

# **ATTIVITA' BANCARIA E GARANZIE REALI.**

*Spunti per un ripensamento sistematico.*

## **INDICE**

### **CAPITOLO I**

#### **DIRITTI REALI DI GARANZIA. TIPICITA' ANELASTICA E SPUNTI COMPARATIVI.**

1. La responsabilità patrimoniale.	1
1.1 <i>Par condicio creditorum</i> e cause legittime di prelazione.	7
2. Natura giuridica dei diritti di pegno e di ipoteca.	11
2.1 Realtà del negozio costitutivo di pegno.	17
2.1.1 Il pegno di beni futuri.	19
2.1.2 Il pegno di crediti	21
2.1.3 Il pegno di universalità di mobili.	23
3. Alienazioni in garanzia.	25
3.1 <i>Numerus clausus</i> dei diritti reali.	31
3.2 Il divieto del patto commissorio.	40

### **CAPITOLO II**

#### **ATTIVITA' BANCARIA E FINANZIAMENTO DELL'ATTIVITA' D'IMPRESA. GARANZIE ANOMALE E TRASFERIMENTI IN GARANZIA.**

1. Attività bancaria e garanzie di liquidità.	51
2. Il pegno anomalo nell'ottica del mercato. Garanzia reale come riserva di utilità ed elasticità della struttura.	57
3. Pegno rotativo e garanzia fluttuante.	64
3.1 Pegno rotativo legale.	71

§ <i>Segue</i> . I contratti garanzia finanziaria. Approccio funzionale alla garanzia mobiliare; fattispecie rotativa senza spossessamento.	74
§§ <i>Segue</i> . <<Il pegno mobiliare non possessorio>> nel quadro delle <<Disposizioni urgenti in materia di procedure esecutive e concorsuali, nonché a favore degli investitori in banche in liquidazione>> (d.l. 3 maggio 2016, n. 59, convertito con modificazioni in legge 30 giugno 2016, n. 119).	81
3.2 Il privilegio speciale sui beni in lavorazione.	87
3.3 Patto di rotatività ed operazione economica. Essenzialità dell'identità di valore.	90
4. Contratti di garanzia finanziaria con trasferimento della proprietà. Disapplicazione del divieto del patto commissorio.	97
5. Trasferimento di beni immobili a garanzia di un finanziamento. L'art. 48 <i>bis</i> T.U.B. tra diritto e mercato.	101

### **CAPITOLO III**

#### **UTILITA' DI UN RIPENSAMENTO SISTEMATICO DELLA DISCIPLINA GENERALE DELLE GARANZIE REALI. UN'IPOTESI DI LAVORO.**

1. Legislazione speciale in tema di garanzie reali e speciale qualificazione soggettiva dei contraenti. Utilità dell'adozione di una prospettiva frammentata (contratto di diritto comune, terzo contratto, contratto fra operatori professionali con eguale potere contrattuale o presunti tali).	113
2. Autotutela esecutiva e (presunti) limiti all'autonomia privata.	122
3. Essenzialità degli strumenti di tutela dei terzi. Il valzer della tutela (soluzione in tre tempi).	133
4. La spada di Damocle del divieto del patto commissorio. Nullità di protezione ed "interesse pubblico". Il patto marciano intimorisce il legislatore: meglio parlarne.	141
5. Brevi osservazioni conclusive.	151

## ***Introduzione.***

Con il presente lavoro, traendo spunto dalle recenti riforme legislative in materia di mutui ai consumatori ex art. 120 *quinquiesdecies* T.U.B., introdotto dal d.lgs. n. 72/2016, in attuazione dell'art. 28 della *Mortgage credit directive* 2014/17/UE, nonché di finanziamento, essenzialmente bancario, alle imprese nelle forme del pegno “mobiliare” non possessorio e del trasferimento immobiliare condizionato all'inadempimento del debitore, disciplinati rispettivamente dagli artt. 1 e 2 del cd. decreto banche n. 59/2016, convertito in legge n. 119/2016, si è inteso soffermare l'attenzione sul sistema della garanzie reali, così come delineato nell'ordinamento giuridico interno e restituito da talune interpretazioni, spesso troppo rigorose di una parte della dottrina e della giurisprudenza nella prospettiva di un suo possibile generale ripensamento alla luce delle fattispecie delineate dallo stesso legislatore attraverso la disciplina speciale dell'ultimo trentennio circa.

Queste ultime, infatti, nate soprattutto nel contesto delle contrattazione bancaria e comunque tra operatori professionali, a cagione dell'esigenza di formulare risposte al difficile rapporto che, specialmente in un momento storico di crisi economico finanziaria, intercorre fra il settore del credito e la disciplina codicistica delle garanzie reali, hanno posto all'interprete soprattutto due quesiti. Primo: trattasi di fattispecie tipiche o, al contrario, con esse il legislatore ha segnato la traccia minima che l'autonomia dei privati, nei limiti della liceità e della meritevolezza della fattispecie atipica, è tenuta a seguire nella ricerca di soluzioni più elastiche alle diverse vicende del credito? Secondo: trattasi di fattispecie praticabili esclusivamente nel contesto normalmente specializzato nel quale (e per il quale) sono state ideate, qual è normalmente quello dell'attività bancaria, legata, anche a presidio di un più ampio interesse generale alla tutela del risparmio, al meccanismo della cd. “liquidità bancaria”, o, invece, esse possono costituire lo spunto per un complessivo ripensamento sistematico della disciplina (e talvolta semplicemente della sua interpretazione) delle garanzie reali?

Così, passando per l'individuazione dei punti cardinali (e dei principali limiti) della disciplina delle garanzie reali nel sistema delineato dal codice civile attraverso l'analisi degli aspetti innovativi più salienti restituiti dalle fattispecie emerse dalla legislazione speciale (di pegno senza spossessamento, di pegno rotativo, di trasferimenti in garanzia mobiliari e immobiliari) e la circoscrizione delle tendenze normative che ivi si possono ravvisare, in punto di

disciplina dei contratti fra controparti professionali e di potenziamento dell'autotutela esecutiva, si tenta, infine, di fornire una risposta ragionevole agli interrogativi posti in premessa che, promuovendo l'ampliamento controllato degli spazi dell'autonomia privata, oltrepassi il piano dell'analisi per esortare ad una, necessariamente più flessibile, opera generale di risistemazione.

## CAPITOLO I

### DIRITTI REALI DI GARANZIA. TIPICITA' ANELASTICA E SPUNTI COMPARATIVI.

**Sommario:** *1. La responsabilità patrimoniale. 1.1. Par condicio creditorum e cause legittime di prelazione. 2. Natura giuridica dei diritti di pegno e di ipoteca. 2.1 Realtà del negozio costitutivo di pegno. 2.1.1 Il pegno di beni futuri. 2.1.2 Il pegno di crediti. 2.1.3 Il pegno di universalità di mobili. 3. Alienazioni in garanzia. 3.1 Numerus clausus dei diritti reali. 3.2 Il divieto del patto commissorio.*

#### *1. La responsabilità patrimoniale.*

Il legislatore del 1942 ha dedicato alla disciplina della responsabilità patrimoniale il titolo III del libro VI del nuovo codice civile, rubricato: <<Della responsabilità patrimoniale, delle cause legittime di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale>>. In questo modo veniva risolto la questione se collocare le norme relative alla responsabilità patrimoniale all'interno della parte del codice dedicata alla disciplina delle obbligazioni o, invece, come poi si è deciso, in un libro distinto e segnatamente in quello destinato a disciplinare la tutela dei diritti.

Invero la questione affondava le proprie radici in un più ampio dibattito dottrinario, che aveva visto autorevolmente sostenuta la teoria patrimonialista dell'obbligazione<sup>1</sup>. I suoi fautori attribuivano rilievo scarso se non nullo alla condotta che il debitore deve osservare nell'adempimento dell'obbligazione, nonché naturalmente a tutti i profili ad essa connessi in

---

<sup>1</sup> Cfr. *ex multis* E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, *Struttura dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, p. 28 ss. Si vedano anche S. RODOTA', *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967, p. 42 ss.; M. FRAGALI, voce *Garanzia e diritti di garanzia*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1968, p. 448; V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato dir. civ.*, diretto da P. RESCIGNO, *Tutela dei diritti*, I, 19, 1997, p. 485 ss.

punto di determinazione dell'inadempimento e di risarcimento del danno, mentre si soffermavano piuttosto sull'aspetto patrimoniale della prestazione oggetto dell'obbligazione e sul conseguente diritto del creditore di realizzare anche coattivamente, ovvero senza la partecipazione del debitore, il suo diritto attraverso l'attivazione della procedura esecutiva.

Così essi ricostruivano il rapporto obbligatorio come sintesi di due elementi: *Shuld* e *Haftung*, ovvero, rispettivamente, debito e responsabilità e più ampiamente dovere di prestazione ed obbligo di soggezione all'esecuzione forzata del creditore.

In disparte il discorso relativo a talune fattispecie di debito senza responsabilità e di responsabilità senza debito, il quale sarebbe di per sé idoneo a mettere in discussione che questi due elementi seppur tra di loro collegati siano anche costitutivi di un medesimo fenomeno, quale è quello obbligatorio, la scelta del codice di separare i due momenti e, dunque, la disciplina delle obbligazioni (libro IV) da quella della responsabilità (libro VI) va letta in direzione di dissociazione dalle teorie patrimonialiste sul punto.

E' opinione della parte maggioritaria della dottrina italiana, infatti, che la responsabilità sia elemento esterno sebbene non estraneo all'obbligazione e, più precisamente, sia con essa in rapporto di strumentalità. Essa, attraverso un ideale collegamento fra l'art. 1218 c.c. e l'art. 2740 c.c., presidia il buon funzionamento del rapporto obbligatorio, nel senso di garantire al creditore la realizzazione del proprio interesse quando questo non sia conseguenza dell'adempimento spontaneo del debitore<sup>2</sup>.

In questi termini, di prima e principale garanzia del rapporto obbligatorio, discendente sempre automaticamente dalla legge, si potrebbe convenire con la dizione più volte criticata dell'art. 2740 co. 1 c.c., nella parte in cui prevede che il debitore risponda con tutti propri beni presenti e futuri dell'adempimento e non invece - come sarebbe stato più corretto - dell'inadempimento delle proprie obbligazioni. Si intende dire, insomma, che coerentemente il legislatore abbia voluto sottolineare che la responsabilità patrimoniale più che avere

---

<sup>2</sup> Cfr. M. GIORGIANNI, *L'obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, I, Milano, 1968, p. 194 ss; R. NICOLO', *Tutela dei diritti*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, *Della tutela dei diritti (artt. 2740 – 2899)*, sub art. 2740, Bologna – Roma, 1953, p. 3 ss.; A. DI MAJO, *Obbligazioni in generale*, Bologna, 1985, p. 101 ss. Nella manualistica il rapporto di strumentalità fra obbligazione e responsabilità è bene espresso da F. BOCCHINI – E. QUADRI, *Diritto privato*, Torino, 2014, p. 669: <<In definitiva è la responsabilità patrimoniale a rendere concreta la situazione attiva di credito e correlativamente gravosa la situazione passiva di debito, consentendo al creditore l'aggressione del patrimonio del debitore quando il credito è rimasto deluso per mancanza dell'adempimento>>.

riguardo all'inadempimento del debitore, semplicemente discende da esso e garantisce l'adempimento dell'obbligazione, in forma specifica ovvero per equivalente.

Così succintamente precisati i rapporti fra obbligazione e responsabilità, giova domandarsi se quest'ultima sia per il creditore fonte di un'autonoma ed ulteriore posizione giuridica soggettiva.

Secondo un primo orientamento la responsabilità patrimoniale darebbe vita ad un complessivo *status* giuridico in capo al debitore, titolare di una situazione giuridica differenziata rispetto a quella del soggetto non debitore e connotata dall'immanenza di una costante ingerenza che il creditore è legittimato a svolgere ed il debitore è costretto a subire nella propria sfera patrimoniale<sup>3</sup>.

Altri ricostruisce la responsabilità patrimoniale come una <<situazione giuridica autonoma>>, fra quelle <<strumentali>>, che si trovano <<a cavallo fra il diritto sostanziale ed il diritto processuale>><sup>4</sup>.

E' prevalente tuttavia l'orientamento che argomenta nel senso che la responsabilità patrimoniale del debitore non corrisponde ad alcun autonomo diritto del creditore, ma semplicemente pone questi in una particolare relazione con il patrimonio del debitore, la quale si risolve nel potere di sottoporre detto patrimonio all'esecuzione forzata<sup>5</sup>.

Essa si articola, poi, in due principali tipologie. L'esecuzione forzata è in forma specifica quando si verifica una coincidenza fra bene dovuto, bene aggredito e bene conseguito. Si definisce per espropriazione, invece, ogni qual volta non è possibile conseguire esattamente

---

<sup>3</sup> Cfr. G. A. MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria. Contributo allo studio della responsabilità patrimoniale dal punto di vista dell'azione*, Milano, 1975, p. 86.

<sup>4</sup> Così R. NICOLO', *Tutela dei diritti, cit.*, p. 3.

<sup>5</sup> *Ex multis* U. NATOLI – L. BIGLIAZZI GERI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, Milano, 1974, p. 2; S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. VASSALLI, XV, I, Torino, 1954, p. 35. Nella manualistica si veda F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2011, p. 651: <<Il rapporto che in tal modo si instaura tra creditore e patrimonio del debitore non fa peraltro nascere a vantaggio del primo un diritto soggettivo, né, più in generale, una situazione giuridica di carattere sostanziale ma piuttosto un potere di natura processuale che si esprime nell'azione esecutiva, che suppone un titolo esecutivo>>.

l'utilità oggetto dell'obbligazione rimasta inadempita e si traduce in un'operazione di liquidazione dei beni del debitore sufficienti a soddisfare la pretesa creditoria<sup>6</sup>.

Ora, il primo comma dell'art. 2740 c.c. contiene l'enunciazione dei due principali caratteri della responsabilità: la patrimonialità e l'universalità. Ed infatti il legislatore vi ha precisato che il debitore risponde dell'adempimento delle proprie obbligazioni con i propri beni – e qui la patrimonialità – e con tutti i propri beni, presenti e futuri – e dunque l'universalità<sup>7</sup>.

In tal modo, come è noto, il patrimonio del debitore viene a costituire la cosiddetta garanzia patrimoniale generica del credito, spettante in quanto tale a ciascun creditore, per ciò solo chirografario, e da tenersi distinta dalle garanzie specifiche, costituite dalle cause legittime di prelazione, quali sono il privilegio, il pegno e l'ipoteca, che fanno del titolare del credito un creditore privilegiato, con diritto a soddisfarsi con preferenza sul ricavato della vendita forzata del bene oggetto della garanzia sino all'ammontare del proprio credito.

Mentre il carattere patrimoniale della responsabilità costituisce inderogabile principio di civiltà giuridica, il concetto di universalità della responsabilità patrimoniale richiede qualche ulteriore specificazione.

---

<sup>6</sup> In particolare l'esecuzione forzata in forma specifica di un obbligo di dare si realizza, ai sensi dell'art. 2930 c.c., mediante consegna, se si tratta di beni mobili, o mediante rilascio, se si tratta di immobili. Se ricorre un obbligo di fare fungibile, invece, l'art. 2931 c.c. consente al creditore di ottenere che questo sia adempiuto da un terzo a spese del debitore ovvero che il debitore stesso sia condannato al *facere* sì da poter conseguire il risarcimento in caso di inadempimento. Parimenti quando l'obbligazione ha ad oggetto un *non facere* il creditore potrà agire, a norma dell'art. 2933 c.c., perché sia distrutto, a spese dell'obbligato, ciò che è stato fatto in violazione dell'obbligo ovvero per conseguire il risarcimento del danno, quando la demolizione sia pregiudizievole per l'economia nazionale. Infine l'art. 2932 c.c., laddove sussista un obbligo a contrarre rimasto inadempito, legittima il creditore insoddisfatto ad agire in giudizio per ottenere una sentenza costitutiva che tenga luogo del consenso non prestato.

La procedura esecutiva, invece, si svolge mediante espropriazione ogni qualvolta non sia possibile mantenere questa identità fra bene dovuto, aggredito e conseguito. Essa si articola in tre fasi successive: il pignoramento, la vendita forzata, la distribuzione del ricavato ai creditori nel rispetto delle cause legittime di prelazione.

<sup>7</sup> Premesso che perché un bene possa essere considerato parte del patrimonio del debitore è sufficiente che egli ne sia giuridicamente titolare, indipendentemente dalla qualità del titolo, sino a ricomprendervi i beni provenienti da reato (sul punto V. ROPPO, *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, 1988, p. 1041 ss.), giova precisare cosa debba intendersi per “beni futuri”. Secondo l'opinione prevalente in dottrina sono tali tutti i beni pervenuti nel patrimonio del debitore in seguito all'assunzione dell'obbligazione e prima dell'avvio della procedura esecutiva, sui quali, evidentemente, il creditore non poteva fare affidamento al momento della nascita del vincolo obbligatorio (cfr. R. NICOLO', *Tutela dei diritti*, cit., p. 10). Secondo una diversa impostazione per beni futuri dovrebbero intendersi anche quelli pervenuti al debitore nel corso della procedura esecutiva (cfr. F. S. GENTILE, *Il nuovo codice civile commentato*, sub art. 2740, VI, Napoli, 1958, p. 195). Appare preferibile, tuttavia, il primo orientamento ove si tengono meglio distinti i piani della responsabilità patrimoniale, cui l'art. 2740 c.c. si riferisce, e dell'azione esecutiva.

Prima ancora di porre mente al secondo comma dell'art. 2740 c.c., occorre osservare come la dottrina abbia fatto rilevare che detta universalità della responsabilità patrimoniale deve comunque confrontarsi con un parametro implicito di proporzionalità, che limita l'insistenza del creditore sul patrimonio del debitore alla misura della propria posizione creditoria, diversamente realizzandosi un'ingiustificata compressione dell'autonomia patrimoniale del debitore, che rischierebbe di riverberarsi sul mercato in modo non meno pregiudizievole di un'inadeguata tutela del credito<sup>8</sup>.

È già piuttosto evidente, quindi, come alcuni tradizionali principi del diritto civile interno, tra i quali anche l'universalità della garanzia patrimoniale generica del creditore, confermata dalla fissazione di un criterio di tassatività e tipicità delle deroghe, possano essere ridimensionati più che ripensati alla luce della funzione che gli è propria e che va coordinata quanto più armonicamente possibile con quella degli istituti limitrofi. Cosicché alla luce del principio di proporzionalità della misura della pretesa creditoria è possibile precisare che la garanzia patrimoniale del creditore ex art. 2740 c.c. è universale nel più pregnante significato di generica, ovverossia idonea ad afferire a tutti beni giuridicamente aggredibili del patrimonio del debitore, ma non generale, nel senso di gravante effettivamente e concretamente su tutti i predetti beni.

Quanto detto consente di approcciare in maniera più critica al secondo comma dell'art. 2740 c.c., ove si prevede, con formulazione enfatica, che <<le limitazioni della responsabilità patrimoniale non sono ammesse se non nei casi espressamente previsti dalla legge>>.

Si tratta di norma innovativa, non prevista nel previgente codice civile del 1865, e mossa da una indiscussa *ratio* di tutela del credito, volta ad evitare che attraverso l'autonomia negoziale le parti possano, preventivamente o successivamente, vanificare il principale, perché generale, meccanismo di funzionamento del rapporto obbligatorio. In tal senso si legge nella Relazione

---

<sup>8</sup> Cfr. V. ROPPO, voce *Responsabilità patrimoniale*, cit., p. 1041, ove l'Autore rimanda a titolo esemplificativo all'art. 496 c.p.c., che consente all'autorità giudiziaria, su istanza del debitore ovvero anche d'ufficio, di disporre la riduzione del pignoramento, <<quando il valore dei beni pignorati è superiore all'importo delle spese e dei crediti>> di cui all'art. 495 c.p.c.; ovvero anche, e in una fase antecedente all'avvio della procedura esecutiva, agli artt. 2782 ss. c.c., che disciplinano la riduzione delle ipoteche.

del Guardasigilli che l'obiettivo predetto è da perseguirsi nell'interesse dell'economia tutta ed a salvaguardia della stessa giuridicità del rapporto obbligatorio<sup>9</sup>.

Ne consegue, allora, che nel nostro ordinamento vige il principio di tipicità e di tassatività delle limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore.

Il discorso investe il complesso ed articolatissimo tema della separazione e della destinazione patrimoniale, che i limiti della presente trattazione non consentono di affrontare in questa sede<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Relazione del Guardasigilli al codice civile, n. 1124.

<sup>10</sup> In sostanza la questione concerne la possibilità di ciascun soggetto giuridico di disarticolare l'unitarietà del proprio patrimonio, o attraverso un negozio di destinazione, che a stretto rigore genera l'isolamento di un complesso di beni all'interno di uno stesso patrimonio, destinato appunto al conseguimento di un particolare interesse, ovvero mediante la costituzione di un autonomo patrimonio separato. Esempio tipico e risalente di separazione patrimoniale è il fondo patrimoniale, quale convenzione matrimoniale singolare disciplinata dagli artt. 167 ss. c.c., con il quale i coniugi o un terzo, in tale ultimo caso oltre che *inter vivos* anche *mortis causa*, possono destinare una parte dei propri beni, mobili, immobili, mobili iscritti in pubblici registri, titoli di credito, *ad sustinenda onera matrimonii*, con la conseguenza che essi non potranno essere sottoposti ad esecuzione per i debiti che il creditore sapeva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia. Successivamente con la riforma del diritto societario recata dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 si è introdotta agli artt. 2447 *bis* ss. c.c. la disciplina dei patrimoni destinati ad uno specifico affare o più precisamente dei patrimoni destinati (art. 2447 *bis* co. 1 let. a c.c.) e dei finanziamenti dedicati (art. 2447 *bis* co. 1 let. b c.c.) con cui il legislatore ha consentito alle società di capitali di destinare determinati beni o una parte del capitale alla soddisfazione esclusiva di un affare specifico ovvero di stipulare un contratto di finanziamento dedicato ad un determinato affare e rimborsabile con i proventi dello stesso, quale primo esempio di *project financing*, fattispecie poi frequentemente usata nella contrattazione pubblica. La medesima riforma del diritto societario del 2003, d'altra parte, allineava la disciplina delle s.p.a. a quella delle s.r.l. introducendo la s.p.a. unipersonale, attraverso la quale, come già con la s.r.l. sin dal d.lgs. 3 marzo 1993, n. 88, si soffiava sul fuoco del dibattito inerente la questione se attraverso la personalità giuridica si realizzasse una compressione della responsabilità patrimoniale o se fosse più corretto privilegiare l'aspetto della distinzione soggettiva e quindi patrimoniale. Da ultimo, infine, il d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, convertito in l. 23 febbraio 2006, n. 51, ha introdotto l'art. 2645 *ter* c.c., concernente la <<trascrizione di atti destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni o ad altri enti o persone fisiche>>, con ciò facendo fortemente discutere della volontà del legislatore di tipizzare l'istituto anglosassone del *trust* ovvero di disciplinare solamente un'altra fattispecie di destinazione e non anche di separazione patrimoniale, con costituzione della titolarità fiduciaria di un determinato complesso di beni in capo ad un soggetto differente. Come è noto, infatti, con la legge 16 ottobre 1988, n. 364 si era provveduto a rendere esecutiva in Italia la Convenzione dell'Aja che disciplina il *trust* internazionale, senza nulla disporre in ordine all'ammissibilità del *trust* interno, tra contraenti italiani ed avente ad oggetto beni collocati nel territorio dello Stato. Orbene con l'istituto del *trust* un soggetto (*settlor*) con atto *inter vivos* o *mortis causa* attribuisce un determinato complesso di beni ad un fiduciario (*trustee*) perché li amministri nell'interesse di un terzo beneficiario (*beneficiary*) (art. 2 Con. Aja), con ciò ponendo nell'ordinamento interno gli stessi problemi di compatibilità *in primis* con il principio di tassatività dei diritti reali che aveva posto la proprietà fiduciaria, quale subspecie della proprietà temporanea. Sul tema della separazione patrimoniale, di cui ci si è limitati a trasporre soltanto alcuni degli esempi più noti, sia consentito il rimando esclusivamente a C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 945; L. BIGLIAZZI GERI, *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 284; M. LUPOI, *Introduzione ai trusts*, Milano, 1994; E. BECCHETTI, *Riforma del diritto societario. Patrimoni separati, dedicati e vincolati*, in *Riv. not.*, 2003, I, p. 49; L. NIVARRA, *Il Trust e l'ordinamento italiano*, in F. ALCARO – R. TOMMASINI,

Interessa piuttosto osservare che, sebbene sia sempre possibile individuare nel sistema una norma alla quale sia riconducibile ciascuna fattispecie di separazione patrimoniale, d'altra parte deve anche riconoscersi che dette fattispecie ricorrano con una frequenza se non notevole, comunque sensibile<sup>11</sup>. Di modo che c'è quanto meno da interrogarsi sulla consistenza di un principio, quale è quello della stretta legalità delle ipotesi di limitazione della responsabilità patrimoniale, che incontra quasi più spesso deroghe che conferme. E se invece non sia più probabile che le stratificazioni normative successive all'emanazione del codice, influenzate dalla prassi, abbiano tradito la rinnovata intenzione del legislatore di non accordare più alla tutela del credito spazi sovrabbondanti, che potrebbero essere ottimizzati dalla parte dell'autonomia negoziale con una sperata produzione di ricchezza che ritorni virtuosamente e per altra via proprio a tutelare il credito.

Se così fosse non importerebbe più tanto la fonte, legale o negoziale, della limitazione patrimoniale quanto piuttosto l'individuazione della funzione del principio, la selezione degli interessi concorrenti – molto spesso afferenti all'autonomia negoziale ed alla posizione dei terzi controinteressati - e la concreta verifica che il conseguimento dell'una e la tutela degli altri siano stati rispettati.

### ***1.1 Par condicio creditorum e cause legittime di prelazione.***

La responsabilità patrimoniale è retta da un secondo tradizionale principio, quale è quello della *par condicio creditorum*. Esso si trova enunciato dall'art. 2741 c.c. La norma nella sua prima parte dispone che tutti i creditori hanno eguale diritto a soddisfarsi sui beni del debitore, con formulazione accolta con entusiasmo dalla prevalente dottrina nella misura in cui essa ha

---

*Mandato, fiducia, trust. Esperienze a confronto*, Milano, 2003, p. 19 ss.; F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645 ter*, in *Giur. civ.*, 2006, II, p. 165; M. LUPOLI, *Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645 ter cod. civ. quale frammento di un trust*, in *Riv. not.*, 2006, p. 467; G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, p. 162; M. BIANCA, *Atto negoziale di destinazione e separazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, p. 220.

<sup>11</sup> Cfr. sul punto V. ROPPO, voce *Responsabilità patrimoniale*, *cit.*, p. 1041, ove l'Autore distingue tre classi di forme di limitazione della garanzia patrimoniale del debitore. Ed in particolare: limitazioni per la qualità dei beni, per le quali si indica esemplificativamente l'enumerazione di cui agli artt. 514 ss. c.p.c.; limitazioni per la qualità dei debiti, per cui si veda la posizione dell'erede accettante con beneficio di inventario ai sensi dell'art. 490 c.c.; limitazioni per la relazione fra beni e crediti, le quali ricorrono specialmente nelle ipotesi di separazione e di destinazione patrimoniale cui si è fatto cenno nella nota che precede.

posto definitivamente fuori discussione l'ipotizzabilità, risalente al dettato del vecchio art. 1949 del codice civile abrogato, di un pegno generico sull'intero patrimonio del debitore.

L'effettiva generalità di questo principio, come già accaduto per l'enunciata universalità della responsabilità patrimoniale, è stata messa in discussione, ormai da tempo, dalla dottrina<sup>12</sup>. Ed infatti anche al pari diritto dei creditori di soddisfarsi sul patrimonio dello stesso debitore, il legislatore pare aver posto più deroghe che conferme.

Senza dover correre immediatamente alle cause legittime di prelazione, o anche ad altre ragioni di prelazione disseminate nel codice civile, si è fatto notare come sia la stessa regola della procedura individuale, a fronte dell'eccezionalità di quella concorsuale, a limitare notevolmente la concreta estrinsecazione del principio.

In effetti la procedura individuale rimette alla buona condotta del debitore e dei suoi creditori il rispetto del diritto che ciascun creditore avrebbe a soddisfare la propria pretesa in eguale misura rispetto agli altri sul patrimonio dello stesso debitore.

Da parte sua il debitore può scegliere liberamente ed impunemente, una volta che siano divenuti esigibili, quali debiti adempiere e quali no, quali adempiere prima e quali dopo ed in tal modo anche quali adempiere per intero e quali lasciare eventualmente soddisfatti solo in parte.

D'altro canto ciascun creditore è legittimato ad attivare la procedura esecutiva per la soddisfazione del proprio credito senza essere affatto tenuto a rispettare le pari esigenze di soddisfazione degli altri creditori, essendo stata rimessa la valutazione di questo profilo all'autorità giudiziaria, che sia stata sollecitata dall'attivazione del creditore o dei creditori interessati attraverso l'esercizio del potere di intervento.

Al contrario nelle procedure concorsuali e fra queste esemplificativamente nel fallimento, come è noto, vengono paralizzate così l'iniziativa individuale del debitore come quella dei creditori. Gli artt. 44 e 51 r.d. 16 marzo 1942 n. 267 – d'ora in avanti l. fall. – prevedono, infatti, rispettivamente, che i pagamenti eseguiti dal debitore dopo la dichiarazione di

---

<sup>12</sup> V. ROPPO, <<Par condicio creditorum>>, sulla posizione e sul ruolo del principio di cui all'art. 2741 cod. civ.>>, in *Riv. dir. com.*, 1981, p. 306, ove l'Autore: <<In realtà al pari di quanto può constatarsi con riguardo al carattere illimitato della responsabilità patrimoniale del debitore, anche qui (qui, anzi, in modo ancora più intenso) il principio affermato si rivela assai meno "generale" di quanto la sua enunciazione farebbe supporre>>.

fallimento sono inefficaci rispetto ai creditori e che, parimenti, dal giorno della dichiarazione di fallimento nessuna azione esecutiva individuale può essere iniziata o proseguita sui beni ricompresi nella procedura.

In tal modo lungi dal consentire che tutti i creditori possano effettivamente soddisfarsi in modo eguale sul patrimonio del comune debitore, il principio della *par condicio creditorum* si riduce, in un certo senso, a specificazione dell'irrelevanza della priorità del credito, quanto a genesi e/o a scadenza, rispetto alla misura del diritto a soddisfare lo stesso nel rapporto con gli altri creditori<sup>13</sup>.

Premesso, quindi, che è la stessa opzione della procedura individuale a ridimensionare la valenza come principio della *par condicio creditorum*, occorre soffermarsi sulla circostanza che nella seconda parte del primo comma dell'art. 2741 c.c. è posta immediatamente un'eccezione esplicita alla presunta regola. Il diritto di ciascun creditore di soddisfare il suo credito in pari misura sul patrimonio del comune debitore incontra un limite nelle cause legittime di prelazione, ovvero, come precisato al comma secondo, nel privilegio, nel pegno o nell'ipoteca<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Opinione parzialmente discorde è espressa da L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale, Disposizioni generali (artt. 2740 – 2744)*, sub art. 2740, in P. SCHLESINGER, *Commentario al cod. civ.*, diretto da D. BUSNELLI, Milano, 1991, p. 123 ss. L'Autore rinviene la concorsualità anche nelle procedure collettive come la cessione dei beni ai creditori nonché in quelle individuali attraverso l'istituto dell'intervento dei creditori, così intendendo la regola della *par condicio creditorum* in termini di pari diritto alla partecipazione della distribuzione del ricavato della vendita forzata.

<sup>14</sup> I privilegi (artt. 2745 ss. c.c.), integrano una causa legittima di prelazione di fonte sempre legale, stabiliti dalla legge, appunto, in ragione della natura del credito. Invero vi sono anche dei privilegi convenzionali, ma in tal caso la volontà delle parti è mera *condicio iuris* di efficacia del privilegio, che trova la sua fonte pur sempre nella legge. I privilegi sono generali su tutti i beni mobili del debitore, ovvero speciali, su determinati beni, mobili o immobili dello stesso. Il rispettivo ordine è stabilito dalla legge, agli artt. 2777 ss. c.c.

Il pegno (artt. 2784 ss. c.c.), è una causa legittima di prelazione di fonte convenzionale. Esso è costituito, infatti, attraverso un contratto generalmente reale e ad effetti obbligatori. Non è escluso, però, che il contratto costitutivo di pegno sia consensuale ovvero comunque ad effetti reali e si parlerà, in tal caso, di pegno irregolare. Insieme con l'ipoteca, esso, oltre ad essere un causa legittima di prelazione, fa parte della categoria dei diritti reali di garanzia e, come è noto, dalla realtà della garanzia ne discende l'ambulatorietà, ovvero il diritto di sequela. Unitamente a questo, poi, altri tratti distintivi delle garanzie reali sono l'accessorietà e la specificità, esse fatte tuttavia spesso oggetto di deroghe da parte della prassi bancaria attraverso le figure del *pegno omnibus* e del pegno rotativo. Mentre il pegno ha ad oggetto beni mobili, universalità di mobili, crediti ed altri diritti aventi ad oggetto beni mobili, l'ipoteca (artt. 2808 ss. c.c.) può essere costituita su beni immobili e loro pertinenze, su diritti aventi ad oggetto beni immobili e su taluni beni mobili registrati quali navi, aeromobili ed autoveicoli. Essa può avere fonte legale, giudiziale o convenzionale ma si costituisce sempre con l'iscrizione negli appositi registri immobiliari o dei mobili registrati secondo le formalità previste dalla legge.

Esse, come è noto, rendono il creditore che ne sia munito privilegiato e lo differenziano da tutti gli altri creditori per così dire semplici o meglio chirografari. In particolare il creditore privilegiato ha diritto a soddisfarsi con preferenza rispetto a tutti gli altri creditori chirografari ed a quelli privilegiati, che secondo la legge gli sono postergati, sul ricavato dalla vendita forzata dei beni, mobili o immobili, che costituiscono l'oggetto del privilegio ovvero del diritto reale di garanzia.

I privilegi sono cause legittime di prelazione di fonte sempre legale e collegate alla natura del credito; al contrario il pegno e l'ipoteca integrano al contempo la categoria dei diritti reali di garanzia. Cosicché in queste ultime due ipotesi, diversamente da quanto accade per il credito assistito dal privilegio, al rapporto obbligatorio è collegato un diverso negozio costitutivo di una garanzia reale. Esse sono connotate da ciò, che ampliano la garanzia patrimoniale generica del creditore attribuendogli uno specifico bene o un insieme di beni su cui soddisfarsi con priorità rispetto agli altri creditori.

Orbene, proprio come già visto *supra* per il principio di universalità della responsabilità patrimoniale, sebbene con il costante supporto del fondamento normativo, accanto alle ipotesi generali di cause legittime di prelazione ne figurano molte altre, speciali, disseminate qua e là all'interno del codice civile.

Il riferimento è ai creditori della comunione coniugale, ai creditori del *de cuius* ed ai legatari nel caso di eredità beneficiata, ai creditori ed ai legatari separatisti ove ricorra la separazione dei beni del defunto, al creditore che abbia agito vittoriosamente in revocatoria, ai creditori chirografari del simulato alienante<sup>15</sup>.

Sembra, ora, che tutte queste ipotesi siano accomunate da un dato, e cioè che esse abbiano riguardo sempre ad una classe di creditori, cosicché la regola della *par condicio* soccombe

---

<sup>15</sup> Ed infatti l'art. 189 co. 2 c.c. dispone che i creditori della comunione sono preferiti nell'esecuzione sui beni della comunione ai creditori chirografari di ciascun coniuge; parimenti a norma dell'art. 490 n. 3 c.c., i creditori del *de cuius* e i legatari sono preferiti ai creditori dell'erede nell'esecuzione sui beni dell'asse; gli artt. 512 ss. c.c. poi, nel caso di separazione dei beni del defunto, stabiliscono che creditori e legatari separatisti sono preferiti all'erede ed ai creditori e legatari non separatisti, con la precisazione che i creditori separatisti sono anche preferiti ai legatari non separatisti.

Allo stesso modo, sebbene in tal caso non ricorra un unico debitore, i creditori del simulato alienante sono preferiti ai creditori chirografari del simulato acquirente purché il loro credito sia anteriore alla simulazione (art. 1416 co. 2 c.c.). Infine il terzo contraente, che vanti una pretesa nei confronti del disponente contro il quale si è agito vittoriosamente in revocatoria, non potrà trovare soddisfazione sui beni oggetto dell'atto dichiarato inefficace se non dopo il creditore che abbia esercitato l'azione conservativa (art. 2902 co. 2 c.c.)

innanzi ad un interesse avente carattere non particolare ma di categoria, giudicato suvalente o, se si ritiene, maggiormente meritevole di tutela.

È questa, dunque, una prospettiva funzionale che pare opportuno abbracciare, per misurare, all'occorrenza, l'elasticità del principio e, dunque, gli effettivi spazi consentiti alle eccezioni, lontano da un approccio formalistico che intenda fermarsi alla selezione della loro fonte.

## **2. Natura giuridica dei diritti di pegno e di ipoteca.**

Giova osservare che la distinzione terminologica e quindi istituzionale fra il pegno e l'ipoteca costituisce un'acquisizione delle codificazioni moderne<sup>16</sup>.

Ed infatti il termine *hypotheca* compare nel diritto romano in epoca piuttosto tarda, al punto che se ne è sostenuta l'interpolazione giustiniana in tutti i testi classici<sup>17</sup>. Non vi è dubbio che i primi due istituti predisposti a tutela del credito fossero stati la *fiducia cum creditore* ed il *pignus datum*, quest'ultimo comportante lo spossessamento del debitore da parte del creditore, sì da garantire l'inalienabilità del bene oggetto della garanzia e la prelazione del creditore rispetto agli altri eventuali creditori concorrenti, nonché applicabile indipendentemente dalla natura mobiliare o immobiliare del bene costituito in garanzia<sup>18</sup>.

Successivamente alla *datio pignoris*, istituto particolarmente ostativo rispetto alla circolazione della ricchezza, si andò sostituendo la più favorevole *conventio pignoris*, che in seguito verrà definita con il termine greco *hypotheca*. Con essa il creditore non conseguiva immediatamente il possesso del bene oggetto della garanzia ma acquisisce il diritto ad ottenerlo in via

---

<sup>16</sup> C. CICERO, *Delle ipoteche (artt. 2808 – 2871)*, sub art. 2808, in *Comm. cod. civ.*, diretto da P. CENDON, Milano, 2009, p. 677: <<Nel diritto romano classico l'espressione pegno aveva un significato ampio che comprendeva tanto il pegno propriamente detto, quanto l'ipoteca [...]. Oggetto del *pignus conventum* poteva essere qualunque bene, sia mobile che immobile, e anche diritti di credito e di usufrutto>>.

<sup>17</sup> Sul punto cfr. G. PALMIERI, voce *Ipoteca (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. It.*, IX, Torino, 1963, p. 48 ss.

<sup>18</sup> Cfr. P. BOERO, *Le ipoteche*, Torino, 1999, p. 5 ss. In particolare con riferimento alla *fiducia cum creditore*: << [...] questa consisteva in sostanza in un patto fiduciario, annesso ad una normale vendita della cosa dal debitore al creditore (eseguita nella consueta forma della *mancipatio*), e mediante il quale il debitore si impegnava al ritrasferimento della cosa al debitore, mediante altra *mancipatio* in senso inverso, quando questi fosse disposto a restituire il prezzo della prima vendita (prezzo che, dal punto di vista economico, costituiva in pratica la somma data a mutuo ed oggetto del debito)>>. Si veda anche G. GORLA, *Del pegno e dell'ipoteca (artt. 2784 -2899)*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. SCIALOJA – G. BRANCA, Bologna – Roma, 1968, p. 141 ss. Con riferimento all'istituto della fiducia vd. *infra* § 3.1.

eventuale e successiva all'inadempimento al fine di compulsare il comportamento del debitore. Al *pignus conventum* si accompagnava spesso, poi, un'ulteriore convenzione, *sub specie* di pattuizione commissoria o anche di patto che attribuisse al creditore insoddisfatto lo *jus distrahendi pignoris*, con diritto alla soddisfazione privilegiata sul ricavato.

È probabile tuttavia che in origine la *conventio pignoris* fosse associata ad un vincolo di inalienabilità, per il debitore, del bene costituito in garanzia.

Il passo successivo verso un equilibrio più elastico fra tutela del credito ed interesse del debitore e dei terzi alla circolazione della ricchezza, consistette nel consentire al debitore di alienare il bene costituito in garanzia a terzi, proteggendo l'interesse del creditore, nei confronti del terzo acquirente, attraverso la titolarità del diritto di seguito e dunque il diritto a perseguire il bene anche presso gli aventi causa dal debitore e, rispetto agli altri creditori, mediante il riconoscimento del diritto di prelazione, fondato in un primo momento sul criterio della priorità temporale.

Non è chiaro quando con precisione si sia trascorsi, nella tutela del credito, dal materiale spossessamento al vincolo di alienazione sino poi al diritto di seguito e alla prelazione e non può nemmeno escludersi che quest'ultimo passaggio si sia perfezionato già in seno al diritto romano.

Deve ritenersi, inoltre, che solamente dal codice napoleonico in poi sia acquisito il principio in forza del quale il terzo acquirente di un bene costituito in garanzia ne diventa il proprietario e che la garanzia contro il pregiudizio derivante dall'alienazione si sostanzia nel diritto del creditore di indirizzare l'azione espropriativa verso il terzo proprietario<sup>19</sup>.

Non vi è dubbio tuttavia che diritto di seguito e diritto di prelazione abbiano costituito il momento in cui la relazione fra tutela del credito ed interesse alla circolazione della ricchezza ha raggiunto la sua massima distensione ed evoluzione.

I brevi cenni storici che precedono giovano a dar conto più consapevolmente della questione della natura giuridica del pegno e dell'ipoteca, che ha investito la dottrina sin dai primi anni successivi all'emanazione del nuovo codice, in verità con prevalente riferimento all'ipoteca ma con conclusioni estese piuttosto pacificamente anche al pegno.

---

<sup>19</sup> Così G. GORLA, *Del pegno e dell'ipoteca (artt. 2784 -2899)*, cit., p. 145.

Il tema assume rilevanza ai fini della presente trattazione in quanto, insieme con il principio della *par condicio creditorum*, esso costituisce l'altro e probabilmente il maggiore dei vincoli posti all'espansione del sistema delle garanzie aventi ad oggetto beni o diritti sugli stessi.

Il riferimento è alla tesi, tutt'ora prevalente, che annovera il pegno e l'ipoteca fra le fattispecie costitutive della categoria dei diritti reali di garanzia e gli attribuisce, dunque, la natura giuridica di diritti reali, connotati dalla strumentalità alla causa di garanzia di un rapporto obbligatorio<sup>20</sup>.

A questo orientamento se ne è opposto principalmente un secondo, cosiddetto processualista, autorevolmente sostenuto, in forza del quale pegno ed ipoteca non avrebbero alcuna natura giuridica sostanziale ma attribuirebbero al creditore esclusivamente un potere processuale e segnatamente il potere di espropriazione del bene costituito in garanzia con contestuale diritto alla soddisfazione preferenziale del proprio credito nei confronti degli altri creditori chirografari e di quelli privilegiati in posizione deteriore<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Cfr. *ex multis* E. BIANCHI, *Ipotecche*, I, Torino – Napoli, 1924, p. 8; S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, p. 379 ss.; L. COVIELLO, *Delle ipoteche nel diritto civile italiano*, Roma, 1936, p. 17 ss.; M. DOSSETTI, *Natura giuridica del diritto di pegno*, in *Temi emil.*, 1941, II, p. 29; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, p. 89 ss.; M. FRAGALI, voce *Ipoteca (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, 1972, XXII, p. 740 ss.; A. RAVAZZONI, voce *Ipoteca*, in *Enc. giur. Treccani*, 1989, XIX, p. 1 – 12.

<sup>21</sup> Si veda specialmente F. CARNELUTTI, *Processo di esecuzione*, I, Padova, 1929, p. 191 ss.; ID., *La natura giuridica dell'ipoteca*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, p. 3; ID., *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, I, Roma, 1951, p. 212 ss. In particolare l'Autore sostiene che il potere che il pegno e l'ipoteca attribuiscono al creditore è meramente processuale, in quanto esso non si esplica nei confronti del debitore, quanto piuttosto <<dell'organo esecutivo tenuto verso il creditore a compiere determinati atti, in cui l'esecuzione consiste>>. Pertanto <<d'altro non si tratta se non d'azione esecutiva con questo particolare che è un'azione esecutiva diversa dall'azione ordinaria; poiché offre al creditore maggiori vantaggi di questa, può chiamarsi in confronto con l'azione ordinaria, azione privilegiata>>.

Va osservato, infine, che accanto alle due principali posizioni, sostanzialista e processualista, si sono sviluppate altre teorie per così dire minori sulla natura giuridica del pegno e dell'ipoteca. Si veda sul punto l'efficace ricostruzione di F. REALMONTE, voce *Pegno*, in *Enc. giur. Treccani*, 1990, XXV, p. 1 – 13. L'Autore evidenzia come la dottrina maggioritaria attribuisca al pegno la natura giuridica di diritto reale, soffermandosi in particolare sui caratteri dell'assolutezza e dell'immediatezza. Ciononostante – si osserva – sono rinvenibili altre posizioni diversificate a seconda dell'oggetto del pegno. Cosicché il pegno di beni mobili è da taluno ricostruito come diritto al valore del bene, da altri come rapporto complesso il cui nucleo centrale è costituito dal diritto reale, quale figura intermedia fra diritti reali e diritti obbligatori, quale fenomeno esclusivamente processuale ovvero come rapporto nel quale coesistono profili sostanziali e profili processuali. Il pegno di crediti, invece, è stato inteso <<come cessione *pro solvendo* condizionata o come autonomo diritto di credito originato da una successione costitutiva o ancora come sostituzione sostanziale nell'esercizio del diritto di credito dato in pegno fondato su un rapporto obbligatorio interno tra concedente e creditore pignoratizio>>. Il riferimento è rispettivamente a F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., p. 89; G.P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, Torino, 1917, p. 111 ss.; A. MONTEL, *Sulla natura giuridica del pegno e dell'ipoteca*, in *Foro it.*, 1937, IV, p. 235; F. CARNELUTTI, *Natura giuridica dell'ipoteca*, cit., p. 3 ss.; D.

Se è vero che, come sottolineato da autorevole dottrina, la questione in esame ha scarsa rilevanza pratica<sup>22</sup>, non può parimenti sottacersi che nella limitata prospettiva di una riconsiderazione della categoria delle garanzie diverse da quelle personali ciò non è, in quanto la realtà del diritto di pegno e di quello di ipoteca traducono con sé il principio del *numerus clausus* dei diritti reali<sup>23</sup>, che costituisce storicamente un pervicace ostacolo all'espansione dell'autonomia privata su questo terreno giuridico.

Alla soluzione non fornisce aiuto, per la verità, la formulazione codicistica. Laddove infatti l'art. 2114 del *Code civil* dispone che l'ipoteca è un *droit réel*, così l'art. 2784 c.c. come l'art. 2808 c.c. si soffermano sulla funzione rispettivamente del pegno e dell'ipoteca, senza però fornirne una definizione.<sup>24</sup>

Tale dato, invero, potrebbe costituire un argomento a favore della tesi che attribuisce rilievo specialmente ai poteri processuali che pegno ed ipoteca conferiscono al creditore privilegiato.

Ciononostante va osservato che le norme che si occupano di disciplinare i due istituti in parola danno contezza della riferibilità al pegno come all'ipoteca di poteri di natura sostanziale. Così il creditore pignoratizio ha diritto di farsi pagare con precedenza sulla cosa ricevuta in pegno ex art. 2787 c.c., parimenti l'art. 2808 c.c. stabilisce che il titolare di un credito ipotecario ha diritto di espropriare il bene costituito in garanzia anche contro il terzo acquirente e, rispetto agli altri creditori, vanta un titolo preferenziale alla soddisfazione della propria pretesa.

---

RUBINO, *Il pegno*, in *Tratt. Vassalli*, XIV, 1, Torino, 1956, p. 187 ss.; P. COSENTINO, *Brevi considerazioni sulla natura giuridica dell'ipoteca*, in *Temì nap.*, 1964, III, p. 157 ss.; S. CICCARELLO, voce *Pegno (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 689.

<sup>22</sup> Sul punto cfr. G. GORLA, *Del pegno e dell'ipoteca (artt. 2784 -2899)*, cit., p. 152: <<Se questa condizione giuridica del bene ipotecato e il relativo diritto del creditore si possano definire come diritto reale, se cioè l'ipoteca si possa classificare nella categoria o nel concetto di diritti reali, è questione di astratta logica o di pura scienza concettualistica che davvero non ha alcuna importanza per l'interpretazione o comprensione storica della legge e per il suo sviluppo. Invero, se quella definizione di ipoteca come diritto reale vuole essere mera espressione o forma espressiva del principio che il bene ipotecato può passare in proprietà di terzi ed essere ciononostante perseguibile dal creditore, la definizione può andare, appunto come approssimativa espressione di una norma. Ma se da quella definizione si vogliono trarre, mediante sviluppo del concetto o di un dato concetto di diritto reale, delle conseguenze normative, la cosa cambia [...]. In particolare, se dalla classificazione dell'ipoteca in una data classe o concetto di diritto reale si volesse dedurre che in quelle norme, nelle quali il legislatore parla, a particolari effetti, di diritti reali, deve comprendersi anche l'ipoteca, la deduzione potrebbe essere erronea>>.

<sup>23</sup> Con riguardo al principio del numero chiuso dei diritti reali si veda *infra* § 3.1.

<sup>24</sup> Ciò costituisce un'innovazione rispetto al codice previgente del 1865, che all'art. 1964 definiva l'ipoteca come diritto reale.

Inoltre – si è fatto osservare – all’ipoteca sono connessi anche poteri di natura sostanziale del tutto svincolati dall’azione esecutiva e desumibili dagli artt. 1186, 2742, 2743, 2813, 2864 co. 1 c.c.<sup>25</sup>

Orbene diritto di seguito e prelazione costituiscono una forma di manifestazione dell’assolutezza quale connotato peculiare dei diritti reali rispetto a quelli obbligatori, nel precipuo significato di pretesa giuridicamente tutelata a che ciascun consociato si astenga dal turbare il godimento, anche meramente passivo, del diritto da parte del suo titolare. Ciò che invece in qualche modo manca, si è detto, al pegno e all’ipoteca è il connotato dell’immediatezza ovvero la facoltà riconosciuta al titolare di un diritto reale di realizzare immediatamente la propria pretesa senza necessitare dell’intermediazione di chicchessia. Aspetto questo che, in effetti, è deficitario nella configurazione tradizionale e generale dei diritti in esame, dal momento che essi trovano realizzazione essenzialmente attraverso l’intervento dell’autorità giudiziaria.

A tal riguardo, tuttavia, pare piuttosto pregnante l’osservazione per cui la ricostruzione della categoria tutta dei diritti reali sulla base dei diritti reali di godimento, disciplinati in posizione per così dire di preminenza ed in numero superiore nel libro II del codice civile, costituisce il frutto di una scelta arbitraria dei commentatori – nemmeno unica nel suo genere se si pensa al caso della responsabilità da inadempimento delle obbligazioni ex art. 1218 c.c. che è diventata paradigma della responsabilità “solo” contrattuale<sup>26</sup> – e non autorizza, pertanto, a ritenere che per il sol fatto che i diritti reali di godimento siano connotati dall’immediatezza, quest’ultimo aspetto debba essere anche una costante dei diritti reali in generale<sup>27</sup>. Di fatto, quindi, la

---

<sup>25</sup> Il riferimento è a P. BOERO, *Le ipoteche*, cit., p. 20. A sostegno della propria posizione l’Autore sottolinea come al creditore ipotecario spettino anche <<azioni ipotecarie non esecutive, tra cui quella di mero accertamento>>.

<sup>26</sup> Sul punto si veda F. GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2007, p. 105 ss., ove l’Autore precisa come <<l’art. 1218, collocato nel titolo delle obbligazioni in generale, fa riferimento all’inadempimento di qualsiasi obbligazione, e non solo delle obbligazioni nascenti da contratto>>, e continua sottolineando come sia <<significativa, al riguardo, la giurisprudenza relativa agli obblighi di protezione sociale>>.

<sup>27</sup> La notazione è di D. RUBINO, *Il pegno*, in *Tratt. Vassalli*, cit., p. 12 ss., per il quale appunto l’errore sistematico da evitarsi consiste proprio nell’intenzione di modellare la categoria dei diritti reali su quella particolare dei diritti reali di godimento, mentre l’assenza di un potere immediato sulla cosa può essere proprio il tratto differenziale dei diritti reali di garanzia, unitamente ad alcune diversità strutturali del connotato dell’assolutezza.

Occorre sottolineare, per altro verso, come una parte della dottrina abbia ricostruito il requisito dell’immediatezza piuttosto in termini di collegamento necessario e caratterizzante di ciascun diritto reale con la

manca di questo aspetto non basta a dire che il pegno e l'ipoteca, con i caratteri dell'assolutezza, dell'inerenza e del diritto di seguito, non siano dei diritti reali ed anzi non diano al proprio titolare alcun diritto, ciò che, stando all'art. 100 c.p.c. – che richiede quale condizione dell'azione la titolarità di un interesse alla stessa - non dovrebbe attribuire a questi, a rigore, nemmeno alcuna legittimazione processuale ulteriore rispetto a quella discendente dalla mera qualificazione soggettiva di creditore.

Del resto, *a contrario*, il diritto di prelazione è connotazione tipica dei diritti di garanzia, non propriamente rinvenibile nei diritti reali di godimento, eppure ciò non basta a mettere in discussione la natura reale di questi ultimi. Piuttosto i diritti reali, come già i contratti – con riferimento in particolare ai contratti con comunione di scopo<sup>28</sup> – e la responsabilità da inadempimento di una obbligazione, vanno ricostruiti attraverso il più ampio riferimento a tutte le fattispecie singolari, che indipendentemente dalla posizione codicistica, dalla superiorità numerica o dalla frequenza pratica, si rinvengono nel codice civile vigente ed anche nella legislazione speciale.

In conclusione, sebbene la ricostruzione processuale degli istituti di garanzia ponga molti minori problemi alla definizione dei termini della relazione fra questi e l'autonomia privata, non pare possibile disconoscere la natura sostanziale della posizione giuridica soggettiva che si ricollega allo *status* di creditore privilegiato. Allo stesso tempo, però, appare del pari innegabile che pegno ed ipoteca siano posizioni soggettive attive nella relazione di più immediata contiguità con il processo esecutivo e pertanto si trovino, se non proprio a metà strada, quanto meno al confine dove il diritto sostanziale cede il passo al diritto processuale.

---

cosa che ne costituisce l'oggetto, senza che si debba parlare di un potere immediato sulla stessa, da esercitarsi indipendentemente dalla collaborazioni di altri. In questo senso M. COMPORTI, *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1978, p. 319.

<sup>28</sup> Il riferimento è ancora a F. GALGANO, *Il contratto, cit.*, p. 269, dove l'Autore: <<Quando ancora si afferma, secondo il minoritario orientamento sopra menzionato, che le situazioni giuridiche proprie dei fenomeni associativi non sono integralmente riconducibili allo schema del contratto, si enuncia una proposizione che è il portato di un'arbitraria delimitazione del concetto di contratto: si tiene conto, per ricostruire questo concetto, di una parte soltanto dei contratti regolati dal codice civile ed, essenzialmente, di quelli che trovano la propria disciplina nel libro quarto; e quando, avendo già ricostruito il concetto di contratto, ci si imbatte in altre figure contrattuali, la disciplina delle quali non ha riscontro nel libro quarto, allora si asserisce di essere in presenza di discipline non riconducibili al concetto di contratto. Laddove dovrebbe essere evidente che questo concetto può essere definito solo dopo, e non già prima, aver esaurito l'esame delle singole figure contrattuali [...]>>.

## ***2.1 Realtà del negozio costitutivo di pegno.***

Tra le innovazioni del codice civile vigente rispetto al precedente del 1865, di più spiccato interesse ai fini della presente trattazione, vi è certamente l'espunzione della disciplina del pegno dal libro dedicato ai contratti accompagnata dalla scelta di collocare detto istituto all'interno del libro VI, dedicato, come è noto, alla tutela dei diritti.

Tanto significa probabilmente l'apertura da parte del legislatore alla costituzione del diritto di pegno con ricorso a strumenti giuridici diversi dalla tradizionale stipulazione di un contratto; certamente la manifestazione di un accresciuto interesse per la funzione piuttosto che per la struttura del pegno<sup>29</sup>.

Ciononostante l'attuale dato normativo pare rimandare senza dubbio, con riferimento al momento costitutivo del diritto, ad un contratto atteggiato in modo tale che il suo perfezionamento dipenda dalla consegna del bene mobile dedotto in garanzia. Come è noto tale tipologia strutturale di contratto prende il nome di contratto reale e si differenzia essenzialmente dai contratti consensuali, cui rimanda la regola generale dell'art. 1376 c.c., veicolativa del concetto giuridico di consenso traslativo, che è tra i massimi tributi delle codificazioni moderne, a partire da quella napoleonica, al dogma della volontà.

Il riferimento è specialmente all'art. 2786 c.c., laddove si dispone che <<il pegno “si costituisce con la consegna” della cosa o del documento che conferisce l'esclusiva disponibilità della cosa>>. Orbene, in verità, questa stessa formulazione impone all'interprete di interrogarsi su cosa ne sia (o meglio come avvenga) della costituzione del diritto di pegno che non abbia ad oggetto cose - ovvero beni mobili - o documenti che conferiscano l'esclusiva disponibilità della cosa - ossia titoli, rappresentativi o non rappresentativi - e segnatamente universalità di mobili, diritti di credito ed altri diritti, per attenersi alla stessa disciplina codicistica. E tuttavia conviene muoversi con ordine.

---

<sup>29</sup> F. REALMONTE, *Il pegno*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da P. RESCIGNO, 1997, 19, I, p. 797, ove l'Autore evidenzia come <<il termine pegno è per sua natura ambiguo, prestandosi e venendo di fatto usato con riferimento vuoi al diritto del creditore pignoratorio vuoi al bene che di esso forma oggetto vuoi al contratto che ne costituisce normalmente la fonte. Il legislatore del 1942 ha tuttavia mostrato di attribuire preferenza alla prima di tali accezioni non solo usando il termine prevalentemente con riferimento al diritto di pegno, ma soprattutto discostandosi dal modello sistematico adottato dal codice precedente>>.

La dottrina e la giurisprudenza maggioritarie ritengono, in definitiva, che il diritto di pegno si costituisca essenzialmente attraverso un contratto reale fra il creditore ed il debitore o un terzo datore e che, per l'esattezza, esso venga acquisito alla sfera giuridica del creditore al momento della consegna del bene mobile o del titolo di credito che ne costituisce oggetto. In questi termini momento essenziale per la costituzione del diritto è da una parte lo spossessamento del debitore, dall'altra l'impossessamento del creditore o del terzo custode, tale che il debitore perda, in definitiva e temporaneamente, l'esclusiva disponibilità della cosa<sup>30</sup>.

Ora, occorre segnalare come un diverso filone abbia argomentato nel senso della possibilità di una distinzione fra i momenti costitutivi del fenomeno o anche dell'ipotizzabilità di un procedimento costitutivo, sì da poter immaginare un titolo costitutivo del diritto che presenti la struttura del contratto consensuale. In tal modo il creditore acquisirebbe il diritto alla consegna della cosa dedotta in garanzia, eseguibile coattivamente ed in forma specifica, ove necessario, ai sensi dell'art. 2932 c.c.; all'impossessamento, poi, seguirebbe, il perfezionamento del diritto di prelazione<sup>31</sup>.

È noto tuttavia come la ricostruzione alla quale si è fatto cenno abbia suscitato qualche perplessità specialmente in punto di distinzione della fattispecie ipotizzata da un semplice

---

<sup>30</sup> In dottrina S. CICCARELLO, voce *Pegno (diritto privato)*, cit., p. 601; F. REALMONTE, *Il pegno*, cit., p. 825 ss., ove si precisa: «Il contratto tuttavia non è di per sé sufficiente a determinare la nascita del diritto di pegno. E' infatti scontata la necessità, a tal fine, di un elemento ulteriore: la notifica per i crediti, l'annotazione nei registri per gli altri diritti, la consegna per le cose mobili»; e già F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., p. 104; D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Torino, 1962, p. 612; in giurisprudenza specialmente Cass., Sez. I, 27 settembre 1999, n. 10685, con nota di *ex multis* di F. GAZZONI, *Qualche dubbio sulla struttura del pegno rotativo (in attesa di spiegazioni...)*, in *Riv. notariato*, 2000, p. 1464. Di forme di consegna e di trasferimento virtuali parla più di recente Cass., Sez. I, 17 febbraio 2014, n. 3674. In massima: «Il patto che preveda la facoltà del creditore pignoratorio di provvedere autonomamente alla riscossione dei titoli concessi in pegno alla scadenza e di impiegare gli importi riscossi nell'acquisto di altrettanti titoli della stessa natura, e così di seguito a ogni successiva scadenza dei titoli provenienti dal rinnovo o dai rinnovi, con l'avvertenza che gli importi riscossi e i titoli con essi acquistati restino soggetti all'originario vincolo di pegno, è incompatibile con il pegno irregolare, in quanto la riscossione dei titoli alla scadenza (e non la vendita degli stessi in qualsiasi momento) e l'acquisto di titoli della stessa natura rendono evidente la mera surrogazione dell'oggetto di un pegno regolare e non l'attribuzione alla banca della facoltà di disporre dei titoli. Né ad escludere tale natura è idonea l'inclusione dei titoli in un certificato cumulativo, atteso che la dematerializzazione, pur superando la fisicità del titolo, non è incompatibile con il pegno regolare, consentendone forme di consegna e di trasferimento virtuali, attraverso meccanismi alternativi di scritturazione, senza la movimentazione e senza neppure la creazione del supporto cartaceo». Negli stessi termini già Cass., Sez. I, 27 ottobre 2006, n. 23268; Cass. Sez. I, 20 marzo 2003, n. 4079; Cass., Sez. I, 14 giugno 2000, n. 8107.

<sup>31</sup> P. FORCHIELLI, *I contratti reali*, Milano, 1952, p. 10 ss., ove si distingue fra titolo consensuale per il perfezionamento del contratto di pegno e modo, meramente materiale, attraverso la consegna, per la costituzione del rapporto di pegno. Negli stessi termini già G. P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, cit., p. 560; G. GORLA, *Del pegno e dell'ipoteca (artt. 2784 -2899)*, cit., p. 40 ss.

contratto preliminare di pegno<sup>32</sup>. Ciononostante essa appare indicativa di una prima tendenza ad una più attenta considerazione del momento dello spossessamento.

Ed invero anche la dottrina che osserva come la fattispecie del pegno sia ricostruita, nell'impianto codicistico, essenzialmente avendo riguardo alla struttura del contratto reale, non nega come questo discorso necessiti di essere puntualizzato – già in sede di mera analisi del dato codicistico - in relazione all'oggetto del diritto di garanzia, allorquando questo non possa materialmente formare oggetto di impossessamento.

È questo il caso del pegno di beni futuri, del pegno di crediti e di quello di universalità di mobili, di cui si darà conto nei paragrafi che seguono.

### ***2.1.1 Il pegno di beni futuri.***

L'art. 2784 c.c. nella parte in cui si occupa di fornire l'elencazione dell'oggetto del pegno non specifica se fra i beni mobili possano farsi rientrare anche i beni futuri, a differenza di quanto accade, invece, nella disciplina dell'ipoteca.

Così, traendo spunto proprio dagli artt. 2822 e 2823 c.c., pare opportuno in primo luogo distinguere fra i beni futuri ed i beni altrui. Come è noto nell'uno e nell'altro caso il bene di cui si discorre non è nella materiale disponibilità del soggetto preso in considerazione e nel nostro caso del debitore, tuttavia tanto è nel primo caso perché esso non esiste ancora *in rerum natura*, nel secondo perché, pur essendo esistente, il bene non fa parte del patrimonio del disponente.

Ora, è comune opinione che un bene futuro possa formare oggetto di un valido negozio costitutivo di pegno proprio così come la futurità del bene non è di ostacolo alla validità del titolo costitutivo di ipoteca, dal momento che, ai sensi dell'art. 2822 c.c., la venuta ad

---

<sup>32</sup> La notazione è di S. CICCARELLO, voce *Pegno (diritto privato)*, cit., p. 601: «Ma, con ciò, non si individua facilmente, specie da un punto di vista funzionale, la differenza fra un contratto con cui si conviene il pegno, e che è titolo per la costituzione (momento iniziale dell'*iter* procedimentale, e l'ipotesi, pure pressoché pacificamente riconosciuta, del preliminare con cui le parti si obbligano a stipulare un successivo contratto reale di pegno».

esistenza del bene inciderà soltanto sulla validità dell'iscrizione ed in ultima analisi sulla nascita della prelazione<sup>33</sup>.

Ciononostante la materiale impossibilità dello spossessamento impedisce il perfezionamento del contratto reale, sì che il titolo costitutivo del diritto di garanzia produrrà esclusivamente effetti obbligatori mentre gli effetti reali saranno differiti alla venuta ad esistenza del bene ed all'adempimento, appunto, dell'obbligazione di consegna dello stesso al creditore o ad un terzo custode. Tutto ciò con l'eccezione del pegno di crediti futuri, per i quali si rimanda al paragrafo che segue.

Mentre il pegno di beni futuri, quindi, ha la struttura di un contratto consensuale ad effetti obbligatori, non altrettanto pare potersi dire con riferimento al pegno di beni altrui.

In tale ultimo caso, infatti, l'applicazione analogica dell'art. 2823 c.c. è praticabile sino alla soglia della mera ammissibilità della fattispecie senza potersi, poi, diffondere a comprendere le particolari modalità costitutive della garanzia ipotecaria.

Diversamente si è fatto ricorso all'art. 1478 c.c. che, in materia di vendita di cosa altrui, stabilisce che il compratore diviene proprietario del bene, automaticamente, al momento in cui il venditore ne consegue la proprietà<sup>34</sup>.

In conclusione come nel caso della vendita il negozio non produce in via principale effetti obbligatori ma semplicemente si connota per l'idoneità a produrre effetti reali differiti, così anche per il pegno di beni altrui, a differenza di quello avente ad oggetto beni futuri, il diritto non viene ad esistenza, nella sua essenza di diritto reale, in forza dell'adempimento dell'obbligazione del debitore o di un terzo ma nasce in via automatica come conseguenza dell'acquisto della proprietà del bene da parte del datore della garanzia.

Tuttavia, a ben guardare, l'esempio del pegno di beni futuri non basta da solo a superare l'acquisizione per cui lo spossessamento sarebbe momento essenziale e non solo tradizionale

---

<sup>33</sup> G. GORLA, *Del pegno e dell'ipoteca (artt. 2784 -2899)*, cit., p. 266; S. CICCARELLO, voce *Pegno (diritto privato)*, cit., p. 688; F. REALMONTE, voce *Pegno*, in *Enc. giur. Treccani*, cit., p. 4; ID., *Il pegno*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESIGNO, cit., p. 807. In ogni caso viene unanimemente precisato che, se oggetto del pegno dovesse essere un credito od un altro diritto, l'effetto reale seguirebbe immediatamente la formazione del titolo, purché siano rispettate le formalità degli artt. 2800 ss. c.c.

<sup>34</sup> Cfr. F. REALMONTE, *Il pegno*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESIGNO, cit., p. 808 e già D. RUBINO, *Il pegno*, in *Tratt. Vassalli*, cit., p. 209.

del negozio costitutivo di pegno. Ed infatti argomentare nel senso che il contratto di pegno di beni futuri sia un valido titolo costitutivo ma abbia effetti meramente obbligatori significa sostenere che il creditore ne consegue soltanto la pretesa a che il debitore cooperi alla realizzazione del proprio diritto di garanzia attraverso la futura consegna del bene, che - essa sola - rappresenta il momento in cui il diritto reale viene effettivamente ad esistenza.

In ultima analisi nel caso in esame lo spossessamento è pur sempre necessario alla configurazione del pegno così come delineato dalla disciplina codicistica, ossia come diritto reale connotato da accessorietà e specialità ed assistito dal diritto di seguito, dal diritto di prelazione e dal diritto di ritenzione.

Occorrerà, pertanto, verificare l'ipotizzabilità di *species* pignoratorie di per se stesse ad affetti reali che prescindano, al contempo, dal requisito dello spossessamento.

### **2.1.2 Il pegno di crediti.**

Al pegno di crediti e di altri diritti il legislatore ha dedicato sette articoli dal 2800 al 2807 c.c., conscio delle differenze che, nell'unità della funzione, separano questa fattispecie dal pegno di beni mobili.

Esso va tenuto distinto anche, naturalmente, dal diritto di pegno costituito su titoli<sup>35</sup>.

Quanto ai titoli rappresentativi, infatti, il diritto di garanzia ha ad oggetto le cose cui essi si riferiscono e, a norma dell'art. 2786 c.c., si costituisce mediante la consegna del documento che conferisce l'esclusiva disponibilità della cosa. Quando si tratta, invece, di titoli non rappresentativi di merci, ossia di titoli di credito, la garanzia ha ad oggetto piuttosto il diritto incorporato che la *res corporalis*. Ciononostante ai fini della costituzione del pegno è necessario avere riguardo anche al dettato dell'art. 1997 c.c., cosicché, in ultima analisi, la garanzia reale verrà ad esistenza, per i titoli al portatore, con lo spossessamento, per i titoli

---

<sup>35</sup> Cfr. M. FOSCHINI, *In tema di pegno di titoli di credito*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1965, I, p. 161 ss.; poi F. REALMONTE, *Il pegno*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESIGNO, *cit.*, p. 810: «<E' controverso se oggetto del pegno sia da considerarsi il documento inteso come *res corporalis* ovvero il diritto in esso incorporato. L'art. 1997 c.c. sembra adottare la seconda soluzione con i titoli non rappresentativi [...], mentre per quelli rappresentativi precisa che il pegno ha ad oggetto le cose in essi specificate (arg. anche ex art. 2786 c.c.)>>».

all'ordine, con lo spossessamento qualificato dalla girata, infine, per i titoli nominativi, con l'annotazione sul titolo e nel registro dell'emittente ovvero con lo spossessamento e la girata qualificata dall'autenticazione di un notaio o di un agente di cambio.

Al contrario per espressa previsione dell'art. 2800 c.c. il pegno che abbia ad oggetto diritti di credito prescinde dallo spossessamento, in ogni caso concretamente inconcepibile. Esso rinviene il suo titolo in un contratto consensuale costitutivo – traslativo di un diritto reale di garanzia<sup>36</sup> mentre, nei rapporti esterni, con gli altri creditori, l'operatività della prelazione è subordinata oltre che, come anche per i beni mobili, alla riferibilità ad una scrittura di data certa, alla notificazione del titolo al debitore del credito costituito in garanzia ovvero all'accettazione da parte dello stesso parimenti con scrittura avente data certa.

Singolarmente, inoltre, in tal caso il creditore pignoratorio, che è tenuto alla riscossione alla scadenza del credito ricevuto in pegno, può, qualora il primo abbia ad oggetto una somma di denaro ed anche il credito garantito sia scaduto senza trovare soddisfazione, ritenere dal denaro ricevuto quanto necessario alla ristorazione della propria pretesa e restituire il supero. Allo stesso modo a tale creditore è accordata la facoltà di chiedere all'autorità giudiziaria, sempre a condizione della mancata soddisfazione della propria pretesa, che il credito costituito in garanzia gli sia assegnato in pagamento, sino a concorrenza del credito vantato.

Quando, infine, il pegno abbia ad oggetto altri diritti diversi da quello di credito, e segnatamente i diritti trattati dalla legge alla stessa stregua della proprietà su cose mobili quali i diritti di privativa industriale ed il diritto d'autore, esso si costituisce nella forma richiesta per il trasferimento del diritto ferma restando la necessaria osservanza della scrittura con data certa ai fini dell'opponibilità e dunque della prelazione<sup>37</sup>.

Orbene, in ambedue i casi surriferiti del pegno di crediti e di altri diritti, lo spossessamento non pare affatto coesistente alla costituzione del diritto di garanzia.

---

<sup>36</sup> Giova dare conto, tuttavia, di alcune differenti ricostruzioni della struttura del pegno di crediti. Per D. RUBINO, *Il pegno*, in *Tratt. Vassalli, cit.*, p. 209, si tratterebbe di una cessione di crediti condizionata; per G.P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno, cit.*, p. 83 ss. e 528 ss., di una <<successione costitutiva>>; per F. MESSINEO, *I titoli di credito*, Padova, 1928, p. 223, di una sostituzione sostanziale che consentirebbe al creditore di esercitare il diritto datogli in pegno.

<sup>37</sup> Fra gli altri S. CICCARELLO, voce *Pegno (diritto privato)*, *cit.*, p. 599; F. REALMONTE, *Il pegno*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESIGNO, *cit.*, p. 824.

Diversamente da quanto accade anche nella fattispecie del pegno su beni futuri, infatti, ove il titolo costitutivo senza spossamento produce effetti meramente obbligatori, nei casi appena esaminati il contratto consensuale ha da sé stesso effetti reali ovvero è da sé solo sufficiente a far acquisire al creditore il diritto reale di garanzia e con esso il diritto di seguito rispetto agli eventuali terzi aventi causa dal debitore o dal terzo costituente. Solo il diritto di prelazione, invece, che attiene ai rapporti esterni fra il creditore privilegiato e gli altri creditori del costituente, resta condizionato al perfezionamento di un sistema *lato sensu* pubblicitario, quale è quello che risiede nel meccanismo della notificazione o dell'accettazione del debitore del credito dedotto in garanzia<sup>38</sup>.

Sembra che sia questo un primo saggio, allora, di un differente modo di intendere lo spossamento, già all'interno della sistematica codicistica, in termini di elemento certamente tradizionale ma non per ciò solo anche coesistente (e pertanto insuperabile) della struttura del negozio di pegno.

### ***2.1.3 Il pegno di universalità di mobili.***

La fattispecie più interessante nella disamina delle figure di pegno che, pur inserendosi nel quadro della disciplina tracciata in via generale dal codice civile, nondimeno prescindono dal requisito dello spossamento, sembra essere proprio quella piuttosto inconsueta – non a caso – del pegno di universalità di mobili.

Invero il legislatore del 1942 con la previsione dell'art. 2784 co. 2 c.c. ha espressamente risolto in senso affermativo la questione in precedenza molto dibattuta se le universalità di beni mobili, tra cui in particolare l'azienda, potessero formare oggetto di pegno. Di più nulla è detto, tuttavia, quanto a costituzione e contenuto del diritto di pegno così atteggiato.

Orbene è noto come tratti qualificanti dell'universalità di mobili siano essenzialmente due: l'appartenenza ad un stesso soggetto, da una parte, e dall'altra l'unitarietà della destinazione economica.

---

<sup>38</sup> Naturalmente dal pegno di crediti va tenuta distinta la cessione del credito in garanzia e dunque il trasferimento della titolarità del credito e non del mero *ius exigendi*. Si veda sul punto a titolo esemplificativo, A. A. DOLMETTA – G. B. PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1985, I, p. 276.

Specialmente tale ultimo profilo influisce così sulla costituzione come sul contenuto del diritto di pegno<sup>39</sup>.

Quanto al primo profilo è comune opinione che non sia necessario lo spossessamento di tutti i mobili costituenti l'universalità ai fini della costituzione della garanzia, essendo al contrario sufficiente l'acquisizione di un potere di fatto sull'*universitas*.

E tuttavia è soprattutto il contenuto del diritto di pegno ad essere reso singolare dalla particolarità dell'oggetto ed infatti il creditore sarà tenuto a preservare l'unità della destinazione economica dei mobili che costituiscono l'universalità e, quel che è più, ove trattasi di destinazione che necessita, per la propria conservazione, di una qualche gestione dinamica, come avviene appunto per l'azienda, questi avrà il potere – dovere di gestirla in modo tale che non risulti compromessa, nell'interesse proprio e del debitore. In tal caso – si è fatto notare – il creditore pignoratorio assume una posizione assimilabile a quella dell'usufruttuario di azienda, con la conseguente applicabilità analogica delle regole dettate dall'art. 2561 c.c.<sup>40</sup>

Gioverà tenere a mente questa fattispecie del pegno di universalità di mobili, espressamente prevista, se non analiticamente disciplinata, dal codice civile del 1942, perché non essenzialità e segnatamente inopportunità dello spossessamento nonché attenzione alla preservazione dell'unità della destinazione – funzione sono caratteristiche che torneranno nelle singolari e contrastate figure di garanzia mobiliare previste dalla legislazione speciale contemporanea al fine di trovare un più attuale equilibrio fra tutela del credito ed interesse del debitore e dei terzi alla circolazione delle ricchezze.

---

<sup>39</sup> Sul punto si veda in particolare F. REALMONTE, *Il pegno*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESIGNO, cit., p. 816; ma anche G. GORLA, *Del pegno e dell'ipoteca (artt. 2784 -2899)*, cit., p. 277 ss.; S. CICCARELLO, voce *Pegno (diritto privato)*, cit., p. 685; ancora F. REALMONTE, voce *Pegno*, in *Enc. giur. Treccani*, cit., p. 5;

<sup>40</sup> Sul punto efficace è la notazione di G. GORLA, *Del pegno e dell'ipoteca (artt. 2784 -2899)*, cit., p. 279, ove l'Autore distingue in base al tipo di destinazione dell'universalità, cosicché <<se per destinazione unitaria dell'universalità le singole cose non sono destinate al consumo produttivo o allo scambio (es. gregge, biblioteca), l'attività di mantenimento di quella destinazione unitaria è semplice [...]. Se invece la destinazione unitaria dell'universalità implica che le singole cose o alcune cose debbano essere consumate e sostituite o scambiate, ed è questo il caso dell'azienda, l'attività del creditore è quella di gestore dell'azienda stessa nell'interesse proprio e del debitore, con l'obbligo di conservarla, cioè di mantenere la ditta, la destinazione, l'avviamento, l'efficienza dell'organizzazione e degli impianti e le dotazioni di scorte ricevute, *surrogando le merci vendute*. Egli, tuttavia, come l'usufruttuario o il conduttore d'azienda, può fare concorrenza alla stessa, purché non concorrenza sleale. I suoi poteri – doveri, sotto questo rispetto, sono quelli stessi stabiliti per l'usufruttuario di azienda dell'art. 2561 I e II comma, applicabile per analogia>>.

Sicché per quanto esse abbiano avuto un effetto spesso sorprendente e siano state con altrettanta frequenza oggetto di accesi dibattiti, erano state in realtà, seppure in forma primordiale, già contemplate dal legislatore della nuova codificazione.

### ***3. Alienazioni in garanzia.***

Conviene ora, prima di proseguire oltre, segnare per un momento il punto della discussione.

Si è detto in premessa che intenzione del presente lavoro è segnalare come la costruzione codicistica del sistema delle garanzie reali, e soprattutto alcune interpretazioni che si sono sedimentate intorno ad essa, hanno contribuito a renderlo un sistema rigido, anelastico e per questo in costante conflitto con le pressioni provenienti dall'autonomia privata sul fronte della produzione e più in generale della circolazione delle ricchezze.

Una prima rigidità, dunque, si è ravvisata, con particolare riferimento alle garanzie mobiliari, nella concezione dello spossessamento come elemento costitutivo del diritto di pegno, vuoi perché esso è concepito come momento perfezionativo del contratto reale, vuoi perché, pur ammettendosi fattispecie negoziali di tipo consensuale, è da questo che si fa discendere il diritto di preferenza del creditore garantito nei confronti degli altri creditori del medesimo debitore, quale connotato essenziale della garanzia reale.

A tal proposito si è visto, tuttavia, che senza spingersi (ancora) ad analizzare la legislazione speciale, già il legislatore del codice del 1942 aveva concepito fattispecie pignoratizie che prescindessero dallo spossessamento. È il caso, specialmente, del pegno di crediti e del pegno di universalità di mobili, figura in qualche misura precorritrice della garanzia mobiliare rotativa. Queste fattispecie fungono da punto di riferimento per riconsiderare la posizione dello spossessamento nella disciplina del pegno di beni mobili, in termini di elemento tradizionalmente ricorrente ma non per questo essenziale, invero nemmeno al fine di acquistare al creditore il diritto di prelazione in confronto degli altri debitori. Ma sia consentito di approfondire questo punto, con l'ausilio dei suggerimenti venuti alla dottrina dalla legislazione speciale, nel capitolo che segue.

Giova adesso, invece, passare ad analizzare un altro dato normativo che ha fortemente contribuito a rendere minato il campo delle garanzie reali per l'autonomia privata.

Si tratta della previsione del divieto del patto commissorio, disciplinato come è noto dagli artt. 1963 e 2744 c.c. e che, nella sua conformazione tipica, sanziona con la nullità tutte quelle pattuizioni con le quali le parti convengano che il bene oggetto di anticresi, dato in pegno o ipotecato passi in proprietà del creditore anticretico o privilegiato in conseguenza dell'inadempimento del debitore che ha fornito la garanzia. Sia consentito, ancora, di affrontare *rationes* e limiti del divieto del patto commissorio, tipico ed autonomo, più diffusamente nei paragrafi che seguono, per soffermarsi, invece, in questa sede su una delle principali strade che il sottile rivolo dell'autonomia privata, dinanzi alla roccia delle garanzie tipiche, si è comunque caparbiamente aperto.

Trattasi delle cosiddette alienazioni in garanzia ben presto invalse nella prassi negoziale ovvero dei trasferimenti della proprietà o di altri diritti operati dal debitore in favore del creditore in assenza di una preesistente garanzia reale, mobiliare o immobiliare. La funzione di garanzia si sostanzia nel subordinare la definitiva efficacia del trasferimento all'inadempimento dell'obbligazione garantita, sia che esso costituisca condizione sospensiva dell'effetto reale del negozio traslativo, sia che sia dedotto, al contrario, l'adempimento in condizione risolutiva dei medesimi effetti reali.

Naturalmente tali negozi, di certo atipici quanto a funzione, reclamavano una sistemazione teorica ed era evidente che la prima fattispecie negoziale alla quale era lecito pensare fosse quella della vendita, sebbene con una singolare funzione di garanzia piuttosto che di scambio.

Ora, considerando che la struttura dell'operazione è di consueto quella di un mutuo garantito dal trasferimento sotto condizione di altro diritto, autorevole dottrina ha escluso che ci si possa validamente riferire al contratto di vendita. Tanto per la dirimente osservazione che di questo mancherebbe il requisito essenziale del prezzo<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, p. 117 ss.: «Presentando l'alienazione in garanzia nei suoi termini semplici, cioè come negozio di alienazione volto a costituire la garanzia di un rapporto obbligatorio, l'estraneità della causa della vendita è subito evidente, soprattutto considerando la più comune ipotesi, in cui è attuato un immediato trasferimento del bene e in cui non si configura alcun elemento di cui possa discutersi se rappresenti il prezzo dell'alienazione». Lo stesso Autore sottolinea successivamente come nelle alienazioni in garanzia debbano ricomprendersi, considerata l'unicità della funzione, così quelle sospensivamente condizionate all'inadempimento come quelle già immediatamente traslative e risolutivamente condizionate all'adempimento; tanto in un momento storico in cui la giurisprudenza era solita ricondurre alla fattispecie commissoria solamente le alienazioni sottoposte a condizione sospensiva. Appare interessante, altresì, evidenziare come nella stessa sede si verifichi la possibilità che il negozio fiduciario costituisca lo schema atipico di riferimento delle fattispecie in esame, concludendosi, poi, che esso può certamente comprenderne alcune senza, però, poter risultare da sé solo sufficiente per la dirimente osservazione che il *pactum fiduciae* e la

Questa stessa dottrina, poi, ha ricostruito le alienazioni in garanzia come pattuizioni commissorie autonome, ossia slegate dalla pregressa costituzione di una garanzia reale (pegno o ipoteca), sebbene naturalmente collegate in via funzionale ad un rapporto obbligatorio, e cionondimeno nulle per contrarietà all'art. 2744 c.c., quale norma di valore, posta a tutela di interessi generali<sup>42</sup>.

Secondo un diverso orientamento, invece, le alienazioni in garanzia andrebbero ricostruite come categoria negoziale atipica ed autonoma rispetto al contratto di vendita. L'atipicità, quindi, si determina in ragione dalla funzione di garanzia, che a sua volta incide sul concreto atteggiarsi del regolamento negoziale essenzialmente in due modi: rendendo solo temporaneo il trasferimento e limitando, anche implicitamente ossia in assenza di specifica pattuizione, il diritto del creditore di soddisfare la propria pretesa all'effettiva misura del valore del credito vantato<sup>43</sup>.

---

condizione, sospensiva o risolutiva, eventualmente apposta al contratto hanno una disciplina giuridica alquanto differente. Infine il chiaro Autore mette in luce come nessuna delle due cause tipiche dei negozi traslativi sia, in ultima analisi, compatibile con la funzione dei trasferimenti in questione: <<La compatibilità tra il negozio voluto e la causa tipica richiamata, potrebbe non escludersi in modo assoluto, tenendo presente che lo scopo dei negozi traslativi tipici, quali la vendita e la donazione, consente l'assunzione, a carico del compratore o del donatario, di certi obblighi, anche di ritrasferimento, che potrebbero attribuire al negozio un carattere fiduciario. Deve tuttavia riconoscersi l'effettiva insussistenza dello schema di tali negozi tipici quando l'intento perseguito dalle parti escluda che il trasferimento sia voluto per uno spirito di liberalità o quale corrispettivo di un'attribuzione pecuniaria, la quale, se venisse eseguita, rappresenterebbe un prezzo solo in apparenza. In particolare, questa incompatibilità deve ravvisarsi, come vedremo, quando il trasferimento sia diretto a realizzare un intento di garanzia>>.

<sup>42</sup> C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 136 ss., ove si legge: <<I risultati cui siamo pervenuti circa la nozione di alienazione in garanzia, prospettano l'identificazione del patto commissorio espresso nella formula finora considerata, cioè dell'alienazione di un bene sospensivamente condizionata all'inadempimento del debito, come un'alienazione in garanzia e portano a ricercare su un medesimo piano la qualificazione di un'altra figura di patto commissorio in cui la definitiva attribuzione del bene è sempre subordinata all'inadempimento del debitore, ma l'effetto del passaggio di proprietà è anticipato al momento della costituzione della garanzia. [...] In definitiva, il rapporto di garanzia che dovrebbe costituire la causa autonoma del negozio di alienazione, si mostra come un risultato che il semplice trasferimento di proprietà sarebbe inidoneo a creare. A tale risultato si giunge piuttosto accompagnando il trasferimento ad un vincolo convenzionale che destini il bene al soddisfacimento del credito e, questo vincolo, quando vi sia un patto commissorio, si identifica in questo patto>>. Si potrebbe, allora essere indotti a ritenere che queste conclusioni siano sconfessate dalle alienazioni in garanzia immediatamente traslative, in considerazione della circostanza che il conseguimento definitivo del diritto di proprietà varrebbe da sé solo a produrre l'effetto di garanzia, e però a tali osservazioni si replica che: <<E' esatto che l'alienazione potrebbe determinare un vincolo di garanzia anche senza un patto commissorio, ma, in mancanza di tale patto, in tanto il trasferimento del bene è volto alla funzione di garanzia, in quanto al creditore sia stato assicurato rispetto ai terzi, mediante l'alienazione, un diverso diritto di soddisfacimento, perché altrimenti, ripetiamo, la garanzia dell'alienatario non andrebbe al di là di un diritto di ritenzione>>.

<sup>43</sup> F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, spec. p. 446. Qui l'Autore esprime la propria proposta di configurazione alternativa delle alienazioni in garanzia nei termini che seguono: <<La

In tal modo la causa di garanzia è considerata da sé sola sufficiente a determinare il trasferimento del diritto, quand'anche si tratti di diritto di proprietà, proprio perché ci si muove sul campo di un negozio atipico con una propria specificità funzionale differente da quella delle fattispecie traslative tipiche e tradizionali della vendita e della donazione.

Anche il patto commissorio è ricostruito in maniera diversa, in termini di pattuizione accessoria all'alienazione in garanzia, che incide sulla modalità di attuazione della stessa e, in quanto consente al creditore di appropriarsi senza limiti di valore dell'oggetto della garanzia, è da considerarsi nullo per espressa disposizione dell'art. 2744 c.c. ma non investe anche il negozio, atipico, di garanzia, né, tanto meno, il rapporto obbligatorio<sup>44</sup>.

Come anticipato, infatti, nelle alienazioni in garanzia la funzione del negozio inibisce al creditore l'appropriazione smodata e ciò anche ove in contratto nulla si dica al riguardo.

Dunque, se un punto di contatto vi è fra queste due diverse ricostruzioni esso risiede nella circostanza che entrambe escludono la sussumibilità delle alienazioni in garanzia nello

---

formulazione di una proposta alternativa a tale interpretazione poggia sulla considerazione dell'alienazione in funzione di garanzia come modello contrattuale autonomo e assegna un maggiore risalto al profilo funzionale, quale elemento rivelatore degli effetti naturali del contratto. Gli effetti del trasferimento di un diritto connotato da una causa di garanzia sono stati in parte descritti in precedenza. Anzitutto la provvisorietà del trasferimento [...]. Ma la funzione di garanzia influisce anche sulle modalità del soddisfacimento del creditore, in caso di inadempimento. Allo schema delle garanzie reali, infatti, è essenzialmente estraneo il diritto del creditore di appropriarsi del bene al di fuori di qualsiasi regola di controllo del valore di questo, e appunto facendo riferimento a tale principio generale il regolamento negoziale predisposto dalle parti deve essere integrato, relativamente alle modalità di soddisfacimento coattivo del credito>>.

<sup>44</sup> F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 420 ss.. L'Autore evidenzia come la soluzione abbracciata dalla dottrina tradizionale rischi di condurre a <<conseguenze difficilmente accettabili>>. Ed infatti alla considerazione dell'alienazione in garanzia alla stregua di un patto commissorio autonomo consegue che la declaratoria di nullità investe, in uno, il rapporto di garanzia e la pattuizione commissoria, con l'esito che il creditore dovrà restituire immediatamente il bene trasferito al debitore, senza alcuna garanzia per il credito, ma anche il debitore dovrà, a sua volta, rendere indietro al creditore il prestito ricevuto. Cosicché, al contrario, al patto commissorio, <<in quanto negozio traslativo in funzione satisfattiva, risulta estraneo un effetto di garanzia, cioè di vincolo opponibile ai terzi, del bene al soddisfacimento delle ragioni creditorie. Un tale effetto consegue piuttosto [...] ai negozi di garanzia sui quali il patto commissorio si innesta. Ne deriva una reciproca indipendenza – quanto a regime giuridico – tra rapporto di garanzia e pattuizione commissoria: ciò che è espressamente contemplato e vietato dalla legge è il patto accessorio ad una garanzia nominata e, in tal caso, nullo è solo il patto che prevede l'automatico passaggio della proprietà del bene al creditore in caso di inadempimento, non l'intera convenzione di garanzia. I limiti della descrizione legislativa del patto commissorio non impediscono di ravvisare una violazione del relativo divieto qualora le parti predispongano, anteriormente alla scadenza del credito, il soddisfacimento secondario del creditore mediante il trasferimento della proprietà di un bene non sottoposto a pegno o a ipoteca [...]. Ne risulta che nel caso di alienazione in garanzia l'eliminazione dell'intera operazione negoziale costituirebbe un risultato non omogeneo a quello previsto dalla legge per il patto commissorio "tipico", ipotesi in cui viene caducata la sola convenzione riguardante la fase satisfattiva, cioè il patto commissorio *stricto sensu*, ma non il rapporto di garanzia, destinato a trovare attuazione, caduta la convenzione commissoria, mediante l'applicazione delle regole legali>>.

schema del contratto di vendita. Ciò che, tuttavia, è bene ribadirlo, non impedisce certamente che in concreto la vendita sia utilizzata per uno scopo di garanzia.

È nota, infatti, la categoria delle cosiddette vendite a scopo di garanzia, cui tradizionalmente si prestano gli schemi negoziali della vendita con patto di riscatto, della vendita con patto di retrovendita o di ricompera, della vendita con locazione del bene venduto all'alienante in favore del quale si predispone un *costituto possessorio*<sup>45</sup>.

In tali ipotesi, si è detto, non è del tutto esatto discorrere di vendita simulata, giacché le parti non creano l'apparenza giuridica del trasferimento di un diritto per dissimulare agli occhi dei terzi un differente negozio. Al contrario esse intendono produrre in realtà proprio l'effetto di trasferimento e a tal fine ricorrono al prototipo dei negozi traslativi, del quale piegano, tuttavia, alla funzione di garanzia la diversa funzione di scambio, che gli è propria.

Pertanto detta "vendita" assumerà le sembianze del negozio indiretto ovvero di quello fiduciario a seconda del concreto atteggiarsi del regolamento negoziale. Se si ricorre, infatti, alla vendita con patto di riscatto evidentemente non è possibile ricostruire la fattispecie come negozio fiduciario, laddove la realtà del riscatto contrasta con l'efficacia solo obbligatoria del *pactum fiduciae*. Diversamente quando il negozio adoperato sia la vendita con patto di retrovendita, esso può ben essere sussunto nella fattispecie fiduciaria e segnatamente nella figura romanistica della *fiducia cum creditore*<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> Sul punto cfr. V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, 1952, p. 105 ss., che, nel delineare i contorni del patto commissorio occulto, osserva come le fattispecie negoziali all'uopo più comunemente usate siano quelle indicate nel testo. La vendita con patto di riscatto, in cui al contratto di vendita si aggiunge una convenzione che autorizza il venditore a restituire il prezzo e ad esercitare il diritto potestativo di riscatto della cosa venuta. <<E' evidente però che il prezzo altro non essendo che l'oggetto del prestito, di conseguenza la somma pagata debba essere molto inferiore al valore della cosa venduta[...]>>. La vendita con patto di retrovendita o di ricompera, in cui si conviene il diritto o l'obbligo, rispettivamente, del venditore di riacquistare la cosa venduta. In tali ipotesi, pur non rivestendo il patto efficacia reale per l'assenza di una disposizione assimilabile all'art. 1504 c.c., <<a noi pare che le angustie delle quali vediamo afflitto il debitore nel patto commissorio verranno a verificarsi in caso di vendita a scopo di garanzia sia con l'obbligo sia con il diritto di ricompera: in entrambi i casi il debitore avrà interesse a restituire il prezzo e a impedire in tal modo che il creditore si appropri della cosa già venduta al noto prezzo>>. Infine la locazione del bene venduto allo stesso venditore attraverso un *costituto possessorio*. Qui <<la somma che il conduttore paga al locatore viene a rappresentare l'importo degli interessi sulla somma mutuata>>, elemento questo ulteriore ed ulteriormente afflittivo per il venditore – compratore, considerato che le norme sulla vendita con patto di riscatto non consentono alle parti di convenire un prezzo per il riscatto superiore a quello stipulato per la vendita, con la conseguenza che esso è nullo per l'eccedenza>>.

<sup>46</sup> Il rilievo è di C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio, cit.*, p. 267 ss. L'Autore rileva che quando le parti ricorrono ad una combinazione negoziale per un fine di garanzia e, segnatamente, ad una vendita con patto di riscatto seguita da locazione del bene al venditore, esse vogliono seriamente tutti i negozi stipulati, in quanto è

Tali fattispecie, talvolta, ma non sempre, espressione dell'atipicità negoziale forgiata dall'autonomia privata, devono considerarsi lecite sino al limite in cui esse divengano strumenti per contrastare direttamente ovvero per aggirare una norma imperativa, così ponendosi in frode alla legge<sup>47</sup>.

Certamente, poi, la vendita con patto di riscatto a scopo di garanzia dovrà reputarsi nulla quando in concreto violi il divieto del patto commissorio, mentre quando vi sia un semplice patto di retrovendita, pare che questa evenienza debba misurarsi con l'eseguibilità in forma specifica dell'obbligo a contrarre assunto dal compratore – creditore ai sensi dell'art. 2932 c.c.

---

proprio dalla composizione degli effetti delle fattispecie collegate che dipende la realizzazione dello scopo che esse hanno di mira. In simili casi sarebbe arbitrario discorrere di simulazione. Tanto sospinge piuttosto a sondare il terreno del negozio indiretto, inteso come negozio volto al conseguimento di un risultato diverso, che non è *normale (o tipico)* del negozio stesso, ovvero anche di negozio fiduciario, in termini di trasferimento al creditore della proprietà o di un altro diritto a garanzia di un rapporto obbligatorio con il *pactum fiduciae*, meramente obbligatorio nella fiducia romanistica propria del nostro ordinamento, in forza del quel il compratore – creditore si obbliga a ritrasferire al venditore – debitore il diritto innanzi alienatogli allorché quest'ultimo abbia onorato la propria obbligazione. In effetti le vendite a scopo di garanzia non si prestano ad essere inquadrare in un unico schema negoziale, per quanto atipico, poiché la loro conformazione dipende dal regolamento che in concreto le parti hanno inteso dare alla fattispecie. Sul punto appaiono condivisibili, quindi, le conclusioni dell'Autore, laddove scrive: <<Nella nostra dottrina la natura meramente obbligatoria dell'accordo interno e la conseguente potestà di abuso dell'alienatario sono state assunte, tuttavia, a carattere essenziale del negozio fiduciario ed è quindi da osservare come la figura di questo negozio non potrebbe ravvisarsi, in ogni caso, nella vendita con patto di riscatto, dove il diritto di riscatto è esperibile *erga omnes*>>. Il raffronto è all'evidenza con la fiducia germanistica, in cui il negozio fiduciario è costruito come una fattispecie costitutiva – traslativa di una tipologia di proprietà singolarmente conformata nel tempo, una proprietà temporanea, insomma, in quanto tale reclamabile dal proprietario fiduciante non soltanto in confronto del proprietario fiduciario ma *erga omnes*. *Contra*, rispetto all'abbandono dello schema simulatorio, V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, cit., spec. p. 106. Sul negozio indiretto cfr. soprattutto T. ASCARELLI, *Il negozio indiretto*, in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, spec. p. 6, 17, 22 ss. Sul negozio fiduciario cfr. *ex multis* L. CARIOTA – FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933, p. 143 ss.

<sup>47</sup> Per una nota ricostruzione della figura del contratto in frode alla legge alla luce dell'acquisizione anche giurisprudenziale del concetto di causa in concreto, in termini di ragione economico – individuale, concreta dell'affare, cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 808 ss., spec. p. 824, ove il chiaro Autore evidenzia come in una rinnovata prospettiva di causa concreta, scevra da ogni indebita commistione con il tipo legale, <<balza in primo piano lo scopo della complessiva operazione negoziale>>, di guisa tale che un contratto tipico alla stessa stregua di un negozio atipico avrà, se del caso, una causa piuttosto illecita, in quanto direttamente violativa di norma imperativa, che fraudolenta, perché la causa che non poteva essere illecita si reputava tale. In giurisprudenza apre le fila di una serie amplissima di pronunce conformi Cass. civ., Sez. III, 8 maggio 2006, n. 10490, in *Giust. civ.*, 2007, 9, I, 1985, con nota di B. IZZI, *La causa del contratto come funzione economico - individuale*.

Ed è bene tenere distinta tale ipotesi dal patto commissorio obbligatorio, parimenti ritenuto configurabile e allo stesso modo nullo<sup>48</sup>.

Le brevi osservazioni che precedono consentono di evidenziare come le alienazioni in garanzia siano un prodotto dell'autonomia privata che vive tutt'ora una relazione di profonda tensione con l'ordinamento e specialmente con due suoi elementi che appaiono ad oggi ancora cardinali, quali il principio del *numerus clausus* dei diritti reali ed il divieto del patto commissorio.

Quanto al primo e con esclusivo riguardo alle alienazioni in garanzia del diritto di proprietà si pone la questione se esso venga illegittimamente superato dalla configurazione di una proprietà singolarmente conformata sotto il profilo della durata e sussumibile in un'autonoma figura di proprietà temporanea.

Allo stesso modo il trasferimento della titolarità di un diritto con funzione di garanzia deve misurarsi con i limiti imposti dal divieto del patto commissorio, di cui diviene, pertanto, indispensabile tracciare i confini se si intende sfuggire alla disfunzionale conclusione assolutistica per cui ogni qualvolta vi sia una alienazione in garanzia si realizzi una violazione del divieto.

È evidente, in conclusione, che una regolamentazione dei confini fra le fattispecie atipiche in questione ed i tradizionali assunti surriferiti, per cui sarà necessario ricostruire soprattutto la funzione di ciascuno di essi, sia essenziale specialmente nella prospettiva del mercato, che mal sopporta le sabbie mobili delle discipline negoziali grigiastre e traballanti.

### ***3.1 Numerus clausus dei diritti reali.***

Il primo degli ostacoli giuridici – in ordine logico e sistematico - che incontrano le alienazioni con funzione di garanzia risiede nei principi del *numereus clausus* e di *typenzuwang* dei diritti reali<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> Tale è il patto con cui una parte si assume l'obbligo di un trasferimento in garanzia collegato all'inadempimento del rapporto obbligatorio principale. In Germania detta pattuizione è espressamente vietata dal § 1229 BGB. Sul punto cfr. C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 178 ss.

*Numerus clausus* e tipicità, come è noto, esprimono concetti diversi, in quanto il primo attiene al potere che lo Stato ha inteso riservarsi di individuare le singole fattispecie di diritti reali, laddove la tipicità si sostanzia nella diversa riserva normativa inerente anche la struttura formale ed il regolamento giuridico del diritto innanzi enucleato.

Orbene le ragioni storiche dell'affermazione dei suddetti principi risiedono nella conclamata intenzione delle codificazioni moderne figlie dell'epoca delle rivoluzioni politico – sociali inaugurate in Francia, e fra queste *in primis* del *code civil* napoleonico, di superare il particolarismo giuridico del diritto feudale, che aveva favorito la costituzione di una

---

<sup>49</sup> Sul *numerus clausus* e sulla tipicità dei diritti reali cfr. P. VITUCCI, *Autonomia privata, numero chiuso dei diritti reali e costituzione convenzionale di servitù*, in *Riv. dir. agr.*, 1972, I, p. 855; A. BELFIORE, *Interpretazione e dottrina nella teoria dei diritti reali*, Milano, 1979; M. COSTANZA, *Numerus clausus dei diritti reali e autonomia contrattuale*, in *Studi in onore di C. Grassetti*, vol. I, Milano, 1980, p. 421; ID., *Il contratto atipico*, Milano, 1981, p. 119 ss.; E. CATERINI, *Il principio di legalità nei rapporti reali*, Napoli, 1998; A. FUSARO, *Il numero chiuso dei diritti reali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 439; V. F. MANNINO, *La tipicità dei diritti reali nella prospettiva di un diritto europeo uniforme*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, p. 945; M. COMPORI, *Tipicità dei diritti reali e figure di nuova emersione*, in AA. VV., *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, II, Milano, 2006, p. 769; ID., *Diritti reali in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU – F. MESSINEO, II ed., 2011, p. 217 ss.; R. CALVO – A. CIATTI, *I contratti di destinazione patrimoniale*, in *Trattato dei contratti*, a cura di P. RESCIGNO - E. GABRIELLI, XIX, 2014, p. 5 ss.

Si tratta di un principio appartenente alla tradizione dei sistemi di civil law. Nell'ordinamento giuridico italiano esso si desume implicitamente dalla previsione espressa dei diritti di proprietà (art. 832 c.c.), usufrutto (art. 978 c.c.), uso e abitazione (artt. 1021 e 1022 c.c.), servitù (art. 1027 c.c.), pegno (art. 2786 c.c.) e ipoteca (art. 2808 c.c.). Parimenti in Francia esso si rinviene negli artt. 544 ss., 578 ss., 625 ss., 637 ss., 2329 ss. e 2373 ss. che disciplinano rispettivamente *la propriété*, *l'usufruit*, *l'usage e l'habitation*, *les servitudes*, *il gage e le hypothèques*. Anche il sistema anglosassone conosce il principio di tipicità degli *estates*, per i quali si intendono i diritti spettanti al *landowner* sulla terra. Essi si suddividono in: *fee simple*, *entail*, *life estate*, *lease*. In astratto questo sistema conserva ancora un qualche collegamento con la gestione feudale della terra. Ed infatti tutte le terre sono di proprietà della Corona. In tal modo la posizione del *tenant* si ridimensiona, nel senso che questi è non già proprietario della terra ma di un *estate* su di essa, il quale ha, inoltre, una conformazione temporanea piuttosto che perpetua. Sicché è evidente la distinzione tra *real property* e dominio di diritto romano. In concreto, tuttavia, il *fee simple* si sostanzia in un diritto di proprietà *sine die*, essendo perlopiù simbolico il ruolo esercitato dalla suprema proprietà regia. Sul punto cfr. B. PERRINS, *Introduction to the Land Law*, London – Sidney, 1997, p. 41 ss.

In giurisprudenza il principio del *numerus clausus* dei diritti reali fa registrare una certa resistenza. In tempi recenti, infatti, i giudici di legittimità si sono pronunciati nel senso dell'inammissibilità di servitù personali, in quanto contrastanti con il principio in parola. Sul punto cfr. Cass., Sez. II, 6 novembre 2014, n. 23708; Cass., Sez. II, 21 gennaio 2009, n. 1551. Parimenti la Corte Suprema ha respinto la possibilità di ammettere diritti reali di godimento perpetui proprio in difesa del medesimo principio. Così Cass., Sez. III, 26 settembre 2000, n. 12765. Maggiori aperture ha manifestato, al contrario, la giurisprudenza di merito, per cui, ad esempio, in materia di multiproprietà si è detto che, «stanti le vistose differenze strutturali e concettuali, la c.d. "multiproprietà" immobiliare con godimento turnario del bene non è assimilabile alla comunione, segnatamente per il vincolo di indivisibilità e gli ampi poteri del gestore che caratterizzano la prima, che pertanto costituisce una figura autonoma di diritto reale, dovendosi ritenere superato il principio della legale tipizzazione dei diritti reali, come "*numerus clausus*">>, Corte d'Appello Genova, 29 settembre 2000.

molteplicità di titolarità diversamente conformate sulla terra, di guisa tale da svuotare del tutto, in definitiva, il diritto di proprietà.

In tale contesto storico l'affermazione dell'assolutezza del diritto di proprietà veniva riguardata come diretto corollario del primato della libertà individuale contro ogni sopraffazione che si fondasse su obsolete prerogative nobiliari o su politiche statali di stampo dirigitistico, rivelatesi fallimentari oltre che fortemente scarificanti, e comunque non più tollerabili. Libertà e proprietà, in sostanza, costituivano nella medesima misura «diritti naturali ed imprescrittibili dell'uomo»<sup>50</sup>.

Si comprende, allora, per quale motivo in quasi tutte le codificazioni del moderno diritto privato europeo non si sia avvertita la necessità di tradurre espressamente in legge scritta i principi di cui si discorre<sup>51</sup>.

Si trattava degli attributi coesenziali della persona, per ciò solo non sovvertibili dall'uomo, che, anzi, *in apicibus*, nessun interesse avrebbe – mai più – avuto al loro travolgimento.

---

<sup>50</sup> L'espressione è di R. CALVO, *I contratti di destinazione patrimoniale*, in *Trattato dei contratti*, cit., p. 6 ss., ove poi si legge che «l'insofferenza del legislatore rivoluzionario verso i divieti alla libera circolazione della ricchezza sottintende la logica conseguenza della tipicità dei diritti reali. I postulati di libertà e tipicità preesistevano al *ius positum*[...] essi non erano il frutto di un artificio concettuale, ma si elevavano a spina dorsale dell'ordine sociale proteso verso la modernità». Così anche M. COMPARTI, *Diritti reali in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 217: «Il permanere del regime feudale, per quanto concerne l'aspetto economico della moltiplicazione dei diritti sulle cose e la multiforme varietà degli statuti esistenti, appariva senza dubbio al legislatore rivoluzionario come un ostacolo insopportabile alla libertà dell'individuo ed alla libera circolazione dei beni e come sopravvivenza di privilegi legati alla suddivisione della società in classi»; nonché M. COSTANZA, *I contratti atipici*, cit., p. 119, dove l'Autrice: «Nel contesto dell'attività riorganizzativa della società postrivoluzionaria il numero chiuso dei diritti reali rappresenta lo strumento più efficace per porre fine al "particolarismo", che si era progressivamente creato dall'età feudale in poi per imposizione a carico della proprietà fondiaria di una molteplicità di oneri e privilegi a favore del "signore", e che ne avevano ridotto o addirittura annullato il valore economico [...]. Da questo punto di vista la regola della tipicità dei diritti reali soddisfaceva prevalentemente l'esigenza di affrancazione del cittadino di fronte allo Stato, e rappresentava una garanzia per il libero esplicarsi della sua iniziativa economica».

<sup>51</sup> Cfr. R. CALVO, *I contratti di destinazione patrimoniale*, in *Trattato dei contratti*, cit., p. 7: «E' verosimile che non si avvertisse il bisogno della loro traduzione in legge scritta perché essa non può sovvertire né i diritti naturali dell'uomo, né la realtà naturalistica delle cose [...]». L'Autore evidenzia come sia stata diversa la scelta del *codigo civil* argentino, che ha espressamente disciplinato il principio di tipicità. L'art. 2502, infatti, così dispone: «*Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer*». Per poi sancire all'art. 2503 che: «*Son derechos reales: 1° El dominio y el condominio; 2° El usufructo; 3° El uso y la habitación; 4° Las servidumbres activas; 5° El derecho de hipoteca; 6° La prenda; 7° La anticresis; 8° La Superficie Forestal*».

Oltre alla matrice ideologica, che fece certamente da principale leva, anche altre motivazioni sorressero congiuntamente la riaffermazione del principio romanistico del *numerus clausus* dei diritti reali dopo oltre otto secoli di quiescenza. Esse furono così economiche come tecnico – giuridiche<sup>52</sup>.

Quanto alle prime, la nascente società industriale, a differenza dell'economia agricola che ci si lasciava alle spalle, era piuttosto insofferente all'apposizione di vincoli al diritto di proprietà. Ciascuno di essi, infatti, avrebbe limitato le facoltà di godimento e di sfruttamento del bene a fini produttivi.

Sotto il profilo tecnico – giuridico il numero chiuso dei diritti reali consentiva di controllarne il tratto caratterizzante dell'opponibilità ai terzi, intendendosi per tali sia i successivi aventi causa che i consociati, tenuti, verso il titolare del diritto, ad osservare un obbligo di astensione da qualunque comportamento turbativo.

In seguito questa particolare disciplina dei diritti reali si rivelò straordinariamente coerente con gli obiettivi dell'Italia fascista ed anche, quindi, della codificazione del 1942, quando si auspicava ad una quanto più estesa funzionalizzazione degli interessi privati alle esigenze della collettività, con il conseguente sviluppo di una certa tendenza a circoscrivere il campo dell'autonomia privata e ad aumentare i vincoli imposti alla proprietà in ragione dell'interesse pubblico. A tal punto un'autorevole dottrina ritenne opportuno evidenziare che, una così variegata diversificazione dei modelli di proprietà, rendesse oramai preferibile discorrere delle proprietà piuttosto che, unitariamente, della proprietà<sup>53</sup>.

L'avvento della Costituzione avrebbe, forse, consentito un cambiamento di rotta. Tanto almeno secondo quel filone interpretativo che rinviene nell'art. 42 Cost. una norma con il ruolo di *Institution – Garantie*, la quale consentirebbe ai privati di disporre liberamente del diritto di proprietà, anche conformandone e segnatamente limitandone il contenuto, purché ciò non si riveli dannoso per la società e non comprima lo statuto minimo del diritto.

---

<sup>52</sup> Una sapiente ricostruzione delle motivazioni originarie e di quelle poste successivamente a fondamento dei principi in esame è offerta da M. COSTANZA, *I contratti atipici*, cit., spec. p. 123 ss. e 141 ss.

<sup>53</sup> Il riferimento è a S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, p. 145 ss., ove si osserva come le stesse disposizioni codicistiche abbiano riguardo al tipo di bene.

Così non è avvenuto e i principi del *numerus clausus* e della tipicità dei diritti reali sono tuttora dominanti, sorretti da motivazioni diverse dal nobile fondamento ideologico delle origini.

Secondo un primo orientamento il codice civile italiano, come le codificazioni liberali alle quali esso si è ispirato, intesero limitare il raggio di azione dell'autonomia privata ai rapporti obbligatori. Altra parte della dottrina ha sostenuto che la speciale rilevanza economico – sociale del diritto di proprietà costituisce il fondamento inossidabile della riserva statutale in materia di diritti reali. Un diverso orientamento ha scisso, quindi, l'aspetto dell'autonomia contrattuale, che consente alle parti di forgiare schemi negoziali atipici, nel senso di privi di una disciplina legale, dalla tipicità, strutturale e funzionale, del diritto reale, questa, al contrario, prevalente sull'autonomia privata<sup>54</sup>. Ancora si sono ricondotte la tassatività e la tipicità dei diritti reali alla relatività degli effetti del contratto ai sensi dell'art. 1372 c.c. e, in ultima analisi, alla tutela dei terzi per i quali la convezione costituisce una *res inter alios acta*.

Infine una dottrina autorevole ha ritenuto di rispolverare la matrice ideologica di questi principi cardinali dei diritti reali. In tal senso essi sarebbero entrambi meritevoli di essere conservati e salvaguardati perché strumenti indiretti di tutela dei soggetti più deboli rispetto a quelli più forti, i quali potrebbero servirsi proprio del mezzo contrattuale per imporre regimi di godimento dei beni espressivi di antiche ed odiose situazioni di sopraffazione<sup>55</sup>.

Un dottrina rimasta isolata si è premurata di sconfessare ad una ad una tutte le anzidette argomentazioni per sostenere l'ingiustificabilità, nel diritto civile contemporaneo, del

---

<sup>54</sup> Così A. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria*, Milano, 1990, p. 48 ss.; P. POLLICE, *Introduzione allo studio dei diritti reali*, Torino, 1999, p. 41 ss.; ID., *Appunti sulla parte generale del contratto*, Torino, 2014, p. 235 ss. I predetti Autori condividono l'opinione che altro sia parlare di diritti reali atipici, altro di contratti traslativi atipici di diritti reali. Questi ultimi, infatti, a differenza dei primi, non contrasterebbero *prima facie* con il più volte citato principio del *numerus clausus* dei diritti reali. Orbene anche in tal caso potrebbero sorgere taluni problemi allorché le parti, nell'esercizio della propria autonomia negoziale ai sensi dell'art. 1322 c.c., fissino al contratto traslativo un contenuto così eccentrico da incidere, infine, sensibilmente sulla disciplina del diritto reale costituito e/o trasferito. Invero la questione non concerne gli effetti personali, meramente obbligatori, del suddetto regolamento, quanto piuttosto il profilo della loro opponibilità ai terzi. In tali casi, appare ragionevole una soluzione che prospetti l'inopponibilità ai terzi predetti dei <<patti che incidono sulle facoltà del proprietario in misura da pregiudicare il valore di scambio del bene oggetto del suo diritto>>.

<sup>55</sup> Cfr. M. COMPARTI, *Diritti reali in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 227.

principio del numero chiuso dei diritti reali come limite all'autonomia privata, così dal punto di vista storico come sotto il profilo tecnico – giuridico<sup>56</sup>.

Naturalmente il tema si intreccia con la questione dei limiti di validità del divieto di alienazione, che, in tutta evidenza, potrebbe reintrodurre per vie traverse vincoli più o meno ampi al diritto di proprietà sino a svuotarlo del tutto del suo contenuto<sup>57</sup>.

Fra le prime codificazioni post – rivoluzionarie soltanto il codice civile tedesco si premurò di disciplinare, al § 137 BGB, il vincolo in parola. In Francia fu la giurisprudenza a subordinare la validità del patto di non alienazione alla sussistenza di un limite temporale e di una congrua giustificazione. Anche il codice civile italiano del 1865 era silente, mentre l'orientamento ermeneutico dominante si ispirava ai risultati conseguiti dalle Corti francesi.

Nel nuovo codice del 1942, tuttavia, il legislatore ha rotto il silenzio con l'art. 1379, nel quale la letteratura straniera ha individuato la norma che meglio di ogni altra ha rappresentato i requisiti di validità e di efficacia dei divieti contrattuali di alienazione.

Cosicché il divieto negoziale di alienazione è subordinato a due requisiti di validità: un conveniente limite temporale; un apprezzabile interesse di una delle parti.

---

<sup>56</sup> Trattasi di M. COSTANZA, *Numerus clausus dei diritti reali e autonomia contrattuale*, in *Studi in onore di C. Grassetti*, cit., p. 447 ss.; ID., *I contratti atipici*, cit., p. 141 ss., spec. p. 171. La chiara Autrice osserva, dunque, che: «<Il principio del numero chiuso, come già si è ricordato, sorse come difesa dei diritti dell'individuo nei confronti dello Stato. Sembra quanto meno strano, perciò, che oggi esso possa essere utilizzato in senso opposto, quale prerogativa attribuita allo Stato. [...] Dal punto di vista tecnico prorrorre la permanenza del principio del c.d. *numerus clausus* significherebbe svalutare una serie di disposizioni positive che già impongono all'autonomia dei privati delimitazioni. In particolare intendiamo riferirci alle regole contenute rispettivamente negli artt. 1322<sup>2</sup> e 1343 c.c. Entrambe le disposizioni assicurano efficacia giuridica ai soli rapporti che non siano contrari all'ordine pubblico inteso in senso ampio, e cioè quale sintesi dei principi fondamentali di un dato ordinamento>>. Nelle pagine precedenti, del resto, l'Autrice analizzava le servitù atipiche ed i diritti personali di godimento come fattispecie espressive della surrettizietà del principio del numero chiuso dei diritti reali. Anzi si precisa che: «<L'esigenza di salvaguardare un interesse superiore, semmai, potrebbe essere invocata a giustificazione della c.d. tipicità dei diritti reali e non anche del numero chiuso. Non sarebbe contraddittorio che l'ordinamento si riservasse la prerogativa di regolare in modo esclusivo alcune situazioni, salvo lasciare ai privati la possibilità di dar vita ad altre fattispecie di tipo analogo, provvedendo poi, con mezzi diversi da quello dello *ius cogens*, al controllo della privata autonomia>>».

<sup>57</sup> Cfr. sul punto R. CALVO, *I contratti di destinazione patrimoniale*, in *Trattato dei contratti*, cit., p. 11 ss. L'Autore compie un'interessante disamina, anche comparata, del divieto di alienazione in riferimento ai principi del *numerus clausus* e di tipicità dei diritti reali, concludendo, inoltre, nel senso della riconoscibilità nell'art. 1379 c.c. di una regola generale, come tale applicabile anche in materia testamentaria nonché ad una eventuale condizione risolutiva di non alienare, che le parti avessero apposto al negozio traslativo per attribuire in un certo senso efficacia reale al patto.

Quanto al profilo dell'efficacia, esso, come ogni altro contratto, genera un vincolo soltanto obbligatorio, fonte di una posizione creditoria – come di una corrispondente posizione debitoria - fra le parti ma inopponibile ai terzi. Con la conseguenza che un'eventuale violazione del patto sarebbe fonte di responsabilità contrattuale per la parte inadempiente ma non consentirebbe al creditore di perseguire il bene presso il terzo avente causa, indipendentemente dalla buona o mala fede dello stesso.

La dottrina che si è occupata dell'argomento ha evidenziato come il giudice, che valutasse l'insussistenza di un conveniente limite di tempo, lungi dal dichiarare la nullità del patto, dovrebbe trattarlo alla stregua di una convezione sfornita di termine finale, tale da legittimare in ogni momento, con l'esclusione di condotte abusive, il recesso della parte che si sia vincolata *sine die*.

Per altro verso l'apprezzabile interesse di una delle parti viene accostato alla clausola di meritevolezza enucleata nell'art 1322 c.c. In tal senso si è detto esso non legittima un'indagine che ne vagli la funzione sociale, essendo meritevole anche l'interesse egoistico che non si ponga in contrasto con i valori fondamentali dell'ordinamento.

Ora, il punto in cui questi principi tutt'oggi cardinali dei diritti reali e le alienazioni in garanzia si scontrano prende forma laddove la funzione di garanzia del trasferimento permea lo statuto proprietario in ordine al carattere di perpetuità ed alla consistenza effettiva della titolarità.

Si è fatto notare in dottrina, infatti, che la funzione di garanzia influisce sulla struttura e sul contenuto del trasferimento. Da una parte esso diviene per sua natura temporaneo, dall'altra il diritto del titolare di trarre beneficio dal bene, di cui ha acquistato la titolarità, è limitato al valore della garanzia<sup>58</sup>.

Ne discende la necessità di confrontarsi con la questione se nel nostro ordinamento vi sia spazio per una proprietà temporanea. Il discorso è, se possibile, più arduo di quello che

---

<sup>58</sup> F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit, p. 446, vd. nt. 43.

investe il negozio fiduciario, ove i problemi afferiscono piuttosto alla giustificazione causale del trasferimento<sup>59</sup>.

Certo è che una legislazione più chiara di quella che nel 2005 ha introdotto la disciplina degli atti di destinazione con il nuovo art. 2645 *ter* c.c, nonché più in linea con le tendenze del diritto privato europeo, avrebbe giovato<sup>60</sup>. Ciononostante, a legislazione vigente, le questioni poste dalla proprietà temporanea non sono apparse insuperabili e tanto senza dover prescindere dai principi del *numerus clausus* e di tassatività dei diritti reali.

In primo luogo lo stesso art. 1379 c.c. consente di sottoporre la proprietà ad un vincolo di inalienabilità temporaneo, purché sorretto da un'idonea giustificazione causale. Naturalmente la fattispecie è alquanto diversa dalla proprietà temporanea, trattandosi piuttosto di una proprietà temporaneamente compressa, proprio come se vi si fosse imposta una servitù negativa. Ciò non toglie che questa disposizione può essere letta come il luogo in cui il legislatore ha inteso dare spazio ad una conformazione di fonte consensuale del diritto di proprietà.

La questione aggiuntiva di non poco momento che è posta dalla proprietà temporanea, tuttavia, risiede nello sdoppiamento del diritto reale, in quanto tale opponibile a tutti i terzi, di guisa tale da ricostruire una vecchia distinzione fra dominio formale e dominio utile.

---

<sup>59</sup> All'interno dell'amplessima letteratura in materia cfr. F. FERRARA, *Negozi fiduciari*, in *Studi in V. SCIALOJA*, Milano, 1905; M. ALLARA, *La proprietà temporanea*, in *Il circolo giuridico*, 1930, I, p. 77 ss.; L. CARIOTA – FERRARA, *I negozi fiduciari*, cit.; C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento*, in *Riv., dir. comm. e obbligazioni*, cit., p. 345; S. PUGLIATTI, *Fiducia e rapporto indiretto*, in *Diritto civile, metodo, teoria, pratica*, Milano, 1951; N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964; N. DI PRISCO, *La proprietà temporanea*, Napoli, 1979; L. SANTORO, *Trust e fiducia*, in *Contratto e impresa*, 1995, p. 977; F. DI MAJO, *Mandato fiduciario e società fiduciarie*, in *Contratto e impresa*, 2012, p. 9; R. CALVO – A. CIATTI, *I contratti di destinazione patrimoniale*, in *Trattato dei contratti*, cit., p. 35 ss.

<sup>60</sup> Il riferimento è all'art. d.l. n. 273/2005, convertito con modificazioni nella legge n. 56/2006, che ha introdotto nel corpo del codice civile il nuovo art. 2645 *ter*, rubricato: «<Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad enti o persone fisiche>>». Come è noto la norma ha largamente impegnato la dottrina sulla questione se si trattasse di una norma che legittimasse semplicemente la trascrizione di un vincolo obbligatorio ai fini della sua opponibilità ai terzi, ovvero se piuttosto il legislatore avesse inteso, in tal modo, introdurre la disciplina sostanziale dell'istituto anglosassone del *trust* nell'ordinamento interno. Sul punto cfr. *ante* nt. 10 ed in particolare M. LUPOI, *Introduzione ai trusts. Diritto inglese. Convenzione dell'Aja. Diritto italiano*, cit., p. 125 ss.; F. GAZZONI, *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagatelle)*, in *Riv. not.*, 2001, p. 1247 ss.; M. LUPOI, *Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645 ter cod. civ. quale frammento del trust*, in *Trust e attività fiduciarie*, cit. p. 169 ss.; M. D'ERRICO, *La trascrizione del vincolo di destinazione nell'art. 2645 ter c.c.: prime riflessioni*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, a cura di M. BIANCA, Milano, 2007, p. 121.

Eppure – si è osservato – lo stesso codice civile non ignora del tutto questo particolare tipo di proprietà vincolata. Il riferimento è specialmente alla proprietà del mandatario ma anche alle diverse fattispecie di destinazione patrimoniale<sup>61</sup>.

La chiave di volta di questa argomentazione giuridica risiede nella considerazione dei beni fiduciari alla stregua di un patrimonio vincolato, circostanza questa ammissibile anche in assenza di una specifica disposizione normativa istitutiva, come già accade per la proprietà del mandatario, nonché in applicazione dei principi generali dell'ordinamento.

In tal senso diviene inesatto sostenere che la proprietà fiduciaria sia in opponibile ai terzi aventi causa dal fiduciario. Gli è, infatti, che il principio generale di buona fede, di fonte costituzionale e con funzione integrativa dei rapporti obbligatori, induce a ritenere che non vi sia motivo di tutelare, contro il fiduciante, il titolo conseguito in mala fede dal terzo, il quale nessun affidamento potrà aver riposto nello stesso. Parimenti, qualora il terzo fosse acquirente a titolo gratuito, le sue ragioni dovrebbero considerarsi soccombenti rispetto a quelle del proprietario fiduciario, in applicazione dell'antica regola, per cui fra *qui certat de damno vitando* e *qui certat de lucro captando*, deve essere la posizione del primo a prevalere.

A soluzioni più o meno simili si potrebbe giungere imponendo al fiduciario il risarcimento del danno in forma specifica ex art. 2058 c.c., ovvero reputando il contratto da questi concluso con il terzo annullabile per conflitto di interessi a norma dell'art. 1394 c.c. Meno praticabile appare la strada della trascrizione del vincolo, in considerazione della tipicità del sistema italiano in materia.

Riguardo all'opponibilità della proprietà fiduciaria ai creditori del fiduciario, appare essenziale il richiamo all'art. 1707 c.c., laddove il legislatore sembra aver riconosciuto la peculiarità della proprietà del mandatario, col prevedere che i creditori dello stesso non possono aggredire i beni che questi abbia acquistato in nome proprio e nell'interesse del mandante.

---

<sup>61</sup> L'osservazione era già di M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, cit., p. 148; ma le argomentazioni sviluppate nel testo appartengono a R. CALVO – A. CIATTI, *I contratti di destinazione patrimoniale*, in *Trattato dei contratti*, cit., p. 57 ss. Sul punto si veda anche R. CALVO, *La proprietà del mandatario*, Padova, 1996.

Non vi sarebbe motivo, poi, per ritenere che i beni fiduciari costituiscano un patrimonio separato in confronto dei creditori del fiduciario e non anche rispetto a quelli del fiduciante, pur essendo le questioni poste da questi ultimi molto più circoscritte e gestibili.

Infine, quando vi fosse un terzo beneficiario della gestione fiduciaria, questi potrebbe far valere le proprie ragioni sia in forza delle previsioni dell'art. 1411 c.c., che, specialmente, in applicazione analogica dell'art. 2645 *ter* c.c., nella parte in cui dispone che per la realizzazione delle finalità previste può agire, oltre al conferente, qualunque interessato, anche durante la vita del primo.

In conclusione, ferma restando la notevole opportunità di una riforma, non mancano a legislazione vigente gli elementi per considerare la proprietà trasferita in funzione di garanzia alla stregua di un patrimonio separato e destinato, sì da poterne trarre le dovute conseguenze in punto di statuto interno nonché di efficacia nei confronti dei terzi.

### **3.2 Il divieto del patto commissorio.**

Si è già innanzi anticipato come tradizionale ostacolo alla percorribilità della strada delle alienazioni in garanzia e più ampiamente delle garanzie reali atipiche risieda nel divieto del patto commissorio<sup>62</sup>.

---

<sup>62</sup>Cfr. in materia di divieto del patto commissorio, *ex multis* e senza alcuna pretesa di esaustività, F. CARNELUTTI, *Note sul patto commissorio*, in *Studi di diritto processuale*, I, 1925, p. 487; G. STOLFI, *Patto commissorio ed ipoteca*, in *Foro it.*, 1926, I, p. 282; B. BRUGI, *I limiti del divieto del patto commissorio*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, II, p. 46; E. BETTI, *Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, p. 689; G. PUGLIESE, *Nullità del patto commissorio e vendita con patto di riscatto*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1945, I, p. 156; S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, p. 341; V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, *cit.*; V. ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. SCIALOJA – G. BRANCA, *artt. 2740-2899 c.c.*, Bologna-Roma, 1955; C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, *cit.*; S. F. MARTORANO, *Cauzione e pegno irregolare*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, I, p. 94; C. VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli, 1968; L. BARBIERA, *Garanzie del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971; C. M. PRATIS, *Commento all'art. 2744 c.c.*, in *Comm. c.c.*, Artt. 2740-2783, *Della tutela dei diritti*, Torino, 1976, p. 89; U. CARNEVALI, voce *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 499; V. ROPPO, *Il divieto del patto commissorio*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, XIX, Torino, 1985, p. 433; G. CESARO, *Lease back e patto commissorio*, in *Riv. not.*, 1986, p. 790; A. LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 219; M. DI PAOLO, voce "*Patto commissorio*", in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XIII, Torino, 1995, p. 309; F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, *cit.*; R. DE NICTOLIS, *Nuove garanzie personali e reali*, Padova, 1998, p. 457; A. SASSI, *Garanzie del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità delle garanzie*, Napoli, 2000; D. VALENTINO, *Circolazione dei beni in funzione di garanzia*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, 2008,

Come è noto l'istituto è disciplinato dagli artt. 1963 e 2744 c.c., dove è associato all'anticresi e alle garanzie reali tipiche. In sostanza il legislatore ha inteso sanzionare con la nullità tutte quelle pattuizioni che consentissero al creditore pignoratorio, ipotecario o anticretico di conseguire la proprietà della cosa data in pegno, ipotecata o costituita in anticresi in conseguenza dell'inadempimento del debitore. Tanto anche qualora detta convezione fosse stata stipulata soltanto dopo la costituzione della garanzia reale tipica ovvero dell'anticresi<sup>63</sup>.

---

p. 2969; C. BOTTA, *Vendita, accordo di retrovendita e divieto del patto commissorio*, in *Notariato*, 2010, p. 75; B. SALVATORE, *Circolazione dei beni ed evoluzione del divieto del patto commissorio*, in *Notariato*, 2012, 6, p. 717.

<sup>63</sup> Per una prospettiva comparatistica cfr. A. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari (modelli e problemi nella prospettiva europea)*, Milano, 2001, p. 111 ss.; G. BRIANDA, *Le prospettive del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria, lex mercatoria e tradizione*, in *Contratto e impresa*, 2016, 3, p. 797 ss. Entrambi gli Autori evidenziano come il divieto del patto commissorio sia importante crocevia dove si incontrano il nuovo e l'antico. Dove l'esigenza di ottenere finanziamenti da parte di imprese e consumatori e la corrispondente ma opposta attenzione alla tutela del credito, proveniente essenzialmente delle banche, si trovano a dover dialogare con quei pilastri della tradizione civilistica continentale che sono il principio del numero chiuso e della tipicità dei diritti reali, il consenso traslativo e la causalità – almeno per alcuni ordinamenti - dei trasferimenti, la *par condicio creditorum*, la giurisdizionalità della tutela dei diritti. Ora, le risposte date dai diversi ordinamenti giuridici a questa tensione sistemica sono state differenti e non sempre provenienti dalla medesima fonte. In Germania sono state soprattutto la giurisprudenza e la prassi commerciale a mostrarsi favorevoli al fiorire di garanzie reali atipiche, che fossero in qualche modo compatibili con il divieto del patto commissorio. Così, sebbene i §§ 1149 e 1229 BGB dichiarino la nullità dei patti con i quali il creditore acquisti in via definitiva l'oggetto della garanzia per il caso dell'inadempimento del debitore, la giurisprudenza si è mostrata sin da subito favorevole alla diffusione nella prassi commerciale delle alienazioni a scopo di garanzia. In tal senso notevole spazio si è dato, da una parte, al trasferimento fiduciario della proprietà a scopo di garanzia (*Sicherungsübereignung*), dall'altra non si è in alcun modo ostacolato l'utilizzo di fattispecie tipiche con funzioni differenti da quella originariamente assegnata loro dal legislatore come è nel caso della vendita con riserva di proprietà disciplinata dal § 455 BGB (*Eigentumsvorbehalt*), piegata ad un eccentrico scopo di garanzia. Complice di questo *trend*, specialmente giurisprudenziale e consuetudinario, è stato anche il particolare atteggiarsi della disciplina delle garanzie mobiliari in Germania, del tutto priva di qualsivoglia forma pubblicitaria, all'esatto opposto di quanto avviene per le garanzie immobiliari.

Negli Stati Uniti ad un sistema fortemente basato sul meccanismo pubblicitario si associa attraverso l'art. 9 *Uniform Commercial Code* la possibilità del creditore di appropriarsi del bene assegnatogli in garanzia dal debitore, tanto purché ciò avvenga in base a condizioni commerciali ragionevoli, che l'autorità giudiziaria potrà in via eventuale e successiva essere chiamata a sindacare e sotto l'egida dei *punitive damages* per il creditore che abbia inteso frodare il debitore pure inadempiente. Altro pregio generalmente riconosciuto all'articolo in esame è stato quello di concentrare i vari istituti di garanzia reale ideati dalla prassi commerciale nella fattispecie unitaria del *security interest*.

L'esperienza inglese è piuttosto vicina, invece, a quella tedesca. Ed infatti con sebbene il *Property Act* del 1925 siano state vietate le pattuizioni commissorie, in sostanza la prassi commerciale e le corti di *equity* hanno favorito lo sviluppo di garanzie mobiliari senza spossessamento, nonché di alienazioni in garanzia, più conformi alle richieste del mutato tessuto economico e sociale.

Eccentrica è stata l'esperienza francese, invero più in confronto degli altri ordinamenti che rispetto alla propria tradizione storica. Sino al 2006, infatti, l'art. 2078 *code civil* sanciva al co. 2 il divieto del patto commissorio ed esso era reputato sì un'anchilosi del sistema ma in ogni caso insuperabile in via consuetudinaria o giurisprudenziale. In particolare l'articolo succitato disponeva: <<Toute clause qui autoriserait le créancier a s'approprier le gage ou a en disposer sans les formalités ci-dessus est nulle>>. Le <<formalités>> indicate erano quelle specificate nel comma precedente, secondo il quale <<le créancier ne peut, a défaut de paiement, disposer du gage; sauf a lui a faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement et jusqu'a due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères>>, ovvero, in

Orbene storicamente il patto commissorio ha conosciuto alterna fortuna. Consentito nel diritto romano classico, fu vietato dall'imperatore Costantino certamente sotto l'influenza della religione cristiana in espansione, venne nuovamente ammesso in epoca medioevale, rimase sempre deprecato nel diritto canonico, per essere, infine, generalmente bandito nelle codificazioni moderne<sup>64</sup>.

Invero, tuttavia, il previgente codice del 1865 limitava singolarmente il divieto delle pattuizioni commissorie al pegno e all'anticresi, tacendosi in ordine all'ipoteca. Ciò che comportò – indice questo della intrinseca prolificità della figura – il moltiplicarsi dei patti commissori collegati alla costituzione di ipoteca, consentendosi in ultima analisi di accedere a tale tipo di negoziazione proprio nei rapporti presumibilmente più gravosi per il debitore e dove, evidentemente, i creditori chiedevano maggiori e più liquide garanzie.

Si pose, inoltre, la questione se la sanzione di nullità dovesse limitarsi alle pattuizioni *in continenti*, ovverossia stipulate contestualmente alla costituzione del rapporto di garanzia, o potesse estendersi anche ai patti *ex intervallo*, in quanto tali conclusi soltanto in un momento successivo alla genesi della garanzia pignorizia o ipotecaria.

Con il codice del 1942 si è inteso porre rimedio ad entrambi questi inconvenienti. Ed infatti l'art. 2744 c.c. da una parte vieta il patto commissorio anche quando sia stipulato in favore di un creditore ipotecario, dall'altra espressamente prevede che <<il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione del pegno o dell'ipoteca>>, sul punto allineandosi con la nuova formulazione data, coerentemente, anche all'art. 1963 c.c. per l'anticresi, laddove si dispone la nullità di qualunque pattuizione commissoria <<anche posteriore alla conclusione del contratto>>.

---

sostanza le formalità di giustizia legate allo svolgimento di una procedura esecutiva giudiziale. Orbene, l'*Ordonnance* del 23 marzo 2006 n. 346 ha riformato i titoli XVIII e XIX del libro III del *code civil*, sostituendo fra l'altro alla suddetta previsione dell'art. 2078 la nuova formulazione dell'art. 2348 co. 1, secondo il quale: <<*il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou postérieurement, qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien gage*>>, ovvero: <<può essere convenuto, al momento della costituzione del pegno o successivamente, che in caso di inadempimento dell'obbligazione garantita il creditore divenga proprietario del bene oppignorato>>. Al comma successivo, infine, si individuano i limiti legali della pattuizione dando veste legale al patto marciano, con la previsione che il valore del bene debba essere stimato da un terzo imparziale al momento dell'inadempimento e che il creditore sia comunque tenuto a corrispondere al debitore l'eventuale supero.

<sup>64</sup> Cfr. V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, cit., p. 1 ss.

<<Caron non ti crucciare, vuolsi così colà dove si puote ciò che si vuole e più non dimandare>> pare dire, in sostanza, dantescamente il codice<sup>65</sup>.

Gli è che nel diritto moderno l'associazione delle pattuizioni commissorie ad un rapporto di garanzia, reale o personale, tipico, è un ipotesi <<solo eventuale, per non dire scolastica>><sup>66</sup>.

Accade molto più di frequente, invece, che, le parti colleghino ad un contestuale o pregresso rapporto obbligatorio un patto commissorio autonomo, nel senso di svincolato da qualsivoglia rapporto di garanzia che inerisca alla medesima obbligazione.

Ne discende, allora, che la questione è quale sia il regime giuridico di questi patti e se questi siano da considerarsi tutti automaticamente nulli ovvero se la valutazione che – tra le righe – il legislatore abbia richiesto agli interpreti, anche attraverso la scelta flessibile del silenzio, debba essere meno manichea e scendere più nel profondo.

Malgrado qualche pure autorevole voce dissonante sul punto<sup>67</sup>, deve convenirsi che i limiti esterni di una norma siano tracciati dalla sua *ratio*. D'altronde a suggerirlo è lo stesso brocardo latino che tradizionalmente è fatto sottendere al metodo dell'interpretazione analogica, fondata appunto sullo scrutinio della *ratio legis*, laddove si dice che in tali casi *lex minus dixit quam voluit*.

E così, credendo di averne sciolto il nodo gordiano, si viene al nocciolo della questione. In altri termini sulla *ratio* del divieto del patto commissorio si sono scritti fiumi di pagine.

Secondo una più risalente e tradizionale impostazione esso si sarebbe dovuto ricondurre all'intenzione del legislatore di sanzionare duramente ogni stipulazione abusiva e giugulatoria nei confronti del debitore bisognoso<sup>68</sup>. Al divieto del patto commissorio si guardava, quindi,

---

<sup>65</sup> Il riferimento, come è noto, è alla celebre frase che Dante fa pronunciare a Virgilio prima all'indirizzo di Caronte nel II Canto dell'Inferno e successivamente, nel V Canto, nel rivolgersi a Minosse.

<sup>66</sup> L'espressione è di B. SALVATORE, *Circolazione dei beni ed evoluzione del divieto del patto commissorio*, cit., p. 718.

<sup>67</sup> Il richiamo è a F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 48, ove l'Autore lamenta l'imprecisione del criterio della *ratio legis*.

<sup>68</sup> Nella vigenza del codice del 1865, quando questa tesi fece il maggior numero di proseliti, cfr. fra gli altri D. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1971, p. 1027; vigente il nuovo codice civile, invece, D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Torino, 1962, p. 145

non diversamente che ad una convezione usuraia e, del resto, non c'è dubbio che fu questo il movente storico della sua deprecazione del patto in epoca cristiana.

La critica più forte a questa ricostruzione si è soffermata sulla sanzione che il legislatore ha inteso far seguire alla violazione del patto. La nullità – si osserva – è rimedio invalidante che nell'impianto codicistico è posto a tutela di interessi generali. Quando, invece, si è inteso tutelare interessi particolari, anche nell'economia di un rapporto negoziale in cui una parte abbia abusato della propria posizione a danno dell'altra o della posizione di questa a vantaggio proprio, si è fatto ricorso a due diverse categorie patologiche: l'annullabilità e la rescissione<sup>69</sup>.

Successivamente ha guadagnato terreno, allora, un diverso orientamento, a mente del quale il legislatore avrebbe inteso vietare le pattuizioni commissorie per preservare il principio della *par condicio creditorum*<sup>70</sup>.

I sostenitori di questo secondo filone interpretativo argomentano nel senso che il creditore che si fosse munito di una pattuizione commissoria sottrarrebbe sempre il bene che ne è oggetto alla procedura esecutiva e, quindi, al concorso degli altri creditori chirografari, a lui equiordinati, con i vantaggi, ciascuno di essi difficile a realizzarsi in sede esecutiva, dell'appropriazione del bene immediatamente, senza altri pretendenti e nel suo effettivo valore. Per non dire, poi, che, diversamente da quanto accade in confronto del creditore ipotecario, che fa discendere il proprio diritto di prelazione direttamente dalla iscrizione della

---

<sup>69</sup> Cfr. sul punto C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 202 ss. Qui l'Autore sottolinea, in primo luogo, come: «l'opinione tradizionale sul fondamento del divieto del patto commissorio è quella che ravvisa nel divieto la necessità di eliminare un mezzo di iniqua coartazione a danno del debitore. Tale opinione si ricollega ai termini dello stesso editto di Costantino, dove è espressamente richiamata la crescente asprezza della convenzione vietata e dove appare chiaramente l'intento di porre un limite a tutela del debitore»; per poi evidenziare che «le maggiori perplessità contro l'opinione che intensa la *ratio* del divieto come tutela del contraente che stipula in condizioni di inferiorità per il suo stato di bisogno, è prevista in via generale dall'art. 1448 c.c.»; «Cosicché «pur se il contraente agisca in stato di bisogno e la sproporzione tra le prestazioni superi la misura prevista dalla legge, la tutela del contraente non è affidata ad una sanzione di nullità del negozio, ma ad un'azione di rescissione, la quale, oltre ad essere soggetta ad un breve termine di prescrizione (art. 1449 c.c.), consente all'altra parte di tenere fermo il negozio con le modifiche che riconducano quest'ultimo ad equità (art. 1450 c.c.) e lascia inoltre impregiudicati i diritti acquistati dai terzi (art. 1452 c.c.)». Che la sanzione di nullità del patto commissorio non fosse riconducibile ad una relazione di affinità di questo con l'usura, come pure si era pensato, è attestato – osserva l'Autore – dalla circostanza che le due fattispecie erano tenute del tutto distinte prima dell'emanazione del codice del 1942, essendo, singolarmente, lecita l'usura e vietato il patto commissorio.

<sup>70</sup> Cfr. nella vigenza del vecchio codice civile V. CARNELUTTI, *Note sul patto commissorio*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, II, p. 887 ss., dove si riconduce il motivo della nullità del patto alla «tutela dell'interesse del debitore stesso e degli altri creditori (chirografari); successivamente T. MANCINI, *Vendita con patto di riscatto e nullità ex art. 2744 c.c.*, in *Foro it.*, 1966, I, p. 1120; L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., p. 206.

garanzia nei registri immobiliari, il creditore pignoratizio, che avesse *medio tempore* perso il possesso della cosa, potrebbe essere destinato a soccombere nel conflitto con il creditore assistito da una convenzione commissoria sul medesimo bene.

Del resto militerebbe in favore di questa differente ricostruzione anche il dato sistematico. Ed in effetti l'art. 2744 c.c. chiude il capo destinato alla disciplina delle disposizioni generali sulla responsabilità patrimoniale, le cause legittime di prelazione e la conservazione della garanzia patrimoniale, ove alla definizione del concetto di responsabilità patrimoniale generica segue immediatamente l'enunciazione del principio della *par condicio creditorum*.

Ora, in disparte il discorso relativo alla consistenza sostanziale del principio richiamato, sul quale si ci è già soffermati in precedenza, gli è che la tutela degli interessi creditori contro una certa iperattività del debitore, sostenuto dal malizioso benvolere del suo avente causa, è affidata all'effetto di inefficacia relativa dell'azione revocatoria, tradizionale strumento di conservazione della garanzia patrimoniale, rispetto al quale la nullità appare una soluzione, su queste basi, innegabilmente eccedentaria<sup>71</sup>.

Non da ultimo, poi, entrambe le tesi prospettate innanzi hanno suscitato perplessità per non essersi occupate della particolare situazione nella quale la convenzione commissoria dovrebbe considerarsi nulla anche in assenza di approfittamento dello stato di bisogno del debitore ovvero allorquando sia trasferita la titolarità di un bene di valore corrispondente all'ammontare del credito garantito.

L'insufficienza del scopo di tutela di interessi particolari a giustificare l'estremo rimedio affiancato al divieto del patto commissorio ha sospinto altra dottrina a ricercarne le ragioni nel presidio di interessi generali.

Si è detto, dunque, che il divieto troverebbe giustificazione nella pretesa dello Stato di gestione in via esclusiva delle procedure di realizzazione coattiva del credito, non essendovi

---

<sup>71</sup> La notazione è ancora di C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., spec. p. 215, il quale osserva: <<E' stato detto che potrebbero non esservi creditori concorrenti. Ma deve dirsi, piuttosto, che pur richiamando il pregiudizio dei creditori concorrenti, rimarrebbe comunque inspiegato perché la sanzione del patto commissorio non sia conforme a quella adottata nel nostro diritto positivo per gli atti pregiudizievoli ai creditori, e cioè la sanzione dell'inefficacia relativa. Poiché è proprio la funzione di tutela delle ragioni del creditore che giustifica i limiti di questa sanzione, è dubbio che la medesima funzione possa essere assunta a fondamento di una sanzione in cui tali limiti sono superati addirittura in una nullità radicale del negozio>>.

spazio per convenzioni che consentano al debitore di assoggettarsi al potere di autotutela esecutiva del creditore<sup>72</sup>.

Anche in tal caso, però – si è osservato – questa tesi si frantuma sulla disciplina del contratto cessione dei beni ai creditori ai sensi degli artt. 1977 ss. c.c., che costituisce proprio una deroga convenzionale, a struttura plurilaterale, alla procedura esecutiva, nella misura in cui impedisce, naturalmente, ai creditori cessionari di fare ricorso alla via giudiziale e ciò, fino a quando il contratto non abbia avuto piena esecuzione sino alla fase del riparto, anche laddove la cessione abbia riguardato solo una parte delle attività del debitore<sup>73</sup>.

Sempre dalla prospettiva degli interessi generali, dunque, si è autorevolmente sostenuto che la nullità del patto commissorio debba associarsi alla sua particolare facilità a divenire una clausola di stile che, affiancata specialmente alle garanzie reali tipiche, più che all'anticresi, sarebbe idonea ad alternarne se non a neutralizzarne definitivamente il funzionamento<sup>74</sup>.

Un diverso sviluppo di una linea argomentativa simile ha condotto, poi, altra parte della dottrina a trarre la conseguenza che mentre le pattuizioni commissorie tipiche sarebbero sempre nulle, i patti commissori autonomi dovrebbero considerarsi, di converso, sempre leciti con la sola esclusione di quelli che dovessero rivestire, in via principale, una funzione di garanzia<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> Cfr. E. BETTI, *Sugli oneri e limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione dell'obbligazione*, cit., 699. M. FRAGALI, *Del mutuo (artt. 1813 – 1822)*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. SCIALOJA – G. BRANCA, *Libro IV, Delle obbligazioni*, Bologna – Roma, 1966, p. 254.

<sup>73</sup> Sul punto si veda C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 192, ove l'Autore: «<<Se il creditore può rimettere il credito insoddisfatto e se il debitore può dare liberamente in pagamento al creditore i beni del suo patrimonio, il principio dell'inderogabilità di una procedura giudiziale può essere preso in considerazione solo nei limiti in cui esso è stato enunciato espressamente nelle legislazioni francese e tedesca, cioè come inammissibilità di una deroga preventiva a tale procedura>>». Per il riferimento all'art. 1977 c.c. cfr. G. IUDICA, *Cessione dei beni ai creditori*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., II*, Torino, 1988, p. 279

<sup>74</sup> La tesi è di C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., spec. p. 217 ss. In particolare il chiaro Autore: «<<Nella stessa idoneità del patto commissorio a divenire un patto di stile potrebbe ammettersi, a nostro avviso, una possibile giustificazione oggettiva del patto stesso. Potrebbe ammettersi, infatti, un interesse generale a che non prevalga nel nostro ordinamento un sistema di garanzia inidoneo ad esprimere un assoggettamento del patrimonio del debitore esattamente adeguato alla funzione di garanzia. Evidentemente, nell'esclusione di tale sistema è realizzata la tutela degli interessi particolari del debitore e degli altri creditori, ma una diversa considerazione di questi interessi può giustificarsi, appunto, nel quadro di un fenomeno che assuma una portata di carattere generale>>».

<sup>75</sup> Il riferimento è a F. GIGLIOTTI, *Il divieto del patto commissorio*, Napoli, 1999, p. 132 ss., il quale propone, inoltre, un'interessante ricostruzione delle *rationes* poste a fondamento del divieto in esame.

Ciò che è più evidente a questo punto, probabilmente, è che le conclusioni raggiunte all'esito di questa breve rassegna <<appaiono, se non sconcertanti, certamente poco rassicuranti>><sup>76</sup>.

E tuttavia se dal patto commissorio si amplia l'orizzonte a ricomprendere anche le più recenti conquiste del dibattito dottrinario e giurisprudenziale sulle funzioni della nullità e sulla responsabilità patrimoniale, sembra che si possa ripartire da almeno due essenziali constatazioni.

In primo luogo la nullità non è sanzione invalidatoria che si accompagna esclusivamente alla tutela di interessi generali<sup>77</sup>.

In seconda battuta, se un nucleo duro c'è nel principio della responsabilità patrimoniale generica, esso risiede nell'assoggettamento del patrimonio del debitore alla pretesa del creditore nei limiti del valore della stessa. E tanto perché solo questo è il punto di ragionevole equilibrio fra la tutela del credito, quella della proprietà e l'interesse alla circolazione delle ricchezze<sup>78</sup>.

Ora, premesso che è opinione largamente condivisa in dottrina ed in giurisprudenza che l'art. 2744 c.c. veicoli una norma di valore, di guisa che esso debba applicarsi così alle pattuizioni commissorie collegate a rapporti di garanzia reale tipica come alle alienazioni in garanzia autonome, indipendentemente dal momento perfezionativo del trasferimento della titolarità del diritto<sup>79</sup>, sia consentito lasciare per un poco in quiescenza il discorso, per vero articolato,

---

<sup>76</sup> L'espressione è di A. LUMINOSO, *La vendita con patto di riscatto*, in *Commentario al cod. civ.*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1987, p. 239.

<sup>77</sup> Il punto è posto bene in risalto da B. SALVATORE, *Circolazione dei beni ed evoluzione del divieto del patto commissorio*, *cit.*, ove l'Autrice evidenzia, in primo luogo, come non sempre sia facile discernere il punto in cui l'interesse particolare diffuso sfoci in interesse generale, ed immediatamente suggerisce gli esempi della nullità degli interessi usurari, della nullità del patto leonino, dell'inderogabilità della disciplina della prescrizione. Tanto per non parlare dello straordinario impulso conosciuto a partire dai primi anni Novanta dalle ormai note nullità di protezione. In argomento cfr. V. ROPPO, *Il controllo sugli atti di autonomia privata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 489, che parla di <<soggettivizzazione strisciante del rimedio della nullità>>; sulle nullità di protezione, nell'ambito dell'amplessima letteratura in materia, sia consentito richiamarsi a V. ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie: spunti critici*, in *Europa dir. priv.*, 1998, p. 66; F. GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contratto e impresa*, 2000, p. 926 ss.; R. QUADRI, <<Nullità>> e tutela del <<contraente debole>>, in *Contratto e impresa*, 2001, p. 1146; L. VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie e le nullità a tutela della parte debole del rapporto*, in *Contratto e impresa*, 2005, p. 156; S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa dir. priv.*, 2010, p. 601 ss.

<sup>78</sup> Sul problema della responsabilità patrimoniale si rimanda alla trattazione svolta *supra* § 1.

<sup>79</sup> Il riferimento è specialmente al punto di svolta avutosi in giurisprudenza con Cass. civ., Sez. Un., 3 aprile 1989, n. 1611, in *Corr. giur.*, 1989, p. 522, con nota di F. MARICONDA, *Le sezioni unite dichiarano la nullità*

---

delle alienazioni in garanzia; in *Foro it.*, 1989, I, p. 1427, con note di F. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità* e di F. REALMONTE, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*; in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 1569, con nota di N. CANESSA, *Vendita con patto di riscatto e patto commissorio*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, II, p. 353, con nota di V. CARBONE; in *Giust. civ.*, 1989, I, 1821, con nota di M. COSTANZA, *Sulla alienazione in garanzia e il divieto del patto commissorio* e in *Foro it.*, 1990, I, p. 205, con nota di G. VALCAVI, *Intorno al divieto del patto commissorio, alla vendita simulata a scopo di garanzia e al negozio fiduciario*. In massima <<E' nulla la vendita con patto di riscatto ove le parti, nel comune intento di vincolare il bene a garanzia ed in funzione del rapporto di mutuo sottostante, subordinano gli effetti del trasferimento, apparentemente immediato, all'adempimento del debitore – venditore>>. In sostanza con questa pronuncia le Sezioni Unite della Suprema Corte accoglievano in via definitiva l'indirizzo inaugurato da Cass., Sez. III, n. 3000/1983, statuendo nel senso che l'art. 2744 c.c., piuttosto che essere norma eccezionale, esprime un <<principio comune a molti istituti>>. In questi termini il divieto comprende così le vendite, più che a scopo, con funzione di garanzia, a rimarcare il singolare elemento causale, sottoposte a condizione sospensiva come quelle risolutivamente condizionate. Esse sono, infatti, <<espressive della medesima realtà>> quale è la funzione di garanzia del credito sino alla sua estinzione. <<Un diverso trattamento – continuano i supremi giudici – è stato giustamente rilevato dalla dottrina, si risolverebbe in un vantaggio non giustificato a favore dei creditori più avveduti, per la possibilità loro offerta di preferire il ricorso alla vendita con patto di riscatto o di retrovendita, esposto al più difficile e limitato esperimento dell'azione di rescissione per lesione ex art. 1449, in quanto esercitabile entro il termine di un anno nelle sole ipotesi in cui sussista un danno superiore alla metà del valore del bene trasferito. La garanzia, si è aggiunto con altrettanto rigore logico, ben lungi dall'essere motivo della parte, assurge a causa del contratto, in quanto il trasferimento della proprietà trova obbiettiva giustificazione nel fine di garanzia, causa, peraltro, inconciliabile con quella della vendita [...]>>. Invero la giurisprudenza di legittimità ha ben presto interpretato l'art. 2744 c.c. come norma di valore, estensibile oltre i limiti dell'afferenza ad una garanzia reale tipica. In Cass., Sez. III, 8 luglio 2014, n. 15486 si legge: <<Il divieto di patto commissorio sancito dall'art. 2744 c.c. si estende a qualsiasi negozio che venga utilizzato per conseguire il risultato concreto vietato dall'ordinamento. Ne consegue che anche la procura a vendere un immobile, conferita dal mutuatario al mutuante contestualmente alla stipulazione del mutuo, è idonea ad integrare la violazione della norma suddetta, qualora si accerti che tra il mutuo e la procura sussista un nesso funzionale, non assumendo rilievo, in senso contrario, la circostanza che il bene venduto venga intestato ad un prossimo congiunto del creditore (nella specie, la di lui figlia), perché in tal caso lo strettissimo vincolo di parentela consente di ritenere che l'operazione sia stata posta in essere proprio per eludere il divieto "ex lege">>. Ma negli stessi termini si veda già Cass., Sez. II, 10 marzo 2011, n. 5740; Cass., Sez. II, 1 giugno 1993, n. 6112. Quanto, poi, più in generale alle alienazioni con funzione di garanzia, l'orientamento dei giudici di legittimità è stato per lungo tempo piuttosto restio ad accoglierne, a talune condizioni, la legittimità, preferendo riscontrarne pressochè sempre una violazione del divieto del patto commissorio. Solo in tempi molto recenti la Suprema Corte di Cassazione si è aperta con maggiore sicurezza ad ammetterne la legittimità nei limiti del patto marciano, che fa da argine esterno alle stipulazioni commissorie. Esempio in tal senso è divenuta la vicenda del contratto atipico di *sale and lease back* o locazione finanziaria di ritorno. Sino al 2015 si è ravvisato in esso una speciale forma di collegamento negoziale diretta ad aggirare il divieto di cui all'art. 2744 c.c. Nel 2015, poi, anche in accoglimento delle crescenti sollecitazioni provenienti dalla dottrina, la Corte di Cassazione ne ha riconosciuto la validità, condizionatamente alla apposizione al contratto di una clausola marciana. I due surriferiti orientamenti sono sintetizzati rispettivamente da Cass., Sez. III, 21 gennaio 2005, n. 1273: << Il contratto di *sale and lease back* si configura secondo uno schema negoziale, socialmente tipico (in quanto frequentemente applicato, sia in Italia che all'estero, nella pratica degli affari), caratterizzato da una specificità tanto di struttura quanto di funzione (e, quindi, da originalità e autonomia rispetto ai «tipi» negoziali codificati), e concretamente attuato attraverso il collegamento tra un contratto di vendita di un proprio bene di natura strumentale da parte di un'impresa (o di un lavoratore autonomo) ad una società di finanziamento che, a sua volta, lo concede contestualmente in *leasing* all'alienante al quale corrisponde, dal suo canto, un canone di utilizzazione con facoltà, alla scadenza del contratto, di riacquistarne la proprietà esercitando un diritto di opzione per un predeterminato prezzo. Manca, pertanto, nella fattispecie negoziale de qua quella trilateralità propria del leasing, potendo essere due (e soltanto due) i soggetti dell'operazione finanziaria (e, conseguentemente, le parti del contratto), in quanto l'imprenditore assume la duplice veste del fornitore-venditore e dell'utilizzatore, secondo un procedimento non diverso da quello dell'antico costituito possessorio. Ne consegue che il negozio di *sale and lease back* viola la *ratio* del divieto del patto commissorio, al pari di qualunque altra fattispecie di collegamento negoziale, sol che (e tutte le volte che) il debitore, allo scopo di garantire al creditore l'adempimento dell'obbligazione, trasferisca a garanzia del creditore stesso un proprio bene riservandosi la possibilità di riacquistarne il diritto dominicale all'esito

delle funzioni della nullità e si ponga mente, per ora, solamente alla circostanza che è altamente probabile che il legislatore non abbia inteso presidiare la procedura esecutiva in se stessa considerata quanto piuttosto evitare che essa fosse doppiata da un sistema convenzionale di autosoddisfacimento che trovasse fondamento in una condotta approfittatrice e si risolvesse in un'aggressione patrimoniale eccedentaria rispetto al valore della pretesa creditoria vantata, con pregiudizio, al contempo, del debitore, del ceto creditorio, dell'interesse dei terzi alla movimentazione delle ricchezze.

Tali essendo i termini del discorso, quindi, deve giocoforza concludersi che il divieto del patto commissorio non lambisca quelle stipulazioni, collegate a garanzie tipiche o da queste autonome, che garantiscano in concreto il rispetto dell'equilibrio fra valore della pretesa creditoria e misura della garanzia in fase attuativa, non sembrando rilevante, invece, che il diritto traslato avesse, a monte, un valore eccedentario rispetto alla consistenza del credito.

Una simile impostazione, che si dovrà necessariamente approfondire nelle pagine che seguono, trova sostegno, prima ancora di addentrarsi nel merito e nelle possibili ragioni della

---

dell'adempimento dell'obbligazione, senza, peraltro, prevedere alcuna facoltà, in caso di inadempimento, di recuperare l'eventuale eccedenza di valore del bene rispetto all'ammontare del credito, con un adattamento funzionale dello scopo di garanzia del tutto incompatibile con la struttura e la ratio del contratto di compravendita, mentre l'esistenza di una concreta causa negoziale di scambio (che può riguardare, o meno, tanto il *sale and lease back* quanto lo stesso leasing finanziario) esclude in radice la configurabilità del patto vietato>>»; e da Cass., Sez. I, 28 gennaio 2015, n. 1625: <<Perché la c.d. clausola marciana possa conseguire l'effetto di superare i profili di possibile illiceità del *lease back*, occorre che essa preveda, per il caso ed al momento dell'inadempimento, ossia quando si attuerà coattivamente la pretesa creditoria (art. 1851 c.c.), un procedimento volto alla stima del bene, entro tempi certi e con modalità definite, che assicurino la presenza di una valutazione imparziale, in quanto ancorata a parametri oggettivi automatici, oppure affidata a persona indipendente ed esperta, la quale a detti parametri farà riferimento (art. 1349 c.c.), al fine della corretta determinazione dell'an e del quantum della eventuale differenza da corrispondere all'utilizzatore. La pratica degli affari potrà poi prevedere diverse modalità concrete di stima, purché siano rispettati detti requisiti. L'essenziale è che dalla struttura del patto risulti che le parti abbiano in anticipo previsto che, nella sostanza dell'operazione economica, il debitore perderà eventualmente la proprietà del suo bene per un prezzo giusto, determinato al tempo dell'inadempimento, perché il surplus gli sarà senz'altro restituito. Non è invece necessario che la clausola marciana subordini, altresì, l'acquisizione del bene da parte del creditore alla condizione del pagamento della differenza: infatti, così come per il divieto di cui all'art. 2744 c.c., anche la clausola marciana può essere in concreto articolata non solo nel senso di ancorare all'inadempimento il trasferimento della proprietà del bene, ma pure il consolidamento dell'effetto traslativo già realizzato, che si verificherà solo ove sia corrisposta l'eventuale differenza>>. Aperta alla valutazione del concreto atteggiarsi del regolamento negoziale nelle alienazioni in garanzia è anche la giurisprudenza di merito, per cui si veda ad es. Trib. Reggio Emilia, Sez. I, 1 ottobre 2015, n. 1281.

legislazione speciale, che non sono oggetto della trattazione di questo capitolo, nelle figure codicistiche del pegno irregolare<sup>80</sup>, del pegno di crediti<sup>81</sup>, del patto marciano<sup>82</sup>.

Non è un caso, infine, che una delle fattispecie che in modo più cristallino prevede un simile autosoddisfacimento proporzionato delle ragioni creditorie si ritrovi nella disciplina, pur scarna, dei contratti bancari, ovverossia nel settore più qualificato della raccolta del risparmio e dell'esercizio del credito e dove prima si è storicamente avvertita l'esigenza di stressare sino al limite estremo le maglie dell'autonomia privata perché fossero sostenibili al contempo il più ampio accesso al finanziamento e la certezza del suo rientro<sup>83</sup>.

---

<sup>80</sup> Si tratta del contratto bancario disciplinato dall'art. 1851 c.c. Con esso un soggetto vincola a garanzia di uno o più crediti, depositi in danaro, merci o titoli che non sono stati individuati o per i quali sia stata conferita alla banca la facoltà di disporre. In tal caso, alla scadenza del credito, la banca, che del danaro, delle merci o dei titoli ha acquistato immediatamente la titolarità, sarà tenuta a restituire al debitore inadempiente solo la somma o la parte di merci o di titoli che, al tempo della scadenza dei crediti, risultino in eccedenza rispetto all'ammontare dei crediti garantiti, e al debitore adempiente il *tantundem eiusdem generis*. Sul punto cfr. A. LUMINOSO, *Deposito cauzionale presso il terzo e depositi irregolari a scopo di garanzia*, in *Giur. comm.*, 1981, I, p. 432; F. REALMONTE, *Il pegno*, in *Trattato di diritto privato, cit.*, p. 644; G. CHINE', *Pegno irregolare e art. 53 della legge fallimentare*, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, p. 1076.

<sup>81</sup> Il richiamo è specialmente all'art. 2803 c.c. laddove si prevede che <<se il credito garantito è scaduto, il creditore può ritenere del danaro ricevuto, quanto basta per i soddisfacimento delle sue ragioni e restituire il residuo al costituente [...]>>. Sulla figura del pegno di crediti si rinvia *supra* al § 2.1.2

<sup>82</sup> Fattispecie negoziale di tradizione romanistica, essa rinviene il suo referente normativo nel codice del 1942, ma non anche la fonte del regolamento negoziale, all'art. 2798 c.c. e si sostanzia nel patto con cui il creditore pignoratorio ed il debitore convengono che, laddove quest'ultimo dovesse essere inadempiente al momento della scadenza del credito, il primo acquisterebbe la proprietà del bene costituito in garanzia con il corrispondente obbligo di restituire al debitore il supero calcolato in base alla stima del bene, fatta secondo criteri certi e predeterminati o comunque da un terzo imparziale, al momento della scadenza del credito. Sul punto cfr. V. ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio, cit.*, p. 53; C. M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio, cit.*, p. 218 ss.; M. FRAGALI, *Del mutuo, cit.*, 231 ss.; G. F. MINNITI, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 29.

<sup>83</sup> Per un'interessante e approfondita trattazione dei contratti bancari cfr. B. LIBONATI, *Contratto bancario e attività bancaria*, in *Annali dell'Università di Camerino*, XXX, 1964, spec. p. 35, 62, 116, e ora anche in *Scritti giuridici*, Milano, 2013, vol. II, p. 529 ss. Quest'ultimo Autore profonde un notevole sforzo interpretativo per la dimostrazione della tesi secondo cui <<dalla disciplina legislativa sarebbe dato desumere che la inerenza del singolo contratto a una determinata attività ne caratterizza il contenuto, di guisa che spezzato il legame, mutano le note tipologiche del contratto>>. Volendo ridurre al minimo l'interessantissima disamina, secondo il chiaro Autore l'*ubi consistam* dell'attività bancaria risiede nella riserva alle banche della partecipazione alla sovranità monetaria. Non è infatti l'erogazione del credito ma la raccolta del risparmio "per l'esercizio" del credito che costituisce il *proprium* di tale attività. Attraverso le operazioni negoziali tipiche gli istituti di credito scambiano potere di acquisto presente con potere di acquisto futuro, aumentando, infine, il potere d'acquisto effettivo della comunità, e moltiplicano la moneta mediante il meccanismo del collegamento seriale deposito – apertura di credito – deposito, che consente alla banca di lasciare in giacenza per la rimborsabilità a vista soltanto una parte delle somme depositate.

## CAPITOLO II

### ATTIVITA' BANCARIA E FINANZIAMENTO DELL'ATTIVITA' D'IMPRESA. GARANZIE ANOMALE E TRASFERIMENTI IN GARANZIA.

**Sommario:** *1. Attività bancaria e garanzie di liquidità. 2. Il pegno anomalo nell'ottica del mercato. Garanzia reale come riserva di utilità ed elasticità della struttura. 3. Pegno rotativo e garanzia fluttuante. 3.1 Pegno rotativo legale. § Segue. I contratti di garanzia finanziaria. Approccio funzionale alla garanzia mobiliare; fattispecie rotativa senza spossessamento. §§ Segue. <<Il pegno mobiliare non possessorio>> nel quadro delle <<Disposizioni urgenti in materia di procedure esecutive e concorsuali, nonché a favore degli investitori in banche in liquidazione>> (d.l. 3 maggio 2016, n. 59, convertito con modificazioni in legge 30 giugno 2016, n. 119). 3.2 Il privilegio speciale sui beni in lavorazione. 3.3 Patto di rotatività ed operazione economica. Essenzialità dell'identità di valore. 4. Contratti di garanzia finanziaria con trasferimento della proprietà. Disapplicazione del divieto del patto commissorio. 5. Trasferimento di beni immobili a garanzia di un finanziamento. L'art. 48 bis T.U.B. tra diritto e mercato.*

#### *1. Attività bancaria e garanzie di liquidità.*

<<Nella materia bancaria, anche più che in altri campi del traffico, si rivela la tendenza alla formazione di speciali tipi di negozi giuridici, più o meno dissimili dagli schemi tradizionali. Cercarne la nota caratteristica nella funzione economica e nella corrispondente struttura

giuridica, ricondurli ed inquadrarli nel sistema generale degli atti giuridici sono fra i compiti più difficili, ma anche più attraenti per il giurista>>><sup>84</sup>.

Tali erano le osservazioni di un celebre giurista agli inizi degli anni Trenta del secolo appena trascorso, segno questo che prima ancora della legge bancaria del 1936 – 1938, dell'avvento del Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, delle direttive di armonizzazione europea, della nascita del Sistema Europeo di Banche Centrali e della crisi economico – finanziaria, l'attività bancaria ha manifestato la propria eccentricità e per ciò solo una certa refrattarietà a rispettare rigorosamente la legislazione modellata sulle esigenze dei privati<sup>85</sup>.

Tanto rende detta attività un angolo visuale privilegiato per la misurazione della consistenza di taluni principi dell'ordinamento considerati fondamentali e per la corrispondente valutazione delle effettive potenzialità, *rebus sic stantibus*, dell'autonomia negoziale, tenuto conto, naturalmente, di tutti i fattori coinvolti, fra i quali, oltre alla peculiarità dell'attività considerata, anche la qualificazione professionale talvolta di entrambi e comunque di almeno uno dei soggetti del rapporto contrattuale.

Non è un caso, allora, che anche la materia delle garanzie reali, baluardo, come si è tentato di indicare, di plurimi cardini dell'ordinamento privatistico, abbia incontrato proprio nella prassi dei rapporti bancari il suo più abile dissacratore. In tale contesto il superamento della necessità dello spossessamento e della fissità dell'oggetto nella garanzia mobiliare come anche la possibilità per il creditore bancario di appropriarsi dell'oggetto, mobiliare o immobiliare, della garanzia, tramutano le proprie sembianze da elementi della fattispecie eccentrici ed indicatori di possibile illiceità ad aspetti normativi dotati, oltre che di utilità, di una propria coerenza sistematica.

Diviene indispensabile a questo punto, quindi, indicare quale sia il *proprium* dell'attività bancaria che l'ha resa sin dappprincipio oppositore e al contempo polmone del diritto privato.

---

<sup>84</sup> Così P. GRECO, *Le operazioni di banca*, Padova, 1930, p. 2.

<sup>85</sup> Per una compiuta ricostruzione della strutturazione e del funzionamento del sistema bancario, cfr. F. GIORGIANNI – C. M. TARDIVO, *Diritto bancario*, Milano 2006, spec. pag. 4 ss., 145 ss. e 363 ss. Cfr. anche M. PORZIO, *Banca e attività bancaria*, in *Enc. dir., Aggiorn., IV*, 2000, p. 157; G. MOLLE – L. DESIDERIO, *Manuale di diritto bancario e dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 2005; A. ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, Milano, 2009.

Invero la disciplina codicistica non offre, in prima battuta, alcun ausilio alla causa, in quanto, come è noto, il legislatore del 1942 si è limitato ad introdurre all'interno del nuovo codice civile la disciplina piuttosto scarna di alcuni contratti bancari tipici in una successione di meno di trenta articoli (1834 – 1860 c.c.).

Al contrario, malgrado l'ermetismo delle formule, giova piuttosto riguardare, dapprima, al combinato disposto degli artt. 10 e 11 T.U.B. Ivi si rinviene, infatti, la definizione tradizionale di attività bancaria, quale intermediazione fra <<la raccolta di risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito>>; vi è precisato che essa <<ha carattere di impresa>>; che <<è raccolta del risparmio l'acquisizione di fondi con obbligo di rimborso, sia sotto forma di depositi sia sotto altra forma>>; che, infine, <<la raccolta del risparmio tra il pubblico è vietata ai soggetti diversi dalle banche>><sup>86</sup>.

A ciò si aggiunga che la tutela del risparmio e l'esercizio del credito trovano specifico presidio costituzionale nell'art. 47, laddove la stessa Costituzione prescrive al legislatore di intervenire in termini di disciplina, coordinamento e controllo.

Cosicché in dottrina si è evidenziato come, quando l'attività d'impresa coinvolga interessi di carattere generale, si riveli insufficiente la logica del <<puro e semplice miglior risultato possibile>>, imponendosi al legislatore di predisporre i programmi e i controlli adeguati per favorire la funzionalizzazione dell'iniziativa economica a fini sociali. E ancora <<se la ricchezza *raccolta* non è custodita in casseforti ma investita in imprese>>, si giustificano il sistema di autorizzazioni e di controlli successivi che innervano l'attività bancaria, oltre che gli obblighi di trasparenza, di pubblicità, di sana e prudente gestione, che connotano le prestazioni degli istituti di credito<sup>87</sup>. Come è noto, infatti, il T.U.B. sottopone il settore in esame al complesso dei poteri del CICR, del Ministero dell'economia e delle finanze e della Banca d'Italia. Quest'ultima autorizza l'esercizio dell'attività di intermediazione e gode di poteri di vigilanza informativa, regolamentare ed ispettiva. Le banche, nell'esercizio della propria attività riservata – giacché, come si è visto, la raccolta del risparmio presso il pubblico

---

<sup>86</sup> Cfr. C. BRESCIA MORRA, *sub art. 10*, e L. PARRELLA, *sub art. 11*, in M. PORZIO – F. BELLI – G. LOSAPPIO – M. RISPOLI FARINA – V. SANTORO, *Testo Unico Bancario, Commentario*, Milano, 2010, spec. p. 86 e 111. Sul punto si veda anche F. CAPRIGLIONE, *Nozioni di attività bancaria e di raccolta del risparmio*, in *Disciplina delle banche e degli intermediari finanziari*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Padova, 2000, p. 37, laddove si sottolinea la profonda innovatività del lessico utilizzato per definire tale particolare attività; critico, invece, sul punto, P. FERRO – LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*, I, Torino, 2004, p. 91, ove si suggerisce di partire piuttosto dalla definizione in termini economici dell'attività bancaria.

<sup>87</sup> Il riferimento è a B. LIBONATI, *Corso di diritto commerciale*, Milano, 2009, p. 134 ss.

nelle forme di cui all'art. 11 co. 5 T.U.B. è vietata a soggetti diversi - devono essere costituite in forma di società per azioni o di società cooperative per azioni a responsabilità limitata, devono rispettare minimi di capitale di rischio e dotarsi, per le funzioni di dirigenza, di soggetti particolarmente qualificati. Esse, quindi, sono iscritte in un apposito albo tenuto dalla Banca d'Italia.

Evidentemente le caratteristiche dell'attività bancaria sono tali da determinare lo stesso statuto dei soggetti che sono abilitati ad esercitarla.

Parimenti, è stato osservato, la sua pregnanza è tale da connotare anche i singoli atti di cui essa si compone, e fra questi in primo luogo i contratti bancari tipici, che ne segnano lo scheletro, così da affrancarsi da quel dato normativo, in una certa misura tautologico, che conduce ad individuare nell'elemento soggettivo il tratto connotativo costante degli atti di banca piuttosto che una conseguenza necessaria del loro statuto sostanziale<sup>88</sup>.

Si intende dire, allora, con dottrina autorevole alla quale si vuole dare qui pienamente seguito, che l'*ubi consistam* dell'attività bancaria risiede nella riserva alle banche della partecipazione alla sovranità monetaria.<sup>89</sup> Non è infatti l'erogazione del credito ma la raccolta del risparmio

---

<sup>88</sup> Cfr. per la tesi che argomenta nel senso che i contratti bancari esigono la partecipazione di una banca e, cionondimeno, tanto non esclude l'applicabilità in via analogica della relativa disciplina, con la sola esclusione delle norme che fanno eccezione a regole generali, cfr. G. MINERVINI, *Banca, attività bancaria, contratti bancari*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1962, I, p. 313; *contra*, per un orientamento oggettivo puro, in forza del quale il contratto bancario è contraddistinto esclusivamente dal <<vecchio perno della concessione di credito per far credito>>, cfr. F. MESSINEO, *Caratteri giuridici comuni, concetto e classificazione dei contratti bancari*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1960, I, p. 340.

<sup>89</sup> Cfr. C. ANGELICI- F. BELLI - G. L. GRECO - M. PORZIO - M. RISPOLI FARINA, *I contratti delle banche*, Torino, 2002, p. 171 ss., spec. p. 184; C. BRESCIA MORRA - U. MORERA, *L'impresa bancaria: l'organizzazione e il contratto*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, a cura di P. PERLINGIERI, 2006, 11, V, p. 414; B. LIBONATI, *Contratto bancario e attività bancaria*, in *Annali dell'Università di Camerino*, XXX, 1964, spec. p. 35, 62, 116, da cui si cita; e ora anche in *Scritti giuridici*, Milano, 2013, vol. II, p. 529 ss. Quest'ultimo Autore profonde un notevole sforzo interpretativo per la dimostrazione della tesi secondo cui <<dalla disciplina legislativa sarebbe dato desumere che la inerenza del singolo contratto a una determinata attività ne caratterizza il contenuto, di guisa che spezzato il legame, mutano le note tipologiche del contratto>>. Così, definita l'attività come una serie di atti accomunati dall'unità dello scopo finale, si precisa che l'inerenza di un atto ad un'attività vada vagliata sotto i due profili strutturale e teleologico. Di questi può mancare talvolta il primo, consistente nella reiterazione seriale standardizzata; mai il secondo. Delle operazioni bancarie tipiche o essenziali il deposito e l'apertura di credito rivelano un'inerenza all'attività bancaria sia strutturale che funzionale; lo sconto e l'anticipazione bancaria, invece, prescindono dal dato strutturale. Tutti i contratti suddetti, poi, sono strumentali a garantire il funzionamento del sistema della liquidità bancaria. Il deposito e l'apertura di credito, in particolare, rispondono allo scopo di investimento e reinvestimento delle somme raccolte presso il pubblico, senza gravare il beneficiario dell'obbligo di custodia cui è tenuto il mutuatario, col risultato finale dell'incremento della liquidità e della moltiplicazione della moneta. I poteri dello scontatore (ex artt. 1859 ss. c.c.) e quelli del sovventore (ex artt. 1850 ss. c.c.), d'altra parte, sono orientati ad assicurare il rapido rientro delle operazioni attive affinché non pregiudichino il funzionamento del sistema suesposto. Invero l'Autore evidenzia come anche con le operazioni bancarie accessorie, ossia <<non strumentali ai risultati cui tende l'attività bancaria tipica>>, gli istituti di credito offrano il godimento di una particolare organizzazione. Così accade per il servizio delle cassette di sicurezza, come per il deposito di titoli in

“per l’esercizio” del credito che costituisce la connotazione più caratteristica dell’attività delle banche. Attraverso le operazioni negoziali tipiche gli istituti di credito scambiano potere di acquisto presente con potere di acquisto futuro, aumentando infine il potere d’acquisto effettivo della comunità, e moltiplicano la moneta circolante, tutto mediante il meccanismo del collegamento seriale, o meglio organizzato in massa, di operazioni passive e di operazioni attive, il quale consente all’operatore di lasciare in giacenza per la rimborsabilità a vista soltanto una parte delle somme depositate<sup>90</sup>.

Pertanto le principali operazioni bancarie attive e passive ex artt. 1834 ss. c.c. esibiscono una disciplina legale che ne disvela l’interconnessione e la strumentalità al funzionamento del meccanismo della liquidità bancaria, che significa in altri termini che detti atti ineriscono teleologicamente all’attività in parola. In particolare la banca svolgendo il proprio precipuo compito di intermediatrice fra chi ha un’eccedenza di denaro e chi ne abbisogna, è tenuta a garantire la rimborsabilità a vista dei depositi e tanto può fare solamente mediante la gestione di operazioni di massa che consentono all’istituto, attraverso accurati calcoli statistici che stabiliscono con elevato grado di probabilità il tempo di rimborso dei capitali raccolti, di disporre sempre di liquidità pur reinvestendo una parte dei capitali depositati e talvolta anche compiendo la stessa operazione una pluralità di volte sul medesimo capitale.

In altri e brevissimi termini l’attività di intermediazione nel credito che garantisca, attraverso la remunerazione e la rimborsabilità a vista, in una la tutela del risparmio, l’erogazione di finanziamenti ai soggetti che ne abbisognino ed il conseguimento del fine di lucro, è

---

amministrazione e il contratto di conto corrente bancario. In conclusione, quindi, si osserva: <<Il richiamo alla banca assumerebbe allora un significato profondo: sarebbe [...] l’estrinsecazione o il riflesso soggettivo di un elemento intrinseco che costituisce, anzi, il dato tipologico comune – o uno, e (forse) il più notevole fra i dati tipologici comuni – ai contratti bancari, utile a riunirli in una categoria giuridicamente ben definibile>>.

<sup>90</sup> Sulla distinzione, essenziale, fra operazioni in serie ed operazioni in massa, cfr. F. GIORGIANNI – C. M. TARDIVO, *Diritto bancario, cit.*, p. 371, ove si legge: <<La contrattazione in serie, a tutto concedere, potrebbe riflettersi giuridicamente nell’ipotesi dell’uso di schemi contrattuali *standard* e di condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti. Si tratta, tuttavia, di riflessi che. Seppure presenti anche nei contratti bancari e assicurativi, non producono particolari distorsioni agli schemi negoziali cui si ricollegano, sicché sotto tale profilo il carattere in serie non esercita effettive funzioni qualificatrici del contratto. La contrattazione di massa invece sembra postulare, innanzitutto, l’esercizio di una particolare attività imprenditoriale: uno dei contraenti, in altri termini, deve necessariamente risultare un’impresa che intanto può perseguire le sue finalità in quanto sia i condizione di reiterare una serie di operazioni omogenee con un numero indeterminato di soggetti, così da poter, attraverso la gestione in massa di tali operazioni, soddisfare sia l’interesse dell’altro contraente che le proprie finalità. [...] Così le operazioni bancarie di raccolta in massa consentono alla banca l’uso, e quindi la possibilità d’impiego, del denaro raccolto, senza con ciò pregiudicare la disponibilità dello stesso riservata ai depositanti - risparmiatori>>.

strettamente dipendente dalla capacità dell'istituto di credito di conservare la liquidità. Tanto è possibile solamente mediante una prudente gestione dell'equilibrio fra operazioni attive e passive rigorosamente compiute, ed organizzate, in massa.

Ne consegue che le banche necessitano di dotarsi di un apparato negoziale idoneo ad assicurare, anche al di fuori della serialità, questa liquidità<sup>91</sup>. Tanto avviene naturalmente mediante uno precipuo statuto negoziale che generalmente si giova proprio del ricorso a fattispecie di garanzia singolarmente atteggiate.

L'economia del presente lavoro ci consente di soffermarci esclusivamente sulle garanzie reali, laddove il presidio dell'esigenza di liquidità appare strettamente collegato almeno a due fattori.

Gli è che, in primo luogo, perché una garanzia sia efficace nel contesto dell'attività ivi considerata, essa deve essere liquidabile quanto prima o dalla stessa banca direttamente, senza passare prima per il debitore, ovvero perché quest'ultimo si è mantenuto *medio tempore* solvibile.

Ebbene sembra si possa dire che tanto sia quanto consente il ricorso alle garanzie mobiliari rotative, allorquando, rispettivamente, esse abbiano ad oggetto attività finanziarie, delle quali l'istituto di credito può acquisire convenzionalmente il diritto di disporre direttamente, ovvero beni aziendali, la cui disponibilità all'imprenditore finanziato consente allo stesso di rimanere in attività, di onorare le obbligazioni assunte ed eventualmente di ricorrere nuovamente al credito, contribuendo, così, ad alimentare un sistema, di interesse pubblicistico, che si fonda sulla raccolta dei capitali, sul loro investimento e sulla remunerazione degli stessi.

Su diverso versante giova a questo meccanismo di liquidità bancaria anche la circostanza che la garanzia sia prontamente liquidabile in un procedimento di autotutela che involga le parti del rapporto negoziale e tenga fuori, al contempo, tutti gli aspetti (in termini di tempi, spese,

---

<sup>91</sup> Sull'essenzialità del profilo della liquidità, cfr. B. LIBONATI, *Contratto bancario e attività bancaria*, cit., p. 62, laddove l'Autore: <<[...] se vi sono atti o piuttosto negozi propriamente bancari, è ragionevole supporre che essi manifestino la loro inerenza all'attività bancaria attraverso un'accentuata strumentalità al soddisfacimento di quegli interessi che, s'è visto, sono propri dell'intermediazione del credito: in quanto siano cioè idonei a proteggere (*rectius*: a far funzionare) il meccanismo della "liquidità bancaria"[...]. A tale scopo, v'è detto subito, le operazioni attive del banchiere si dovranno presentare facilmente e rapidamente convertibili in denaro liquido, senza che questo ne diminuisca il valore. Inoltre, giacché si tratta di credito esercitato con denaro altrui (e cioè dei depositanti), l'interesse di costoro dovrà sempre trovare particolare tutela [...]>>.

conflittualità, etc.) del processo. In questo quadro si iscrive allora l'utilità delle pattuizioni marciane, da tempo, diffuse, invero, nella prassi bancaria. È evidente, d'altra parte, che il marciano sia tanto più funzionale alla liquidità bancaria quanto più il bene che ne costituisce l'oggetto sia di per se stesso di pronta liquidabilità, ciò che giustifica la diffidenza che hanno suscitato anche in tempi recentissimi le pattuizioni marciane ad oggetto immobiliare.

Orbene, se non vi è traccia di garanzie rotative nella disciplina codicistica, il pegno irregolare disciplinato dall'art. 1851 c.c. nell'ambito dell'operazione attiva dell'anticipazione bancaria costituisce certamente un saggio di come sin dappprincipio il marciano sia stato interpretato, anche dal legislatore, come valido strumento giuridico per veicolare l'esigenza di effettività che, anche nell'interesse dei risparmiatori, permea il settore bancario, se è vero, come sembra si debba ritenere, che l'effetto traslativo non sia mera conseguenza della natura fungibile dei beni considerati dalla norma ma prodotto di una consapevole determinazione negoziale delle parti<sup>92</sup>.

Allo stesso modo la disciplina codicistica dei contratti bancari denuncia l'esistenza di una sorta di regime speciale, per certi versi privilegiato, per il creditore bancario, che può costituire utile occhiale attraverso il quale leggere i più recenti approdi della legislazione speciale. Il richiamo è soprattutto al nuovo art. 48 *bis* T.U.B., sebbene sia di immediata percezione, come si vedrà, che mentre nell'impianto codicistico la disciplina di favore conserva la sua efficacia nel rapporto con la controparte contrattuale, nel caso dell'art. 48 *bis*, e in ultima analisi sembra questa la deriva maggiormente biasimabile, oltre ad una totale carenza di sistematicità, del legislatore contemporaneo, essa si allunga a coinvolgere direttamente i terzi.

---

<sup>92</sup> Sul pegno irregolare, disciplinato in materia di anticipazione bancaria ma avente portata generale, concepito dalla dottrina e dalla giurisprudenza del tutto prevalenti come contratto reale ad effetti reali, in cui il trasferimento della proprietà rinviene la sua fonte nella volontà delle parti, cfr. *ex multis* A. PAVONE LA ROSA, *L'anticipazione bancaria nella disciplina del nuovo cod. civ.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1959, p. 81; A. DALMARTELLO, (voce) *Pegno irregolare*, in *Noviss. Dig. it.*, XII, 1965, p. 798; D. VITTORIA, (voce) *Pegno irregolare*, in *Enc. giur.*, 1990, p. 1. In giurisprudenza si veda specialmente Cass., Sez. Un., 14 maggio 2001, n. 202, in *Foro it.* 2001, I, c. 2511, laddove la Suprema Corte si è soffermata a specificare le differenze intercorrenti fra pegno regolare e pegno irregolare.

## ***2. Il pegno anomalo nell'ottica del mercato. Garanzia reale come riserva di utilità ed elasticità della struttura.***

L'individuazione dell'origine dei tratti più qualificanti dell'attuale configurazione della garanzia mobiliare, nonché, di seguito, la selezione del significato e degli sviluppi ipotizzabili – ed auspicabili – per gli stessi, necessitano della determinazione dell'altro termine, oltre all'attività bancaria, del rapporto, *lato sensu* inteso, qui considerato. Trattasi del mercato, o meno vagamente, dell'attività d'impresa così come conformata dalle richieste del mercato.

Ebbene il sistema economico fondato sull'attività d'impresa, di produzione e di scambio di beni e di servizi, richiede continuità nella movimentazione di capitali, che non sempre e comunque non sempre immediatamente, può essere fronteggiata dagli imprenditori che si collocano lungo la filiera produttiva, i quali necessitano di un rapido approvvigionamento e della possibilità di dilazionarne, al contempo, il pagamento anche in conseguenza dell'utile che si ritrarrà dall'ulteriore spostamento verso il basso del prodotto della lavorazione.

In tale contesto diviene essenziale l'accesso al finanziamento, nella forma di un'erogazione creditizia sicura e gestita in maniera professionale, ovvero sia essenzialmente al finanziamento di provenienza bancaria<sup>93</sup>.

All'imprescindibilità del credito si affianca un altro fattore essenziale per la comprensione delle vicende, che in questa sede ci occupano, delle garanzie mobiliari.

Nel contesto sostanzialmente economico in cui queste sono chiamate ad operare, infatti, se da una parte l'imprenditore ha necessità di costituire in garanzia i beni aziendali per avere accesso al finanziamento bancario di cui non può fare a meno, dall'altra, nell'interesse dello stesso e più in generale di quello pubblico all'efficiente funzionamento dell'economia di mercato, occorre che i medesimi beni non siano sottratti al circuito produttivo, ma piuttosto impiegati nello stesso, eventualmente modificati o consumati ed infine posti in circolazione nella forma che residua dalla conclusione del processo di lavorazione presso l'impresa.

---

<sup>93</sup> Si veda sul punto ad es. E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, Padova, 1990, p. 94, dove si legge: «Recenti ed accurate indagini hanno evidenziato come nel quadro dei diritti continentali, e a maggior ragione in quello nord – americano, lo sviluppo delle garanzie sui crediti, e più in generale su tutti i beni che costituiscono il capitale aziendale, sia collegato al sempre maggior rilievo che va assumendo nell'economia contemporanea il finanziamento esterno all'impresa».

È di immediata comprensione, ora, che si generino due istanze contrapposte.

Su un versante vi è l'interesse degli istituti di credito alla stabilità della garanzia costituita per il rientro del finanziamento, presupposto primo dell'erogazione stessa del credito; sul versante opposto si assesta quello dell'impresa finanziata e del mercato tutto a che i beni costituiti in garanzia non siano, in buona sostanza, immobilizzati. Altrettanto evidente è la necessità che queste due spinte, fra di loro centrifughe, trovino adeguata composizione.

Orbene proprio tale esigenza nel nostro ordinamento non ha, ancor oggi, trovato una soddisfacente risposta, nel senso di una soluzione munita di un sufficiente grado di sistematicità.

Le motivazioni risiedono, come si è cercato di evidenziare nel corso della presente analisi, nella presenza di principi ben radicati nella nostra tradizione giuridica, quali sono quelli del numero chiuso dei diritti reali e della *par condicio creditorum*, affiancati alla storica diffidenza per le alienazioni con funzione di garanzia, che hanno fatto da muro allo sviluppo delle garanzie reali così come delineate dalla disciplina codicistica della prima metà del secolo ormai trascorso<sup>94</sup>.

Le garanzie mobiliari, in particolare, sono rimaste – si è detto – anchilosate al requisito dello spossessamento<sup>95</sup>. In effetti, indipendentemente dal dibattito sulla natura reale o (anche) consensuale del contratto di pegno, per il quale si rimanda alla disamina compiuta nel capitolo che precede<sup>96</sup>, la disciplina codicistica del pegno di cose mobili è costruita sul presupposto che, a seguito della costituzione della garanzia, il debitore venga spossessato del bene che ne è

---

<sup>94</sup> Cfr. *supra* Cap. I §§ 1.1, 2.1, 3.1

<sup>95</sup> L'espressione è di A. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari, cit.*, p. 311; successivamente ripresa e sapientemente sviluppata da E. GABRIELLI, *Studi sulle garanzie reali*, Torino, 2015, p. 48, ove l'Autore: «<Nel contesto italiano, alla fine degli anni Ottanta del secolo scorso, il dato che si riveniva nel diritto degli affari era del resto estremamente indicativo: l'istituto del pegno, probabilmente anche per la maggior diffusione che in quel periodo avevano assunto le garanzie personali, era rimasto "anchilosato al requisito dello spossessamento" e l'immobilità – che determina in alcuni casi l'improduttività, della *res* costituita in garanzia – è contraria ad ogni ragione economica, la quale impone, sia nell'interesse del creditore garantito, sia nell'interesse del costituente, che il bene non fuoriesca dal circuito economico e produttivo e, perfino, che ne sia possibile la sostituzione nel tempo, fino a quando il rapporto di credito non sia estinto, ferma restando immutata l'esistenza, in funzione di garanzia, del vincolo di indisponibilità>>».

<sup>96</sup> Il richiamo è *supra* al Cap. I § 2.1

oggetto, del quale, correlativamente, il creditore o un terzo o entrambe le parti del rapporto obbligatorio, in regime di concustodia, si impossessano.

Tanto emerge chiaramente, quanto meno, dagli artt. 2786, 2787, 2789, 2790, 2792, 2793, 2794 c.c. Ed infatti, vi si dispone che il pegno si costituisce attraverso la consegna; che la prelazione non può essere esercitata se la cosa data in pegno non è rimasta in possesso del creditore o del terzo; che il creditore che abbia conservato il possesso della *res* è legittimato ad esercitare oltre alle azioni possessorie anche quella di rivendicazione; che il creditore è vincolato ad un obbligo di custodia della cosa ricevuta in pegno, essendo chiamato a rispondere per la perdita ed il deterioramento della stessa; che lo stesso non può, senza il consenso del costituente, fare uso della cosa data in pegno a meno che tanto non sia reso necessario per la sua conservazione; che il debitore, a fronte di un creditore che abusi del proprio potere di fatto sulla *res* di sua proprietà, può chiederne il sequestro; che, infine, il creditore ha diritto di ritenere il bene pignorato sino a che non sia stato integralmente soddisfatto nella misura del credito, degli interessi e delle spese relative al debito ed al pegno.

Ciononostante, considerata anche la presenza di non poche fattispecie tipiche di fonte codicistica di pegno senza spossessamento, quali, come visto, certamente, il pegno di crediti e quello di universalità di mobili<sup>97</sup>, occorre interrogarsi sulla questione se lo spossessamento sia o meno elemento non solo ricorrente ma anche essenziale della garanzia mobiliare pignorizia, di guisa tale che la sua mancanza comporterebbe un'esorbitanza della fattispecie incontenibile nei limiti del tipo, dando vita, per ciò solo, ad una fattispecie completamente nuova, ovvero, e più a chiare lettere, ad una garanzia reale atipica.

Giova osservare, prima di addentrarsi nell'esame della specifica fattispecie, quanto segue.

Gli è che, secondo l'orientamento interpretativo sino ad oggi ancora prevalente, l'elemento qualificante del tipo ne è la funzione, intesa come ragione specifica del negozio concretamente considerato. In tal senso l'autonomia negoziale dà effettivamente vita a fattispecie esorbitanti dai tipi legali, ed in quanto tali atipiche ex art. 1322 co. 2 c.c., quando

---

<sup>97</sup> Per cui si veda *supra* Cap. I §§ 2.1.2, 2.1.3.

attribuisce ai negozi di volta in volta ideati una funzione, meritevole di tutela, per la quale l'ordinamento non abbia già apprestato una disciplina legale<sup>98</sup>.

A rigore, quindi, non può dirsi altrettanto quando i privati utilizzino una fattispecie tipica per la funzione legale – diremmo – che le è propria, ma facendo ricorso alla modifica di alcuni suoi elementi strutturali, che non sono in grado, tuttavia, di delineare in maniera insostituibile la funzione del negozio. La fattispecie, infatti, avrà in tali casi una sua indiscussa anomalia, la quale non è, però, da sé sola sufficiente a determinarne l'atipicità.

Si tratta, del resto, della chiara distinzione che lo stesso legislatore del 1942 ha inteso evidenziare, con l'art. 1322 co. 1 e 2 c.c., fra l'autonomia negoziale che, entro i limiti del tipo, determina una modifica del regolamento negoziale, e quella sua diversa e più intesa espressione, che dà vita a fattispecie non aventi una disciplina legale.

Nel caso che ci occupa, più in particolare, la modifica del regolamento legale attiene ad un'alterazione della struttura negoziale tipica.

Ora, con riferimento alla garanzia pignoratizia, il tema ha impegnato in modo particolare un'autorevole dottrina, che ha preso le mosse dalla sussistenza nella struttura del diritto di pegno di una distinzione fra garanzia e prelazione<sup>99</sup>.

---

<sup>98</sup> Cfr. *ex multis* L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, coll. Univ. Camerino, Napoli, 1945, p. 603; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da F. VASSALLI, 1952, p. 184; G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 249; F. SANTORO – PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1976, p. 173; C. M. BIANCA, *Diritto civile, 3, Il contratto*, Milano, 1984, p. 445. Il tema è sapientemente ripreso da E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo, cit.*, p. 74 ss., dove l'Autore affronta la questione della distinzione fra tipo e sotto – tipo negoziale in relazione alle variazioni dello schema legale ed alla luce della funzione concreta. Vi si legge: «Ad oggi, dunque, sembra doversi ritenere indispensabile il riferimento alla causa per l'individuazione del tipo. [...] Un dato che non sembra seriamente contestabile, del rapporto tra tipo e sotto – tipo può infatti rinvenirsi nella necessità di ordine logico, prima ancora che giuridico, che lo schema del tipo abbia un grado di elasticità maggiore di quello del sotto – tipo. [...] Da un tipo, quindi, in misura proporzionale al suo grado di elasticità possono discendere altrettanti sotto – tipi, quante siano le possibilità di aggiungere, a quello schema, note individuatrici ulteriori – non contemplabili come essenziali per la definizione del tipo – rispetto a quelle proprie del tipo. [...] Quando queste modificazioni non assumano un'entità tale da produrre una vera e propria alterazione causale dell'atto di autonomia, esse saranno compatibili con l'originario schema tipico e non determineranno, di conseguenza, una deroga della sua disciplina. Non altrettanto potrà, invece, avvenire per quelle ipotesi in cui, rispetto allo schema tipico, non sia ravvisabile una variazione, ma una vera e propria alterazione. La semplice non coincidenza del regolamento negoziale con quello legale non è infatti sufficiente ad escludere la qualifica del contratto secondo quel tipo: per quest'ultimo fine è necessario accertare la compatibilità della funzione concreta con quella astrattamente disegnata dal tipo».

<sup>99</sup> Il riferimento è a E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo, cit.*, p. 194 ss.; e più di recente ID., *Studi sulle garanzie reali, cit.*, p. 17 ss. Ivi l'Autore: «Nella struttura formale dei diritti reali di garanzia è in ogni caso possibile scindere la garanzia dalla prelazione, dato che quest'ultima non identifica il contenuto primario ed esclusivo del

Gli è infatti che la costituzione del diritto di garanzia prescinde dal conseguimento della pretesa prelazionaria. Il primo attiene al rapporto interno fra il debitore ed il creditore e si sostanzia nel rafforzamento della posizione del secondo attraverso la destinazione di un bene all'allargamento della garanzia patrimoniale generica prevista per tutti i creditori dall'art. 2740 c.c. La prelazione, invece, concerne il rapporto fra il creditore pignoratorio ed i terzi, aventi causa dal costituente oppure creditori semplici o privilegiati a lui postergati, e si traduce nella pretesa del creditore a perseguire il bene costituito in garanzia presso chiunque abbia *medio tempore acquisito* un titolo sullo stesso ed a soddisfarsi sul bene medesimo con preferenza rispetto a tutti gli altri creditori che non possano opporgli una posizione migliore.

In buona sostanza la prelazione si articola negli elementi del diritto di seguito e del diritto di prelazione propriamente detto. Il primo è attributo naturale della realtà del pegno e discende automaticamente dalla sua costituzione; il secondo necessita della sottoposizione del bene ad un vincolo di destinazione alla soddisfazione del creditore che sia, inoltre, opponibile agli altri creditori concorrenti.

Ebbene nel disciplinare il pegno di cose mobili il legislatore codicistico ha assicurato questa destinazione attraverso il ricorso al possesso, che conferisce al creditore l'esclusiva disponibilità del bene o, comunque, nel caso di compossesso, la facoltà di apporre un veto sul diverso uso che volesse farne il debitore, ed ha rimesso il funzionamento della prelazione alla presenza, in sostanza per la totalità dei crediti<sup>100</sup>, di una scrittura privata avente data certa (art. 2787 co. 3 c.c.). In tal senso il possesso del bene veicola il mezzo tradizionale ma non esclusivo attraverso il quale si garantisce il funzionamento della prelazione, il quale è, in ultima analisi, rimesso, quindi, non al meccanismo spossessamento – impossessamento ma piuttosto alla presenza di una scrittura privata avente data certa<sup>101</sup>.

---

diritto, ma ne indica soltanto un profilo di disciplina, consequenziale alla costituzione della riserva e necessario per acquisire, con preferenza rispetto ad altri soggetti, l'utilità cui la stessa riserva è preordinata. Al creditore pignoratorio, infatti, indipendentemente dalla prelazione fanno capo comunque una serie di diritti, poteri facoltà, sia di natura sostanziale, quale ad esempio il diritto di ritenzione ex art. 2794, 2° co. c.c., sia di natura processuale, quali ad esempio, i poteri di esproprio e di realizzazione del diritto di pegno. [...] La garanzia attiene alla rilevanza interna dell'atto, cioè al rapporto sorto tra i soggetti dell'operazione contrattuale; la prelazione, attiene, viceversa, alla rilevanza esterna, incidendo sul regime della circolazione del diritto: opponibilità del titolo soluzione dei conflitti di interesse tra costituente, creditore garantito e terzi>>.

<sup>100</sup> Se si escludono i crediti di importo inferiore o uguale ad € 2,58, ai sensi dell'art. 2787 co. 3 c.c.

<sup>101</sup> Cfr. E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, cit., p. 123 ss.; e più di recente ID., *Studi sulle garanzie reali*, cit., p. 27 ss. Il chiaro Autore evidenzia come: <<Nel pegno, lo spossessamento, come si è già posto in risalto, adempie

Prova ne sia la stessa disciplina del pegno di crediti, laddove la riserva che sottende al funzionamento della prelazione, la quale poi concretamente opera attraverso l'atto scritto avente data certa, è rimessa alla notificazione dell'atto costitutivo della garanzia mobiliare al debitore del credito dato in pegno ovvero alla sua accettazione dello stesso mediante scrittura avente data certa.

Da quanto detto discendono almeno due conseguenze di cui sarà necessario tenere conto in prosieguo di discorso.

In primo luogo appare particolarmente condivisibile l'osservazione secondo cui le garanzie reali si sostanzierebbero in una riserva di utilità in favore del creditore privilegiato.

Ciò che non significa che oggetto del pegno o dell'ipoteca debba essere considerato, secondo una prospettiva risalente fatta oggetto di ripetute critiche, un mero valore, ma piuttosto che attraverso queste garanzie si destini non, o meglio non necessariamente, un singolo bene ma un determinato valore alla soddisfazione preferenziale di un creditore, di guisa tale che,

---

una funzione diversa da quella di attuare una pubblicità del diritto i pegno, poiché con la *traditio* il debitore viene privato – in funzione di garanzia – della possibilità di disporre del bene, e quindi gli è precluso di sottrarlo al potere del creditore o di costituire sul medesimo altri diritti di garanzia. La sottoposizione del bene ad un tale vincolo deve inevitabilmente rispecchiarsi all'esterno, per mezzo di uno strumento tecnicamente e formalmente idoneo a spiegare, come riflesso di un fatto relativo al rapporto *inter partes*, l'effetto di prelazione, e rendere l'avvenuta disposizione in funzione di garanzia opponibile ai terzi. [...] Lo strumento che l'ordinamento reputa a tal fine idoneo è una “scrittura con data certa, la quale contenga sufficiente indicazione del credito e della cosa” (2787, 3° co., c.c.) per il pegno di cose mobili e di diritti diversi dai crediti; oppure, per il pegno di crediti, che il pegno “risulta da atto scritto e la costituzione di essi è stata notificata al debitore del credito dato in pegno ovvero è stata da questo accettata con scrittura avente data certa” (art. 2800)>>. O anche: <<Poiché lo spossessamento è finalizzato nel profilo interno del pegno, a produrre l'indisponibilità del bene, per potere, in seguito, attuare in via di autotutela anche la ritenzione dello stesso; nel profilo esterno, a privare, al medesimo tempo, il costituente della possibilità di dar luogo, attraverso la consegna, all'effetto liberatorio di cui all'art. 1153 c.c., la sua presenza, in definitiva, non può dirsi – alla luce dei principi che attengono alla tipizzazione dei contratti – qualificante del tipo. Lo spossessamento infatti non è essenziale per la definizione della funzione di garanzia, rispetto alla quale si pone in posizione strumentale, riguardando unicamente il modo della sua concreta attuazione, che realizza in via principale mediante la sottrazione della disponibilità del bene dalla sfera del costituente>>. E più in particolare: <<Nel pegno anomalo pertanto l'effetto di regola perseguito con lo spossessamento, cioè l'indisponibilità del bene dato in garanzia, viene conseguito, senza alterare lo schema tipico, da tecniche alternative che, rispetto alla funzione propria del tipo, non costituiscono requisiti, né danno luogo ad effetti extratipici. [...] Poiché fra l'altro nelle suddette ipotesi non si assiste a delle variazioni della funzione di garanzia, ma unicamente a particolari modalità del suo realizzarsi, non pare corretto ricondurre queste ipotesi neppure nel quadro delle cd. variazioni del tipo legale, in quanto non è dato riscontrare modificazioni della funzione di garanzia propria del pegno, ma unicamente atteggiamenti “anomali” della sua concreta attuazione>>.

lasciando invariata la misura dell'*utilitas*, la specifica individualità del bene finisce per divenire da sé sola irrilevante<sup>102</sup>.

Per altro verso, poi, si può agevolmente concludere che la consegna della *res*, ovvero lo spossessamento del debitore, non è elemento costitutivo essenziale della fattispecie pignorizia ma strumento, fra gli altri possibili, scelto dal legislatore codicistico per garantire il funzionamento della prelazione, azionato, però, da un diverso meccanismo, esso sì essenziale, quale è la presenza di una scrittura munita di data certa.

Ne consegue che lo spossessamento è, invece, elemento strutturale della fattispecie pignorizia sostituibile con strumenti che garantiscano il raggiungimento del medesimo scopo, quale è la sottrazione dell'oggetto della garanzia alla disponibilità esclusiva del debitore e la costituzione sullo stesso di una riserva di utilità per il creditore, ed in mancanza del quale la fattispecie medesima, entro la stessa funzione concreta di garanzia, non trascende nell'atipicità ma semplicemente manifesta taluni profili di anomalia nel confronto con la sua strutturazione tradizionale, nell'ambito della naturale elasticità del tipo.

Ora, tali conclusioni, che rappresentano il punto di partenza della presente analisi, producono, a legislazione vigente, effetti dirompenti.

Gli è infatti che, per questo sentiero, da una parte le fattispecie legali di pegno anomalo, prescindenti dallo spossessamento e dall'individualità dell'oggetto della garanzia ed originate con frequenza crescente dalla legislazione speciale, non necessitano di farsi infauste portatrici del travolgimento del principio di tipicità dei diritti reali; dall'altra, ed ancor più, quelle ideate dall'autonomia negoziale delle parti, in relazione alla specificità del rapporto giuridico di riferimento, non incontrando affatto gli argini del numero chiuso dei diritti reali e superando con il veicolo del valore quelli della *par condicio creditorum*, possono trovare più piano svolgimento e terreno fertile per perfezionamenti ed evoluzioni.

---

<sup>102</sup> Il richiamo è ancora a E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, cit., p. 66, nt. 20; ID., *Studi sulle garanzie reali*, cit., p. 15, nt. 34. L'Autore afferma: «L'analisi della struttura formale delle garanzie reali pone dunque in evidenza che in tali fattispecie la realtà si esprime nella creazione, a favore del creditore garantito, di una riserva *ad rem* [...]», ed in nota: «Con l'espressione "riserva di utilità" si vuole dunque indicare, in termini dogmatici, che la funzione della garanzia reale è quella di creare nel patrimonio del garante la destinazione di una parte ben individuata di quel patrimonio (da qui il concetto di "riserva *ad rem*") in funzione esclusiva del realizzo del diritto di credito e quindi dell'interesse del creditore garantito a vedere conseguire "l'utilità" che deriva dalla soddisfazione del suo diritto di credito [...]».

### 3. Pegno rotativo e garanzia fluttuante.

Nel pegno irregolare la modificazione dell'originario oggetto del diritto di garanzia consegue all'effetto reale del negozio costitutivo, nonché all'impiego che dei titoli o delle merci trasferiti abbia fatto, nell'esercizio dell'attività bancaria, il creditore pignoratizio.

Gli è allora che esso condivide con quella particolare fattispecie pignoratizia nota come pegno rotativo solamente la surrogabilità dell'oggetto del diritto senza effetto novativo, rispondendo per il resto ad uno schema di funzionamento, se non ad una funzione, affatto differente<sup>103</sup>.

Si ha pegno rotativo quando, per via legale o convenzionale, è consentito alle parti di sostituire l'oggetto della garanzia in corso di svolgimento della stessa, senza il compimento di alcuna nuova formalità e senza effetto novativo, con efficacia, pertanto, anche ai fini dell'azione revocatoria ordinaria e di quella fallimentare, dal momento della costituzione della garanzia, purché l'operazione sia contenuta entro i limiti del valore del bene (dei beni, dei crediti o dei diritti) originariamente dedotto in garanzia con valutazione da compiersi al momento della sostituzione.

Più precisamente si è definito pegno rotativo: <<una forma di garanzia che consenta la sostituibilità e mutabilità nel tempo del suo oggetto senza comportare, ad ogni mutamento, la rinnovazione del compimento delle modalità richieste per la costituzione della garanzia o per il sorgere del diritto di prelazione, ovvero senza che tale mutamento dia luogo alle condizioni di revocabilità dell'operazione economica in tal modo poste in essere>><sup>104</sup>.

---

<sup>103</sup> Sul punto si veda E. GABRIELLI, *Il pegno*, in *Trattato di diritto civile*, diretto a R. SACCO, *Diritti reali*, 5, 2005, p. 224: <<Negli ultimi decenni del secolo scorso, il finanziamento esterno all'impresa assistito dalla garanzia pignoratizia, quando doveva operare nel settore delle lavorazioni di beni oggetto di trasformazione durante il ciclo produttivo, ovvero nel settore del credito e della finanza, incontrava da tempo significative difficoltà, a causa della circostanza che l'anticipazione bancaria su pegno, data la sua tradizionale configurazione che richiede lo spossessamento, non si prestava come lo strumento più adeguato per realizzare un finanziamento che consenta all'imprenditore (costituente la garanzia) di continuare comunque ad utilizzare la *res* sulla quale grava il vincolo>>.

<sup>104</sup> La definizione è di E. GABRIELLI, *Studi sulle garanzie reali*, cit., p. 187, ove, inoltre, si sottolinea come: <<La dottrina che si è occupata delle garanzie mobiliari del credito ha da tempo posto in evidenza che l'attuale sistema non è in grado di soddisfare le esigenze sottese al finanziamento esterno nella gestione economica dell'impresa, dato che per la costituzione del vincolo si richiede in un modo o nell'altro la privazione del potere di utilizzo del bene oggetto della garanzia, ed in tal modo si rende impossibile sia sottoporre alla garanzia i beni aziendali di cui l'imprenditore normalmente si serve, sia utilizzare le merci destinate alla lavorazione, sia infine

Surrogazione reale dell'oggetto del pegno, assenza di effetto novativo e conservazione del valore della garanzia costituiscono, dunque, i tre tratti caratterizzanti della garanzia mobiliare rotativa.

Essa consente di contemperare in una l'interesse degli istituti di credito a conseguire una certa e più solida garanzia del finanziamento che essi sono richiesti di erogare e l'esigenza di ciascun imprenditore e del mercato più in generale, nel contesto di un'economia di stampo capitalistico, a che la garanzia investa non soltanto il capitale fisso ma anche quello circolante – comprendente materie prime, prodotti finiti, crediti concessi agli acquirenti dei prodotti medesimi – e non ne determini, al contempo, l'immobilizzazione ma piuttosto si “allunghi” dalle materie prime, ai prodotti finiti e da questi ai crediti conseguiti dalla loro vendita, consentendo, in fatto, la prosecuzione dell'attività d'impresa e la circolazione delle ricchezze.

Invero l'analisi comparatistica suggerisce come gli ordinamenti giuridici continentali, unitamente a quello nord – americano, e così in buona sostanza i Paesi maggiori esponenti dell'economia capitalistica, abbiano cercato di superare i problemi posti dalla necessità del finanziamento dell'attività d'impresa e congiuntamente della continuità della medesima, attraverso l'introduzione, per via normativa o convenzionale, di forme di garanzia mobiliare senza spossessamento, munite di clausole di estensione verticale, ai beni derivanti dall'utilizzo di quelli in lavorazione originariamente costituiti in garanzia, ed orizzontale, a ricomprendere i crediti nascenti dell'alienazione del prodotto finito, spesso poste in ulteriore combinazione con clausole *omnibus*, di guisa tale che la garanzia prolungata si allunghi a sua volta a costituire presidio di maggiore sicurezza di tutti i futuri rapporti creditorî che dovessero intercorrere fra lo stesso istituto di credito ed il costituente.

Significativa al riguardo appare l'esperienza tedesca. In primo luogo il § 455 BGB disciplina l'istituto dell'*Eigentumsvorbehalt*, corrispondente alla vendita con patto di riservato dominio di diritto interno. Fattispecie tradizionalmente adoperata con funzione di garanzia, attraverso la stessa il venditore si assicura la garanzia del pagamento malgrado la consegna del bene, in

---

impiegare in funzione di garanzia i prodotti e i crediti derivanti dalla loro lavorazione e distribuzione>>. In argomento cfr. anche ID., *Il pegno anomalo, cit.*, spec. p. 181 ss.; ID., *Autonomia privata e diritto comune europeo delle garanzie mobiliari*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 643; ID., *Il pegno, cit.*, spec. p. 223 ss.; G. PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, Napoli, 1980, p. 63 ss.; D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1991, p. 783; M. MAGNANO, *L'autonomia privata e le garanzie reali: il tentativo di un superamento del principio di tipicità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, II, p. 577.

quanto ne conserva la proprietà, che passa al compratore con il pagamento dell'ultima rata del prezzo nonostante esso compratore assuma su di sé sin da subito il rischio collegato al perimento del bene medesimo<sup>105</sup>.

D'altra parte funzione analoga a quella del pegno senza spossessamento è rinvenibile anche nell'istituto del *Sicherungsübereignung*, disciplinato dal § 930 BGB. In tal caso la funzione di garanzia è rimessa all'alienazione fiduciaria della proprietà delle merci alla banca finanziatrice, la quale a sua volta le attribuisce al mutuatario a titolo di possesso mediato, insieme con la facoltà di utilizzarle nel processo produttivo<sup>106</sup>.

Più precipuamente riferite al contesto produttivo ed al rapporto fra banca erogatrice ed imprenditore finanziato sono talune clausole in uso nella prassi contrattuale germanica, quali in particolare il *Rumsicherungsvertrag* e la *Verarbeitungsklausel*. In forza di esse l'imprenditore può costituire una garanzia mobiliare avente ad oggetto tutte le merci, attuali e future, destinata alla lavorazione ed alla successiva commercializzazione, presenti nel suo magazzino o in una parte dello stesso, appositamente descritta in contratto; egli potrà, nell'esercizio dell'attività d'impresa, prelevarle e usarne, sostituendole con altrettante merci dello stesso genere e valore. Dal canto proprio la banca finanziatrice, già garantita dall'indicazione convenzionale delle merci in magazzino e di quelle che si aggiungeranno, avrà acquisito il diritto, parimenti di fonte contrattuale, a che la garanzia si trasferisca dalle materie prime o dalle merci in lavorazione al prodotto finale del processo di lavorazione.

Non manca nemmeno, poi, una clausola di estensione orizzontale, ovverossia la *Geschäftsverbindungsklausel*, la quale consente al creditore di ulteriormente allungare l'oggetto del proprio diritto di garanzia ai crediti nascenti dalla vendita dei prodotti finiti.

---

<sup>105</sup> La norma prevede che: <<Se il venditore di una cosa mobile se ne è riservata la proprietà sino al pagamento del prezzo, nel dubbio il trasferimento della proprietà si intende sottoposto alla condizione sospensiva del pagamento dell'intero prezzo con l'attribuzione al venditore del diritto di recedere dal contratto nel caso in cui il compratore sia in mora nel pagamento>>. Per una descrizione della fattispecie in chiave comparatistica si veda B. CASSANDRO Sulpasso, *La vendita con riserva della proprietà in diritto comparato*, in A.A.V.V., *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico – comparatistica*, Milano, 1991, p. 781 ss. Imprescindibile, comunque, in materia è l'analisi di R. SERICK, *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco*, Milano, 1990.

<sup>106</sup> Compie un'interessante ricostruzione storica dell'istituto G. PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, cit., p. 30 ss.

Accade spesso, infine, che tali clausole di estensione siano affiancate da clausole *omnibus*, che non incidono sull'oggetto della garanzia ma ne estendono l'ambito dei crediti garantiti sino a ricomprendere ogni futura pretesa della banca medesima rispetto allo stesso costituente<sup>107</sup>.

Diversamente nell'esperienza francese, più vicina alla tradizione giuridica italiana, il conflitto fra istanze di stabilità del settore creditizio e istanze di mobilitazione massima delle ricchezze del fronte imprenditoriale ha trovato composizione normativa, con gli interventi legislativi degli anni Ottanta che hanno disciplinato la riserva di proprietà e la cessione globale<sup>108</sup>.

Appartiene ai sistemi di *common law* inglese, invece, la paternità della garanzia fluttuante. Qui accanto agli istituti, più vicini alla stessa tradizione giuridica di *civil law*, del *pledge*, del *mortgage* e della *fixed charge*<sup>109</sup>, ha trovato particolare espansione anche la garanzia fluttuante o *floating charge*. Con essa l'imprenditore costituisce in garanzia al creditore il proprio magazzino (*goods*), il patrimonio (*assets*) o l'insieme dell'attivo d'impresa (*undertaking*, comprendente reddito e beni presenti e futuri di proprietà della società), mantenendone, ciononostante, la materiale disponibilità sino al momento, eventuale, della

---

<sup>107</sup> Per una completa trattazione delle fattispecie richiamate nel testo cfr. B. CASSANDRO SULPASSO, *Riserva prolungata della proprietà e cessione globale dei crediti d'impresa: il modello tedesco in Francia*, in *Giur. comm.*, 1989, p. 764 ss., cui rimanda anche E. GABRIELLI, *Studi sulle garanzie reali*, cit., p. 190 ss.

<sup>108</sup> Il richiamo è alla legge n. 80 – 335 del 12 maggio 1980, per la riserva di proprietà, e alla legge n. 81 – 1 del 2 gennaio 1981 ed al Decreto n. 81 – 862 del 9 settembre 1981, per la cessione globale.

<sup>109</sup> Cfr. per una compiuta analisi E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, cit., p. 103 ss., laddove in nota l'Autore spiega come l'ordinamento giuridico inglese preveda sostanzialmente tre tipi di garanzie convenzionali in grado di conferire diritti reali. Si tratta del *pledge*, figura corrispondente al nostro pegno regolare, che attribuisce al creditore il solo possesso del bene che ne costituisce oggetto sino all'adempimento dell'obbligazione principale; del *mortgage*, che si sostanzia nel contratto con il quale il debitore, pur trattenendo il possesso del bene, mobile o immobile, costituito in garanzia, ne trasferisce al creditore la proprietà, condizionandola risolutivamente al proprio adempimento; della *fixed charge*, che non necessariamente comporta il passaggio della proprietà o anche solo del possesso al creditore garantito e trova fonte in un accordo con cui si stabilisce che il creditore possa soddisfarsi, sino a concorrenza del credito, sul ricavato della vendita dei beni del debitore, con preferenza sui creditori chirografari e sugli altri creditori privilegiati che gli siano postergati. Ora, si ha *fixed charge*, in particolare, <<se il bene oggetto di garanzia – di cui il debitore non può disporre senza il consenso del creditore – è specifico e identificato o identificabile, oppure futuro, ed è già presente nel patrimonio del debitore, oppure sta per entrarvi>>. Sulla figura del *negative pledge* si veda, poi, G. PIEPOLI, *Le garanzie negative*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2001, I, p. 405 ss.

*crystallisation*, allorquando la *charge* diviene *fixed* e si assesta, appunto, su tutti i beni presenti al momento della cristallizzazione<sup>110</sup>.

Si tratta, evidentemente, di una garanzia presente, non futura, gravante su un complesso di beni indeterminato o continuamente sostituibile, la quale, essendo non possessoria, consente al costituente di continuare a fare uso produttivo dei beni che ne formano l'oggetto e all'istituto finanziatore di conseguire una garanzia pressoché costante del proprio credito. Essa non attribuisce al creditore alcun effetto reale immediato, sebbene, poi, il diritto di garanzia, intervenuta la cristallizzazione, abbia effetto *ex tunc*, dal momento della sua costituzione.

Orbene, il tratto davvero precipuo della garanzia fluttuante, rispetto al pegno rotativo, risiede nell'indeterminatezza dei beni o del complesso di beni che formano oggetto della prima e non invece del secondo, il quale ruota, sì, ovvero si allunga di bene in bene, modificando senza novazione l'oggetto della garanzia, ma grava pur sempre sin dall'inizio su uno o più merci in lavorazione o titoli specificamente individuati. Ciò che induce a ritenere, come si vedrà meglio nel prosieguo della trattazione, che ad oggi non si rilevano esempi di garanzia fluttuante nell'ordinamento giuridico interno.

Merita un cenno anche l'esperienza nord - americana, parimenti ancorata sino a tempi recenti all'istituto del pegno costituito tramite spossessamento del debitore, sulla base della concezione un tempo largamente condivisa che le garanzie mobiliari senza spossessamento siano in frode agli altri creditori e, pertanto, debbano considerarsi nei loro confronti in inefficaci. Successivamente, a partire dal XIX sec., l'affermazione del modello capitalistico e la necessità del ricorso al credito per favorirne l'espansione hanno determinato il fiorire di garanzie senza spossessamento, che dessero accesso al finanziamento, impegnando anche beni del capitale non fisso dell'impresa, e al contempo non fermassero, attraverso l'immobilizzazione degli stessi, l'avanzamento del circuito produttivo. Si tratta di garanzie

---

<sup>110</sup> Cfr. E. GABRIELLI – G. A. DANESE, *Le garanzie sui beni dell'impresa: profili della floating charge nel diritto inglese*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1995, I, p. 633; successivamente in particolare E. GABRIELLI, *Il pegno*, cit., p. 41 ss. L'Autore precisa come in linea di principio sia possibile ricondurre gli eventi che determinano la cristallizzazione della garanzia a tre macrocategorie: <<cessazione dell'attività commerciale; interventi del creditore garantito che privino il debitore del controllo dei beni; situazioni previste dall'accordo tra le parti>>. Questi, quindi, conclude che <<la *floating charge* crea una garanzia immediata non intaccando però il potere dispositivo del debitore relativamente ai beni gravati>>.

mobiliari senza spossessamento e con clausole di estensione ai crediti sorti dalla vendita dei prodotti da parte dell'imprenditore.

Con l'introduzione dell'art. 9 dell'*Uniform Commercial Code*, infine, tutte queste fattispecie sono state semplificate nella figura unica del *security interest* o *collateral* e si è codificato, in definitiva, il principio in base al quale quando il bene oggetto della garanzia viene venduto o trasformato, nel corso del processo produttivo, la garanzia non si estingue, ma viene estesa a tutto ciò che il debitore ha ottenuto in seguito alla vendita, allo scambio o ad altri eventuali atti di disposizione del bene. Pertanto la garanzia permane e segue automaticamente il suo oggetto, tanto indipendentemente dalla sussistenza di un precedente accordo delle parti sul punto<sup>111</sup>.

Venendo ora all'ordinamento giuridico nel quale ci muoviamo, vale a dire quello italiano, ivi si è fatta molta maggiore fatica a seguire questo filone evolutivo di matrice comunitaria e di origine in buona sostanza economica, per la ragione che a farvi da muro vi sono stati, congiuntamente, la rigida concezione della funzione dello spossessamento nella struttura tipologica del pegno, condivisa da larga parte della dottrina e della giurisprudenza sino alla fine degli anni Novanta, il principio di tipicità dei diritti reali, quello della necessaria parità fra i creditori e una certa malcelata diffidenza per tutti i trasferimenti con funzione di garanzia.

In questo spazio angusto da una parte si sono talvolta piegati alcuni schemi negoziali a funzioni differenti da quelle che il legislatore aveva inteso assegnare al tipo, e tal'è il caso paradigmatico della vendita con patto di riservato dominio, dall'altra, invero, la prassi dei rapporti bancari aveva ben presto elaborato figure atipiche di garanzia mobiliare senza spossessamento, le quali, tuttavia, in quanto generalmente considerate in frode ai creditori, sono state ridotte dalla giurisprudenza ad una efficacia meramente obbligatoria ed alla assoluta inopponibilità ai terzi<sup>112</sup>.

---

<sup>111</sup> Una ricostruzione storica delle nuove garanzie mobiliari che sono comparse sulla scena del diritto nord-americano a partire dal XIX sec. si ritrova in A. BONIFAZI, *Problemi di interstate conflicts relativi a chattel mortgage conditional sale e bailment lease nel diritto statunitense*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1973, p. 16 ss.; nonché in G. TUCCI, *Garanzie sui crediti dell'impresa e tutela dei finanziamenti*, Milano, 1974, p. 102 ss. Quanto all'art. 9 – 306 (1) (2) dello *Uniform Commercial Code* nord-americano, ivi si è previsto che la garanzia <<continues in any identifiable proceeds including collections received by the debtor>>, e tanto anche quando le parti non lo abbiano espressamente previsto, in quanto <<it is assumed that the parties so intended unless otherwise agreed>>.

<sup>112</sup> Si veda sul punto E. GABRIELLI, *Studi sulle garanzie reali*, cit., p. 206 ss.

Tale era, dunque, in via approssimativa lo scenario quando il legislatore ha iniziato a scardinare lentamente, ma in maniera pervicace, un pilastro della costruzione, qual è lo spossamento.

### ***3.1 Pegno rotativo legale.***

A partire dai primi anni Ottanta e quasi con una cadenza decennale tramite la legislazione speciale in Italia si sono introdotte fattispecie anomale di pegno nella particolare configurazione del pegno rotativo.

Significativo è che siano stati investiti da questo processo di ripensamento e di ristrutturazione delle garanzie mobiliari i settori della produzione e dello scambio di beni di consumo, quello bancario ed, infine, quello più generale del finanziamento dell'attività d'impresa<sup>113</sup>.

Così la prima fattispecie di pegno rotativo nell'ordinamento interno è stata veicolata dalla legge 24 luglio 1985, n. 401, recante <<norme sulla costituzione di pegno sui prosciutti a denominazione di origine controllata>>. Con essa si è previsto che i prosciutti di origine tutelata, e soltanto questi, possano essere costituiti in garanzia, oltre che secondo il procedimento tradizionale di cui all'art. 2786 c.c., anche attraverso <<l'apposizione sulla coscia a cura del creditore pignoratorio, in qualunque fase della lavorazione, di uno speciale contrassegno indelebile e con la conseguente annotazione sui registri vidimati annualmente>>.

In tal modo il bene viene sottratto alla disponibilità esclusiva del debitore attraverso l'utilizzazione di un timbro ad inchiostro indelebile, mentre la prelazione opera concretamente per il tramite del meccanismo della registrazione. Cosicché il vincolo si estende dalla <<coscia fresca suina>>, lungo il processo di lavorazione, sino ad assestarsi sul prodotto finale, ovverossia sul prosciutto a denominazione di origine controllata. Tale estensione si verifica in via automatica, sì da consentire la continuità della garanzia indipendentemente dal mutamento del suo oggetto, di guisa tale che siano soddisfatti in una i configgenti interessi del

---

<sup>113</sup> Analizza compiutamente questa successione normativa E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo, cit.*, p. 5 ss.; ID., *Il pegno, cit.*, p. 126 ss.; ID., *Studi sulle garanzie reali, cit.*, p. 207 ss.

finanziatore - creditore e del produttore – debitore, laddove al primo è assicurata la sottrazione dell'oggetto della garanzia alla disponibilità esclusiva del debitore ed a questi è consentito continuare ad adoperare lo stesso nel circuito produttivo con il virtuoso risultato della stabilità del credito e del benessere dell'impresa.

Nello stesso momento storico veniva promulgata la legge 19 giugno 1986, n. 289 recante <<norme sull'amministrazione accentrata dei valori mobiliari mediante la Monte titoli S.p.a.>>, la quale ha dato la stura alla positivizzazione della garanzia mobiliare rotativa nel settore bancario, che sino a quel momento era stato costretto nei limiti della fattispecie irregolare dell'anticipazione bancaria e dell'efficacia meramente obbligatoria delle figure rotative comunque adoperate nella prassi<sup>114</sup>.

Con questa legge si istituiva un sistema di deposito accentrato dei valori mobiliari, c.d. Monte titoli, e si provvedeva al contempo a disciplinare l'ipotesi che i titoli conferiti alla stessa gestione accentrata fossero costituiti in garanzia mobiliare come anche quella che essi, al momento del conferimento, fossero già gravati da un simile vincolo. La fattispecie veniva regolata dall'art. 7 della legge citata.

Giova segnalare che attraverso il conferimento dei titoli alla gestione accentrata si realizzava una fattispecie di deposito regolare per espressa specificazione normativa, da considerarsi, cionondimeno, alla rinfusa, in quanto il diritto sui singoli titoli si trasformava in diritto di partecipazione *pro quota* alla massa accentrata con conseguente diritto del depositante di restituire al costituente titoli di specie diverse da quelle depositate.

Orbene, la dematerializzazione dei titoli rendeva impossibile compiere l'annotazione dei vincoli sul certificato; parimenti la permanenza del titolo nella gestione accentrata rendeva impraticabile anche lo spossessamento, cosicché la costituzione del diritto reale di garanzia, nella sua connaturale fisionomia di diritto assoluto, opponibile *erga omnes*, e conferente al titolare un diritto di preferenza sugli altri creditori che non vantino diritti di prelazione poziori, seguiva un percorso diverso da quello tradizionale.

---

<sup>114</sup> In argomento cfr. anche A. PAVONE LA ROSA, *La gestione accentrata dei valori mobiliari: sua incidenza sulla circolazione cartolare dei titoli*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1988, I, p. 289 ss.; A. LIUZZI, *Dematerializzazione dei titoli e garanzia senza spossessamento nel sistema Monte Titoli*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, p. 45 ss.

Esso risiedeva tutto nell'iscrizione in un registro apposito tenuto dalla stessa gestione accentrata Monte titoli. In particolare, a norma dell'art. 7 co. 2 legge n. 289/1986, per i vincoli nascenti sui titoli accentrati, la loro iscrizione nel registro disciplinato dal co. 1 produceva <<gli effetti propri della costituzione del vincolo sul titolo>>. Quanto ai titoli già vincolati in garanzia prima del conferimento alla Monte titoli, la medesima annotazione del vincolo nel registro comportava che <<essi si *trasferissero*, senza effetti novativi, sui diritti del depositante>> e mediante la girata alla Monte titoli la loro annotazione <<*si aveva* per non apposta>>, del che <<*era* fatta menzione sul titolo>> con apposita formula<sup>115</sup>.

Inoltre entrambi questi vincoli, ossia quelli preesistenti e quelli costituiti successivamente all'accentramento, <<*risultavano* da apposito registro tenuto dal depositario in conformità agli artt. 2215, 2216 e 2219 c.c.>>, mentre <<*restava* fermo, per i titoli nominativi, l'obbligo di annotazione nel registro dell'emittente>>.

In disparte le particolari questioni sollevate da questa disciplina, è evidente la previsione da parte del legislatore della mutabilità dell'oggetto della garanzia mobiliare senza che alcun effetto novativo della stessa ne discenda. Ciò emerge in maniera cristallina dalla disciplina dei titoli già vincolati in garanzia e successivamente trasferiti al Monte. In tal caso, infatti, il vincolo ruota o si estende, tramite l'annotazione, dal titolo ai diritti spettanti al depositante, con efficacia *ex tunc*, senza alcun effetto novativo.

Parimenti è a dirsi, tuttavia, anche per i vincoli pignorati costituiti *ex novo* sui titoli già conferiti al Monte; ed infatti la regolarità del deposito ed il suo carattere alla rinfusa, da una parte, e l'assenza dello spossessamento, dall'altra, consentono al Monte di conservare la gestione dei titoli in regime di accentramento e, ferma la titolarità *pro quota* del depositante sulla massa accentrata, di sostituire senza effetti novativi le specie dei titoli vincolati, restituendo, da ultimo, al depositante, ove occorra, tali diverse specie.

Lo stesso meccanismo di registrazione dei vincoli, anche con la possibilità di fare ricorso al medesimo registro di cui all'art. 7 legge del 1986 sulla gestione accentrata della Monte Titoli S.p.a, è stato adoperato dal legislatore dei primi anni Novanta per la disciplina della garanzia

---

<sup>115</sup>Essa si rinviene nell'art. 2 co. 2 del regolamento di attuazione e recita: <<Ai sensi dell'art. 7 legge 19 giugno 1986, n. 289, l'annotazione del/i vincolo/i si intende non apposta>>.

mobiliare operante all'interno del sistema di Gestione centralizzata dei titoli di Stato a cura della Banca d'Italia<sup>116</sup>.

Dopo una prima fase nella quale sistema e gestione dello stesso erano regolati dalla spontanea adesione in via contrattuale degli operatori del settore, il 2 gennaio 1991, con la legge n. 1, unitamente al d.m. 27 maggio 1993, venivano introdotte le <<Disposizioni sulla gestione centralizzata dei titoli di Stato>>, successivamente ampliate dal d.m. 5 gennaio 1995, con le <<Ulteriori disposizioni sulla gestione centralizzata dei titoli di Stato>>.

Anche in tal caso la gestione era resa possibile da un insieme di depositi regolari alla rinfusa, in cui il diritto del depositante sui titoli si convertiva in diritto *pro quota* sulla massa accentrata. Il deposito era attuato, poi, attraverso una mera operazione di scritturazione contabile.

Quanto ai vincoli di garanzia costituiti sui titoli di Stato in gestione centralizzata l'art. 4 dell'ultimo d.m. prevedeva che <<i>vincoli [...] sui titoli immessi nel sistema accentrato, che siano stati costituiti sia anteriormente che successivamente all'entrata in vigore del presente decreto, si trasferiscono, senza effetti novativi, sui diritti del depositante. Detti vincoli risultano da apposito registro tenuto dal depositante in conformità agli artt. 2215, 2216 e 2219 del vigente codice civile. A tal fine può essere utilizzato anche il registro di cui all'art. 7 della legge 19/06/1986, n. 289. La registrazione del vincolo nel registro, ai sensi del precedente comma, produce gli effetti propri della costituzione del vincolo>>.

Non vi è traccia, dunque, di spossessamento mentre il vincolo transita, senza necessità di un nuovo negozio costitutivo, dai singoli titoli al diritto del depositante sulla massa nel rispetto del valore della garanzia.

---

<sup>116</sup> Si veda sul punto un'interessante pronuncia della Corte di Cassazione, laddove la qualificazione data al contratto di deposito posto a fondamento della gestione centralizzata della Banca d'Italia doveva suscitare la critica della dottrina maggioritaria. Il richiamo è a Cass., Sez. I, 27 agosto 1996, n. 7859, con nota di G. GUIZZI, *La gestione accentrata dei titoli pubblici: qualche osservazione critica a margine di una recente pronuncia della Cassazione*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 336.

**§ Segue. I contratti di garanzia finanziaria. Approccio funzionale alla garanzia mobiliare; fattispecie rotativa senza spossessamento.**

Sul finire degli anni Novanta si è iniziata ad acquisire in sede comunitaria crescente consapevolezza della forte interconnessione esistente fra uniformazione della disciplina delle garanzie e attenuazione del rischio sistemico, inteso come estensione degli effetti negativi delle situazioni di insolvenza oltre il sistema giuridico nazionale all'interno del quale esse si sono verificate. L'incertezza in ordine alle condizioni della tutela del credito unitamente al rischio di invalidazione delle fattispecie negoziali coinvolte nell'operazione di finanziamento erano considerati, a ragion veduta, fattori idonei a creare condizioni di forte instabilità nel mercato interno<sup>117</sup>.

In questa prospettiva di armonizzazione del diritto europeo delle garanzie e segnatamente di quelle mobiliari si iscrive anche la direttiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 6 giugno 2002, concernente i contratti di garanzia finanziaria. Essa è stata recepita in Italia con il d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170 e modificata in alcune sue parti dalla direttiva 2009/44/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 6 maggio 2009 a sua volta recepito dal d.lgs. 24 marzo 2011, n. 48<sup>118</sup>.

In primo luogo giova evidenziare che l'ambito di applicazione della disciplina in esame è limitato così sotto il profilo soggettivo come dal punto di vista oggettivo.

---

<sup>117</sup> Il quadro comunitario di riferimento è ben delineato in V. AGNESE, *I contratti di garanzia finanziaria nel diritto civile*, Torino, 2009, p. 19 ss.; nonché in E. GABRIELLI, *Studi sulle garanzie reali, cit.*, p. 297 ss. Gli Autori indicano i principali interventi comunitari diretti a realizzare una cornice integrata delle garanzie mobiliari, fra i quali figurano specialmente il regolamento CE n. 1346/2000, in materia di procedure di insolvenza, la direttiva 98/26/CE, sulla definitività degli ordini immessi in un sistema di pagamento o di regolamento titoli, nonché, naturalmente, la direttiva 2002/47/CE sui contratti di garanzia finanziaria. In particolare il Gabrielli osserva come: «Tali direttive, seppure hanno ad oggetto materie diverse tra loro, se considerate non tanto singolarmente ma nel loro complessivo processo di integrazione, inducono tuttavia ad intravedere una sorta di diritto comune europeo delle garanzie mobiliari, in grado di condurre ad una progressiva modificazione delle singole discipline nazionali in materia di garanzie mobiliari del credito, comprendendosi sotto questa denominazione tutte le garanzie aventi ad oggetto denaro o strumenti finanziari».

<sup>118</sup> Sul tema dei contratti di garanzia finanziaria, oltre all'esauriente trattazione di V. AGNESE, *I contratti di garanzia finanziaria nel diritto civile, cit.*, si vedano *ex multis* anche F. MACARIO, *I contratti di garanzia finanziaria nella direttiva 2002/47/CE*, in *Contratti*, 2003, I, p. 89; E. M. MASTROPAOLO, *La nuova normativa sui contratti di garanzia finanziaria (direttiva 2002/47/CE del 6 giugno 2002)*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 519; A. CANDIAN, *Le garanzie finanziarie dopo il d.lgs. n. 170/2004*, in *Temi e problemi della civilistica contemporanea. Venticinque anni dalla Rassegna di diritto civile*, a cura di P. PERLINGIERI, Napoli, 2005; E. GABRIELLI, *Contratti di garanzia finanziaria, stabilità del mercato e procedure concorsuali*, in *Contratto, mercato e procedure concorsuali*, Torino, 2006, p. 251; ID., *I contratti di garanzia finanziaria*, in *Digesto*, 4, 2007, p. 300.

Quanto al primo aspetto i contratti di garanzia finanziaria di cui al decreto n. 170 del 2004 possono essere stipulati soltanto fra parti, quali sono il datore della garanzia ed il beneficiario, incluse nelle categorie di cui all'art. 1 lett. d) d.lgs. cit., ovverossia talune specifiche autorità pubbliche, banche centrali, enti finanziari sottoposti a vigilanza prudenziale, controparti centrali, agenti di regolamento o stanze di compensazione e persone *comunque* diverse dalle persone fisiche, incluse imprese o associazioni prive di personalità giuridica, purché la controparte sia uno degli enti individuati in precedenza, di guisa tale che detti contratti di garanzia finanziaria non potranno essere validamente conclusi da contraenti che siano entrambi società non rappresentative di istituzioni finanziarie, mentre è ben possibile che contraggano da una parte uno di tali enti finanziari e dall'altra una società commerciale.

È noto come la qualificazione soggettiva dei contraenti abbia, negli ultimi decenni, profondamente inciso sulla legislazione speciale di provenienza comunitaria, giustificando, o meno, scelte forti di protezione di contraenti deboli sullo sfondo della finalità prima della certezza delle transazioni e della stabilità del mercato interno. Cosicché è questo un aspetto che inevitabilmente interroga l'interprete sulla questione se le direttrici innovative individuate anche dalla disciplina dei contratti di garanzia finanziaria indichino effettivamente una linea tendenziale estensibile a diversi ambiti della contrattazione ovvero se si tratti di un nuovo esempio di frammentazione della costruzione unitaria del diritto.

Probabilmente una risposta si potrebbe ricercare nell'approccio funzionale che vaglia le qualificazioni formali, soggettive ed oggettive, ma non vi si arena, oltrepassandole per arrivare a selezionare gli interessi concretamente sottesi alla fattispecie, normativa o negoziale che sia, e definirne così, in maniera che diremmo sostanziale, l'ambito di riferimento e il campo di applicazione<sup>119</sup>.

Orbene proprio questo approccio è stato adoperato dal legislatore, comunitario seguito da quello nazionale, per determinare il profilo oggettivo della disciplina in esame.

Essa si applica a norma dell'art. 1 lett. d) del decreto citato ai contratti di garanzia finanziaria, per i quali devono intendersi: «il contratto di pegno, il contratto di cessione del credito o di *trasferimento della proprietà* di attività finanziarie con funzione di garanzia, ivi compreso il

---

<sup>119</sup> Vd. *ultra* Cap. III § 1.

contratto di pronti contro termine, e *qualsiasi altro contratto di garanzia reale avente ad oggetto attività finanziarie e volto a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie*>>.

Due dati emergono immediatamente da tale definizione.

In primo luogo i contratti di garanzia delle operazioni aventi ad oggetto attività finanziarie sono distinti in due categorie in ragione degli effetti che essi rispettivamente producono.

Così da una parte vi sono i contratti che comportano la costituzione di un diritto reale di garanzia, sulla falsariga della fattispecie pignorizia, dall'altra figurano quelli che, con la medesima funzione di garanzia, determinano il trasferimento della proprietà delle attività finanziarie che ne sono oggetto.

In tal modo, pur dovendo limitare le conclusioni certe all'ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione del decreto, il legislatore ha inteso positivizzare, in spregio alle antiche diffidenze, un'alienazione in funzione di garanzia.

Sotto un diverso angolo visuale, poi, il riferimento a *qualsiasi altro contratto di garanzia reale avente ad oggetto attività finanziarie e volto a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie* denuncia un evidente approccio funzionale alla fattispecie, dal momento che lo spazio oggettivo di applicazione del decreto è stabilito, in maniera innovativa per la legislazione nazionale, non sulla base di una selezione strutturale per tipi ma, con formula aperta, in ragione della concreta funzione della fattispecie, laddove, in particolare, occorre soltanto che risulti che la stessa abbia ad oggetto attività finanziarie e sia finalizzata a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie<sup>120</sup>.

---

<sup>120</sup> Cosicché, assunto che ai sensi dell'art. 1 lett. c) d.lgs. n. 170/2004 sono attività finanziarie <<il contante, gli strumenti finanziari, i crediti e con riferimento alle operazioni connesse con le funzioni del sistema delle banche centrali europee e dei sistemi di cui all'articolo 1, comma 1, lettera r), del decreto legislativo 12 aprile 2001, n. 210, le altre attività accettate a garanzia di tali operazioni>>, nonché che, ai sensi della successiva lett. o), sono obbligazioni finanziarie <<le obbligazioni, anche condizionali ovvero future, al pagamento di una somma di denaro ovvero alla consegna di strumenti finanziari, anche qualora il debitore sia persona diversa dal datore della garanzia>>, è la causa concreta ad assurgere ad effettivo elemento unificante dei molteplici schemi contrattuali resi praticabili dal legislatore. Osserva V. AGNESE, *I contratti di garanzia finanziaria nel diritto civile*, cit., p. 72 che <<deve pertanto dedursi che il legislatore nel decreto n. 170 ha posposto al principio di ordine pubblico della tipicità delle cause di prelazione, di cui agli artt. 2740 e 2741 codice civile, l'altro principio dell'autonomia contrattuale, di cui all'art. 1322, comma 2 c.c. [...] Nell'odierno contesto economico – giuridico, non a caso, è ormai generalmente riconosciuto che la parità di trattamento dei creditori non è un principio rigido, ma solo un criterio direttivo, variamente applicato nelle singole disposizioni di legge>>.

Tanto in un quadro reso ancor più interessante dalla presenza delle garanzie reali, come è noto in rapporto di tradizionale conflittualità con le clausole aperte foriere di atipicità in un settore del diritto poggiato sul pilastro della tipicità e del numero chiuso dei diritti reali.

Ora, la costituzione del contratto di garanzia finanziaria, definito come precede, è sottoposta alle formalità da considerarsi strettamente necessarie ad assicurare la funzionalità della fattispecie. Fra queste non figura lo spossessamento<sup>121</sup>.

A norma dell'art. 2 del decreto, infatti, le disciplina ivi contenuta si applica ai contratti di garanzia finanziaria a condizione che: <<a) il contratto di garanzia finanziaria sia provato per iscritto; b) la garanzia finanziaria sia stata prestata e tale prestazione sia provata per iscritto. La prova deve consentire l'individuazione della data di costituzione e delle attività finanziarie costituite in garanzia. *A tale fine è sufficiente la registrazione degli strumenti finanziari sui conti degli intermediari ai sensi degli artt. 83 bis e seguenti del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 e l'annotazione del contante sui conti di pertinenza*>>. Quando siano costituiti in garanzia crediti, poi, a provare la fornitura del credito è sufficiente la consegna al beneficiario di un atto redatto per iscritto, dal quale risulti l'individuazione del credito.

Anche in tal caso, evidentemente, come già per la costituzione in garanzia di titoli conferiti in una gestione accentrata, il medesimo risultato tradizionalmente conseguito attraverso lo spossessamento viene raggiunto con la scritturazione in un registro appositamente predisposto, a segnalare una volta in più l'insussistenza di un rapporto di coesistenzialità fra il pegno, e più ampiamente le garanzie mobiliari, e lo spossessamento<sup>122</sup>.

L'assenza del requisito dello spossessamento, tuttavia, non è una semplice modalità alternativa di costituzione della garanzia mobiliare ma piuttosto risponde a specifiche esigenze dei soggetti coinvolti nell'operazione in relazione al contesto giuridico – economico in cui essi sono chiamati a muoversi.

---

<sup>121</sup> Ai sensi dell'art. 1 lett. q) d.lgs. n. 170/2004 per prestazione della garanzia deve intendersi: <<l'avvenuto compimento degli atti, quali la consegna, il trasferimento, la registrazione delle attività finanziarie, in esito ai quali le attività finanziarie stesse risultino nel possesso o sotto il controllo del beneficiario della garanzia o di persona che agisce per conto di quest'ultimo o, nel caso di pegno o di cessione del credito, la consegna per iscritto di un atto al beneficiario della garanzia contenente l'individuazione del credito>>.

<sup>122</sup> Nota V. AGNESE, *I contratti di garanzia finanziaria nel diritto civile*, cit., p. 96, come il pegno sia spesso assunto dal legislatore del decreto n. 170 come fattispecie paradigmatica della categoria più ampia delle garanzie mobiliari, salvo poi a prevedere l'estensione della disciplina alle altre figure considerate.

Così mentre quando si tratta della deduzione in garanzia di beni in lavorazione, il superamento dello spossessamento è strumentale all'utilizzo degli stessi da parte del costituente, il quale potrà dare continuità e garantire stabilità all'attività d'impresa, nel caso in esame la stessa strutturazione alternativa della fattispecie risponde ad istanze di semplificazione della gestione nella prospettiva dell'utilizzo, questa volta, del creditore.

Ed infatti, <<il creditore pignoratizio può disporre anche mediante alienazione, delle attività finanziarie oggetto del pegno, se previsto nel contratto di garanzia finanziaria e conformemente alle pattuizioni in esso contenute>> (art. 5 co. 1 d.lgs. n. 170/2004).

Malgrado la previsione dell'art. 2792 c.c. nulla di simile è previsto, né consentito, dal codice civile. Al contrario il potere di disposizione del creditore pignoratizio di garanzie finanziarie ridonda a vantaggio così dell'utilizzatore stesso, attraverso un incremento della liquidità, come del costituente e degli altri operatori bisognosi di finanziamento, i quali potranno giovare del fatto che le stesse attività finanziarie costituite in garanzia verranno nuovamente immesse in circolazione per finanziare o garantire altre operazioni.

Per altro verso la tutela del creditore pignoratizio e quella degli altri creditori concorrenti del medesimo debitore passa per sistemi alternativi rispetto allo spossessamento ed al divieto di utilizzazione se non con il consenso del costituente o con l'autorizzazione del giudice.

E tale è il punto in cui entra in gioco la rotatività della garanzia, che garantisce la quadratura del cerchio degli interessi contrapposti della tutela del credito e della continuità dell'attività d'impresa e della produzione di ricchezza. Al comma secondo dell'art. 5 citato si è stabilito, infatti, che <<il creditore pignoratizio che si sia avvalso della facoltà indicata nel comma 1 ha l'obbligo di ricostruire la *garanzia equivalente in sostituzione* di quella originaria entro la data di scadenza dell'obbligazione finanziaria garantita>>. E soprattutto <<La ricostruzione della garanzia equivalente *non comporta costituzione di una nuova garanzia* e si considera effettuata alla data di prestazione della garanzia originaria>>.

In tal modo, e cioè prevedendo che il creditore pignoratizio possa fare uso delle attività finanziarie ottenute in garanzia, sino anche ad alienarle, ma debba in tal caso sostituire l'oggetto della garanzia con altrettante attività dello stesso genere e di valore equivalente, senza che questa modifica determini la nascita di una nuova garanzia, il legislatore ha inequivocabilmente dato sistemazione positiva alla garanzia rotativa nell'ambito dei contratti

di garanzia finanziaria. Scelta che appare, peraltro, confermata dalla disciplina, contenuta sempre nel d.lgs. n. 170/2004, delle cosiddette clausole di integrazione e di sostituzione<sup>123</sup>.

Gli è che, naturalmente, l'esclusione della novazione oggettiva incide soprattutto sull'applicabilità della disciplina della revocatoria ordinaria e più frequentemente di quella fallimentare. Sul punto nel decreto in esame il legislatore ha assunto specifica posizione attraverso l'art. 9, con una normazione, per la specificità oltre che per il contenuto, improntata ad un risultato di massima stabilità e continuità delle negoziazioni e delle garanzie finanziarie<sup>124</sup>.

Anche l'attuazione della garanzia, infine, è regolata da forme più snelle e veloci di quelle previste dal codice civile, sostanziantesi, pure in costanza di una procedura di risanamento o di liquidazione e con l'osservanza delle dovute condizioni, nella vendita delle attività finanziarie oggetto della garanzia, nell'appropriazione delle stesse ovvero nell'utilizzo del contante parimenti costituito in garanzia. Solo successivamente, poi, il creditore che abbia proceduto all'escussione, dovrà darne avviso per iscritto al datore e se del caso agli organi

---

<sup>123</sup> Ai sensi dell'art. 1 lett. e) d.lgs. n. 170/2004 è clausola di integrazione <<la clausola del contratto di garanzia finanziaria che prevede l'obbligo di prestare una garanzia finanziaria o di integrare la garanzia finanziaria già prestata>>. Alla successiva lett. g) si definisce, invece, come clausola di sostituzione <<la clausola del contratto di garanzia finanziaria che prevede la possibilità di sostituire in tutto o in parte l'oggetto, nei limiti di valore dei beni originariamente costituiti in garanzia>>.

<sup>124</sup> Ed infatti l'art. 9 d.lgs. n. 170/2004, rubricato <<Effetti delle procedure di liquidazione sulle garanzie finanziarie>>, statuisce: <<1. La garanzia finanziaria prestata, anche in conformità ad una clausola di integrazione o di sostituzione, ed il contratto relativo alla garanzia stessa non possono essere dichiarati inefficaci nei confronti dei creditori soltanto in base al fatto che la prestazione della garanzia finanziaria o il sorgere dell'obbligazione finanziaria garantita siano avvenuti:

a) il giorno di apertura della procedura medesima e prima del momento di apertura di detta procedura;  
b) il giorno di apertura della procedura medesima e dopo il momento di apertura di detta procedura, qualora il beneficiario della garanzia possa dimostrare di non essere stato, nè di aver potuto essere, a conoscenza dell'apertura della procedura.

2. Agli effetti di cui agli articoli 66 e 67 della legge fallimentare:

a) il contratto di cessione del credito o di trasferimento della proprietà con funzione di garanzia e la prestazione della medesima sono equiparati al pegno;

b) la prestazione della garanzia in conformità ad una clausola di sostituzione non comporta costituzione di una nuova garanzia e si considera effettuata alla data della prestazione della garanzia originaria;

c) la prestazione della garanzia in conformità ad una clausola di integrazione si considera effettuata contestualmente al debito garantito e, nel caso indicato nell'articolo 1, lettera e), numero 1), al momento della prestazione della garanzia originaria o, in assenza di garanzia originaria, al momento della stipula del contratto di garanzia finanziaria; nel caso indicato nell'articolo 1, lettera e), numero 2), nel momento in cui la garanzia integrativa è stata prestata.

3. Salvi gli effetti degli accordi tra le parti, ai contratti di garanzia finanziaria e alle garanzie finanziarie prestate in conformità al presente decreto legislativo non si applicano l'articolo 203 del testo unico della finanza, nè l'articolo 76 della legge fallimentare>>.

della procedura eventualmente in corso, per notizzarli della modalità dell'escussione e del ricavato da questa, con restituzione dell'eccedenza che ne fosse risultata<sup>125</sup>.

Tale obbligo informativo, quindi, può esitare nell'attivazione di un'azione di "irragionevolezza commerciale" secondo la procedura e con le presunzioni e le preclusioni compendiate dal legislatore nell'art. 8 d.lgs. n. 170/2004<sup>126</sup>.

***§§ Segue. <<Il pegno mobiliare non possessorio>> nel quadro delle <<Disposizioni urgenti in materia di procedure esecutive e concorsuali, nonché a favore degli investitori in banche in liquidazione>> (d.l. 3 maggio 2016, n. 59, convertito con modificazioni in legge 30 giugno 2016, n. 119).***

La crisi endemica che ha investito il sistema bancario e l'imprenditoria italiana negli ultimi anni, ha evidenziato ancor più l'inadeguatezza della disciplina interna della gestione del credito e segnatamente della garanzia della sua realizzazione.

---

<sup>125</sup> Dispone l'art 4 d.lgs. n. 170/2004, rubricato <<Escussione del pegno>>: <<1. Al verificarsi di un evento determinante l'escussione della garanzia, il creditore pignoratizio ha facoltà, anche in caso di apertura di una procedura di risanamento o di liquidazione, di procedere osservando le formalità previste nel contratto:

a) alla vendita delle attività finanziarie oggetto del pegno, trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del proprio credito, fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita;

b) all'appropriazione delle attività finanziarie oggetto del pegno, diverse dal contante, fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita, a condizione che tale facoltà sia prevista nel contratto di garanzia finanziaria e che lo stesso ne preveda i criteri di valutazione;

c) all'utilizzo del contante oggetto della garanzia per estinguere l'obbligazione finanziaria garantita.

2. Nei casi previsti dal comma 1 il creditore pignoratizio informa immediatamente per iscritto il datore della garanzia stessa o, se del caso, gli organi della procedura di risanamento o di liquidazione in merito alle modalità di escussione adottate e all'importo ricavato e restituisce contestualmente l'eccedenza>>.

<sup>126</sup> Dispone l'art 8 d.lgs. n. 170/2004, rubricato <<Condizioni di realizzo e criteri di valutazione>>: <<1. Le condizioni di realizzo delle attività finanziarie ed i criteri di valutazione delle stesse e delle obbligazioni finanziarie garantite devono essere ragionevoli sotto il profilo commerciale. Detta ragionevolezza si presume nel caso in cui le clausole contrattuali concernenti le condizioni di realizzo, nonché i criteri di valutazione, siano conformi agli schemi contrattuali individuati dalla Banca d'Italia, d'intesa con la CONSOB, in relazione alle clausole di garanzia elaborate nell'ambito della prassi internazionale.

2. La violazione della ragionevolezza sotto il profilo commerciale delle condizioni di realizzo delle attività finanziarie può essere fatta valere in giudizio entro tre mesi dalla comunicazione indicata nell'articolo 4, comma 2, qualora non siano state previamente concordate tra le parti, ai fini della rideterminazione di quanto dovuto ai sensi del medesimo articolo.

3. Gli organi della procedura di liquidazione, entro sei mesi dal momento di apertura della procedura stessa, possono far valere, agli stessi fini indicati nel comma 2, anche la violazione della ragionevolezza sotto il profilo commerciale nella determinazione tra le parti delle condizioni di realizzo delle attività finanziarie, nonché dei criteri di valutazione delle stesse e delle obbligazioni finanziarie garantite, qualora la determinazione sia intervenuta entro l'anno che precede l'apertura della procedura di liquidazione stessa>>.

Nel filone delle riforme che si sono, pertanto, rese necessarie figura in posizione privilegiata il d.l. 3 maggio 2016, n. 59, noto come decreto banche e convertito, con talune significative modificazioni, in legge 30 giugno 2016, n. 119. Con questo intervento il legislatore ha inteso prevedere apertamente tre ordini di misure in favore di altrettante categorie nevralgiche per la ripresa dell'economia. Trattasi, dunque, di misure a sostegno dell'impresa, dei finanziatori, attraverso l'accelerazione dei tempi di recupero dei crediti nelle procedure esecutive e concorsuali, e, infine, degli investitori in banche in liquidazione, i quali indipendentemente dal loro particolare legame con gli istituti di credito in situazione di crisi, costituiscono la fonte prima di raccolta di liquidità alla base dell'erogazione del credito.

Cosicché le principali novità introdotte dalla decretazione d'urgenza ed ulteriormente specificate in sede di conversione concernono proprio il settore della garanzia del credito, mediante la previsione di una singolare fattispecie di <<pegno mobiliare non possessorio>> (art. 1) e la regolamentazione del <<finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato>> (art. 2).

Giova iniziare con il soffermarsi in questa sede sulla garanzia mobiliare. È evidente che il pegno mobiliare non possessorio, a parte la pleonasticità dell'aggettivo mobiliare, si vada ad aggiungere alla serie delle fattispecie che, come innanzi visto, a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso hanno lentamente destrutturato la garanzia mobiliare nella sua tradizionale configurazione, per adeguarla alle esigenze del mercato.

Anche in tal caso il collegamento dell'operazione alla sua precipua funzione economica è, sotto più aspetti, reso evidente.

Sotto il profilo soggettivo la fattispecie trova applicazione solamente alle garanzie mobiliari costituite fra imprenditori iscritti nel registro delle imprese.

Quanto all'oggetto della garanzia essa può essere costituita su tutti i beni mobili, anche immateriali, con la sola eccezione dei beni mobili registrati, ovvero su crediti, purché si tratti, in entrambi i casi, di beni o crediti destinati all'esercizio dell'impresa.

Il pegno in parola, infine, può essere costituito a garanzia di crediti concessi ai predetti soggetti qualificati o anche a terzi, presenti o futuri, purché determinati o determinabili con

indicazione dell'importo massimo garantito, che siano a loro volta inerenti all'esercizio dell'impresa.

La fattispecie, insomma, ha la precipua funzione di garantire crediti concessi per l'esercizio dell'attività d'impresa a soggetti iscritti nel registro dell'impresa e grava unicamente su beni o crediti dell'imprenditore finanziato che siano impiegati o derivino dal processo produttivo<sup>127</sup>.

Orbene la rotatività della garanzia è conseguenza che diremmo obbligata della natura dei beni e dei crediti che, per legge, possono formarne oggetto. Ed infatti quasi in apertura dell'art. 1, e comunque in posizione di assoluto risalto, si è previsto: «<<Ove non sia diversamente disposto nel contratto, il debitore o il terzo concedente il pegno e' autorizzato a trasformare o alienare, nel rispetto della loro destinazione economica, o comunque a disporre dei beni gravati da pegno. In tal caso il pegno si trasferisce, rispettivamente, al prodotto risultante dalla trasformazione, al corrispettivo della cessione del bene gravato o al bene sostitutivo acquistato con tale corrispettivo, senza che ciò comporti costituzione di una nuova garanzia>>».

Due osservazioni suscita immediatamente, allora, la lettura della disposizione.

In primo luogo appare evidente che la funzione economica della fattispecie abbia avuto la meglio, anche in termini di ordine della normazione, sulla struttura della stessa. Una ricostruzione tradizionale del tipo, infatti, avrebbe richiesto, che alla definizione dei soggetti e dell'oggetto seguisse la determinazione del suo modo di costituzione, tanto più quando, come nel caso in esame, esso si mostra eccentrico rispetto al suo referente codicistico.

---

<sup>127</sup> Ne discende che la norma in esame ha dei destinatari e, conseguentemente, un ambito di applicazione sensibilmente diversi da quelli riferibili ai contratti di garanzia finanziaria. Si è visto, infatti, che, a norma dell'art. 1 lett. d) del decreto n. 170, detti contratti possono essere stipulati fra un'istituzione finanziaria di quelle indicate dal legislatore ed una società commerciale ma giammai fra contraenti che siano entrambi società non rappresentative dei predetti enti creditizi. Al contrario l'art. 1 co. 1 del decreto banche, come risultante dalla conversione in legge, nel delineare il profilo soggettivo della fattispecie si limita ad indicare «<<gli imprenditori iscritti nel registro delle imprese>>», per i quali occorrerà rimandare all'art. 2195 c.c. Gli è allora che, per quanto sia plausibile pensare che la maggior parte delle fattispecie di pegno non possessorio troveranno comunque collocazione nello svolgimento di rapporti di finanziamento fra enti creditizi ed imprenditori bisognosi di liquidità, cionondimeno, purché sia rispettato il profilo funzionale dell'appartenenza dei beni costituiti in garanzia al ciclo produttivo e della destinazione del credito all'esercizio dell'impresa, la normativa in esame non è ostativa a che parti contraenti di un negozio istitutivo di "pegno mobiliare non possessorio" siano due imprenditori. È evidente, invece, che anche in tal caso come già per i contratti di garanzia finanziaria e le altre fattispecie di garanzia mobiliare non possessoria, si tratti sempre di contratti d'impresa *b2b*, dato che questo che palesa la necessità di interrogarsi sulla disciplina applicabile ai contratti con i consumatori e più ampiamente sugli spazi che queste innovazioni normative abbiano effettivamente conquistato, o meno, all'autonomia privata.

Ed invece solo nei successivi commi 3 e 4 dell'art. 1 è stabilito che il contratto debba, a pena di nullità, avere forma scritta e contenere la precisa determinazione del creditore, del debitore o dell'eventuale terzo datore della garanzia, nonché la specifica descrizione del bene dato in garanzia, del credito e dell'importo massimo garantito. Tale contratto, quindi, sarà efficace nei confronti dei terzi e nelle procedure esecutive e concorsuali, solamente a seguito dell'iscrizione nello speciale registro informatizzato da costituirsi presso l'Agenzia dell'entrate e denominato <<registro dei pegni non possessori>><sup>128</sup>.

Ora dal combinato disposto dei commi 2, 3 e 4 dell'art. 1 è dato desumere che il pegno non possessorio disciplinato dal legislatore del 2016 ha una struttura certamente rispondente a quella della fattispecie consensuale, richiedente la forma scritta *ad substantiam*, in cui la funzione dello spossessamento, dal quale si prescinde, è svolta una volta in più dalla registrazione in un specifico registro dedicato, che si avvale inoltre della tecnologia informatica.

La seconda osservazione concerne, invece, la funzione del superamento dello spossessamento, riguardata specialmente con riferimento alla disciplina dei contratti di garanzia finanziaria, sui quali ci si è soffermati nel paragrafo che precede.

Si è visto in quel caso che l'adozione di un meccanismo alternativo allo spossessamento risponde ad esigenze di semplificazione della gestione della garanzia nella prospettiva dell'utilizzo del creditore, la quale ridonda comunque a vantaggio dello stesso costituente e degli altri operatori del sistema, mediante un incremento della liquidità e delle corrispondenti possibilità di ulteriore finanziamento. Inoltre recita l'art. 5 co. 1 del d.lgs. n. 170/2004: <<Il creditore pignoratizio può disporre anche mediante alienazione, delle attività finanziarie oggetto del pegno, se previsto nel contratto di garanzia finanziaria e conformemente alle pattuizioni in esso contenute>>, subordinando, così, il diritto del creditore di fare largo uso

---

<sup>128</sup> Invero il comma 4 dell'art. 1 del decreto banche è stato sensibilmente modificato in sede di conversione in legge. Ed infatti mentre nel testo vigente è stabilito che: <<Il pegno non possessorio *ha effetto verso i terzi* esclusivamente con la iscrizione in un registro informatizzato costituito presso l'Agenzia delle entrate e denominato «registro dei pegni non possessori»; dal momento dell'iscrizione il pegno prende grado ed e' opponibile ai terzi e nelle procedure esecutive e concorsuali>>, nella dizione originaria del d.l., secondo cui <<il pegno non possessorio *si costituisce* esclusivamente con la iscrizione in un registro informatizzato costituito presso l'Agenzia delle entrate e denominato «registro dei pegni non possessori»; dalla data dell'iscrizione il pegno prende grado ed e' opponibile ai terzi e nelle procedure concorsuali>>, si attribuiva all'iscrizione ben diversa efficacia costitutiva.

dell'oggetto della garanzia ad una espressa previsione contrattuale e nel rispetto delle modalità pattuite nella medesima sede.

Al contrario nella fattispecie in esame, finalizzata a rappresentare un sostegno per la ripartenza ed il più rapido sviluppo dell'attività d'impresa, si assiste ad una completa inversione della prospettiva. Cosicché da una parte il costituente può sempre trasformare, alienare o comunque disporre dei beni dati in pegno, con il solo limite del rispetto della destinazione economica, <<ove non sia diversamente disposto nel contratto>>; dall'altra il superamento dello spossessamento risponde alla diversa finalità di favorire la continuità dell'attività d'impresa, consentendo in una l'accesso al finanziamento mediante l'impiego del capitale aziendale e l'aggiramento dell'ostacolo consistente dell'immobilizzazione delle risorse produttive, di guisa tale che, dunque, non è più il creditore ma il debitore – imprenditore o il terzo costituente a poter fare uso dell'oggetto della garanzia, che egli stesso conserva presso di sé.

Sul versante opposto la tutela del credito passa attraverso la previsione a pena di nullità di un contenuto contrattuale particolarmente dettagliato e, specialmente, la regolamentazione di una procedura di escussione della garanzia extragiudiziale snella e semplificata.

A norma del comma 7 dell'art. 1 del decreto come modificato in sede di conversione, infatti, il creditore, al verificarsi di uno degli eventi che determinano l'escussione del pegno, ha l'onere di notificare un atto di intimazione, anche a mezzo posta elettronica, al debitore e all'eventuale terzo concedente ovvero di spedire avviso agli eventuali titolari di pegno non possessorio anteriormente trascritto nonché al debitore del credito oggetto del pegno. Successivamente egli può attivare due diverse categorie di rimedi stragiudiziali, delle quali la prima consta di due ipotesi tipiche, la seconda di altrettante ipotesi convenzionali, che devono, cioè, essere espressamente previste dalle parti nel contratto di pegno ed iscritte nel registro informatizzato.

Alla prima categoria appartengono: la vendita dei beni oggetto del pegno da parte dello stesso creditore pignoratizio, in veste di mandatario ad alienare *ex lege*, tramite procedure competitive e nel rispetto di adeguate forme di pubblicità; l'escussione dei crediti oggetto di pegno sino a soddisfacimento della pretesa creditoria ovvero la cessione degli stessi crediti parimenti sino a concorrenza della garanzia e con comunicazione al datore della garanzia.

Ai rimedi stragiudiziali convenzionali appartengono, invece: la locazione del bene costituito in garanzia, con imputazione dei canoni al soddisfacimento integrale del credito e purché nel contratto siano stati previsti i criteri di determinazione del corrispettivo della locazione; l'appropriazione dei beni oggetto del pegno, sempre che in contratto siano stati stabiliti i criteri e le modalità di determinazione del valore del bene costituito in garanzia e dell'obbligazione garantita<sup>129</sup>.

Per parte sua il debitore o il terzo datore potrà reagire all'attivazione del rimedio stragiudiziale soltanto entro cinque giorni dalla notifica dell'intimazione. L'opposizione è proposta con ricorso e segue il rito sommario di cognizione. Inoltre, allorquando il giudice dovesse rilevare la sussistenza di gravi motivi, su istanza di parte, potrà in via d'urgenza inibire l'escussione del pegno al creditore.

Decorso questo breve termine, tuttavia, residua al debitore o al terzo datore solamente un'azione risarcitoria, da esercitarsi nei tre mesi dalla comunicazione, da parte del creditore pignoratorio, del proposito di vendere, di locare o di appropriarsi dei beni oggetto del pegno non possessorio, <<quando l'escussione e' avvenuta in violazione dei criteri e delle modalità previsti dalla legge e non corrispondono ai valori correnti di mercato il prezzo della vendita, il corrispettivo della cessione, il corrispettivo della locazione ovvero il valore *del bene di cui il creditore si è appropriato*>> (art. 1 co. 9).

Infine in sede di conversione in legge si sono aggiunti all'art. 1 del decreto in esame anche i commi 7 *ter* e 7 *quater*, con i quali si è disciplinato rispettivamente il procedimento di materiale escussione del pegno ed il concorso di questa con altra procedura esecutiva.

Ebbene il creditore procedente, al quale il debitore o il terzo datore non abbia consegnato l'oggetto della garanzia entro quindici giorni dalla notificazione dell'intimazione, può rivolgersi, anche con mera istanza verbale, all'ufficiale giudiziario perché proceda secondo le disposizioni concernenti l'esecuzione forzata per consegna o rilascio, anche in assenza di titolo esecutivo e di precetto, sostituiti dalla presentazione della nota di iscrizione del pegno

---

<sup>129</sup> Giova notare come il legislatore sembri aver costruito tali rimedi stragiudiziali avendo riguardo principalmente al pegno di beni mobili. Ed infatti ove la garanzia mobiliare abbia ad oggetto crediti l'unico rimedio esperibile è quello dell'escussione ovvero della cessione sino a concorrenza della pretesa creditoria.

non possessorio nel relativo registro telematico unitamente all'intimazione regolarmente notificata.

Coerentemente, poi, alla rotatività del pegno in sede di svolgimento del rapporto di garanzia è dato seguito in fase esecutiva, laddove si è previsto che <<quando risulta che il pegno si è trasferito sul corrispettivo ricavato dall'alienazione del bene, l'ufficiale giudiziario ricerca, mediante esame delle scritture contabili ovvero a norma dell'articolo 492-bis del codice di procedura civile, i crediti del datore della garanzia, nei limiti della somma garantita ai sensi del comma 2. I crediti rinvenuti a norma del periodo precedente sono riscossi dal creditore in forza del contratto di pegno e del verbale delle operazioni di ricerca redatto dall'ufficiale giudiziario>>.

Gli è allora che, con la nuova figura di pegno non possessorio, il legislatore ha inteso favorire l'attività d'impresa e garantire il credito in diversi e combinati modi: attribuendo al pegno una connotazione rotativa salvo espressa volontà contraria delle parti, snellendo le procedura esecutiva e rimettendola in concreto alla determinazione dei contraenti, escludendo, se non nei casi di conflittualità effettiva, ovverossia di opposizione all'escussione o di concorso tra l'escussione del pegno ed altra procedura esecutiva, l'intervento del giudice, e con questi, di tutto l'armamentario del processo.

### ***3.2 Il privilegio speciale sui beni in lavorazione.***

Invero l'agevolazione del ricorso al finanziamento esterno all'impresa è una questione che era già stata affrontata dal T.U.B., d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, sin dalla sua originaria approvazione.

Il riferimento è all'art. 46, con il quale si è disciplinata una particolare tipologia di privilegio mobiliare, avente ad oggetto beni in lavorazione ed estensibile ai prodotti della lavorazione, nonché ai crediti, anche futuri, derivanti dalla vendita dei beni<sup>130</sup>.

---

<sup>130</sup> Per una completa disamina della fattispecie Cfr. G. PRESTI, *Le operazioni di credito nel nuovo ordinamento bancario*, in *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*, a cura di U. MORERA – A. NUZZO, *L'attività delle banche*, II, 1996, p. 89 ss.; G. TUCCI, *I privilegi*, in *Trattato dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, 1997, 19, p. 575 ss., spec. p. 710 ss.; M. RESCIGNO, *Il privilegio per i finanziamenti bancari a medio e lungo termine a*

Con tale figura di garanzia mobiliare convenzionale, non possessoria e rotativa, si intese ovviare alle inefficienze delle tradizionali fattispecie dell'ipoteca e del pegno, entrambe piuttosto sacrificanti, ora per la limitazione dell'oggetto, ora per la necessità dello spossessamento. Al contempo, poi, l'art. 46 ha consentito di porre rimedio alla conseguente proliferazione di privilegi speciali, i quali, ciascuno retto da una regolamentazione sua propria, avevano piuttosto complicato il quadro normativo dell'accesso al credito bancario.

Orbene dal dettato dell'art. 46 emerge che il privilegio speciale ivi disciplinato attiene a rapporti comunque qualificati sotto il profilo soggettivo, quali sono quelli intercorrenti fra banche finanziatrici ed imprese finanziate. Esso deve concernere, inoltre, finanziamenti a medio e lungo termine ovvero di durata superiore ai diciotto mesi e può avere ad oggetto esclusivamente beni mobili non iscritti in pubblici registri o crediti.

Proprio la dettagliata disciplina dell'oggetto ha indotto la maggioranza dei commentatori a ritenere che, in assenza di un più preciso dettato normativo, la garanzia in questione abbia natura, oltre che non possessoria, rotativa.

Ed infatti esso può gravare su: <<a) impianti e opere esistenti e futuri, concessioni e beni strumentali; b) materie prime, prodotti in corso di lavorazione, scorte, prodotti finiti, frutti, bestiame e merci; c) beni comunque acquistati con il finanziamento concesso; d) crediti, anche futuri, derivanti dalla vendita dei beni indicati dalle lettere precedenti>>. Infine con una modifica introdotta dal d.l. 23 dicembre 2013, n. 145, convertito in legge 21 febbraio 2014, n. 9, un nuovo comma 1 *bis* ha esteso il privilegio a garanzia delle obbligazioni e dei titoli di debito emessi da società di capitali con sottoscrizione riservata agli investitori qualificati ex art. 100 T.U.F., d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58.<sup>131</sup>

Trattasi, insomma, del capitale fisso dell'impresa; del cosiddetto attivo circolante dell'impresa; dei beni comunque acquistati con il finanziamento, purché, deve ritenersi, appartenenti ad una delle due precedenti categorie, anche in considerazione del dettato della

---

*favore delle imprese, con particolare riguardo alla rotatività del suo oggetto, in Banca, borsa e tit. cred., 1999, I, p. 583 ss.*

<sup>131</sup> In particolare l'art. 46 co. 1 *bis* T.U.B. dispone: <<Il privilegio previsto dal presente articolo può essere costituito anche per garantire obbligazioni e titoli simili emessi da società ai sensi degli articoli 2410 e seguenti o 2483 del codice civile, la cui sottoscrizione e circolazione è riservata a investitori qualificati ai sensi dell'articolo 100 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58>>.

prima parte del comma primo dell'art. 46, ove è stabilito espressamente che i beni mobili non iscritti in pubblici registri, su cui può gravare il privilegio, devono essere <<comunque destinati all'esercizio dell'impresa>>; infine dei crediti, presenti o futuri, derivanti dalla vendita dei beni predetti<sup>132</sup>.

La questione della rotatività della garanzia si pone, evidentemente, con riferimento ai beni dell'attivo circolante di cui alla lett. b). Ora, nonostante il legislatore sia silente sul punto, ciò non toglie che i beni ivi indicati siano, per loro stessa natura, di difficile individuazione, in quanto destinati a subire continui mutamenti nel corso dell'attività d'impresa, ciò che ha condotto una dottrina autorevole ad affermare che <<una garanzia non possessoria sui beni dell'attivo circolante, per sua stessa natura, non può che essere rotativa>><sup>133</sup>.

Che si tratti, poi, di garanzia mobiliare non possessoria emerge con chiarezza dalla disciplina del negozio costitutivo, per il quale è richiesto soltanto che abbia, a pena di nullità, forma scritta ed un contenuto predeterminato e specifico quanto all'individuazione dei beni e dei crediti su cui grava il privilegio, della banca finanziatrice, del debitore e del datore del privilegio, dell'ammontare e delle condizioni del finanziamento.

Gli è allora che, come innanzi, detto la specificità del contenuto negoziale costituisce uno strumento di rafforzamento della posizione dei creditori concorrenti e denuncia ulteriormente l'attitudine rotativa della garanzia. Allo stesso tempo, essa pare segnare la distinzione che corre tra questa figura di privilegio e la garanzia fluttuante anglosassone, che pure talvolta vi è stata associata<sup>134</sup>.

---

<sup>132</sup> Cfr. sul punto G. PRESTI, *Le operazioni di credito nel nuovo ordinamento bancario, cit.*, dove l'Autore, con riferimento all'oggetto del privilegio ex art. 46 T.U.B. e ritenendo che esso debba essere circoscritto sempre, anche quando essi siano stati acquistati con il finanziamento concesso, ai beni funzionalmente destinati all'impresa, così conclude: <<Le varie ipotesi di beni previsti dall'art. 46 sono accomunate non solo dal requisito negativo di non essere iscritti in pubblici registri, ma anche da quello positivo di essere destinati all'esercizio dell'impresa finanziata. In sostanza, possono essere assoggettati al privilegio ex art. 46 t.u. solo quei beni per i quali effettivamente si pone il problema dell'inadeguatezza dell'ipoteca e del pegno; e quindi non possono esserlo que beni per i quali le garanzie tradizionali non implicano disfunzioni nel ciclo economico dell'impresa: o perché l'imprenditore non ne viene spossessato (beni immobili o mobili registrati) o perché si tratta di beni non destinati all'esercizio dell'impresa finanziata>>.

<sup>133</sup> Così E. GABRIELLI, *Studi sulle garanzie reali, cit.*, p. 212.

<sup>134</sup> Sul punto si rimanda *supra* §3. Ebbene quando si dice che con la *floating charge* l'imprenditore costituisce in garanzia al creditore il proprio magazzino (*goods*), il patrimonio (*assets*) o l'insieme dell'attivo d'impresa (*undertaking*, comprendente reddito e beni presenti e futuri di proprietà della società), evidentemente non si stabilisce anche che questi debba necessariamente individuare i beni o la massa di beni che formano l'oggetto

La posizione dei creditori concorrenti e dei terzi, più in generale, è presidiata, inoltre, dalla natura iscrizionale del privilegio, il quale diviene opponibile ai terzi solamente dal momento della <<trascrizione, nel registro indicato dall'art. 1524 c.c., secondo comma, del codice civile, dell'atto dal quale il privilegio risulta>>. Esso si colloca comunque nel grado indicato dall'art. 2777 c.c., ultimo comma, e non pregiudica i titoli di prelazione di pari grado con data certa anteriore a quella della trascrizione; è assistito da diritto di sequela nei confronti dei terzi che abbiano acquistato diritti sui beni che ne sono oggetto successivamente alla trascrizione, con l'eccezione, in forza dell'art. 1153 c.c., applicabile, quindi, anche agli acquisti *a domino*, degli acquirenti in buona fede ed a titolo oneroso che abbiano conseguito il possesso dei beni. In tale ultimo caso, per espressa previsione dell'art. 46 co. 5, il privilegio si trasferisce sul corrispettivo dell'alienazione.

La principale carenza della disciplina del privilegio mobiliare ex art. 46 risiede, allora, nella mancanza di qualsivoglia indicazione normativa sui criteri di soluzione degli eventuali conflitti, lasciandone la ricerca all'interprete, alla luce delle norme di diritto comune che regolano le garanzie e la circolazione mobiliari<sup>135</sup>.

Evidentemente, in seguito all'entrata in vigore del d.l. n. 59/2016, con le modifiche occorse in sede di conversione, potranno verificarsi situazioni di conflitto anche fra il privilegio speciale in esame ed il pegno mobiliare non possessorio, su cui ci si è soffermati nel paragrafo che precede.

Sul punto ed in linea di prima approssimazione può osservarsi che non sembra possa trovare applicazione la regola generale di cui all'art. 2748 c.c., dal momento che così nella disciplina del privilegio come in quella del pegno non possessorio, il legislatore ha inteso legare l'opponibilità della garanzia ai terzi ad un meccanismo iscrizionale, di guisa tale che ne appare logica conseguenza la circostanza che è alla priorità dell'attivazione dello strumento pubblicitario, per quanto differente, che debba rimettersi la valutazione di prevalenza.

---

della garanzia. Questo aspetto proprio del *common law* non sembra invero rinvenibile in alcuna fattispecie di garanzia mobiliare non possessoria e rotativa di diritto interno.

<sup>135</sup> Tali problemi di conflitto vengono affrontati fra l'altro da G. TUCCI, *Le norme per l'esercizio di particolari operazioni di credito: la nuova disciplina dei privilegi nel finanziamento alle imprese*, in *Banca, impr., soc.*, 1993, p. 321 ss.

### ***3.3 Patto di rotatività ed operazione economica. Essenzialità dell'identità di valore.***

Giunti a tal punto della nostra analisi e fatta brevemente luce sull'ampia gamma di fattispecie pignoratizie rotative di fonte legale, è del tutto lecito l'insorgere nell'interprete del quesito se, nel solco tracciato dal legislatore, vi sia spazio per un patto di rotatività della garanzia mobiliare ovvero, in altri termini, per un pegno rotativo convenzionale.

Autorevole dottrina, ben prima della recente introduzione del pegno mobiliare non possessorio strumentale all'accesso delle imprese al finanziamento bancario senza immobilizzazione del capitale circolante, si era posta il medesimo interrogativo e vi aveva dato una risposta che ha trovato, successivamente accoglimento presso la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie e alla quale, anche in questa sede, si ritiene di dover dare continuità. E ciò, non soltanto per lo spessore dell'argomentazione giuridica ma anche, se non specialmente, per l'attenzione che quella dottrina poneva al concreto risvolto, nel settore economico considerato, della soluzione prospettata.

Il tema è quello tradizionale del rapporto fra l'autonomia privata e taluni principi cardinali del nostro ordinamento giuridico particolarmente presenti nella materia delle garanzie reali, fra i quali in primo luogo quello della tipicità dei diritti reali ma anche quello della parità di trattamento fra creditori di eguale rango.

Sul punto – si è osservato - <<il discorso sul rapporto tra autonomia privata e costituzione delle garanzie reali deve tenere conto della circostanza che i privati – seppure non possono dar luogo a nuove forme di garanzia reale, né tanto meno creare situazioni di prelazione e di opponibilità al di fuori di quelle espressamente previste e tipizzate dall'ordinamento – possono tuttavia, mediante opportune tecniche contrattuali, incidere sul profilo funzionale del negozio costitutivo>><sup>136</sup>. Il richiamo è, evidentemente alla distinzione che intercorre, come si è innanzi cercato di evidenziare, fra fattispecie atipiche, in cui l'autonomia privata trascende il piano funzionale e strutturale della fattispecie avente una disciplina legale, e fattispecie anomale, allorquando i privati, pur modificando la struttura del negozio tipico per adeguarlo

---

<sup>136</sup> Il riferimento è, come è noto, ad E. GABRIELLI, *Studi sulle garanzie reali*, cit., p. 221; il tema era già presente in ID., *il pegno anomalo*, cit., p. 74 ss.; *Autonomia privata e diritto comune europeo delle garanzie mobiliari*, cit., spec. p. 645; *Il pegno*, cit., p. 237 ss.

alle esigenze del contesto in cui esso va concretamente ad iscriversi, ne lasciano inalterata la funzione, che, anzi, intendono più efficacemente perseguire.

In questo solco si iscrive, dunque, il pegno rotativo, sia esso di fonte legale o convenzionale, nella misura in cui la struttura della fattispecie prescinde dall'elemento, non essenziale, dello spossessamento e conserva al contempo la propria funzione tipica di garanzia, la quale trova più saggia realizzazione nel contemperamento degli ulteriori interessi coinvolti e segnatamente di quelli dell'impresa.

Gli è, poi, che altro elemento essenziale della fattispecie rotativa e, per quanto qui di più diretto interesse, del patto di rotatività è l'assenza, al variare dell'oggetto della garanzia, di qualsivoglia effetto novativo, di guisa tale che, anche ai fini dell'azione revocatoria ordinaria e di quella fallimentare, la garanzia mobiliare produce i suoi effetti dal momento dell'originaria costituzione.

Orbene la giustificazione tecnico – giuridica di questa singolare connotazione della fattispecie è stata ricondotta, con ammirevole sforzo argomentativo, al concetto di unitarietà dell'operazione economica. Ed infatti nel rapporto di finanziamento fra una data banca ed una determinata impresa, nel quale l'accesso al credito è consentito proprio dal superamento dell'immobilizzazione delle risorse pur costituite in garanzia, ciò che conta non è il singolo bene quanto l'intero rapporto negoziale, considerato nella dimensione del concreto affare che esso intende veicolare, nel quale il debitore necessita per la sua stessa sopravvivenza di utilizzare i beni dati in garanzia e, soprattutto, il creditore pignoratizio non è interessato al bene nella sua individualità, ma al suo valore economico.

In concreto la sostituzione dell'oggetto della garanzia è rimessa all'attivazione di una surrogazione reale di fonte convenzionale che trova, peraltro, implicito fondamento normativo nell'art. 2742 c.c., laddove si prevede la surrogazione dell'indennità alla cosa oggetto di pegno quando questa sia perita o deteriorata.

Il richiamo all'operazione economica unitamente alla necessità di coordinare la configurazione del patto di rotatività con talune connotazioni strutturali della fattispecie pignoratizia che non appaiono oblitterabili dall'autonomia delle parti, specialmente nella prospettiva della tutela dei terzi, rendono necessarie alcune precisazioni.

Nei paragrafi che precedono si è avuto modo di evidenziare come la prelazione collegata alla garanzia mobiliare operi effettivamente non tanto attraverso lo spossessamento quanto piuttosto mediante la predisposizione di una scrittura avente data certa, che contenga la sufficiente indicazione del credito e della cosa, come desumibile dagli artt. 2787 e 2800 c.c.

Tale espediente consente ai terzi di avere contezza in una del momento genetico, quanto meno nei loro confronti, della garanzia e della sua effettiva consistenza, così che esso non appare seriamente superabile in sede di stipulazione del patto di rotatività, laddove, al contrario, l'esigenza di tutela dei terzi ed in primo luogo dei creditori concorrenti è resa più stringente dalla particolare mutabilità dei beni dedotti in garanzia.

Ne consegue che il patto di rotatività, quale negozio configurativo inserito nel contratto costitutivo del rapporto di garanzia, determinante una surrogazione convenzionale dell'oggetto del pegno, con sviluppo qualitativo più che ampliamento oggettivo della garanzia, per essere opponibile ai terzi dovrà indicare, sin dall'inizio e dunque nell'atto scritto avente data certa di cui agli artt. 2787 e 2800 c.c., così il meccanismo di rotatività nel tempo della garanzia, come i criteri necessari ad individuare i beni, i crediti o i diritti che saranno investiti dalla rotazione, entrando a far parte dell'oggetto della garanzia, nel rispetto del valore originario della garanzia medesima e più ampiamente dell'unitaria operazione economica<sup>137</sup>.

Evidentemente la tutela della posizione dei terzi e segnatamente dei creditori è rimessa non soltanto alla specificazione, se non dei successivi oggetti del pegno, quanto meno dei criteri atti ad individuarli, ma anche, ed in misura non meno importante, alla conservazione del valore originario della garanzia, quale elemento che neutralizza il rischio di collusioni fra

---

<sup>137</sup> Cfr. sul punto E. GABRIELLI, *Studi sulle garanzie reali, cit.*, spec. p. 253 e 254, ove l'Autore: <<Il particolare atteggiarsi della funzione di garanzia, in concreto perseguita con la rotatività, impone che l'operazione economica modifichi uno dei suoi termini (l'oggetto), senza che tale mutamento comporti la nascita di un nuovo e diverso rapporto di garanzia. Tale circostanza contrasterebbe con le finalità dell'atto di costituzione del vincolo reale, che nella fattispecie in cui opera la rotatività consistono, appunto, nella possibilità di porre in essere un'unitaria operazione di garanzia che secondo fasi successive – inizialmente già configurate nel titolo costitutivo – si protragga nel tempo, superando il diaframma dettato dalle particolarità del singolo atto>>. In termini analoghi si veda anche D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare, cit.*, p. 811 ss. Nella giurisprudenza di merito si veda, in particolare, Trib. Palermo, 3 ottobre 2010, in *Dir. fall.*, 2002, II, p. 768, con nota di A. M. AZZARO, in massima: <<Nel pegno rotativo è l'unicità dello scopo di garanzia che rileva, di guisa che ci si trova di fronte ad un'unica operazione economica, finalizzata alla costituzione della garanzia reale, che si struttura in diversi momenti, tutti funzionalmente collegati ed esplicazione di un solo negozio>>.

creditore privilegiato e debitore costituente in danno degli altri creditori. È naturale, poi, che perché questa identità di valore fra il bene originario e quello sostitutivo sia effettivamente rispettata occorre che essa sia vagliata al momento di ciascuna sostituzione e, quindi, certamente *a posteriori* rispetto alla costituzione del vincolo e per altro verso in un momento diverso dall'eventuale apertura dell'esecuzione forzata o concorsuale.

Questa ricostruzione dottrinale del patto di rotatività, quale figura convenzionale determinante una destrutturazione della fattispecie pignoratizia strumentale alla ricomprensione di una più complessa operazione economica, ferma la funzione di garanzia, e nel rispetto della posizione dei creditori concorrenti, ha trovato, con l'eccezione di un'autorevole voce contraria<sup>138</sup>, generale accoglimento in dottrina e parimenti fortuna in giurisprudenza<sup>139</sup>.

Quanto alla configurazione giurisprudenziale del patto di rotatività essa presenta, invero, ancora oggi delle peculiarità delle quali giova dare conto.

La prima sentenza con cui i giudici di legittimità hanno dato accoglimento alla fattispecie negoziale in esame risale al 1998, allorché la Sez. I della Suprema Corte statuiva: «E' valido ed efficace il pegno rotativo, che ricorre quando le parti, nel negozio costitutivo della garanzia, salvaguardando la continuità del rapporto, con apposite convenzioni (cd. patto di

---

<sup>138</sup> Il riferimento è a F. GAZZONI, *Qualche dubbio sul pegno rotativo (in attesa di spiegazioni ...)*, cit., p. 1464, cui rispondeva E. GABRIELLI, «<<Pinocchio>>, il «<<Grillo parlante>> e il problema del pegno rotativo: spiegazioni ... a richiesta (fra il serio e il faceto)», in *Riv. not.*, 2002, p. 547, ed ancora ad ulteriore replica F. GAZZONI, *Il vestito dell'imperatore (replica ossessiva sul pegno rotativo)*, in *Riv. not.*, 2002, p. 563. La sostanza della contestazione del Gazzoni appare chiaramente sintetizzata in queste sue parole: «<<[...] Se invece si vogliono tenere distinte le erbe fresche destinate ad essere coltivate con il codice civile, da quelle (di certo più belle e appariscenti) protette da una serra normativa costruita *ad hoc*, e, dall'empireo delle costruzioni (non dogmatiche, si scende con i piedi per terra, osservando il microcosmo del rapporto di finanziamento tra banca e singolo cliente imprenditore, si potrà constatare che il vero e unico problema è quello del fallimento di costui>>. Ora, a queste osservazioni critiche, e senza negare, in effetti, che la legislazione speciale sia stata occasionata anche, se non solo, da esigenze contingenti particolarmente pressanti del settore bancario, il Gabrielli ha replicato su due piani, uno potremmo dire più spiccatamente economico – finanziario e l'altro dogmatico. Cosciché nel primo caso l'Autore ha osservato che tutta la legislazione speciale è nella direzione della rotatività della garanzia; rispetto al secondo piano lo stesso ha sottolineato come il pegno rotativo sia fattispecie anomala e non atipica, in quanto tale opponibile ai terzi secondo la disciplina ordinaria in materia di garanzia pignoratizia, e che, per altro verso, gli eventuali creditori concorrenti sono sufficientemente tutelati dalla conservazione dell'identità del valore dell'oggetto del pegno.

<sup>139</sup> In giurisprudenza si veda da ultimo Cass., Sez. I, 22 dicembre 2015, n. 25796, che così ha statuito: «<<Il pegno rotativo è lecito purché le parti sottoscrivano accordo scritto con cui esprimano la volontà di assoggettare a garanzia un certa quantità di beni mobili e la rotatività lasci invariato il valore economico dei titoli corrispondente alla capienza della garanzia prestata>>.

rotatività) prevedono la sostituzione, totale o parziale, dell'oggetto del vincolo, a condizione che la previsione delle future ed eventuali sostituzioni dei singoli beni avvenga entro il valore dei beni originariamente costituiti in pegno>> ; e continuava specificando che: <<Il pegno rotativo non comporta la costituzione di una nuova garanzia nel momento della modificazione dell'oggetto, poiché la sostituzione dei beni, lasciando immutato il valore dei beni destinati al soddisfacimento preferenziale del creditore pignoratizio non determina alcun pregiudizio per gli altri creditori>><sup>140</sup>.

Il patto di rotatività, quindi, viene ricostruito con i suoi tratti caratterizzanti della surrogazione convenzionale dell'oggetto del pegno, dell'assenza di qualsivoglia effetto novativo, del rispetto della proporzione valoriale fra beni originari e beni sostitutivi, successivamente oggetto della garanzia. Tanto era vicina la ricostruzione della Corte di legittimità a quella della dottrina che si parlò, allora, di dottrina, appunto, approdata in Cassazione.

A ben vedere, tuttavia, la prospettazione della Corte presentava già talune eccentricità che, nel tempo, pare non abbiano perso la propria resistenza.

Invero mancava ogni riferimento alla specificità del contenuto negoziale rispetto all'individuazione dei criteri di determinazione dei successivi oggetti sui quali ruoterà la garanzia, e tanto non costituiva il frutto di una mera dimenticanza.

Gli è, infatti, che in quella sede la Suprema Corte di Cassazione richiedeva espressamente, perché operasse la sostituzione reale, la consegna dei nuovi beni al creditore unitamente alla predisposizione, ad ogni sostituzione, di una scrittura avente data certa, questa sì contenente una sufficiente indicazione della cosa e del credito<sup>141</sup>.

Orbene, nonostante la particolarità della controversia rimessa all'attenzione della Corte, che concerneva la sostituzione di titoli conferiti ad un istituto di credito a garanzia

---

<sup>140</sup> Così Cass., Sez. I, 28 maggio 1998, n. 5264, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1998, II, p. 485, con nota di A. M. AZZARO, *Il pegno << rotativo >> arriva in Cassazione, ovvero << come la dottrina diventa giurisprudenza >>*.

<sup>141</sup> In particolare si legge in sentenza: <<Certamente, perché la sostituzione [...] possa essere operante, i nuovi beni devono essere consegnati al creditore e la consegna deve essere accompagnata da una scrittura avente data certa, la quale contenga "sufficiente indicazione" della cosa, oltre che del credito (art. 2787, comma 3°, c.c.). Ma la presenza di quel patto ha l'effetto di ricollegare i nuovi beni alla garanzia pignoratizia precedentemente costituita, salvaguardando la continuità del vincolo, e questo effetto è possibile perché in tali rapporti, come si è posto in evidenza, il bene viene in considerazione, non già per la sua individualità, ma per il suo valore economico>>.

dell'esposizione debitoria di una società terza, l'aver svincolato, in linea di principio, la garanzia rotativa dal superamento dello spossessamento ne ha ridotto, almeno in parte la funzionalità.

Successivamente la Suprema Corte di Cassazione, senza abbandonare il tradizionale attaccamento all'elemento della consegna, ha qualificato la garanzia rotativa, con una scelta interpretativa rimasta persistente nel tempo sino ad oggi, come fattispecie a formazione progressiva assimilandola al pegno di cosa futura<sup>142</sup>.

Ora, come d'altra parte si è autorevolmente osservato, è evidente che mentre nel pegno di cosa futura, la garanzia viene ad esistenza solamente quando la cosa è consegnata, senza alcuna retroattività dell'effetto reale, di modo tale che esso può sussumersi nella categoria della fattispecie a formazione progressiva, nel pegno rotativo, al contrario, l'effetto reale si produce immediatamente sin dal momento della costituzione e solamente l'oggetto della garanzia muta nel tempo ad ogni successiva rotazione. D'altra parte la distinzione che passa fra la rotatività del pegno e la sua futurità pare porsi alla base, oltre che dell'ipotizzabilità o meno di una fattispecie a formazione progressiva, della stessa esclusione dell'effetto novativo del negozio in costanza di sostituzione<sup>143</sup>.

Eppure sino a tempi recentissimi la giurisprudenza di legittimità ha continuato a qualificare il pegno rotativo in termini di fattispecie a formazione progressiva<sup>144</sup>.

---

<sup>142</sup> Così Cass., Sez. I, 27 settembre 1999, n. 10685, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 1459, con nota di A. M. CAROZZI, *Conferme e precisazioni sulla struttura del pegno rotativo*; in *Riv. not.*, 2000, II, p. 1464, con nota di F. GAZZONI, *Qualche dubbio sul pegno rotativo (in attesa di spiegazioni ...)*, *cit.*; nonché Cass., Sez. I, 14 giugno 2000, n. 8089; Cass., Sez. I, 11 novembre 2003, n. 16914, laddove la Suprema Corte ha statuito nel senso che: «<La consegna del bene sostitutivo, con il conseguente effetto traslativo del diritto reale su di esso>> costituisce «<elemento di una fattispecie a formazione progressiva, che trae origine dall'accordo stipulato con il patto di rotatività, nella quale (come nel pegno di cosa futura), la volontà delle parti è perfetta già al momento dell'accordo [...] e l'eventuale sostituzione dei beni oggetto della garanzia si pone come elemento meramente materiale>>, con la conseguenza dell'individuazione del momento costitutivo della garanzia al tempo della stipulazione originaria.

<sup>143</sup> Cfr. E. GABRIELLI, *Studi sulle garanzie reali, cit.*, p. 261; e parimenti F. GAZZONI, *Qualche dubbio sul pegno rotativo (in attesa di spiegazioni ...)*, *cit.*, p. 1464, che afferma: «<[...] la rotazione non dà luogo ad una fattispecie a formazione progressiva per l'elementare e ovvia ragione che il pegno è costituito *ab initio* e solo l'oggetto è modificato (in ipotesi, senza effetto novativo) al momento delle successive rotazioni, ciò che spiega come mai sia possibile che la genesi del diritto reale andrebbe comunque fatta risalire a quell'iniziale momento>>.

<sup>144</sup> Cfr. da ultimo Cass., Sez. I, 1 luglio 2015, n. 13508: «< Il patto di rotatività del pegno costituisce *fattispecie a formazione progressiva* che trae origine dall'accordo scritto e di data certa delle parti, cui segue la sostituzione dell'oggetto del pegno, senza necessità di ulteriori stipulazioni e con effetti ancora risalenti alla consegna dei

Su altro versante, poi, si è talvolta specificato che la previsione pattizia in forza della quale ad ogni sostituzione il debitore debba consegnare al creditore il nuovo oggetto della garanzia con contestuale redazione di una scrittura privata avente data certa, contenente l'esatta determinazione del nuovo oggetto e del credito garantito, non costituisce elemento essenziale della garanzia rotativa ma soltanto requisito necessario per l'opponibilità della prelazione del creditore privilegiato sul nuovo oggetto nei confronti dei terzi. In queste pronunce, quindi, anche alla luce di quanto detto nei paragrafi che precedono, può trovarsi un'apertura verso forme di garanzia rotativa che, nel rispetto della determinazione dei privati, prescindano dalla consegna, quale attività materiale scelta dalle parti per l'attivazione della prelazione e non invece momento costitutivo della fattispecie<sup>145</sup>.

In conclusione, e con osservazioni che sia consentito approfondire nel capitolo che segue, la copiosa legislazione speciale, anche recentissima, ed il dibattito dottrinario e giurisprudenziale che l'ha accompagnata testimoniano, da una parte, l'esigenza di una maggiore flessibilità delle strutture tradizionali del diritto privato con apertura ad un dialogo più fiducioso con le categorie del diritto commerciale interno ed internazionale, segnatamente, ma non solo, nel settore delle garanzie del credito; dall'altra, l'assenza nel nostro ordinamento, a legislazione vigente, assicurata la tutela della posizione di tutti i soggetti, comunque interessati, terzi rispetto al rapporto negoziale, di effettivi ostacoli all'autonomia dei privati per un ripensamento strutturale delle fattispecie codicistiche, che si riveli più efficiente in entrambe le prospettive, del finanziatore garantito e del debitore, accomunate dall'unitarietà funzionale dell'operazione economica, cui specialmente il giurista dovrebbe guardare.

---

beni originariamente dati in pegno, a condizione che nella convenzione costitutiva tale possibilità di sostituzione sia prevista espressamente, e purché il bene offerto in sostituzione non abbia un valore superiore a quello sostituito; ne consegue, ai fini dell'esperibilità dell'azione revocatoria fallimentare, che la continuità dei rinnovi fissa la genesi del diritto reale di garanzia al momento della stipulazione originaria e non a quello successivo della sostituzione>>; nonché Cass., Sez. I, 1 febbraio 2008, n. 2456; Cass., Sez. I, 5 marzo 2004, n. 4520.

<sup>145</sup> Così Cass., Sez. III, 26 gennaio 2010, n. 1526: <<Nella originaria stipulazione del pegno rotativo l'espressa previsione che la sostituzione dei beni oggetto di garanzia sia accompagnata dalla consegna, e che i beni in sostituzione non abbiano valore superiore ai precedenti, non costituiscono elementi essenziali del patto richiesti a pena di nullità, ma *solo il requisito che quanto dato in sostituzione deve possedere perché la prelazione del creditore su quanto ricevuto in pegno sia opponibile ai terzi*>>.

#### ***4. Contratti di garanzia finanziaria con trasferimento della proprietà. Disapplicazione del divieto del patto commissorio.***

La dinamizzazione del rapporto di garanzia in una prospettiva che potrebbe essere definita di capitalizzazione del credito nell'interesse così dell'impresa come dell'ente finanziatore, si affianca ad un'altra istanza, di matrice parimenti europea, che permea il mercato creditizio, la quale risiede a valle della prima e si esprime nell'esigenza di favorire lo snellimento procedurale e per ciò solo l'autotutela privatistica nella fase eventuale dell'escussione della garanzia<sup>146</sup>.

In questo secondo settore si iscrive, come innanzi visto, l'attribuzione al creditore garantito della facoltà di escutere la garanzia attraverso modalità, previste dalla legge ovvero rimesse alla determinazione delle parti, che prescindano dall'intervento preventivo dell'autorità giudiziaria. Ciò che soprattutto preme rilevare, tuttavia, è come in questo stesso quadro di riferimento si collochino anche quelle disposizioni che consentono al creditore di soddisfarsi mediante l'acquisizione della proprietà del bene oggetto della garanzia, sino alla misura del credito presidiata dall'obbligo di restituzione del supero.

Evidentemente questa modalità di soddisfazione del credito ingaggia una tensione con la previsione del divieto del patto commissorio ai sensi dell'art. 2744 c.c., per la quale occorre ricercare una plausibile collocazione sistematica.

Orbene la questione è stata posta a chiare lettere dal d.lgs. n. 170/2004, in fedele attuazione della correlativa direttiva comunitaria del 2002.

Ed infatti come è noto nel decreto il legislatore ha inteso recepire una definizione funzionalistica del contratto di garanzia finanziaria, all'interno del quale è possibile discernere due diverse tipologie negoziali, ovverossia da una parte i *security financial collaterals*, i quali non comportano il trasferimento della proprietà dei beni costituiti in garanzia, dall'altra i *title transfer financial collaterals*, laddove, invece, accade proprio che la proprietà dei medesimi beni viene trasferita in funzione di garanzia.

---

<sup>146</sup> In argomento Cfr. E. GABRIELLI, *Studi sulle garanzie reali, cit.*, p. 311 ss.; F. MURINO, *L'autotutela nell'escussione della garanzia finanziaria pignorativa*, Milano, 2010, p. 28 ss.; V. AGNESE, *I contratti di garanzia finanziaria nel diritto civile, cit.*, p. 193 ss., laddove si affronta il dato normativo della disapplicazione e/o del superamento del divieto del patto commissorio.

Con riguardo a questi ultimi, quindi, all'art. 6 si è previsto che <<ai contratti di garanzia finanziaria che prevedono il trasferimento della proprietà con funzione di garanzia, compresi i contratti di pronti contro termine, non si applica l'art. 2744 del codice civile>>. Discendendo poi dalla fase costitutiva della garanzia a quella esecutiva, fra le modalità della sua escussione è annoverata, all'art. 4, l'appropriazione delle attività finanziarie che ne sono oggetto al momento del verificarsi dell'inadempimento del debitore come di qualunque altro evento che comporti l'escussione.

Gli è allora che due aspetti connotano in modo particolare la disciplina in esame.

Non erano ignote, infatti, al nostro ordinamento fattispecie considerate valide di trasferimento della proprietà con funzione di garanzia. Il rimando è, come innanzi visto, al pegno irregolare, al pegno di crediti ed al patto marciano. Ciononostante l'art. 6 del decreto del 2004 segna il primo momento nel quale il legislatore ha espressamente fatto cenno all'art. 2744 c.c., prevedendo che esso non debba trovare applicazione. Per altro verso, poi, non si rinvengono nella medesima norma due tratti caratteristici della pattuizione marciana, su cui pure il contratto di garanzia finanziaria con trasferimento della proprietà appare modulato.

Trattasi degli aspetti della previsione della stima di un terzo al momento dell'inadempimento e dell'obbligo di restituzione del supero.

Quanto a quest'ultimo profilo restitutorio, invero, esso può essere comunque agevolmente dedotto sia dalla disciplina generale in materia di indebito e di proporzionalità fra la misura della pretesa creditoria e la garanzia patrimoniale generica di ciascun creditore sui beni del debitore (art. 496 c.p.c. e 2910 c.c.), come da una lettura sistematica del testo del d.lgs. n. 170/2004, laddove l'art. 4 co. 1 lett. a) e b) espressamente prevede, per il caso in cui all'escussione della garanzia si proceda tramite vendita o mediante appropriazione, che il creditore si soddisfi <<fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita>>, lasciandone intendere l'obbligo di restituzione del supero.

Al contrario l'assenza del richiamo alla determinazione successiva di un terzo estimatore costituisce un vero e proprio profilo di eccentricità della disciplina, teso a soddisfare quell'istanza di velocizzazione della fase di realizzo cui innanzi si faceva cenno.

Ed infatti nulla esclude che condizioni di realizzo delle attività finanziarie e criteri di valutazione delle stesse siano rimesse alla determinazione unilaterale del creditore, ciò che importa è soltanto che gli uni e gli altri risultino, infine, ragionevoli sotto il profilo commerciale. Diversamente l'escussione della garanzia da parte del creditore rimane esposta ad un'azione di irragionevolezza commerciale da esercitarsi nei tre mesi successivi alla comunicazione da questi fatta per iscritto al datore della garanzia e, se del caso, agli organi di un'eventuale procedura di risanamento o di liquidazione a norma dell'art. 4 co. 2, con la quale l'autorità giudiziaria, tenuta da parte nella prima fase, entra vistosamente nel rapporto contrattuale per procedere alla rideterminazione di quanto dovuto in restituzione.

E però <<nel caso in cui le clausole contrattuali concernenti le condizioni di realizzo, nonché i criteri di valutazione, siano conformi agli schemi contrattuali individuati dalla Banca d'Italia, d'intesa con la CONSOB, in relazione alle clausole di garanzia elaborate nell'ambito della prassi internazionale>>, <<detta ragionevolezza si presume>>, per cui sarà onere del datore della garanzia, a meno di non voler abbracciare la tesi della presunzione assoluta, dimostrare il contrario. Mentre il previo accordo in ordine alle condizioni di realizzo delle attività finanziarie tra le parti costituisce condizione stessa di procedibilità dell'azione di irragionevolezza<sup>147</sup>.

Orbene, tirando le fila del discorso, l'analisi della disciplina in esame conduce ad un'interessante, possibile, deduzione.

Gli è, infatti, che l'applicazione del divieto del patto commissorio è espressamente esclusa. A ciò si affianca una dettagliata disciplina del contratto di garanzia finanziaria, per quanto di rilievo, con trasferimento della proprietà. Ne discende una certa utilità dell'opera di selezione degli interessi protetti dalla medesima regolamentazione normativa. Questi stessi interessi, infatti, devono essere posti a fondamento del divieto ex art. 2744 c.c., di guisa tale che una loro tutela preventiva, vanifica la necessità del ricorso al rimedio invalidante.

---

<sup>147</sup> È evidente, dunque, come la disciplina sia improntata alla predisposizione di un sistema quanto più possibile completo di autotutela privata. Ed infatti la tutela giurisdizionale è eventuale e successiva, comunque subordinata all'assenza di un previo accordo delle parti sulle condizioni di realizzo, ovvero, quando queste siano comunque riconducibili a soggetti qualificati, dotati di compiti di vigilanza e di caratteristiche di imparzialità, alla prova specifica, deve ritenersi, che il creditore abbia agito in maniera irragionevole sotto il profilo commerciale. Per una compiuta analisi dell'azione di irragionevolezza commerciale, anche in chiave comparatistica, cfr. V. AGNESE, *I contratti di garanzia finanziaria nel diritto civile, cit.*, p. 206 ss. Sul concetto di ragionevolezza in relazione alle clausole generali di diligenza, buona fede ed equità, si veda S. TROIANO, *La <<ragionevolezza>> nel diritto dei contratti*, Padova, 2005, p. 5 ss.

Tratti salienti della disciplina del contratto di garanzia finanziaria sembrano essere, allora, per quanto di interesse: il carattere istituzionale di entrambe le parti, l'obbligo di restituzione del supero in fase attuativa e la tutela speciale dell'azione di irragionevolezza commerciale finalizzata alla rideterminazione dei criteri di realizzo.

Sembra plausibile sostenere, dunque, che i predetti aspetti della disciplina consentano specialmente di neutralizzare il pericolo di un abuso di posizione contrattuale, sottraendo al creditore, anche in vista della tutela degli altri creditori, un diritto sul patrimonio del debitore esuberante rispetto alla misura della sua pretesa. Se a tanto il legislatore ha collegato la disapplicazione del divieto del patto commissorio, ciò significa che sono soprattutto, se non solamente questi, gli interessi che con quel divieto si intendeva presidiare e che essi, una volta altrimenti protetti, non sorreggono più il ricorso a quella tutela invalidante. D'altra parte il pericolo di una determinazione che, pure in astratto blindata, sia in concreto abusiva, senza comunque sfociare nella misura utile per l'azione di rescissione o trovare causa in un vizio della volontà tale da giustificare il ricorso all'azione di annullamento, viene osteggiata dall'impugnativa del contratto irragionevole sotto il profilo commerciale, perché non rispondente ad un regolamento stabilito di comune accordo fra parti equiordinate o inosservante delle indicazioni delle autorità di vigilanza del settore bancario e del mercato finanziario così come modulate, a propria volta, sulle prassi internazionali. Questa azione ha la funzione precipua quindi, non di eliminare il contratto dal mercato, con una manovra manichea che ridonda a svantaggio degli stessi operatori titolari delle posizioni giuridiche protette, ma piuttosto di attribuire all'autorità giudiziaria, quale ultimo approdo e quasi presidio medico necessario delle relazioni commerciali che non trovano più composizione al proprio interno, il potere di ristabilire, limitatamente al rapporto di garanzia, un equilibrio commerciale ragionevole fra le posizioni contrattuali.

Sembra quasi, insomma, che il diritto delle relazioni commerciali, se non lamenti proprio la ristrettezza delle maglie dell'ordinamento, reclamando il ritorno alle prassi commerciali, che non appare invero praticabile nella complessità dell'attuale quadro economico finanziario, rivendichi comunque la propria eccentricità e per ciò solo uno spazio di autonomia molto più ampio di quello consentito, al riparo dalle ingerenze preventive dell'autorità giudiziaria, chiamata, proprio come era nell'originario disegno codicistico del diritto di famiglia, a dirimere soltanto le situazioni divenute irrisolvibili all'interno di quella particolare formazione, con proprie peculiarità e altrettanto peculiari regole, dentro l'ordinamento.

### ***5. Trasferimento di beni immobili a garanzia di un finanziamento. L'art. 48 bis T.U.B. tra diritto e mercato.***

Il dibattito in ordine al ripensamento del sistema delle garanzie reali, scontante un'evidente inadeguatezza rispetto alle esigenze più attuali del mercato finanziario e dell'impresa, è stato ulteriormente ravvivato dall'introduzione con d.l. 3 maggio 2016, n. 59, convertito in legge 30 giugno 2016, n. 119, del nuovo art. 48 *bis* T.U.B., recante la disciplina del <<finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato>><sup>148</sup>. Le motivazioni di politica economica sottese alla riforma sono rese evidenti dalla stessa rubrica del decreto, laddove si legge di <<Disposizioni urgenti in materia di procedure esecutive e concorsuali, nonché a favore degli investitori in banche in liquidazione>>. Non è possibile prescindere, infine, se si intende tentare di cogliere una pur minima visione di insieme dal più ampio quadro in cui viene ad iscriversi l'art. 48 *bis*.

Il riferimento è, da una parte, alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario, introdotta dal d.l. 30 settembre 2005, n. 205, convertito in legge n. 248 del 2005, da ultimo riformata con legge 2 aprile 2015, n. 44; dall'altra all'art. 120 *quinqüesdecies* T.U.B., introdotto dal d.lgs. n. 72/2016, in attuazione dell'art. 28 della *Mortgage credit directive* 2014/17/UE<sup>149</sup>.

Nel primo caso si regolamenta una particolare forma di finanziamento alle persone fisiche almeno sessantenni, garantita da un'ipoteca di primo grado, con obbligo di restituzione in un'unica soluzione alla morte del mutuatario ovvero al verificarsi di eventi predeterminati costituenti inadempimento; ebbene allorquando il prestito non sia rimborsato, dagli eredi o dagli altri aventi causa, entro dodici mesi dal verificarsi di uno dei suddetti eventi, il creditore può dare corso direttamente alla vendita dell'immobile con l'obbligo di restituire agli aventi diritto l'eventuale supero, residuo dal realizzo rispetto all'ammontare del finanziamento e alle spese sostenute per la vendita. L'art. 120 *quinqüesdecies* T.U.B., dal canto proprio, invece, reca la disciplina dei mutui ai consumatori assistiti da garanzia reale immobiliare con

---

<sup>148</sup> Per i primi commenti cfr. S. PAGLIANTINI, *L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura (ragionata) dell'art. 48 bis T.U.B.*, in *Nuove legg. civ. comm.*, 2016, 5, p. 931; A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis T.U.B., è davvero patto marciano?*, in *Corr. giur.*, 2016, 12, p. 1477; M. BUONGIORNO – E. NOTARANGELO, *L'art. 48 bis T.U.B. Prime note a margine dell'introduzione del patto marciano nel nostro ordinamento*, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it).

<sup>149</sup> Cfr. sul punto N. GRAZIANO, *Abitazione principale sempre esclusa dal patto marciano*, in *Guida al dir.*, 2016, 32, p. 73; S. PAGLIANTINI, *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della dir. 2014/17/UE*, in *Nuove legg. civ. comm.*, 2015, 1, p. 181.

la singolarità dell'attribuzione della facoltà alle parti di stipulare un contratto con cui sia previsto che la pretesa creditoria del mutuante sia soddisfatta con il trasferimento della proprietà dell'immobile ovvero del ricavato dalla sua alienazione, e tanto anche allorquando <<il valore del bene immobile restituito o trasferito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita e' inferiore al debito residuo>>, mentre ove detto valore o ammontare sia, al contrario, eccedentario rispetto allo stesso debito residuo, <<il consumatore ha diritto all'eccedenza>>. Ebbene il punto di contatto dell'art. 48 bis con queste disposizioni è reso evidente laddove esso prevede che il contratto di finanziamento fra un imprenditore e una banca o altro intermediario autorizzato ai sensi dell'art. 106 T.U.B. può essere garantito dal trasferimento, in favore del creditore della proprietà di un immobile o di un altro diritto immobiliare dell'imprenditore, sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore così come disciplinato dal successivo comma quinto<sup>150</sup>. Invero la norma è esplicita nel prevedere che il trasferimento immobiliare possa essere disposto anche in favore di una società controllata dal creditore o a questo collegata, in forza delle vigenti disposizioni di legge, e comunque autorizzata ad acquistare, detenere, gestire e trasferire diritti reali immobiliari; così come che, su altro versante, la proprietà o il diverso diritto – deve ritenersi reale<sup>151</sup> – immobiliare, possa essere nella titolarità, oltre che dell'imprenditore debitore, anche di un terzo. In ogni caso, laddove il debitore incorra in un inadempimento, il creditore ha diritto di avvalersi della pattuizione e fare proprio il diritto reale immobiliare vincolato in garanzia, <<purché>>, però, <<al proprietario sia corrisposta l'eventuale differenza tra il valore di stima del diritto e l'ammontare del debito inadempito e delle spese di trasferimento>>.

---

<sup>150</sup> Trattasi evidentemente di adempimento qualificato, in quanto integrato dalla ricorrenza delle circostanze specificamente indicate dal comma 5 dell'art. 48 bis, che recita: << Per gli effetti del presente articolo, si ha inadempimento quando il mancato pagamento si protrae per oltre nove mesi dalla scadenza di almeno tre rate, anche non consecutive, nel caso di obbligo di rimborso a rate mensili; o per oltre nove mesi dalla scadenza anche di una sola rata, quando il debitore e' tenuto al rimborso rateale secondo termini di scadenza superiori al periodo mensile; ovvero, per oltre nove mesi, quando non e' prevista la restituzione mediante pagamenti da effettuarsi in via rateale, dalla scadenza del rimborso previsto nel contratto di finanziamento. Qualora alla data di scadenza della prima delle rate, anche non mensili, non pagate di cui al primo periodo il debitore abbia già' rimborsato il finanziamento ricevuto in misura almeno pari all'85 per cento della quota capitale, il periodo di inadempimento di cui al medesimo primo periodo e' elevato da nove a dodici mesi. [...]>>.

<sup>151</sup> Lo rileva in modo fra il serio ed il sarcastico S. PAGLIANTINI, *L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura (ragionata) dell'art. 48 bis T.U.B. cit.*, p. 932, il quale, in relazione a tale mancanza di un <<qualificativo di specificazione>> che accompagni il riferimento ad <<altro diritto immobiliare>>, osserva: <<Il che, a voler prendere sul serio la *littera legis*, insinua così il dubbio che, accanto alla proprietà, suscettibile di alienazione a titolo di garanzia possa allora essere, oltre che un diritto reale limitato, pure un diritto personale di godimento (di locatario od affittuario per es.)>>.

Qui viene in rilievo, dunque, un primo aspetto, e probabilmente il più evidente, di questa disciplina densissima di spunti di riflessione, ovvero sia la positivizzazione attraverso l'art. 48 *bis*, di un patto marciano. Lo denuncia la presenza dei tratti caratterizzanti della fattispecie, quali l'attribuzione della determinazione del valore del bene alla stima di un terzo imparziale, la posteriorità di essa stima rispetto all'inadempimento e l'obbligo del creditore marciano di restituire il supero che dovesse residuare dalla sottrazione a detto valore di stima della somma del debito rimasto inadempito e delle ulteriori spese sostenute dal debitore in relazione al patto<sup>152</sup>.

Il raffronto con le fattispecie innanzi citate, ma anche con il pegno non possessorio di cui all'art. 1 co. 7 della stessa legge n. 119/2016, come con i contratti di garanzia finanziaria con trasferimento della proprietà delle attività finanziarie che ne sono oggetto ovvero successiva appropriazione delle medesime in fase di escussione, di cui si è discusso nel paragrafo che precede, oltre alla lettura offerta dalla giurisprudenza più recente delle fattispecie codicistiche di alienazioni in garanzia, suggeriscono, come osservato da accorta dottrina, che di un patto marciano si tratti e non che si sia al cospetto de' "il patto marciano". Tanto per osservare, insomma, che, da questo angolo visuale, il nuovo art. 48 *bis* non suscita certamente lo scalpore della sorpresa<sup>153</sup>.

Non vi è dubbio, tuttavia, che esso vada a rinfocolare, insieme con le altre pattuizioni marciane, il dibattito intorno <<agli incerti confini del divieto del patto commissorio>> unitamente all'interrogativo in ordine alla sua persistente attualità.

---

<sup>152</sup> Ed infatti al comma 2 è previsto che: <<In caso di inadempimento, il creditore ha diritto di avvalersi degli effetti del patto di cui al comma 1, purché al proprietario sia corrisposta l'eventuale differenza tra il valore di stima del diritto e l'ammontare del debito inadempito e delle spese di trasferimento>>; ed il successivo comma 6 dispone: <<Decorsi sessanta giorni dalla notificazione della dichiarazione di cui al comma 5, il creditore chiede al presidente del tribunale del luogo nel quale si trova l'immobile la nomina di un perito per la stima, con relazione giurata, del diritto reale immobiliare oggetto del patto di cui al comma 1. Il perito procede in conformità ai criteri di cui all'articolo 568 del codice di procedura civile. Non può procedersi alla nomina di un perito per il quale ricorre una delle condizioni di cui all'articolo 51 del codice di procedura civile. Si applica l'articolo 1349, primo comma, del codice civile. Entro sessanta giorni dalla nomina, il perito comunica, ove possibile a mezzo di posta elettronica certificata, la relazione giurata di stima al debitore, e, se diverso, al titolare del diritto reale immobiliare, al creditore nonché a coloro che hanno diritti derivanti da titolo iscritto o trascritto sull'immobile. I destinatari della comunicazione di cui al periodo precedente possono, entro dieci giorni dalla medesima comunicazione, inviare note al perito; in tal caso il perito, entro i successivi dieci giorni, effettua una nuova comunicazione della relazione rendendo gli eventuali chiarimenti>>.

<sup>153</sup> L'osservazione è di A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis T.U.B., è davvero patto marciano?*, cit., p. 1486, ove l'Autrice: << [...] la fattispecie dell'art. 48 *bis* è un patto marciano ma non è il patto marciano>>. Ed ivi si rimanda per tutte le osservazioni su una concezione più generale, nel quadro dell'ordinamento, del patto marciano e per i relativi riferimenti dottrinari.

Ma è questo un altro aspetto, su cui, nonostante il suo evidente collegamento al tema del marciano, sia consentito di ritornare solo dopo aver tentato di lumeggiare la reale funzione di questo trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato all'inadempimento.

Ed infatti già in passato in dottrina si era osservato come le alienazioni collegate all'erogazione di un credito si connotino non soltanto per una funzione di garanzia, ma anche, per una eventuale successiva causa di adempimento<sup>154</sup>. Invero attraverso la previsione del trasferimento satisfattivo di un diritto o anche del corrispettivo della sua alienazione, le parti manifestano la volontà di regolare una modalità alternativa di estinzione dell'obbligazione, mediante la modificazione dell'oggetto della prestazione.

Questo profilo causale della pattuizione ne determina un intuitivo avvicinamento alla fattispecie della *datio in solutum* di cui all'art. 1197 c.c. E tuttavia una sovrapposizione fra le due fattispecie non appare del tutto possibile, se si osserva che mentre l'art. 48 *bis* contempla un trasferimento sospensivamente condizionato nascente, generalmente, insieme con il rapporto creditorio e comunque occasionato dalla condizione di difficoltà finanziaria in cui versa il debitore, l'art. 1197 c.c. reca la disciplina di una pattuizione stipulata fra le parti per ovviare ad una sopravvenienza che, compiuto il termine dell'obbligazione, abbia impedito di adempiere alla parte onerata.

Se non si può negare, quindi, che l'alienazione di cui si discorre costituisca anche una modalità convenzionale di estinzione alternativa dell'obbligazione, è del pari evidente che la stipulazione nasca con una iniziale, dichiarata e prevalente funzione di garanzia, destinata a costituire motore propulsore del finanziamento, come dimostra del resto la circostanza che, a differenza di quanto avviene per la fattispecie ex art. 1197 c.c., in tal caso giammai il debitore potrà validamente trasferire al suo creditore un bene che valga più del finanziamento e, per di più, in caso di adempimento, il diritto sospensivamente condizionato sarà destinato a rimanere definitivamente nel patrimonio del garante.

Del resto una delle più risalenti ricostruzioni del divieto ex art. 2744 c.c. ne riconduceva la *ratio* alla tutela della libertà contrattuale del debitore, al quale il legislatore ha inteso

---

<sup>154</sup> Questo punto è ben lumeggiato da A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis T.U.B., è davvero patto marciano?*, cit., p. 1479 ss. la quale dubita, comunque, dell'effettiva assimilabilità dell'art. 48 *bis* alla fattispecie della *datio in solutum*, e tanto sia per la posizione quasi speculare delle parti nelle due fattispecie, nel senso che mentre nell'un caso è il creditore a scegliere se avvalersi del patto, nell'altro è il debitore a ricorrere alla sua facoltà di estinguere l'obbligazione, stante il consenso del creditore con un obbligazione diversa, anche per le argomentazioni portate tradizionalmente dalla dottrina, secondo cui nella *datio in solutum* la prestazione diversa dall'adempimento non è inizialmente prevista per cui non può essere considerata adempimento.

consentire di regolare le vicende relative all'adempimento dell'obbligazione, attraverso la *datio in solutum*, in un momento quanto meno coincidente con quello dello spirare del termine, impedendogli al contrario di fare lo stesso nella fase anteriore alla nascita dell'obbligazione, allorquando le sue determinazioni sarebbero state plausibilmente inquinate dalla volontà/necessità del credito<sup>155</sup>. Ciò che dimostra quanto sia stata sin da subito evidente l'idoneità della pattuizione commissoria, come di quella marciana, a perseguire una funzione di adempimento, attraverso la definizione convenzionale di una modalità di estinzione soddisfattiva alternativa che incontrasse il gradimento del creditore.

Basta una funzione eventuale e diremmo quasi strettamente consequenziale ad obnubilare la funzione principale di un patto? Sarebbe, forse, quasi come dire che la funzione di scambio che giammai scolora dalla fattispecie della vendita possa avere il sopravvento quando questa sia stipulata, con funzione concreta di garanzia, nella forma, ad esempio, della vendita con patto di riservato dominio.

Di certo, però, aver presente la ragione concreta dell'affare aiuta l'interprete nella selezione dell'eteroregolamento del negozio. In tal senso non può dubitarsi che il trasferimento del diritto reale immobiliare all'istituto di credito realizzi sempre un effetto di piena esdebitazione del debitore, anche allorquando il valore di realizzo di esso diritto si sia rivelato inferiore a quello risultante dalla stima. Del resto appare difficile ipotizzare, nel caso contrario, di chiedere alla banca proprietaria di restituire al suo debitore inadempiente il maggior valore che abbia realizzato dall'alienazione, per vero successiva e non necessaria ai fini del perfezionamento della fattispecie, dell'immobile acquistato. Completamente altro è dire, invece, che l'istituto finanziatore dovrà restituire al garante l'eccedenza che dovesse residuare, rispetto al finanziamento, dal valore risultante dalla stima.

Ma v'è di più. Considerata la costruzione della fattispecie, laddove l'efficacia della pattuizione non segue al mero palesarsi dell'inadempimento qualificato del debitore ma è azionata da una dichiarazione del creditore di volersi avvalere di detto patto, e, per giunta, al creditore medesimo è attribuito un tempo di sessanta giorni dalla notificazione di tale dichiarazione per chiedere al presidente del Tribunale competente la nomina di un perito per la stima, appare ragionevole ritenere che tale effetto di esdebitazione abbia a verificarsi

---

<sup>155</sup> Il richiamo è a G. VALCAVI, *Intorno al divieto del patto commissorio, alla vendita simulata a scopo di garanzia e al negozio fiduciario*, cit., p. 205.

sempre, anche nell'ipotesi, che pure ci sembra di scuola, di un valore di stima inferiore all'ammontare del debito residuo<sup>156</sup>.

Ed infatti l'operatività della pattuizione marciiana costituisce frutto di una scelta ponderata, al momento dell'inadempimento, del creditore.

Ora è noto come la Suprema Corte di Cassazione abbia con alcuni recenti arresti suggellato la legittimità del marciano, e dunque l'inapplicabilità dell'art. 2744 c.c., quando il trasferimento del diritto vincolato in garanzia avvenga al giusto prezzo<sup>157</sup>. Eppure, nonostante

---

<sup>156</sup> Nota S. PAGLIANTINI, *L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura (ragionata) dell'art. 48 bis T.U.B. cit.*, p. 953, che si tratterebbe di un termine che <<rileva in maniera ambivalente perché di grazia (per il debitore) ma anche introduttivo di un *ius variandi* (per il creditore)>>. Ed infatti <<il creditore, finché non sono decorsi i sessanta giorni, non può chiedere al presidente del tribunale del luogo nel quale si trova l'immobile la nomina di un perito [...]. Donde, però, sarebbe questo il *dies ad quem* consentito per un utile esercizio della facoltà di disporre del bene escutibile, prima di allora non dandosi viceversa un vincolo di indisponibilità>>. Per altro verso la circostanza che, al verificarsi dell'inadempimento qualificato, il creditore è tenuto a notificare alla parte interessata <<una dichiarazione di volersi avvalere degli effetti del patto>> e comunque <<la condizione sospensiva di inadempimento, verificatisi i presupposti di cui al comma 5, si considera avverata al momento della comunicazione al creditore del valore di stima di cui al comma 6 ovvero al momento dell'avvenuto versamento all'imprenditore della differenza di cui al comma 2, qualora il valore di stima sia superiore all'ammontare del debito inadempito, comprensivo di tutte le spese ed i costi del trasferimento>>, testimonia che di condizione sospensiva non si tratti affatto. E tanto rilevano unanimemente gli Autori che sino ad ora hanno esaminato la fattispecie, rilevando che ciò, da una parte, sottrae l'art. 48 bis alla verifica dell'esistenza dei requisiti di legittimità della condizione di adempimento, dall'altra, essendo espressione di un rifiuto da parte del legislatore di attribuzione alla norma di una funzione di garanzia che si attui al momento dell'inadempimento, apre una serie di problemi sulla corretta determinazione della vicenda giuridica che è generata dalla scelta del creditore di volersi avvalere della pattuizione marciiana.

<sup>157</sup> Il riferimento è a Cass., Sez. II, 26 gennaio 2016, n. 1075, in *Giuda al dir.*, 2016, 9, p. 47, con nota di M. PISELLI, in massima: <<Va esclusa la violazione del divieto del patto commissorio in caso di mancanza di prova del mutuo, oppure qualora la vendita sia pattuita allo scopo, non già di garantire l'adempimento di un'obbligazione con riguardo all'eventualità non ancora verificatasi che rimanga inadempita, ma di soddisfare un precedente credito rimasto insoluto, o quando manchi l'illecita coercizione del debitore a sottostare alla volontà del creditore, accettando preventivamente il trasferimento di un suo bene come conseguenza della mancata estinzione del debito che viene a contrarre; il divieto di tale patto non è applicabile allorché la titolarità del bene passi all'acquirente con l'obbligo di ritrasferimento al venditore se costui provvederà all'esatto adempimento>>. Sul punto si veda anche C. BOTTA, *Gli incerti confini applicativi del divieto del patto commissorio e il sempre più diffuso favore per la pattuizione marciiana*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1, p. 911 ss. Cfr. anche Cass., Sez. I, 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Riv. not.*, 2015, 1, p. 182, in massima: <<Perché la c.d. clausola marciiana possa conseguire l'effetto di superare i profili di possibile illiceità del lease back, occorre che essa preveda, per il caso ed al momento dell'inadempimento, ossia quando si attuerà coattivamente la pretesa creditoria (art. 1851 c.c.), un procedimento volto alla stima del bene, entro tempi certi e con modalità definite, che assicurino la presenza di una valutazione imparziale, in quanto ancorata a parametri oggettivi automatici, oppure affidata a persona indipendente ed esperta, la quale a detti parametri farà riferimento (art. 1349 c.c.), al fine della corretta determinazione dell'an e del quantum della eventuale differenza da corrispondere all'utilizzatore. La pratica degli affari potrà poi prevedere diverse modalità concrete di stima, purché siano rispettati detti requisiti. L'essenziale è che dalla struttura del patto risulti che le parti abbiano in anticipo previsto che, nella sostanza dell'operazione economica, il debitore perderà eventualmente la proprietà del suo bene per un prezzo giusto, determinato al tempo dell'inadempimento, perché il surplus gli sarà senz'altro restituito. Non è invece necessario che la clausola marciiana subordini, altresì, l'acquisizione del bene da parte del creditore alla condizione del pagamento della differenza: infatti, così come per il divieto di cui all'art. 2744 c.c., anche la clausola marciiana può essere in concreto articolata non solo nel senso di ancorare all'inadempimento il trasferimento della proprietà del bene, ma pure il consolidamento dell'effetto traslativo già realizzato, che si

l'autorevolissima voce dalla quale proviene la notazione, non sembra che tanto autorizzi a supportare l'idea che il diritto vivente stia restituendo una nuova immagine all'art. 2744 c.c., <<non più una disposizione che protegge dal rischio di una *debitoris soffocatio* bensì una norma contemplante la variabile di un trasferimento con *causa solvendi*, valido se pattuito al giusto prezzo, in una chiave di autosoddisfacimento del creditore ed in deroga va da sé, i due profili *simul stabunt simul cadent*, alle regole del codice di rito sull'esecuzione forzata>><sup>158</sup>.

Gli è infatti che questi due aspetti della *ratio* dell'art. 2744 c.c. e delle pattuizioni traslative con funzione di garanzia ed eventuale di adempimento, sono affatto diversi e sembrano potersi giovare di una pacifica convivenza. Si intende dire, in altri termini, e rimandando al capitolo che segue l'abbozzo di una possibile diversa funzione della norma in questione, che l'art. 2744 c.c. è una norma di divieto, cosicché la selezione della *ratio* che la sottende serve a determinare i limiti di tale divieto. Pertanto le pattuizioni che non si scontrano col divieto, per la ragione che non ne attivano la *ratio*, restano valide non tanto perché sono consentite dall'art. 2744 c.c., di modo tale che sarebbe fallimentare l'impresa di trovarne ivi le ragioni, ma perché da questo non sono vietate e ne restano, cioè, completamente al di fuori.

Che le pattuizioni consentite siano un validissimo angolo di visuale per osservare la *ratio* del divieto è altro dal sostenere, poi, che nella loro funzione risieda la *ratio* del divieto. Il passaggio sembra soffrire, insomma, di un salto logico.

Gli aspetti di interesse del nuovo art. 48 *bis* non si esauriscono, tuttavia, nella presenza di una pattuizione marciata e nella traduzione di una funzione eventuale di adempimento.

Anzi discende direttamente da questi primi due profili l'individuazione nella fattispecie di uno strumento di autotutela esecutiva del creditore, cui si consente di fronteggiare autonomamente la patologia del rapporto negoziale, senza specialmente che vi faccia irruzione il processo civile, il quale indossa oggi i panni della variabile più temuta dal mercato.

Ed infatti, ai sensi dei commi 5, 6, 7 e 8, al verificarsi dell'inadempimento qualificato del debitore, il creditore, che ha il diritto di avvalersi del patto marciato, (sceglie di) notifica(re) al debitore, o al terzo che abbia prestato la garanzia, una dichiarazione resa per iscritto di

---

verificherà solo ove sia corrisposta l'eventuale differenza>>»; nonché, e per prima, Cass., Sez. II, 9 maggio 2013, n. 10986, in *Vita not.*, 2013, 2, p. 719.

<sup>158</sup> La tesi è di S. PAGLIANTINI, *L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura (ragionata) dell'art. 48 bis T.U.B. cit.*, p. 935.

volersi avvalere del patto, unitamente alla precisazione dell'ammontare credito per il quale egli agisce.

A questo punto il creditore medesimo dovrà aspettare sessanta giorni, termine evidentemente stabilito in favore sia suo, che potrebbe decidere di esercitare lo *jus variandi* e di percorrere le strade di diritto comune dell'adempimento coattivo o della risoluzione, unitamente alla domanda di risarcimento del danno, che del debitore, il quale potrebbe ancora dare validamente corso all'adempimento. Spirato questo termine, questi dovrà rivolgersi al presidente del Tribunale competente, perché nomini un perito che provveda alla stima dell'immobile nei successivi sessanta giorni. Il perito, a sua volta, compiuta la stima, secondo un procedimento che ricorda quello della consulenza tecnica d'ufficio, comunica i risultati alle parti interessate, che avranno dieci giorni per presentare le proprie osservazioni, sulle quali l'esperto dovrà formulare, nei successivi dieci giorni, i necessari chiarimenti, sottoposti ai limiti, secondo quanto pare suggerire la lettera della norma, dell'art. 1349 co. 1 c.c.<sup>159</sup>.

Evidentemente la contestazione della stima non paralizza l'escussione ma, qualora sia fondata, semplicemente <<incide sulla differenza da versare al titolare del diritto reale immobiliare>>.

La procedura, in cui la presenza dell'autorità giudiziaria si limita all'individuazione del perito, si conclude, quindi, con la comunicazione della stima ovvero, laddove questa sia esuberante rispetto al debito residuo, con il versamento del supero da parte del creditore su <<un apposito conto corrente bancario senza spese, intestato al titolare del diritto reale immobiliare>>.

È in uno di questi due alternativi momenti, infatti, che <<la condizione sospensiva di inadempimento [...] si considera avverata>>.

Orbene come nel prestito vitalizio ipotecario, nel mutuo ai consumatori ex art. 120 *quinquiesdecies* T.U.B. e nel pegno mobiliare non possessorio, anche qui, nel caso di finanziamento alle imprese garantito da trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato, la tutela giurisdizionale è solamente successiva ed eventuale. Segno di un

---

<sup>159</sup> Resta di difficile decodificazione la ragione per cui il legislatore abbia richiamato la figura dell'arbitratore tenuto a determinare l'oggetto del contratto secondo il proprio equo apprezzamento ex art. 1349 co. 1 c.c. Nel caso del marciano ex art. 48 *bis*, infatti, si è piuttosto in presenza di un ausiliario del giudice, chiamato ad esprimere un apprezzamento di natura squisitamente tecnica e, in quanto tale, suscettibile di impugnativa – si sarebbe dovuto prevedere – non soltanto per manifesta iniquità o erroneità della determinazione ma anche in base agli ordinari criteri del dolo, della colpa e dell'errore. In questi termini S. PAGLIANTINI, *L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura (ragionata) dell'art. 48 bis T.U.B., cit.*, p. 950. Critica sul punto anche A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis T.U.B., è davvero patto marciano?*, cit., p. 1487.

esigenza dei tempi, interpretata in maniera sensibilmente frammentaria dal legislatore ma non per questo trascurabile dall'interprete e specialmente dal civilista.

Se è vero che il legislatore ha parlato di un inqualificato diritto immobiliare, di una condizione sospensiva che tale, a rigore giuridico, non è e che il richiamo all'art. 1349 co. 1 c.c. desta qualche perplessità, parimenti va notato che questi abbia mostrato una certa consapevolezza della centralità della precisa regolamentazione del procedimento di escussione in autotutela e tanto specialmente per due aspetti, che appaiono fondamentali.

Il richiamo è, in primo luogo, all'attribuzione della selezione dell'esperto stimatore all'autorità giudiziaria, espressione paradigmatica di terzietà e di imparzialità, in persona del presidente del Tribunale. Non meno rilevante, poi, è la scelta, introdotta in sede di conversione, di imporre alle parti del marciano di prevedere un apposito conto corrente bancario senza spese, intestato al titolare del diritto reale traslato, sul quale il finanziatore debba versare l'eventuale supero, così ovviando, almeno in parte, considerando anche che tale conto dovrebbe essere aperto presso un istituto terzo depositario, alla naturale volatilità del denaro, che soprattutto temono gli eventuali creditori concorrenti.

Ebbene proprio la posizione di questi creditori rispetto alla pattuizione marciiana costituisce un ulteriore aspetto saliente dell'art. 48 *bis*. È stato osservato, infatti, che «ancora una volta il legislatore ha trascurato le ragioni dei terzi»<sup>160</sup>. Ciò, ci sembra, non tanto per la ragione che la procedura stragiudiziale presuppone il versamento dell'eventuale supero, sul quale avrebbero ad avanzare le proprie pretese i restanti creditori concorrenti, a favore del debitore, con i rischi collegati alla sua volatilità, in quanto, come si è visto, questi appaiono in parte neutralizzati dall'interposizione di un depositario e comunque presidiati dall'esperibilità, come pure si è notato, dell'azione revocatoria in relazione alla stipulazione marciiana; quanto piuttosto per l'innegabile preferenza che si è ritenuto di accordare al creditore/finanziatore qualificato.

Essa è espressa chiaramente al co. 4, laddove si prevede che il patto marciiano disciplinato dall'art. 48 *bis* possa essere stipulato, oltre che contestualmente alla conclusione del contratto di finanziamento, anche successivamente, in sede di modifica delle condizioni contrattuali,

---

<sup>160</sup> Così A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis T.U.B., è davvero patto marciiano?*, cit., p. 1484. L'Autrice si riferisce apertamente all'art. 2929 *bis* c.c., introdotto dall'art. 12 co. 1 d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito con modificazioni in legge n. 6 agosto 2015, n. 132, su cui cfr. la stessa A. SCOTTI, *La cd. "revocatoria semplificata" ex art. 2929 bis cod. civ. e 64, ultimo comma, l.f., tra crisi della fattispecie e prospettiva dei rimedi*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, 3, p. 481 ss.

per i contratti in corso al momento dell'entrata in vigore della legge introduttiva. In tale ultimo caso - e qui sta il punto - qualora il contratto di finanziamento fosse già garantito da ipoteca, la trascrizione del trasferimento sospensivamente condizionato prevale sulle trascrizioni ed iscrizioni prese prima della sua trascrizione ma successivamente all'iscrizione ipotecaria, e tanto anche quando sia in corso una procedura esecutiva ed il pignoramento sia stato trascritto, parimenti, prima della trascrizione del marchio ma dopo l'iscrizione di ipoteca<sup>161</sup>.

È evidente, allora, che le ragioni dell'istituto finanziatore sono preferite sia rispetto ai creditori ipotecari di grado successivo, che si vedranno improvvisamente postergati ad un proprietario invece che ad un altro creditore ipotecario; che rispetto ai chirografari, i quali non hanno alcun modo di partecipare alla distribuzione del ricavato; che, infine, rispetto agli eventuali terzi titolari di diritti incompatibili con l'alienazione, i quali pur consapevoli di vantare diritti su un bene ipotecato non potevano in alcun modo prevedere che il creditore ipotecario sarebbe diventato proprietario. Né, invero, è fatto alcun cenno ad una partecipazione, che pure poteva essere opportuna, dei terzi alla rinegoziazione delle condizioni contrattuali in seno alla quale le parti optino per il marchio.

A questo punto c'è da chiedersi, poi, se malgrado il richiamo del co. 13 *bis* all'ipoteca non si sia innanzi alla positivizzazione di un'altra, diversa, causa legittima di prelazione, il che avrebbe meritato maggiore attenzione.

Insomma questa malcelata intenzione di favorire le banche e gli altri istituti comunque autorizzati alla concessione del credito nei confronti del pubblico, anche in vista del conseguimento dell'interesse più generale alla ripartenza dell'impresa, rischia di trasformarsi in un *boomerang*, nel senso di condurre tutti gli altri soggetti non qualificati a rifuggire i beni gravati da una garanzia *lato sensu* bancaria, come normalmente si rifuggono quelli di provenienza donativa. Cosicché vale la pena di fare attenzione, onde evitare che la montagna

---

<sup>161</sup> Recita in particolare l'art. 48 *bis* co. 4: <<Il patto di cui al comma 1 può essere stipulato al momento della conclusione del contratto di finanziamento o, anche per i contratti in corso alla data di entrata in vigore della presente disposizione, per atto notarile, in sede di successiva modificazione delle condizioni contrattuali. Qualora il finanziamento sia già garantito da ipoteca, il trasferimento sospensivamente condizionato all'inadempimento, una volta trascritto, prevale sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite successivamente all'iscrizione ipotecaria. Fatti salvi gli effetti dell'aggiudicazione, anche provvisoria, e dell'assegnazione, la disposizione di cui al periodo precedente si applica anche quando l'immobile è stato sottoposto ad espropriazione forzata in forza di pignoramento trascritto prima della trascrizione del patto di cui al comma 1 ma successivamente all'iscrizione dell'ipoteca; in tal caso, si applica il comma 10>>.

partorisca un topolino e la circolazione delle ricchezze si fermi, in altri termini, solo un passo più avanti.

Si pensi al caso semplicissimo di un imprenditore che per ottenere un finanziamento da un istituto di credito costituisca in suo favore un'ipoteca su un capannone industriale. Ora quale altro imprenditore, per rimanere nell'ambito di un utilizzo produttivo del bene, comprerebbe mai o prenderebbe in locazione ultranovennale questo capannone, sapendo – e si consideri che al momento dell'entrata in vigore della legge anche questa conoscenza mancava nei terzi titolari di diritti concorrenti o configgenti - che la presenza del creditore bancario potrebbe tradursi nell'appropriazione del bene da parte di questo e nella conservazione, dal canto proprio, del solo diritto a soddisfarsi sul residuo ... Eventuale?

A questo profilo va aggiunto, come si è subito notato, che, in disparte la risposta del mercato, è dubbia anche la stessa effettiva utilità che gli istituti finanziatori ritroveranno in concreto in un istituto, quale è quello introdotto dall'art. 48 *bis*, che comporta, in sostanza, che <<un creditore di valori riceva cose>><sup>162</sup>. E ciò anche considerando che, allorquando vi siano altri creditori ipotecari, il diritto di proprietà del creditore bancario rischia di essere alquanto compresso, giacché questi dovrà sbrigarsi a liquidare l'immobile gravato per soddisfare le ragioni di detti altri creditori. Anche in tal caso vi sarebbe, invero, una soluzione, a ritenersi che al finanziatore debba applicarsi in tutto lo statuto proprietario, con la conseguenza che questi potrebbe conservare il bene ipotecato, nello stesso stato in cui gli perviene.

Eppure tutto questo argomentare non giova! Non giova in primo luogo alla funzione della riforma, che è dichiaratamente, e ancora una volta, semplificare e snellire.

Ma per sintetizzare, si sa, v'è da conoscer bene l'argomento, ché diversamente si farebbe meglio a spiegar(si) bene il tutto.

Per trarre ora qualche conclusione occorre evidenziare come non vi sia dubbio che l'art. 48 *bis* sia la traduzione giuridica, insieme con le sopracitate figure affini, delle esigenze nascenti dalla crisi economico – finanziaria, che affanna da tempo tutti i soggetti del mercato, dai finanziatori, alle imprese, ai consumatori<sup>163</sup>; ma se così è, allora, ad un problema di sistema è

---

<sup>162</sup> Così ancora A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis T.U.B., è davvero patto marciano?*, cit., p. 1483.

<sup>163</sup> Icastica al riguardo è l'espressione di S. PAGLIANTINI, *L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura (ragionata) dell'art. 48 bis T.U.B., cit.*, p. 955 ss., che parla di un diritto della crisi, come è stato apostrofato il decreto banche, che si è trasformato nella crisi, forse la più grande, del diritto privato>> e si sofferma, parafrasando la voce autorevole di V. VASSALLI, sull'utilità che avrebbe, al contrario, concepire <<una norma generale che valuta e disciplina in certo modo l'interesse di certi soggetti>>.

quanto mai necessario fornire una risposta sistematica, con regole omogenee che tengano conto, da una parte, del complesso normativo in cui si iscrivono, minato di principi fondamentali, perché esse, nascendovi un contenzioso, potrebbero essere bocciate dalle corti, e, dall'altra, di tutti gli interessi dei diversi soggetti che si muovono nel quadro economico di riferimento, perché potrebbero essere parimenti questi a bocciarle e, se è il risultato che conta, nell'uno e nell'altro caso esso non cambia.

## CAPITOLO III

### UTILITA' DI UN RIPENSAMENTO SISTEMATICO DELLA DISCIPLINA GENERALE DELLE GARANZIE REALI. UN'IPOTESI DI LAVORO.

**Sommario:** *1. Legislazione speciale in tema di garanzie reali e speciale qualificazione soggettiva dei contraenti. Utilità dell'adozione di una prospettiva frammentata (contratto di diritto comune, terzo contratto, contratto fra operatori professionali con eguale potere contrattuale o presunti tali). 2. Autotutela esecutiva e (presunti) limiti all'autonomia privata. 3. Essenzialità degli strumenti di tutela dei terzi. Il valzer della tutela (soluzione in tre tempi). 4. La spada di Damocle del divieto del patto commissorio. Nullità di protezione ed "interesse pubblico". Il patto marciano intimorisce il legislatore: meglio parlarne. 5. Brevi osservazioni conclusive.*

*1. Legislazione speciale in tema di garanzie reali e speciale qualificazione soggettiva dei contraenti. Utilità dell'adozione di una prospettiva frammentata (contratto di diritto comune, terzo contratto, contratto fra operatori professionali con eguale potere contrattuale o presunti tali).*

Se un dato comune emerge in maniera subito evidente dalle diverse fattispecie analizzate nel capitolo che precede, questo è il seguente: il contesto nel quale è avvenuto in fatto il ripensamento normativo del sistema codicistico della garanzie reali è quello dei contratti di impresa, cosiddetti *business to business (b2b)*, tra operatori professionali presumibilmente in

posizione paritaria quanto a potere contrattuale<sup>164</sup>, uno dei quali, generalmente, è rappresentato da un istituto bancario.

---

<sup>164</sup> La dizione contratti d'impresa è stata normalmente preferita da chi ha ritenuto configurabile la relativa categoria giuridica alle altre definizioni variamente avanzate, come contratti commerciali, contratti aziendali, contratti dei consumatori. Queste ultime scontano rispetto al prima una minore vocazione alla generalità, indicando tipi di contratto piuttosto che una categoria contrattuale. I contratti d'impresa sono accomunati dal dato soggettivo della partecipazione di almeno un'impresa alla fattispecie contrattuale. Questo essendo il tratto caratteristico, possono operarsi alcune distinzioni interne. In primo luogo si distingue tra contratti d'impresa in senso stretto, ossia fattispecie esclusive o tipiche dell'attività d'impresa, e contratti dell'impresa, ovvero fattispecie né tipiche né esclusive ma concretamente adoperate nell'esercizio dell'attività imprenditoriale. In secondo luogo una differenza di non poco momento corre tra i contratti unilateralmente imprenditoriali (o contratti *b2c* ovvero contratti dei consumatori) e contratti bilateralmente imprenditoriali (o contratti *b2b* e talvolta *B2b*). In verità già nel Codice civile del 1942 sono rinvenibili diversi esempi di contratti d'impresa anche se non introdotti dal legislatore sotto questa dizione. Ne è chiaro esempio la disposizione dell'art. 1330 c.c. - <<Morte o incapacità dell'imprenditore>> - ove si prevede che <<la proposta o l'accettazione, "quando è fatta dall'imprenditore nell'esercizio della sua impresa", non perde efficacia se l'imprenditore muore o diviene incapace prima della conclusione del contratto>>, con la sola eccezione del <<piccolo imprenditore>> e della diversa soluzione suggerita dalla <<natura dell'affare>> o da <<altre circostanze>>. Non meno esemplare è il disposto dell'art. 1722 n. 4 c.c. - <<Cause di estinzione>> del mandato - ove si prevede che <<la morte, l'interdizione, l'inabilitazione del mandante o del mandatario>> non provocano l'estinzione del <<mandato che ha per oggetto il compimento di "atti relativi all'esercizio di un'impresa" [...], se l'esercizio dell'impresa è continuato, salvo il diritto di recesso delle parti o degli eredi>>. Dal testo dal codice non manca di emergere, inoltre, come il legislatore si sia mostrato sensibile alle esigenze particolari della contrattazione d'impresa anche rispetto ai diversi profili della formazione e del contenuto dei relativi accordi. Il riferimento è direttamente all'art. 1341 c.c., il quale senza dubbio esprime una norma di favore per l'attività d'impresa nella misura in cui, considerato che la gran parte della contrattazione di mercato segue il modello del contratto per adesione, sancisce l'equiparazione della conoscenza alla conoscibilità delle condizioni generali di contratto unilateralmente predisposte, ai fini della valutazione di efficacia delle stesse. Una svolta importante per la disciplina dei contratti d'impresa è stata indotta dalle mutate condizioni socio - economiche che hanno segnato il secondo dopoguerra. Da una parte crescono le dimensioni del mercato, inizia a delinarsi il mercato unico europeo, si affaccia sulla scena mondiale il fenomeno della globalizzazione dei mercati con l'affermazione di un nuova *lex mercatoria*; dall'altra aumenta proporzionalmente le sensibilità verso le esigenze di solidarietà sociale ed economica. L'art. 2 della Costituzione del 1948 definisce come <<inderogabili>> i doveri <<di solidarietà politica economica e sociale>>. Più direttamente l'art. 41 Cost. dispone che <<l'iniziativa economica privata>>, pur libera, <<non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale [...]>> e, come se non bastasse, prevede che <<la legge determina i controlli e i programmi opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali>>. Evidentemente l'ordinamento è investito da sollecitazioni per alcuni versi opposte e deve fornire risposte quanto mai equilibrate. Così se da una parte si introducono procedure di contrattazione cd. "non negoziate" o comunque non se ne osteggia l'affermazione autonoma nel contesto socio - economico, dall'altra si erge l'autorità giudiziaria a garante dell'equilibrio normativo ed economico del contratto, ampliandone inevitabilmente i poteri di "invasione del simulacro dell'autonomia privata". In un simile scenario la distinzione più rilevante fra i contratti d'impresa diventa quella tra contratti individuali e contratti di massa. Tanto perché la trattativa individuale può escludere le forme di tutela che presuppongono un'inconsapevolezza del contenuto. Per questa strada diviene sempre più evidente che <<il contratto d'impresa si inserisce non solo nell'attività d'impresa ma nel mercato e nel mercato le imprese e la loro "iniziativa" entrano in contatto con interessi della collettività e con l'utilità sociale, assumendo, secondo l'opinione di molti, la "responsabilità sociale" per uno "sviluppo sostenibile">>, cosicché <<come il contratto d'impresa è funzionale al mercato, così il mercato è funzionale al contratto>>. Tuttavia la categoria dei contratti d'impresa oltre all'evidente carattere dell'articolazione offre all'interprete anche quello dell'opinabilità, se si guarda a talune diverse letture dottrinarie. In questa prospettiva si iscrive la recente tendenza diretta a sostituire il tradizionale binomio contratti civili - contratti commerciali con quello più nuovo contratti civili - contratti d'impresa. Questi ultimi sarebbero, dunque, un'evoluzione dei contratti commerciali, segnati dall'elemento caratterizzante della partecipazione all'accordo di almeno un'impresa. In questo modo sarebbero contratti d'impresa anche i contratti con i consumatori oppure quelli di lavoro. Essi, però, si è detto, rispondono a differenti *rationes* rispetto agli accordi

Tale ripensamento si è strutturato essenzialmente sui due pilastri del superamento del requisito dello spossessamento nella garanzia mobiliare e della predisposizione dei requisiti di validità delle alienazioni in garanzia condizionate all'inadempimento del debitore, con riferimento, questa volta, così alla garanzia mobiliare come a quella immobiliare.

Esso, per altro verso, rinviene la sua motivazione cardinale nella pressante esigenza di stabilità del mercato del credito al tempo di una diffusa crisi economico – finanziaria. In tal senso le aperture del legislatore speciale, dal lato dell'impresa, mirano a snellire il meccanismo di funzionamento tutto della garanzia ed a favorire, così, l'accesso al finanziamento; dal lato della banca, e segnatamente nell'ottica che si è vista della “liquidità bancaria”<sup>165</sup>, perseguono lo scopo di garantire all'istituto finanziatore un più rapido e sicuro realizzo della garanzia attraverso la predisposizione di strumenti di autosoddisfacimento e, in ultima analisi, di autotutela esecutiva.

Si pone, allora, la questione se il ripensamento di cui si tratta debba investire tutto il sistema codicistico delle garanzie reali e per l'effetto sia estendibile anche ai contratti (residuali) di diritto comune, ai contratti *b2c*, fra professionisti e consumatori, nonché ai contratti *B2b*, fra imprese in posizione asimmetrica.

È noto come la direttiva 93/13/CE abbia dato la stura ad una normazione comunitaria e ad una legislazione nazionale a questa prevalentemente ispirata caratterizzate dalla speciale considerazione della posizione di debolezza contrattuale della figura del consumatore, quale persona fisica che agisce per scopi estranei ad un'attività qualificata eventualmente svolta<sup>166</sup>.

---

tra operatori commerciali, per cui difficilmente si prestano ad assoggettarsi alla medesima disciplina. In altri termini la partecipazione di un'impresa alla contrattazione non è elemento idoneo a generare nei relativi accordi una *ratio* unitaria, che possa autorizzare l'adozione di una disciplina comune e giustificare così l'appello alla formazione di una nuova categoria autonoma di contratti d'impresa. Sul punto cfr. G. OPPO, *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 841; G. CIAN, *Contratti civili, contratti commerciali, contratti d'impresa: valore sistematico – ermeneutico delle classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 849. Sulla posizione dei contratti d'impresa, tra mercato e solidarietà sociale, nel secondo dopoguerra, si vedano anche F. GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contratto e impresa*, 2000, p. 195; V. BUONOCORE, *Manuale di diritto commerciale*, a cura di V. BUONOCORE, Torino, 2007, p. 33 ss.

<sup>165</sup> Cfr. *supra* Cap. II § 1.

<sup>166</sup> Più precisamente all'art. 3 lett. a) d.lgs. n. 206/2005, come modificato dal d.lgs. n. 221/2007, il <<consumatore o utente>> è definito come <<la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta>>. Alla direttiva 1993/13/CE ha fatto seguito essenzialmente la direttiva 1999/44/CE sulla vendita dei beni di consumo recepita con d.lgs. n. 24/2002. Per la legislazione speciale consumeristica di ispirazione comunitaria successiva alla direttiva del 1993,

Tanto in una duplice combinata prospettiva, protezionistica e concorrenziale allo stesso tempo<sup>167</sup>.

Lentamente, quindi, dalla figura del consumatore il legislatore è passato alla considerazione della posizione di debolezza della controparte contrattuale di un soggetto particolarmente qualificato, a cagione della disposizione da parte di questi di informazioni altamente specialistiche unitamente, spesso, ad una posizione di dominazione relativa nello specifico rapporto negoziale<sup>168</sup>. Ed è stato ben presto chiaro che tale fosse la posizione del cliente rispetto alla banca<sup>169</sup>.

---

comunque, si vedano es. d.lgs. n. 385/1993 in materia di <<credito al consumo>>; d.lgs. n. 111/1995 in materia di <<vendita di pacchetti turistici>>; d.lgs. n. 427/1998 in materia di <<vendita di multiproprietà>>; ovvero, per le discipline transtipiche, d.lgs. n. 50/1992 in materia di <<contratti negoziati fuori dai locali commerciali>>; d.lgs. n. 185/1999 in materia di <<contratti a distanza>>. Tutte queste normative sono state poi assorbite nel Codice del consumo emanato con d.lgs. n. 206/2005. Si veda da ultimo la dir. 2011/83/UE sui diritti dei consumatori recepita con d. lgs. n. 58/2014.

<sup>167</sup> Questo tema invero tradizionale è lumeggiato da ultimo da A. GENTILI, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 6, p. 1479, ove l'Autore: <<Sul versante del diritto contrattuale generale abbiamo visto incrementare la *giustizia* sostanziale attraverso il ricorso giurisprudenziale alle clausole generali. Ma per altro verso una forte evoluzione verso l'*efficienza* è stata ad esso impressa dalla legislazione sulla concorrenza, le intese, l'abuso di posizione dominante e di dipendenza economica, gli accordi di ristrutturazione e i concordati preventivi. Parallelamente, le nuove tecnologie, i nuovi modelli di contratto, originariamente sorti nell'alveo comunitario o internazionale, da tempo invadono e riarticolano il nostro diritto comune dei contratti, innestandovi novità ed evoluzioni intese ad una maggiore efficienza degli scambi. Insomma: alla spinta sociale si affianca una incisiva spinta verso l'esercizio più ampio ed efficiente dell'autonomia privata. Non ne dirò di più: sono cose note e qui basta ricordarne il ruolo. Quel che importa è che nel diritto generale dei contratti politica della giustizia e politica dell'efficienza vanno intrecciandosi (se bene o male è un altro discorso)>>.

<sup>168</sup> Invero sul finire degli anni '90 dello scorso secolo si è registrata nella legislazione comunitaria una tendenza ad estendere la garanzia di integrità del potere contrattuale dalla figura del "consumatore" a quella dell' "impresa debole" nei contratti fra imprese, fino a giungere a quella più generale del "cliente" – "contraente debole". Ne sono testimonianza, per la categoria della legislazione a tutela dell'impresa debole, la legge 18 giugno 1998, n.192 concernente i <<contratti di subfornitura industriale>> come anche il decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231 in materia di <<ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali>>. Per i provvedimenti a tutela del cliente, il decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 recante il <<testo unico in materia di intermediazione finanziaria>>; la legge 7 marzo 1996, n. 108 che ha modificato tra l'altro la disciplina dei <<mutui usurari>>; la legge 9 dicembre 1998, n. 431 in materia di <<locazioni ad uso abitativo>>. La comune origine comunitaria di queste disposizioni ha segnato in più modi il tenore delle loro trasposizioni di diritto interno. Tuttavia in questa sede preme soprattutto notare come quest'origine normativa condivisa riveli la *ratio* comune che sottende le succitate discipline. Essa va letta nell'ottica di un mutato rapporto fra lo Stato ed il mercato, in cui gli interventi del legislatore a tutela del "contraente debole", qualunque ne sia la peculiare articolazione, rispondono alla più ampia funzione di contribuzione alla realizzazione del <<modello – mercato>>. Nell'orizzonte del diritto comunitario, si è detto, Stato e mercato <<cooperano per rendere operativo il modello ideale di mercato contro le distorsioni della sua prassi. Tale modello postula che la distribuzione razionale delle risorse sia garantita dal sistema dei prezzi e che il corretto funzionamento di tale sistema sia assicurato dalla presenza delle condizioni di operatività della concorrenza e del libero scambio>>. Sul punto cfr. M. BARCELONA, *I nuovi controlli sul*

---

contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo, in *Europa dir. priv.*, 2008, p. 35 ss.; vd. anche P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 787; V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2005, p. 9 ss.

<sup>169</sup> A tal proposito appare indicativa la vicenda del *jus variandi* e segnatamente del *jus variandi* bancario ex artt. 117 e 118 T.U.B. È stato osservato in generale che «<alterazione o, addirittura, lo sconvolgimento dell'originario assetto di interessi, in considerazione dell'evolvere delle circostanze (non sempre fin dall'origine apprezzabili dalle parti) e delle esigenze dei contraenti, richiede infatti la necessità di un *adjustment* del contratto allo scopo di ricostituire o salvaguardare l'iniziale *balance of interests*, ritenendosi in ogni caso più ragionevole l'adeguamento dello stesso piuttosto che l'intervento di strumenti risolutivi che pregiudicherebbero il raggiungimento del risultato perseguito dalle parti con l'operazione economica<sup>1</sup>. In tali situazioni, è quindi necessario o, quantomeno, opportuno prevedere una sequenza determinativa dell'oggetto del contratto, o del contenuto della disciplina del rapporto, che non si esaurisca nella sua originaria definizione al momento della conclusione, ma che si sviluppi mediante strumenti più flessibili. Al fine di evitare che la ridefinizione del rapporto venga successivamente sottoposta a incerti criteri manutentivi di fonte legale o giudiziale, accade spesso di imbattersi in clausole contrattuali che *ex ante* prevedono meccanismi di adattamento al verificarsi di sopravvenienze. Si tratta di pattuizioni che affidano l'adeguamento del contratto ora all'operatività di indici oggettivi, ora alla determinazione congiunta delle parti o di un terzo, ora, infine, a quella unilaterale di un contraente e che talvolta esse stesse rappresentano un elemento di identificazione di una categoria contrattuale. È evidente che la rideterminazione pattizia dei termini dell'operazione risulterebbe la soluzione più equilibrata, essendo in grado di soddisfare le mutate esigenze soggettive dei contraenti, mediante una nuova prestazione del consenso di entrambe le parti. Ma è altrettanto evidente che tale opzione spesso rischia di risultare la meno efficiente da realizzarsi in "*corso d'opera*", perché può accadere che manchi quella leale e reciproca attitudine negoziale indispensabile al raggiungimento di un nuovo accordo. Si diffonde quindi nella pratica e sta suscitando sempre maggiore interesse in dottrina la clausola di *ius variandi* che attribuisce ad un contraente il diritto potestativo di variare, senza il consenso della controparte, alcuni elementi del regolamento contrattuale>>. Con riferimento, poi, al *jus variandi* bancario e all'obbligo imposto in tempi relativamente recenti alla banca di esplicitare e di "comunicare adeguatamente" al cliente il giustificato motivo posto alla base del suo esercizio, si è detto che «<l'adozione del provvedimento normativo n. 248/06, introduttivo nell'art. 118 T.U.B. del requisito del giustificato motivo, come elemento essenziale per esercitare il *ius variandi*, e prima ancora, il recepimento nel sistema italiano della Dir. n. 93/13, hanno determinato nel legislatore una diversa valutazione delle esigenze sottese al potere di modificare unilateralmente il contenuto negoziale dei contratti bancari. Una tendenza iniziale di tutela della "stabilità del sistema creditizio" cede il passo all'esigenza di garantire la "stabilità" dell'operazione negoziale e dell'affidamento del cliente, tutelato a prescindere dal proprio *status* se di consumatore oppure di professionista. L'obbligo per l'istituto di credito di indicare il giustificato motivo per esercitare legittimamente il *ius variandi*, pena la sua inefficacia, finisce così per rappresentare una prerogativa che trova applicazione *tout court* ai contratti bancari di durata, senza considerare se i clienti hanno concluso il contratto nella veste di professionista oppure di consumatore>>. Protezione (sotto la precipua veste della trasparenza) del contraente debole *lato sensu* inteso, o forse in concreto considerato, e mercato si coordinano ancora come i due pilastri portanti della medesima costruzione. Tanto è ben reso, ad esempio, laddove si osserva che «<la necessità di elaborare regole sulla trasparenza nei rapporti bancari rispondeva al conseguimento di due finalità che, per quanto distinte, finivano per essere collegate, poiché tra loro complementari. Elevando, infatti, il livello di chiarezza delle condizioni contrattuali che gli operatori praticavano, si conseguiva il duplice risultato, da un lato, di procedere alla redazione di un apparato legislativo idoneo a garantire una tutela concreta al soggetto debole, dall'altro di pervenire ad una maggiore efficienza nella collocazione di beni e servizi nell'ambito di due settori fondamentali dell'economia nazionale>>. Naturalmente, poi, non si può che concordare con l'estensione di queste osservazioni ai contratti del mercato finanziario, giacché è evidente che «<tali forme di perseguimento della trasparenza contrattuale assumono particolare rilievo non solo nel caso di allocazione di beni e servizi bancari, ma soprattutto nel settore del mercato finanziario. In tale materia, la questione delle asimmetrie informative assume una maggiore criticità e portata, determinata da una serie di fattori che riguarda la complessità del prodotto finanziario, il livello di preparazione finanziaria dei soggetti che si dirigono verso questo tipo di mercato oltre che l'elevato costo dell'informazione>>. Sul punto cfr. C. MARSEGLIA, *Rilevanza dell'adeguata informazione del giustificato motivo nell'esercizio del ius variandi*, in *Contratti*, 2016, 12, p. 1103. Vd. anche T. CAPURRO, *La clausola di jus variandi tra giudizio di validità e sindacato sull'esercizio del diritto*, in *Contratto e impresa*, 2013, 6, p. 1341.

Ne è nata al contempo l'esigenza di analizzare più da vicino gli stessi rapporti contrattuali fra gli operatori professionali, considerata la possibilità che anche in tale caso potesse esserci una parte depositaria nella situazione in concreto considerata di un potere contrattuale *potiore* rispetto all'altro contraente, pure qualificato, ed in grado di abusarne.

Così l'enucleazione di una serie di figure parimenti espressive di un modello di contraente debole (consumatore, cliente, lavoratore, piccola e media impresa) ha spinto la dottrina, essenzialmente nazionale, ad interrogarsi sulla praticabilità di una soluzione in chiave classificatoria e sistematica. Ne è scaturita, come è noto, la formazione di due principali contrapposti fronti argomentativi.

Da una parte si sono schierati i sostenitori del "contratto asimmetrico". Trattasi di una categoria generale capace di abbracciare in sé tutti i contratti connotati dalla comune caratteristica della sussistenza di uno squilibrio di potere negoziale fra le parti, motivato da una disparità di natura informativa e/o economica che sia. Secondo questo orientamento ermeneutico il ricorso ad una fattispecie unitaria, giustificato dalla presenza di alcuni elementi ricorrenti, discendenti a loro volta dalla sussistenza di una disparità fra le posizioni contrattuali delle parti, giova alla coerenza sistematica e favorisce una circolazione dei rimedi esperibili, da riguardarsi alla stregua di un meccanismo virtuoso che dà certezza alle negoziazioni e snellisce la risoluzione di eventuali controversie, attenuando l'alea dell'esito processuale<sup>170</sup>.

---

<sup>170</sup> Alla definizione di questo nuovo (potenziale) paradigma contrattuale ha dedicato attenzione specialmente V. ROPPO, *Il contratto del duemila, cit.*, spec. p. 51 ss.; in seguito sullo stesso tema ID., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul <<terzo contratto>>)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, IV, p. 679 ss. L'Autore osserva come <<il dato unificante dei contratti le cui discipline definiscono il nuovo paradigma contrattuale non può identificarsi, riduttivamente, in una rigida categorizzazione socio – economica delle parti contraenti; bensì va cercato in un elemento più generale. È l'elemento che una volta si sarebbe definito "debolezza" di una parte rispetto all'altra, e che in linguaggio più moderno può oggi denominarsi come "asimmetria di potere contrattuale">>. In altri termini il nuovo modello di cui si discorre, ispirato dalle norme consumeristiche ed informato prevalentemente alla relativa disciplina, ne ha oggi travalicato le barriere per riferirsi ad una più ampia area contrattuale, individuata dalla caratteristica condivisa della "asimmetria di potere" fra le parti. Di qui la definizione di <<contratto asimmetrico>>. In particolare si precisa come asimmetria di potere contrattuale vi sia <<fra consumatori e professionisti, ma non solo: anche relazioni non riconducibili a tale coppia – come quelle fra subfornitori e committenti, fra agenti e preponenti, fra banche e clienti, fra intermediari finanziari e investitori, fra conduttori e locatori – contrappongono una parte dotata di superiore potere contrattuale ad una parte con potere contrattuale inferiore>>. Appigli transnazionali che corroborassero la praticabilità di questa nuova categoria contrattuale sono stati rinvenuti nell'art. 3.10 dei Principi *Unidroit*, ove è disciplinata la *Gross disparity* con riferimento ai contratti commerciali internazionali; negli artt. 4:109 e 4:110 PECL, rispettivamente rubricati <<*Excessive benefit or unfair advantage*>> e <<*Unfair terms not individually negotiated*>>, aventi parimenti riguardo a tutti i contratti, indipendentemente dalla partecipazione di un consumatore; nonché nelle direttive 2000/35/CE, sui ritardi di pagamento nelle transazioni

Sul versante opposto si collocano, invece, le voci altrettanto autorevoli che hanno preferito soffermarsi sulle diversità sussistenti fra le differenti disparità di potere contrattuale in ragione della particolare qualificazione dei contraenti.

In questo senso si è inteso distinguere il contratto dei consumatori dal contratto fra imprese in posizione squilibrata, elaborando per tale ultima fattispecie la figura autonoma del “terzo contratto”. Tanto perché detto squilibrio ha fonti differenti e va valutato in relazione a parametri parimenti differenti.

Nell'un caso esso affonda le proprie radici in una non colmabile disparità informativa, nell'altro è generalmente motivato dalla disponibilità, contingente o anche generale, di un maggiore potere economico; nel primo caso l'attivazione del rimedio prescinde dalla valutazione del mercato di riferimento, nel secondo normalmente essa segue all'accertamento dell'abusività della condotta in quanto posta in essere dal soggetto in posizione di dominanza in mancanza di concrete alternative sul mercato per la sua controparte più debole, per la quale quindi questi sia un contraente obbligato. Alla differenza di presupposti, si è detto, non può che corrispondere la diversità della fattispecie e della disciplina, segnatamente sotto il profilo rimediale<sup>171</sup>.

---

commerciali, e 2005/29/CE, sulle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno, laddove la prima concerne rapporti fra professionisti, non già con consumatori, e la seconda all'ottavo *considerando* espressamente prevede: <<<<[...] Resta inteso che esistono altre pratiche commerciali che, per quanto non lesive per i consumatori, possono danneggiare i concorrenti e i clienti. La Commissione dovrebbe valutare accuratamente la necessità di un'azione comunitaria in materia di concorrenza sleale al di là delle finalità della presente direttiva e, ove necessario, presentare una proposta legislativa che contempli questi altri aspetti della concorrenza sleale>>. Una voce favorevole alla riflessione sulla praticabilità della categoria generale del contratto asimmetrico è apparsa in A. GENTILI, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, cit., p. 1479, ove si legge:<<Un rinnovato diritto generale dei contratti, che non è più solo un programma *de jure condendo*, tant'è che già estende i suoi principi oltre il consumatore ai rapporti tra imprese disuguali, o attraverso nuove tecnologie, o in settori particolari (finanza, assicurazione, servizi pubblici). In questo modo contratti civili, del consumatore, dell'utente di servizi, dell'investitore, del contraente *on line*, del grande, medio e piccolo imprenditore, vengono lentamente ricondotti ad essere parti di un unico (ma ancora molto empirico) sistema, in cui i concetti di uso comune - ma da intendere ormai come puri strumenti, e non come dogmi - servono ad esprimere politiche non sempre chiare ma non del tutto incoerenti. E soprattutto, progressivamente comuni>>.

<sup>171</sup> La prima definizione del terzo contratto risale a R. PARDOLESI, *Prefazione* a G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparativa*, Torino, 2004, p. XIII, il quale parlava di una <<terra di mezzo>> che si stende <<fra le situazioni in cui gli operatori corrono rischi consapevoli e quelle in cui lo *herd behaviour* dei consumatori invoca correttivi nel senso di norme imperative di sostegno>>. È qui, si è detto, che si apre <<l'area grigia del terzo contratto>>, composta da <<un'ampia fascia di rapporti - B2B fra operatori non sofisticati, C2C e quant'altro - che non si lasciano ricondurre ai modelli estremi>>. Come suggerisce la definizione di cui sopra, si tratta di uno spazio residuale, lasciato privo di adeguata regolamentazione dai due modelli estremi del “primo” e del “secondo

---

contratto”, ovvero sia del contratto di diritto comune di fonte codicistica e del contratto con i consumatori. Sotto il profilo contenutistico, senza dubbio il perno intorno al quale si è progressivamente alimentata la categoria del terzo contratto è rappresentato dalla disciplina dell’“abuso di dipendenza economica”, di cui al più volte citato art. 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192 (sulla idoneità di questa norma a recare con sé una disciplina di carattere generale cfr., da ultimo, L. RENNA, *L’abuso di dipendenza economica come fattispecie transtipica*, in *Contratto e impresa*, 2013, 2, p. 370. Nella stessa direzione sono, poi, intervenuti il decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231 sui “ritardi di pagamento” nelle transazioni commerciali e la legge 6 maggio 2004, n. 129, recante la disciplina dell’“affiliazione commerciale” ovvero del *franchising*. Ebbene chi opta per la fattispecie del terzo contratto ritiene di poter individuare taluni profili essenziali in ragione dei quali i contratti fra imprese, pur segnati da un’asimmetria di posizioni fra le parti, si distinguono in maniera rilevante dalla fattispecie dei contratti con i consumatori. Pertanto gli stessi esigono un’autonoma categoria di riferimento e una differente disciplina. In tale prospettiva un primo profilo distintivo concerne la rilevanza delle <<modalità della contrattazione>>. Essa assume notevole importanza nella disciplina dei contratti con i consumatori, concentrandosi la tutela soprattutto nella fase più sensibile della predisposizione dell’accordo. Nei contratti fra imprese, al contrario, rispetto alla valutazione dell’abuso essa passa in secondo piano per lasciare spazio alla valutazione della condotta effettivamente tenuta dall’impresa in posizione di dominazione relativa nel corso dell’esecuzione complessiva dell’accordo. Ne consegue - e siamo al secondo profilo distintivo - che mentre la <<prova dello squilibrio>> si fonda su una sorta di presunzione di asimmetria nei contratti del consumatore, nei rapporti fra imprese essa esige il ricorso a criteri di controllo dell’“asimmetria in concreto”, idonei a valutare caso per caso la specificità dell’operazione negoziale. Quanto all’aspetto delle <<ragioni della tutela>>, sembra sia condiviso da più parti che la protezione dell’impresa debole sia soprattutto funzionale alla tutela della struttura concorrenziale del mercato. Lo stesso dato positivo non tradisce questa intuizione. Non che questo aspetto sia in tutto estraneo alla normativa consumeristica ma è pur vero che <<l’invalidità della clausola abusiva prescinde dall’effettiva esistenza di un vantaggio anticompetitivo>>. Coerentemente nel caso dei contratti fra imprese i <<parametri offerti all’intervento del giudice per la valutazione dello squilibrio>> si arricchiscono delle valutazioni di mercato e della preminenza del profilo economico dello sbilanciamento. Infine tra contratti con i consumatori e contratti fra imprese varia <<la configurazione del rapporto nascente dall’accordo>>. Essa rileva nel giudizio di abusività nella misura in cui impone di tener conto nei secondi del consueto ricorso a schemi di razionalità a lungo termine, per cui la condotta abusiva andrà accertata con riguardo non al singolo rapporto contrattuale ma alla complessiva operazione economica. Per la stesse ragioni collegate alle peculiarità dei rapporti di coordinamento fra imprese, appare quanto meno revocabile in dubbio l’estendibilità della disciplina protettiva dell’impresa debole ai rapporti interni a gruppi di società o reti di imprese, nei quali essa risulti priva di autonomia decisionale e organizzativa. Oltre a R. PARDOLESI, militano in favore del terzo contratto G. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*; G. VILLA, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*; F. CAFAGGI, *Interrogativi deboli sui fondamenti del terzo contratto*, tutti in AA. VV., *Il terzo contratto*, a cura di G. GITTI – G. VILLA, Bologna, 2008, p. 10 ss., 113 ss., 308 ss. Interessante la posizione scettica rispetto ad entrambe le categorie di contratto asimmetrico e di terzo contratto di S. PAGLIANTINI, *Per una lettura dell’abuso contrattuale: contratti del consumatore, dell’imprenditore debole e della microimpresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, II, p. 409 ss. Si vedano più di recente anche le conclusioni di T. CAPURRO, *La clausola di jus variandi tra giudizio di validità e sindacato sull’esercizio del diritto*, cit., p. 1341: <<Come è stato correttamente osservato, il consumatore soffre di una originaria asimmetria informativa che limita il suo potere di negoziazione e che richiede pertanto una protezione da originari squilibri contrattuali che si generano in relazione ad un singolo contratto sovente concluso in condizioni di tempo e luogo che ne impediscono o non consentono (anche per l’onerosità dei relativi accertamenti) di valutare la complessiva disciplina regolamentare, essendo l’attenzione del consumatore focalizzata sul solo corrispettivo del bene o del servizio, che non è infatti oggetto di sindacato circa il suo carattere vessatorio. La peculiarità di tale fenomeno (e la conseguente esigenza di tutela che da esso sorge) non ricorre, invece, nella contrattazione tra imprese nell’ambito della quale ciascun contraente ha *ex ante* la possibilità di ponderare il complessivo regolamento contrattuale e valutare quali conseguenze da esse derivino anche in un’ottica di medio e lungo termine (è in questo senso che l’art. 4 della legge 129/2004 in materia di affiliazione commerciale obbliga l’affiliante a consegnare all’aspirante affiliato almeno trenta giorni prima della sottoscrizione del contratto una copia del medesimo corredato di una serie di dati dai quali poter comprendere l’opportunità dell’operazione economica prospettata). Si dubita quindi che da tali eterogenee normative sia possibile individuare una macrocategoria contrattuale identificata dal contratto con asimmetria di potere contrattuale. Eventuali censure di invalidità delle clausole contrattuali fondate sull’abuso dell’altrui stato di dipendenza economica mosse a distanza di molto tempo dalla conclusione del rapporto talvolta rischiano di palesare un ingiustificato tentativo di sciogliersi da vincoli scientemente o negligenemente assunti a suo tempo e, se accolte, di sacrificare la correttezza delle

Orbene la disputa alla quale si è brevemente accennato, apertasi alle soglie del nuovo millennio, non ha ancora trovato ad oggi adeguata composizione. Tanto potrebbe anche bastare per dissuadere l'interprete dal muoversi su questo terreno ancora troppo scivoloso. Non volendo con ciò ignorare il dibattito, né intendendo assolutamente negarne le notevoli potenzialità, non appare opportuno tuttavia poggiare la possibile risoluzione di un problema su una questione altrettanto problematica, che per ciò solo non può costituire il terreno fertile che possa offrire un sentiero percorribile con la prospettiva di una qualche stabilità.

D'altro canto, comunque, come si è visto bisognerebbe intendersi sulla questione se la professionalità dei contraenti sia requisito da sé solo sufficiente a connotare il contratto come simmetrico. Perché se così non è, come in effetti non è (essendo questa probabilmente l'unica conclusione che accomuna le due diverse teorie che si sono sviluppate intorno ai contratti comunque squilibrati) e si deve invece avere riguardo alla concreta asimmetria dei rapporti negoziali, allora nemmeno la soluzione di elaborare un sistema di regole deputato a disciplinare i rapporti fra gli operatori professionali del mercato sarebbe dotato di un sufficiente grado di sistematicità.

Ora, è vero che, in astratto, nessuno degli interessi che fondano la rotatività della garanzia mobiliare ovvero il trasferimento di un immobile, che non sia l'abitazione principale<sup>172</sup>, condizionato all'inadempimento riguarderà mai con sufficiente pregnanza i contratti di diritto comune ovvero i contratti con i consumatori.

Gli è, però, che tanto non significa che le parti non potrebbero trovare, nel contesto concreto della singola negoziazione, più convenienti dette operazioni. Ne discende, allora, il quesito se sia effettivamente ragionevole, oltre che legittimo, limitare l'autonomia negoziale quando non vi sia in concreto una ragione che lo giustifichi.

Ciò che in prosieguo di trattazione si intende sostenere, insomma, è che le fattispecie di pegno anomalo e quelle marciarie veicolate da un'insistente legislazione speciale negli ultimi

---

dinamiche concorrenziali che si sviluppano tra imprenditori che agiscono sul medesimo piano dello stesso settore>>.

<sup>172</sup> Si è visto, infatti, che sul punto il legislatore, spinto anche questa volta da pressioni comunitarie, ha preso posizione con il nuovo Capo I *bis* T.U.B. e segnatamente attraverso la disciplina dell'art. 120 *quinqüesdecies*. Vedi *supra* Cap. II § 5. Dato questo che occorrerà considerare come segnale della necessità dello sviluppo di un rinnovato approccio sistematico alle questioni, altrettanto nuove, nascenti dal contesto economico – sociale entro il quale il diritto ha il compito di muoversi con coerenza.

trent'anni, senza dubbio *b2b* ma non per ciò solo simmetriche, costituiscono oggi l'occasione per un ripensamento sistematico che vale la pena di non sciupare (ancora).

## **2. Autotutela esecutiva e (presunti) limiti all'autonomia privata.**

Invero vi è un altro elemento che ricorre con costanza nella legislazione speciale passata sotto esame nel capitolo che precede. Trattasi della circostanza che detta disciplina ha inteso rendersi veicolo di un'estensione degli spazi dell'autotutela esecutiva nell'ottica dichiarata del superamento di quello che è divenuto, specialmente in taluni contesti commerciali, l'ostacolo del processo civile, così quanto al tempo impiegato mediamente per il compimento di una procedura esecutiva, come, se non soprattutto, quanto all'immutata nota aleatorietà del suo risultato finale. Del resto le difficoltà incontrate dal processo civile, non soltanto esecutivo, sono state "messe in piazza" dalle numerose riforme che si sono susseguite a ritmi serratissimi negli ultimi anni e specialmente nel corso dell'ultimo decennio<sup>173</sup>.

In particolare il tentativo di ampliamento di tali spazi si è sviluppato specialmente in due direzioni. Da una parte si è assistito ad una moltiplicazione normativa delle fattispecie di alienazioni in garanzia con funzione eventuale di adempimento (o trasferimenti solutori); dall'altra il legislatore ha limitato, come visto nel contesto non casuale dell'esecuzione dei contratti stipulati fra controparti contrattuali dotate entrambe di speciale qualificazione

---

<sup>173</sup> Per dar conto solamente degli interventi di riforma più recenti si vedano il d.lgs. 40/2006 di revisione del giudizio di cassazione e dell'arbitrato; la legge n. 69/2009 recante disposizioni urgenti anche in materia di processo civile, cui ha fatto seguito il decreto delegato n. 28/2010 in materia di mediazione nonché il d.lgs. n. 150/2011 concernente la semplificazione dei riti civili ed il successivo collegato lavoro di cui alla legge n. 183/2011; la legge n. 27/2012, di conversione del d.l. n. 1/2012, con cui sono istituite le sezioni specializzate in materia di impresa; la legge n. 3/2012 recante una nuova procedura di composizione delle crisi da sovraindebitamento; la legge n. 134/2012, di conversione del d.l. n. 83/2012, nuovamente intervenuta sulla disciplina dell'appello e del giudizio di cassazione; la legge n. 221/2012, di conversione del d.l. n. 179/2012 in materia di comunicazioni e di notificazioni in via telematica; la legge n. 114/2014, di conversione del d.l. n. 90/2014, più ampiamente sul processo civile telematico; la legge n. 162/2014, di conversione del d.l. n. 132/2014 recante disposizioni in materia di nuove procedure stragiudiziali nonché concernenti il processo di cognizione e quello di esecuzione; la legge n. 132/2015, di conversione del d.l. n. 83/2015, recante disposizioni urgenti in materia di fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria; per arrivare alla più volte citata legge n. 119/2016, di conversione del d.l. n. 59/2016, in materia di procedure esecutive e concorsuali nonché recante disposizioni in favore degli investitori in banche in liquidazione sino alla legge n. 197/2016, di conversione del d.l. n. 168/2016, recante << misure urgenti per la definizione del contenzioso presso la Corte di Cassazione, per l'efficienza degli uffici giudiziari, nonché per la giustizia amministrativa >>. Vale la pena di sottolineare un triste dato, di per sé invero piuttosto evidente, quale si ravvisa nell'(ab)uso pressoché spasmodico della decretazione d'urgenza da parte del legislatore contemporaneo.

professionale, la tutela giurisdizionale ad un contenuto non ripristinatorio e ad un momento (eventuale e) soltanto successivo all'attivazione dell'escussione in autotutela oltre che contenuto in un arco temporale significativamente breve.

Il primo caso è, infatti, quello del prestito vitalizio ipotecario, disciplinato dalla legge di conversione n. 248/2005 e da ultimo riformato con legge n. 44/2015; dell'escussione della garanzia nei contratti di garanzia finanziaria a norma degli artt. 4 e 6 d. lgs. n. 170/2004, in attuazione della direttiva n. 47/2002/CE; del mutuo ai consumatori di cui all'art. 120 *quinquiesdecies* T.U.B., introdotto dal d.lgs. n. 72/2016, in attuazione dell'art. 28 della *Mortgage credit directive* 2014/17/UE; del trasferimento di immobile sospensivamente condizionato all'inadempimento di cui all'art. 48 *bis* T.U.B., come interpolato dall'art. 2 del d.l. n. 59/2016, convertito in legge n. 119/2016.

Si tratta, in sostanza, di una pluralità di marciatori cui si è ritenuto di dover dare veste legale<sup>174</sup>, con iati sulla falsariga di fattispecie di alienazioni in garanzia di fonte codicistica, o comunque tradizionalmente ammesse nella prassi contrattuale, quali, per citarne le più ricorrenti, la vendita con patto di riscatto ex art. 1500 c.c. e quella con *pactum de retrovendendo o de retroemendo* stipulati ai sensi dell'art. 1322 c.c., il riporto ex art. 1548 c.c., il pegno irregolare ex art. 1851 c.c., il pegno di crediti ai sensi dell'art. 2803 c.c., l'istituto dell'assegnazione in pagamento a prezzo di stima ex art. 2798 c.c.

Rientra in pieno, invece, nella seconda modalità di strutturazione dell'autotutela esecutiva la disciplina dei contratti di garanzia finanziaria. Ed infatti, a norma dell'art. 4 del decreto n. 170, <<al verificarsi di un evento determinante l'escussione della garanzia, il creditore pignoratorio ha facoltà, anche in caso di apertura di una procedura di risanamento o di liquidazione, di procedere osservando le formalità previste nel contratto>>, alternativamente, alla vendita, all'assegnazione delle attività finanziarie oggetto della garanzia, in entrambi i casi a prezzo di stima, ovvero all'utilizzo del contante oggetto della garanzia, senza essere onerato di dare alcuna comunicazione preventiva al soggetto obbligato, dovendo rispettare solamente le prescrizioni convenute in contratto e, naturalmente, al di fuori di qualsivoglia intervento dell'autorità giudiziaria. Invero, giusta la previsione dell'ultimo comma dell'art. 4,

---

<sup>174</sup> Cfr. sul punto S. PAGLIANTINI, *L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura (ragionata) dell'art. 48 bis T.U.B.*, in *Nuove legg. civ. comm., cit.*, p. 954. Per una breve disamina delle fattispecie citate si veda *supra* Cap. II § 5.

solamente dopo la compiuta escussione in via di autotutela il creditore fornisce al datore della garanzia ed eventualmente agli organi competenti della procedura di liquidazione o di risanamento una comunicazione <<in merito alle modalità di escussione adottate e all'importo ricavato e restituisce contestualmente l'eccedenza>>.

Tanto per consentire, in ultima analisi, a detti aventi causa di attivare l'unica forma tutela giurisdizionale accordatagli dal legislatore, ovverossia l'esperimento di un'azione di irragionevolezza commerciale ex art. 8 co. 2 del decreto n. 170, ai fini dell'accertamento dell'erroneità, sotto il profilo commerciale appunto, delle condizioni di realizzo delle attività finanziarie utilizzate e sempre che queste non siano state previamente convenute dalle parti, oltre che con oneri probatori più gravosi – deve ritenersi – allorquando esse rispondano ai criteri determinati dalla Banca d'Italia e dalla Consob in osservanza delle prassi internazionali. Per finire tale rimedio giurisdizionale, eventuale e solo successivo, potrà essere attivato esclusivamente nel termine decadenziale di tre mesi dalla predetta comunicazione di compiuta escussione ai sensi dell'art. 4 co. 2<sup>175</sup>.

Nella medesima categoria può farsi rientrare anche la disciplina del pegno non possessorio ai sensi dell'art. 1 d.l. n. 59/2016, convertito in legge n. 119/2016, sebbene in tal caso il legislatore abbia sensibilmente attenuato l'unilateralità dell'escussione in autotutela.

Ed infatti all'art. 1 co. 7 si è stabilito che <<al verificarsi di un evento che determina l'escussione del pegno, il creditore previa intimazione notificata, anche direttamente dal creditore a mezzo di posta elettronica certificata, al debitore e all'eventuale terzo concedente il pegno, e, previo avviso scritto [al datore della garanzia e] agli eventuali titolari di un pegno non possessorio trascritto nonche' al debitore del credito oggetto del pegno, ha facoltà di procedere>>, alternativamente, alla vendita dell'oggetto del pegno, all'escussione o alla cessione dei crediti quando essi siano stati dedotti in garanzia ovvero, laddove sia previsto dal contratto, alla locazione o all'appropriazione del bene mobile oggetto del pegno, e tanto

---

<sup>175</sup> Cfr. sul punto in particolare F. MURINO, *L'autotutela nell'escussione della garanzia finanziaria pignoratizia*, cit., p. 64 e 65, laddove si evidenzia come: <<[...] la disciplina delle garanzie finanziarie pur sbilanciandosi in favore del *collateral taker*, mostra comunque una certa premura per la tutela degli interessi del debitore e dei terzi, ed al riguardo non impone la soppressione degli strumenti di tutela già esistenti limitandosi esclusivamente ad eliminare le forme di controllo necessario *ex ante* con salvezza delle forme di controllo eventuale *ex post*>>. Secondo il XII considerando della direttiva 47/2002/CE richiamato nel testo, infatti, <<iffatto controllo dovrebbe consentire alle autorità giudiziarie di verificare che la realizzazione o la valutazione sia stata effettuata in condizioni commerciali ragionevoli>>.

sempre al fine di soddisfarsi in via autonoma entro i limiti della misura della propria pretesa creditoria. Per parte propria, il debitore o il terzo datore della garanzia, a norma del successivo comma 7 *bis*, <<hanno diritto di proporre opposizione entro cinque giorni dall'intimazione di cui al comma 7>>. Detta opposizione si propone con ricorso a norma delle disposizioni del codice di procedura civile in materia di procedimento sommario di cognizione ed il giudice <<ove ricorrano gravi motivi [...] puo' inibire, con provvedimento d'urgenza, al creditore di procedere a norma del comma 7>>, il che significa dire, in altri termini, che può paralizzarne l'escussione in autotutela.

Evidentemente, quindi, nel caso della nuova fattispecie di pegno non possessorio il debitore, o per esso il terzo datore della garanzia mobiliare, non è del tutto sfornito di tutela *ex ante*. A differenza di quanto si è visto accadere per l'escussione in autotutela delle garanzie finanziarie, infatti, il creditore è onerato di intimare preventivamente il debitore o il terzo datore al fine di consentire a questi di consegnargli l'oggetto del pegno ovvero di proporre opposizione innanzi all'autorità giudiziaria, adducendo gravi motivi che persuadano il giudice rispetto alla sussistenza dei presupposti necessari per la sospensione dell'escussione.

Non vi è dubbio, d'altra parte, che detta intimazione sia diretta anche, se non principalmente, ad incontrare la collaborazione del datore della garanzia, come pure che i tempi strettissimi per l'attivazione della tutela preventiva oltre che la necessaria presenza di gravi motivi che giustificano l'adozione di un provvedimento cautelare, limitino in maniera sensibile l'intervento preventivo, nella fase dell'attuazione della garanzia, dell'autorità giudiziaria.

Spazio maggiore è accordato alla tutela giurisdizionale successiva. Anche in tale ipotesi, tuttavia, si tratta di una tutela di carattere esclusivamente risarcitorio, giammai ripristinatorio, oltre che sottoposta al termine di decadenza piuttosto serrato di tre mesi dall'intimazione che, a norma del comma 7, deve precedere l'attivazione dell'escussione ed a critica vincolata, in quanto circoscritta alla doglianza che <<l'escussione è avvenuta in violazione dei criteri e delle modalità di cui alle predette lettere a), b), c) e d) e non corrispondono ai valori correnti di mercato il prezzo della vendita, il corrispettivo della cessione, il corrispettivo della locazione ovvero il valore comunicato a norma della disposizione di cui alla lettera d)>> (art. 1 co. 9 del decreto banche).

Orbene anche tali ultime due fattispecie di autotutela esecutiva trovano non riscontro ma termine di paragone nella disciplina codicistica e segnatamente agli artt. 2797 e 2798 c.c.

Tra normativa speciale e disposizioni codicistiche, si è fatto notare, corrono essenziali differenze<sup>176</sup>.

Come è noto l'art. 2797 c.c., richiamandosi e dando attuazione al precedente art. 2796 c.c., reca la disciplina delle forme della vendita del bene mobile oggetto del pegno. Il creditore che voglia ricorrervi, dunque, è onerato di intimare al debitore e all'eventuale terzo datore del pegno, il pagamento del debito e degli accessori, avvertendolo che in mancanza egli procederà alla vendita. Ebbene il debitore può, nei cinque giorni che seguono l'intimazione a mezzo di ufficiale giudiziario, fare opposizione alla vendita innanzi all'autorità giudiziaria ed allorquando così avvenga, il creditore è automaticamente paralizzato nella prosecuzione della vendita in autotutela, potendovi procedere solamente se l'opposizione non sia stata proposta ovvero quando questa sia stata rigettata. Vero è, allora, che nella fase anteriore all'attivazione del rimedio esecutivo in autotutela la presenza del giudice è solo eventuale e una qualche tutela è prevista, formalmente, soltanto nei riguardi del debitore, ma altrettanto innegabile è che esso debitore fa ben presto a chiamare in gioco il giudice, con la sola differenza che, rivestendo i panni dell'attore, egli, e non il creditore esecutante, sarà tenuto a sostenere le spese della procedura.

Per altro verso, nel raffronto con le fattispecie esaminate *supra*, di escussione delle garanzie finanziarie e del pegno non possessorio, nel primo caso alcuna tutela preventiva è accordata al debitore inadempiente, né in termini di intimazione e/o comunicazione preliminare all'attivazione dell'escussione, né tanto meno sotto forma di tutela giurisdizionale, nemmeno in via cautelare; quanto all'escussione del pegno non possessorio, al contrario, come si è visto,

---

<sup>176</sup> Esse vengono bene evidenziate specialmente da F. MURINO, *L'autotutela nell'escussione della garanzia finanziaria pignorizia*, cit., p. 70 ss. In particolare l'Autore evidenzia come: «Per quanto le interpretazioni dell'art. 2797 ult. co. possano essere liberali e le forme della vendita semplificate resta il fatto che il meccanismo di protezione del debitore o del terzo datore rimane inderogabilmente costruito mediante una forma di controllo necessario *ex ante*, in particolare si ritiene che il creditore non possa in ogni caso prescindere dalle formalità essenziali che precedono la vendita, come l'intimazione, il termine dilatorio per il pagamento e la facoltà di proporre opposizione con effetto sospensivo». E rispetto all'art. 2798 c.c.: «Proprio ai fini di evitare approfitti menti ai danni del debitore, nell'ipotesi di assegnazione prevista dall'art. 2798, l'intervento del giudice è ritenuto sempre indispensabile al fine di impedire eventuali tentativi di elusione del divieto del patto commissorio [...]. Questa circostanza ha portato la dottrina processualistica a negare che nell'ipotesi dell'art. 2798 c.c. si possa rimanere nell'ambito dell'esecuzione stragiudiziale e possa correttamente continuare a parlarsi di autotutela».

la tutela preventiva, anche giurisdizionale, non è del tutto assente e, tuttavia, non basta il mero esercizio di un'azione di opposizione al procedimento di autotutela poiché, perché questo possa essere sospeso, occorre piuttosto al debitore la prova della ricorrenza di gravi motivi idonei a supportare il corrispondente provvedimento cautelare.

Quanto, poi, all'art. 2798 c.c., esso reca la disciplina dell'«assegnazione della cosa in pagamento» e prevede che il creditore pignoratizio, a fronte dell'inadempienza del debitore, possa chiedere all'autorità giudiziaria che sia disposta l'assegnazione del bene oggetto del pegno in suo favore al prezzo corrente, ove si tratti di cosa avente un prezzo di mercato, ovvero secondo la stima fatta da un perito. Implicitamente, quindi, il creditore sarà tenuto a pagare (restituire) l'eventuale eccedenza che dovesse residuare fra importo del suo credito e prezzo del bene mobile costituito in garanzia. Ora certamente questo procedimento sottrae il creditore alle lungaggini, alle spese e all'aleatorietà del processo esecutivo, e ciononostante si tratta pur sempre, all'evidenza, di un procedimento di carattere giurisdizionale, ciò che non consente di parlare, a rigore, di vera e propria autotutela esecutiva.

Ed infatti secondo la ricostruzione che ne offre dottrina autorevole l'autotutela deve concepirsi come potere che presuppone la sussistenza di un diritto violato o minacciato, proviene dal titolare di tale posizione giuridica pregiudicata o pregiudicanda ed è essenzialmente unilaterale nell'esercizio, pur potendo essere consensuale quanto alla fonte<sup>177</sup>.

Giunti a tal punto della nostra riflessione, quindi, diviene pregnante la questione se l'autonomia privata possa spingersi sino ad elaborare fattispecie ulteriori di autotutela esecutiva, diverse da quelle espressamente previste dalla legge e segnatamente dalla legislazione speciale cui si è fatto innanzi cenno.

Come è noto secondo la prospettazione tramandataci da autorevole dottrina, che si è occupata del tema dell'autotutela scrivendo una pagina divenuta imprescindibile per chiunque voglia

---

<sup>177</sup> Così C. M. BIANCA, (voce) *Autotutela*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, 2000, IV, p. 130. Secondo il chiaro Autore: «Il farsi giustizia da sé implica ulteriormente che l'autotutela sia posta in essere dal soggetto titolare del diritto violato o minacciato. [...] Quale rimedio posto in essere dal titolare del diritto violato o minacciato l'autotutela è essenzialmente unilaterale, cioè si attua mediante l'esercizio di un potere autotutelante. [...] Il farsi giustizia da sé implica ulteriormente che il diritto dell'autotutelante sia stato violato o minacciato». In materia imprescindibile è la pagina di E. BETTI, (voce) *Autotutela (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IV, 1959, p. 529. Successivamente si vedano anche le autorevoli trattazioni di L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, Milano, 1974; ID., (voce) *Autotutela (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Teccani*, 1998, p. 1; G. BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984.

accostarsi alla disamina di tali questioni, l'autotutela privata è consensuale o unilaterale e quest'ultima è a sua volta di carattere attivo o passivo. Cosicché è unilaterale l'autotutela che è rimessa alla mera attivazione della parte lesa senza alcun preventivo accordo con la controparte in conflitto; essa è attiva quando si esprime attraverso un comportamento positivo, modificativo dello stato delle cose; passiva quando si sostanzia, al contrario, in una condotta omissiva diretta a mantenere inalterato detto stato. È consensuale, invece, l'autotutela che, pur sostanziandosi sempre in un potere che si radica nella sfera giuridica di una sola parte, trova fondamento in un preventivo accordo fra i soggetti in (potenziale) conflitto<sup>178</sup>.

Ora è opinione generalmente condivisa in dottrina quella che ravvisa in tutte le fattispecie di autotutela privata delle ipotesi tassative. Le giustificazioni addotte a questa conclusione, tuttavia, si sono rivelate differenti.

Secondo l'orientamento più risalente le ipotesi di autotutela privata devono restare circoscritte a quelle espressamente previste dalla legge in quanto, in tale ambito, l'autonomia privata si scontra con un <<interesse pubblico della società intera>> avente maggiore peso specifico. Trattasi, in particolare, dell'<<interesse a che i conflitti tra i singoli consociati vengano composti attraverso un procedimento tale da escludere sopraffazioni: le quali [...] si presentano inevitabili dove non giunga il controllo statale>><sup>179</sup>.

Un orientamento più recente, invece, supportato dall'argomentare di dottrina altrettanto autorevole, si sofferma sull'inesistenza di un effettivo fondamento giuridico per il principio di statualità (in senso monopolistico) della tutela giurisdizionale. Ed infatti l'art. 2907 c.c., nel

---

<sup>178</sup> Il richiamo è naturalmente a E. BETTI, (voce) *Autotutela (dir. priv.)*, cit., p. 529, ove si legge: <<L'Autotutela privata autorizzata dalla legge può essere unilaterale, ovvero consensuale, e quella unilaterale può, a sua volta suddividersi secondo il carattere attivo (aggressivo) o passivo, in funzione preventiva o reattiva. I) Unilaterale è l'autotutela che si opera per fatto della sola parte interessata, senza previo od attuale accordo dell'altra parte in conflitto. Essa assume a) carattere attivo, quando abbia per contenuto una condotta positiva e per risultato un mutamento protettivo nell'attuale stato di fatto. Ha, invece, b) carattere passivo, quando abbia per contenuto un'omissione e per risultato il mantenimento dello stato di fatto esistente contro l'altrui pretesa di mutarlo. II)[...] Codesta figura di autotutela che si fonda sul preventivo consenso dell'altro soggetto del rapporto giuridico alla cui attuazione è preordinata, può qualificarsi, per questo suo carattere saliente, autotutela consensuale, in antitesi con l'altra, unilaterale, che dal consenso prescinde. Ai vari tipi di tutela giurisdizionale – accertamento, esecuzione, garanzia – corrispondono altrettanti tipi di autotutela consensuale>>

<sup>179</sup> Così E. BETTI, (voce) *Autotutela (dir. priv.)*, cit., p. 535. Del resto il chiaro Autore ad introduzione del suo commento suntegge in tali termini il concetto di autotutela: <<Tuttavia è consentito al privato interessato, in varie circostanze previste e tassativamente determinate, di provvedere a conservare e ad attuare quello stato di fatto che sia conforme al suo diritto insoddisfatto minacciato>>.

quale normalmente si è ravvisato detto fondamento della riserva allo Stato dell'esercizio esclusivo della giurisdizione è smentito testualmente, si è notato, dalle disposizioni del codice di rito in materia di arbitrato rituale (art. 806 ss. c.p.c.). Né può controbattersi che si tratterebbe in tale ultimo caso di un'ipotesi altrettanto tipica di autotutela consensuale, giacché essa, pur fondandosi su un preventivo accordo, presuppone sempre che sia la parte titolare del diritto leso o minacciato ad agire, senza intermediazione di alcuna figura terza, di carattere statale o privatistico, in propria difesa.

Ciononostante, tanto non basta, si è osservato, a conquistare l'autotutela privata alla sfera dell'autonomia negoziale. La tassatività delle relative ipotesi, infatti, trova fondamento nell'esistenza del <<precetto generale di rispetto dei diritti altrui>><sup>180</sup>.

Giova a tal punto, però, individuare un possibile riferimento normativo per questo precetto.

È plausibile, ora, che esso venga ravvisato nell'art. 1372 c.c. e, più in generale, nell'art. 2041 c.c., oltre che negli artt. 2 e 41 Cost. Quello che si intende dire è che, espresso in termini di "intangibilità della sfera giuridica altrui", questo principio, certamente di civiltà giuridica, appare probabilmente incompleto, e ciò in quanto sembrerebbe più corretto aggiungervi la locuzione "senza il suo consenso". A meno che, infatti, non si tratti di diritti che siano considerati dalla Carta fondamentale indisponibili, come avviene ad esempio per il diritto alla salute, sul quale si rimanda agli artt. 32 Cost. e 5 c.c., ciascun soggetto ha diritto di disporne e di consentire che la sua controparte negoziale assuma rispetto ad essi un comportamento più o meno comprimente, in quanto questa scelta risponda ad un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico ai sensi dell'art. 1322 c.c.

In tali casi non è allora la sfera giuridica delle parti del negozio che va tutelata, quanto meno rispetto ad un'indebita e inaspettata invasione di altri, ma piuttosto ed esclusivamente quella dei terzi.

Ne consegue che potrebbe ragionevolmente giungersi per questa strada ad una diversa conclusione e segnatamente ritenere che ben debbano essere contenute nei limiti dei casi tassativamente previsti dalla legge le fattispecie di autotutela privata e, per quanto qui soprattutto di interesse, di autotutela esecutiva unilaterale; mentre, al contrario, l'autotutela

---

<sup>180</sup> In questi termini C. M. BIANCA, (voce) *Autotutela*, cit., p. 133, ove l'Autore: <<Può allora intendersi come non sussista un divieto di autotutela come tale bensì il precetto generale del rispetto dei diritti altrui>>.

esecutiva consensuale debba ricondursi al naturale suo alveo dell'autonomia privata, contenuta entro i limiti dell'art. 1322 c.c., e subordinata, quanto a tutela delle parti contrattuali e dei terzi, che potrebbero ricevere un pregiudizio dalla sua attivazione, ai rimedi previsti, se non altro, dalla disciplina generale di fonte codicistica per ciascuna delle due differenti posizioni (delle parti e dei terzi) ivi coinvolte, senza dover optare, per non compiere questo sforzo o per non incorrere nella moltiplicazione delle fattispecie stragiudiziali e nella necessità di attivare un più difficile perché variegato controllo sulle stesse, per una scelta, in ultima analisi, frustrante.

Diversamente potrebbe arrivare anche a dirsi, per assurdo che i contratti atipici impegnano troppo gli operatori del diritto e fra questi soprattutto la dottrina, i giudici e, in una fase eventualmente successiva di composizione, il legislatore, per cui ... Meglio rinunciare! Si faccia solo quello che la legge consente di fare e tanto basti.

Questo argomentare, fra l'altro, trova un valido sostegno proprio nella previsione del divieto del patto commissorio, così come emergente dall'interpretazione della prevalente e più recente giurisprudenza di legittimità, che sembra godere del sempre maggiore sostegno della legislazione speciale. Esso, infatti, lasciando fuori dai propri confini applicativi la pattuizione marciana, non impedisce l'assoggettamento di una parte al potere esecutivo dell'altra ma sanziona l'approfittamento che, mediante l'illegittimo ampliamento della misura della propria pretesa creditoria sul patrimonio del debitore, questa in concreto realizza nei riguardi dell'altra lucrando un arricchimento ingiustificato<sup>181</sup>.

---

<sup>181</sup> In tali termini, radicalmente opposti alle conclusioni di E. BETTI, in realtà, già C. M. BIANCA, (voce) *Autotutela*, cit., p. 136, laddove l'Autore, quanto al preteso «principio che vorrebbe affermare la necessaria ingerenza dello Stato in tutte le procedure esecutive», osserva che esso «non può desumersi dal divieto del patto commissorio in quanto tale divieto attiene ad una delimitata fattispecie [...]. Una tradizionale interpretazione pone al di fuori del divieto il patto marciano, cioè il patto che autorizza il creditore a far proprio il bene del debitore in caso d'inadempimento, a giusta stima eseguita da un terzo. Questa interpretazione consente d'intendere che il divieto non colpisce la destinazione del bene al soddisfacimento del credito o l'esecuzione privata, ma l'abusivo approfittamento del creditore che lucra l'eccedenza del suo valore rispetto all'ammontare del credito». Sulla legittimità del patto marciano cfr. successivamente C. DE MENECH, *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, in *Contratti*, 2015, 8 – 9, p. 823; S. PAGLIANTINI, *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della dir. 2014/17/UE*, cit., p. 189.

Ciò che pone in evidenza anche, poi, come il patto marciano sia proprio un'ipotesi di autotutela esecutiva consensuale, nata, per giunta, malgrado l'esistenza di plurime fattispecie di riferimento, al di fuori di un'espressa autorizzazione normativa.

In conclusione non occorre apporre ingiustificati limiti all'autonomia privata quanto piuttosto sforzarsi di individuare strumenti di tutela idonei così per la posizione di quella delle parti negoziali che sia soggetta, nel caso in esame, all'attivazione del potere di autotutela dell'altra, come per la posizione degli eventuali creditori concorrenti.

Si è osservato, al riguardo, che diviene essenziale a questo punto, *de jure condendo*, la predisposizione, in presenza di pattuizioni marciane, di regole omogenee di valutazione dell'oggetto della garanzia; *de iure condito*, il ricorso all'apparato rimediale, di fonte codicistica o speciale, necessario per garantire l'effettivo equilibrio di potere contrattuale fra le parti che siano in concreto in posizione asimmetrica<sup>182</sup>.

Minore successo ha riscosso, invece, la considerazione dell'ammissibilità, anche in tale ambito, di un potere correttivo del giudice da esercitarsi sul contenuto negoziale secondo equità<sup>183</sup>.

Il limiti della presente trattazione non consentono di soffermarsi sul tema, connotato da una particolare attualità. A tacer d'altro, ma non senza sottolineare come il ripensamento del sistema della garanzie reali tocchi quasi tutti i punti sui quali si innerva il nostro ordinamento

---

<sup>182</sup> Il riferimento è ad A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis T.U.B., è davvero patto marciano?*, cit., p. 1487, ove l'Autrice così osserva: «<In tale direzione la variabilità dei sistemi di valutazione dell'oggetto che si registrano nelle diverse discipline, con scelte opposte tra la massima procedimentalizzazione e il rinvio a clausole generali, suggerirebbe di auspicare regole omogenee. D'altro canto, si deve anche tenere conto che una graduazione e una diversa articolazione diventano all'opposto opportune in ragione della differenza del piano di valori e di interessi che di volta in volta caratterizzano le diverse figure; allora, si può ragionare nella direzione di un'attuazione dell'equivalenza intessuta nella trama della tutela della posizione del debitore (se e nella misura in cui debba essere beneficiario di protezione) attingendo agli strumenti offerti dalla disciplina generale e speciale del contratto – solo a titolo esemplificativo: obblighi di informazione e di protezione nei confronti della controparte e dei terzi, divieto di abuso contrattuale, clausole di buona fede e correttezza – così che in un'accezione rinnovata sia recuperata la coppia degli elementi sintomatici attorno ai quali si è raccolto il fascio delle diverse tesi sul fondamento del divieto del patto commissorio: sproporzione e insidia, la prima scongiurata da una corretta stima e restituzione dell'eccedenza, la seconda dalla garanzia della libertà contrattuale>>».

<sup>183</sup> Ed infatti si legge, ad esempio, in S. PAGLIANTINI, *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della dir. 2014/17/UE*, cit., p. 195: «< [...] per quanto sia meritevole l'esigenza di coniare delle zone franche per l'alienazione immobiliare in garanzia, non sembra che il rimedio prospettato – *un giudice che fa il contratto* - sia la tecnica sistematicamente più corretta (ed auspicabile). Per converso, una clausola di equivalenza attualizzata ed una presunzione *iuris tantum* di sproporzione sfuggono, come è di tutta evidenza a questa obiezione [...] >>».

giuridico, quasi che trattarne sia rassegnarsi a muoversi in un negozio di cristalli, si intende qui far rilevare come questo malcelato timore per un abuso del potere giurisdizionale che stia ad attendere sempre i contraenti dietro l'angolo non sia più degno di una società democratica che abbia fatto della sovranità popolare, della separazione dei poteri e soprattutto dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura e, al suo interno, di ciascun singolo magistrato che, nell'amministrazione della giustizia, è sottoposto alla legge e solo alla legge, i pilastri della sua rigida Carta fondamentale. Perché se in questo argomentare si intende mettere in dubbio anche l'effettività degli artt. 101 e 104 Cost., giunti a tal punto non vi è controdeduzione che possa reggere.

Al contrario ci sembra di poter dire che la legittimità di un intervento correttivo, naturalmente successivo ed eventuale, dell'autorità giudiziaria, allorquando, si intende, essa non sia chiamata a compiere valutazioni che esulino da una discrezionalità meramente tecnica, delegabili e comunque controllabili da un perito, sia ravvisabile proprio nel dettato dell'art. 2798 c.c.

Ed infatti, in tal caso, il legislatore, ha ritenuto di poter chiamare il giudice ad effettuare un raffronto di carattere squisitamente tecnico fra il valore del bene costituito in pegno e quello del credito rimasto inevaso, o perché l'oggetto della garanzia ha un prezzo di mercato ovvero ricorrendo alla stima dello stesso da farsi mediante perizia. Non si vede davvero, allora, perché quello che è fatto dal giudice in sede di assegnazione del bene oggetto del pegno a prezzo di stima non possa essere ripetuto dallo stesso soggetto in sede di rideterminazione di un trasferimento solutorio che sia risultato squilibrato sotto il profilo patrimoniale.

Gli è, infine, che una simile soluzione sembrerebbe incontrare gli interessi di entrambe le parti meglio di una decisione caducatoria dell'intero negozio, che lascerebbe, e non necessariamente nel rispetto della volontà dei contraenti, laddove si voglia leggere nell'alienazione in garanzia un trasferimento con eventuale funzione di adempimento, al creditore l'insoddisfazione della sua pretesa ed al debitore il debito che non è riuscito ad adempiere.

Ma, per carità, giustizia è fatta!

### **3. *Essenzialità degli strumenti di tutela dei terzi. Il valzer della tutela (soluzione in tre tempi).***

Si è visto nei paragrafi che precedono come la legislazione speciale in materia di garanzie reali che si è analizzata sconti un certo arretramento della tutela dell'interesse dei terzi rispetto all'esigenza di dare realizzazione alla pretesa creditoria. La circostanza, poi, che spesso portatore dell'interesse privilegiato sia un creditore qualificato e segnatamente una banca desta – inutile nascondere – il dubbio di una disparità di trattamento e, pertanto, una certa sensazione di antipatia.

Così è per le principali fattispecie legali di pegno rotativo, come per la disciplina delle garanzie finanziarie, del pegno non possessorio e del trasferimento immobiliare condizionato ex art. 48 *bis* T.U.B.

Epperò, fuggendo i pericoli che nasconde ogni lettura che sia troppo di tendenza, detto fenomeno dell'arretramento della tutela dei terzi rispetto alla posizione creditoria appare subito esibire un più ampio respiro.

Questo aspetto si è reso evidente nel nuovo art. 2929 *bis* c.c., introdotto dal d.l. n. 83/2015, convertito in legge n. 132/2015, e successivamente modificato dal più volte citato decreto banche, convertito in legge n. 119/2016. Come è noto esso reca la disciplina dell'«espropriazione dei beni oggetto di vincoli di indisponibilità o di alienazioni a titolo gratuito» e, più espressamente, di una nuova fattispecie di espropriazione presso il terzo proprietario semplificata<sup>184</sup>.

In forza della nuova disposizione, in sostanza, il creditore munito di titolo esecutivo che abbia risentito un pregiudizio dal compimento di un atto di alienazione a titolo gratuito ovvero di

---

<sup>184</sup> Sul tema si veda in particolare A. SCOTTI, *La cd. "revocatoria semplificata" ex art. 2929 bis cod. civ. e 64, ultimo comma, l.f., tra crisi della fattispecie e prospettiva dei rimedi, cit.*, p. 481 ss.; nonché M. DOMINICI, *Novità in materia di esecuzione forzata (II parte) - l'art. 2929 bis c.c. e l'azione esecutiva revocatoria*, in *Giur. it.*, 2016, 8-9, p. 2045 ss.; A. TEDOLDI, *Le novità in materia di esecuzione forzata nel d.l. n. 59/2016... terza e non ultima puntata della never ending story (sulle sofferenze bancarie)*, in *Corr. giur.*, 2016, 11, p. 1329.

costituzione di un vincolo di indisponibilità, avente ad oggetto in entrambi i casi beni immobili o beni mobili registrati, può esperire direttamente, ovvero senza attendere i tempi di un giudizio di cognizione che dichiari l'inefficacia relativa dell'atto pregiudizievole, l'azione esecutiva nei confronti dell'avente causa dal proprio debitore, all'unica condizione che egli trascriva il pignoramento entro un anno dalla trascrizione dell'atto di disposizione.

La *par condicio creditorum* è preservata dalla possibilità, che si è prevista per i creditori concorrenti, e naturalmente anteriori, del debitore disponente, di intervenire nell'azione esecutiva già promossa nel medesimo termine di un anno dalla trascrizione dell'atto pregiudizievole.

Il debitore, il terzo proprietario ed ogni altro interessato, fra cui all'evidenza anche i predetti creditori concorrenti, possono tutelare le proprie ragioni mediante l'instaurazione di un giudizio di opposizione all'esecuzione con cui si contesti <<la sussistenza dei presupposti di cui al primo comma o che l'atto abbia arrecato pregiudizio alle ragioni del creditore o che il debitore abbia avuto conoscenza del pregiudizio arrecato>><sup>185</sup>. Infine oltre a regularsi i rapporti fra i creditori titolari di interessi configgenti, con la modifica del 2016 si è disciplinata la posizione dell'eventuale terzo sub - acquirente, stabilendosi, così come ricavabile anche dai principi generali, che questi sia destinato a prevalere rispetto al creditore precedente qualora abbia acquistato a titolo oneroso.

Si tace, invero inopportuno oltre che senza una ragionevole giustificazione nel raffronto con l'ultimo comma dell'art. 2901 c.c. in materia di revocatoria ordinaria, rispetto alla

---

<sup>185</sup> Osserva come sia deteriore la tutela rispetto a quella del terzo revocato A. SCOTTI, *La cd. "revocatoria semplificata" ex art. 2929 bis cod. civ. e 64, ultimo comma, l.f., tra crisi della fattispecie e prospettiva dei rimedi, cit.*, p. 492, laddove sottolinea come soccorra <<l'inquadramento della norma nell'esecuzione forzata, perché – sulla premessa, tra l'altro, che il procedimento si svolge nelle forme dell'espropriazione nei confronti del terzo proprietario – amplia le facoltà del terzo alle impugnazioni previste dagli artt. 602 ss. cod. proc. civ., che pacificamente comprendono anche le eccezioni del debitore principale>>. Quanto allo speculare art. 64 l. f., come modificato dalla legge di conversione, nel contesto delle procedure concorsuali – nota l'Autrice – la tutela di ogni controinteressato è rimessa al rimedio del reclamo fallimentare avverso la trascrizione della sentenza di fallimento, cosicché il terzo pregiudicato può solamente agire <<avverso un provvedimento che non lo riguarda e nulla contiene sul rapporto sostanziale di cui è parte, perdendo non solo il diritto alla cognizione piena, ma anche ad un grado di giudizio>>. Si è ipotizzato al riguardo, allora, di <<ricostruire un livello minimo di tutela, identificato con quella che spetta al terzo che ha contrattato con il fallito dopo la dichiarazione di fallimento>>. Esso <<consente di dedurre, fuori del concorso, le passività del rapporto contrattuale e sostanzialmente di consegnare alla massa il saldo attivo dell'affare [...]>>.

necessità o meno che il terzo sub - acquirente a titolo oneroso sia anche stato in buona fede al momento dell'acquisto<sup>186</sup>.

Ora si è acutamente fatto notare come il legislatore abbia creato con l'art. 2929 *bis* c.c. una sorta di *wormhole*, un corridoio spazio temporale diretto fra il titolo esecutivo ed il patrimonio del terzo, che consente, cioè, al creditore munito di titolo esecutivo di aggredire direttamente il bene alienato a titolo gratuito o diversamente vincolato nel patrimonio del terzo senza passare per l'accertamento dell'esistenza di una posizione giuridica attiva di carattere sostanziale. Con una tecnica che non appartiene al legislatore continentale il rimedio salta tutti i passaggi del diritto delle obbligazioni e rompe quella naturale circolarità – che in una certa misura è fondamento della tutela giurisdizionale dello Stato di diritto – che corre tra diritto sostanziale e tutela giurisdizionale<sup>187</sup>.

In questo senso, se anche non si è qui nello spazio dell'autotutela esecutiva, si è ridotta al minimo, e per via legislativa, la tutela, necessariamente posticipata, dei terzi portatori di un interesse in conflitto con la realizzazione del credito.

Questa stessa tendenza a privilegiare la tutela del credito, poi, emerge con chiarezza dalla disciplina dell'art. 48 *bis* T.U.B. Oltre a quanto si è già detto nel capitolo che precede, al quale si rimanda, si noti come il rapporto di priorità esistente nella disciplina del pegno fra vendita in autotutela ed esecuzione forzata mobiliare abbia subito, nel caso di specie, un completo stravolgimento. Laddove tradizionalmente l'azione esecutiva comune prevale, anche quando intrapresa successivamente, sulla vendita in autotutela, il creditore garantito ex

---

<sup>186</sup> Severissimo il giudizio di A. TEDOLDI, *Le novità in materia di esecuzione forzata nel d.l. n. 59/2016 ... terza e non ultima puntata della never ending story (sulle sofferenze bancarie)*, cit., p. 1329, sull'intera disciplina, laddove l'Autore preliminarmente osserva: <<Le norme che ci accingiamo a commentare sono inutili e dannose: bene che vada, dove non creino danni pratici, riducono la nobile disciplina del diritto dell'esecuzione civile a una disordinata congerie di regolette mal scritte, misconoscendo che l'antica *ars legiferandi*, come ogni arte, si compie togliendo e semplificando, mai aggiungendo e complicando. già altrove<sup>(2)</sup> abbiamo espresso l'oleografico *cahier de doléances* sulla produzione legislativa del nostro tempo, che va deteriorandosi ogni giorno che passa. ormai versiamo nel crepuscolo non solo degli dei, ma anche della democrazia e della *res publica*>>.

<sup>187</sup> La notazione è ancora di A. SCOTTI, *La cd. "revocatoria semplificata" ex art. 2929 bis cod. civ. e 64, ultimo comma, l.f., tra crisi della fattispecie e prospettiva dei rimedi*, cit., p. 501 ss., ove l'Autrice richiama l'autorevole descrizione di rimedio offerta da A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 351, secondo cui <<il rimedio tende a saltare taluni passaggi del diritto delle obbligazioni e dei contratti, accorciando, per così dire, le distanze del mezzo di tutela rispetto all'interesse e/o al bene che si intende tutelare, provvedendo, dunque, in modo più diretto alla sua soddisfazione>>.

art. 48 *bis*, purché titolare di ipoteca iscritta anteriormente al pignoramento, prevale anche quando l'espropriazione giudiziale sia già iniziata.

Orbene una volta che si sia evidenziato questo *trend* normativo, lasciando in disparte, in questa sede, il giudizio di valore che su di esso si abbia, sembra che debba premere all'interprete specialmente individuare i possibili strumenti di protezione dei terzi coinvolti dalle vicende di tutela del credito.

Gli è, allora, che la tutela degli interessi dei terzi coinvolti dalla realizzazione coattiva della garanzia creditoria, appare scomponibile in tre successivi momenti: quello della pubblicità dichiarativa diretta a produrre la conoscenza legale – e quindi l'opponibilità - del vincolo; quello dello svolgimento del rapporto di garanzia e dell'effettiva escussione della stessa in autotutela; quello, infine, della tutela giurisdizionale successiva.

La prima fase della pubblicità dichiarativa si presta a tutelare gli interessi di tutti i terzi coinvolti, ovverossia dei creditori concorrenti del debitore, chirografari e privilegiati, alla stessa stregua degli aventi causa dal medesimo debitore.

In effetti il legislatore stesso ha mostrato una certa attenzione all'utilizzo dell'istituto della trascrizione quale criterio dirimente delle possibili situazioni di conflitto e tanto, talvolta, con il risultato di una non giustificata limitazione dell'ambito di applicazione degli strumenti di tutela.

Il riferimento è, in primo luogo, all'art. 2929 *bis* c.c., ove la necessità di fare ricorso alla trascrizione quale regola del conflitto, tiene indebitamente fuori – appunto con quell'inedita tecnica che dal rimedio possibile va al diritto tutelabile – gli interessi dei creditori, del tutto identici, quando oggetto dell'atto disposizione sia un bene mobile non registrato (dovendosi pensare, a rigore, non soltanto ad una collezione di libri antichi o ad un vaso di valore ma anche, per ipotesi, ai crediti, ai titoli di credito, alle partecipazioni in società, etc.).

Lo stesso è avvenuto nel caso del trasferimento immobiliare condizionato all'inadempimento del debitore, laddove si prevede che ai fini del concorso fra i creditori il patto di trasferimento è equiparato all'ipoteca e la sua trascrizione produce gli effetti di cui all'art. 2855 c.c., sino a specificare che, allorquando la trascrizione del patto segua un'iscrizione ipotecaria – con un meccanismo che ricorda quello della trascrizione del preliminare ex art. 2645 *bis* c.c. - esso è

destinato a prevalere sulle iscrizioni e sulle trascrizioni, compresa quella del pignoramento, eseguite *medio tempore*, fra l'iscrizione ipotecaria e la trascrizione del trasferimento (co. 4, 13 *bis* e 13 *ter*).

È evidente, però, che la questione non investe tanto i beni immobili e mobili registrati, che godono già di un risalente sistema di pubblicità legale e rilevano in questa sede solamente perché indicatori di una generale tendenza normativa, quanto piuttosto i beni e i crediti che siano oggetto di garanzia mobiliare, laddove non soccorra il possesso, il quale, sottraendo il bene alla disponibilità del debitore, pubblicizza di fatto, se non anche per una funzione sua propria, l'esistenza del vincolo.

Ebbene in tutte le principali fattispecie di garanzia mobiliare non possessoria disciplinate dalla legislazione speciale la conoscenza dei terzi strumentale all'opponibilità del vincolo costituito sul bene o sul credito è stata rimessa al meccanismo della registrazione.

Ed infatti già con la legge n. 401/1985 si è fatto riferimento, ai fini della costituzione in garanzia dei prosciutti di origine controllata, oltre che all'apposizione sulla coscia di un apposito contrassegno indelebile, ad una <<annotazione sui registri vidimati annualmente>>. Parimenti all'iscrizione del vincolo in appositi registri hanno fatto ricorso la legge n. 289/1986 sulla gestione accentrata dei valori mobiliari da parte della Monte titoli S.p.a.; la legge n. 1/1991 e successive modificazioni quanto alla gestione centralizzata dei titoli di Stato da parte della Banca d'Italia; il d.lgs. n. 170/2004 in relazione ai contratti di garanzia finanziaria; il d.l. n. 59/2016, convertito in legge n. 119/2016, con riferimento al pegno non possessorio costituito per la garanzia di crediti inerenti all'esercizio dell'impresa.

Ora, in un caso il registro è tenuto direttamente dal gestore in conformità agli artt. 2215, 2216 e 2219 c.c., nell'altro si tratta dei <<conti degli intermediari ai sensi degli artt. 83 *bis* e seguenti del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58>> nonché dei <<conti di pertinenza>> per l'annotazione del contante, nell'altro ancora di un registro informatizzato tenuto dall'Agenzia dell'Entrate e ad oggi non ancora approntato.

Non vi è chi non veda, quindi, come una simile proliferazione dei registri mobiliari generi il serio rischio di produrre un'incertezza sul regime giuridico stesso dei beni tale da poterne pregiudicare in misura sensibile la circolazione o comunque una fluida circolazione.

Sarebbe auspicabile, in questo senso, un avvicinamento della disciplina delle garanzie reali indipendentemente dall'oggetto (immobile, mobile registrato, mobile, credito) allo scopo di istituire un registro unico nazionale dei beni mobili e dei crediti gravati da garanzia pignoratizia senza spossessamento, qualunque ne sia l'effettivo regime (rotativo o meno) ed indipendentemente dalla qualificazione soggettiva delle parti. Un simile strumento, poi, potrebbe essere variamente affinato e, ad esempio, organizzato su base reale, non personale, suddiviso per sezioni sulla falsariga del registro delle imprese e certamente gestito in maniera informatizzata.

Il secondo momento rilevante della tutela dei terzi coinvolti dalla realizzazione della pretesa creditoria è quello dello svolgimento *lato sensu* del rapporto di garanzia, in termini sia fisiologici, ad esempio nella fase della rotazione, ove prevista, della garanzia mobiliare, che patologici, allorquando, sopraggiunto l'inadempimento del debitore, il creditore proceda all'escussione della garanzia in autotutela.

In tal caso la tutela investe soprattutto la posizione dei creditori concorrenti del debitore ovvero, ove vi sia, del terzo datore e, come si è detto nel paragrafo che precede, gli strumenti di tutela della posizione creditoria di questi terzi coincidono, in ultima analisi, con quello del debitore a non subire un'aggressione patrimoniale eccedentaria rispetto alla misura della pretesa creditoria. È evidente, infatti, che questa lettura dell'art. 2740 c.c. in termini di proporzionalità della garanzia patrimoniale generica di ciascun creditore all'ammontare della sua pretesa ridonda a vantaggio della *par condicio creditorum* nella misura in cui nessun creditore – invero nemmeno privilegiato – abbia diritto, in nessun caso, ad apprendere dal patrimonio del debitore più di quanto oggettivamente gli spetti.

Soccorrono all'uopo, allora, quanto alla fase fisiologica di svolgimento di una garanzia rotativa, la predisposizione di regole omogenee di valutazione dell'oggetto della garanzia, perché ne sia effettivamente mantenuto inalterato il valore; quanto alla fase patologica dell'attivazione dell'autotutela esecutiva, in presenza di pattuizioni marciante, il ricorso ad altrettante regole omogenee di valutazione dell'oggetto della garanzia che assicurino la stima imparziale dello stesso al momento del realizzo, il deposito sicuro delle somme eventualmente residuanti (ad esempio su un conto corrente bancario che il debitore dovrà appositamente

accendere, sul modello della nuova disciplina condominiale), il rispetto di tutte le cause legittime di prelazione<sup>188</sup>.

Se, dunque, la tutela dei creditori concorrenti si asside qui nel rispetto, in fase fisiologica come patologica, del valore della garanzia, per quanto attiene ai terzi aventi causa a vario titolo dal datore della garanzia, allorquando questi sono stati resi edotti che un bene del proprio dante causa sia sottoposto (o, in caso di garanzia rotativa, possa essere sottoposto) a garanzia reale e che le parti hanno convenuto di darvi realizzazione, eventualmente, in via di autotutela, sarà diremmo “affar loro” se essi vorranno fare di quel bene un oggetto di propri diritti (così *lato sensu* condizionati).

Si arriva, così, al terzo momento della tutela dei terzi, così creditori concorrenti come aventi causa a diverso titolo dal debitore o comunque dal datore della garanzia.

Ed è questo quello della tutela giurisdizionale. La rinuncia alla giurisdizione che, almeno in fase attuativa del rapporto creditorio ed a talune condizioni, alle parti è consentito esprimere in maniera vincolante attraverso il ricorso allo strumento dell'autotutela convenzionale, non può, infatti, in nessuna misura coinvolgere la posizione dei terzi, e tanto, senza dover necessariamente incomodare l'art. 24 Cost., in forza della previsione generale, in materia contrattuale, dell'art. 1372 c.c., secondo cui il contratto “è legge” fra le parti ma non produce effetti nei confronti dei terzi, quale *res inter alios acta*, se non nei casi espressamente previsti dalla legge.

Individuata la regola, allora, ne vanno enucleati i diversi svolgimenti a seconda della specificità del caso concreto.

Cosicché allorquando creditore principale garantito e debitore abbiano stipulato un patto di rotatività della garanzia mobiliare, il creditore concorrente che ritenga pregiudizievole il patto, perché ad esempio non rispettoso del criterio della continuità del valore della garanzia, potrà agire, sussistendone i presupposti, in revocatoria ordinaria ovvero, ove ciò non sia possibile e

---

<sup>188</sup> Sul punto vd. *supra* in particolare Cap. II § 3.3 e Cap. III § 2. Non appare, invece, apprezzabile la scelta del legislatore di costituire cause legittime di prelazione occulte con efficacia *ex tunc*, senza una motivazione che possa travalicare le ragioni di tutela dei terzi. E, tuttavia, tanto potrebbe non essere per il deplorato art. 48 *bis* T.U.B., laddove la prevalenza della banca creditrice ipotecaria e, successivamente, marcia su tutti gli altri creditori iscritti *medio tempore* può trovare una giustificazione legittima nella particolare posizione del creditore – banca, che svolge una funzione *lato sensu* pubblicistica, tanto più che ciò è limitato ai contratti già stipulati prima dell'entrata in vigore dell'art. 48 *bis* T.U.B. ed esclusivamente alla fase di rinegoziazione.

comunque quando la rotazione effettuata in concreto gli abbia arrecato ingiustificatamente un danno, in via contrattuale avverso il suo debitore ed in via aquiliana avverso il creditore garantito per ottenere il risarcimento del danno risentito dalla lesione del suo credito.

Parimenti e nella diversa fase successiva all'attuazione dell'autotutela esecutiva, ove residui un supero che il proprio debitore non si premuri di recuperare, ciascun creditore concorrente potrà esperire azione surrogatoria; quando, invece, non vi sia alcun supero ma per la ragione che il creditore precedente abbia deprezzato in qualunque modo la garanzia, questi sarà legittimato a convenirlo in giudizio per ottenerne la condanna al risarcimento del danno cagionatogli dalla lesione aquiliana del proprio credito.

Quanto, infine, alla posizione dei terzi aventi causa dal debitore o comunque dal datore della garanzia il discorso va disarticolato in due momenti.

*De jure condendo* potrebbe essere auspicabile l'attribuzione a questi della legittimazione a proporre opposizione, entro un contenuto termine di decadenza dall'intimazione al debitore, che dovrebbe in tal caso essere comunicata anche agli aventi causa di cui si discute, all'attivazione dell'autotutela esecutiva sulla falsariga di quanto previsto, facendo ricorso alla disciplina del rito sommario di cognizione, dall'art. 1 co. 7 *bis* del decreto banche con riferimento all'escussione stragiudiziale del pegno non possessorio.

*De jure condito* pare che laddove le parti si siano accordate per dare esecuzione al rapporto creditorio in via di autotutela, e a meno di non voler estendere oltre misura, per dare spazio alla revocatoria, la nozione di atto pregiudizievole, residui agli aventi causa dal datore della garanzia solamente l'azione di simulazione, ove ricorra il caso, e la tutela risarcitoria, in via contrattuale nei confronti del proprio dante causa, cui sia riconducibile un inadempimento imputabile, extracontrattuale avverso il creditore precedente che abbia arrecato loro – *contra jus e sine jure* – un danno<sup>189</sup>.

Ebbene, allorché la tutela di un diritto debba arretrare rispetto a quella di un altro concorrente, perché tanto avviene se si ritiene di poterla contenere nei limiti del risarcimento del danno per equivalente monetario, allora potrebbe anche valutarsi, per contemperare le

---

<sup>189</sup> Un'interessante ricostruzione degli strumenti di tutela dei terzi, in direzione sostanzialmente omogenea a quella proposta nel testo, si ritrova in F. MURINO, *L'autotutela nell'escussione della garanzia finanziaria pignorizia*, cit., p. 172 ss.

esigenze di pronta realizzazione del credito e quelle di ragionevole protezione degli altri interessi coinvolti, di dare ad una simile tutela successiva di tipo risarcitorio la nota di colore dei danni puntivi, a dissuadere, specialmente i creditori che possano concedersi una valutazione dei propri atti in termini di costi benefici, dall'avventurarsi in salti della giurisdizione che non trovino fondamento in altro che – a dirla per immagini – in una “nostalgia degli sceriffi”.

**4. La spada di Damocle del divieto del patto commissorio. Nullità di protezione ed “interesse pubblico”. Il patto marciano intimorisce il legislatore: meglio parlarne.**

Amnesso che vi sia spazio per la predisposizione in autonomia di strumenti alternativi di realizzazione stragiudiziale del credito, amnesso anche che sia possibile, ad ordinamento vigente e *de jure condendo*, concepire un'adeguata tutela degli interessi dei terzi, concorrenti e configgenti, resta la questione, *inter partes*, della determinazione (certa) dei limiti del divieto del patto commissorio (e della correlativa ampiezza del patto marciano), giacché le alienazioni con (iniziale) funzione di garanzia, al di fuori di un orientamento giurisprudenziale per adesso permissivo ed in ogni caso non incontrastato, rimangono, ad oggi, sotto la spada di Damocle della nullità. E tanto – a volerla dire tutta – in disparte la circostanza che “non sta bene” che il legislatore resti così sensibilmente indietro rispetto alla dottrina e alla giurisprudenza in un ordinamento come il nostro di *civil law*.

Si sono analizzate nelle pagine precedenti alcune delle principali possibili *rationes* che la dottrina ha ritenuto applicabili al divieto del patto commissorio, dalla tradizionale tutela del debitore dalle condotte giugulatorie del suo creditore, al presidio della *par condicio creditorum*, al divieto dell'autotutela privata esecutiva, al rispetto del principio di tipicità dei diritti reali, al divieto di alterazione della struttura minima dell'obbligazione che contiene sempre il rischio dell'inadempimento, all'esigenza di prevenzione di comportamenti di *free – riding* da parte del debitore che valuti la convenienza dell'adempimento, alla tutela di un interesse pubblico alla neutralizzazione del pericolo di uno svuotamento delle garanzie reali tipiche<sup>190</sup>.

---

<sup>190</sup> Vedi *supra* Cap. I § 3.2.

Quanto al variegato panorama giurisprudenziale si registrano negli ultimi anni almeno due principali orientamenti.

Secondo un primo filone con il divieto di cui all'art. 2744 c.c. il legislatore ha inteso principalmente stigmatizzare i comportamenti coercitivi tenuti dal creditore nei confronti del debitore al momento della concessione del credito e tanto, vista l'effettiva assenza di qualsivoglia riferimento normativo all'esistenza di una sproporzione fra le prestazioni, in relazione al mero risultato conseguito con la pattuizione commissoria, consistente nel trasferimento di un proprio bene in conseguenza dell'inadempimento, irreversibile per il debitore in quanto da questi evitabile solamente con l'adempimento. Evidentemente in una simile prospettiva, sviluppatasi a partire dagli assunti delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 1989 sino ad oggi, anche il patto marciano è destinato ad assumere una luce sinistra<sup>191</sup>.

Accanto a questo, tuttavia, ed in certi casi contemporaneamente ad esso, si è fatto spazio, riscuotendo inoltre i maggiori successi in dottrina, un diverso filone argomentativo.

Ripreso con convinzione, più che inaugurato, da una Sezione semplice della Suprema Corte di legittimità nel 2013, vi si sostiene che, prendendo le mosse dalla liceità di talune fattispecie tipiche e codicistiche di alienazioni in garanzia, fra cui in prima posizione il pegno irregolare, può argomentarsi <<a contrario che il disvalore del patto commissorio dipende dalla sua attitudine a produrre effetti che l'ordinamento ripugna e che si risolvono non già in una garanzia, ma in un eccesso di garanzia per il creditore e di responsabilità patrimoniale per il debitore>><sup>192</sup>. In altri termini il divieto in parola è posto principalmente a presidiare il debitore dagli approfittamenti e dagli abusi del creditore, i quali si materializzano, tuttavia,

---

<sup>191</sup> Il richiamo è a Cass. civ., Sez. Un., 3 aprile 1989, n. 161, nonché alla pronuncia gemella Cass., Sez. Un., 21 aprile 1989, n. 1907. Quanto alle più recenti decisioni di legittimità che si sono fatte interpreti di questo orientamento, cfr. Cass., Sez. I, 17 aprile 2014, n. 8957, in *Dir. & Giust.*, 2014, p. 2530, con nota di F. VALERIO, *Patto di riscatto o patto commissorio? Ciò che conta è lo scopo perseguito dalle parti*; Cass., Sez. II, 10 marzo 2011, n. 5740, in *Giust. civ.*, 2011, 6, p. 1449, con nota di G. ADILARDI, *Brevi osservazioni in tema di patto commissorio, causa concreta e patto marciano*; Cass., Sez. II, 5 marzo 2010, n. 5426, in *Giust. civ. mass.*, 2010, 3, p. 329; Cass., Sez. II, 12 gennaio 2009, n. 437, in *Giust. civ. mass.*, 2009, 1, p. 39.

<sup>192</sup> Così Cass. 9 maggio 2013, n. 10986, in *Vita not.*, 2013, 2, p. 719; negli stessi termini si veda più di recente Cass., Sez. II, 21 gennaio 2016, n. 1075, in *Dir. & Giust.*, 2016, 5, p. 32, con nota I. PETROLETTI, *La retrovendita è nulla se stipulata per causa di garanzia e non di scambio*; Cass., Sez. I, 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Riv. not.*, 2015, 1, p. 182.

non tanto nella predisposizione di un trasferimento solutorio alternativo all'adempimento, quanto nella sproporzione che dovesse esistere, al momento dell'inadempimento, fra valore della garanzia e misura della pretesa creditoria.

Ed ecco, il patto marciano torna a risplendere e a potersi vantare del suo restar fuori dal divieto (e specialmente dalla sanzione) approntato dall'art. 2744 c.c.

Orbene, astraendosi dall'elegante argomentare di tutte le pronunce di legittimità alle quali si è fatto cenno, si rende evidente soprattutto un dato, e cioè che esse divergono radicalmente se riguardate dall'angolo visuale del patto marciano, così come straordinariamente convergono se osservate sul punto dell'individuazione della *ratio* (principale) del divieto del patto commissorio.

Si intende dire, insomma, come si è acutamente osservato, che «la giustificazione tradizionale dell'art. 2744 c.c., fondata sulla tutela del debitore e della proporzionalità dello scambio, si è rivelata particolarmente resistente»<sup>193</sup>.

È opinione di chi scrive, allora, che tale aspetto possa essere valorizzato nel quadro di un'argomentazione dotata di una qualche sistematicità, che consenta di selezionare la funzione dell'art. 2744 c.c. e, conseguentemente, di determinarne i confini, con l'auspicio che il Legislatore sia presto spinto a tenere una volta per tutte salve quelle fattispecie che, malgrado una certa somiglianza, cionondimeno ne restano fuori.

In tal senso si ritiene che il divieto del patto commissorio vada letto nel contesto normativo in cui esso è inserito e per i dati che l'art. 2744 c.c. oggettivamente fornisce.

Dunque trattasi: di una norma collocata nell'ambito della disciplina codicistica generale della responsabilità patrimoniale (Libro VI, Titolo III, Capo I); di divieto; che commina per i patti contrari la sanzione della nullità.

---

<sup>193</sup> La notazione è di C. DE MENECH, *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, cit., p. 833. A conclusioni sostanzialmente analoghe giunge anche, in un'annotazione di Cass., Sez. II, 21 gennaio 2016, n. 1075, N. A. VECCHIO, *Il divieto di patto commissorio e la causa delle alienazioni - il commento*, in *Contratti*, 2016, 5, p. 426.

Da tale collocazione sistematica è possibile argomentare che, verosimilmente, il legislatore con l'art. 2744 c.c. ha inteso vietare quegli accordi che, consentendo al creditore, in conseguenza dell'inadempimento del debitore, di appropriarsi del bene oggetto della garanzia costituita in suo favore, alterano la regola generale in materia di responsabilità patrimoniale, che tutela così il debitore come i creditori concorrenti, in base alla quale il patrimonio del debitore è sottoposto alla pretesa creditoria solamente nei limiti del valore della pretesa medesima.

Ma allora - si potrebbe obiettare – per il debitore abusato il legislatore ha predisposto l'azione di rescissione e ai creditori pregiudicati dalle furberie del debitore l'ordinamento ha riservato l'azione revocatoria. Perché la nullità? Perché il problema – lo si comprende ben presto – (più e prima che la ragione del divieto) è la ragione della nullità.

Ebbene si badi che la pattuizione commissoria che si connota per uno squilibrio *infra dimidium* non sembra rivestire i panni rassicuranti della fattispecie irrilevante per l'ordinamento come un qualunque altro contratto dal contenuto più o meno sbilanciato, in quanto è la funzione di garanzia il tratto caratteristico dell'accordo che ne determina il regime giuridico.

Quanto all'azione revocatoria, anche in tal caso essa non pare calzare alla perfezione alla fattispecie commissoria. Invero nella struttura dell'art 2901 c.c. la posizione del creditore è limitata alla figura del terzo avente causa dal solerte debitore ed ha una rilevanza, sì fondamentale (in quanto la partecipazione psicologica del terzo è presupposto necessario dell'azione quando l'atto contro cui si agisce sia a titolo oneroso), ma non determinante, poiché la tutela è azionata da un atto pregiudizievole per il creditore volutamente compiuto dal debitore e non invece in qualche misura a questi imposto dal terzo creditore, il quale – si vuole dire – partecipa ma non determina la fattispecie suscettibile di revocatoria.

Insomma non si può forse arrivare a dire che, in assenza dell'art. 2744 c.c., il terzo creditore pregiudicato non avrebbe potuto agire in revocatoria avverso la pattuizione commissoria, e tuttavia la sensazione è che in questo patto vi sia qualcosa di più che un semplice atto in pregiudizio degli altri creditori.

Invero un accordo che consenta a qualunque creditore di convenire con il debitore di sottrarsi sin da subito al rischio dell'inadempimento e di ampliare quasi sempre la misura della sua

pretesa sul patrimonio del debitore, pur restando in astratto un chirografario, lede, in una, la libertà contrattuale del debitore, in considerazione dell'endemico stato di bisogno in cui versa chi cerca il credito e senza considerare che meno la sua condizione è di bisogno nel momento della domanda più questi, presumibilmente, nutrirà la convinzione di poter restituire il finanziamento; la tendenziale parità di trattamento fra tutti i creditori che non siano muniti di cause legittime di prelazione, essendosi al cospetto di una pretesa non solo esuberante rispetto al credito ma anche in una qualche misura incerta, in quanto elastica in relazione alle vicende dell'adempimento; la regola generale di equilibrio che regge la responsabilità patrimoniale ed è al fondamento dello spostamento stesso delle ricchezze.

Quale creditore che potesse confidare nell'ampliamento della propria garanzia patrimoniale, infatti, non se ne approfitterebbe? E se ognuno di essi si premunisse di una pattuizione commissoria, quale di questi avrebbe, infine, la certezza della misura della pretesa creditoria dei creditori concorrenti? E, infine, quale creditore che si imbattesse in una pretesa creditoria così slabrata rischierebbe di fare credito allo stesso debitore senza altrettante garanzie reali? E che ne è del debitore? Dovrà impegnare alla fine tutto il suo patrimonio anche per ricevere il più banale dei prestiti?

Proprio in questo sta l'equivoco, ad avviso di chi scrive, che ha indotto nel tempo a ripudiare la *ratio* di protezione invocando la disciplina della rescissione. Se anche nel contesto che ci occupa c'è un contratto, non è all'equilibrio del contratto che ha avuto riguardo ivi il legislatore, ché altrimenti sarebbe bastata la rescissione e la norma si sarebbe trovata nel Libro IV (e non nel Libro VI) del codice civile, quanto piuttosto alla regola di equilibrio, nel senso di principio di proporzionalità, che regge (più che regolare) il corretto dispiegarsi della responsabilità patrimoniale.

Gli è, allora, che in questo quadro assume significato la sanzione della nullità che si abbatte sulla pattuizione commissoria. Essa acquista, ci sembra, le fattezze di una nullità di protezione funzionale alla tutela di un interesse pubblico<sup>194</sup>. In altri termini la protezione del debitore

---

<sup>194</sup> Sul punto del collegamento fra norme di protezione ed interesse pubblico cfr. S. POLIDORI, *Nullità di protezione ed interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 4, p. 1019. Qui l'Autore evidenzia il passaggio, attraverso la rivoluzione copernicana inaugurata dalla Carta costituzionale del 1948, dalla nozione di interesse superindividuale, <<che trascende la sfera dei privati ponendosi, rispetto ad essa, in posizione superiore [...]>>, a quella di interesse pubblico, <<che deve essere soddisfatto affinché altri interessi individuali siano a loro volta soddisfatti>>. Con l'avvento del diritto dell'Unione, poi, si è osservato, l'interesse pubblico, così come innanzi delineato, è <<soprattutto rivolto all'introduzione e alla garanzia del libero competere fra le imprese>>.

dagli eventuali abusi del creditore in fase di concessione del credito risponde all'esigenza di apprestare tutela al più ampio interesse generale al rispetto della regola fondamentale (di proporzionalità) di funzionamento della responsabilità patrimoniale nella prospettiva del presidio della circolazione delle ricchezze (collegata all'erogazione del credito) dall'anchilosamento che potrebbe derivarle da un'incontrollata situazione predatoria mascherata di autonomia negoziale.

Ed invero l'idea del collegamento, nelle nullità di protezione, fra interesse individuale ed interesse pubblico è piuttosto diffusa anche nella dottrina che si è occupata delle prime dichiarate nullità di protezione apparse nella disciplina consumeristica sin dalla direttiva 93/13/CE. È noto, infatti, come la protezione del consumatore – come anche dell'impresa debole - sia stata pressoché unanimemente letta in chiave strumentale alla tutela della struttura concorrenziale del mercato interno<sup>195</sup>.

Altre nullità di protezione permeate di interesse pubblico, più che pubblicistico, figurano, poi, nell'ordinamento anche in contesti di debolezza contrattuale in cui si prescinde, ciononostante, dalla partecipazione del consumatore.

È questo il caso tipico dell'art. 1815 c.c., come modificato dalla legge n. 108/1996, che in materia di mutuo, ed in concreto specialmente di mutuo bancario, ha sanzionato di nullità la clausola con la quale siano stati convenuti interessi usurari con la conseguenza, secondo la consueta parzialità delle nullità di protezione, che, in tal caso non è dovuto alcun interesse.

Parimenti è a dirsi della nullità del contratto di locazione che sia privo del requisito della forma scritta, a cagione di un'illecita imposizione che sia provenuta dal locatore al conduttore, ai sensi dell'art. 13, comma 5, legge n. 431/1998, così come recentemente restituito dall'interpretazione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione<sup>196</sup>.

---

<sup>195</sup> Si veda *ex multis* E. GABRIELLI, *Mercato, contratto e operazione economica*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, IV, p. 1047; G. AGRIFOGLIO, *L'abuso di dipendenza economica nelle prime applicazioni giurisprudenziali: tra tutela della parte debole e regolazione del mercato*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 253; R. MANCO, *Spunti per una rilettura sistematica della tutela del consumatore nella disciplina antitrust*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, II, p. 562; L. DELLI PRISCOLI, *La tutela del consumatore fra accertamento della non professionalità del suo agire, tutela della concorrenza e affidamento della controparte*, in *Contratto e impresa*, 2007, p. 1533; F. LONGOBUCCO, *Obblighi di protezione e regole di concorrenza nella contrattazione di (e tra) impresa (e)*, in *Contratto e impresa Europa*, 2010, I, p. 41.

<sup>196</sup> Cass., Sez. Un., 17 settembre 2015, n. 18214, così massimata: <<Il contratto di locazione ad uso abitativo stipulato senza la forma scritta ex art. 1, comma 4, l. n. 431 del 1998 è affetto da nullità assoluta, rilevabile da

Così nemmeno pare abbia consistente fondamento l'eventuale obiezione che muova dall'assenza del regime giuridico tipico delle nullità di protezione, con particolare riguardo specialmente all'assenza di una legittimazione attiva relativa e della specificazione della rilevanza d'ufficio nell'interesse della sola parte protetta.

In primo luogo l'art. 2744 c.c. è norma risalente alla codificazione del 1942 mentre questa speciale irreggimentazione delle nullità di protezione è frutto, sostanzialmente, della legislazione consumeristica di matrice europea, espressione di una scelta di politica legislativa per certi versi condivisibile ma non anche per ciò solo, oltre che in maniera tautologica, idonea ad escludere che di protezione potessero essere anche nullità concepite innanzi e diversamente regolate.

Tanto in disparte la circostanza che non sono mancate voci in dottrina che, in tempi non sospetti, diffidavano della costituzione di una categoria autonoma, con un proprio separato regime, di nullità relative, valorizzando la lettera, più che il non detto, dell'art. 36 co. 3 d.lgs. n. 206/2005, per argomentare che si tratterebbe sempre di una nullità assoluta rilevabile d'ufficio dal giudice oltre che da chiunque ne abbia interesse, consumatore, professionista o terzo che sia<sup>197</sup>. Un'impostazione simile, quindi, è tornata nella giurisprudenza della Suprema Corte, allorquando, nella sua massima composizione, ha sostenuto che il giudice abbia sempre il potere – dovere di rilevare in via ufficiosa il vizio di nullità, anche quando si tratti di nullità di protezione in quanto esse sono «volte a tutelare interessi generali, quali il complessivo equilibrio contrattuale (in un'ottica di microanalisi economica) ovvero le stesse regole di mercato ritenute corrette (in un'ottica di macroanalisi), secondo quanto chiaramente mostrato dalla disciplina consumeristica, specie di derivazione comunitaria, per le quali si discorre sempre più spesso, e non a torto, di "ordine pubblico di protezione"», al punto tale che «il potere del giudice di rilevare la nullità, anche in tali casi, è essenziale al perseguimento di interessi che possono addirittura coincidere con valori costituzionalmente rilevanti, quali il

---

entrambe le parti e d'ufficio, attesa la "ratio" pubblicistica del contrasto all'evasione fiscale; fa eccezione l'ipotesi prevista dal successivo art. 13, comma 5, in cui la forma verbale sia stata abusivamente imposta dal locatore, nel qual caso il contratto è affetto da nullità relativa di protezione, denunciabile dal solo conduttore. Invece, se l'assenza di forma è riconducibile a volontà esclusiva o concorrente del conduttore il locatore potrà agire per ottenere la restituzione dell'immobile occupato senza titolo».

<sup>197</sup> Il riferimento è a R. QUADRI, «Nullità» e tutela del «contraente debole», cit., p. 1143.

corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l'uguaglianza quanto meno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.)>>><sup>198</sup>.

A tal proposito occorre segnalare, tuttavia, come il dibattito interno alla giurisprudenza della stessa Corte di Cassazione non sia del tutto sopito, come emerge se si pone mente ad una nota pronuncia che a distanza di poco tempo ha, in pratica, disconosciuto la rilevanza officiosa delle nullità di protezione<sup>199</sup>.

In ogni caso non vi è dubbio che, imboccata questa strada interpretativa, il vizio di nullità perde alcuni dei tradizionali connotati di eccentricità nella sede dell'art. 2744 c.c. oltre a soddisfare quell'autorevole lettura di questo sottotipo estremo di invalidità, ed in modo particolare della nullità virtuale, in termini di vizio dell'atto che si abbatte sulle statuizioni che negano l'interesse protetto dalla norma, il quale risiede, nel caso del divieto del patto commissorio, nella limitazione della responsabilità patrimoniale alla misura della pretesa creditoria<sup>200</sup>.

Ora, però, individuata la ragione della nullità nella sua funzione di protezione del debitore dai possibili soprusi del creditore a tutela del più diffuso interesse alla conservazione di una regola di proporzionalità nella disciplina della responsabilità patrimoniale, non si è ancora presa posizione rispetto ai due principali orientamenti della giurisprudenza di legittimità riferiti innanzi, ovvero sulla questione se sia nullo ogni trasferimento a scopo di garanzia, in quanto da sé solo espressione dell'approfittamento del creditore, ovvero se siano pattuizioni commissorie, e in quanto tali nulle, solamente quelle fattispecie traslative con funzione di

---

<sup>198</sup> Così Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26243, su cui si veda C. SCOGNAMIGLIO, *Il pragmatismo dei principi: le sezioni unite ed il rilievo officioso delle nullità*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2015, 4, p. 197. Invero la Suprema Corte di legittimità opera una distinzione fra la rilevazione officiosa del vizio e la sua dichiarazione, operabile dal giudice esclusivamente sulla base di un'istanza avanzata dalla parte destinataria della norma di protezione. Questa distinzione ritorna, successivamente, in Cass., Sez. III, 20 gennaio 2016, n. 896.

<sup>199</sup> Il richiamo è alla già citata Cass., Sez. Un., 17 settembre 2015, n. 18214, ove si legge, con riferimento alla nullità del contratto di locazione mancante della forma scritta a cagione di un'imposizione cui il locatore abbia sottoposto il conduttore: <<E' in tal caso che il conduttore sarà il (solo) soggetto legittimato a chiedere che la locazione di fatto, nulla per vizio di forma, venga ricondotta a condizioni conformi a quanto previsto in relazione al canone predeterminato in sede di accordi definiti ai sensi del comma 3 dell'art. 2 ovvero ai sensi dell'art. 5, commi 2 e 3>>.

<sup>200</sup> Sul punto cfr. G. GUIZZI, *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti. Saggi di diritto antitrust*, in *Quaderni romani di diritto commerciale*, 2010, p. 197 ss., spec. p. 234, ove si legge <<[...] anziché comminare indiscriminatamente la nullità solo in ragione dell'inosservanza di una norma protettiva di un interesse pubblico, si deve circoscriverne l'applicazione unicamente ai casi in cui il permanere del contratto sia incompatibile con il valore tutelato attraverso la norma proibitiva>>.

garanzia nelle quali figurino una sproporzione, quale che ne sia la misura, tra la pretesa creditoria ed il valore della garanzia incamerata.

Ad onore del vero basterebbe a risolvere l'enigma il principio di conservazione del contratto, annoverato espressamente dall'art. 1367 c.c. e comunque ricavabile, tra le altre, dalle norme in materia di nullità parziale, di conversione del contratto nullo, di convalida del contratto annullabile, di *reductio ad aequitatem* del contratto rescindibile, sicché non dovrebbe essere possibile estendere il vizio, specialmente quando sia così tombale, oltre la misura in cui esso possa già adempiere alla funzione che gli è propria.

Epperò questa soluzione apparirebbe troppo sbrigativa e comunque, se non monca, quanto meno ermetica.

Due elementi, allora, pare possano fare da bussola dell'argomentare: la meritevolezza dell'autotutela esecutiva e (ancora) la funzione della nullità del patto commissorio.

Si è visto nelle pagine che precedono come non ricorra una concreta motivazione giuridica per limitare l'autonomia negoziale delle parti che convengano di gestire per via negoziale l'eventuale realizzazione coattiva della pretesa creditoria<sup>201</sup>. Ebbene la pattuizione di un trasferimento condizionato all'inadempimento esprime certamente uno strumento, del tutto legittimo, di autotutela esecutiva, sì che non vi sarebbe ragione di scagliarvi contro gli strali della nullità. D'altra parte, la dottrina più recente ha abbattuto la maggior parte delle riserve avanzate nel tempo rispetto alla praticabilità stessa, sotto il profilo casuale, di un trasferimento solutorio.

Per altro verso è la stessa funzione che si è ritenuto di poter individuare nella nullità ex art. 2744 c.c. che conduce con serenità ad asserire che pattuizioni commissorie, in quanto tali nulle, siano solamente quelle fattispecie traslative con funzione di garanzia connotate dal requisito della sproporzione. Ed infatti, se il legislatore ha inteso preporre la nullità del patto a presidio (dell'interesse, che travalica la sfera giuridica del debitore direttamente coinvolto, al mantenimento) della regola di proporzione della responsabilità patrimoniale, è evidente che allorché essa sia rispettata, attraverso la pattuizione della restituzione dell'eventuale

---

<sup>201</sup> Vd. *supra* Cap. III § 2.

supero, valutato da un terzo estimatore, al momento della realizzo, svanisca anche il vizio e con esso la ragione della nullità.

In questo senso si coglie – è intuitivo – anche il motivo per il quale nell’art. 2744 c.c. non sia fatto alcun cenno alla sproporzione che deve connotare il patto. Essa, infatti, è la ragione (che il legislatore ha probabilmente ritenuto) così evidente della nullità del patto commissorio, come disciplinato a suggello dell’enunciazione della regola della responsabilità patrimoniale, della tipicità delle cause legittime di prelazione e del principio della *par condicio creditorum*, da esser stata lasciata (con risoluzione rivelatasi poi infausta) allo spazio dell’implicito.

Si badi, poi, mentre la dichiarazione di nullità dell’alienazione in garanzia sproporzionata giova al debitore, agli altri creditori e al generale interesse, nei termini di cui si è detto, al mantenimento della proporzionalità della responsabilità patrimoniale, non è chiaro a chi giovi l’abbattimento indiscriminato dei trasferimenti con funzione di garanzia per così dire equilibrati. Non al creditore – acquirente, che all’evidenza è il primo interessato, ma nemmeno al debitore e ai creditori concorrenti, laddove il primo eviterà le spese e le lungaggini della procedura esecutiva giudiziale (non potendosi certo accordare protezione al debitore che spera in tali sbavature temporali della tutela processuale per non pagare, poi, né spese né creditore), mentre i secondi si gioveranno della speditezza della procedura stragiudiziale e della sua tradizionale maggiore proficuità nella misura in cui potranno confidare in una propria soddisfazione più prossima e più effettiva (se si considera che la realizzazione di un supero è una sorta di utopia nella procedura esecutiva).

Da tutto questo argomentare, allora, ad uscire bello lustro è il patto marciano, non solo lecito, perché del tutto al di fuori del divieto del patto commissorio, ma anche meritevole di tutela, così come richiesto per ogni contratto atipico, quale anch’esso è, dall’art. 1322 co. 2 c.c.

Ma – è risaputo – il mercato ha bisogno certezze, preferendo altrimenti di percorrere le infinite strade alternative che i suoi operatori hanno dimostrato di sapersi aprire! Ed allora non solamente ragioni di carattere sistematico, ma anche motivi di politica economica, sulla falsariga della strada intrapresa negli altri Paesi europei, dovrebbero condurre il legislatore a “fare *outing*”, uscendo dall’ombra e valutando l’opportunità di conferire veste legale e generale al patto marciano con i suoi caratteri tipici, così come gli sono, del resto, già stati riconsegnati, da ogni parte, dalla prassi, dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

## 5. *Brevi osservazioni conclusive.*

<<La lamentata inidoneità strutturale delle forme nominate di garanzia reale e la nota inefficienza delle modalità legali di attuazione della responsabilità patrimoniale sono foriere di inconvenienti che si riverberano sul sistema creditizio. Crescente difficoltà di accesso al credito per l'impresa e per i privati; costante discriminazione tra debitori forti e debitori deboli in ordine alle condizioni del finanziamento; progressiva diminuzione della concorrenza tra istituti di credito a vantaggio di quelli economicamente più forti e, perciò, in grado di svolgere approfondite indagini sulla solvibilità del debitore, con conseguente ulteriore riduzione del numero dei prestiti ed incremento dei relativi costi: sono questi soltanto alcuni tra i molteplici effetti negativi di un apparato legale di garanzie ad efficacia reale complessivamente inadeguato.

Non sorprende dunque che il ceto dei creditori e quello dei debitori siano costantemente impegnati in un comune sforzo, finalizzato ad escogitare nuovi strumenti di protezione del finanziamento che consentano di aggirare la rigidità e la diseconomia del sistema delle garanzie reali tipiche. Questa spinta della prassi negoziale verso schemi di protezione del credito alternativi a quelli disciplinati dalla legge incontra, però, da sempre notevoli resistenze all'interno dell'ordinamento italiano>><sup>202</sup>.

Sono queste le parole con le quali si è di recente mirevolmente sintetizzata in dottrina la questione concernente il delicato rapporto che intercorre nel nostro ordinamento fra disciplina delle garanzie reali, specialmente così come è restituita dalla sua tradizionale interpretazione, ed erogazione e tutela del credito, non solamente, sebbene soprattutto, rispetto agli operatori professionali.

Ebbene con gli interventi normativi che, si è visto, si sono susseguiti a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso sino ai giorni nostri il legislatore italiano ha tentato di correre sempre ai ripari allorquando il rapporto suddetto ha rischiato di finire in una crisi irreversibile. Si è passati così dalla disciplina, quanto alle garanzie mobiliari, del pegno non possessorio sui prosciutti via via sino alla regolamentazione del pegno rotativo sulle attività finanziarie; e con riguardo alle garanzie reali, così mobiliari come immobiliari, dalla disciplina di un marciano

---

<sup>202</sup> Così C. DE MENECH, *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, cit., p. 833.

mobiliare ex art. 6 d.lgs. n. 170/2004 a quella del trasferimento immobiliare ex art. 48 *bis* T.U.B., con la contestuale apertura a forme, anche diverse dalla modalità appropriativa, di autotutela esecutiva.

L'impressione, tuttavia, è che si sia trattato, se non di rattoppi, certamente di interventi alla bisogna, dal potenziale dirompente impatto sistematico eppure privi di ogni respiro dotato di una qualche organicità strutturale nel più ampio spettro ordinamentale.

Nonostante questo è opinione di scrive che attraverso tali interventi il legislatore non abbia solamente stabilito alcune eccezioni alle regole generali in materia di garanzie reali ma piuttosto abbia specialmente interpretato le esigenze, più sentite in alcuni settori del tessuto socio – economico, di un generale ripensamento di quel sistema di norme, nel quale, ferma restando, all'occorrenza, la protezione dei contraenti, che risponda ad interessi di respiro più generale, e quella della posizione dei terzi comunque coinvolti dallo svolgimento della vicenda creditoria, alle parti sia consentito di muoversi più liberamente, secondo le proprie concrete necessità, senza appesantimenti, legislativi o processuali, effettivamente non giustificati.

Ebbene pare che sia giunto il tempo, pena quella frammentazione giuridica incontrollata così invisibile al mercato, di dare a queste esigenze un risposta di sistema, che, dipartendosi dalla traccia segnata dal legislatore, superi, possibilmente, anche il contesto specifico (dei rapporti *b2b*) in cui esse sono originariamente emerse, se, come sembra, è compito della legge non solamente interpretare le istanze provenienti dalla prassi ma anche comporre le stesse nel più generale quadro ordinamentale, superando gli interessi, che pure ne abbiano costituito lo spunto, di una determinata classe di utenti.

Le soluzioni, allora, potrebbero risiedere in un'apertura generale alle forme di garanzia mobiliare senza spossessamento ed eventualmente rotative come anche alle pattuizioni marciarie, ad oggetto mobiliare o immobiliare, controllate da una parte da un registro unico dei beni mobili e dei crediti costituiti in garanzia e, dall'altra, da una disciplina uniforme del patto marciario, oltre che in un ampliamento degli spazi della autotutela esecutiva sottoposta, sul modello francese, alla vigilanza successiva ed eventuale dell'autorità giudiziaria.

Ma – *ça va sans dire* – si tratta solamente di una delle tante possibili ipotesi di lavoro.

## **Bibliografia**

ADILARDI G., *Brevi osservazioni in tema di patto commissorio, causa concreta e patto marciano*, in *Giust. civ.*, 2011, 6, p. 144

AGNESE V., *I contratti di garanzia finanziaria nel diritto civile*, Torino, 2009

AGRIFOGLIO G., *L'abuso di dipendenza economica nelle prime applicazioni giurisprudenziali: tra tutela della parte debole e regolazione del mercato*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 253

ALLARA M., *La proprietà temporanea*, in *Il circolo giuridico*, 1930, I, p. 77

AMADIO G., *Il terzo contratto. Il problema*, in AA. VV., *Il terzo contratto*, a cura di G. GITTI – G. VILLA, Bologna, 2008

ANDRIOLI V., *Divieto del patto commissorio*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. SCIALOJA – G. BRANCA, artt. 2740-2899 c.c., Bologna-Roma, 1955

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

ANGELICI C.– BELLI F. – GRECO G. L. – PORZIO M. – RISPOLI FARINA M., *I contratti delle banche*, Torino, 2002

ANTONUCCI A., *Diritto delle banche*, Milano, 2009

ASCARELLI T., *Il negozio indiretto*, in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952

AZZARO A. M., *Il pegno << rotativo >> arriva in Cassazione, ovvero << come la dottrina diventa giurisprudenza >>*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1998, II, p. 485

BARBERO D., *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Torino, 1962

BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale, Disposizioni generali (artt. 2740 – 2744), sub art. 2740*, in P. SCHLESINGER, *Commentario al cod. civ.*, diretto da D. BUSNELLI, Milano, 1991, p. 123

BARBIERA L., *Garanzie del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971

BARCELLONA M., *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2008, p. 35

BECCHETTI E., *Riforma del diritto societario. Patrimoni separati, dedicati e vincolati*, in *Riv. not.*, 2003, I, p. 49

BELFIORE A., *Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali*, Milano, 1979

- BETTI E., (voce) *Autotutela (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IV, 1959, p. 529
- BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da F. VASSALLI, 1952, p. 184
- BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, II, *Struttura dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953
- BETTI E., *Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, p. 689
- BIANCA C. M., *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 1984
- BIANCA C. M., *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957
- BIANCA C.M., (voce) *Autotutela*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, 2000, IV, p. 130
- BIANCA M., *Atto negoziale di destinazione e separazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, p. 220.
- BIANCHI E., *Ipotecche*, I, Torino – Napoli, 1924
- BIGLIAZZI GERI L., (voce) *Autotutela (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Teccani*, 1998
- BIGLIAZZI GERI L., *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 284
- BIGLIAZZI GERI L., *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, Milano, 1974
- BOCCHINI F.– QUADRI E., *Diritto privato*, Torino, 2014,
- BOERO P., *Le ipoteche*, Torino, 1999
- BONGIORNO G., *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984.
- BONIFAZI A., *Problemi di interstate conflicts relativi a chattel mortgage conditional sale e bailment lease nel diritto statunitense*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1973, p. 16
- BOTTA B., *Gli incerti confini applicativi del divieto del patto commissorio e il sempre più diffuso favore per la pattuizione marciiana*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1, p. 911
- BOTTA C., *Vendita, accordo di retrovendita e divieto del patto commissorio*, in *Notariato*, 2010, p. 75
- BRESCIA MORRA C. – MORERA U., *L'impresa bancaria: l'organizzazione e il contratto*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, a cura di P. PERLINGIERI, 2006, 11, V, p. 414
- BRESCIA MORRA C., *sub art. 10*, e PARRELLA L., *sub art. 11*, in M. PORZIO – F. BELLI– G. LOSAPPIO – M. RISPOLI FARINA – V. SANTORO, *Testo Unico Bancario, Commentario*, Milano, 2010

- BRIANDA G., *Le prospettive del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria, lex mercatoria e tradizione*, in *Contratto e impresa*, 2016 , 3, p. 797
- BRUGI B., *I limiti del divieto del patto commissorio*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, II, p. 46
- BUONGIORNO M. – NOTARANGELO E., *L'art. 48 bis T.U.B. Prime note a margine dell'introduzione del patto marciano nel nostro ordinamento*, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it)
- BUONOCORE V., *Manuale di diritto commerciale*, a cura di V. BUONOCORE, Torino, 2007
- C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 945
- CAFAGGI F., *Interrogativi deboli sui fondamenti del terzo contratto*, in AA. VV., *Il terzo contratto*, a cura di G. GITTI – G. VILLA, Bologna, 2008
- CALVO R. – CIATTI A., *I contratti di destinazione patrimoniale*, in *Trattato dei contratti*, a cura di P. RESCIGNO - E. GABRIELLI, XIX, 2014
- CALVO R., *La proprietà del mandatario*, Padova, 1996.
- CANDIAN A., *Il contratto di trasferimento di volumetria*, Milano, 1990
- CANDIAN A., *Le garanzie finanziarie dopo il d.lgs. n. 170/2004*, in *Temi e problemi della civilistica contemporanea. Venticinque anni dalla Rassegna di diritto civile*, a cura di P. PERLINGIERI, Napoli, 2005
- CANDIAN A., *Le garanzie mobiliari (modelli e problemi nella prospettiva europea)*, Milano, 2001
- CANESSA N., *Vendita con patto di riscatto e patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 1569
- CAPRIGLIONE F., *Nozioni di attività bancaria e di raccolta del risparmio*, in *Disciplina delle banche e degli intermediari finanziari*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Padova, 2000
- CAPURRO T., *La clausola di jus variandi tra giudizio di validità e sindacato sull'esercizio del diritto*, in *Contratto e impresa*, 2013, 6, p. 1341
- CARIOTA – FERRARA L., *I negozi fiduciari*, Padova, 1933
- CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, in coll. *Univ. Camerino*, Napoli, 1945, p. 603
- CARNELUTTI F., *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, I, Roma, 1951
- CARNELUTTI F., *La natura giuridica dell'ipoteca*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, p. 3;

- CARNELUTTI F., *Processo di esecuzione*, I, Padova, 1929
- CARNELUTTI F., *Note sul patto commissorio*, in *Studi di diritto processuale*, I, 1925
- CARNELUTTI V., *Note sul patto commissorio*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, II, p. 887
- CARNEVALI U., (voce) *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 499
- CAROZZI A. M., *Conferme e precisazioni sulla struttura del pegno rotativo*, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 1459
- CASSANDRO SULPASSO B., *La vendita con riserva della proprietà in diritto comparato*, in A.A.V.V., *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico – comparatistica*, Milano, 1991
- CASSANDRO SULPASSO B., *Riserva prolungata della proprietà e cessione globale dei crediti d'impresa: il modello tedesco in Francia*, in *Giur. comm.*, 1989, p. 764
- CATERINI E., *Il principio di legalità nei rapporti reali*, Napoli, 1998
- CESARO G., *Lease back e patto commissorio*, in *Riv. not.*, 1986, p. 790
- CHINE' G., *Pegno irregolare e art. 53 della legge fallimentare*, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, p. 1076.
- CHIRONI G. P., *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, Torino, 1917
- CIAN G., *Contratti civili, contratti commerciali, contratti d'impresa: valore sistematico – ermeneutico delle classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 849
- CICCARELLO S., voce *Pegno (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 689.
- CICERO C., *Delle ipoteche (artt. 2808 – 2871), sub art. 2808*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da P. CENDON, Milano, 2009, p. 677
- CIPRIANI N., *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità delle garanzie*, Napoli, 2000
- COMPORITI M., *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1978
- COMPORITI M., *Diritti reali in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU – F. MESSINEO, II ed., 2011
- COMPORITI M., *Tipicità dei diritti reali e figure di nuova emersione*, in AA. VV., *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, II, Milano, 2006, p. 769
- COSENTINO P., *Brevi considerazioni sulla natura giuridica dell'ipoteca*, in *Temi nap.*, 1964, III, p. 157 ss.
- COSTANZA M., *Il contratto atipico*, Milano, 1981

- COSTANZA M., *Numerus clausus dei diritti reali e autonomia contrattuale*, in *Studi in onore di C. Grassetti*, vol. I, Milano, 1980
- COSTANZA M., *Sulla alienazione in garanzia e il divieto del patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 1821
- COVIELLO L., *Delle ipoteche nel diritto civile italiano*, Roma, 1936
- D'ERRICO M., *La trascrizione del vincolo di destinazione nell'art. 2645 ter c.c.: prime riflessioni*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, a cura di M. BIANCA, Milano, 2007
- DALMARTELLO A., (voce) *Pegno irregolare*, in *Noviss. Dig. it.*, XII, 1965, p. 798
- DE MENECH C., *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, in *Contratti*, 2015, 8 – 9, p. 823
- DE NICTOLIS R., *Nuove garanzie personali e reali*, Padova, 1998
- DELLI PRISCOLI L., *La tutela del consumatore fra accertamento della non professionalità del suo agire, tutela della concorrenza e affidamento della controparte*, in *Contratto e impresa*, 2007, p. 1533
- DI MAJO A., *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 351
- DI MAJO A., *Obbligazioni in generale*, Bologna, 1985
- DI MAJO F., *Mandato fiduciario e società fiduciarie*, in *Contratto e impresa*, 2012, p. 9
- DI PAOLO M., voce "*Patto commissorio*", in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, p. 309
- DI PRISCO N., *La proprietà temporanea*, Napoli, 1979
- DOLMETTA A. A. – PORTALE G. B., *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1985, I, p. 276
- DOMINICI M., *Novità in materia di esecuzione forzata (II parte) - l'art. 2929 bis c.c. e l'azione esecutiva revocatoria*, in *Giur. it.*, 2016, 8-9, p. 2045
- DOSSETTI M., *Natura giuridica del diritto di pegno*, in *Temi emil.*, 1941, II, p. 29
- FERRARA F., *Negozi fiduciari*, in *Studi in V. SCIALOJA*, Milano, 1905
- FERRI G. B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966
- FERRO – LUZZI P., *Lezioni di diritto bancario*, I, Torino, 2004
- FORCHIELLI P., *I contratti reali*, Milano, 1952

- FOSCHINI M., *In tema di pegno di titoli di credito*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1965, I, p. 161
- FRAGALI M., (voce) *Garanzia e diritti di garanzia*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1968, p. 448
- FRAGALI M., *Del mutuo (artt. 1813 – 1822)*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. SCIALOJA – G. BRANCA, *Libro IV, Delle obbligazioni*, Bologna – Roma, 1966, p. 254.
- FRAGALI M., voce *Ipoteca (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, 1972, XXII, p. 740
- FUSARO A., *Il numero chiuso dei diritti reali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 439
- GABRIELLI E. – DANESE G. A., *Le garanzie sui beni dell'impresa: profili della floating charge nel diritto inglese*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1995, I, p. 633
- GABRIELLI E., <<Pinocchio>>, il <<Grillo parlante>> e il problema del pegno rotativo: spiegazioni ... a richiesta (fra il serio e il faceto), in *Riv. not.*, 2002, p. 547
- GABRIELLI E., *Autonomia privata e diritto comune europeo delle garanzie mobiliari*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 643
- GABRIELLI E., *Contratti di garanzia finanziaria, stabilità del mercato e procedure concorsuali*, in *Contratto, mercato e procedure concorsuali*, Torino, 2006
- GABRIELLI E., *I contratti di garanzia finanziaria*, in *Digesto*, 4, 2007, p. 300.
- GABRIELLI E., *Il pegno anomalo*, Padova, 1990
- GABRIELLI E., *Il pegno*, in *Trattato di diritto civile*, diretto a R. SACCO, *Diritti reali*, 5, 2005
- GABRIELLI E., *Mercato, contratto e operazione economica*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, IV, p. 1047
- GABRIELLI E., *Studi sulle garanzie reali*, Torino, 2015
- GALGANO F., *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contratto e impresa*, 2000, p. 195
- GALGANO F., *Il contratto*, Padova, 2007
- GALGANO F., *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contratto e impresa*, 2000, p. 926
- GAZZONI F., *Il vestito dell'imperatore (replica ossessiva sul pegno rotativo)*, in *Riv. not.*, 2002, p. 563
- GAZZONI F., *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagatelle)*, in *Riv. not.*, 2001, p. 1247
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2011

- GAZZONI F., *Osservazioni sull'art. 2645 ter*, in *Giur. civ.*, 2006, II, p. 165
- GAZZONI F., *Qualche dubbio sulla struttura del pegno rotativo (in attesa di spiegazioni...)*, in *Riv. notariato*, 2000, p. 1464
- GENTILE F.S., *Il nuovo codice civile commentato, sub art. 2740*, VI, Napoli, 1958, p. 195
- GENTILI A., *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 6, p. 1479
- GIGLIOTTI F., *Il divieto del patto commissorio*, Napoli, 1999
- GIORGIANNI F. – TARDIVO C. M., *Diritto bancario*, Milano 2006
- GIORGIANNI M., *L'obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, I, Milano, 1968
- GORLA G., *Del pegno e dell'ipoteca (artt. 2784 -2899)*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. SCIALOJA – G. BRANCA, Bologna – Roma, 1968, p. 141
- GRAZIANO N., *Abitazione principale sempre esclusa dal patto marciano*, in *Guida al dir.*, 2016, 32, p. 73
- GRECO P., *Le operazioni di banca*, Padova, 1930
- GUIZZI G., *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti. Saggi di diritto antitrust*, in *Quaderni romani di diritto commerciale*, 2010
- GUIZZI G., *La gestione accentrata dei titoli pubblici: qualche osservazione critica a margine di una recente pronuncia della Cassazione*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 336.
- IUDICA G., *Cessione dei beni ai creditori*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 279
- IZZI B., *La causa del contratto come funzione economico – individuale*, in *Giust. civ.*, 2007, 9, I, 1985
- LIBONATI B., *Contratto bancario e attività bancaria*, in *Annali dell'Università di Camerino*, XXX, 1964, p. 27; nonché in *Scritti giuridici*, Milano, 2013, vol. II, p. 529
- LIBONATI B., *Corso di diritto commerciale*, Milano, 2009
- LIPARI N., *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964
- LIUZZI A., *Dematerializzazione dei titoli e garanzia senza spossessamento nel sistema Monte Titoli*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, p. 45
- LOJACONO V., *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, 1952
- LONGOBUCCO F., *Obblighi di protezione e regole di concorrenza nella contrattazione di (e tra) impresa (e)*, in *Contratto e impresa Europa*, 2010, I, p. 41

- LUMINOSO A., *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 219
- LUMINOSO A., *Deposito cauzionale presso il terzo e depositi irregolari a scopo di garanzia*, in *Giur. comm.*, 1981, I, p. 432
- LUMINOSO A., *La vendita con patto di riscatto*, in *Commentario al cod. civ.*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1987, p. 239.
- LUPOI M., *Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645 ter cod. civ. quale frammento di un trust*, in *Riv. not.*, 2006, p. 467
- LUPOI M., *Introduzione ai trusts*, Milano, 1994
- MACARIO F., *I contratti di garanzia finanziaria nella direttiva 2002/47/CE*, in *Contratti*, 2003, I, p. 89
- MAGNANO M., *L'autonomia privata e le garanzie reali: il tentativo di un superamento del principio di tipicità*, in *Nuova giuris. civ. comm.*, 2002, II, p. 577.
- MANCINI T., *Vendita con patto di riscatto e nullità ex art. 2744 c.c.*, in *Foro it.*, 1966, I, p. 1120
- MANCO R., *Spunti per una rilettura sistematica della tutela del consumatore nella disciplina antitrust*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, II, p. 562
- MANNINO V. F., *La tipicità dei diritti reali nella prospettiva di un diritto europeo uniforme*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 945
- MARICONDA F., *Le sezioni unite dichiarano la nullità delle alienazioni in garanzia*, in *Corr. giur.*, 1989, p. 522
- MARICONDA F., *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, in *Foro it.*, 1989, I, p. 1427
- MARSEGLIA C., *Rilevanza dell'adeguata informazione del giustificato motivo nell'esercizio del ius variandi*, in *Contratti*, 2016, 12, p. 1103
- MARTORANO S. F., *Cauzione e pegno irregolare*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, I, p. 94
- MASTROPAOLO E. M., *La nuova normativa sui contratti di garanzia finanziaria (direttiva 2002/47/CE del 6 giugno 2002)*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 519
- MAZZAMUTO S., *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa dir. priv.*, 2010, p. 60
- MESSINEO F., *Caratteri giuridici comuni, concetto e classificazione dei contratti bancari*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1960, I, p. 340.

- MESSINEO F., *I titoli di credito*, Padova, 1928
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959
- MESSINETTI D., *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1991, p. 783
- MINERVINI G., *Banca, attività bancaria, contratti bancari*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1962, I, p. 313
- MINNITI G. F., *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 29.
- MOLLE G. – DESIDERIO L., *Manuale di diritto bancario e dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 2005
- MONTEL A., *Sulla natura giuridica del pegno e dell'ipoteca*, in *Foro it.*, 1937, IV, p. 235
- MONTELEONE G. A., *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria. Contributo allo studio della responsabilità patrimoniale dal punto di vista dell'azione*, Milano, 1975
- MURINO F., *L'autotutela nell'escussione della garanzia finanziaria pignoratizia*, Milano, 2010
- NATOLI U. – BIGLIAZZI GERI L., *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, Milano, 1974
- NICOLO' R., *Tutela dei diritti*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, *Della tutela dei diritti (artt. 2740 – 2899), sub art. 2740*, Bologna – Roma, 1953, p. 3
- NIVARRA L., *Il Trust e l'ordinamento italiano*, in F. ALCARO – R. TOMMASINI, *Mandato, fiducia, trust. Esperienze a confronto*, Milano, 2003
- OPPO G., *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 841
- PAGLIANTINI S., *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della dir. 2014/17/UE*, in *Nuove legg. civ. comm.*, 2015, 1, p. 181.
- PAGLIANTINI S., *L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura (ragionata) dell'art. 48 bis T.U.B.*, in *Nuove legg. civ. comm.*, 2016, 5, p. 931
- PAGLIANTINI S., *Per una lettura dell'abuso contrattuale: contratti del consumatore, dell'imprenditore debole e della microimpresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, II, p. 409
- PALMIERI G., voce *Ipoteca (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. It.*, IX, Torino, 1963, p. 48

- PARDOLESI R., *Prefazione a G. COLANGELO, L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparativa*, Torino, 2004, p. XIII
- PAVONE LA ROSA A., *L'anticipazione bancaria nella disciplina del nuovo cod. civ.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1959, p. 81
- PAVONE LA ROSA A., *La gestione accentrata dei valori mobiliari: sua incidenza sulla circolazione cartolare dei titoli*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1988, I, p. 289
- PERRINS B., *Introduction to the Land Law*, London – Sidney, 1997
- PETRELLI G., *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, p. 162
- PETROLETTI I., *La retrovendita è nulla se stipulata per causa di garanzia e non di scambio*, in *Dir.&Giust.*, 2016, 5, p. 32
- PIEPOLI G., *Garanzie sulle merci e spossessamento*, Napoli, 1980
- PIEPOLI G., *Le garanzie negative*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2001, I, p. 405
- POLIDORI S., *Nullità di protezione ed interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 4, p. 1019
- POLLICE P., *Appunti sulla parte generale del contratto*, Torino, 2014
- POLLICE P., *Introduzione allo studio dei diritti reali*, Torino, 1999
- PORZIO M., *Banca e attività bancaria*, in *Enc. dir., Aggiorn., IV*, 2000, p. 157
- PRATIS C. M., *Commento all'art. 2744 c.c.*, in *Comm. c.c., Artt. 2740-2783, Della tutela dei diritti*, Torino, 1976, p. 89
- PRESTI G., *Le operazioni di credito nel nuovo ordinamento bancario*, in *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*, a cura di U. MORERA – A. NUZZO, *L'attività delle banche*, II, 1996
- PUGLIATTI S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935
- PUGLIATTI S., *Fiducia e rapporto indiretto*, in *Diritto civile, metodo, teoria, pratica*, Milano, 1951
- PUGLIATTI S., *La proprietà e le proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964,
- PUGLIATTI S., *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, p. 341
- PUGLIESE G., *Nullità del patto commissorio e vendita con patto di riscatto*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1945, I, p. 156
- QUADRI R., *<<Nullità>> e tutela del <<contraente debole>>*, in *Contratto e impresa*, 2001, p. 1146

- RAVAZZONI A., voce *Ipoteca*, in *Enc. giur. Treccani*, 1989, XIX, p. 1 – 12.
- REALMONTE F., *Il pegno*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da P. RESCIGNO, 1997, 19, I, p. 797
- REALMONTE F., voce *Pegno*, in *Enc. giur. Treccani*, 1990, XXV
- REALMONTE F., *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, in *Foro it.*, 1989, I, p. 1427
- RENNA L., *L'abuso di dipendenza economica come fattispecie transtipica*, in *Contratto e impresa*, 2013, 2, p. 370
- RESCIGNO M., *Il privilegio per i finanziamenti bancari a medio e lungo termine a favore delle imprese, con particolare riguardo alla rotatività del suo oggetto*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1999, I, p. 583
- RODOTA' S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967
- ROPPO V., <<Par condicio creditorum>>, *sulla posizione e sul ruolo del principio di cui all'art. 2741 cod. civ.>>*, in *Riv. dir. com.*, 1981, p. 306
- ROPPO V., *Il contratto del duemila*, Torino, 2005
- ROPPO V., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie: spunti critici*, in *Europa dir. priv.*, 1998, p. 66
- ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato dir. civ.*, diretto da P. RESCIGNO, *Tutela dei diritti*, I, 19, 1997, p. 485
- ROPPO V., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul <<terzo contratto>>)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, IV, p. 679
- ROPPO V., *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, 1988, p. 1041
- ROPPO V., *Il controllo sugli atti di autonomia privata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 489
- ROPPO V., *Il divieto del patto commissorio*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, XIX, Torino, 1985, p. 433
- RUBINO D., *Il pegno*, in *Tratt. Vassalli*, XIV, 1, Torino, 1956, p. 187
- RUBINO D., *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1971, p. 1027
- SALVATORE B., *Circolazione dei beni ed evoluzione del divieto del patto commissorio*, in *Notariato*, 2012, 6, p. 717.
- SANTORO L., *Trust e fiducia*, in *Contratto e impresa*, 1995, p. 977

- SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1976
- SASSI A., *Garanzie del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999
- SATTA S., *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. VASSALLI, XV, I, Torino, 1954, p. 35
- SCOGNAMIGLIO C., *Il pragmatismo dei principi: le sezioni unite ed il rilievo officioso delle nullità*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2015, 4, p. 197
- SCOTTI A., *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis T.U.B., è davvero patto marciano?*, in *Corr. giur.*, 2016, 12, p. 1477
- SCOTTI A., *La cd. "revocatoria semplificata" ex art. 2929 bis cod. civ. e 64, ultimo comma, l.f., tra crisi della fattispecie e prospettiva dei rimedi*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, 3, p. 481
- SERICK R., *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco*, Milano, 1990.
- SIRENA P., *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 787
- STOLFI G., *Patto commissorio ed ipoteca*, in *Foro it.*, 1926, I, p. 282
- TEDOLDI A., *Le novità in materia di esecuzione forzata nel d.l. n. 59/2016... terza e non ultima puntata della never ending story (sulle sofferenze bancarie)*, in *Corr. giur.*, 2016, 11, p. 1329
- TROIANO S., *La <<ragionevolezza>> nel diritto dei contratti*, Padova, 2005
- TUCCI G., *Garanzie sui crediti dell'impresa e tutela dei finanziamenti*, Milano, 1974
- TUCCI G., *I privilegi*, in *Trattato dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, 1997, 19, p. 575
- TUCCI G., *Le norme per l'esercizio di particolari operazioni di credito: la nuova disciplina dei privilegi nel finanziamento alle imprese*, in *Banca, impr., soc.*, 1993, p. 321
- VALCAVI G., *Intorno al divieto del patto commissorio, alla vendita simulata a scopo di garanzia e al negozio fiduciario*, in *Foro it.*, 1990, I, p. 205.
- VALENTINO D., *Circolazione dei beni in funzione di garanzia*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, 2008
- VALERIO F., *Patto di riscatto o patto commissorio? Ciò che conta è lo scopo perseguito dalle parti*, in *Dir. & Giust.*, 2014, p. 2530
- VALLE L., *L'inefficacia delle clausole vessatorie e le nullità a tutela della parte debole del rapporto*, in *Contratto e impresa*, 2005, p. 156
- VARRONE C., *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli, 1968

VECCHIO N. A., *Il divieto di patto commissorio e la causa delle alienazioni - il commento*, in *Contratti*, 2016, 5, p. 426.

VILLA G., *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, in AA. VV., *Il terzo contratto*, a cura di G. GITTI – G. VILLA, Bologna, 2008

VITTORIA D., (voce) *Pegno irregolare*, in *Enc. giur.*, 1990

VITUCCI P., *Autonomia privata, numero chiuso dei diritti reali e costituzione convenzionale di servitù*, in *Riv. dir. agr.*, 1972, I, p. 855