

SAGGI

ALDO ANGELO DOLMETTA

Consigliere di Cassazione

già prof. ord. dell'Università Cattolica di Milano

LA RICERCA DEL «MARCIANO UTILE»

SOMMARIO: 1. L'idea di «lievitare» il marciano da patto tollerato a patto conformato dalla legge. – 2. L'ipotesi di «scrivere» la norma dell'art. 2744 *bis* c.c. – 3. Costruire, comunque, un patto marciano utile (a evitare la nullità del patto commissorio). – 4. Patto marciano e causa di garanzia dell'alienazione: la sorte del «supero» (di valore del bene in garanzia rispetto al credito garantito e viceversa). – 5. (*Segue*) L'adempimento della prestazione garantita (diritto del creditore di esigerla; diritto del debitore di eseguirla). – 6. (*Segue*) Il problema dell'alienazione risolutivamente condizionata. – 7. La perizia «marciana». L'impostazione. – 8. (*Segue*) Conformazione della medesima e disciplina che vi si correla. Spunti.

1. – È da poco uscito per i tipi della Giappichelli un volume intestato a «I nuovi marciani», ad opera di Giovanni D'Amico, Stefano Pagliantini, Fabrizio Piraino e Tiziana Rumi. Frutto di più penne, il lavoro è peraltro attraversato, e forse pure originato, da un'idea unitaria che va oltre il singolo esame di talune figure «marciane», come distintamente regolate da leggi recenti e segnate, più ancora, da una forte contestualità sostanziale (si tratti di interventi nuovi o di riprese da schemi precedenti: cfr., così, il c.d. marciano bancario *ex art. 48 bis* TUB; il pegno mobiliare non possessorio *ex art. 1*, comma 7, l. n. 119/2016; il prestito vitalizio ipotecario; il mutuo residenziale per i consumatori).

In controluce, l'idea traspare sin dal titolo che gli autori hanno assegnato al lavoro collettaneo: dove, con tangibile sottolineatura, il plurale dell'aggettivazione si trova a fronteggiare la mancanza di un sostantivo cui appoggiarsi. L'assenza dichiarata dal titolo non intende di certo negare, o anche solo mettere in discussione, la natura contrattuale dei marciani: ché senza dubbi o incertezze questa continua a rimanere confermata. Intende piuttosto segnalare, e promuovere, la ricerca delle «costanti» del marciano, delle regole marciane meglio.

La ricerca è propriamente sollecitata dalla segnalata ondata legislativa e con i contenuti di quest'ultima a fare non solo da spunto, ma pure – si

vorrebbe provare, cercando di mettere insieme i pezzi delle varie normative – a fare da guida (e difficilmente avrebbe potuto essere diverso, posti i tratti della detta ondata: i «*nuovi marciiani*», puntualizza il titolo). Al fondo di ciò – al di sotto cioè dello stimolo indotto da nuovi interventi legislativi – è agevole leggere un pensiero di spessore. Che per l'appunto si volge al marciano in generale, fuori dagli angusti limiti che possano essergli ritagliati da settoriali, specifici interventi normativi (1).

E si propone, in simile direzione, di portarlo verso un ruolo centrale: di alternativa valida e affidabile di quel patto commissorio, che per la nostra tradizione rimane, in sé, comunque vietato dalla legge; facendolo così abbandonare il limbo (e il ghetto, quindi) della figura marginale e di incerta separazione dal commissorio: del patto, insomma, che a mala pena può risultare tollerato dal sistema (2).

2. – La realtà normativa viene, peraltro, a bocciare l'intenzione, secondo quanto propriamente pare.

Nei fatti, il riscontro effettivo di queste normative di marca marciiana si manifesta alquanto deludente. Il loro esame e confronto non riesce a distillare una traccia unitaria e affidabile. In definitiva, i nuovi dati normativi non forniscono un materiale atto a potersi organizzare, in via di ricostruzione sistematica, una struttura conformativa del patto marciano, che abbia segno (indirettamente) legislativo e valenza di tratto generale.

Così avvertono gli autori del citato volume. Di là da ogni notazione di metodo («questa bulimia riformatrice del legislatore, tradottasi in una costellazione in sequenza di marciiani tipizzati, ... produce incertezza, senza contribuire ... a garantire standard elevati di effettività della tutela»), la valutazione risulta proprio di merito: si tratta di un «guazzabuglio di diritti speciali»; a guardarla nell'insieme, compare una normativa affatto «sfilacciata»; proprio acefala, sembra di capire. Il tutto insieme a un giu-

(1) Il transito dal «particolare» degli specifici e nuovi marciiani al «generale» del marciano in quanto tale si avverte già nelle prime pagine del saggio di apertura del volume, che si deve a D'AMICO (*La resistibile ascesa del patto marciano*), p. 1 ss.

(2) Dal saggio di RUMI, (*Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni "marciane" a garanzia del credito immobiliare*), p. 114, nota 27: «anche di recente si è affermato che "si parla del patto marciano, da vari decenni, utilizzando una tecnica definitoria simile all'arte del *distinguishing* praticato da avvocati e giudici anglosassoni. Cioè si descrive il patto commissorio, vietato dall'art. 2744 c.c. e si aggiunge che però una stipulazione commissoria, la quale preveda il versamento al debitore dell'eccedenza tra il valore del bene, stimato al momento dell'inadempimento, ed il debito inadempito, potrebbe forse essere considerato lecito". Così Chianale, *Qualche pensiero sulle recenti vicende del patto marciano*, in *R. not.*, 2016, p. 751».

dizio di (presumibile) scarsa fruibilità operativa (: «marginalissima») di queste specifiche discipline marciane, che il legislatore ha appena introdotto⁽³⁾.

In realtà – avverte ancora il volume – sarebbe servita una cosa diversa, in luogo del «pasticcio» prodotto. Molto meglio sarebbe stato, in più precisi termini, andare a predisporre una «norma generale che valuta e disciplina in un certo modo l'interesse di certi soggetti»: una norma, dunque, «tipizzante il marciano come giusto meccanismo di autotutela contrattuale»⁽⁴⁾. Anzi, una simile norma di «istituzionalizzazione del marciano» – questo passo ulteriore non risulta rimarcato meno del primo – potrebbe servire tuttora: «l'idea di un art. 2744-*bis* ... rappresenterebbe senza dubbio un *upgrading* sistematico notevole».

Da qui, conseguente, una proposta che sembrerebbe quasi suonare come conclusione ideale del percorso svolto nell'ambito del detto volume. Si tratta, dunque, di introdurre nel codice civile una figura «prima» (di impianto generale, cioè) di patto marciano – che «cumuli le condizioni mixanti tutela del creditore e controllo giurisdizionale», in sede di regolamento della figura pure tenendo conto, peraltro, della posizione dei co-creditori (chirografari) e di quella del debitore – e in pari tempo «modificare», per le occorrenze, la disciplina dei marciاني «secondi» (perché di specifico governo di singole ipotesi, più o meno accentuatamente particolari), sì da renderle conformi alle prescrizioni del dettato generale.

3. – L'idea, così proposta, pare senz'altro stimolante⁽⁵⁾. Lo è, direi, anche al di là delle scarse *chances* di una effettiva sua riuscita pratica: sia in punto di introduzione nel codice di una figura di marciano «primo», sia – e più ancora – in punto di coerente traduzione delle sue tracce nella disciplina di legge riguardante i marciاني «secondi» (ove mai, in questa prospettiva, ritenuta ancora opportuna). E tale rimane pure scontando tutte le perplessità e timori che di fronte all'eventualità di una qualunque

⁽³⁾ Le frasi riportate sono tratte dall'«epilogo/riepilogo» posto da PAGLIANTINI in chiusura del suo saggio (*Sull'art. 48 bis TUB: il «pasticcio» di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, p. 100 ss.). Sempre a quest'autore appartengono anche le frasi che appena seguono.

⁽⁴⁾ Da realizzare – si precisa in via ulteriore – secondo un meccanismo disciplinare «a maglie larghe» (PAGLIANTINI, *op. cit.*, p. 103), sì da evitare di portare degli «irrigidimenti» negativi per la autonomia dei provati (D'AMICO, *op. cit.*, p. 6).

⁽⁵⁾ E risponde a un'indicazione sentita nel *milieu*: cfr. BRIANDA, *La prospettiva del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria, lex mercatoria e tradizione*, in *Contratto e impr.*, 2016, p. 797 ss.; CHIANALE, *op. cit.*.

novella legislativa di tratto civile nascono oggi in ragione della (più e più volte) sperimentata «incapacità tecnico-normativa» del legislatore.

Sembra tempo, in effetti, di aprire, di svolgere un dibattito sul patto marciano. Che è sempre stato poco esplorato, già lo si è detto: al di là della notazione tanto tradizionale, quanto in fondo fumosa, che questo patto ben può rivelarsi utile – se costruito in termini opportuni – a superare lo scoglio rappresentato da quello commissorio⁽⁶⁾. Si tratta, dunque, di studiare e individuare i contorni che al marciano siano in grado di portare questi margini di effettiva utilità. Né par dubbio che l'avvenuta proliferazione dei nuovi, e «secondi», marciano costituisca occasione propizia in proposito. D'altro canto, se sembrerebbe modesto l'apporto che le nuove normative di legge possono offrire per la costruzione del marciano «primo» (v. sopra, n. 2: e tuttavia sarebbe errato tralasciare le suggestioni e domande che queste relative normative possono portare; cfr., così, nel prossimo n. 6), non parrebbe da escludere che una discussione extralegislativa sull'«essenza del marciano utile» possa anche produrre un modulo ipoteticamente integrativo – per la via dell'interpretazione sistematica o anche, nel caso, analogica – degli schemi disciplinari dei detti marciano «secondi».

In questa direzione (della costruzione del marciano «primo»), del resto, si è in questi ultimissimi anni mossa la stessa Corte di Cassazione⁽⁷⁾. Il punto è assai noto – e molto annotato –, sì che basta un cenno al riguardo. Sintetizzando, e semplificando un poco gli interventi della Corte (a tutt'oggi molto limitati nel numero), questa è venuta a fornire, in sostanza, tre indicazioni.

La prima, patrimonio comune delle pronunce, è che per evitare la nullità del patto commissorio occorre comunque che il creditore sia tenuto

⁽⁶⁾ Anche se non mancano ancor oggi voci che ritengono il marciano *comunque* inidoneo a superare il divieto dell'art. 2744 c.c. Cfr. CARBONE, *Patto commissorio e patto marciano*, in *Enc. giur. Treccani online*, per il quale il divieto del patto commissorio intende tutelare specialmente la «libertà morale del debitore», mentre il marciano incide unicamente sull'«aspetto patrimoniale del negozio».

⁽⁷⁾ Una posizione distinta occupa, nel panorama giurisprudenziale corrente, la cessione di crediti in garanzia, che (si potrebbe dire) da sempre la Cassazione stima valida (nel limite del credito garantito rispetto a quanto effettivamente riscosso del credito in garanzia). È agevole pensare che ciò dipenda, tra le altre cose, pure dal fatto che nella pratica la cessione riguarda quasi esclusivamente i crediti pecuniari e, quindi, con valore nominale di riscontro immediato.

Nel fondo non diversa appare, del resto, la ragione del riconoscimento legislativo della figura pegno irregolare, che per l'appunto riguarda solo beni provvisti di un prezzo di listino o mercuriale (illuminante, in proposito, il richiamo che l'art. 1851 fa alle «merci»). V. al riguardo anche *infra*, n. 8.3.

a restituire l'eventuale supero del valore del bene trasmesso in garanzia rispetto al montante del credito garantito⁽⁸⁾. Le altre due – e aggiuntive della prima in via di specificazione – sono state espresse solo dalla pronuncia di Cass. 28 gennaio 2015, n. 1625, relativa a una fattispecie concreta di *lease-back*, e si compendiano in ciò: per la determinazione dell'eventuale supero del bene in garanzia rispetto al credito garantito occorre una stima *ad hoc*, opera di un perito «indipendente ed esperto»; il confronto tra i due valori (bene – credito), inoltre, va compiuto con riguardo al tempo della scadenza dell'obbligazione garantita⁽⁹⁾.

Questa, dunque, la base di partenza della discussione relativa, per il nostro diritto vivente, alla costruzione e definizione del «marciano utile». Con la connessa articolazione problematica che direttamente ne discende: effettiva necessità di ognuna di tali condizioni; loro sufficienza; grado di specificazione che vada richiesto alle medesime; disciplina a tutto questo conseguente. Le brevi e sparse osservazioni, qui in appresso svolte, intendono toccare qualche aspetto di questa ampia e complessa tematica.

4.1. – C'è da chiedersi, prima di ogni altra cosa, se la condizione di base indicata dalla Cassazione – per cui il diritto del creditore di soddisfarsi sul bene in garanzia non va comunque oltre il segno dato dalla misura del debito garantito – costituisca un *proprium* del patto marciano o dipenda invece da regole di più vasto respiro, comuni al genere dell'alienazione in garanzia in quanto tale.

A me pare che la risposta debba propendere verso la seconda direzione. Se il trasferimento del diritto è retto – nel titolo che le parti gli danno – da una funzione di garanzia, da tale causa lo stesso non può non risultare conformato: l'entità del credito garantito segna, cioè, i confini che di per sé stessi reggono il passaggio di proprietà e ne governano la disciplina.

⁽⁸⁾ Cfr., Cass. 9 maggio 2013, n. 10986; Cass. 18 marzo 2015, n. 5440; Cass. 28 gennaio 2016, n. 1625 (su cui v. nel testo).

Grosso modo rientrante nella prospettiva, di cui si è appena fatto cenno nel testo, può essere considerata anche Cass. 21 gennaio 2016, n. 1075.

⁽⁹⁾ La sentenza n. 1625/2015 sembrerebbe, per la verità, risolvere (o, meglio, dissolvere) nell'esame del patto marciano il giudizio di meritevolezza *ex art. 1322 c.c.* che la tradizione giurisprudenziale è solita svolgere nei confronti dei contratti di *lease-back* nel concreto somministrate dalla pratica operativa. In questa prospettiva (che è poi quella decisione del caso proposto a giudizio), la sentenza non viene in alcun modo a convincere: in effetti, la clausola marciana rappresenta solo una parte – esterna ed eventuale, oltretutto – della complessa operazione che va sotto il nome di *lease-back*.

Così, una volta soddisfatto il credito garantito, l'eventuale residuo di valore – che il bene venga ancora a produrre (in via di liquidazione) ovvero a mantenere (a seguito della stima di cui è stato fatto oggetto) – non ha più titolo, né giustificazione per permanere nel patrimonio del creditore. E dunque va in ogni caso «riportato» al patrimonio del debitore⁽¹⁰⁾: a prescindere, in altre parole, dal fatto che il patto in concreto stipulato tra le parti ne preveda espressamente il verificarsi.

4.2. – Quanto appena detto, se toglie la necessità, non leva peraltro l'opportunità dell'inserimento di una clausola di «restituzione dell'eventuale supero» nel contesto delle pattuizioni destinate a regolare l'alienazione in garanzia. Ché lo stato attuale del diritto vivente ne raccomanda fortemente l'introduzione; come pure la consiglia una generale esigenza di chiarezza dei patti correnti tra i privati.

E lo stesso è sostanzialmente a ripetersi, va da sé, per il caso di un'ipotetica scrittura dell'art. 2744 *bis*: l'esplicitazione appare opportuna, oltre che per far tacere ogni eventuale dubbio si abbia in proposito, specie per dare una indicazione esplicativa (quando non didascalica) all'agire dell'autonomia⁽¹¹⁾.

Altro è però, nei fatti, il risvolto più pregnante delle constatazioni poco più sopra effettuate sulla causa che informa l'attribuzione di un bene in garanzia. Posto che il credito garantito – e così pure la sua misura – è tratto conformante i termini dell'alienazione in garanzia, quest'ultima non è vicenda destinata a comportare *comunque e in automatico* l'estinzione del credito medesimo: ciò avviene solo se il valore del bene trasferito copre almeno il montante di quanto garantito. Altrimenti, il trasferimento – se rimane strumento utilizzabile (e utile) per il soddisfacimento del creditore – non vale a produrre esdebitazioni di sorta.

In realtà, il patto, che assegna valore estintivo al trasferimento anche se il valore del bene risulti inferiore all'entità del debito residuo, pone comunque l'operazione – al di là di ogni eventuale sua denominazione «marciana» – ai confini estremi della figura dell'alienazione in garanzia:

⁽¹⁰⁾ Cfr. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano 1996; DOLMETTA-POR-TALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1986, I.

⁽¹¹⁾ Sull'eventualità che, nel concreto, il titolo del trasferimento in garanzia contempli pure una pattuizione intesa a lasciare il supero al creditore v. il mio lavoro *Lease-back e patto commissorio: un rapporto complesso*, in *G. comm.*, 2002, I, p. 306 ss.

facendola decisamente inclinare, piuttosto, verso la ben diversa struttura portata dalla dazione in pagamento.

In via corrispondente, occorre seriamente dubitare, a mio avviso, della effettiva natura di alienazione in garanzia del «marciano secondo» che risulta prefigurato dalla norma dell'art. 120 *quinquiesdecies* del testo unico bancario, il cui comma 3 per l'appunto dispone «l'estinzione dell'intero debito» anche per il caso in cui il «valore del bene immobile» sia «inferiore al debito residuo». Con la conseguenza che – a volere ritenere, ciò nonostante, ascrivibile la relativa figura al novero delle garanzie dominicali – la riportata disposizione di legge risulterebbe senz'altro eccezionale, comunque insuscettibile di qualunque applicazione analogica⁽¹²⁾.

5.1. – Anche la seconda delle condizioni indicate dalla Cassazione – per cui il valore del bene dato in garanzia, che si manifesta rilevante, è quello del tempo stabilito per la scadenza dell'obbligazione (non diverso avviene, si può aggiungere *in limine*, per la definizione dell'entità del credito garantito) – risponde a tratti non tanto peculiari al marciano, quanto prima di tutto fisionomici dell'alienazione in garanzia. Posto, per l'appunto, che il trasferimento avviene per la specifica funzione di garantire l'adempimento di una prestazione.

Sotto questi profili, dunque, la costruzione del marciano pare identificarsi con lo schema di base propriamente riconoscibile nell'alienazione in garanzia in quanto tale. Ciò, tuttavia, non viene a proporre interferenze necessarie con il divieto del patto commissorio: ben potendo la ragione giustificativa di quest'ultimo contenere anche la repressione di particolari devianze rispetto al detto schema di base, come intese a disporre rafforzamenti ulteriori della posizione creditoria (senza esaurirsi, tuttavia, nelle stesse; v. pure appresso, nei nn. 7 e 8)⁽¹³⁾.

5.2. – In tema di adempimento della prestazione garantita vi è un altro profilo che importa mettere qui in evidenza, specie perché le indicazioni fornite dalla Cassazione lo hanno lasciato nell'ombra, non avendo ancora avuto occasione di venirlo a esplorare. Punto, anche questo, che attiene allo schema base dell'alienazione in garanzia, senza bisogno di inoltrarsi in varianti marciane.

⁽¹²⁾ Per una sintesi delle diversificate posizioni manifestate in proposito dagli autori de *I nuovi marciani*, v. PIRAINO, *op. cit.*, p. 191, nt. 123.

⁽¹³⁾ Cfr., in proposito, il mio lavoro citato nella precedente nt. 11.

La costituzione della garanzia dominicale, se destina il bene in garanzia al soddisfacimento del creditore, non lo fa diventare canale necessario, e per la verità neppure primario, del soddisfacimento medesimo. Da quest'angolo visuale, l'alienazione in garanzia funziona come le ordinarie garanzie reali: la sua effettiva operatività (: la sua «escussione», volendo utilizzare il lessico proprio delle garanzie) rimane sottoposta, quindi, alla condizione di inadempimento della prestazione garantita. In altri termini, la costituzione della garanzia lascia inalterati i termini del rapporto garantito: non incidendo né sul potere del creditore di esigere la prestazione garantita, né su quello del debitore di eseguirla.

Non si vede ragione, del resto, per pensare in modo diverso. Da rimarcare è, piuttosto, come il patto, che renda utilizzabile la garanzia anche a prescindere dal verificarsi dell'inadempimento, tenda a far uscire l'operazione dall'alveo dell'alienazione in garanzia, per portarlo (ancora una volta) verso il diverso polo della dazione in pagamento (cfr. gli art. 1197, comma 1, ultimo periodo, e 1198, comma 1, c.c.) o anche, a seconda della specifica indicazione portata dalla fattispecie concreta, verso il paradigma dell'obbligazione alternativa o addirittura *in facultate solutionis*.

Nonostante questo, non mi sembra discutibile l'opportunità di rendere esplicita nel testo degli atti di autonomia – ovvero pure nel dettato di un ipotetico art. 2744 *bis* – questo passaggio regolamentare. Per constatarla, in effetti, basta ricordare la tradizionale discussione sull'effettiva sussistenza di un diritto di adempiere del debitore con riferimento alla fattispecie del pegno irregolare di cui all'art. 1851 c.c. ⁽¹⁴⁾.

6.1. – A ritroso, dalla fase di «escussione» dell'alienazione in garanzia a quella della sua costituzione.

L'ultimo segmento dell'esposizione svolta all'evidenza pone – come suo presupposto (che, in realtà, ritengo qui di assumere invece in termini di mera ipotesi) – l'utile possibilità che l'alienazione in garanzia venga confezionata non solo in termini di struttura sospensivamente condizionata all'inadempimento del debitore, ma pure in quelli di struttura risolutivamente condizionata all'adempimento del medesimo.

L'assunto risponde alla tradizione operativa della figura. Né si pone problemi al riguardo la citata sentenza di Cass. n. 1625/2015, che pure riguarda – lo si è già accennato – una fattispecie concreta di *lease-back*. E

⁽¹⁴⁾ Ancora attuale si manifesta in proposito il richiamo a DALMARTELLO, voce *Pegno irregolare*, in *Nov. D.*, XII, Torino 1965.

nemmeno è stato di ostacolo al pacifico riconoscimento giurisprudenziale della cessione dei crediti in garanzia la circostanza che questa risulti costantemente costruita nella pratica nei termini di trasferimento risolutivamente condizionato del credito.

D'altro canto, la possibilità di piena costituzione della garanzia già in via preventiva, senza attendere il momento di un suo effettivo bisogno, fa perno pure (se non prima di tutto, anzi) sulle comuni, istituzionali caratteristiche di base delle garanzie reali di prelazione.

6.2. – Preso atto di tutto questo, va adesso rilevato che, peraltro, i marciani di nuovo conio e «secondi» propongono tutti strutture basate sul meccanismo della condizione sospensiva, ponendo quindi il trasferimento sotto condizione di inadempimento del debitore; e tralasciano proprio la strada della struttura traslativa risolutivamente condizionata. È da chiedersi, allora, se una simile scelta non abbia riflessi di ordine «esterno».

In modo particolarmente pregnante, il problema si pone, a me pare, con riferimento all'idea di scrivere le regole legislative del marciano «primo»; più sfumata l'incidenza che la detta circostanza può possedere in punto di validità dei patti marciani attualmente correnti nella pratica: ché non sarebbe corretto enfatizzare l'importanza sistematica di queste nuove normative (cfr. sopra, n. 3).

Sta in fatto, comunque, che la struttura risolutivamente condizionata – proprio perché realizza già in prevenzione l'effetto traslativo (e quindi l'uscita del bene dalla sfera della responsabilità patrimoniale *ex art. 2740 c.c.*) – è quella che, nell'alternativa con la struttura sospensivamente condizionata, risulta di per sé stessa idonea a portare vantaggi maggiori alla posizione del creditore garantito nei confronti della posizione del debitore e dei creditori chirografari di questi⁽¹⁵⁾. Sì che l'opzione emergente dalle

⁽¹⁵⁾ E, per constatarlo, è sufficiente pensare alla diversa regolamentazione codicistica della pendenza della condizione risolutiva e sospensiva. La ricompressione dell'alienazione risolutivamente condizionata nell'ambito del divieto scritto nell'art. 2744 riposa, del resto, su di un argomento *a fortiori* (versione *a minori ad maius*).

In questa prospettiva, è importante aggiungere che *comunque* il creditore, in pendenza della condizione, non sopporta il rischio del perimento del bene in garanzia, posta per l'appunto la causa che regge la relativa attribuzione (il perimento del bene, che non dipenda da colpa del creditore, non è in alcun modo destinato a incidere – neppure in via indiretta – sul credito garantito). Il che, naturalmente, non esclude che il creditore – in quanto proprietario – possa essere chiamato a rispondere verso terzi di danni provocati dal bene datogli in garanzia (il pensiero va, qui, alla norma dell'art. 2053 c.c.).

Sul tema v. anche *infra*, nel n. 8.4.

scelte compiute per i detti, diversi marciari va in ogni caso presa in considerazione e attentamente vagliata.

7.1. – Detto questo, occorre portare adesso l'attenzione sull'ultima delle indicazioni fornite dalla Cassazione in materia di marciario. Questa indicazione, che fa sponda sulla necessità di prevedere un «procedimento volto alla stima del bene» dato in garanzia, si manifesta senz'altro di primaria importanza. In effetti, la previsione pattizia di un simile procedimento viene comunemente ritenuta come un tratto qualificante dello schema marciario, sin da punto di vista storico⁽¹⁶⁾.

Qui, in realtà, sembra propriamente risiedere il profilo differenziale dell'alienazione marciaria rispetto all'indistinto genere dell'alienazione in garanzia: nella predisposizione pattizia, dunque, di un apposito meccanismo peritale (del bene in garanzia), che viene organizzato in via di autotutela (fuori da strutture di tipo giurisdizionale, cioè) e che è inteso a regolare il soddisfacimento del diritto garantito in via esecutiva (a fronte del mancato adempimento in termini della prestazione garantita; v. altresì nel n. 8.4.).

Non a caso l'attuale proliferazione normativa di marciari secondi trova la sua ragion pratica – tra le altre cose – (anche) nella constatazione della crisi perdurante (forse della crisi istituzionale, anzi) dell'esecuzione forzata che viene ritagliata dalla normativa del vigente codice di procedura⁽¹⁷⁾. Esecuzione che, secondo il giudizio comune, risulta attraversata, e connotata, dalla lunghezza dei tempi, dalla pesantezza e rigidità delle procedure, dalla modestia dei risultati economici che ne discendono.

Ora, se è vero che quest'ultima constatazione viene di per sé ad aprire scenari del tutto diversi (da quello relativo al «come» costruire un'esecuzione forzata pubblica che risulti funzionale a quello del «se» sia possibile un'opera del genere), è anche vero che gli stessi non tolgono spazio – nell'attuale, in via segnata – alla variante privata dell'esecuzione forzata che è data dal marciario. Il punto, piuttosto, è un altro. L'acquisita necessità di una perizia marciaria non rappresenta un punto di arrivo, bensì un semplice punto di partenza.

Non condivido, in altri termini, l'opinione di chi – correttamente acquisito che quanto «differenzia veramente» il patto marciario da quello commissorio «è l'*aestimatio*» – senz'altro si chiede se il marciario non «sia comunque da ammettere (in virtù della generale autonomia contrattua-

⁽¹⁶⁾ Cfr., per tutti, PIRAINO, *op. cit.*, p. 193.

⁽¹⁷⁾ Cfr. PAGLIANTINI, *op. cit.*, p. 61 s.

le)»⁽¹⁸⁾. Accontentarsi della semplice previsione contrattuale di una perizia – quale che poi essa sia – sembra in effetti un po' poco.

Posto che l'idea di scrivere una disposizione marciana nell'art. 2744 *bis* suppone per definizione il mantenimento dei principi legati all'esistenza del divieto commissorio, il punto (della norma ipotetica, come pure dei patti *in absentia* della medesima) diventa quello di verificare i termini di possibile costruzione, e conformazione, di quest'*aestimatio* (propri e correlati profili disciplinari ricompresi; cfr. qui subito appresso, nonché nel n. 8).

7.2. – Naturalmente, il passaggio appena svolto va per sé a rinviare all'individuazione della ragione e del senso del divieto del patto commissorio. Che è tematica, come è noto, tanto tradizionale nella nostra letteratura, quanto travagliata e complessa⁽¹⁹⁾. Su un simile scoglio, di conseguenza, ogni discorso relativo alla eventualità di costruire un marciano «primo» e «utile» rischia fortemente di arenarsi e di perdersi. Per uscire dall'*impasse*, potrebbe forse rivelarsi utile, allora, tenere presente l'osservazione (di semplice ragionevolezza) che segue.

Per quanto tante siano le opinioni manifestate a proposito della *ratio* del divieto, l'individuazione degli interessi, alla cui protezione lo stesso risulta inteso⁽²⁰⁾, sostanzialmente finisce per convergere comunque verso due poli: quello dato del debitore e quello dato dei suoi creditori chirografari. Interessi e poli, questi ultimi, che ben possono essere assunti non già in termini alternativi tra loro, bensì lungo una linea di complementarietà. Il che propriamente avviene se, in relazione al divieto in discorso, si pone l'accento sull'incidenza economica che l'alienazione in garanzia è tipicamente in grado di possedere.

Così, quando si riscontra che il divieto commissorio copre il «rischio di sopraffazione economica del creditore nei confronti del debitore», con la parola «debitore» si fa riferimento (in modo tutto sommato scoperto) non già al soggetto-persona, quanto piuttosto al soggetto-patrimonio. Il divieto evoca e in pari tempo riguarda, insomma, il patrimonio del debitore e la sua responsabilità patrimoniale verso i creditori chirografari.

⁽¹⁸⁾ Così, invece, D'AMICO, *op. cit.*, p. 2, nt. 3 e p. 9.

⁽¹⁹⁾ Per una recente sintesi ragionata di questa problematica v. NATALE, *Lease-back e strutture utili di patto marciano*, in *questa Rivista*, 2015, p. 1595 ss.

⁽²⁰⁾ Tra le tante e tante opinioni che sono state manifestate in proposito, a me convince quella che fa leva sull'idea base per cui lo stesso intende colpire la «sproporzione, il surplus» economico e/o regolamentare, «che la garanzia dominicale dà nei confronti di quelle semplicemente di prelazione». Cfr., in proposito, il mio lavoro su *Lease-back e patto commissorio: un rapporto complesso*, cit.

Se questo è vero, ne segue che il tentativo di costruire un marciano «utile» (sul piano della stesura di un art. 2744 *bis*; sul piano della stesura di patti operativi comunque idonei a resistere al divieto vigente) non potrebbe ragionevolmente non tenere conto di questi interessi e della correlata necessità di una loro protezione in termini sostanzialmente significativi.

8.1. – Si potrebbe essere tentati di risolvere d'un balzo i problemi di conformazione della perizia marciana richiamandosi *tout court* alla struttura normativa dell'art. 696 *bis* c.p.c.: sulla traccia di questa disegnando dunque la figura dell'art. 2744 *bis* in punto di *aestimatio*; come pure affidando i patti dell'operatività alla relativa disciplina, a mezzo della costruzione di clausole che per l'attivazione della perizia rimandino alla consulenza tecnica prevista dalla norma di diritto processuale, le parti accettando ora per allora le risultanze della medesima.

Si tratterebbe, è vero, di un marciano «spurio», perché coinvolgente nella sua articolazione prima l'autorità giudiziaria⁽²¹⁾. E tuttavia tale intervento rimarrebbe, nella delineata prospettiva, confinato alla direzione e gestione dell'*aestimatio*, senza incidere sul momento «realizzativo» della garanzia dominicale. Preso atto che una simile possibilità di costruzione operativa del marciano non sembrerebbe per la verità impercorribile già nel sistema attualmente vigente⁽²²⁾, la non «convenzionalità» di tale proposta rinvia comunque all'opportunità di battere in proposito anche sentieri più consueti.

8.2. – Per la salvezza della clausola marciana, la Cass. n. 1625/2015 richiede in via segnata che il perito sia «persona indipendente ed esperta» (sull'eventualità di «parametri oggettivi automatici», che rendano superfluo l'espletamento della perizia, v. nel prossimo n. 8.3.). Si tratta, secondo ogni evidenza, di un'indicazione di mera massima e, pur in questa prospettiva, un po' troppo «bassa».

Perseguendosi non solo il fine della sincerità, ma anche quello dell'attendibilità della perizia, la persona dello stimatore deve rispondere a precisi, importanti livelli di professionalità specifica: tra l'altro legati alla tipologia di beni di cui alla stima e pure riscontrati dall'iscrizione in appo-

⁽²¹⁾ Nel contesto, comunque, di una struttura che, con riferimento alla figura positivamente delineata nell'art. 696 *bis* c.p.c., già si tende a collocare nel genere degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie.

⁽²²⁾ La formula «accertamento ... determinazione dei crediti derivanti dalla mancata o inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali», di cui appunto alla norma dell'art. 696 *bis* c.p.c., prestandosi, mi pare, anche ad accogliere nel suo seno l'accertamento del valore del bene dato in garanzia di un'obbligazione.

sito albo professionale (per la giustificazione che sorregge questa opzione, come pure molte di quelle che seguono, v. il n. 7.2.). In ogni caso è da assicurare, a me pare, l'applicazione in fattispecie della regola di diligenza scritta nell'art. 1176, comma 2, c.c.

In tema di indipendenza non può, in particolare, rimanere trascurato (come, per contro avviene nella citata sentenza) il punto del soggetto chiamato alla nomina del perito. Esclusa senz'altro ogni determinazione unilaterale del creditore (troppo facile apparendo allora, a parte ogni altro rilievo, aggirare il requisito dell'indipendenza), la scelta più affidante rinvia, naturalmente, al deferimento della nomina a consigli e ordini professionali (se non direttamente al presidente del tribunale) ⁽²³⁾.

L'incarico così affidato – va anche notato, pur se *in limine* – riprende lo schema del mandato collettivo *ex art.* 1726 c.c. ⁽²⁴⁾. Perciò, trattandosi di «affare di interesse comune», le spese della perizia vengono, nel rapporto interno, a dividersi tra le parti (non applicandosi, dunque, la norma dell'art. 1196 c.c.; del resto, pur se funzionale all'estinzione dell'obbligazione garantita, la perizia è vicenda che sta logicamente a monte della stessa) ⁽²⁵⁾.

8.3. – La perizia – avverte ancora la citata sentenza – deve tendere alla verifica del «giusto prezzo» del bene in garanzia (al tempo di scadenza dell'obbligazione), nell'ambito di un procedimento che la clausola deve predisporre con «tempi certi e modalità definite». Anche qui, a me pare, occorre più di una precisazione.

Il riferimento al «giusto prezzo», in specie, può facilmente lasciare perplessi: anche solo, volendo, per la vaghezza di una simile indicazione. Né v'è bisogno di sottolineare la centralità di una simile problematica, come pure la sua intrinseca difficoltà. Qualche utile spunto potrebbe, peraltro, essere tratto dalla norma dell'art. 2798 c.c. ⁽²⁶⁾, che per l'appunto fa riferimento alla richiesta del creditore di farsi assegnare dal giudice la cosa mobile ricevuta in pegno. Prima di tutto, nel senso che la norma

⁽²³⁾ Cfr., in proposito, la norma dell'art. 2343 c.c. per i conferimenti in natura nelle S.p.a.

Ricordo che la diversa soluzione adottata dall'art. 2465 c.c. per le S.r.l. circoscrive comunque la nomina all'ambito dei revisori legali e società di revisione, disponendo altresì l'applicazione della norma dell'art. 64 c.p.c.

⁽²⁴⁾ Su questo punto in generale v. Cass. 14 marzo 2013, n. 6554.

⁽²⁵⁾ In caso di predisposizione dell'ipoteizzato art. 2744 *bis* mi parrebbe senz'altro opportuno dotare questo profilo di regolamentazione espressa.

⁽²⁶⁾ Come segnala NATALE, *Lease-back e strutture utili di patto marciano*, cit.

indica come il valore del bene, che risulta rilevante a tal fine, sia quello riflesso dal «prezzo corrente»: in buona sostanza, perciò, il parametro della stima deve essere quello dello scambio «a pronti».

Nel senso, inoltre, che la norma dell'art. 2798 esonera dalla necessità di espletamento effettivo della perizia – *rectius*, dalla nomina di un perito *ad hoc* – solo i beni per i quali corrono dei «listini o mercuriali» (data la precisazione che la norma dell'art. 1474, comma 2, c.c. apporta alla nozione di «prezzo di mercato») (27). Nel caso, oggi frequente, in cui questi beni siano presenti su più listini, tuttavia occorrerà, a me pare, pure che la clausola indichi quello scelto, sempre che la scelta cada su listini comunque dotati di un'oggettiva credibilità e che risponda a una giustificazione oggettiva applicabile alla fattispecie concreta.

Per tutti gli altri beni (compresi quelli con elevato livello di fungibilità, ma sprovvisti di un listino proprio), è da chiedersi se non siano individuabili dei parametri valoristici ulteriori rispetto a quelli dato dallo scambio a pronti – nonché a quello, per così dire immanente, rappresentato dalla opportuna considerazione delle caratteristiche fisiche e giuridiche proprie del singolo bene – e integrativi dei medesimi. In effetti, se si tiene conto (se non altro) della funzione specifica e concreta della clausola marciana – di evitare, in segnata specie, la modestia dei risultati usualmente ritraibili dalle vendite giudiziarie (cfr. sopra, nel n. 7.1.) –, la stima, a me pare, dovrebbe comunque rimanere ancorata sulla linea dell'assoluta normalità dello scambio a pronti, escludendo pertanto ogni indicazione di tratto meramente liquidatorio ovvero di svendita.

Anche il tema dei «tempi certi e modalità definite» di perizia, che la sentenza della Cassazione pure segnala, richiama due notazioni almeno, del resto scontate. La prima è che la clausola dovrà necessariamente dare accoglienza e rispetto sostanziale al principio del contraddittorio (28). L'altra, la cui importanza risulta esasperata (pure) dalla rilevanza riconosciuta

(27) Prezzo che decisamente non coincide per forza con quello abitualmente praticato dal venditore, per cui la norma dell'art. 1474 c.c. utilizza il *nomen* di «giusto prezzo».

(28) Si potrebbe forse obiettare, in proposito, che il rispetto della regola del contraddittorio sta fuori dall'arco normativo occorrente per superare il divieto commissorio dell'art. 2744, che va a impersi sull'effettiva esattezza del risultato raggiunto dalla stima. Sembra agevole replicare, peraltro, che la predisposizione di un procedimento peritale, che da tale regola venga propriamente a prescindere, mette intrinsecamente in pericolo il raggiungimento di un simile risultato.

Difficilmente, del resto, una pattuizione che sacrifichi (non tanto la forma, quanto piuttosto) la sostanza del contraddittorio potrebbe dirsi, a me pare, perseguire interessi meritevoli di tutela *ex art.* 1322 c.c. (se non altro, ragionando sulla base dell'art. 24 Cost.).

alle regole del contraddittorio, consiste nell'esigenza di assegnare termini contenuti ai tempi di svolgimento del procedimento peritale.

8.4. – Per la verità, l'esigenza che il procedimento di stima sia molto celere si collega anche al fatto che, verificatosi l'inadempimento del debitore (sopra, n. 5.2.), l'effetto traslativo del bene in garanzia si «consolida» in capo al creditore, con conseguente passaggio del rischio a suo carico (cfr., sopra, n. 6.2., nt. 15), estinzione dell'obbligo garantita (in tutto o in parte; cfr. n. 4.2.) e correlata esigibilità dell'obbligo di versare l'eventuale supero di valore del bene nelle mani del debitore medesimo⁽²⁹⁾.

La struttura caratteristica del marciano non richiede, in altri termini, che il bene in garanzia sia effettivamente venduto a terzi⁽³⁰⁾. Che il soddisfacimento del creditore garantito avvenga a mezzo appropriazione del ricavato della vendita, anzi, pare introdurre una variante anomala nella figura. Per sé, il marciano configura un'esecuzione in via di autotutela per assegnazione.

Nella fisiologia della figura, in effetti, la stima è direttamente intesa all'estinzione dell'obbligazione; che il creditore, poi (dopo l'effettuazione della stima, cioè), venda o meno il bene è affare suo: quale vicenda propriamente estranea alla clausola, nella sua conformazione tipica. Del resto, una stima direttamente funzionale alla vendita a terzi del bene finisce per funzionare, a ben vedere, come base d'asta.

Ciò posto, non avrei dubbi nel ritenere, con riferimento ai patti correnti nella pratica attuale, che una simile variante debba necessariamente essere esplicitamente prevista nel corpo della clausola, perché possa, nel caso, entrare in applicazione. Molte perplessità avrei, per contro, sull'eventuale opportunità di inserire una variante del genere nel corpo di un ipotetico art. 2744 bis. Per la forte lontananza di questa variante dalla struttura tipica del marciano; per l'inevitabile necessità di regolare in modo minuto «tempi e modi» di una simile vendita; per la constatazione che il relativo procedimento di vendita starebbe per forza nelle mani del creditore: con conseguente applicazione di tutta una serie di obblighi comportamentali (tratti non solo dal canone di buona fede oggettiva) e correlate responsabilità risarcitorie a carico di quest'ultimo.

8.5. – Valutazione di carattere tecnico, espressa con una dichiarazione di scienza e non di volontà (ovvero di integrazione della volontà altrui), la perizia marciana rientra nell'ambito delle c.d. perizie contrattuali.

⁽²⁹⁾ In altri termini, la stima viene in pratica a possedere una specie di «effetto retroattivo» (posta l'evidente inutilizzabilità di stime «ora per allora»).

⁽³⁰⁾ Sul punto v. pure i rilievi di NATALE, *op. cit.*

Per queste la giurisprudenza della Cassazione esclude l'applicabilità del rimedio di cui alla norma dell'art. 1349 c.c. (la perizia «non può, per sua intrinseca natura, essere equa o iniqua, ma soltanto esatta o inesatta»), nel contempo affermando che il «sistema delle impugnazioni esperibili» va «desunto esclusivamente dalle regole generali del codice civile che determinano le cause di invalidità dei negozi giuridici»: la perizia contrattuale potrà quindi essere impugnata soltanto «per errore, dolo o violenza»⁽³¹⁾.

Al di là delle difficoltà ricostruttive di tratto dommatico (si suppone, all'evidenza, che ciascuna delle parti non tanto accetti, quanto assuma addirittura come «contrattualmente» propria la dichiarazione del perito), questa tesi appare un po' forzata pure sul piano pratico: non è ben chiara, ad esempio, la ragione per cui l'inesattezza del perito dovrebbe essere riconoscibile dalla parte che ne trae vantaggio. Nella prospettiva dell'introduzione di una regolamentazione per legge del marciano, l'approntamento di una struttura rimediale *ad hoc* si raccomanda, dunque, con forte insistenza.

8.6.– Un'ultima notazione, ancora concernente la disciplina che sta intorno al marciano e alla conformazione del relativo patto. Notazione che, pur possedendo per sua natura una vocazione di indole generale, viene qui focalizzata sull'eventualità di fallimento dell'alienante debitore.

L'alienazione in garanzia – in sé, come pure quella marciana – prende, come è noto, due anime: la struttura traslativa, la causa di garanzia. Assumere il marciano in termini di validità significa, a me pare, non già enfatizzare – in relazione alla disciplina da applicare – il primo lato di questa figura, quanto piuttosto riconoscere l'unitarietà del ceppo che questa ha rispetto alle garanzie di prelazione. Così, per meglio chiarire con degli esempi il pensiero, non vedo ragione per cui nei confronti della garanzia marciana non dovrebbe trovare ingresso la disposizione dell'art. 53 l. fall.⁽³²⁾. Né avrebbe senso, mi pare, ritenere non applicabili alla stessa le regole revocatorie scritte per le garanzie di prelazione nell'art. 67, comma 1, n. 3 e n. 4, l. fall.

⁽³¹⁾ Le frasi trascritte nel testo sono tratte da Cass. 3 giugno 2005, n. 13954. In materia v. pure Cass. 28 giugno 2016, n. 13291 (su cui adesso il *Commento* di VAPINO, in *Contratti*, 2017, p. 317 ss.) e Cass. 6 febbraio 2016, n. 2996.

⁽³²⁾ Contro, come è noto, la sentenza di Cass., sez. un., 14 maggio 2001, n. 202 (su cui v. ora LO BUONO, *Il pegno bancario*, in AA.VV., *I contratti bancari* a cura di Capobianco, Torino 2016, p. 1806 ss.).