

ARCHIVIO GIURIDICO SASSARESE

Diritto privato e valori sociali in una
prospettiva diacronica

Giovanni Berti de Marinis, Maria Vittoria Bramante,
Alice Cherchi, Maria Cheri, Corrado Chessa,
Laura d'Amati, Carlo Dore, Maurilio Felici,
Angela Galato, Giovanni Gandino,
Anna Maria Mancaleoni, Marco Manna,
Raimondo Motroni, Rosanna Ortu,
Maria Pia Pignalosa, Giovanni Maria Uda

XXX

2025-2

INSCHIBBOLETH

Luglio - Dicembre

A Eleonora Nicosia

ARCHIVIO GIURIDICO SASSARESE

RIVISTA INTERNAZIONALE DI DIRITTO PRIVATO ANTICO, CONTEMPORANEO E DELL'ECONOMIA

Direttore scientifico

Giovanni Maria UDA (Università di Sassari)

Co-Direttore scientifico

Rosanna ORTU (Università di Sassari)

Vice-Direttore scientifico

Luigi NONNE (Università di Sassari)

Comitato di direzione

Francesco CAPRIGLIONE (Università LUISS “Guido Carli” – Università telematica G. Marconi); Claudio COLOMBO (Università di Sassari); José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE (Università di Valencia); Andrea DI PORTO (Sapienza Università di Roma); Catherine GINESTET (Università di Tolosa); Mauro GRONDONA (Università di Genova); Gabor HAMZA (Univ. Eötvös Loránd Budapest); Alessandro HIRATA (Università di San Paolo “USP”); Valerio LEMMA (Università di Roma G. Marconi); Agustin LUNA SERRANO (Università Ramon Llul Barcelona); Salvatore PATTI (Sapienza Università di Roma); Mirella PELLEGRINI (Università LUISS “Guido Carli”); Diego ROSSANO (Università di Napoli “Parthenope”); Illa SABBATELLI (Università Telematica San Raffaele Roma); Andrea SACCO GINEVRI (Università telematica internazionale Uninettuno); Christoph SCHMID (Università di Brema); Marco SEPE (Università di Roma Unitelma Sapienza); Vincenzo TROIANO (Università di Perugia); Alberto URBANI (Università Ca’ Foscari di Venezia)

Comitato di redazione

Maria Teresa NURRA (Caporedattrice – Università di Sassari)

Annamaria ABBRUZZESE (Università “Magna Graecia” di Catanzaro); Davide ACHILLE (Università del Piemonte Orientale); Carlo ATTANASIO (Università di Sassari); Claudia BENANTI (Università di Catania); Tania BORTOLU (Università di Sassari); Gianluca DE DONNO (Università di Sassari); Dario FARACE (Università di Roma “Tor Vergata”); Massimo FOGLIA (Università di Bergamo); Stefania FUSCO (Università di Sassari); Lorenzo GAGLIARDI (Università di Milano Statale); Domenico GIURATO (Università di Sassari); Maria Alessandra IANNICELLI (Università Roma Tre); Daniele IMBRUGLIA (Sapienza Università di Roma); Arturo MANIACI (Università di Milano Statale); Raimondo MOTRO-

NI (Università di Sassari); Laurent POSOCCO (Università di Tolosa); Federico PROCCHI (Università di Pisa); Giuseppe Werther ROMAGNO (Università di Sassari); Maria Gabriella STANZIONE (Università di Salerno); Fabio TORIELLO (Università di Sassari); Maria Manuel VELOSO GOMES (Università di Coimbra)

Comitato dei revisori

Luigi GAROFALO (Presidente – Università di Padova)

Emanuela ANDREOLA (Università Telematica UniCusano); Marco AZZALINI (Università di Bergamo); Federico AZZARRI (Università di Pisa); Angelo BARBA (Università di Siena); Vincenzo BARBA (Sapienza Università di Roma); Marco BODELLINI (Università di Bergamo); Maria Vittoria BRAMANTE (Università Telematica Pegaso); Maria Novella BUGETTI (Università di Ferrara); Pierangelo BUONGIORNO (Università di Macerata); Fausto CAGGIA (Università “Kore” di Enna); Ilaria Amelia CAGGIANO (Università “Suor Orsola Benincasa” di Napoli); Rosa CALDERAZZI (Università di Bari “Aldo Moro”); Valeria CAREDDA (Università di Cagliari); Maria Luisa CHIARELLA (Università “Magna Graecia” di Catanzaro); Alberto Giulio CIANCI (Università di Perugia); Alessandro CIATTI CÀIMI (Università di Torino); Maria Rosa CIMMA (Università di Sassari); Laura D’AMATI (Università di Foggia); Iole FARGNOLI (Università di Milano Statale); Sara CORRÊA FATTORI (Università di Araraquara “UniAra”); Maurilio FELICI (Università LUMSA di Palermo); Emanuela FUSCO (Università della Campania “Luigi Vanvitelli”); Lucilla GATT (Università “Suor Orsola Benincasa” di Napoli); Andrea GENOVESE (Università della Tuscia Viterbo); Fulvio GIGLIOTTI (Università “Magna Graecia” di Catanzaro); Claudia IRTI (Università Ca’ Foscari di Venezia); Umberto IZZO (Università di Trento); David KREMER (Université Paris Descartes); Paola LAMBRINI (Università di Padova); Simone MEZZACAPPO (Università di Perugia); Lorenzo MEZZASOMA (Università di Perugia); Massimo MIGLIETTA (Università di Trento); Maria Concetta NANNA (Università di Bari “Aldo Moro”); Eleonora NICOSIA † (Università di Catania); Francesco Paolo PATTI (Università “Luigi Bocconi” di Milano); Aldo PETRUCCI (Università di Pisa); Guido PFEIFER (Università Goethe di Frankfurt am Main); Fabrizio PIRAINO (Università di Palermo); Johannes PLATSCHEK (Università di München “LMU”); Roberto PUCCELLA (Università di Bergamo); Francesca REDUZZI MEROLA (Università di Napoli “Federico II”); Nicola RIZZO (Università di Pavia); Carmela ROBUSTELLA (Università di Foggia); Giacomo ROJAS ELGUETA (Università Roma Tre); Anna Maria SALOMONE (Università di Napoli “Federico II”); Pieremilio SAMMARCO (Università di Bergamo); Gianni SANTUCCI (Università di Bologna); Roberto SCEVOLO (Università di Padova); Roberto SENIGAGLIA (Università Ca’ Foscari di Venezia); Domenico SICLARI (Sapienza Università di Roma); Eduardo Cesar SILVEIRA VITA MARCHI (Università di San Paolo “USP”); Laura TAFARO (Università di Bari “Aldo Moro”); Elena TASSI (Sapienza Università di Roma); Noah VARDI (Università Roma Tre); Mario VARVARO (Università di Palermo); Paola ZILLOTTO (Università di Udine)

Segreteria di redazione

Roberta BENDINELLI; Lorenzo BOTTA; Federica CHIRONI; Giovanni GANDINO; Roberta GUAINELLA; Maria Cristina IDINI; Pietro LIBECCIO; Claudia MARASCO; Salvatore MISTRETTA; Enrico NIEDDU; Anna Maria PANCALLO; Edoardo PINNA; Pietro Giovanni Antonio SANTORU; Laudevino Bento DOS SANTOS NETO DA SILVEIRA

Rivista on line open access. Indirizzo web: www.archiviogiuridicosassarese.org.

Registrazione: Tribunale di Sassari n° 11 del 26/01/1974.

Prima serie: Archivio Storico Sardo di Sassari, pubblicata in formato cartaceo dal 1975 al 1992.
Seconda serie: Archivio Storico e Giuridico Sardo di Sassari, pubblicata in formato cartaceo dal 1994 al 1998 e in formato digitale dal 1999 al 2019 (ISSN print: 2240-4856; ISSN on line: 2240-4864). Periodicità: semestrale.

Serie attuale: Archivio Giuridico Sassarese.

ISSN print: 2785-034X

ISSN on line: 2785-0803

ISBN print: 978-88-5529-688-5

© 2025, Associazione Giuridica Sassarese.

Editore: Inschibboleth edizioni – via G. Macchi, 94, 00133, Roma – Italia, email: info@inschibbolethedizioni.com. Direttore responsabile: Emiliano Tolu. Proprietario della pubblicazione: Associazione Giuridica Sassarese, email: rivista@archiviogiuridicosassarese.org. Sede della pubblicazione: Sassari, Associazione Giuridica Sassarese, c/o Studio Legale Berlinguer, via Cavour 88, 07100 Sassari, SS.

Fascicolo n. 2/2025, luglio-dicembre, pubblicato online il 30 luglio 2026.

I contributi del presente volume di cui sono autori Giovanni Berti de Marinis, Corrado Chessa, Raimondo Motroni e Maria Pia Pignalosa sono pubblicati a cura di Paoloefisio Corrias e costituiscono la rielaborazione degli interventi presentati in occasione del Convegno “Il diritto civile della finanza: principi, mercato, contratti e sostenibilità. Riflessioni in occasione della pubblicazione del volume I contratti del mercato finanziario di Daniele Maffei”, tenutosi a Cagliari il giorno 9 maggio 2025.

INDICE

Diritto privato e valori sociali in una prospettiva diacronica

LAURA D'AMATI, In memoriam. <i>Eleonora Nicosia</i>	p. 351
GIOVANNI BERTI DE MARINIS, <i>Il neoformalismo nei contratti finanziari</i>	p. 353
CORRADO CHESSA, <i>La responsabilità dell'intermediario per fatto del consulente o del preposto</i>	p. 367
RAIMONDO MOTRONI, <i>L'«oro da investimento» nei canali distributivi bancari</i>	p. 373
MARIA PIA PIGNALOSA, <i>Scommesse autorizzate e razionalità</i>	p. 397
MARIA VITTORIA BRAMANTE, <i>La condizione della donna in epoca romana. Il contributo dei testimoni della cultura materiale e giuridica da Ercolano antica</i>	p. 407
ALICE CHERCHI, <i>Ancora sul perfezionamento del mutuo nel cd. contractus mohatrae: tra divergenze «apparenti» ed elaborazioni bizantine. La riflessione di Stefano</i>	p. 441
MARIA CHERI, <i>Metodologie, esperienze e pratiche della ricerca storico-giuridica: le fonti (Bertinoro 24-26 luglio 2025)</i>	p. 477
CARLO DORE, <i>Patto commissorio, patto marciano e «articolazioni sequenziali» di prestazioni sussidiarie attuative del rapporto obbligatorio</i>	p. 485
MAURILIO FELICI, <i>Schiavi affrancati e relazioni con i patroni a Roma e nelle realtà provinciali dell'impero</i>	p. 511

ANGELA GALATO, <i>Valutazione automatizzata di appropriatezza e tutela dell'investitore</i>	p. 535
GIOVANNI GANDINO, <i>Transizione energetica e terzo settore. Le potenzialità applicative della fondazione di partecipazione nell'ambito delle comunità energetiche rinnovabili</i>	p. 549
ANNA MARIA MANCALEONI, <i>La Legge Modello UNCITRAL/ UNIDROIT "on warehouse receipts"</i>	p. 561
MARCO MANNA, <i>L'Ars loquendi dell'avvocato. Prime considerazioni tra deontologia e tecnica della persuasione giudiziaria</i>	p. 595
ROSANNA ORTU, <i>Os vitia animi do servus no edito de mancipiis emundis vendundis. Categoria jurisprudencial e tutela do comprador</i>	p. 617
GIOVANNI MARIA UDA, <i>Introduzione a Mario Segni, Autonomia privata e valutazione legale tipica, Padova, 1972</i>	p. 643

Patto commissorio, patto marciano e “articolazioni sequenziali” di prestazioni sussidiarie attuative del rapporto obbligatorio

Carlo Dore

Sommario: 1. Patto commissorio e patto marciano: una panoramica sullo “stato dei rapporti” alla luce delle ultime scelte del legislatore – 2. “Sofferenze causali” del patto commissorio e funzione satisfattiva della convenzione marciانا – 3. Patto commissorio, obbligazioni oggettivamente complesse, *datio in solutum*: le posizioni della dottrina tradizionale – 3.1. “Articolazioni sequenziali” di prestazioni sussidiarie – 3.2. Articolazioni sequenziali di prestazioni dovute: tra attuazione del debito e insorgenza della responsabilità – 4. Profili applicativi della soluzione proposta.

1. *Patto commissorio e patto marciano: una panoramica sullo “stato dei rapporti” alla luce delle ultime scelte del legislatore*

Una serie di norme di (relativamente) recente introduzione hanno riportato all’attenzione degli studiosi il tema del patto commissorio, del suo fondamento e del problema della determinazione della linea di confine in essere tra la stipulazione commissoria (nulla ai sensi dell’art. 2744 e 1963 c.c.) e patto marciano, viceversa considerato tradizionalmente valido¹. L’esame di queste

¹ Sul tema del divieto del patto commissorio e dei suoi rapporti con il patto marciano, la letteratura è sconfinata. Senza pretese di completezza, si segnalano i contributi di C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, *passim*; ID., *Diritto civile*, 7, *Le garanzie reali – La prescrizione*, Milano, 2012, p. 275; V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, 1952, *passim*; G.F. MINNITI, *Garanzia e alienazione*, Torino, 2007, *passim*; V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale*, in *Tratt. dir. priv.* dir. da Rescigno, XIX, 1997, p. 433 ss.; P. GALLO, *L’impresa e la società – La tutela dei diritti – La prescrizione*, in *Tratt. dir. civ.*, VIII, Torino, 2018, p. 390 ss.; M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio – Studio di diritto comparato*, Torino, 2000, *passim*; A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999, *passim*; A. LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, p. 219 ss.; U. CARNEVALI, voce *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 449 ss.; M. IACUANIELLO BRUGGI, voce *Patto commissorio*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, *passim*; M. TRIMARCHI, *Operazione negoziale e trasferimento con funzione di garanzia: la neutralizzazione del divieto del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, 4, 2021, p. 715 ss.; e, di recente, anche B. SALVATORE, *Trasferimenti di proprietà tra garanzia del credito e liquidazione dei beni*, Napoli, 2018, spec. p. 81 ss.; A. LEPORE, *Autotutela e autonomia negoziale*, Napoli, 2020, p. 131 ss.; B. SIRGIOVANNI, *Patto commissorio e mercato del credito*, Bari, 2025, *passim*;

nuove discipline costituisce l'occasione per esaminare sotto una differente prospettiva il tema della *ratio* del divieto della *lex commissoria*, per ritornare sui controversi rapporti tra la convenzione vietata e una serie di "figure affini" (quali appunto il patto marciano, ma anche la *datio in solutum* e le obbligazioni alternative e facoltative) e per riflettere infine sulla intrinseca complessità che il rapporto obbligatorio può assumere se caratterizzato dalla previsione di una serie di prestazioni sussidiarie rispetto all'attribuzione principale, in quanto subordinate, nella loro esigibilità, alla inattuazione di tale attribuzione.

Come è noto, gli artt. 48 *bis* e 120 *quinqüesdecies* TUB – rispettivamente in materia di finanziamento alle imprese e di mutui ipotecari a favore dei consumatori –, nonché l'art. 1 della l. 119 del 2016 sul pegno non possessorio contemplano la possibile apposizione al contratto di mutuo di un patto, in forza del quale – in presenza di un inadempimento in vario modo qualificato – il creditore può rendersi acquirente della *res garantita* (ovvero, nel caso del pegno non possessorio e dei mutui ipotecari ai consumatori, procedere alla vendita della medesima per soddisfarsi sul ricavato), previa stima ad opera di un perito imparziale e obbligo di corresponsione al debitore della differenza tra valore del bene così quantificato e ammontare del finanziamento.

Una logica simile sembra ispirare la disciplina del prestito vitalizio ipotecario, posto che il comma 12 *quater* dell'art. 11 *quaterdecies* della l. 248 del 2005 permette alla banca, a seguito della mancata restituzione del finanziamento, di vendere l'immobile ipotecato e di incamerare il relativo prezzo, sempre ferma restando la *aestimatio* e l'obbligo dell'istituto di credito di riconoscere al debitore o al suo erede l'eventuale eccedenza².

La prevalente dottrina è orientata a ravvisare nelle disposizioni appena richiamate delle particolari applicazioni del patto marciano, con conseguente conferma, a livello normativo, della già richiamata ricostruzione che afferma la validità di siffatta convenzione, sottratta così all'ambito applicativo del di-

L. VIGNUDELLI, *La portata del divieto del patto commissorio alla luce dell'espansione della clausola marciana*, in *Contr. impresa*, 1, 2024, p. 138 ss.; J. ALCINI, *Il divieto del patto commissorio tra bizantinismi e prospettive*, *ibidem*, 3, 2024, p. 816 ss.

² Per un esaustivo quadro dei molteplici profili problematici che caratterizzano le discipline di nuovo conio, si rinvia al volume AA. VV., *I nuovi marcciani*, Torino, 2017, *passim*, ed ai riferimenti di dottrina ivi richiamati. Sul tema, si richiamano inoltre i contributi di A. CHIANALE, *Alienazioni in garanzia e patti marcciani*, in *Tratt. dir. civ. comm. dir. da Cicu*, Messineo, Mengoni, Schlesinger e continuato da Roppo e Anelli, Milano, 2021, spec. p. 351 ss.; T. RUMI, *I recenti sviluppi della "garanzia" del credito e il concetto di obbligazione*, Napoli, 2023, spec. p. 104 ss.; A.A. DOLMETTA, *Alla ricerca del "marcciano utile"*, in *Riv. dir. civ.*, 4, 2017, p. 811 ss.; D. RUSSO, *Nuovi meccanismi marcciani e divieto del patto commissorio*, in *Foro napolet.*, 2018, 159 ss.; R. FRANCO, *Alienazione in funzione di garanzia e patto marcciano: recenti conquiste e incerti automatismi. Una riflessione senza (troppi) entusiasmi*, in *Riv. dir. priv.*, 2018, 265 ss.; V. CONFORTINI, *Primato del credito – Responsabilità patrimoniale ed espropriazione nell'economia del debito*, Napoli, 2020, spec. p. 217 ss.; C. NATOLI, *Le alienazioni in garanzia: verso la codificazione della clausola marcciana*, Napoli, 2024, spec. p. 147 ss.; S. TOMMASI, *La tutela del consumatore nei contratti di credito immobiliare*, Napoli, 2018, spec. p. 161 ss.; E. DE BELVIS, *L'esecuzione privatizzata*, Napoli, 2018, p. 125 ss.

vietato del patto commissorio³. Si ripropone allora, come dianzi accennato, il problema di ricostruire il fondamento dell'art. 2744 c.c., al fine di individuare le ragioni che stanno alla base del differente trattamento a cui vengono sottoposte le stipulazioni in parola.

Volendo, in questa sede, ridurre il discorso all'essenziale, ricordiamo solo che – risolvendosi il patto commissorio nell'accordo tra debitore e creditore, mediante cui si programma l'attribuzione a favore dello stesso creditore, subordinata all'inadempimento dell'obligato, della cosa ipotecata o data in pegno⁴ – il fondamento del relativo divieto viene ravvisato ora nel perico-

³ Cfr., in particolare, A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2017, p. 10 ss.; ID., *Patto marciano e sottotipi*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2017, p. 1398 ss.; A. CHIANALE, *Qualche pensiero sulle recenti vicende del patto marciano*, in *Riv. not.*, 2016, p. 751 ss.; L. FOLLIERI, *Il patto marciano tra diritto “comune” e “speciale”*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 12, 2018, p. 1857 ss.; G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Padova, 2017, p. 317 ss. Sui caratteri generali della convenzione marciana, si v. gli scritti di D. RUSSO, *Oltre il patto marciano*, Napoli, 2017, *passim*; F. GIGLIOTTI, voce *Patto marciano*, in *Enciclopedia del diritto – I tematici*, VIII, *Crisi di impresa*, dir. da Di Marzio, Milano, 2024, p. 913 ss.; C.M. BIANCA, *Le garanzie reali*, cit., p. 287 ss.; C. DE MENECH, *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto del patto commissorio*, in *I contratti*, 8/9, 2015 p. 823 ss.; M. EBNER, voce *Patto marciano*, in *Enc. giur. Treccani*, 2007, *passim*. La tesi che afferma la validità del patto marciano, in contrapposizione alla dichiarata nullità del patto commissorio, non è però universalmente condivisa in dottrina: si vedano, in questo senso, le riflessioni di G.F. MINNITI, *Patto commissorio e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 29 ss.; L. BARBIERA, *La responsabilità patrimoniale*, in *Cod. civ. comm. dir.* da Schlesinger e Busnelli, artt. 2740 – 2744, Milano, 2010, p. 285 ss.; E. CARBONE, *Debitoris suffocatio e patto commissorio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, p. 1087 ss.

⁴ Nel corso del tempo, dottrina e giurisprudenza hanno gradualmente ampliato l'ambito di applicazione della norma, fino a ricomprendervi il patto commissorio autonomo, e l'alienazione immediatamente traslativa risolutivamente condizionata all'adempimento dell'obligato. Non è questa la sede opportuna per affrontare *ex professo* il controverso tema dei rapporti tra la c.d. alienazione in garanzia (nulla, in base all'impostazione appena proposta) e la vendita con patto di riscatto, valida ai sensi dell'art. 1500 c.c. Si richiama, sul punto, il fondamentale arresto giurisprudenziale elaborato in Cass., 3 giugno 1983, n. 3800, in *Foro it.*, 1983, I, p. 1725, ad avviso della quale: «Allorquando si accerti che mutuante e mutuatario abbiano inteso attuare una garanzia reale a favore del primo, predisponendo uno strumento negoziale idoneo a determinare il trasferimento definitivo del bene concesso in garanzia solo in correlazione con l'inadempimento dell'obbligo di puntuale pagamento della somma mutuata e degli accessori, tutta la complessa operazione è in realtà permeata dall'intento primario delle parti di vincolare il bene a garanzia ed in funzione del rapporto di mutuo, per cui la dichiarata volontà delle stesse di vendere e di acquistare il bene appare in entrambi i casi subordinata, subordinata e strumentale all'altra preminente finalità». Posto infatti che, tanto nelle ipotesi di alienazione sospensivamente condizionata al fatto dell'inadempimento quanto in quelle di alienazione risolutivamente condizionate al fatto dell'adempimento, si riscontra come l'acquisto del creditore si consolidi definitivamente in capo a quest'ultimo solo in presenza della mancata attuazione della prestazione principale, anche l'immediato trasferimento della proprietà assume «carattere provvisorio e con funzione meramente cautelare, a simiglianza di quanto avviene nelle vendite sottoposte a condizione sospensiva dove la preminente efficacia cautelare del negozio si compendia nel meccanismo giuridico irrevocabilmente predisposto per realizzare il trasferimento della proprietà nei casi di inadempimento del debitore». A seguito dei contrasti successivamente insorti in seno alla stessa giurisprudenza del Supremo Collegio, la questione è stata sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite, le quali, nella ben nota pronuncia Cass., 3 aprile 1989, n. 1611, in *Corr. giur.*, 5, 1989,

lo per il debitore di vincolarsi a convenzioni usuarie che lo espongono, in caso di mancata restituzione del finanziamento, a una perdita patrimoniale sproporzionata rispetto all'entità del mutuo percepito⁵; ora nella necessità di garantire la *par condicio creditorum*⁶; ora nell'esigenza di impedire che il patto commissorio si tramuti in una clausola di stile apposta a tutti i contratti di finanziamento, e dunque potenzialmente idonea a minare la stabilità del sistema delle garanzie reali⁷.

Alla luce della comparazione tra le figure del patto commissorio, del pegno irregolare, della *datio in solutum* e del patto marciano, altri autori hanno invece individuato la ragione fondante del divieto nel fatto che «il debitore, allo scopo di garantire l'obbligazione, destini programmaticamente un proprio bene all'autosoddisfacimento del creditore riservandosi la possibilità di svincolare il bene stesso mediante il pagamento del debito e senza assicurarsi

p. 522 ss., hanno fatto propria la soluzione da ultimo prospettata, precisando che l'alienazione risolutivamente condizionata al fatto dell'adempimento, se ritenuta valida *sic et simpliciter*, costituirebbe un comodo strumento, a disposizione dei privati, per aggirare il divieto ex art. 2744 c.c., donde il riferimento all'art. 1344 c.c. per giustificarne la nullità. Seguendo questa linea di ragionamento, il tratto distintivo in essere tra alienazione commissoria e vendita con riscatto deve essere ravvisato nella differente ragione causale che supporta le due stipulazioni: causa di garanzia nel primo caso, causa di scambio nel secondo. E la causa di scambio sembra difficilmente ravvisabile nel momento in cui il debitore cede al creditore un proprio bene per una somma corrispondente al finanziamento inizialmente erogatogli, con l'intesa che potrà recuperarne la proprietà attraverso la restituzione della stessa somma. In questi casi, si ritiene non presente lo scambio in quanto l'attribuzione traslativa programmata dal negozio non avviene a fronte del pagamento di un prezzo, ma per tutelare la posizione del creditore, il quale, in caso di mancata restituzione del finanziamento, risulta comunque garantito dalla proprietà della *res tradita*. Per una approfondita analisi del tema, cfr., per tutti, A. LUMINOSO, *La vendita, in Tratt. dir. civ. comm.* dir. da Cicu, Messineo, Mengoni, Schlesinger e continuato da Roppo e Anelli, Milano, 2022, p. 784 ss.

⁵ Questa soluzione è sostenuta in particolare da L. LORDI, *Del pegno*, in *Comm. D'Amelio*, VI, Firenze, 1943, p. 649; D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. comm.* dir. da Cicu e Messineo, Milano, 1971, p. 1027 ss. e, più di recente, da N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano – proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, p. 157 ss.; ID., *Il patto marciano tra discipline di settore e sistema*, in *Annali SISDIC*, 1, 2017., p. 209.

⁶ Sostiene questa tesi in particolare L. BARBIERA, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 295.

⁷ È l'opinione declinata in particolare da C.M. BIANCA, *Le garanzie reali*, cit., p. 283, ad avviso del quale: «Il divieto del patto commissorio trova piuttosto ragione nella dannosità sociale del patto in quanto suscettibile di diffondersi in tutte le dazioni di beni in garanzia con indebito approfittamento a carico del debitore. Il patto commissorio realizza a danno del debitore una distorsione di fondo della funzione di garanzia, come avverte la più recente dottrina, ma è la sua idoneità a diffondersi che lo converte in danno sociale. Al riguardo va infatti considerato 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. S'intende quindi come questo insidioso patto si presti a divenire un ricorrente strumento di coercizione del debitore, come spesso sottolineato dalla giurisprudenza. 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 accettare l'abusività del patto». Condivide questa conclusione V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 437.

(per l'ipotesi negativa) il diritto di recuperare l'eventuale eccedenza di valore del bene»⁸.

Le insidie tipiche della *lex commissoria* non sarebbero viceversa presenti nel patto marciano, giacché la preventiva determinazione del valore del bene ad opera di un perito imparziale e il conseguente obbligo, a carico del creditore-acquirente, di corresponsione dell'eccedenza tra valore della *res tradita* e ammontare del finanziamento basterebbero ad escludere pericolose vessazioni in danno del debitore bisognoso di denaro. In questo senso, di recente la giurisprudenza ha osservato come la liceità della convenzione marciana si fonderebbe proprio sulla «analogia con il pegno irregolare (art. 1851) il quale consente al creditore che abbia ricevuto in pegno cose fungibili di appropriarsene all'inadempimento del debitore restituendo però a quest'ultimo la differenza di valore (tra le cose date in pegno e l'ammontare del debito). Il patto marciano, che come è noto non è figura tipica, persegue esattamente lo stesso scopo rispetto a beni non dati in pegno ma alienati in garanzia; ossia consente al creditore di appropriarsene sostituendo al debitore l'eccedenza di valore»⁹.

2. “Sofferenze causali” del patto commissorio e funzione satisfattiva della convenzione marciana

Nuove chiavi di ricerca si offrono all'interprete se la lente dell'indagine viene spostata dalle conseguenze applicative ai profili più marcatamente strutturali e funzionali del patto commissorio, con particolare attenzione all'assetto di interessi che lo stesso sarebbe volto a realizzare. Sul punto, si confrontano infatti due diverse costruzioni: secondo una prima corrente di pensiero, la convenzione in parola darebbe luogo ad una alienazione con causa 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»¹⁰. La

⁸ Così A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, in *Cod. civ. comm.* dir da Schlesinger, artt. 1500-1509, Milano, 1987, p. 242 ss.; Id., *Alla ricerca degli arcani confini ecc.*, cit., p. 234.

⁹ In questi termini, di recente, Cass., 17 gennaio 2020, n. 844, in *Corr. giur.*, 7, 2021, p. 927, con nota di M. SUPPA, *Patto commissorio e patto marciano: la sottile linea tra negozi nulli e negozi leciti*. Nello stesso senso, Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625; Cass., 9 maggio 2013, n. 10986, e, di recente, Cass., 11 febbraio 2025, n. 3532. Sul tema, v. inoltre G. CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, Milano, 2008, spec. p. 77 ss.

¹⁰ In questi termini C.M. BIANCA, *Le garanzie reali*, cit., p. 277 s.; ID., *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 136 ss., laddove precisa: «L'alienazione in garanzia si profila come un'alienazione volta a costituire la garanzia di un credito, sia attraverso un immediato trasferimento della proprietà, sia attraverso un effetto sospeso. A tale figura deve quindi ricondursi un patto commissorio che nella sua formula comune si presenta come l'alienazione di un bene condizionata all'inadempimento del rapporto obbligatorio. Tale, quindi, da essere opponibile a tutti i terzi e da costituire, nella sicurezza di un acquisto satisfattivo, una situazione di garanzia dell'obbligazione».

soluzione appena esposta non è condivisa dai sostenitori dell'orientamento che viceversa riconnette alla suddetta convenzione «efficacia essenzialmente solutoria, attraverso la quale le parti programmano *ex ante* l'estinzione del credito mediante il trasferimento della proprietà al debitore», dovendosi inquadrare «lo specifico e delimitato ruolo del patto commissorio all'interno di un complessivo regolamento di interessi volto a realizzare un sistema di sicurezza e di autosoddisfacimento del credito»¹¹.

Ad una attenta analisi, emerge però come entrambe le posizioni siano caratterizzate da criticità indicative della presenza di molteplici zone d'ombra in ordine al fondamento causale della stipulazione che si esamina. La qualificazione del patto commissorio come permeato da una funzione di garanzia impone infatti di affermare che il patto stesso sarebbe orientato alla creazione di una posizione soggettiva caratterizzata – appunto al fine di “rafforzare” il credito – dal connotato dell'accessorietà rispetto al diritto principale: la garanzia, in altri termini, esiste in funzione del credito, circola unitamente al credito, si estingue se il credito viene meno, assumendo quindi una posizione fisiologicamente ancillare rispetto ad esso¹².

Posto che il patto commissorio programma un'attribuzione reale subordinata nel suo perfezionarsi al fatto dell'inadempimento, emerge come il

¹¹ Si tratta della tesi sostenuta in particolare da F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, p. 439, il quale precisa: «Nella fattispecie contemplata dalla legge la dialettica tra rapporto di garanzia e convenzione commissoria emerge nitidamente: la seconda interviene esclusivamente nella fase dell'attuazione del credito (sostituendosi, nell'intenzione delle parti, alle modalità legali); rimossa quest'ultima pattuizione, illecita, rimane potenzialmente intatto il rapporto di garanzia (pegno, ipoteca, anticresi) concettualmente distinto dal patto commissorio». Condivide questa impostazione N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano nella L. 30 giugno 2016, n. 119*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 5, 2017, p. 1005 s., laddove rileva come una divaricazione tra effetto di garanzia e effetto satisfattivo sia peraltro ravvisabile non solo nelle ipotesi in cui il patto commissorio e il patto marciano si affiancano ad una garanzia reale, ma anche nella diversa fattispecie del patto commissorio autonomo, nell'ambito del quale «resta sempre possibile individuare una parte di quel regolamento che svolge funzione di garanzia (ossia, per l'ipotesi dell'inadempimento, assicura al creditore il diritto di seguito e di preferenza) e un'altra parte che invece assolve alla funzione solutoria (ossia comporta l'estinzione dell'obbligazione come effetto funzionalmente collegato al trasferimento definitivo del bene)». Una ricostruzione per certi versi eclettica della funzione del patto commissorio è stata di recente proposta da A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, cit., p. 20, laddove afferma: «Nel patto commissorio e nel patto marciano accanto alla funzione primaria solutoria si può riscontrare anche una funzione secondaria di garanzia, nel senso che la previsione pattizia di un congegno di autosoddisfacimento a favore del creditore non può non implicare, di per sé stessa, un rafforzamento dell'aspettativa di realizzazione del credito e quindi un risultato oggettivo di garanzia».

¹² Sul concetto di garanzia, cfr. M. FRAGALI, voce *Garanzia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 454; e C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Tratt. dir. priv. dir. da Rescigno, Obbligazioni e contratti*, I, Torino, 1984, p. 36 il quale definisce la garanzia come un «rimedio che dà al creditore la sicurezza di raggiungere il risultato dedotto in obbligazione ed al quale egli è interessato, o almeno il suo equivalente economico, anche quando venga meno la prestazione del debitore o malgrado la sua inerzia, agendo sui beni di lui, oppure grazie all'attività di un terzo».

diritto dominicale (di cui il patto programma il trasferimento) non si presti ad essere degradato ad una condizione di accessorieta' rispetto al credito, ben potendo la proprieta' della *res commissoria* circolare separatamente ed autonomamente dal credito che si vorrebbe garantire. Se infatti si considera che l'unica connessione tra la *res* in questione e l'obbligazione e' costituita dal meccanismo condizionale, si deve allora ammettere da un lato che il debitore, durante la vigenza del rapporto, conserva il potere di disporre della *res* in parola, e che, d'altro lato, il creditore potrebbe far valere la sua posizione in confronto del terzo acquirente solamente qualora la condizione risulti a quest'ultimo opponibile, essendo per contro il suo acquisto destinato a cadere nel vuoto ogni qualvolta manchino i presupposti per l'opponibilita' della stessa.

Inoltre, l'insussistenza – nei termini appena descritti – di un vincolo di accessorieta' tra bene e credito e la presenza del solo meccanismo condizionale quale punto di contatto tra proprieta' della *res* e rapporto obbligatorio potrebbero dare luogo, in presenza di vicende circolatorie del bene o del credito o del debito, a delle attribuzioni patrimoniali poco limpide sul piano del fondamento causale, destinate a risolversi o in una perdita patrimoniale a carico di un soggetto che non riveste la qualifica di debitore (ovvero sia dell'acquirente dal debitore, al quale risulti opponibile il meccanismo condizionale fondato sull'inadempimento insito nella convenzione commissoria), ovvero in una attribuzione a favore di un soggetto che non assume la posizione di creditore (in caso di cessione del credito, infatti, l'inadempimento del ceduto contemplato nel patto determinerebbe il prodursi di una prestazione traslativa a favore non gia' del cessionario – creditore attuale –, ma del cedente, a sua volta individuato come soggetto percipiente nella convenzione vietata)¹³.

Non minori problemi pone la ricostruzione del patto commissorio in termini di convenzione solutoria: sia perche' l'estinzione dell'obbligazione a cui il patto si connette in virta' della condizione di inadempimento non rientra tra gli effetti associati dall'art. 2744 c.c. all'accordo vietato (che appunto si identifica semplicemente nell'alienazione da debitore a creditore subordinata al fatto dell'inadempimento); sia perche', anche proiettando il *pactum* in una dimensione solutoria, le possibili dissociazioni tra circolazione del bene e del credito conseguenti all'affermata autonomia del patto commissorio rispetto al rapporto obbligatorio e all'operativita' delle regole sulla condizione possono dare luogo a quelle attribuzioni causalmente opache delle quali si e' appena fatta menzione, identificabili in acquisti a favore di soggetti che non rivestono la qualifica di creditore (e conseguentemente inidonei a realizzare la pretesa del creditore effettivo), ovvero in perdite patrimoniali a carico di soggetti privi

¹³ Il patto commissorio non può infatti essere descritto alla stregua di un accessorio del credito (destinato, come tale, a circolare unitamente ad esso, ai sensi dell'art. 1263 c.c.) in ragione della già affermata impossibilità di ridurre la proprietà di cui la *res commissoria* programma il trasferimento a una condizione ancillare rispetto alla posizione del creditore.

della qualifica di debitore o di garante, e dunque caratterizzate da una forte connotazione in termini di indebito¹⁴.

Le difficoltà relative alla ricostruzione la ragione giustificativa che sta alla base del meccanismo appropriativo divisato dalla convenzione commissoria (non inquadrabile né nei negozi con causa di garanzia, né in quelli *solutionis causa*), e la possibilità che tale meccanismo inneschi il prodursi di attribuzioni patrimoniali indecifrabili sul piano del fondamento ha di recente indotto alcuni autori a ravvisare la *ratio* del divieto previsto nell'art. 2744 c.c. proprio nella sua intrinseca debolezza causale: debolezza che il legislatore dimostra di considerare insostenibile attraverso la previsione di nullità¹⁵.

Siffatta debolezza causale può essere, a nostro avviso, riscontrata tanto nelle ipotesi (espressamente previste dalla norma) nelle quali il patto commissorio si affianca alla previsione della garanzia reale (c.d. patto commissorio tipico), quanto in quelle (riconducibili alla figura del c.d. patto commissorio autonomo) in cui l'alienazione ha ad oggetto un bene non gravato da pegno o da ipoteca. Premesso infatti che, ragionando del patto commissorio c.d. tipico, la convenzione in parola non può essere descritta alla stregua di una particolare modalità di realizzazione della garanzia reale¹⁶, l'operatività della stipulazione

¹⁴ Ancora una volta, in caso di cessione del credito, l'inadempimento del ceduto/alienante darebbe luogo, in forza del patto commissorio, ad un acquisto non a favore del cessionario (attuale creditore), ma del cedente. Si incorrerebbe nel paradosso di una attribuzione patrimoniale che, oltre ad impoverire il debitore, non sarebbe idonea a realizzare la pretesa del creditore attuale, e dunque a determinare l'estinzione del rapporto. Analogamente, in caso di alienazione della *res commissoria*, l'operatività del meccanismo condizionale verso il terzo acquirente del bene determina la perdita della proprietà del bene in danno di quest'ultimo e a favore del creditore: senza però che tale attribuzione possa assimilarsi a un adempimento del terzo o a una prestazione giustificata da un contratto di garanzia.

¹⁵ Si tratta della tesi sostenuta in particolare da A.P. UGAS, *La fiducia come situazione giuridica real-obbligatoria*, Napoli, 2022, p. 251 ss.; e da C. DORE, *Il prestito vitalizio ipotecario tra tutela del credito e attuazione del programma negoziale*, Napoli, 2022, p. 44 ss. Sulla possibile qualificazione del divieto del patto commissorio nei termini di una nullità per difetto di causa, cfr. inoltre le imprescindibili riflessioni di S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, p. 298 ss.

¹⁶ Cfr., sul punto, le riflessioni di C.M. BIANCA, *Il divieto ecc.*, cit., p. 54 s., secondo cui: «si è anche riconfermata l'indicazione del patto commissorio come una alienazione condizionale, cioè come un contratto con cui si disponga il trasferimento della proprietà secondo le regole e con gli effetti comuni ai negozi di alienazione sottoposti a condizione. Di fronte a queste conclusioni appare evidente, a nostro avviso, come debba escludersi la possibilità di ravvisare nell'attuazione del patto commissorio una realizzazione dei vincoli tipici di garanzia. In particolare, appare evidente l'impossibilità di ravvisarvi un esercizio dei diritti di prelazione e di seguito. Per quanto riguarda la prelazione, è chiaro che, verificatosi l'inadempimento dell'obbligazione e il passaggio della proprietà del bene al creditore, il titolo che questi farebbe valere contro gli eventuali creditori concorrenti non sarebbe quello dell'espropriazione di un bene del garante, ma piuttosto quello della conseguita proprietà del bene. La nozione stessa della prelazione, quindi, si escluderebbe già per questa prima considerazione, che l'appropriazione del bene indipendentemente dall'ammontare dell'obbligazione renderebbe impossibile il concorso degli altri creditori, perché sarebbe tolta la possibilità del residuo di una eccedenza del valore del bene rispetto al credito soddisfatto. (*omissis*). Per quanto poi riguarda il diritto di

commissoria renderebbe comunque la *res garantita* oggetto di quelle attribuzioni causalmente opache a cui si è in precedenza fatto cenno: provocando, nel senso dianzi illustrato, la perdita del diritto a carico di un non debitore qualora il bene fosse stato alienato dall'obbligato prima dell'inadempimento, ovvero l'acquisto a favore di un non creditore in caso di cessione del credito a cui si connette l'obbligazione inattuata¹⁷.

Se tutto questo è vero, la previsione del patto commissorio accanto alla garanzia reale non solo contempla un meccanismo acquisitivo incompatibile con il contenuto della garanzia stessa (ponendo nel nulla, attraverso la diretta acquisizione della proprietà a favore del creditore, lo *ius prelationis* e il diritto di sequela connaturati al pegno e all'ipoteca), ma programma anche una attribuzione traslativa la quale, alla luce delle dinamiche del meccanismo condizionale, si pone come radicalmente estranea alla garanzia reale, la cui funzione si identifica appunto: «nella riproduzione all'interno della garanzia del contenuto del debito garantito, in quanto modalità sostitutiva non solo dell'adempimento ma anche, prima ed in vista di esso, di un'obbligazione o vincolo reale predisposti in considerazione della sua estinzione»¹⁸.

Le considerazioni che precedono possono a maggior ragione estendersi anche alla figura patto commissorio autonomo, con riferimento alla quale, ravvisandosi nel meccanismo condizionale imperniato sull'inadempimento l'unico punto di contatto tra l'obbligazione e la *translatio rei*, si ripropongono in tutta la loro evidenza quelle ragioni di sofferenza causale dell'attribuzione divisata dalla convenzione commissoria che, secondo l'impostazione in questa sede accolta, stanno alla base della previsione di nullità di cui all'art. 2744¹⁹.

seguito, deve riconoscersi che la opponibilità della convenzione commissoria troverebbe il suo esclusivo fondamento nella comune disciplina con la quale la legge preserva il titolare del diritto sotto condizione, e questo riconoscimento esclude, a nostro avviso, che la opponibilità del patto possa essere considerata come un effetto del diritto di seguito proprio dei vincoli pignoratizio e ipotecario. Per dedurre una diversa conclusione, bisognerebbe arrivare ad ammettere che il contenuto del vincolo di garanzia sia talmente elastico che, mancando il divieto legislativo, in essa potrebbe essere ricompresa l'alienazione condizionale di un bene».

¹⁷ In quest'ultima ipotesi, il cessionario (creditore insoddisfatto) si troverebbe semmai nella condizione di attivare la garanzia reale in confronto del cedente, in capo al quale, a seguito dell'inadempimento, si perfeziona l'acquisto della *res* dedotta nel patto commissorio.

¹⁸ In questi termini, A.P. UGAS, *op. cit.*, p. 266.

¹⁹ Come già anticipato *supra*, nota 4, la dottrina dominante si esprime per la ricomprensione del patto commissorio autonomo nell'ambito del perimetro dell'art. 2744 c.c. In questo senso, cfr., per tutti, C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 63 ss. A differenti conclusioni perviene invece F. GIGLIOTTI, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1999, spec. p. 132 ss., il quale – nell'ambito di un'ampia e articolata trattazione del tema – circoscrive la previsione di nullità contenuta nella disposizione appena richiamata al solo patto commissorio tipico, sulla base del rilievo secondo cui: «la stipulazione commissoria, accedendo ad una garanzia tipica, ne farebbe venire meno il "proprium", rendendo inutile quest'ultima, e compromettendone anzi la diffusione». Per contro, ad avviso dell'Autore, «è inevitabile che una volta accolta nei termini che si sono descritti la *ratio* del divieto del patto commissorio, l'estensione di quest'ultimo alle pattuizioni commissorie autonome debba perdere qualsiasi fondamento: patto commissorio tipico e pattuizione commissoria autonoma, benché suggestivamente simili, costituiscono, in

Al riguardo, se da un lato la qualificazione in termini di validità della convenzione commissoria riferita ad un bene non gravato da pegno o da ipoteca innerva il pericolo di rendere nei fatti attuabile, attraverso la semplice esclusione della garanzia reale, lo stesso risultato pratico che il legislatore intende paralizzare attraverso il divieto cristallizzato nella norma in esame²⁰, d'altro lato risulta difficile ravvisare il fondamento causale dell'attribuzione programmata dal patto nell'operazione di finanziamento nella quale esso si inquadra (nell'ambito di una vicenda negoziale simile alla vendita con riscatto), ovvero nell'intento delle parti di individuare nel patto stesso una sorta di corrispettivo riconosciuto al creditore a fronte della concessione di una dilazione sul pagamento, o ancora di predeterminare le conseguenze economiche dell'inadempimento (in una logica comparabile a quella che ispira la figura della clausola penale)²¹.

Pure nel quadro di una lettura attenta a valorizzare la dimensione pratica dell'affare, il contesto "economico" che fa da sfondo alla convenzione non contribuisce infatti a chiarire il rapporto tra l'attribuzione reale subordinata all'inadempimento e l'obbligazione inattuata, non rendendo con sicurezza ravvisabile nella seconda il fondamento causale della prima. Anche con riferimento a tali situazioni, infatti, la mancanza di un rapporto di accessorietà tra proprietà della *res* e rapporto obbligatorio (connotato tipico della relazione di garanzia) rende configurabili quei fenomeni di dissociazione tra vicende della proprietà e vicende del credito a cui si è più volte fatto richiamo nel corso del presente paragrafo. Del pari, la semplice previsione di una prestazione traslativa condizionata al fatto dell'inadempimento non consente di descrivere tale attribuzione come attuativa dell'obbligazione iniziale, ben potendo, in astratto, l'obbligazione sopravvivere al perfezionarsi della *translatio rei*²².

realtà, fattispecie completamente diverse. Ed infatti, l'esigenza di salvaguardia delle garanzie tipiche, se costituisce un valido argomento per spiegare la nullità di convenzioni relative ai beni già vincolati in garanzia, non avrebbe per contro alcuna ragione di estendersi a trasferimenti (sospensivamente o risolutivamente condizionati) di cose libere, sia pure aventi – ma solo in senso non più strettamente tecnico – funzione di garanzia».

²⁰ Sul punto, si richiama ancora il pensiero di C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 67, laddove afferma: «Un'interpretazione dell'art. 2744 c.c. che ponesse come condizione della proibizione del patto commissorio il fatto che il creditore abbia opportunamente costituito un pegno o un'ipoteca, porterebbe all'innammissibile risultato che la illiceità del patto sarebbe rimessa all'arbitrio del creditore, il quale potrebbe rimuoverla rinunciando a costituire uno di tali diritti, senza in tal modo alterare assolutamente gli effetti della alienazione e, in particolare, senza pregiudicare la possibilità di conseguire il bene a danno del debitore inadempiente».

²¹ Sul punto, ancora F. GIGLIOTTI, *op. ult. cit.*, p. 192

²² Profili di opacità dal punto di vista causale non sono viceversa riscontrabili nelle fattispecie della vendita con riscatto, del pegno irregolare e della stessa clausola penale. Nella vendita con riscatto, infatti, non è possibile configurare una attribuzione reale a carico di un soggetto non debitore o a favore di un soggetto diverso dal creditore, dato che l'esercizio del riscatto compete esclusivamente al venditore (debitore del finanziamento, ma creditore della attribuzione reale) nei confronti del compratore (creditore della prestazione restitutoria, ma debitore della prestazione traslativa), ovvero degli eventuali subacquirenti, in caso di avvenuta notificazione

Tutto ciò premesso, analoghe ragioni di debolezza causale non sembrano invece condizionare il patto marciano, dalla cui struttura traspare la funzione marcatamente autosatisfattiva che tale convenzione sorregge. L'obbligo per il creditore di riconoscere al debitore la differenza tra valore del bene (come accertato dal perito) e ammontare del finanziamento non appare semplicemente utile a scongiurare il "rischio di una sproporzione" in danno del debitore medesimo. Esso contribuisce anche a far emergere come l'attribuzione divisata dal patto sia finalizzata a realizzare la pretesa del titolare del credito (non risultando il soggetto in questione legittimato a trattenere quel valore che, travalicando l'entità della prestazione dovuta, non rientra nel contenuto di siffatta pretesa), e, di riflesso, a determinare l'estinzione dell'obbligazione corrispondente²³.

In questa prospettiva, il patto marciano può dunque essere fatto rientrare tra le ipotesi di autotutela satisfattiva convenzionale, identificabili nelle patuituzioni mediante cui le parti, derogando al principio che riserva all'autorità giudiziaria (estranea e superiore al rapporto in questione) la tutela di determinati interessi, si accordano per adottare una forma di esecuzione che assicuri la realizzazione dell'obbligazione al di fuori del processo; con la conseguenza che il creditore finisce con l'ottenere quanto gli spetta attraverso un'esecuzione diversa da quella tipicamente giurisdizionale prevista dal codice di procedura civile²⁴.

dell'alienazione. Del pari, nel caso del pegno irregolare il meccanismo acquisitivo a favore del creditore è interno alla garanzia reale, e parametrato sull'obbligazione garantita, come conferma l'obbligo per la banca di restituire l'eccedenza tra l'ammontare del finanziamento e la somma o il valore delle merci costituite in garanzia. Parimenti parametrato sull'obbligazione è il contenuto della clausola penale: indicativa, in questo senso, è la previsione dell'art. 1384 c.c., che attribuisce al giudice il potere di ridurre, anche d'ufficio, l'importo della penale, se manifestamente eccessivo. Sul punto, cfr. C. DORE, *Il prestito vitalizio ipotecario ecc.*, cit., p. 52 ss.

²³ Sul punto, non si possono non richiamare le imprescindibili riflessioni di R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 80 s., ad avviso del quale: «Sia il diritto, il cui contenuto è dato da un potere, sia l'obbligo, il cui contenuto è dato da un comportamento del soggetto passivo, sono elementi costitutivi del rapporto giuridico, alla cui formazione essi concorrono sullo stesso piano. Nell'economia del rapporto giuridico entrambi tali elementi devono conservare la loro autonomia, per cui si deve pensare non che l'uno possa essere oggetto dell'altro, ma che entrambi facciano riferimento ad un elemento che sta in un certo senso fuor di essi. (*Omissis*). Non vi può essere dubbio che la volontà dell'obligato è solo un mezzo (di regola idoneo) per l'attuazione del diritto soggettivo, ma anche il comportamento dovuto ha precisamente la stessa funzione strumentale. Non si può infatti considerare il comportamento del soggetto passivo come qualcosa che abbia esistenza concreta e indipendente dalla sua volontà, per modo che il comportamento possa qualificarsi come oggetto del diritto e la volontà come mezzo per la sua attuazione. È tutto il comportamento (volontario) dell'obligato a rappresentare un mezzo per la realizzazione del diritto. Solo accentuando questa funzione strumentale dell'obbligo si può mantenere l'autonomia dei due termini costitutivi del rapporto giuridico e si può assegnare all'obbligo una sua propria funzione».

²⁴ Descrive il patto marciano come un'ipotesi di convenzione autosatisfattiva A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1402. Sulla nozione di autotutela satisfattiva convenzionale, G. BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984, p. 30, laddove osserva: «L'autotutela consensuale si basa sul preventivo consenso dell'altro soggetto interessato, usualmente viene

Di più: la presenza di siffatto obbligo di restituzione sembra neutralizzare il pericolo di quelle attribuzioni causalmente indefinibili, a vantaggio o a carico di soggetti estranei al rapporto obbligatorio inadempito, che abbiamo riscontrato dalla disamina delle dinamiche proprie della *lex commissoria*. Nella ricostruzione della convenzione marciana, infatti, la previsione dell'obbligo di restituzione dell'eccedenza fa emergere con chiarezza come, da un lato, sia il creditore del rapporto inattuato a ricevere la *translatio rei* (risultando quest'ultimo legittimato a trattenere esclusivamente un valore corrispondente a quello della pretesa di cui deve necessariamente risultare portatore), mentre, d'altro lato, solo il debitore inadempiente può subire la perdita patrimoniale derivante da siffatta attribuzione (perdita appunto coincidente con il valore della prestazione dovuta, donde il suo diritto a ricevere la differenza tra valore della res garantita e il *quantum debeatur*)²⁵.

3. *Patto commissorio, obbligazioni oggettivamente complesse, datio in solutum: le posizioni della dottrina tradizionale*

La ricostruzione in questa sede offerta – oltre ad offrire una nuova prospettiva di indagine sul fondamento del divieto del patto commissorio e delle ragioni del diverso trattamento applicabile al patto marciano – pone all'attenzione dell'interprete un ulteriore interrogativo: se infatti si esclude – per le ragioni in precedenza esposte – che la convenzione commissoria possa contraddistinguersi per una sua indefettibile funzione solutoria, è allora necessario valutare se i privati possano neutralizzare l'operatività del divieto ex art. 2744 c.c. attraverso la previsione dell'estinzione dell'obbligazione *ex mutuo* attraverso una attribuzione reale da debitore e creditore, sempre subordinata alla mancata restituzione del finanziamento. Occorre cioè verificare se rientra o meno nel perimetro del divieto la convenzione attraverso cui debitore e

distinta in tre tipi: autotutela consensuale a scopo di accertamento (vi rientrerebbero l'arbitrato, la confessione stragiudiziale ex art. 2735 cod. civ., l'inventario redatto in contraddittorio dell'altra parte, il patto del solve et repete ed il regolamento convenzionale di oneri processuali); autotutela con funzione esecutiva satisfattiva (la cessione dei beni ai creditori, la anticresi, il patto commissorio nell'ipoteca, nel pegno e nella anticresi, il diritto di ritenzione pattizio e, in generale, gli espedienti volti a simulare l'accordo che determinati beni vengano destinati esclusivamente alla soddisfazione del creditore); autotutela con funzione cautelare (il pegno, il sequestro convenzionale e le varie garanzie e cautele destinate a prevenire l'eventuale pregiudizio conseguente alla mancata osservanza di un obbligo giuridico)». V. inoltre, più di recente, anche L. FOLLIERI, *L'autotutela esecutiva*, in *La responsabilità patrimoniale sostenibile*, a cura di Albanese, Franzoni, Gabrielli, Grisi e Nivarra, Torino, 2023, p. 95 ss. Sulla nozione di autotutela, si richiamano i contributi di E. BETTI, voce *Autotutela*, cit., p. 529; L. BIGLIAZZI GERI, voce *Autotutela* (*Dir. civ.*), in *Enc. giur. Treccani*, 1988, *passim*; C.M. BIANCA, voce *Autotutela*, in *Enc. dir. (agg.)*, IV, Milano, 2000, p. 130; e C. CHESSA, *Alla ricerca dell'identità dell'autotutela nel diritto privato*, in *Studi economico-giuridici online*, I, 2025, p. 3 ss.

²⁵ Sul punto, cfr. sempre C. DORE, *op. cit.*, p. 61

creditore stabiliscono che, in caso di mancata restituzione del finanziamento erogato, il rapporto di mutuo si estingue in forza del trasferimento, a favore del mutuante, della proprietà del bene contemplato nel patto.

Se si accolgono le impostazioni “tradizionali” che ravvisano il fondamento della nullità del patto commissorio nel pericolo di una sproporzione in danno dell’obligato, la risposta al quesito appena prospettato non può che essere nel senso di escludere la configurabilità delle attribuzioni appena descritte, ravvisandosi nella previsione delle stesse le insidie tipiche della convenzione vietata. Ma se invece si seguono le premesse sviluppate nel paragrafo precedente – e che individuano nelle sofferenze causali del patto medesimo la *ratio* del divieto –, ecco allora che le convenzioni in parola perdono la loro possibile connotazione commissoria, per collocarsi in una sorta di (parzialmente inesplorata) terra di frontiera tra le obbligazioni oggettivamente complesse – alternative e facoltative – e *datio in solutum*.

Al riguardo, occorre da subito precisare che gli insegnamenti della dottrina tradizionale escludono la totale sovrapponibilità tra le pattuizioni ora in analisi e le appena richiamate figure delle obbligazioni a contenuto complesso e della dazione in pagamento. In particolare, con riferimento alle obbligazioni alternative e facoltative, la maggioranza degli studiosi esclude che una vera alternativa tra le prestazioni (presupposto per l’operatività della disciplina di cui agli artt. 1285 ss. c.c.) possa ravvisarsi qualora una delle due attribuzioni programmate risulti subordinata, nella sua esigibilità, alla mancata esecuzione dell’altra, non sussistendo quella libertà di determinazione che invece sta alla base del potere di scelta normalmente spettante al debitore²⁶. In queste ipotesi, infatti, si osserva come «il rapporto tra le due prestazioni non è di alternativa, che presuppone parità individuale e libertà di scelta, ma di subordinazione graduale: il debitore è originariamente tenuto ad una sola prestazione, e può rendere dovuta la seconda prestazione solo in modo indiretto, cioè non adempiendo la prima. Questa ipotesi si distingue anche dall’obbligazione facoltativa, che pur essa importa una graduazione tra le prestazioni, perché ora, a differenza che nell’obbligazione facoltativa, la seconda prestazione è dovuta non in forza di un atto lecito di volontà del debitore, ma per inadempimento (della prima prestazione); essa sorge come prestazione succedanea, a titolo di sanzione»²⁷.

²⁶ Si tratta della c.d. falsa alternativa a cui fa espressamente riferimento D. RUBINO, *Obbligazioni alternative. Obbligazioni in solido, Obbligazioni divisibili e indivisibili*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, artt. 1285 – 1320, Bologna – Roma, 1968 p. 17. Nello stesso senso cfr. R. CALVO, *Le obbligazioni oggettivamente complesse*, in *Tratt. dir. civ. comm.* dir. da Cicu, Messineo, Mengoni, Schlesinger e Anelli, Milano, 2018, p. 36. In materia di obbligazioni alternative, si segnalano poi i contributi di A. DI MAJO – B. INZITARI, voce *Obbligazioni alternative*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 212 ss.; F. GIRINO, voce *Obbligazioni alternative e facoltative*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, *passim*.

²⁷ In questi termini sempre D. RUBINO, *op. cit.*, p. 17 s. Nello stesso senso R. CALVO, *op. cit.*, p. 36 s., laddove osserva: «Qui, a ben vedere, fa difetto il potere di scelta fra prestazioni

Del pari, alcuni settori della dottrina escludono la configurabilità di una prestazione in luogo di adempimento condizionata, in ragione del fatto che: «la *datio in solutum*, quale negozio solutorio, non tollera, come tale, l'apposizione di condizioni in genere ed in particolare di una condizione sospensiva di mancato pagamento del debito originario o una condizione risolutiva di pagamento dello stesso. Conseguentemente, ove una di tali condizioni venisse apposta al patto, l'effettiva funzione dello stesso sarebbe quella propria di uno strumento di autotutela esecutiva»²⁸.

Seguendo questa linea di ragionamento, ampi consensi incontra l'opinione ad avviso della quale – se non può ammettersi una dazione in pagamento sottoposta a condizione – men che meno può ravvisarsi una *datio in solutum* nella quale la corresponsione dell'*aliud* risulti subordinata all'inadempimento della prestazione iniziale. Non a caso, il tratto caratterizzante la dazione in pagamento (valida) rispetto al patto commissorio (nullo) risiederebbe proprio nel fatto che «nel patto commissorio l'acquisto del bene ha luogo quando il debitore non possa adempiere il debito: il trasferimento del diritto sostituisce quindi la precedente prestazione proprio per l'impossibilità di eseguirla ed il patto è funzionalmente diretto a garantire il creditore per l'ipotesi di inadempimento della prestazione originaria. Tale circostanza vale dunque come condizione per il trasferimento del bene ipotecato o ricevuto in pegno laddove invece, nella *datio in solutum*, la sostituzione può anche non avvenire, rimanendo in vita la prestazione originaria: non vi è infatti un collegamento teleologico necessario tra prestazione sostitutiva e prestazione originaria, anche se ben può accadere che il bene venga offerto *in solutum* perché non si è in grado di eseguire la prestazione originaria, ma si vogliono evitare le conseguenze dell'inadempimento»²⁹.

dedotte in via tanto concorrente quanto principale, giacché il loro alternarsi è condizionato all'inadempimento del debitore o all'impossibilità sopravvenuta della prestazione iniziale) si parla infatti di graduale subordinazione solutoria».

²⁸ In questi termini, in particolare, A. LUMINOSO, *Patto marciano* ecc., cit., p. 1406. Meno rigorosa l'impostazione seguita da S. RODOTÀ, voce *Dazione in pagamento* (*dir. civ.*), in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 738, e C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, 1993, p. 438, secondo cui: «In considerazione della sua funzione solutoria una parte della dottrina ritiene che dazione in pagamento sarebbe esclusivamente quella ad effetto estintivo immediato. Questo restringimento della nozione di dazione in pagamento non ha peraltro riscontro nella previsione normativa, la quale fa dipendere l'estinzione dell'obbligazione dall'esecuzione della diversa prestazione, senza richiedere necessariamente la contestualità di tale esecuzione».

²⁹ In questi termini, G. SICCHIERO, *La prestazione in luogo dell'adempimento*, in *Contr. impresa*, 2002, p. 1430. Nello stesso senso, cfr., di recente, A.M. MARCHIO, voce *Dazione in pagamento* – *Postilla di aggiornamento*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2003, p. 5; e E. CAMILLERI, *Imputazione di pagamento* – *Datio in solutum* – *Quietanza*, in *Comm. cod. civ.* fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, artt. 1193 – 1200, Milano, 2017, p. 140, laddove osserva: «Il perno del divieto legale si apprezza così piuttosto nel carattere condizionato dell'effetto traslativo rispetto all'inadempimento dell'obbligazione, tale da assicurare al creditore insoddisfatto un canale preferenziale, oltre che esclusivo rispetto agli altri creditori, di accesso al valore (fondamentalmente di scambio) di uno specifico bene del patrimonio del soggetto passivo. Ciò

3.1. "Articolazioni sequenziali" di prestazioni sussidiarie

Dovrebbe dunque concludersi, alla luce delle posizioni appena richiamate, che la subordinazione dell'attribuzione reale alla mancata esecuzione di una prestazione principale rappresenti il *discrimen* tra obbligazioni oggettivamente complesse, dazione in pagamento e alienazioni commissorie: tra pattuizioni valide e accordi vietati. In verità, la trattazione svolta nei paragrafi precedenti dimostra come, attraverso il divieto della *lex commissoria*, il legislatore abbia inteso non tanto sanzionare un certo meccanismo effettuale (l'alienazione condizionata all'inadempimento, la quale, per inciso, campeggia anche nel patto marciano, la cui validità non viene messa in dubbio), quanto scongiurare il pericolo di quelle già descritte attribuzioni causalmente opache che il patto commissorio potrebbe viceversa innescare.

Seguendo questa linea di ragionamento, il divieto del patto commissorio non dovrebbe invece impedire agli stipulanti (anche alla luce del rilievo in forza del quale «la disciplina legale dell'obbligazione lascia ampio margine all'autonomia privata, avendo gli interessati il potere di modificare e integrare le regole legislative mediante pattuizioni che possono riguardare l'intero arco della vita del rapporto obbligatorio»³⁰) di imprimere un'articolazione sequenziale complessa al rapporto stesso, contemplando – o attraverso il titolo costitutivo dell'obbligazione, o attraverso una convenzione successiva che ne integra il contenuto – la presenza di una prestazione in posizione "sussidiaria" rispetto a quella principale, destinata cioè a divenire esigibile solo a seguito della mancata esecuzione di quest'ultima³¹.

è però quel che precisamente difetta nella prestazione in luogo dell'adempimento, ove infatti, per quanto l'iniziativa del debitore – di offerta del dato bene in luogo dell'adempimento già dovuto – sia formulata al fine di evitare di incorrere in un inadempimento, manca ogni «collegamento teleologico necessario» tra prestazione sostitutiva e prestazione originaria: ove, in definitiva, la *datio in solutum* ammonta a tecnica di prevenzione dell'inadempimento, il patto commissorio risalta quale illegittimo strumento sanzionatorio del debitore».

³⁰ Così A. LUMINOSO, *Patto marciano* ecc., cit., p. 1401

³¹ Il concetto di sussidiarietà proposto nel testo non assume l'accezione, declinata da autorevolissima dottrina, di «circoscrivere o precisare l'ambito di rispondenza del debitore per l'inadempimento del dovere o sussidio del quale esse sono poste» (in questi termini C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, cit., p. 41), ovvero di ampliare tale ambito attraverso l'imposizione all'obbligato di doveri diversi e ulteriori. Esso viene viceversa utilizzato per evidenziare il carattere secondario e (in termini atecnici) eventuale che la *translatio rei* assume nell'economia complessiva dell'operazione disegnata dagli stipulanti, ed espressa appunto dal meccanismo condizionale, che subordina la produzione dell'effetto reale sul bene oggetto dell'accordo tra le parti alla mancata esecuzione della prestazione principale. Il problema è stato di recente affrontato, secondo una differente chiave di lettura, da B. SIRGIOVANNI, *Patto commissorio e mercato del credito*, cit., p. 158 ss., la quale del pari afferma che la previsione di prestazioni traslative subordinate all'inadempimento (con riferimento alle quali le parti non precisano se il valore della *res translata* debba essere stabilito al momento del perfezionarsi dell'accordo o al momento dell'inadempimento) non integra di per sé un patto commissorio vietato (configurabile solo allorquando i privati programmano una vicenda autosatisfattiva non basata su un procedimento economicamente ragionevole, nel quale il valore del bene viene stabilito al momento

In questa prospettiva, l'attribuzione traslativa divisata dal patto si produce a seguito dell'inattuazione della prestazione primaria, inquadrandosi però all'interno del rapporto obbligatorio, quale momento esecutivo del programma in cui tale rapporto si dipana³². La mancata esecuzione della prestazione primaria non assume, in questa prospettiva, tanto la connotazione "negativa" di violazione del programma convenzionale (dove l'insorgenza della responsabilità risarcitoria ex art. 1218), quanto quella, per certi versi "positiva", di "momento di sviluppo" del programma stesso verso le attribuzioni sussidiarie: subordinate all'inattuazione della prestazione principale, ma pur sempre considerate dalle parti come attuative dell'*Obligationsprogramm*.

Siffatta ricostruzione vale ad escludere, in primo luogo, l'accostabilità delle prestazioni in parola alla disciplina della clausola penale (accostabilità resa già impervia dalla natura non pecuniaria nelle stesse) e alla conseguente ammissibilità di un controllo giudiziale in ordine al loro contenuto: se infatti la clausola penale rappresenta una determinazione forfettaria del risarcimento del danno da inadempimento (appunto considerato nella accezione eminentemente negativa a cui si è poc'anzi fatto cenno), il meccanismo ora considerato si impernia su una evoluzione interna del rapporto, coerente con lo schema divisato dagli stipulanti³³. Inoltre, l'attribuzione reale sussidiaria non presenta, per forza di cose, quei profili di sofferenza causale che invece condizionano la *translatio* oggetto nel patto commissorio: non si tratta infatti semplicemente

dell'accordo e non al momento dell'inadempimento), ma deve essere descritta alla stregua di un patto incompleto, destinato ad essere integrato da meccanismi estimatori volti ad accertare il valore della *res* al momento dell'inadempimento, al fine di assicurare al debitore la differenza tra il valore del bene così accertato e l'ammontare del finanziamento ricevuto. L'Autrice però esamina queste attribuzioni come momenti diretti alla mera soddisfazione del creditore deluso, e non come una fase (sucedanea all'inadempimento, ma) pur sempre attuativa del programma obbligatorio.

³² Si tratta, nella sostanza, di una fattispecie comparabile alla categoria delle obbligazioni "condizionali" richiamata da U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 214, categoria che appunto ricorrerebbe allorché si riscontra un «collegamento fra due diversi rapporti in forma di subordinazione dell'uno all'altro». In giurisprudenza, cfr. Trib. Cagliari, 14 febbraio 2019, n. 369, in *Riv. giur. sarda*, 2, 2020, p. 271 ss. con nota di F. SABIU, *Patto commissorio e preliminare di vendita a scopo di garanzia*, nella quale viene affermata la nullità per violazione dell'art. 2744 c.c. di un contratto preliminare, stipulato nell'ambito di una complessa vicenda transattiva, attraverso cui il promittente alienante risultava obbligato a trasferire alla controparte un immobile, obbligo però condizionato nella sua insorgenza alla mancata regolarizzazione e al mancato accatastamento di un'altra unità immobiliare che il medesimo promittente venditore era tenuto a trasferire in virtù di un precedente *pactum de contrahendo*. Posto però che le suddette attribuzioni si inquadravano nell'attuazione di un'obbligazione risarcitoria in essere a carico del *tradens* e che la regolarizzazione dell'edificio oggetto del primo contratto non dipendeva unicamente dalla condotta del soggetto in questione, sarebbe stato forse possibile ravvisare nell'operazione considerata dalla sentenza in parola non tanto un patto commissorio vietato, quanto una articolazione sequenziale di prestazioni comparabile a quelle esaminate nel testo: prestazioni caratterizzate da una condizione di sussidiarietà l'una rispetto all'altra, ma tutte funzionali all'adempimento dell'obbligazione risarcitoria in essere a carico del promittente venditore.

³³ In tema clausola penale, v., per tutti i contributi di V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954, *passim*; A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, *passim*.

del trasferimento di un diritto dominicale subordinato (nel suo prodursi o nel suo consolidarsi) al fatto dell'inadempimento, ma di una attribuzione “dovuta” in quanto contemplata dalle parti all'interno del rapporto (seppure in posizione ancillare rispetto alla prestazione principale), e dunque ricompresa tanto nell'oggetto del credito quanto in quello del debito.

Così procedendo, emerge inoltre la differente funzione che gli stipulanti assegnano a tali attribuzioni rispetto a quella marcatamente autosatisfattiva che, a nostro avviso, caratterizza il patto marciano (e che, secondo alcuni autori, viene riconosciuta anche al patto commissorio)³⁴: mentre infatti, come dianzi osservato, le attribuzioni ora considerate assumono la valenza di momento attuativo del rapporto, e assecondano così il comune interesse di creditore e debitore di addivenire all'estinzione dell'obbligazione (momento indefettibile del meccanismo ora descritto) attraverso il prodursi della attribuzione sussidiaria, le convenzioni autosatisfattive sono volte ad assecondare esclusivamente l'interesse del creditore, in caso di inadempimento dell'obligato, a soddisfarsi sulla *res tradita* attraverso un percorso diverso dall'incerta via dell'esecuzione forzata. Affermazione, quest'ultima, confermata dal rilievo secondo cui, se da un lato il patto marciano impone al creditore/acquirente il più volte descritto obbligo di restituzione dell'eccedenza tra il valore del bene e l'ammontare del finanziamento, d'altro lato il medesimo creditore conserverebbe, anche a seguito del prodursi della *translatio rei*, il diritto a vedere realizzata quella quota della sua pretesa non coperta dall'attribuzione traslativa, nella (remota ma non del tutto imponderabile) ipotesi in cui il valore della *res* dedotta nel patto marciano risulti inferiore rispetto all'entità del mutuo³⁵.

3.2. Articolazioni sequenziali di prestazioni dovute: tra attuazione del debito e insorgenza della responsabilità

Ritorna dunque all'attenzione dello studioso il tema, assai dibattuto, del rapporto tra obbligazione e garanzia/responsabilità patrimoniale³⁶, tema che investe la configurabilità della responsabilità patrimoniale alla stregua di una

³⁴ Cfr. sempre A. LUMINOSO, *op. ult. cit.*, p. 1404.

³⁵ Sul punto, cfr. C. DORE, *Il prestito vitalizio ipotecario ecc.*, cit., p. 67.

³⁶ Sul dibattito relativo alla responsabilità patrimoniale, senza pretese di completezza, ci limitiamo a richiamare gli scritti di R. NICOLÒ, *Responsabilità patrimoniale. Concorso dei creditori. Cause di prelazione*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, artt. 2740 – 41, Bologna – Roma, 1958, p. 1 ss.; V. ROPPO, voce *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1041 ss.; ID., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., p. 365 ss. G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, in *Tratt. dir. civ. dir. da Sacco*, Torino, 2011, p. 28 ss.; G. D'AMICO, *La responsabilità patrimoniale tra tutela e solutio*, in *La responsabilità patrimoniale sostenibile*, cit., p. 59 ss.; C. CASTRONOVO, *L'obbligazione nel prisma della (nuova) responsabilità patrimoniale*, *ibidem*, p. 375; T. RUMI, *I recenti sviluppi della “garanzia” ecc.*, cit., p. 268 ss.; L. NIVARRA, *La responsabilità patrimoniale*, in NIVARRA – PURPURA, *La responsabilità patrimoniale – Le garanzie reali*, in *Tratt. dir. priv. dir. da Mazzamuto*, Torino, 2024, p. 1 ss.

componente “interna” al rapporto obbligatorio (secondo la ben nota impostazione di matrice germanica, che descrive l’obbligazione stessa come sintesi di *Schuld* e *Haftung*, debito e responsabilità)³⁷ ovvero di un presidio operante all’esterno di esso, in quanto collegato non al fisiologico sviluppo del rapporto, ma al momento “patologico” dell’inadempimento³⁸.

Volendo, in questa sede, ridurre il discorso all’essenziale, possiamo rilevare come, nell’ambito di quel complesso fascio di relazioni in cui l’obbligazione si identifica, “garanzia patrimoniale” e “responsabilità patrimoniale” rappresentino momenti diversi della vigenza del vincolo che viene a crearsi, al momento stesso della nascita del rapporto, tra la posizione del creditore e il patrimonio del debitore: vincolo non sovrapponibile all’obbligo di prestazione, ma destinato a svilupparsi parallelamente alle vicende dell’obbligo in parola³⁹.

In particolare, posto che il debitore “risponde dell’adempimento” con tutti i suoi beni presenti e futuri, la garanzia patrimoniale assiste la fase “fisiologica” nella quale l’inadempimento della prestazione dovuta non si è ancora concretizzato, ma il creditore confida nella possibilità di acquistare il diritto (potestativo all’attivazione dell’esecuzione forzata) a soddisfarsi sul patrimonio del debitore medesimo qualora la prestazione in parola non dovesse essere eseguita⁴⁰. Volendo ricorrere alla tradizionale classificazione delle situazioni giuridiche soggettive, si potrebbe allora descrivere la garanzia patrimoniale nei termini di una aspettativa assegnata al creditore, consustanziale all’insorgenza della sua pretesa e del correlativo obbligo di prestare, e riferita all’acquisto del diritto a soddisfarsi sui beni dell’obbligato: aspettativa giuridicamente tu-

³⁷ Si vedano, sul punto, le riflessioni di C. GANGI, in *Scritti giuridici vari – Il debito e la responsabilità*, Padova, 1933, *passim*.

³⁸ Si tratta della posizione sostenuta in particolare da M. GIORGIANNI, *L’obbligazione*, Milano, 1968, spec. p. 166 s., ad avviso del quale la responsabilità patrimoniale «più che considerarsi strumento di adempimento, deve vedersi piuttosto come una conseguenza dell’inadempimento dell’obbligo da parte del debitore. Per cui l’inserzione del fenomeno della responsabilità patrimoniale nella struttura dell’obbligazione non crediamo sia, da questo punto di vista, giustificata».

³⁹ Cfr., sul punto, le riflessioni di L. COSATTINI, *La revoca degli atti fraudolenti*, Padova, 1950, p. 65 ss., il quale fa appunto riferimento ad un rapporto di garanzia che si affianca, in funzione accessoria, al rapporto principale debito – credito, e insieme con questo verrebbe a sostanziare «l’istituto dell’obbligazione». L’intrinseca complessità del rapporto obbligatorio, caratterizzata dalla presenza di una molteplicità di posizioni differenti, è colta, tra gli altri, da A. FALZEA, *L’offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 2011, p. 51; e da L. MENGONI, *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi” – Studio critico*, in *Scritti, II, Obbligazioni e negozio*, a cura di Nicolussi e Castronovo, Milano, 2011, spec. p. 228 ss.

⁴⁰ Cfr. sempre M. GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 173, secondo il quale «quella destinazione si manifesta anche da un punto di vista potenziale, nel senso che la già astratta possibilità di quella escussione grava sui beni ed imprime ad essi una particolare disciplina. Ed è appunto la fase, diciamo così, potenziale di quella destinazione dei beni del debitore che dà luogo al fenomeno della garanzia. Espressione di questo fenomeno è la possibilità che la legge riconosce al creditore, di compiere taluni atti destinati ad accrescere il patrimonio del debitore, o destinati a conservare i beni del debitore a quella destinazione, nel caso in cui quest’ultimo abbia compiuto, o si possa temere che compia, atti diretti a sottrarre i beni medesimi a quella destinazione».

telata, in particolare, attraverso la previsione dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale⁴¹.

Il verificarsi dell'inadempimento determina appunto l'evoluzione della garanzia (nel senso appena proposto) in responsabilità, con conseguente insorgenza del diritto in capo al creditore di soddisfarsi coattivamente sul patrimonio dell'obbligato. In questa prospettiva assume pregio l'affermazione secondo la quale la responsabilità patrimoniale (appunto a differenza della garanzia) presenta un collegamento funzionale non tanto con l'adempimento, quanto con l'inadempimento: la responsabilità patrimoniale costituisce infatti la principale conseguenza dell'inadempimento dell'obbligazione, poiché è una volta verificatosi l'inadempimento che il creditore può rivalersi sui beni del debitore per la mancata corresponsione della prestazione dovutagli promuovendo l'esecuzione forzata⁴².

Consegue a quanto appena affermato che la presenza delle sopra descritte articolazioni sequenziali di attribuzioni principali e sussidiarie (con le seconde subordinate, nella loro esigibilità, all'inattuazione delle prime) arricchisce le possibilità di scelta spettanti al creditore deluso, il quale, a fronte dell'inattuazione della prestazione principale, viene di fatto a trovarsi di fronte ad un bivio: o "rimanere nell'obbligazione", esigendo che la stessa sia attuata attraverso l'esecuzione delle prestazioni subordinate; ovvero "uscire" dal rapporto per ricavare – una volta munitosi di titolo esecutivo – attraverso l'esecuzione forzata un valore equivalente al *quantum debeatur* e all'eventuale risarcimento del danno⁴³.

La presenza di una sequenza di prestazioni subordinate all'inadempimento dell'attribuzione principale non rappresenta, del resto, un fenomeno ignoto al nostro ordinamento: articolazioni sequenziali complesse simili a quelle in

⁴¹ Questa ricostruzione è proposta, tra gli altri, da R. FADDA, *La tutela preventiva dei diritti di credito*, Napoli, 2012, p. 40 ss., laddove afferma: «Il creditore può fare affidamento, per la soddisfazione del suo interesse, in alternativa all'adempimento, sul patrimonio di cui il debitore è titolare al momento in cui sorge il rapporto obbligatorio. In questo senso il creditore ha una aspettativa di conseguire il valore economico sostitutivo della prestazione, nel caso di mancata esecuzione della stessa, che viene meno e si traduce in un potere (che è emanazione dello stesso diritto di credito) di aggredire il patrimonio del debitore al momento dell'inadempimento, per via dell'esecuzione forzata. Questa aspettativa sussidiaria di soddisfazione si traduce in una situazione di aspettativa di diritto che accompagna il diritto di credito per tutta la fase della pendenza, ossia prima dell'inadempimento, e fino al soddisfacimento finale del creditore».

⁴² Cfr. V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 370, ad avviso del quale: «La responsabilità patrimoniale entra in gioco tutte le volte che il debitore manchi, per una causa a lui imputabile, il regolare adempimento della prestazione dovuta: il patrimonio del debitore stesso soggiace allora alle iniziative che il creditore può intraprendere per conseguire sopra di esso, nonostante l'inadempimento dell'obbligato, la realizzazione delle proprie ragioni di credito. Detto altrimenti, la responsabilità patrimoniale presidia dall'esterno il buon funzionamento del rapporto obbligatorio, e ne assicura comunque il risultato utile anche contro l'inerzia o la cattiva volontà del debitore: ne assicura il risultato esponendo i beni di quest'ultimo (*omissis*) all'azione esecutiva promossa dal creditore».

⁴³ Sul punto, C. DORE, *op. cit.*, p. 92 ss.

questa sede esaminate sono infatti riscontrabili nella disciplina di alcune operazioni negoziali espressamente regolate dal legislatore. Si pensi, solo a titolo di esempio, alla vendita di beni di consumo, di cui agli artt. 128 ss. c.cons., nella quale la riparazione e la sostituzione vengono appunto descritte quali prestazioni riconducibili all'esatto adempimento dell'obbligazione di consegnare beni conformi al contratto, prestazioni a cui il venditore risulta tenuto a seguito del riscontro del difetto di conformità; si pensi, ancora, al caso dell'appalto, laddove del pari si riconosce al committente il potere di esigere che le difformità o i vizi dell'opera siano eliminati a spese dell'artefice, tenuto dunque, a seguito dell'inesatto adempimento dell'obbligo primario di realizzare un *opus* conforme al contratto, all'esecuzione delle prestazioni ripristinatorie conseguenti⁴⁴.

Si pensi, infine, proprio alle già richiamate discipline dell'art. 120 *quinqüesdecies* TUB sui mutui ai consumatori e al comma 12 *quater* dell'art. 11 *quaterdecies* l. 248 del 2005 sul prestito vitalizio ipotecario, laddove l'effetto esdebitativo associato alla vendita della *res garantita* ad opera del finanziatore o all'acquisto della proprietà dell'immobile ipotecato a favore del medesimo mutuante induce parte della dottrina a considerare tali congegni come volti a procurare al creditore una attribuzione patrimoniale (appunto, sussidiaria rispetto alla restituzione del finanziamento) valevole quale surrogato dell'adempimento dell'obbligazione restitutoria primaria⁴⁵.

⁴⁴ La bibliografia in materia di vendita di beni di consumo e di garanzia per vizi nell'appalto è del pari molto vasta: ci limitiamo in questa sede a rinviare, in materia di vendita, ai contributi di A. LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 548 ss.; C.M. BIANCA (a cura di), *La vendita dei beni di consumo*, Torino, 2006, *passim*; R. FADDA, *La riparazione e la sostituzione del bene difettoso nella vendita (dal Codice civile al Codice del consumo)*, Napoli, 2007, spec. pp. 176 ss.; F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, *passim*; R. CALVO, *Il regime dei rimedi nelle vendite di beni di consumo*, in *Tratt. dei contratti* dir. da Roppo e Benedetti, I, *Vendita e vendite*, Milano, 2014, p. 399 ss.; in materia di appalto, si richiamano invece, sempre senza pretese di completezza, gli scritti di D. RUBINO – G. IUDICA, *Dell'appalto*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, artt. 1655 – 1677, Bologna – Roma, 2007, p. 378 ss.; A. LUMINOSO, *La natura della garanzia per vizi e difformità nell'appalto*, in *I maestri italiani del diritto civile – Domenico Rubino*, a cura di P. Perlingieri e Polidori, II, *Singole fattispecie negoziali*, Napoli, 2009, p. 933 ss.; R. FADDA, *Contenuto della garanzia per difetti dell'opera*, in *Codice dell'appalto privato* a cura di A. LUMINOSO, Milano, 2016, p. 650 ss.; M. DELLACASA, *Garanzia e responsabilità*, in *Tratt. dei contratti* dir. da Roppo e Benedetti, III, 1, *Opere e servizi*, cit., p. 321 ss. Sulla recente direttiva n. 771 del 2019 (destinata ad abrogare la dir. n. 44 del 1999, alla quale hanno dato attuazione gli artt. 128 – 135 cod. cons., e il cui recepimento è avvenuto a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 170 del 2021, cfr. i contributi di G. ALPA, *Aspetti della nuova disciplina delle vendite nell'Unione europea*, in *Contr. impresa*, 2019, p. 825 ss.; F. ADDIS, *Spunti sugli aspetti dei contratti di vendita di beni di consumo regolati nella nuova direttiva (UE) 2019/771*, in *Nuovo Diritto Civile*, 2, 2020, p. 5 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Verso la riforma della disciplina delle vendite mobiliari B-TO-C: l'attuazione della Dir. UE 2019/771*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2021, p. 205 ss. Ivi ulteriori riferimenti di dottrina.

⁴⁵ Si richiamano in particolare le osservazioni formulate (con riferimento alla diversa disciplina dell'art. 48 bis TUB) da S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 – bis TUB: il “pasticcio” di un marciando bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, in *I nuovi marciando*, cit., p. 54 s., ad avviso del quale: «la causa solvendi sunteggiata qui, in realtà, l'intento

Le discipline da ultimo richiamate individuano ora le condizioni in presenza delle quali le prestazioni sussidiarie possono considerarsi esigibili (l'art. 12 *quinqüesdecies* del TUB subordina l'acquisto o la vendita della *res garantita* da parte della banca creditrice all'inadempimento riferito a diciotto rate del mutuo, mentre la norma in tema di prestito vitalizio ipotecario prevede che la vendita diretta dell'immobile oggetto di garanzia reale possa essere promossa se il finanziamento non è integralmente rimborsato nei dodici mesi che seguono la morte del finanziato o gli altri eventi previsti dalla norma stessa), ora i presupposti in presenza dei quali il percipiente deluso può "uscire" dall'*Obligationsprogramm* per ricorrere ai rimedi demolitori e risarcitori prodromici all'eventuale esecuzione forzata (si veda, a titolo di esempio, il nuovo testo del comma 4 dell'art. 135 bis cod. cons., nel quale vengono puntualmente individuate le situazioni che legittimano il compratore/consumatore ad avvalersi, nella vendita di beni di consumo, della risoluzione del contratto o della riduzione del prezzo, oltre che dell'eventuale risarcimento del danno)⁴⁶.

Una volta ammessa la possibilità per i privati di creare, nell'esercizio della loro autonomia, simili articolazioni sequenziali di prestazioni sussidiarie interne al programma obbligatorio (nell'ambito delle quali articolazioni vengono appunto contemplate attribuzioni traslative subordinate all'inattuazione della prestazione principale, nel senso dianzi chiarito), deve altresì riconoscersi agli stipulanti il governo di siffatti meccanismi, sia per quanto attiene l'accesso alle suddette prestazioni secondarie, sia per quanto concerne le condizioni relative alla scelta del creditore, una volta verificatosi l'inadempimento, in ordine alla permanenza o all'uscita dal programma convenzionale.

In ordine al profilo da ultimo menzionato, non deve infatti sfuggire come la previsione delle articolazioni in parola tenda a influire sulla causa concreta del contratto, nell'ambito della quale, accanto all'interesse all'attuazione della pretesa creditoria, viene pertanto contemplato l'ulteriore interesse dell'obbligato a liberarsi dal debito attraverso la previsione della *translatio rei*: interesse di rango negoziale, che il creditore non può salvaguardare o frustrare sulla base di una valutazione totalmente arbitraria in ordine all'esercizio dei poteri di cui dispone⁴⁷. Ne consegue che, al netto delle eventuali previsioni convenzionali,

delle parti di governare pattiziamente la patologia di un rapporto obbligatorio ineseguito, facendolo deviare dal disposto dell'art. 1218. Il tutto *cave!*, in vista comunque di una realizzazione dell'interesse creditorio, a vantaggio di un'estinzione diversa sì dall'adempimento ma che rileva pur sempre dà attuazione del rapporto (obbligatorio) di finanziamento». Ci permettiamo inoltre di richiamare ancora C. DORE, *op. cit.*, p. 89 ss.

⁴⁶ Cfr. sul tema, in particolare R. FADDA, *Il diritto al ripristino della conformità negli artt. 135 bis e 135 ter cod. cons.: tendenze conservatrici e profili innovativi*, in *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel Codice del Consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2022, p. 281 ss.

⁴⁷ Sotto questo aspetto, si ravvisa un'ulteriore ragione di differenza tra le articolazioni sequenziali interne all'obbligazione e la fattispecie del patto marciano: la funzione marcatamente autosatisfattiva che caratterizza tale convenzione assegna infatti al creditore una potestatività piena in ordine alla produzione dell'effetto reale. Mentre infatti nel patto marciano il creditore

la scelta del titolare del credito deve essere sempre orientata al rispetto del paradigma della buona fede oggettiva, nella sua accezione di obbligo di salvaguardia, gravante su ambedue le parti, dell'interesse dell'altro contraente, parametrato nel suo contenuto al limite dell'apprezzabile sacrificio⁴⁸.

In questo senso, l'inadempimento della prestazione principale legittima il creditore (già munito di titolo esecutivo) ad avvalersi dell'esecuzione forzata ordinaria quando l'attribuzione reale sussidiaria non può prodursi (ad esempio, a seguito dell'intervenuto perimento del bene oggetto della medesima), ovvero nelle ipotesi in cui egli dimostra la sopravvenuta inidoneità di tale a soddisfare la sua pretesa (la *res* ha perso valore o si è deteriorata).

Le articolazioni sequenziali ora in analisi vengono a collocarsi, si diceva, nella terra di frontiera tra obbligazioni oggettivamente complesse e *datio in solutum*, senza identificarsi integralmente con esse. Dalle obbligazioni facoltative, gli accordi in parola divergono per il fatto che la *translatio rei* costituisce la conseguenza automatica dell'inadempimento, e non il prodotto di una libera valutazione dell'obligato. Del pari, rispetto alla *datio in solutum*, i suddetti accordi non aprono al debitore lo "spazio di libertà" costituito dalla possibilità di realizzare l'*Obligationsprogramm* attraverso la corresponsione dell'*aliud* (in luogo della prestazione iniziale) ma, come poc'anzi si è ribadito, fanno dipendere direttamente dalla mancata esecuzione della prestazione primaria la produzione dell'effetto reale e la conseguente estinzione del rapporto⁴⁹.

(a seguito dell'inadempimento) può acquistare la proprietà della *res* semplicemente versando la differenza tra l'ammontare del finanziamento e il valore della stessa *res* come determinata dal perito, nelle articolazioni in parola la scelta del creditore in ordine alla esazione della prestazione sussidiaria o al ricorso all'esecuzione forzata deve essere calibrata sulla base dei parametri esposti nel testo.

⁴⁸ Sulla nozione della buona fede oggettiva, cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2019, p. 454 ss., secondo cui: «Nell'esecuzione del contratto e del rapporto obbligatorio, la buona fede si specifica anche come obbligo di salvaguardia. Qui la buona fede impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*. Questo impegno di solidarietà, che si proietta al di là del contenuto dell'obbligazione e dei doveri di rispetto altrui, trova il suo limite nell'interesse proprio del soggetto. Il soggetto è tenuto a far salvo l'interesse altrui ma non fino al punto di subire un apprezzabile sacrificio, personale o economico». Si richiamano inoltre i contributi di S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, p. 111 ss.; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1986, p. 5 ss.; G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 1997, *passim*; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, *Integrazione del contratto – Suoi effetti reali e obbligatori*, in *Cod. civ. comm.*, dir. da Schlesinger e Busnelli, artt. 1374 – 1381, Milano, 1999, p. 213 ss.; E. CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento – L'integrazione*, in *Tratt. del contratto*, dir. da Roppo, II, *Regolamento*, a cura di Vettori, Milano, 2022, p. 489 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* dir. da Iudica e Zatti, Milano, 2025, p. 422 ss.; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, *passim*; P. GALLO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, V, Torino, 2017, p. 625 ss.

⁴⁹ Così come, in presenza delle articolazioni sequenziali in parola, manca, come già evidenziato nel testo, quella potestatività a favore del creditore che è tipica del patto marciano, analogamente non è ravvisabile quella potestatività assicurata al debitore nella *datio in solutum* e nelle obbligazioni facoltative: il debitore, infatti, non è libero di decidere se procedere alla

Il riferimento alle figure appena richiamate è tuttavia utile a comprendere come, attraverso le pattuizioni che contemplan siffatte articolazioni sequenziali, i privati abbiano inteso incidere direttamente sul contenuto del rapporto obbligatorio tra loro in essere, o programmando *sin ab origine* un'obbligazione "complessa" in quanto caratterizzata dalla presenza di una attribuzione subordinata nella sua eseguibilità all'inadempimento della prestazione principale, o arricchendo successivamente, attraverso la previsione della prestazione sussidiaria, il contenuto di un'obbligazione inizialmente configurata come semplice⁵⁰.

La ricomprensione dell'attribuzione reale all'interno del programma obbligatorio rende siffatta attribuzione qualificabile come un momento di attuazione dell'assetto di interessi divisato dai privati attraverso il contratto da cui l'obbligazione stessa promana. E la meritevolezza degli interessi perseguiti attraverso la previsione delle sequenze di prestazioni ora considerate non può essere scalfita nemmeno dal rilievo secondo cui – in mancanza di meccanismi di riequilibrio simili a quelli operanti nel patto marciano – l'ammissibilità delle convenzioni in esame potrebbero dare luogo a perdite patrimoniali sproporzionate in danno del debitore, favorendo così quelle pratiche di tipo usurario che la previsione dell'art. 2744 c.c. dovrebbe viceversa arginare.

Premesso che la presenza di uno squilibrio a carico dell'obbligato/alienante non rappresenta uno degli elementi costitutivi della fattispecie di nullità contemplata dalla norma in esame (la quale sanziona *sic et simpliciter* l'alienazione da debitore a creditore condizionata al fatto dell'inadempimento), la più attenta dottrina non ha mancato di segnalare come il pericolo di una sproporzione per il debitore si annidi anche nella dazione in pagamento, con riferimento alla quale la tutela della parte pregiudicata si esaurisce nei generali rimedi dell'annullamento per violenza e della rescissione per lesione⁵¹.

Ma se la presenza di una simile sproporzione tra l'*aliud* e la prestazione iniziale non espone la *datio in solutum* (anche se conclusa o in costanza o dopo

translatio rei in luogo della prestazione primaria, venendo la perdita della *res translata* a costituire una conseguenza automatica e indefettibile della inattuazione della prestazione primaria.

⁵⁰ In questo senso, possono tornare utili le riflessioni di quegli autori ad avviso dei quali la dazione in pagamento realizzerebbe «una modificazione oggettiva della obbligazione quale principale connotato causale – ed effettuale – della *datio in solutum*, ancorché in vista del conseguimento di un risultato ultimo che rimane e non può non rimanere che di estinzione soddisfattiva del rapporto obbligatorio». Estinzione soddisfattiva, tuttavia, «mediata da una modificazione dell'oggetto dell'obbligazione che si apprezzerrebbe in ciò, che al debitore risulti per l'appunto attribuita la facoltà di liberarsi eseguendo un *aliud* in luogo di quanto dovuto». In questi termini, E. CAMILLERI, *Imputazione* ecc., cit., p. 95 s., il quale così aderisce alla tesi elaborata da U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 554.

⁵¹ Cfr., sul punto, A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1408, avverte la necessità di «suggerire al legislatore di introdurre un limite alla validità dell'accordo di *datio in solutum* in relazione ai casi in cui la sproporzione tra l'ammontare del debito e il valore del bene trasferito al creditore si traduca in una iniquità del contenuto del contratto»; P. GALLO, *La tutela dei diritti*, cit., p. 407.

il perpetrarsi dell'inadempimento, con il debitore pressato dall'esigenza di neutralizzarne le conseguenze) alla scure della nullità, non si vede la ragione per cui una simile sanzione debba viceversa colpire le clausole mediante le quali, nella costruzione del contenuto del rapporto, i privati programmano l'articolazione sequenziale di prestazioni appena descritta, configurando l'attribuzione reale come subordinata nel suo prodursi alla mancata attuazione della prestazione primaria, quale ulteriore momento possibile di esecuzione del programma obbligatorio da essi elaborato.

4. *Profili applicativi della soluzione proposta*

La ricomprensione della *translatio rei* all'interno del rapporto obbligatorio e la valenza marcatamente solutoria che pertanto la caratterizza sembra escludere quei trasferimenti causalmente indefinibili che possono ricollegarsi al meccanismo condizionale insito nel patto commissorio, in caso di modificazioni soggettive del credito o del debito. Se infatti il collegamento tra vicenda traslativa e obbligazione non si esaurisce nell'inadempimento della stessa (contemplato dalla condizione), ma l'attribuzione reale assurge alla funzione di prestazione dovuta (oggetto tanto dell'impegno del debitore, quanto della pretesa del creditore), emerge allora come siffatta attribuzione non possa essere rivolta a vantaggio di un soggetto privo della qualifica di creditore, né gravare su chi, con riferimento all'obbligazione in parola, non riveste la posizione di debitore o di garante. In questa prospettiva, qualora si proceda alla cessione del credito, deve infatti convenirsi che il cessionario acquista il diritto a vedersi riconosciuta tanto la prestazione principale, quanto (in caso di inesecuzione di quest'ultima) ad acquistare la *res* oggetto dell'attribuzione sussidiaria.

Più complicato potrebbe risultare il discorso relativo all'eventuale espromissione: se infatti non sembrano porsi particolari problemi con riguardo all'espromissione cumulativa (l'attribuzione traslativa si verificherebbe qualora la prestazione primaria non venisse eseguita né dall'espromittente, né dall'espromesso), maggiori difficoltà potrebbero scorgersi con riferimento all'espromissione liberatoria, stante la sostanziale infungibilità, dal punto di vista soggettivo, della *translatio rei*. Difficoltà peraltro superabili, se si riconnette a tale ipotesi di espromissione valenza marcatamente novativa, con conseguente estinzione dell'obbligazione oggettivamente complessa e sua sostituzione con una nuova obbligazione – avente ad oggetto una prestazione coincidente con quella primariamente dovuta dall'espromesso – dell'espromittente verso l'espromissario ⁵².

⁵² Sulla figura dell'espromissione novativa, cfr. B. GRASSO, *Delegazione, espromissione, accollo*, in *Cod. civ. comm.* fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, artt. 1268 – 1275, Milano, 2011, p. 88; P. GALLO, *L'obbligazione*, in *Tratt. dir. civ.*, IV, Torino, 2019, p. 153 s.;

Rimangono infine da esaminare le conseguenze relative alla possibile alienazione a un terzo, da parte del debitore, del bene contemplato nella clausola prima che l'inattuazione della prestazione principale si concretizzi: escludendosi, per le ragioni dianzi sviluppate, la presenza di un diritto reale sul bene in questione a favore del titolare del credito, la tutela del medesimo creditore nei confronti dell'acquirente si esaurisce nell'opponibilità del meccanismo condizionale. Mancando le condizioni per far valere la condizione (costituita appunto dall'inadempimento della prestazione iniziale) verso il terzo avente causa dal debitore, il mancato acquisto della *res* da parte del creditore apre a quest'ultimo unicamente la strada del risarcimento per equivalente.

Abstract [Ita]

Una volta ravvisato il fondamento del divieto ex art. 2744 nella “sofferenza causale” del patto commissorio (non essendo la convenzione in parola riconducibile né all’area dei negozi solutori, né a quella degli accordi con causa di garanzia), lo scritto vuole dimostrare l’ammissibilità della previsione, all’interno dell’*Obligationsprogramm*, di attribuzioni traslative subordinate all’inadempimento di una prestazione principale, ma pur sempre dirette a dare attuazione al rapporto obbligatorio. Con riferimento a simili articolazioni sequenziali di prestazioni sussidiarie (appunto in quanto subordinate, nella loro esigibilità, all’inattuazione dell’attribuzione principale), l’inadempimento della prestazione iniziale assume non semplicemente la connotazione negativa di “rottura” del programma obbligatorio, ma quella di momento di sviluppo del programma stesso verso l’attuazione delle ulteriori attribuzioni programmate dalle parti.

Parole chiave: patto commissorio; patto marciano; *Obligationsprogramm*; articolazioni sequenziali; prestazioni sussidiarie.

Abstract [Eng]

Once the legal basis for the prohibition under art. 2744 has been identified in the “causal suffering” of the *patto commissorio* (since the agreement in question cannot be classified as either a settlement agreement or an guarantee agreement), this paper aims to demonstrate the admissibility, within the *Obligationsprogramm*, of transferable attributions subject to the non-compliance of a principal obligation, but still aimed at implementing the obligatory relationship. With reference to similar sequential articulations of subsidiary performances (precisely because they are subordinate, in their enforceability, to the non-compliance of the main attribution), the non-fulfilment of the initial performance takes on not simply the negative connotation of a “break” in the obligatory programme, but that of a moment of development of the programme itself towards the implementation of the further attributions planned by the parties.

Keywords: *patto commissorio*; *patto marciano*; obligatory programme; sequential articulations; subsidiary performances.