impetratio dominii* e l'*interdictum salvianum*.

³ L. FOLLIERI, *Il patto marciano tra diritto "comune" e "speciale"*, Padova, 2018, p. 1857.

⁴ Così si legge nelle opere dei primi glossatori Pietro di Bellapertica, Cino, Alberico, Paolo Castrense.

Dell'illiceità del patto commissorio si occupò in seguito anche la costituzione pontificia “*A nostram noveris audientiam*” di Innocenzo III, in cui la Chiesa rafforzò il principio di distinzione tra la pattuizione commissoria e la vendita con patto di riscatto, validando la seconda come lecita poiché inquadrabile come forma di vendita, dove però spesso si celavano patti commissori occulti⁵.

Indubbiamente, nel periodo intercorso tra l'età romana e quella contemporanea, il divieto di patto commissorio è rielaborato e ne risorge un'interpretazione lecita, giacché nel diritto germanico è coincidente con il pegno. La dottrina maggioritaria era orientata verso la liceità del patto commissorio stipulato *ex intervallo*, contratto successivo a quello originario. Le fondamenta della sua liceità si basavano sulla mancanza della situazione di soggezione o stato di bisogno del debitore, che avrebbe potuto influenzare la *voluntas* del debitore.

Il divieto della pattuizione commissoria, recepito dall'ordinamento francese e cristallizzatosi nell'art. 2078 c.p.v. del *Code Napoléon*, sancì la famosa *clause de voie parée*, in materia di pegno⁶ «il creditore non può, in mancanza di pagamento, disporre del pegno; salvo che egli ordini in tribunale che tale pegno rimanga in pagamento e fino alla scadenza, secondo la stima fatta dagli esperti, o che sia venduto all'asta. È nulla qualsiasi clausola che autorizzi il creditore ad appropriarsi del pegno o a disporne senza le formalità di cui sopra».

⁵ M. BIANCA, *Il patto commissorio*, Nov. Dig. It., X, Torino, 1965, op cit. p. 713.

⁶ Si v. sul punto V. LOIACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, 1952, p.17; A. WEILL, *Droit civil. Les les sûretés, la publicité foncière*, Parigi, 1979 p.94; F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio e libertà dei contraenti*, Napoli, 1997.

E con l'art. 2088 conservò il principio nella fattispecie dell'anticresi: «Il creditore non diventa proprietario dell'immobile solo per il mancato pagamento nel termine pattuito; ogni clausola contraria è nulla: in questo caso egli può perseguire per vie legali l'espropriazione del suo debitore.».

I due istituti, dal contenuto simile, sostanziano l'imperatività della norma poiché da una parte, pongono il divieto al creditore di disporre o appropriarsi del bene dato in pegno nell'ipotesi d'inadempimento del debitore, fatta salva la facoltà di agire giudizialmente attraverso due possibilità: a) la ritenzione in pagamento, previa stima del valore ad opera di un terzo, sino alla concorrenza del debito; b) procedere alla vendita all'incanto, sancendo in ogni caso la nullità di ogni patto tra creditore e debitore, che consenta l'espropriazione o la disposizione del pegno con modalità diverse da quelle espressamente previste; dall'altra, al creditore è fatto divieto di trasferire la proprietà dell'immobile per il solo mancato pagamento del debito entro il termine convenuto, prevedendo la nullità di tutte le clausole contrarie e affidando la tutela del creditore alle sole procedure di espropriazione giudiziale⁷.

Il codice italiano del 1865 – modellato sulla struttura di quello francese – accolse tale divieto rispettivamente in tema di patto anticretico (art. 1894 c.c.) e di pegno (art.1884 c.c.): «Il creditore non diventa proprietario dell'immobile per la sola mancanza del pagamento nel termine convenuto: qualunque patto contrario è nullo. In mancanza di pagamento può domandare coi mezzi legali l'espropriazione del suo debitore», e ancora «il creditore non può disporre del pegno per il non effettuato

⁷ M. BIANCA, *Il patto commissorio*, *Nov. Dig. It.*, X, Torino, 1965, *op. cit.* p. 714.