

**V e VI settimana di diritto civile**

**II parte**



**TRACCE**

**I traccia: la responsabilità da contatto sociale. Natura e funzioni**

**II traccia: la responsabilità degli amministratori delle società di capitali. Profili sostanziali e processuali**

**III traccia: l'esercizio stragiudiziale del diritto di surroga.**

**IV traccia: sequestro conservativo e sequestro giudiziario. Natura giuridica e interferenze.**

**V Traccia. L'invalidità delle alienazioni di garanzia**

Sommario. 1. La responsabilità da contatto sociale nei rapporti bancari. 2. I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale (p.35): a) l'azione surrogatoria, b) l'azione revocatoria (p. 45), c) il sequestro conservativo (p. 55), d) il diritto di ritenzione (p. 71). 3. Il privilegio (p.75). 4. Il pegno (p.78). 5. L'ipoteca (p. 82). 6. La fideiussione (p.86). 7. Le garanzie a prima domanda (p. 106). 8. Le lettere di patronage (p. 110). 9. Le garanzie reali atipiche (p.124) .

**1. La responsabilità da contatto sociale qualificato e suoi rapporti con gli obblighi di protezione nei rapporti finanziari . In particolare: responsabilità da incompleta o inesatta informazione commerciale con riferimento ai casi di:**

1) lettera di patronage; 2) pubblicità ingannevole; 3) errato prospetto informativo o omesso controllo dello stesso da parte della CONSOB; 4)

omesse, incomplete o errate informazioni rilasciate agli investitori dagli intermediari finanziari.

La responsabilità da “contatto sociale qualificato” è una particolare forma di responsabilità, nata proprio per venire incontro alle nuove e molteplici esigenze, tipiche della moderna società, relative al risarcimento dei danni, aldilà dello schema, certamente troppo riduttivo, che vede la tradizionale bipartizione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. L'espressione "contatto sociale qualificato", viene ad indicare una relazione che intercorre tra due o più soggetti che, in quanto implicante l'ingerenza nella sfera giuridica altrui, comporta il sorgere di doveri di collaborazione e protezione volti a salvaguardare le aspettative ingenerate.

In particolare, infatti, il nostro ordinamento è oggi particolarmente garantista nel riconoscere tutte quelle aspettative, giuridicamente tutelate proprio perché fondate su interessi meritevoli di protezione, ed a tal fine si attribuisce, in capo a determinate categorie di soggetti proprio una posizione di garanzia, a presidio di importanti interessi giuridici. Si tratta, in sostanza, dei c.d. rapporti contrattuali di fatto, privi, cioè, di una base negoziale, ma modellati, comunque, sulla falsariga delle fattispecie contrattuali tipiche e costituiti per effetto del solo contatto sociale, superando, in tal modo, i rigorismi tipici dell'insorgere della responsabilità extracontrattuale, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 2043 del codice civile.

Una parte della dottrina qualifica la responsabilità da contatto sociale qualificato come figura derivante dalla rivisitazione di ipotesi di responsabilità extracontrattuale poco convincenti (dalla responsabilità precontrattuale a quella della PA), per agevolare l'onere probatorio e la durata della prescrizione e grazie ad una concezione della buona fede come buona fede protettiva (sub specie di dovere di salvaguardia e di informazione). Doveri ritenuti imprescindibili per ovviare alle asimmetrie informative ricollegabili alle posizioni dominanti dei professionisti nei confronti di utenti o consumatori.

Funge, di certo, da naturale corollario alla responsabilità da contatto sociale qualificato, infatti, il principio dell'affidamento nell'osservanza delle prescrizioni cautelari, principio questo, espressione di quella legittima

aspettativa, giuridicamente tutelata, all'osservanza di regole cautelari di condotta nell'ambito di svariati settori e, in particolar modo, in quelli in cui possono più facilmente emergere fonti di pericolo e rischi, in grado di arrecare pregiudizio a beni o interessi giuridicamente rilevanti.

L'affidamento è, dunque, un aspetto relativo all'osservanza di regole cautelari di condotta su quelle attività connotate da rischi latenti, onde per cui i soggetti operanti in specifici settori e ricoprenti determinati ruoli, rivestono anche posizioni di garanzia. Con esse, in sostanza, si vigila sull'insorgenza di fonti di pericolo per proteggere, in tal modo, beni ed interessi giuridici rilevanti, e tanto se l'obbligo protettivo deriva da un contratto, ed i soggetti sono parti di un regolamento negoziale, quanto se tale obbligo è imposto dalla legge e coinvolge anche soggetti terzi. Di recente, su stimolo dell'interpretazione fornita dalla Corte di Cassazione, si è detto come la responsabilità da contatto sociale avrebbe, dunque, natura "latu sensu" contrattuale in quanto, comunque, "presuppone l'inadempimento di uno specifico obbligo giuridico già preesistente e volontariamente assunto nei confronti di un certo soggetto o una determinata cerchia di soggetti"; la fonte di tale responsabilità verrebbe, quindi, individuata nel contratto inteso in senso più ampio e non nell'accezione fornita dall'art.1321 c.c..

Da ciò si deduce che la violazione degli obblighi di protezione scaturenti dal contatto sociale viene a determinare una responsabilità di tipo contrattuale.

La rilevanza del contatto sociale permette di giuridicizzare alcuni obblighi comportamentali che prescindono dalla previa conclusione di un contratto tra le parti e di ricollegarvi specifici doveri di protezione.

In siffatta categoria vengono ricondotte le ipotesi nelle quali assume rilievo, ad es. l'affidamento di una parte nella correttezza comportamentale dell'altra, nella fondatezza e completezza delle informazioni fornite, nella professionalità e nelle competenze tecniche del soggetto che ingenera il suddetto affidamento.

La posizione di garanzia, fonte dell'altrui legittimo affidamento, è teleologicamente finalizzata ad impedire lesioni alle situazioni giuridiche, tanto se di natura personale, quanto patrimoniale, e ciò viene posto in essere

anche vigilando sull'operato altrui e sul rispetto degli obblighi cautelari e comportamentali. Solo in tal modo, infatti, il soggetto che riveste la posizione di garanzia non sarà in colpa, avendo riparato o prevenuto anche le violazioni commesse da altri. Il fondamento dell'obbligo di attivarsi si rinviene, dunque, nell'articolo 40 cpv del c.p., in virtù del quale "non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico d'impedire, equivale a cagionarlo".

Per individuare i soggetti sui quali incombono tali obblighi di attivarsi, sono state formulate due teorie. La prima, la teoria formale, più rispettosa del principio di riserva di legge, per cui un obbligo rilevante ex articolo 40 c.p., può nascere solo dalla legge, penale o extrapenale, o dal contratto. La teoria funzionale, invece, si aggancia alla base fattuale e non alla giuridicità della fonte, riferendosi al criterio sostanziale dell'effettività del dominio del garante sui fattori causativi dell'evento.

In questa sede, più in particolare, siamo chiamati a soffermarci sulla responsabilità che può derivare in caso di incompleta o inesatta informazione commerciale.

Preliminarmente, occorre sottolineare come tutta questa materia abbia subito un effettivo impulso proprio grazie all'intervento del legislatore comunitario che, considerando il fatto che il consumatore è spesso ed innegabilmente la parte contrattuale più debole, in determinati settori, particolarmente delicati, ha attribuito, per una sua massima tutela del consumatore, ai professionisti con i quali egli viene in rapporto, una speciale posizione di garanzia, proteggendoli, così facendo, dal rischio latente di abusi contrattuali.

Sinteticamente, infatti, si può osservare come il Codice civile prima, lo Statuto dei Consumatori poi, ed infine il Codice di Consumo, emesso nel 2005 con il D.Lgs. 206, hanno di fatto recepito le direttive comunitarie, diventando oggi i riferimenti normativi ai quali ispirarsi per individuare e tutelare le posizioni giuridiche del consumatore.

In tal modo, perciò, sono stati codificati gli obblighi d'informazione, a protezione della parte contrattuale più debole, al fine di riequilibrare le evidenti asimmetrie informative. Tali obblighi costituiscono, in sostanza, un precipitato del dovere di correttezza e buona fede risolvendosi in obblighi

di protezione imposti sia nella fase delle trattative che in quelle della formazione e nell'esecuzione del contratto.

**Nella prima fase**, essi attengono ad esigenze di chiarezza e trasparenza finalizzate al buon esito delle trattative oltre che di garanzia per la più ampia e consapevole scelta autodeterminativa in ordine all'assunzione del vincolo contrattuale.

**Nella seconda fase** attengono ad esigenze di conoscenza del contenuto programmatico del contratto, di solito unilateralmente predisposto da un professionista e soprattutto del complesso di diritti ed obblighi che ne scaturiscono.

**Nella terza fase** si giustificano nell'ottica di una continua esigenza di adeguamento dell'esecuzione del rapporto contrattuale a fronte di sopravvenienze che possono determinarne la modificazione o l'inattuazione.

Fatto questo breve, ma doveroso, excursus storico che ha consentito al consumatore di poter usufruire di effettivi strumenti di tutela, occorre soffermarci sulla responsabilità da incompleta o inesatta informazione commerciale, rilasciata da chi, invece, è chiamato per legge a salvaguardare e proteggere il consumatore-cliente, in quanto si tratta di soggetti professionisti, titolari, come detto, di una speciale posizione di garanzia e protezione.

E' bene premettere, anzitutto, che il contenuto del dovere d'informazione, nell'ambito dei rapporti negoziali, consiste nel rendere nota all'altro contraente ogni notizia rilevante ai fini della conclusione del contratto. Tale obbligo è, in sostanza, espressione specifica di quel più generale dovere di buona fede ed ha un ruolo accessorio e strumentale, atto a condurre le parti alla conclusione consapevole di un contratto valido. La carenza d'informazioni è, infatti, una delle più frequenti cause di squilibrio contrattuale, in quanto solo chi è correttamente informato è in condizione di tutelare efficacemente i propri interessi.

Proprio per questo, il diritto all'informazione costituisce uno dei pilastri sui quali si fonda la tutela del consumatore, rientrando nei più generali obblighi di protezione della parte contrattuale più debole.

**Il dovere d'informazione ed il correlativo diritto di essere informati, è doveroso fornirlo nell'intero iter contrattuale ed infatti può rilevare in diverse fasi,** in quanto si può collocare tanto in una fase anteriore all'istaurarsi del rapporto precontrattuale, è questa la fase contrattuale "generica" in cui, cioè, si pongono le basi per un'eventuale trattativa futura e nella quale è obbligatorio fornire le principali caratteristiche dei beni e dei servizi, quanto in una fase precontrattuale vera e propria, nella quale, con corretti obblighi informativi, si rende possibile una trattativa rispondente ai principi della par condicio, proprio perché si evita ogni sorpresa dovuta ad un'asimmetria informativa, garantendo, così, la trasparenza nella contrattazione, impedendo l'altrui reticenza, ai sensi dell'articolo 1439 c.c. Se ricondotti agli obblighi di protezione posti a presidio anche della fase delle trattative e della formazione del contratto, una volta concluso il contratto, i doveri di salvaguardia in cui si sostanziano, ex artt. 13337 e 1338 c.c. si trasformano in veri e propri obblighi giuridici ex artt.1175 e 1375 c.c. nell'un caso venendo in rilievo, in caso di loro inosservanza, la violazione del divieto del *neminem laedere* di cui all'art.2043 c.c., nell'altro, la violazione dell'art.1218 c.c.

La nozione di trasparenza contrattuale, per essere di efficace portata, e non tradursi solo in una formula meramente teorica, deve comportare che il contenuto del contratto sia chiaro, onde evitare l'insorgere di qualsiasi dubbio interpretativo, e comprensibile da parte di qualunque soggetto, anche se non particolarmente esperto (ciò è particolarmente avvertito soprattutto se i contratti sono scritti, tanto che si è addirittura parlato di un vero neo formalismo, di matrice comunitaria con funzione protettiva). In particolare, il legislatore comunitario è partito dal fatto che l'asimmetria informativa è una delle principali cause di fallimento del mercato ed ha rielaborato i tradizionali obblighi d'informazione imposti ai contraenti, per ridurre la disparità che spesso c'è tra di loro, soprattutto nei contratti di consumo, in cui la controparte è un professionista ed in cui l'obbligo in oggetto si può disattendere sia con informazioni false, che attraverso omissioni ingannevoli.

Varie sono le fonti comunitarie recepite da noi, basti pensare a quelle in tema di pubblicità ingannevole, che sanzionano il messaggio che può indurre in errore e pregiudicare le scelte in merito all'adesione al contratto

(si pensi, ad esempio, al D.Lgs. 74/1992, novellato con il D.Lgs. 67 del 2000, testo di legge questo, esemplificativo della tendenza, ormai consolidata, a spostare la tutela delle posizioni soggettive nei confronti dell'obbligo d'informazione, soprattutto nell'ambito dei rapporti commerciali e professionali, dall'ambito contrattuale o precontrattuale, ad una fase ancora precedente, ossia al momento della diffusione delle notizie-informazioni induttive all'approccio contrattuale); oppure le norme sulle vendite fuori dai locali commerciali, che impongono la conoscenza dei diritti a tutela del consumatore, e stabiliscono la possibilità di avere un diritto al ripensamento sull'acquisto effettuato, entro un determinato lasso di tempo. Così anche il codice del consumo prevede un diritto ad esperire un'azione individuale e collettiva, ad inibizione di comportamenti scorretti, o la legge sulla subfornitura, che impone la forma scritta per tali contratti, in quanto sancisce la nullità per difetto di forma o nel caso in cui il prezzo o altri elementi importanti non siano determinati in modo chiaro e comprensibile.

L'esigenza di riempire tale divario informativo è particolarmente avvertita nei contratti d'opera professionale, regolati dall'articolo 2229 e seguenti del c.c, nei quali la prestazione richiede un alto grado di cultura e conoscenze tecniche e professionali, alla quale, dunque, occorre adempiere con quella diligenza qualificata di cui al secondo comma dell'articolo 1176 del c.c. Occorre, quindi, che colui che fornisce tale prestazione sia un professionista qualificato, iscritto in appositi albi, che assume ad una posizione di garanzia, essendo egli stesso garante della controparte contrattuale.

Ci si riferisce, in sostanza, all'attività degli intermediari finanziari, e, cioè, di soggetti iscritti presso appositi registri per l'attività professionale qualificata che svolgono attività di investimento su strumenti mobiliari, in favore degli investitori-risparmiatori.

Le banche, infatti, possono vendere prodotti finanziari ai clienti sia mediante la sollecitazione al pubblico risparmio, sia mediante una negoziazione a base individuale. Nel primo caso troverà applicazione il Regolamento della Consob n.11971 del 1999 emanato in attuazione degli artt. 94 e seg. del TUF che impone la pubblicazione del prospetto informativo.

Nel secondo caso, la disciplina è contenuta nel Reg. Consob n.16190 del 2007 che, recependo la direttiva MIFID, ha sostituito il Reg. Consob n.11522 del 1998, emanato in e degli art.21 e segg. del TUF che impone a tutti gli intermediari specifiche regole di comportamento, e le esigenze di tutela dell'investitore finale sono, dunque, assicurate dal complesso degli obblighi posti a carico degli intermediari. Egli è tenuto a predisporre appositi documenti, come quello sui rischi generali dell'investimento, la scheda per l'individuazione del profilo del cliente e, inoltre, sui singoli ordini di negoziazione degli strumenti finanziari, deve apporre un visto che attesti l'adeguatezza dell'operazione, riguardo ai profili della tipologia, dell'oggetto, della dimensione e della frequenza.

Dunque, l'intermediario deve assolvere a numerosi e complessi obblighi di informazione per garantire una consapevole e completa informazione sui diritti e sugli obblighi nascenti dal contratto.

A tal proposito, s'inserisce il discorso relativo alla responsabilità dell'intermediario finanziario, a fronte di una carenza d'informazioni in merito al rischio economico, coinvolgente l'utente-risparmiatore, sua controparte contrattuale.

Il testo unico in materia d'intermediazione finanziaria (d.Lgs. 58 del 1998) valorizza proprio il ruolo dell'informazione nel mercato finanziario e prevede l'imposizione di obblighi informativi tra intermediari e consumatori, prima dell'acquisto di titoli e della stipula del relativo contratto.

Occorre, dunque, che l'intermediario suggerisca al risparmiatore gli investimenti per lui più giusti, tant'è che in dottrina c'è chi ha detto che egli abbia l'obbligo "d'informarsi per informare", ovvero deve parametrare l'operazione economica suggerita all'utente alla sua stessa attitudine al rischio, onde evitare l'insorgere di una colpa professionale, a lui addebitabile.

In particolare, la contrattazione tra intermediario finanziario ed il consumatore-risparmiatore, si articola in un contratto quadro, concernente la prestazione di servizi d'investimento e che dev'essere stipulato in forma scritta, trattandosi di un contratto di durata, proprio perché le operazioni finanziarie sono a lungo o medio termine, ed i singoli contratti a valle, con

i quali il consumatore, tramite l'intermediario ed in esecuzione del contratto, acquista i singoli titoli.

Ciò premesso, occorre vagliare le conseguenze in caso di mancata comunicazione al consumatore delle informazioni necessarie per un affare consapevole.

Una parte della dottrina ritiene che sia ravvisabile, in capo a tali soggetti una sorta di responsabilità di tipo precontrattuale, ma non riesce a spiegare in che termini possa trovare applicazione l'art.1337 c.c. qualora venga stipulato un contratto formalmente valido.

Sia la dottrina che la giurisprudenza, tuttavia, ritengono che non osta alla configurabilità della responsabilità contrattuale l'avvenuta stipulazione del contratto. Infatti, la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, assume rilievo non soltanto in caso di rottura ingiustificata delle trattative, ovvero qualora sia stipulato un contratto invalido o inefficace, ma anche se il contratto concluso sia valido e, ciò nonostante risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto; in tale ipotesi, il risarcimento del danno deve essere commisurato al minor vantaggio, ovvero al maggiore aggravio economico prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede, salvo che sia dimostrata l'esistenza di ulteriori danni che risultino collegati a tale comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto.

L'accoglimento della tesi della responsabilità precontrattuale ripropone, inoltre, i problemi di inquadramento nell'ambito della responsabilità contrattuale o extracontrattuale.

In effetti, l'intermediario opera sulla scorta di un particolare affidamento, cui deve corrispondere una condotta improntata ai principi di correttezza, trasparenza e diligenza nell'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati. E' per tali ragioni che il rapporto che si instaura con i risparmiatori può considerarsi come contatto sociale qualificato, in grado di far sorgere obblighi di protezione tali da salvaguardare il risparmiatore.

Un'altra soluzione è la nullità e prende le mosse dal fatto che la norma che impone l'obbligo d'informazione nei confronti del consumatore è una

norma imperativa e di protezione e la sua violazione comporta una nullità relativa o virtuale.

Quando si parla di nullità di protezione o relativa, si fa riferimento a quel regime speciale d'invalidità posto a tutela della parte contrattuale più debole e, dunque, più esposta ad abusi contrattuali, regime questo, sancito definitivamente con l'articolo 36 del codice del consumo, che ha recepito l'articolo 1469 quinquies del c.c. Questo tipo di nullità speciale, parziale proprio perché non investe l'intero contratto nella sua totalità, e relativa, perché non può essere rilevata da tutti indiscriminatamente, ma solo da colui il quale ha un effettivo interesse al suo esperimento, è posta a presidio del consumatore ed è stata sollecitata proprio dalla normativa comunitaria.

In tal modo, dunque, la tutela da formale diventa sostanziale, perché si consente di applicare il contratto depurato dalla clausola lesiva degli interessi del soggetto economicamente più debole, anche se, comunque, in presenza di vizi gravi, contenutistici o formali, la nullità continua necessariamente ad investire l'intero contratto.

Sono state tante, tuttavia, le critiche di fondo mosse al concetto di nullità di protezione per difetto d'informazione, tra queste, in particolare, si è sottolineato soprattutto la rigidità di tale sanzione, che consegue in via automatica alla violazione della norma imperativa, non consentendo altri meccanismi repressivi dei comportamenti scorretti. Difficile è stato, inoltre, conciliare tale tipi di nullità, esperibile solo dalla parte contrattuale che è stata da essa lesa, con il principio generale di rilevabilità d'ufficio della nullità da parte del giudice.

Fondamentalmente, dunque, occorre intendere come la rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione ad opera del giudice, si giustifica in un'ottica di strategia giudiziaria, a rafforzamento e supporto della tutela del consumatore che non l'abbia impugnata da solo.

L'interprete agisce, in sostanza, per ridimensionare le clausole gravatorie della posizione giuridica del contraente più debole, ma per il principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, potrà fare ciò solo qualora sia stato chiesto in giudizio dal professionista l'adempimento del contratto e l'esecuzione della clausola abusiva. Il giudice, dunque, potrà imporre

l'adempimento del contratto, che sia stato depurato, perciò, dalla clausola nulla.

Anche la Corte di Cassazione, intervenuta su tale aspetto, (con pronuncia 19 dicembre 2007, n.26724), ha stabilito che la violazione del dovere di informare il cliente e del divieto di effettuare operazioni in conflitto di interessi con lo stesso o inadeguate al suo profilo patrimoniale, non determinerebbero la nullità del contratto di intermediazione finanziaria per violazione di norma imperativa, afferendo tale sanzione ad un vizio genetico dello stesso non ad un vizio funzionale. I doveri di correttezza comportamentale afferirebbero, dunque, alla fase contrattuale vera e propria.

Secondo una diversa impostazione, la mancanza di informazioni integra l'inadempimento di un obbligo contrattuale che, se grave, comporta una risoluzione del contratto, con i relativi obblighi restitutori e risarcitori. La violazione di tali doveri, in sostanza, se realizzata nella fase precedente o coincidente alla stipulazione del contratto daranno luogo alla responsabilità precontrattuale con il conseguente obbligo di risarcimento dei danni; viceversa, se realizzata nella fase di esecuzione del contratto, verrà in rilievo una responsabilità contrattuale per inadempimento o inesatto adempimento, con conseguente possibilità di risoluzione del contratto stesso e con il correlativo obbligo di risarcimento dei danni.

Tuttavia, così, il consumatore subirebbe un aggravio della sua posizione processuale, in quanto l'azione di risoluzione, a differenza di quella di nullità, è soggetta a prescrizione, ed inoltre dovrà provare in giudizio l'importanza dell'inadempimento, cosa che non è sempre facile.

Un'altra strada mira a sanzionare la mancanza dell'obbligo informativo solo dal punto di vista risarcitorio, e si basa sull'articolo 1440 del c.c. relativo al dolo incidente, vizio che non comporta invalidità del contratto, ma il solo rimedio risarcitorio, articolo che assurge, perciò, a regola generale. La responsabilità che ne deriva è, dunque, analoga a quella che il consumatore può fare valere in caso di violazione dell'obbligo informativo, in quanto il contratto è sì valido, ma il suo contenuto è inidoneo a realizzare i suoi effettivi interessi ed è pregiudizievole. Si può parlare, in sostanza, di una sorta di responsabilità precontrattuale "oggettiva".

Certo è che il danno patrimoniale che subisce l'utente risparmiatore è risarcibile tanto sotto il profilo del lucro cessante, quanto del danno emergente e l'onere probatorio graverà sul professionista, che dovrà dimostrare di aver informato in maniera adeguata ed efficace.

In merito all'entità del danno da risarcire, se si ragiona nell'ottica dell'interesse precontrattuale, il danno dovrebbe essere commisurato all'interesse negativo, ma ciò non è configurabile, perché non c'è lesione del diritto a non essere coinvolti in trattative inutili, dato che il contratto è stato stipulato. Tuttavia, altrettanto inesatto è parlare d'interesse positivo, perché non c'è alcuna in esecuzione contrattuale, ma piuttosto ci si lamenta per la non vantaggiosità del contratto. Più condivisibile appare la tesi della più recente giurisprudenza, secondo la quale andrebbe risarcito l'interesse differenziale, come nell'azione quanti minoris della compravendita. Il danno risarcibile, dunque, sarebbe commisurato al maggior vantaggio o al minor danno che il consumatore avrebbe tratto dal contratto, se fosse stato adeguatamente informato.

La responsabilità dell'intermediario, inoltre, sarà solidale con quella della società d'intermediazione finanziaria e dell'istituto bancario, a rafforzamento massimo della tutela dell'utente che, in tal modo, potrà rivalersi nei loro confronti, essendo garantito da un doppio patrimonio.

Spostandoci adesso su un altro aspetto, ovvero sulla responsabilità della Consob per errato prospetto informativo ed omesso controllo sullo stesso, occorre dire che tale Autorità amministrativa indipendente (altrimenti detta Authority) è chiamata per legge ad esercitare un controllo di tipo tecnico sulla congruenza dei dati forniti agli utenti-risparmiatori sui prospetti informativi ed i dati di bilancio, rivestendo, in sostanza, una posizione di garanzia nei loro confronti, a tutela di interessi diffusi. Qualora, invece, la Consob tenga un comportamento inerte ed omissivo, sarà ascrivibile anche in tal caso una responsabilità da false ed inesatte informazioni commerciali, qualora si dimostri, però, la sussistenza del nesso di causalità tra l'acquisto dei valori mobiliari da parte degli utenti privati ed i comportamenti di omesso controllo istituzionale posti in essere dalla Consob, l'Autorità di vigilanza sulla società e la borsa sarà responsabile in via extracontrattuale per il danno procurato agli utenti a seguito del controllo parziale ed incompleto.

Occorre, infatti, scindere il rapporto tra la Consob e gli operatori professionali nel settore del mercato mobiliare, ovvero gli intermediari finanziari, ed il rapporto della Consob con i risparmiatori o investitori, cioè gli utenti privati.

In relazione ai primi, infatti, come visto precedentemente, in caso di carenza informativa, emergerà una responsabilità contrattuale nei confronti degli utenti privati che lamentino l'insorgere di un danno economico da carenza informativa, ma, d'altro canto, proprio gli intermediari finanziari potranno a loro volta rivalersi eventualmente sulla Consob che non abbia adeguatamente sorvegliato sui prospetti informativi da loro diffusi.

**Per quanto riguarda, invece, il rapporto tra l'utente-risparmiatore, leso nella sua libertà di autodeterminazione all'investimento proprio dall'inesatta o carente informazione e la Consob stessa,** occorre sottolineare come i primi siano i beneficiari finali dell'intera attività posta in essere dall'Authority, pur non essendo direttamente legati da un rapporto di natura contrattuale con la stessa, e ciò si giustifica in virtù del fatto che la Consob è titolare di una posizione di garanzia nei confronti di tutti i risparmiatori e, perciò, sarà eventualmente a lei imputabile per responsabilità da contatto sociale qualificato, il danno economico lamentato dagli utenti-risparmiatori.

Più di recente si è sostenuto che i risparmiatori vantano una posizione di diritto soggettivo nei confronti della Consob che è tenuta a proteggerli garantendo l'affidabilità dei prospetti informativi e la loro conformità alle prescrizioni di legge e di regolamento. Il danno, eventualmente dagli stessi lamentato, infatti, deriva non dall'esercizio di un potere, ma dal mancato adempimento di un dovere.

Anche gli intermediari finanziari possono dolersi dell'inadeguato controllo da parte dell'autorità di vigilanza, qualora, sulla base di tali dati, consiglino ai risparmiatori degli investimenti dannosi. Essi, comunque, secondo l'orientamento della Corte vanterebbero solo un interesse legittimo nei confronti della Consob.

Infine, sulla responsabilità da false o incomplete informazioni commerciali fornite da un soggetto qualificato, qual è la banca, informazioni sempre più spesso richieste dai contraenti, al fine di acquisire quelle notizie sulla

situazione patrimoniale ed imprenditoriale dei propri contraenti e per valutare l'opportunità e la convenienza del contratto. Occorre sottolineare come tali informazioni commerciali, nel caso in cui si rivelino false o inesatte, pongono il problema di valutare la responsabilità dell'istituto bancario che le ha fornite. Tale tipo d'indagine, infatti, dovrà farsi caso per caso, tenendo conto della natura dei contraenti e del rapporto che li lega: potrà, infatti, essere stato stipulato tra le parti un vero e proprio contratto atipico, in cui la banca si impegna a fornire le informazioni richieste (cosa che comporterà, eventualmente, una sua responsabilità contrattuale, ai sensi dell'articolo 1218 c.c.); mentre diversa è l'ipotesi in oggetto, qualora tra banca e cliente corra solo un rapporto di cortesia, o se le informazioni siano state fornite in virtù di una prassi consolidata, in quanto in tali casi, la banca sarà considerata alla stregua di un soggetto terzo, rispetto al contratto da concludersi, nascendo una responsabilità precontrattuale.

Si distingue, a tale riguardo, l'informazione che è resa in via amichevole o a titolo di mera cortesia, l'informazione-prodotto che rileva allorquando si diffondono notizie volte a pubblicizzare certi prodotti ed a favorirne la diffusione sul mercato, l'informazione-servizio, che si inquadra in un vero e proprio servizio pubblico.

L'informazione-prodotto e l'informazione-servizio presuppongono che la notizia provenga da un soggetto professionalmente qualificato e vengono a creare un ragionevole affidamento in capo ai soggetti che, sulla base di tali notizie, procedono alla stipula di un contratto.

Per valutare, dunque, la responsabilità della banca dovrà, preliminarmente, verificarsi se le informazioni siano state fornite spontaneamente dalla banca o, invece, richieste dal cliente, e inoltre, per determinare la misura dell'affidamento, dovrà valutarsi la professionalità del soggetto che fornisce le informazioni e l'oggetto della notizia, essendoci sicuramente maggiore affidamento in quelle notizie che richiedono una mera ricognizione, non così, invece, quando sia necessaria anche un'attività di valutazione da parte della banca.

**Un ultimo aspetto da approfondire emerge quando la banca abbia rilasciato un benefondi errato.** In pratica, pur non rilevando in capo alla banca un esplicito obbligo giuridico di fornire informazioni in merito alla

presenza di fondi nel conto di un proprio cliente, si ritiene che la stessa sia comunque tenuta a fornire informazioni esatte al fine di assicurare la sicurezza dei traffici.

A prescindere da una prassi in tal senso, il problema viene risolto sulla base dell'esistenza del cd. contatto sociale qualificato che viene ad instaurarsi tra le due banche, che, in sostanza, fanno affidamento sulla reciproca correttezza comportamentale. Inoltre, l'informazione riguardante l'esistenza o meno di un'adeguata provvista economica è un'informazione specifica ed elementare che non presuppone alcun elemento valutativo da parte del soggetto a cui viene rivolta la richiesta.

Nell'ambito delle società collegate per conseguire finanziamenti bancari, particolare rilevanza assumono le cd. lettere di patronage. Esse hanno la funzione di garanzia personale atipica e di strumento di promozione del credito. Sono dichiarazioni di gradimento che, di regola, una società cd. controllante invia a una banca al fine di presentarle un'aspirante cliente (che di solito è una società controllata), al fine di indurla a concederle credito, assicurando che essa potrà far fronte ai propri impegni in caso di conclusione di contratti di finanziamento.

**Il problema del tipo di responsabilità sussiste anche nel caso delle “lettres di patronage”.** A tal proposito, secondo quanto più volte ribadito dalla giurisprudenza di legittimità, occorre distinguere tra le lettere forti, ossia quelle che contengono enunciazioni sulla consistenza patrimoniale e sulla solvibilità; e lettere deboli, aventi ad oggetto solo la posizione societaria. In particolare, infine, dalle prime può nascere solo un obbligo indennitario, riconducibile alla promessa per fatto del terzo, mentre dalle seconde può derivare, tutt'al più, una responsabilità per non corretta informazione precontrattuale.

Nei casi in cui vengano fornite false informazioni dalla società capogruppo relativamente alle condizioni patrimoniali, economiche e finanziarie del contraente, alla consistenza della partecipazione della società controllante nella società controllata e, conseguentemente, all'affidabilità e serietà della società stessa al fine di ottenere un finanziamento e tali informazioni siano in grado di influenzare la decisione dell'ente finanziatore, incidendo sul processo formativo del contratto tra quest'ultimo ed il soggetto patrocinato,

"creando ragionevoli aspettative sul buon esito dell'operazione" viene a configurarsi una responsabilità di tipo precontrattuale per lesione della libertà negoziale da non corretta informazione.

E' indubbio, comunque, che la dichiarazione crei nella banca un affidamento sul buon esito dell'operazione che legittimerebbe l'applicazione degli artt.1337 e 1338 c.c.

### **La responsabilità civile da contatto sociale nei rapporti bancari**

Che il sistema italiano di finanziamento stia attraversando una fase di trasformazione che influisce su molti aspetti del rapporto con l'impresa è ormai un fatto noto. Diversi sono i fattori che intervengono su tale processo di cambiamento. In primo luogo va rilevato come la situazione finanziaria delle imprese sia entrata da tempo in una condizione di crescente difficoltà: l'inversione del ciclo dei profitti verificatosi dalla fine degli anni ottanta ha fortemente ridotto il potenziale di sviluppo autonomo; il rapporto tra autofinanziamento e investimenti è passato in pochi anni da 0,1 a 0,8 e tende a diminuire progressivamente. Contemporaneamente, il declino della residua capacità di reperire capitali nel mercato mobiliare accentua gli squilibri e i limiti del modello di sviluppo finanziario delle imprese. Ma il segnale più immediato del malessere che affligge il rapporto banca-impresa è offerto dalla lettura dei dati relativi ai prestiti in sofferenza e alle perdite su crediti<sup>2</sup>. Il ciclo dei profitti rappresenta il fattore più immediato dell'aumento del rischio di credito. Da un lato, infatti le imprese sono costrette ad una crescente dipendenza dal finanziamento esterno per sostenere lo sviluppo, dall'altro la mancanza dei circuiti di capitale proprio restringe le scelte possibili.

Diventa così inevitabile ricorrere all'aumento dell'indebitamento in concomitanza con la riduzione del cash-flow. Ciò comporta, come è noto, una duplice conseguenza: sul piano degli investimenti, che vengono sacrificati per evitare un appesantimento del rischio finanziario, sul piano della capacità di far fronte ai debiti in essere per quelle imprese che già di per sé non hanno margini di flessibilità finanziaria.

Agli elementi sin qui richiamati, che riguardano essenzialmente il sistema impresa ne vanno aggiunti altri che riguardano invece il sistema banca: la

progressiva perdita di potere contrattuale e quindi la minore capacità di selezione della domanda, dovute principalmente a tre fattori:

1. la tendenza a finanziare imprese illiquide perché tendenzialmente sottocapitalizzate;
2. la conseguente creazione di impieghi a rischio crescente;
3. la necessità di incrementare gli impieghi a causa della lievitazione dei costi fissi anche in relazione al fenomeno di polverizzazione degli sportelli pur essendo prevalsa la scelta dello "sportello leggero").

Ciò ha comportato inevitabilmente un aumento del grado di rischio di "incidenti" nello svolgimento del rapporto, con tutte le conseguenze anche in termini dell'eventuale responsabilità del sistema bancario sia nei confronti dell'impresa affidata sia nei confronti dei terzi. **Il pensiero come ancora una volta a due ipotesi-limite: quella della responsabilità per la revoca improvvisa dell'affidamento e quella della responsabilità per aver continuato a concedere credito ad un'impresa in crisi, consentendone la sopravvivenza "artificiosa" a danno di altri creditori.** Di recente la Corte di Cassazione ha definitivamente riconosciuto la responsabilità di un istituto di credito per aver determinato il dissesto di un noto gruppo imprenditoriale, dichiarato insolvente sul finire degli anni '70, in conseguenza della mancata erogazione di un finanziamento che avrebbe consentito il risanamento del gruppo.

Al contempo il dissesto di alcuni tra i primari gruppi imprenditoriali italiani ha reso più che mai vivace ed attuale il dibattito a proposito delle ragioni che possano aver indotto, soprattutto negli anni più recenti, la maggior parte del sistema bancario a continuare a concedere credito a strutture imprenditoriali rivelatesi poi, anche a breve distanza di tempo, in grave stato di difficoltà se non addirittura irrimediabilmente compromesse.

La questione è assai complessa: in entrambi i casi infatti, non si mette in discussione il comportamento della banca, bensì la presenza di un eventuale abuso nella realizzazione di tale comportamento: il confine tra i due momenti non è sempre facile da tracciare.

Rispetto a qualche anno fa, quando lo scenario dell'individuazione di concrete fattispecie di responsabilità della Banca appariva altamente

improbabile, oggi si assiste ad un diverso contesto sia normativo che giurisprudenziale che vede la riconducibilità di comportamenti inerenti a due ipotesi – limite sopra descritti ( improvvisa e ingiustificata revoca degli affidamenti da un lato ed elargizione abusiva del credito) nell'area dell'illecito e quindi nella responsabilità extra contrattuale..

Alla prima ipotesi è riconducibile un'intera gamma di comportamenti, che vanno da] recesso da un contratto di apertura di credito, all'improvvisa osservanza rigorosa dei limiti dell'affidamento concesso, dopo aver tollerato la frequenza degli sconfinamenti, fino a[ mancato adeguamento di un finanziamento erogato in vista di un determinato programma economico e rivelatosi insufficiente nel corso della sua realizzazione.

Si tratta di fattispecie di per sé alquanto eterogenee, che presentano però un denominatore comune: quello della possibilità di imputare alla banca a titolo di responsabilità, le conseguenze del dissesto provocato dall'esercizio di un potere discrezionale nella concessione del credito.

A tale fenomeno economico corrisponde un più sofisticato concetto di insolvenza, intesa non più come un mero squilibrio patrimoniale tra mezzi liquidi propri e passività, ma come mancanza di flussi finanziari anche se derivanti da indebitamento a breve.

La questione dell'eventuale responsabilità della banca per il dissesto provocato dal rifiuto o dall'improvvisa interruzione del credito si presenta sotto alcuni aspetti analoga a quella della responsabilità della banca per la concessione abusiva di credito.

Con tale espressione, come è noto, si fa riferimento alla situazione che si verifica qualora una banca, mediante l'elargizione del credito, sostenga un'impresa già in stato di insolvenza e successivamente assoggettata ad una procedura concorsuale, causando in tal modo un danno ai creditori dell'imprenditore, ingannati da una prosperità artificiale.

Il comportamento dell'ente creditizio nella prima delle due fattispecie richiamate può essere esaminato sotto il duplice profilo della responsabilità contrattuale (per il danno causato all'impresa) e della responsabilità extracontrattuale (per il danno subito dai terzi a seguito dell'improvvisa perdita di credito dell'impresa). L'eventuale

responsabilità da concessione "abusiva" di credito offre spunti di analisi principalmente sotto il profilo dell'illecito extracontrattuale, con riguardo ai danni subiti dai terzi, in conseguenza del mantenimento in vita di un'impresa già insolvente.

### **3. La responsabilità (contrattuale) della banca per l'ingiustificata revoca dell'affidamento.**

L'ipotesi di responsabilità dell'ente creditizio per inadempimento contrattuale nei confronti dell'imprenditore indebitamente privato dell'affidamento, deve essere analizzata non solo sotto il profilo della rigorosa definizione dei termini del rapporto contrattuale, ma soprattutto sotto quello, più ampio, della loro valutazione alla luce del principio di buona fède e dell'obbligo di correttezza nel suo svolgimento. Infatti, con riferimento all'esigenza di una definizione del rapporto contrattuale in termini di maggior chiarezza, il legislatore è intervenuto dapprima con la legge n. 154 del 17.2.1992, e successivamente con il Testo Unico (D.Lgs. 1.9.1993. n. 385), rendendo obbligatoria l'adozione della forma scritta per la stipulazione dei contratti relativi alle operazioni ed ai servizi bancari e finanziari, disciplinando le modalità di determinazione del contenuto del contratto (con particolare riferimento al "costo globale" del credito, alle

modificazioni contrattuali, allo ius variandi e mettendo finalmente la parola fine alla "storia infinita" della invalidità (o meno) della fideiussione omnibus, essendo stata prevista come elemento necessario l'indicazione nel contratto dell'importo massimo garantito.

Tali innovazioni legislative sono destinate ad incidere prevalentemente sul momento genetico del rapporto negoziale ovvero sulle modificazioni successivamente intervenute; meno incisivo potrà invece essere l'effetto delle disposizioni richiamate sullo svolgimento del rapporto. Se non vi è dubbio infatti che una più rigorosa determinazione dei termini contrattuali possa ridurre le probabilità di insorgenza di ostacoli nella fase della successiva esecuzione. è altrettanto vero che le modalità di svolgimento del contratto dipendono principalmente dal rispetto di clausole generali quali la correttezza e la buona fede. Infatti, l'individuazione di un dovere di comportamento a carico della banca volto a garantire l'aspettativa di non interruzione o, se del caso, di adeguamento del flusso finanziario in assenza

di sintomi che alterino in maniera grave e definitiva le previsioni di rischio, diviene un punto di passaggio obbligato per l'affermazione della eventuale responsabilità per l'interruzione abusiva del credito.

E' pacifico che nel nostro ordinamento non è mai ipotizzabile una responsabilità della banca per il rifiuto di instaurare ex novo un rapporto creditizio

Ciò premesso è opportuno ricordane le tre distinte ipotesi alle quali può essere ricondotta la cosiddetta interruzione abusiva del credito: a) il rifiuto di adeguamento della linea creditizia in atto; b) la mancata ulteriore tolleranza di "sconfinamenti"; c) la revoca o riduzione del fido concesso.

a) Per quanto concerne il comportamento della banca consistente nel rifiuto di adeguare il finanziamento a suo tempo concesso alle nuove o comunque alle reali esigenze dell'impresa, l'ipotesi di una responsabilità della banca per inadempimento contrattuale è a nostro parere assai remota. Senza prendere posizione sul dibattuto problema del ruolo che la specifica destinazione gioca nella struttura del contratto di finanziamento, la sola conseguenza che può derivare dalla constatazione della inadeguatezza della somma erogata è quella del diritto, a favore dell'impresa alla risoluzione anticipata del rapporto, nonostante che il termine si debba ritenere fissato a favore di entrambe le parti (art. 816 cod.civ.) Ad analoga conclusione circa l'inesistenza di un dovere di integrazione del finanziamento si perviene facendo riferimento agli artt.1175 e 1375 cod. civ. Infatti tali norme, che attengono non all'interpretazione, ma all'esecuzione del contratto, non tendono ad ampliare gli effetti che ex lege derivino dal rapporto in essere, quanto piuttosto a fornire al giudice un criterio di valutazione del comportamento delle parti che trascende l'ambito di applicazione dello stesso diritto. Il voler far discendere dal richiamo a queste clausole generali un dovere a carico dell'ente creditizio di adeguare l'intervento alla maggior somma necessaria alla realizzazione dello scopo originario non soltanto rappresenta un'interpretazione scorretta della suddetta norma, in quanto ne deriverebbe un indebito ampliamento dell'oggetto dell'obbligazione, ma porta altresì a riconoscere una regola non correttiva dello stesso diritto, quanto piuttosto derogativa del già richiamato principio che rimette alla libera determinazione della banca la concessione del finanziamento.

b) Più complessa appare la seconda ipotesi di interruzione "abusiva" del credito, cioè quella della mancata ulteriore tolleranza di sconfinamenti. Tale fattispecie si differenzia dalla precedente in quanto ha come presupposto la richiesta non di un ulteriore intervento creditizio, ma del mantenimento del flusso di disponibilità finanziaria esistente. Un'osservazione preliminare si rende opportuna: l'introduzione dell'art. 3 della L.17/2/92 n.154 (corrispondente all'art.117 del Testo Unico), che prevede che tutti i contratti debbano essere redatti per iscritto, potrebbe indurre a ritenere risolto il problema degli sconfinamenti. Nella realtà è poco realistico ritenere che una questione così complessa, sia per le diverse sfumature che a seconda dei casi può presentare, sia per la frequenza con la quale si verifica, possa essere definitivamente risolta semplicemente imponendo di volta in volta la formalizzazione del rapporto. Di fatto, l'esperienza quotidiana induce a ritenere che, almeno per un certo periodo di tempo, la situazione non si discosterà sostanzialmente da quella che si verificava prima dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni

Come è noto gli sconfinamenti si realizzano tecnicamente grazie all'esecuzione di ordini di pagamento emessi nella forma di assegni bancari al di là della provvista esistente (salvo il caso in cui sia stato concesso, in eccedenza alla provvista, un fido per elasticità di cassa, di solito di importo ridotto, a copertura di momentanee carenze di valuta disponibile con l'obbligo quindi di copertura quasi immediata). La tolleranza di tali sconfinamenti non configura sempre una concessione di un "fido di fatto" che possa dirsi illegittima nei confronti di un soggetto che versa in una preoccupante crisi di liquidità, nel qual caso un improvviso, richiamo nei limiti della provvista non può configurare un'ipotesi di responsabilità a carico dell'ente creditizio per difetto di colpa, ricorrendo in tali casi un'ipotesi giusta causa. Talvolta siffatto atteggiamento può invece corrispondere all'esigenza, nell'ambito di un rapporto contrattuale sostanzialmente corretto, di evitare ad un cliente ritenuto solvibile le conseguenze dannose di un protesto di assegni per mancanza di fondi ovvero di sopperire ad esigenze di cassa in attesa del perfezionamento della procedura di ampliamento dell'affidamento. Se pur è fuor di dubbio che non sorga, a fronte di tale prassi, anche se ripetuta, un diritto soggettivo del cliente alla sua osservanza, occorre d'altra parte verificare se, alla luce dei più volte richiamati principi di buona fede e di correttezza

nell'esecuzione del contratto, la banca sia tenuta a continuare in un comportamento che ha comunque creato un'aspettativa alla sua continuazione.

A questo punto si pone però necessaria un'osservazione, il già richiamato art.117 del decreto legislativo in materia di Testo Unico a proposito di forma dei contratti, dopo aver indicato la necessità della forma scritta, esplicitamente afferma la nullità dei contratti stipulati in violazione di tali disposizioni. Dal 1° gennaio 1994 (data di entrata in vigore del Testo Unico) la questione degli sconfinamenti potrebbe dunque assumere connotati diversi: il rischio legato alla tolleranza di ripetuti sconfinamenti non sarà più quello di creare una aspettativa di credito nei confronti del cliente, quanto piuttosto quello (ben più grave) della nullità del contratto sorto per fatti concludenti con la conseguenza della inesistenza di qualunque obbligazione in capo alle parti, salvo quella della restituzione da parte del cliente delle somme anticipate dalla banca.

Nessun'altra condizione contrattuale potrà farsi valere, in particolare per quanto riguarda l'applicazione del tasso di interesse.

c) L'ultima ipotesi. quella del recesso ingiustificato dall'apertura di credito, è sicuramente la più delicata, in quanto il comportamento della banca si traduce nell'interruzione di una situazione oggettiva giuridicamente preesistente e formalizzata. Un primo elemento, fondamentale per verificare l'esistenza dei presupposti per un'eventuale responsabilità della banca per il recesso dal contratto è la presenza o meno della giusta causa, in mancanza della quale il comportamento della banca potrebbe assumere quelle connotazioni sufficienti a qualificarlo come "abusivo" e, conseguentemente, idoneo a costituire un presupposto della responsabilità nei confronti della controparte.

E' stato detto in più occasioni che, alla base della revoca del fido, vi è sempre una motivazione seria, che può attenersi sia alla sfera economico-giuridica dell'accreditato (scarsa mobilitazione del conto e quindi presumibile tensione finanziaria, procedure monitorie o esecutive promosse nei suoi confronti da terzi, notizie preoccupanti circa le condizioni economiche), sia alla situazione dell'ente creditizio (disposizioni della

Vigilanza restrittive del credito, direttive per una maggior ripartizione del rischio, esigenze di riequilibrare il rapporto impieghi-massa fiduciaria).

E' evidente che l'esistenza o meno del requisito della giusta causa può emergere solo da una valutazione caso per caso, nella quale interviene come elemento determinante la diligenza professionale dell'operatore,

La deroga al regime legale che, come è noto, subordina il recesso dall'apertura di credito a tempo determinato alla presenza di una giusta causa, sembra trovare una giustificazione nell'espressione «salvo patto contrario» contenuta nell'art. 1845, primo comma cod. civ. Non è tuttavia questa la sede per riprendere il dibattito sorto a proposito dell'illegittimità costituzionale di tale inciso.

Considerata la limitata frequenza dei contratti di apertura di credito a tempo determinato, maggior rilievo assume, ai fini della questione qui esaminata, il problema della decorrenza degli effetti di un recesso immotivato, con particolare riguardo all'abolizione del termine di preavviso, di cui all'art. 1845 ultimo comma cod. civ., prevista dalla già richiamata clausola delle Norme, ai sensi della quale in ogni caso il recesso ha effetto di sospendere immediatamente l'utilizzo del credito concesso, indipendentemente dal verificarsi di una giusta causa. Infatti è proprio l'improvvisa interruzione del flusso finanziario che può avere gravi ripercussioni sull'equilibrio economico dell'impresa e dei terzi creditori. Se è pur vero che una parte della dottrina e della giurisprudenza è propensa a riconoscere validità alla clausola in questione, salva naturalmente la sua approvazione specifica ex art. 1341, secondo comma cod. civ. è altrettanto vero che si sono delineate anche posizioni in senso contrario.

Da un lato infatti si sostiene che, in considerazione della natura dei contratti bancari, le norme che proteggono il singolo accreditato sarebbero in re ipsa inderogabili, in quanto volte a tutelare un interesse che investe l'economia generale del Paese. Dall'altro si è posto l'accento sulla questione dell'abuso del diritto di recesso e della sua eventuale soluzione mediante la determinazione del concetto di giusta causa.

Se pure non' è facile prevedere quali potranno essere i successivi sviluppi in questo ambito, un noto caso giurisprudenziale verificatosi alcuni anni orsono induce a ritenere che la responsabilità dell'ente creditizio possa

trovane una collocazione proprio nella cornice interpretativa sin qui delineata. I profili esaminati nella sentenza riguardano infatti il comportamento della banca nell'esecuzione del contratto di finanziamento e la legittimità del recesso nei confronti del cliente poi fallito a causa dell'interruzione di tutte le linee di credito.

La pronuncia ha deciso che il diritto della banca fosse stato esercitato in contrasto con la buona fede. Infatti dalla lettura della motivazione si evince che il comportamento della banca è caratterizzato da colpa grave per non aver considerato: a) che a fronte di un'esposizione debitoria rilevante esisteva un ingente patrimonio immobiliare; b) che l'erogazione del credito durava ormai da anni ed era continuata senza alcuna cautela.

Di qui l'illegittimità della revoca in un unico contesto. Nella motivazione della sentenza assume un rilievo decisivo proprio la reiterazione del credito, con modalità tali da ingenerare nell'accreditato una certa sicurezza sulla disponibilità della banca a rinnovargli la fiducia. Ciò non significa, peraltro, che il cliente abbia, per il solo fatto della concessione del credito, un diritto alla prosecuzione del rapporto; la responsabilità della banca, infatti, non si fonda semplicemente sulla circostanza oggettiva della chiusura del credito, bensì sulla presenza di una serie di comportamenti precedentemente assunti dalla banca, idonei a far sorgere il ragionevole convincimento di poter contare sul credito.

#### **4. Profili di responsabilità extracontrattuale nei comportamenti "abusivi" della banca.**

Le fattispecie oggetto delle presenti note offrono spunti di maggior rilievo alla luce dell'evoluzione verificatasi nell'ambito della responsabilità extracontrattuale. E' evidente infatti che, sia in caso di ingiustificata revoca dell'affidamento sia in caso di concessione abusiva di credito ad un'impresa già in stato di insolvenza (o quasi), i terzi possono subire un danno, talora anche assai grave, conseguente alla non veritiera rappresentazione della realtà economica

dell'impresa. Sino ad alcuni anni orsono le ipotesi di responsabilità del sistema bancario sin qui delineate apparivano nell'ambito dell'ordinamento italiano ben poco realistiche sul piano della loro concreta attuazione.

Due elementi sembravano infatti costituire una barriera pressoché insormontabile: da un lato una legislazione tendente a proteggere il sistema bancario mediante una serie di disposizioni e di prassi consolidate, idonee a farne una sorta di sistema privilegiato, collocando al contempo i terzi in una posizione di "debolezza permanente"; dall'altro le disposizioni in tema di responsabilità extracontrattuale interpretate in termini restrittivi per quanto riguarda la determinazione dell'area del danno da risarcire, che veniva limitata alla lesione dei soli diritti assoluti, con esclusione quindi dei diritti di credito.

Negli anni più recenti lo scenario di riferimento appare mutato per diversi ordini di ragioni. Sotto il profilo strettamente normativo, sono numerose le disposizioni legislative, ( non ultimo il già richiamato decreto legislativo del 10 settembre 1993, n. 385). che dimostrano la volontà del legislatore di eliminare almeno in parte quelle condizioni di privilegio che avevano contribuito a porre il sistema bancario in una posizione di supremazia

Gli antichi limiti giurisprudenziali della tutela aquiliana sono stati da una sempre più approfondita attenzione alla clausola generale della risarcibilità del danno ingiusto.

L'evoluzione della dottrina e della giurisprudenza in tema di responsabilità civile pare dunque spostarsi anche e soprattutto in direzione della lesione delle aspettative di credito.

Riprendendo l'ipotesi della responsabilità per l'improvvisa revoca dell'affidamento, può affermarsi che l'inadempimento della banca ha al tempo stesso cagionato danno ai creditori del cliente che, proprio a causa del fallimento, si sono visti pregiudicare le aspettative di realizzo del credito. Si tratta di una responsabilità extracontrattuale da contratto, nella quale dall'esecuzione illegittima del contratto di finanziamento è derivato l'inadempimento nei confronti del terzo danneggiato, il quale potrebbe invocare la responsabilità della banca a titolo di concausa.

## **5. Diligenza professionale, attività di impresa e responsabilità del sistema bancario: considerazioni conclusive.**

Un elemento centrale per realizzarne, da parte del sistema bancario, una politica di gestione consapevole del rischio derivante dall'eventuale assunzione di responsabilità patrimoniale per una non corretta gestione del rapporto con l'affidato, è dunque da ricercarsi soprattutto nell'ambito del più ampio tema della diligenza dell'operatore bancario.

E' noto che la valutazione del rischio del credito si fonda sulla determinazione della capacità di rimborso del debitore nel corso del rapporto o al termine di esso. L'elemento fondamentale di tale analisi è dunque costituito dalla proiezione degli equilibri finanziari che caratterizzano l'impresa richiedente. In quest'ottica la valutazione del rischio del credito può essere ricondotta ad un processo di valutazione del valore economico di un'impresa in un certo intervallo o ad una certa scadenza. E' evidente come le difficoltà di stima aumentino tanto più si allunga l'orizzonte temporale in cui si colloca l'operazione ovvero qualora si tratti di imprese con caratteristiche "uniche" nel senso della tecnologia utilizzata o delle disposizioni di mercato o della mancanza di dati "storici" (nuove iniziative).

La presenza o meno di garanzie collaterali non sposta i termini dello scenario sopra descritto, ma semplicemente può modificare le conseguenze del manifestarsi del rischio

Il fattore determinante per rafforzarne e rendere più efficaci i criteri di selezione dei soggetti affidati, non solo nel momento genetico del rapporto, ma soprattutto durante lo svolgimento del medesimo, è rappresentato dalla capacità di attribuire un peso crescente alla valutazione delle imprese in chiave strategica. E' evidente che sul piano organizzativo le difficoltà collegate ad un simile comportamento sono molteplici. Si tratta di un procedimento di analisi non facilmente adattabile ad un sistema informativo di massa.

Si tratta di "personalizzare" l'analisi, con l'attenzione rivolta anche al sistema delle imprese, piuttosto che alla singola entità. Può affermarsi in altri termini che i parametri per la definizione del concetto di diligenza professionale dell'operatore bancario sono destinati progressivamente a trasformarsi rispetto alla situazione di sostanziale privilegio di cui il sistema sembrava godere fino ad alcuni anni orsono. Tale evoluzione appare in linea con quanto già accade da alcuni anni in altri ordinamenti europei.

Le osservazioni sin qui compiute sembrano indicare l'esistenza di elementi di debolezza del modello più diffuso di rapporto banca-impresa, che possono contribuire a porre il sistema bancario in una posizione di maggior rischio anche sul piano della responsabilità.

Come è stato precisato di recente si tratta principalmente di tre fattori: a) il frazionamento eccessivo delle posizioni delle imprese nei confronti delle banche; b) lo spazio eccessivo lasciato a formule di finanziamento, quali l'apertura di credito ormai inadeguate sia per l'impresa sia per la banca; c) la mancanza di una visione unitaria della relazione con l'impresa.

Tale mancanza di globalità impedisce all'ente creditizio di assumere nei confronti dell'impresa una veste di partner finanziario-professionale, in luogo di quella tradizionale di fornitore di servizi finanziari.

L'aspetto più preoccupante risiede nel fatto che tali fattori di rischio sono di natura strutturale e sono quindi destinati a permanere, se non ad accentuarsi, a meno che non si avvii un processo di profonda trasformazione che passa necessariamente attraverso una fase di innovazione culturale che induca gli operatori bancari a fare della professionalità lo strumento primario per la valutazione della meritevolezza del credito, individuando il punto di equilibrio tra la capacità di reddito dell'impresa e la prestazione di eventuali garanzie.

Per concludere, il richiamo alla "finzione bancaria" che fino ad alcuni anni orsono pareva garantire una sorta di immunità al sistema, non è più sufficiente, di per sé solo, per considerare ancora le ipotesi di responsabilità del sistema bancario qui richiamate, come una mera esercitazione teorica

Che la banca sia "un'impresa" è una considerazione che trova riscontro obiettivo nell'art. 2195, n. 4, cod.civ., confermata dal D.P.R. 27 giugno 1985, n. 350 ed infine ribadita dall'art. 10 del Testo Unico che espressamente afferma che «l'attività bancaria ha carattere di impresa»; come tale non può dunque sottrarsi al rischio insito nell'attività esercitata (senza con questo voler esasperare la posizione fino al punto di ipotizzare una responsabilità oggettiva della banca per i danni causati a terzi).

Come è stato osservato di recente a proposito della nuova "legge bancaria", quest'ultima rappresenta una tappa fondamentale nel processo di concreta applicazione del principio della banca impresa.

Acquista pieno significato in questo senso, oltre alle regole a tutela della clientela, sia dal lato dell'attivo sia da quello del passivo, l'affermazione di un'assoluta responsabilità imprenditoriale delle banche nella valutazione del merito di credito degli affidamenti. Infine non si possono dimenticare i principi e le clausole generali contenute nel codice civile buona fede, correttezza nei rapporti, giusta causa), che devono trovare comunque una corretta applicazione, seppur nel rispetto di quanto eventualmente previsto da fonti normative speciali o gerarchicamente superiori.

### **La responsabilità dell'intermediario per fatto del promotore finanziario.**

Tale responsabilità è ravvisabile sia nei rapporti bancari che nei rapporti finanziari e colpisce in base all'art. 31 del Testo Unico Finanziario che prevede che **la banca presso cui il promotore finanziario presta la propria opera è responsabile solidalmente con il promotore dei danni arrecati al cliente, anche se conseguenti a responsabilità penale del promotore, per truffa o appropriazione indebita di somme di proprietà del cliente** Tale disposizione trova esatta eco nella norma di cui L'art. 2049 (Responsabilità dei padroni e dei committenti) cod. civ. che conferma il principio, affermando che i padroni e i committenti sono responsabili per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti.

La giurisprudenza ha confermato che la responsabilità della banca è estesa a qualsiasi comportamento tenuto dal promotore finanziario nell'ambito dell'incarico allo stesso affidato, anche in ipotesi di truffa o appropriazione indebita. L'intermediario finanziario risponde difatti a titolo oggettivo dei danni causati al cliente dal proprio preposto, e questo alla condizione che vi sia un nesso di occasionalità necessaria tra l'attività demandata al promotore finanziario e l'illecito compiuto in danno del cliente. Per affermare la responsabilità solidale dell'intermediario finanziario, non occorre neppure provare o indagare lo stato soggettivo di dolo o colpa in capo all'intermediario, in quanto - per l'appunto - si tratta di una responsabilità oggettiva. Non rileverebbe neppure che la condotta truffaldina del promotore abbia avuto inizio anche prima del sorgere del rapporto di

preposizione tra lo stesso e l'intermediario abilitato, nell'estensione della responsabilità addossata ex lege all'intermediario (Cass. civ., n. 12448/2012, in Giust. civ. Mass. 2012, 7-8, 928, Giust. civ. 2012, 10, I, 2297).

**L'occasionalità necessaria** tra le incombenze affidate ed il fatto doloso o colposo del promotore è ravvisabile quindi in tutte le ipotesi in cui il comportamento del promotore rientri nel quadro generale delle attività funzionali dell'intermediario finanziario, che lo ha assunto e lo retribuisce per svolgere le incombenze ad esso affidate. In tale ampiezza di protezione, non può avere rilievo neanche che il comportamento del promotore abbia in concreto esorbitato dal limite fissato dall'intermediario abilitato, essendo sufficiente che la sua condotta sia stata agevolata e resa possibile dall'inserimento del promotore nell'attività svolta dall'intermediario finanziario e si sia realizzata nell'ambito delle finalità istituzionali dell'intermediario, in vista delle quali l'incarico è stato conferito. Quello che rileva è che al terzo il buona fede apparisse in concreto che l'attività posta in essere nei suoi confronti, e che gli abbia causato un danno, rientrasse nell'incarico affidato al promotore dall'intermediario abilitato (Cass. civ., n. 6829/2011, in Diritto & Giustizia 2011, 14 aprile, Banca borsa tit. cred. 2011, 4, II, 385).

Il caso più frequente nella casistica giurisprudenziale è quello del promotore finanziario che, con artifici e raggiri, abbia sottratto disponibilità di denaro del cliente, affidate in sua cura. Altrettanto frequente, nella giurisprudenza in materia, è la difesa dell'intermediario abilitato, che sostenga che il cliente abbia concorso, con il suo comportamento, a causare il danno, e per tale ragione chieda la riduzione o l'esclusione del risarcimento richiesto ad essa dal cliente danneggiato. Difatti, **l'art. 1227 (Concorso del fatto colposo del creditore)** c.c. dispone che se il fatto colposo del creditore (e cioè, nel caso che ci interessa, il comportamento del cliente che abbia subito un danno dall'opera del promotore, e per tale ragione chieda il risarcimento all'intermediario abilitato) abbia concorso a cagionare il danno, il risarcimento può essere diminuito dal giudice secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate. Il risarcimento non è addirittura dovuto, secondo l'ultimo comma dell'art. 1227 c.c., per i danni che il cliente avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza.

Affinché possa dirsi sussistente la consapevole e fattiva acquiescenza, la giurisprudenza ha ritenuto necessaria la connivenza o collusione tra promotore finanziario ed investitore:

**“Perché al cliente investitore possa essere attribuita una colpa esclusiva o concorrente con quella del promotore che abbia distratto le somme ricevute è necessario che emerga la prova della collusione, o quanto meno della fattiva acquiescenza, del cliente alla violazione delle regole di condotta da parte del promotore o comunque che le circostanze siano tali per cui il dovere di comportarsi secondo buona fede e di non pregiudicare ingiustamente le ragioni dell’altro contraente avrebbe imposto al cliente di adottare maggior diligenza non prestandosi al compimento di operazioni anomale quando egli sia perfettamente a conoscenza del complesso iter funzionale della sottoscrizione di programmi di investimento. Perché ciò accada non è, però, sufficiente la mera consapevolezza da parte dell’investitore della violazione delle regole di comportamento cui il promotore avrebbe dovuto attenersi per la tutela dei risparmiatori, occorrendo invece che i rapporti tra promotore ed investitore presentino connotati di anomalia, se non addirittura di connivenza o di collusione in funzione elusiva della disciplina legale, con la precisazione che spetta all’intermediario l’onere di provare che l’illecito è stato consapevolmente agevolato in qualche misura dall’investitore (...)”** (Cass. civ., sez. I, sent. n. 8236 del 24/05/2012; conf. Ex multis: Cass. civ., sez. I, sent. n. 6829 del 24/03/2011; Cass. civ., sez. I, sent. n. 17393 del 24/07/2009).

Perché si possa invocare l’art. 1227 c.c. è indispensabile che sia fornita prova da parte dell’intermediario o della collusione (e quindi l’accordo scellerato tra reo e danneggiato) o almeno la consapevole (e quindi cosciente) e fattiva acquiescenza all’altrui delitto.

Tale impostazione è stata conformemente affermata dalla cassazione che nella sentenza Cassazione civile, sez. III, 31 Luglio 2017, n. 18928. Est. Giuseppina Luciana Barreca ha dotato il seguente principio di diritto: **In tema di contratti di intermediazione finanziaria, al fine di escludere la responsabilità solidale dell’intermediario per gli eventuali danni arrecati ai terzi nello svolgimento delle incombenze affidate ai promotori finanziari, non è sufficiente la mera consapevolezza da parte**

**dell'investitore della violazione da parte del promotore delle regole di comportamento poste a tutela dei risparmiatori, ma occorre che i rapporti tra promotore ed investitore presentino connotati di anomalia, se non addirittura di connivenza o di collusione in funzione elusiva della disciplina legale. Incombe all'investitore l'onere di provare l'illiceità della condotta del promotore, mentre spetta all'intermediario quello di provare che l'illecito sia stato consapevolmente agevolato in qualche misura dall'investitore. (massima ufficiale)**

In sintesi, il concorso di colpa del creditore può sussistere solo nel caso di collusione o “fattiva” acquiescenza all’illecito del promotore finanziario, che si avrà nella sola ipotesi di presenza di gravi “anomalie” nel rapporto, che travalichino il limite che deve sussistere in un “sano” rapporto tra cliente e promotore finanziario. Tra le concause spesso addotte dagli intermediari finanziari convenuti in giudizio dal cliente derubato da un promotore finanziario infedele, vi è spesso la circostanza dell’aver il cliente consegnato somme di denaro al promotore con modalità difformi da quelle ordinariamente richieste (assegni bancari in bianco nel nome del prenditore e contanti).

La giurisprudenza di legittimità ha più volte affermato che l’allegazione del fatto che il cliente abbia consegnato al promotore finanziario somme di denaro con modalità difformi da quelle con cui quest'ultimo sarebbe legittimato a riceverle, non vale, in caso di indebita appropriazione delle somme da parte del promotore, ad interrompere il nesso di causalità esistente tra lo svolgimento dell'attività del promotore e la consumazione dell'illecito, e non preclude, pertanto, la possibilità di invocare la responsabilità solidale dell'intermediario preponente (ex art. 31 T.U.F. e art. 2049 c.c.) (Cass. civ., n. 6829/2011). La consegna del denaro in modalità difformi da quelle contrattualmente stabilite (e cioè bonifico bancario o assegno circolare intestato direttamente alla società di intermediazione) non può essere quindi ritenuta in linea generale concausa del danno subito dall'investitore, in conseguenza dell'illecito consumato dal promotore, al fine di ottenere la riduzione dell'ammontare del risarcimento dovuto. Le disposizioni di legge e regolamentari dettate in ordine alle modalità di corresponsione al promotore finanziario dell'equivalente pecuniario dei

titoli acquistati o prenotati, difatti, sono dirette unicamente a porre a suo carico un obbligo di comportamento al fine di tutelare l'interesse del risparmiatore e non possono, quindi, ragionevolmente interpretarsi come fonte di un onere di diligenza a carico di quest'ultimo, tale da comportare un addebito di colpa - concorrente, se non addirittura esclusiva - in capo al soggetto danneggiato dall'altrui atto illecito, salvo che la condotta del risparmiatore presenti connotati di "anomalia", vale a dire, se non di collusione, quanto meno di consapevole e fattiva acquiescenza alla violazione delle regole gravanti sul promotore, palesata da elementi presuntivi, quali ad esempio il numero o la ripetizione delle operazioni poste in essere con modalità irregolari, il valore complessivo delle operazioni, l'esperienza acquisita nell'investimento di prodotti finanziari, la conoscenza del complesso "iter" funzionale alla sottoscrizione di programmi di investimento e le sue complessive condizioni culturali e socio-economiche (Cass. civ., n. 6829/2011).

## **APPUNTI IN TEMA DI RESPONSABILITA' DEGLI AMMINISTRATORI DI S. P.A. E DI S.R.L.**

**Principali questioni processuali e sostanziali in tema di Azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di S.P.A. e SRL; orientamenti della sezione VIII civile Tribunale Milano**

**A cura di Alessandra Dal Moro e Angelo Mambriani**

A) Azione sociale di responsabilità ex art. 2393 c.c.

Esercitando l'azione in questione la società deduce l'inadempimento degli amministratori ai doveri loro imposti dalla legge o dall'atto costitutivo (compresa negligenza commisurata alla natura dell'incarico e alle specifiche competenze, con il limite del business judgment rule) e chiede il risarcimento del danno che i loro comportamenti inadempienti abbiano provocato al suo patrimonio.

Essa si fonda dunque sulla violazione da parte degli amministratori degli obblighi derivanti da legge e statuto e mira a reintegrare il patrimonio sociale anche in termini di mancato guadagno.

L'azione deve essere deliberata dall'assemblea anche se la società è in liquidazione; l'assemblea deve essere convocata dagli amministratori,

in caso di inerzia si ricorre al Tribunale ex art. 2367 c.c.; può essere deliberata anche dal collegio sindacale (con maggioranza dei 2/3); la delibera assembleare è condizione dell'azione da verificarsi anche d'ufficio dal giudice, ma non è presupposto processuale, onde è sufficiente che sussista al momento della decisione (1)<sup>1</sup>; la delibera comporta revoca dell'amministratore in carica se adottata con maggioranza almeno pari al 20 % del capitale sociale.

B) Azione dei soci di minoranza (art. 2393 bis c.c.). Si tratta dell'azione esercitata da una minoranza qualificata di soci nei confronti degli amministratori per far ottenere alla società il risarcimento del danno che loro comportamenti inadempienti abbiano provocato al suo patrimonio. I quorum sono: 1/5 del capitale per società chiuse; 1/20 per società quotate; quote che, secondo opinione prevalente, devono sussistere al momento della proposizione della domanda.

Per opinione maggioritaria non si tratta di azione surrogatoria (il socio in quanto tale non è creditore della società in ipotesi inerte) ma del tutto autonoma, frutto di legittimazione concorrente rispetto a quella della società; la società è litisconsorte necessaria infatti deve essere chiamata in giudizio "e l'atto di citazione è notificato anche in persona del presidente del collegio sindacale"; si discute sul significato di "anche", che potrebbe alludere alla necessità di una doppia notifica oppure (nella accezione concessiva) alla sufficienza di quella eseguita in confronto dell'organo di controllo. Se l'azione è proposta contro l'amministratore unico o contro l'intero CdA la società, per costituirsi in giudizio necessita di un rappresentante, quindi di un curatore speciale da nominarsi ex art. 78 c.p.c. (se non nominato dalla stessa assemblea, secondo opinione dottrinale).

Se la società si costituisce può aderire o avversare la domanda della minoranza, la quale resta in giudizio e non è estromessa.

C) Azione dei creditori sociali (art. 2394 c.c.).

---

<sup>1</sup> 1) Cass., sez. I, 10.9.2007, n. 18939.

L'azione ex art. 2394 c.c. si fonda sulla violazione da parte degli amministratori del dovere di conservare l'integrità del patrimonio sociale, quale garanzia generica dell'adempimento delle obbligazioni verso terzi ( art. 2740 c.c.).

La natura dell'azione è controversa. Per taluni si tratta di autonoma azione extracontrattuale ex art. 2043 c.c.; per altri di azione contrattuale, in quanto di natura surrogatoria o fondata sul generale dovere di protezione dei terzi incombente ex art. 1173 c.c. sugli amministratori di una società che ha autonomia patrimoniale perfetta.

Diverse sono le opinioni anche sulla finalità dell'azione, pur nella prospettiva condivisa che si tratti di azione di natura extracontrattuale.

Per alcuni essa mira a reintegrare il patrimonio sociale nei limiti della misura dei crediti insoddisfatti; a ciascun creditore sarebbe conferita legittimazione straordinaria per la parte della pretesa risarcitoria che eccede l'ammontare del suo credito e che riguarda altri creditori inerti (2)<sup>2</sup>.

La ratio della norma sarebbe omologa a quella di cui all'art. 51 l.f., che vieta le azioni esecutive individuali dalla data del fallimento: quando il patrimonio sociale è insufficiente rispetto alla soddisfazione dei crediti, ciascun creditore può agire per reintegrarlo.

Per altri l'azione è finalizzata a reintegrare il patrimonio del singolo creditore sociale che ha diritto di ottenere dall'amministratore, responsabile del depauperamento del patrimonio subito dalla società, l'equivalente della prestazione che la società non è più in grado di compiere (il danno oggetto del risarcimento sarebbe eccezionalmente il danno prodottosi nel patrimonio del singolo creditore per "riflesso" di quello arrecato direttamente al patrimonio sociale) si tratterebbe di un'azione autonoma ed individuale in cui la misura del danno subito dal singolo sarebbe anche la misura dell'interesse ad agire (3).<sup>3</sup> Per una parte

---

<sup>2</sup> 2) Cass. n. 3179 del 1985; Trib.Napoli 11.11. 2004.

<sup>3</sup> 3) Cass. n. 10488 del 1998

della dottrina anche l'azione ex art. 2394 c.c. - come già quella ex art. 2395 c.c. - costituirebbe applicazione della norma generale di cui all'art. 2043 c.c., onde la condotta illecita si configurerebbe in termini di "lesione del credito". Può essere utile, per orientarsi tra le varie opzioni interpretative considerare le diverse rubriche delle norme di cui agli artt. 2394 e 2395 c.c.: l'una parla di "responsabilità verso i creditori sociali" (alludendo sembrerebbe ad un'azione "di massa"), l'altra (relativa ad una norma pacificamente rivolta al risarcimento del danno diretto, quello cioè che si manifesta nel patrimonio del terzo o del socio a prescindere da una lesione del patrimonio sociale) significativamente è intitolata "Azione individuale del socio e del terzo".

Questi aspetti interpretativi problematici del tutto irrilevanti nella pratica nel vigore della precedente disciplina (stante la comunanza di disciplina tra spa e d srl e la rarità di casi di applicazione della norma al di fuori dell'ipotesi di responsabilità degli amministratori

C) La nomina del curatore speciale (art. 78 c.p.c.).

Queste le alternative possibili:

a) se non si ritiene la società litisconsorte e, quindi, non si provvede ad integrare il contraddittorio non è necessaria, ovviamente, la nomina del curatore.

b) se si ritiene la società litisconsorte necessaria, la stessa deve essere citata ogni volta in giudizio; in termini di corretta costituzione del contraddittorio si pongono le seguenti questioni:

1. se l'assemblea delibera la costituzione della società in giudizio si pone il problema della rappresentanza processuale, poiché si palesa un conflitto di interessi, ex art. 78 comma 2° c.p.c., tra rappresentata (la società) e rappresentante (amministratore) cui si contesta la mala gestio.

2. se la società non intende costituirsi in giudizio si manifesta comunque un conflitto di interessi sul piano della rappresentanza processuale ?

- secondo Cass 6.8.2001 è sufficiente il conflitto potenziale, sicchè sarebbe in ogni caso necessaria la nomina del curatore speciale anche solo per ricevere la notifica dell'atto di citazione;

- secondo altra opinione (seguita in sezione), se la società non si costituisce in giudizio non serve la nomina del curatore speciale, non essendo attuale il conflitto (l'amministratore in carica, invero, riceve la notifica dell'atto in qualità di rappresentante legale e non ha alcun potere di decidere se costituirsi o meno in giudizio per la società, essendo questa - come detto sub a) - una decisione che spetta all'assemblea, non all'amministratore; egli deve riferire in assemblea in adempimento dei suoi doveri nell'interesse della società amministrata, pena il fatto di incorrere in irregolarità gestoria );

3. se la società si costituisce in giudizio facendo proprie le ragioni del socio attore (quindi invocando gli stessi fatti contro gli stessi soggetti) si "riappropria" dell'azione principale nell'esercizio della quale era stata sostituita dal socio, e l'iniziativa di questi assume la natura processuale di un intervento ad adiuvandum.

D) L'azione di responsabilità dei creditori sociali nei confronti degli amministratori di s.r.l.

Dopo la riforma né l'art. 2394 né l'art. 2394 bis c.c. riguardano le s.r.l., poiché il legislatore ha delineato per queste un'autonoma disciplina (non sono più previsti i richiami di cui all'art. 2487 c.c. prev.); sorge quindi la questione se nella s.r.l. possa ammettersi l'azione dei creditori sociali contro gli amministratori per aver cagionato l'insufficienza del patrimonio sociale rispetto al volume dei crediti, venendo meno ai loro doveri.

Rispetto a questa lacuna ci si interroga con esiti diversi, a seconda dell'accezione che si condivide circa la natura e la finalità dell'azione di cui all'art. 2394 c.c. (azione "di massa" anche a fronte di una società in bonis, volta a reintegrare il patrimonio sociale per mezzo dell'iniziativa di ciascun creditore legittimato straordinario anche rispetto agli altri; o azione individuale volta al risarcimento del danno individuale riflesso).

Orbene:

1. chi reputa che l'azione ex art. 2394 c.c. avrebbe la finalità di consentire la reintegrazione del patrimonio della società quale garanzia dei creditori

attraverso l'attribuzione a ciascun creditore di una legittimazione straordinaria anche in favore degli altri, ritiene che, venuta

### **La Garanzia patrimoniale generica**

**Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni, presenti e futuri, questo è il principio della responsabilità patrimoniale.** Il suo patrimonio in caso di inadempimento viene espropriato e venduto all'asta per soddisfare i creditori. I suoi beni costituiscono la garanzia patrimoniale del creditore. I beni separati sono soggetti a una gestione autonoma e non possono essere espropriati per debiti contratti per un fine diverso da quello al quale sono vincolati. La garanzia patrimoniale si dice generica perché riguarda tutti i beni in generale e perché sussiste soltanto se i beni ci sono. Le garanzie specifiche garantiscono in maniera puntuale un creditore rispetto ad un'altro. Le garanzie specifiche sono: personali; patrimoniali. Le garanzie personali consistono nel vincolo personale di un soggetto, una persona diversa dal debitore è obbligata a rispondere dei debiti di quest'ultimo. Le garanzie patrimoniali riguardano alcuni determinati beni del debitore o dei terzi.

**I creditori in mancanza di cause legittime di prelazione sono trattati allo stesso modo, tutti hanno uguale diritto ad essere soddisfatti,** in caso di insufficienza i creditori subiranno un uguale perdita proporzionale. Nel caso delle cause legittime di prelazione ai creditori è assegnata una preferenza, esso avrà il diritto di soddisfarsi con precedenza sul ricavato della vendita forzata dei beni. Le cause legittime di prelazione sono: privilegi, pegno e ipoteca.

### **I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale**

**I creditori hanno interesse a conservare i beni del debitore,** la legge lascia libero il debitore di disporre dei propri beni, ma consente al creditore di intervenire nel caso in cui il debitore metta in pericolo il soddisfacimento del credito, la legge per questo utilizza i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale cioè:

- **L'azione surrogatoria,** si sostanzia nel potere di surrogarsi al debitore nell'esercizio dei diritti che gli spettano verso i terzi, i

presupposti per quest'azione sono: l'inerzia del debitore che non esercita i propri diritti, il pregiudizio del creditore derivante dal fatto che il rimanente patrimonio non rappresenta una sufficiente garanzia per l'adempimento, i diritti trascurati devono essere diritti di credito e potestativi;

## **Approfondimento**

**L'azione surrogatoria. fondamento dell'azione e disciplina delle fattispecie. (\*)**

### **FEDERICO ROSELLI**

**(\*) Omesse le note di riferimento bibliografico e giurisprudenziale ,queste pagine trascrivono una parte di capitolo della monografia di F. ROSELLI, Responsabilità patrimoniale. I mezzi di conservazione, Giappichelli editore, Torino ,che è volume del Trattato di diritto privato diretto da Mario Bessone e comprensivo dei contenuti già ampiamente indicati dall'Indice dell'opera che qui si trascrive (\*\*).**

### **Origine dell'azione surrogatoria**

A norma del c. 1° dell'art. 2900 c.c. «Il creditore, per assicurare che siano soddisfatte o conservate le sue ragioni, può esercitare i diritti e le azioni che spettano verso i terzi al proprio debitore e che questi trascura di esercitare, purché i diritti e le azioni abbiano contenuto patrimoniale e non si tratti di diritti o di azioni che, per loro natura o per disposizione di legge, non possono essere esercitati se non dal loro titolare». Questa formula ha origine nell'art. 1166 del c.c. francese, il cui art. 1165 limita l'effetto dei contratti alle sole parti contraenti, in via assoluta quanto agli effetti negativi e solo in via di regola quanto a quelli positivi. L'articolo successivo aggiunge: «Néanmoins les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne».

La norma trovò la quasi esatta riproduzione prima nei codici italiani preunitari (art. 1257 c. Albertino; art. 1119 c. Due Sicilie; art. 1128 c. Parmense; art. 1207 c. Estense) e poi nell'art. 1234 c.c. 1865. In realtà la coincidenza fra i due enunciati normativi, francese e italiano, non è perfetta poiché nel primo manca l'inciso «per il conseguimento di quanto loro è

dovuto». Si è già notata nel capitolo precedente, a proposito dell'art. 1948 (§ 1), l'imprecisione lessicale del legislatore del 1865: esso, come non distinse tra funzione di garanzia generale e funzione satisfattiva dei beni, presenti e futuri, del debitore (art. 1948), così con l'inciso dell'art. 1234 dette luogo al problema, disputato ancora oggi, della funzione esclusivamente conservativa oppure anche esecutiva dell'azione surrogatoria (vedi infra, § 21).

In ogni modo è innegabile la derivazione dell'art. 2900 c.c. dal diritto francese, mentre i codici di lingua tedesca non conoscono un istituto che possa assimilarsi all'azione surrogatoria, da intendere come espressione del potere di sostituirsi al debitore nell'esercizio di posizioni soggettive non già per soddisfare immediatamente il credito ma in vista della futura ed eventuale esecuzione forzata. Ancora ai primi del secolo ventesimo si parlava in Italia, oltreché di surrogatoria, di azione obliqua, adoperando il termine francese (*action oblique*).

Che il debitore possa danneggiare le ragioni del creditore non soltanto attraverso alienazioni fraudolente ma anche attraverso comportamenti omissivi è già chiaro nelle fonti romane, ove si dice doversi intendere come compiute «*causa fraudationis*» non solo le azioni positive del debitore ma anche «*si data opera ad iudicium non adfuit vel litem mori patiatum (non si sia difeso o abbia lasciato estinguere la lite) vel a debitore non petit, ut tempore liberetur (abbia lasciato prescrivere il suo credito) aut usum fructum vel servitutem amittit (perda l'usufrutto o la servitù). Et qui aliquid fecit, ut desinat habere quod habet (fece in modo di perdere qualcosa)*». In tali casi il creditore ha una tutela pretoria, secondo un frammento di Ulpiano, probabilmente una tutela risarcitoria, ed in modo analogo suona un frammento di Paolo (Dig. XLII, 8, fr. 3, 4).

Nel Codice di Giustiniano è data ai creditori l'*exceptio non numeratae pecuniae*, spettante al debitore, se questi rimanga inerte («*etiam eo supersedente*») (C IV, 30, 15).

Emilio Betti informa poi come al creditore insoddisfatto e *missus in bona* – ossia in fase successiva alla scadenza dell'obbligazione ed in sede esecutiva – il pretore concedesse un'*actio utilis*, che permetteva di agire come sostituto processuale del debitore contro i terzi, senza obbligo di rendiconto

(procurator in rem suam). In particolare, quando si ammise il pignoramento dei crediti (pignus nominis) il creditore poteva agire contro i debitori del debitore esecutato, convenzionale o giudiziale: la mancata confessio del terzo debitore inseriva un giudizio di accertamento dell'esistenza del credito nella procedura esecutiva. Giudizio in cui era attore dapprima un curator nominato dal giudice e poi, su autorizzazione di questo, lo stesso creditore.

Nell'epoca del diritto comune, la costituzione di un'ipoteca convenzionale ed acausale (vi ricorrevano anche persone che non erano debitori, ma lo divenivano con una confessio) su tutti i beni del debitore (instrumentum guarentigiarum) permette al creditore di agire sui crediti del debitore non solo in via esecutiva ma anche di cognizione, esercitandoli al posto del debitore inerte.

In sede storiografica sembra dunque chiarita l'origine dell'istituto. Qui interessa rilevare come questo, pur avendo la sua origine nel procedimento esecutivo, col tempo si venne estendendo ad una fase anteriore, almeno logicamente, all'esecuzione; questa rimane sullo sfondo poiché l'azione esercitata dal creditore «serve a spianare la via ed a rendere fruttuosa l'esecuzione». È interessante notare come ancora oggi si discuta se nel giudizio di cognizione conseguente alla mancata o contestata dichiarazione del terzo debitore (art. 548 c.p.c., in materia di pignoramento di credito) il creditore-attore in esecuzione assuma o no la veste dell'attore in surrogatoria (vedi infra, cap. IV, § 97).

Nel diritto francese d'antico regime si vede nel suddetto strumento pretorio «une espèce de subrogation», preludio dell'«action oblique» dell'art. 1166 code civil.

Questo articolo viene comunemente fatto derivare da alcuni testi dottrinali dell'ultima fase dell'antico regime, nei quali si dice che «les lois permettent aux créanciers, en se faisant subroger aux droits de leurs débiteurs, d'exercer toutes les actions qui leur appartiennent» e si giustifica la surrogazione qualificando il debitore come «négligent» o addirittura «frauduleux»; si osserva anche come il fenomeno sia presente, ed anzi consueto, nelle decisioni dei parlamenti dell'epoca, nonché in alcune raccolte di diritto consuetudinario richiamate già nel sec. XVII da Jean Domat.

In definitiva, come non poteva negarsi il diritto del creditore ad un pegno generale (*gage général*) sui bona, nomina ed actiones del debitore (d'onde l'adagio *qui s'oblige, oblige le sien*) così doveva riconoscersi al primo il potere di esercitare, al medesimo scopo, i diritti del secondo.

La forma laconica del citato art. 1166 dette luogo nel corso del sec. XIX a dissensi, molti dei quali sono oggi ancor vivi. Il Sacco ricorda alcune pronunce fondamentali, francesi e italiane, che contribuirono a meglio definire i contorni dell'istituto: così Cass. Francia, 18 febbraio 1862, precisò che l'esercizio dei diritti e delle azioni del debitore da parte del creditore dava luogo non già ad un trasferimento della titolarità delle dette situazioni soggettive dal primo al secondo, bensì ad una legittimazione concorrente: ne derivava che il debitore non era spogliato del potere di disporre delle situazioni medesime e così poteva transigere in ordine al diritto soggettivo anche dopo che il creditore avesse iniziato ad esercitarlo in surroga; avvenuta la transazione, al creditore non restava che eventualmente sottoporla a revocatoria per frode. Malgrado i contributi chiarificatori della giurisprudenza, rimasero dissensi, specie sulla sufficienza del credito inesigibile onde agire in surrogatoria e sulla necessità della previa diffida al debitore. Di tali dissensi è traccia palese nei lavori preparatori del codice civile del 1942. E così l'art. 106 del progetto del libro IV, ossia del libro sulle obbligazioni, precisava potersi esercitare la surrogatoria anche «per un credito a termine» e senza bisogno di un titolo esecutivo o della previa costituzione in mora del debitore negligente. E, ancora, in sede di commissioni redigenti si discusse se potesse agirsi in surrogatoria per la tutela di un credito sottoposto a condizione, e se l'interesse ad agire dovesse essere sorretto da un effettivo pericolo di insufficienza del patrimonio del debitore a garantire il credito. Si precisò anche essersi preferito far riferimento alla «trascuranza» anziché all'«inerzia» del debitore, dovendo così ritenersi l'azione esperibile anche nei casi in cui il debitore, pur non restando inattivo nella tutela dei suoi diritti, tuttavia non esplicasse la necessaria diligenza (infra, § 3.3). Il c. 2° dell'art. 2900, poi, secondo cui «il creditore, qualora agisca giudizialmente, deve citare anche il debitore al quale intende surrogarsi», fu introdotto per superare nettamente due questioni vessate: quella della necessità di partecipazione del debitore al processo, dato il suo evidente interesse e date le difficoltà relative all'estensione del giudicato quando egli ne fosse rimasto estraneo, e quella

della possibilità di esercitare stragiudizialmente i diritti del debitore medesimo. Al momento dell'entrata in vigore dell'art. 2900 le stesse osservazioni furono ripetute nella Relazione ministeriale al codice, n. 1181, ove si affermò anche la funzione conservativa dell'azione e, conseguentemente, la sua esperibilità anche a tutela dei crediti sottoposti a condizione sospensiva (v. infra, § 25).

### **Suo fondamento**

S'è detto nel capitolo precedente (§ 2) come la garanzia patrimoniale generale di cui all'art. 2740 c.c., costituita da tutti i beni del debitore, sia destinata a funzionare solo nell'eventualità di inadempimento ossia quando saranno assoggettati all'esecuzione forzata soltanto quei beni che, per valore, siano sufficienti a soddisfare l'interesse del creditore.

Questi ha dunque interesse a che il patrimonio del debitore non diminuisca ed anzi possibilmente aumenti. Interesse che può rimanere frustrato da svariati comportamenti del debitore e precisamente dalla distruzione dei suoi beni, dall'occultamento materiale o giuridico, ossia da alienazioni simulate, dal trasferimento oppure dalla costituzione su di essi di diritti reali limitati, o infine dal mancato acquisto di beni o omesso esercizio di diritti spettanti.

Contro questi comportamenti il legislatore attribuisce al creditore strumenti conservativi, consistenti rispettivamente nel sequestro, che sottrae al debitore la disponibilità, giuridica e di fatto, dei beni sequestrati, nell'azione di simulazione, nell'azione revocatoria e, infine nell'azione surrogatoria, con la quale il creditore si sostituisce al debitore inerte, così perseguendo il mantenimento del patrimonio, o anche il suo accrescimento.

Affermare la funzione conservativa dell'azione surrogatoria equivale a predicarne la natura cautelare, ossia non immediatamente satisfattiva. I suoi effetti immediati, infatti, si esauriscono nella sfera patrimoniale del debitore mentre il creditore, ossia il titolare, ne ritrae un'utilità mediata, vale a dire la migliore probabilità di successo di un'azione esecutiva: il comportamento omissivo del debitore non esclude con certezza che, una volta iniziata l'esecuzione forzata, i suoi beni si rivelino nondimeno sufficienti alla soddisfazione coattiva del credito, onde l'utilità dell'azione è meramente eventuale.

L'impossibilità di configurare un diritto soggettivo di garanzia spettante al creditore ed avente ad oggetto l'intero patrimonio del debitore (diritto di pegno generale: vedi il § 6 del capitolo precedente) impedisce di parlare di una lesione, e quindi di un danno, attuale, prodotto dall'inerzia del debitore, e di una correlativa reazione attraverso la surrogatoria.

Questa ha, ripetesì, una funzione soltanto accessoria e preparatoria dell'eventuale azione esecutiva.

Di una sua possibile e residua funzione satisfattiva si parlerà in seguito (§ 21).

### **Il potere di surrogazione come diritto potestativo**

La denominazione dell'azione surrogatoria può indurre a ravvisarvi un'azione tipica e di contenuto particolare. In realtà si concorda da tempo nel ravvisarvi un diritto potestativo, esercitabile in via giudiziale oppure stragiudiziale ed avente ad oggetto la realizzazione di un diritto altrui con efficacia immediata per il titolare.

Benché i repertori di giurisprudenza non riportino precedenti, è ipotizzabile un esercizio stragiudiziale, o comunque non contenzioso, del diritto potestativo di surrogazione, come nel caso in cui il creditore esegua un'attività di pubblicità (trascrizione, iscrizione, ecc.) o chieda la liquidazione di un'eredità beneficiata o eserciti un diritto di prelazione o di riscatto o interrompa la prescrizione.

Attraverso la potestà in discorso il creditore esercita un diritto appartenente al debitore, di cui comprime così la libertà di autodeterminazione: com'è noto, il diritto soggettivo è la forma giuridica più intensa e completa di protezione dell'interesse del singolo, che il titolare può soddisfare «se e in quanto lo voglia», ponendosi di conseguenza come eccezionali, e giustificati da esigenze sociali, i limiti che ad esso apposti il legislatore.

Parimenti riservate alla volontà del titolare sono le determinazioni dell'autonomia privata. Benché la dottrina escluda che la libertà negoziale goda nel nostro sistema di una protezione costituzionale quale svolgimento della personalità individuale (art. 2 Cost.), nel concetto stesso dell'autonomia privata è insita la necessità che la competenza dispositiva sia riservata all'individuo: ciascuno è arbitro dei propri interessi e di questi

soltanto e non può ingerirsi nell'interesse altrui, «dispone delle cose proprie, rinuncia ai diritti propri, aliena i beni propri, acquista per sé; assume obbligazioni per sé; correlativamente riconosce o impugna il proprio atto di disposizione o di obbligazione nelle ipotesi dalla legge consentite, lo conferma se invalido, lo revoca se revocabile».

Il potere, attribuito dall'art. 2900 c.c. al creditore, di esercitare il diritto soggettivo del debitore e in alcuni casi di compiere negozi giuridici (vedi infra, §§ 26-29) con effetto nella sfera patrimoniale dello stesso debitore, si pone perciò come eccezionale e giustificato sulla base del precedente art. 2740. Al creditore spetta una legittimazione di secondo grado, o straordinaria, al compimento di quegli atti d'esercizio del diritto oppure dell'autonomia: semplice sostituzione nel compimento di atti e non successione del creditore al debitore nella titolarità del diritto.

Fra le diverse situazioni accessorie che, su ambo i lati, caratterizzano il rapporto obbligatorio, alla situazione di potere del creditore che intende esercitare l'azione surrogatoria si contrappone così una situazione di soggezione del debitore; non soggezione assoluta però, poiché l'esercizio del potere è sempre sottoposto a condizioni ed a limiti verificabili dal giudice, al quale è affidato altresì il compito di bilanciamento dei contrapposti interessi coinvolti nel sistema della responsabilità patrimoniale e dei quali s'è detto nel capitolo precedente (§ 5). Nell'accertare le condizioni dell'azione surrogatoria il giudice deve valutare l'interesse conservativo del creditore intenzionato a rimediare all'inerzia del titolare, con riguardo alla concreta situazione ossia al vantaggio effettivamente conseguibile in termini di garanzia patrimoniale, anche in relazione al costo (ad es. alle spese giudiziarie) dell'azione ed alla complessiva consistenza dei beni del debitore, evitando in tal modo che l'ingerenza nella sua sfera di libertà risulti priva di una reale causa.

Il potere surrogatorio è dunque non arbitrario ma discrezionale, vale a dire sottoposto al controllo giudiziale. Ancora ai primi del secolo ventesimo si discuteva se fosse necessaria un'autorizzazione del giudice all'esercizio stragiudiziale dell'azione e in ogni caso si richiedeva una costituzione in mora del debitore inerte. Se poi l'azione fosse stata esercitata in giudizio, essa sarebbe stata rigettata quando il magistrato non l'avesse ritenuta sorretta «da un interesse serio e legittimo».

La dottrina attuale osserva come prerogative private un tempo attribuite nel segno di una discrezionalità spinta fino ai confini dell'arbitrio siano state ricondotte ad un controllo sempre più intenso, che ha trasformato le correlative situazioni di mera soggezione in interessi legittimi di diritto privato: posizioni garantite dal diritto oggettivo e perciò non riconducibili allo schema del diritto soggettivo ma meritevoli di essere qualificate non certo come interessi semplici o di mero fatto.

Sono relativamente frequenti i casi in cui la legge sottrae al titolare del diritto la valutazione dell'interesse a farlo valere o meno; in questi casi l'esercizio del diritto diventa oggetto di un potere discrezionale attribuito a persona diversa dal titolare. Basta considerare i casi del rappresentante legale dell'incapace e in genere alle figure che sogliono essere comprese nella nozione di ufficio privato. Qui il controllo sulla discrezionalità dell'agente segue criteri caratterizzati dall'assenza o dall'irrelevanza causale di un interesse proprio (si pensi all'interesse alla conservazione dell'ufficio) e dall'esclusivo perseguimento dell'interesse altrui, privato o di rilievo pubblicistico. Nel potere surrogatorio, per contro, la compresenza degli interessi, del surrogante e del surrogato, impone un controllo della discrezionalità ispirato al bilanciamento, della specie di quello esercitato dal giudice nella verifica della giusta causa di revoca del mandato in rem propriam (cfr. art. 1723, c. 2°, c.c.).

Eventuali danni arrecati al surrogato nell'esercizio stragiudiziale della surrogatoria dovrebbero essere risarciti a titolo di responsabilità aquiliana. Il creditore non può in conclusione surrogarsi al debitore nell'esercizio dei diritti soggettivi secondo proprie e personali valutazioni di convenienza, ma soltanto se ha ragione di temere un pregiudizio per la garanzia patrimoniale e non vi si oppongono preminenti interessi del debitore.

In questo senso si ritiene ancora attuale la formula «potere di controllo gestorio», adoperata già ai primi del secolo ventesimo per designare la posizione del creditore. Già nella vigenza del codice civile del 1865 si parlava del «carattere sussidiario» dell'azione surrogatoria mentre la giurisprudenza ha sempre confermato come l'inerzia del debitore debba

essere valutata secondo le regole d'esperienza e le circostanze del caso, in modo che l'atto conservativo non appaia come un'intempestiva e illegittima interferenza nella sfera del debitore.

### **Gli interessi, del creditore e del debitore, alla base dell'azione surrogatoria**

Per quanto testè detto, l'interesse del creditore che agisce in surrogatoria ha carattere «secondario o sostitutivo» rispetto all'interesse, primario, del debitore, titolare del diritto che lo stesso creditore ritiene trascurato del tutto oppure male esercitato. Sul piano processuale debbono perciò essere tenuti distinti i due interessi che concorrono nella parte attiva del rapporto litigioso. Ciò comporta che il creditore-attore è assoggettato ad un duplice onere della prova: anzitutto egli deve provare il proprio credito. Si dirà oltre (§ 25) della non necessità che questo sia esigibile e tanto meno che sia munito di titolo esecutivo. Egli deve poi provare il credito del suo debitore nei confronti del terzo, rimanendo esposto alle eccezioni sostanziali e processuali opponibili al debitore medesimo, ed alle connesse limitazioni dei mezzi di prova.

Sempre in sede processuale, oltre all'interesse del creditore surrogante assume rilevanza ai sensi dell'art. 100 del codice anche quello, giuridicamente qualificato, che sta alla base del diritto soggettivo trascurato dal debitore, mentre il motivo che possa avere indotto all'inattività lo stesso debitore può avere rilievo solo per qualificare il requisito dell'inerzia (infra, § 33).

In dottrina si è parlato di interesse «obiettivo» del debitore, contrapponendolo all'interesse «contingente ed estrinseco». È infatti opportuno ricordare che l'interesse del singolo viene tutelato dall'ordinamento con diversa intensità e in varie forme, ossia con l'attribuzione del potere di autonomia privata o di altre situazioni giuridiche soggettive, non quale atteggiamento psicologico di aspirazione ad ottenere o a conservare un determinato bene bensì quale esigenza valutata oggettivamente in modo favorevole e in misura tale da assicurarne la soddisfazione. Ciò è evidente, quanto al potere di autonomia privata, nella distinzione fra motivi del negozio giuridico, destinati di regola a rimanere nella sfera psicologica dell'agente e quindi nell'irrilevanza, e causa, che

giustifica la protezione dell'atto da parte dell'ordinamento poiché del negozio rivela l'interesse oggettivo ossia l'utilità pratica. Quanto alle altre situazioni soggettive, la distinzione tra interesse del titolare ed oggettiva utilità è evidente nel grado più o meno intenso e durevole della tutela, a seconda che si tratti di diritto d'obbligazione (ad es. del locatario) o di diritto reale (ad es. limitato) o di diritto personale (ad es. d'autore). In definitiva quel che rileva per l'ordinamento giuridico è l'interesse del titolare del diritto non già inteso soggettivamente ma in quanto oggettivamente apprezzabile. E l'apprezzamento, se spetta anzitutto al legislatore, non di rado rimane affidato alla prudenza del giudice interprete: sarà questi, ad es., a stabilire se nel comportamento del debitore, che non fa valere una pretesa verso il terzo, sia da ravvisare una trascuranza tale da giustificare l'esercizio dell'azione surrogatoria (vedi ancora infra, § 33).

Se il processo per surrogatoria realizza entrambi gli interessi oggettivamente rilevabili, quello del surrogante e quello del surrogato, non pare esatto quel che pur autorevolmente si sostenne e cioè che il primo agisce contro la volontà e l'interesse del secondo: sembra da dire con maggior precisione che l'azione surrogatoria viene esercitata in assenza della volontà del surrogato, non assumendo rilevanza contraria il suo inerte e contingente atteggiamento. Si è anche precisato come, pur funzionando il diritto del creditore-attore come fonte di legittimazione alla causa, la misura della tutela giuridica non possa essere data che dall'eventus damni, vale a dire dal pregiudizio arrecato alla garanzia patrimoniale generale dall'inerzia del debitore, l'interesse del quale rileva solo per relationem, ossia con riferimento a quell'attività che potrebbe essere da lui compiuta e la cui omissione dà vita al suddetto pregiudizio, giustificante l'azione in sostituzione .

**L'azione revocatoria**, è diretta a reagire ad un comportamento commissivo, contro gli atti con cui il debitore deteriora la propria situazione patrimoniale, i presupposti sono: l'atto di disposizione cioè un atto che modifica in senso peggiorativo la sua condizione patrimoniale tranne che siano pagamenti scaduti, il pregiudizio del creditore consistente nel fatto che il patrimonio rimanente è insufficiente a garantire il pagamento dei debiti, la conoscenza del pregiudizio arrecato alle ragioni del creditore da parte del debitore. Se l'atto è oneroso il terzo deve essere tutelato, deve conoscere il pregiudizio

altrui, se è a titolo gratuito si deve restituire il bene. l'effetto dell'azione revocatoria è l'inefficacia dell'atto revocato, l'atto diviene così inopponibile al creditore revocante, il revocante può sottoporlo a esecuzione forzata. I subacquirenti del bene non vengono pregiudicati dalla revoca se sono in buona fede e l'acquisto è a titolo oneroso. I terzi che abbiano subito evizione possono chiedere il risarcimento al debitore, l'azione revocatoria si prescrive in 5 anni

## **Fallimento: azione revocatoria e la revocatoria fallimentare**

### **REVOCATORIA ORDINARIA (art. 2901 c.c.)**

Con la revocatoria ordinaria il creditore rende inefficaci verso se stesso gli atti di disposizione del debitore che recano un pregiudizio alle sue ragioni.

Il termine di prescrizione dell'azione è di 5 anni (dal compimento dell'atto).

#### **A) REQUISITI**

I) Il primo requisito dunque è che si tratti di atti di disposizione del debitore.

Difatti è atto di disposizione quello con il quale il debitore modifica la propria situazione patrimoniale:

- trasferendo un diritto ad altri;
- assumendo un obbligo nuovo verso terzi;
- costituendo diritti sui propri beni a favore di terzi;

Sono così esclusi dall'applicazione gli atti dovuti (ad esempio l'adempimento di un debito scaduto) e gli atti ordinari di amministrazione del bene.

II) Il secondo requisito è l'esistenza di un pregiudizio concreto, cioè che il credito del creditore è reso non adempibile a seguito dell'atto di disposizione.

Tale pregiudizio può derivare da:

- mutazione quantitativa: atti direttamente pregiudizievoli in quanto diminuiscono il patrimonio del debitore;
- mutazione qualitativa: atti indirettamente pregiudizievoli ove pur rimanendo invariato quantitativamente il patrimonio mutano i beni che lo costituiscono con beni meno agevoli da alienare;
- prestazione di garanzia: dei beni del debitore vengono usati in garanzia per altri crediti;

III) Il terzo requisito è la malafede del debitore.

Difatti è richiesto affinché l'atto possa essere colpito da revocatoria:

- che l'atto fosse doloso (se anteriore all'esistenza del credito);
- che il debitore fosse a conoscenza del pregiudizio (se posteriore all'esistenza del credito);

IV) E' possibile la necessità di un quarto requisito per atti a titolo oneroso riguardanti terzi: la malafede del terzo.

- Sono infatti salvi gli effetti per i terzi in buona fede per atti a titolo oneroso.
- Invece è possibile agire con la revocatoria se il terzo (in malafede) ha partecipato al dolo (atti anteriori al credito) o conosceva il pregiudizio (atti posteriori al credito) anche se si tratta di atti a titolo oneroso.

E' scontato che per atti a titolo gratuito il terzo non è tutelato da una revocatoria.

## B) EFFETTI

Come si diceva, l'azione revocatoria rende inefficaci gli atti di disposizione colpiti rispetto al creditore.

Questo comporta che il creditore possa promuovere nei confronti dei terzi acquirenti le azioni esecutive o conservative sui beni oggetto dell'atto inefficace (art. 2902 c.c.).

Una volta soddisfatto il creditore, potrà soddisfarsi anche il terzo sul rimanente: è pacifico che i beni non tornino nella disponibilità del debitore.

Il terzo potrà anche evitare l'esecuzione pagando al creditore il credito, gli interessi e le spese del procedimento.

## C) REVOCATORIA ORDINARIA NEL FALLIMENTO

L'art. 66 richiama anche nel fallimento la possibilità di ricorrere alla revocatoria ordinaria (evidentemente quando non è possibile utilizzare il più comodo strumento della revocatoria fallimentare).

Legittimato a tale azione è esclusivamente il curatore.

Il terzo soccombente potrà essere ammesso al passivo per il suo eventuale credito ex art. 70.

La competenza è del tribunale del fallimento.

## REVOCATORIA FALLIMENTARE

Della revocatoria fallimentare trattano gli artt. dal 64 al 70 della l. fallimentare. Le principali differenze dalla revocatoria ordinaria, sono che la revocatoria fallimentare colpisce tutti gli atti (compresi gli atti dovuti) e anche gli atti di terzi che incidano sul patrimonio (dunque non solo atti del debitore).

Inoltre nella revocatoria fallimentare il danno è presunto (non serve dimostrare il pregiudizio), anche se il terzo potrebbe teoricamente difendersi cercando di dimostrare che l'atto manca anche astrattamente di dannosità.

Alcuni atti sono dichiarabili inefficaci tramite revocatoria fallimentare mentre altri, come vedremo, lo sono ex lege.

La competenza è del tribunale del fallimento.

## A) EFFETTI DELLA REVOCAZIONE

La revocatoria produce una inefficacia relativa: l'atto è inefficace verso i creditori fallimentari.

Colui che in conseguenza della revoca ha restituito quanto aveva ricevuto è ammesso al passivo fallimentare per il suo eventuale credito (art. 70).

a) Atti di costituzione di diritti di prelazione

Il credito è chirografario.

b) Atti di assunzione di obbligazione

L'obbligazione è esclusa dal concorso.

c) Atti traslativi di diritti o beni

Effetto c.d. restitutorio: il bene, pur rimanendo valido l'atto traslativo, dev'essere trasferito al curatore, in quanto amministratore del patrimonio fallimentare.

Frutti: se l'inefficacia è ex lege vanno restituiti sino alla data della dichiarazione di fallimento; se l'inefficacia è ex azione revocatoria sino alla data della domanda di revoca;

Incremento di valore: se è dovuto all'opera del terzo acquirente sarà rimborsato in prededuzione;

Decremento di valore: il deterioramento del bene o il suo perimento è a carico del terzo anche per caso fortuito dalla data del fallimento (inefficacia ex lege) o della domanda (inefficacia ex revocatoria); prima solo per fatto imputabile al terzo;

Impossibilità di restituzione del bene: il terzo dovrà corrispondere il valore del bene (al momento dell'atto);

Insinuazione al passivo: il terzo ha diritto alla restituzione della prestazione eseguita in base all'atto inefficace insinuandosi al passivo;

d) Atti costitutivi di diritti di godimento

Rientra nel fallimento la proprietà piena del bene; il terzo ha diritto di ripetizione della prestazione eseguita.

e) Revoca di pagamento

Comporta l'inefficacia del pagamento, l'obbligo di restituzione delle somme e la possibilità di insinuarsi al passivo per il credito.

Principio del massimo scoperto: nei rapporti di conto corrente bancario o continuativi o reiterati la restituzione è pari alla differenza tra l'ammontare massimo raggiunto dalle sue pretese (nel periodo per il quale è provata la conoscenza dello stato d'insolvenza) e l'ammontare residuo delle stesse (alla data in cui si è aperto il concorso).

Il subacquirente del terzo è protetto solo se ha acquisito a titolo oneroso e in buona fede (senza conoscere dell'instabilità dell'acquisto del dante causa o, se questi ha acquisito gratuitamente, senza conoscere della gratuità).

## B) PRESUPPOSTI DELLA REVOCATORIA FALLIMENTARE

### I) PERIODO SOSPETTO LEGALE (presupposto oggettivo)

Sono impugnabili gli atti avvenuti entro un certo periodo a ritroso dalla dichiarazione di fallimento.

La giurisprudenza è incerta se tale periodo decorra dal deposito della sentenza o dall'annotazione della stessa nel registro delle imprese.

Le azioni revocatorie ai sensi dell'art. 69 bis non possono essere promosse

– decorsi 3 anni dalla dichiarazione di fallimento;

– decorsi 5 anni dal compimento dell'atto;

#### i) DURATA DEL PERIODO SOSPETTO

1) Per gli atti a titolo oneroso ex art. 67 il periodo sospetto è di:

6 mesi se l'atto è c.d normale;

1 anno se l'atto è c.d. anormale;

2) Per atti a titolo gratuito ex art. 64 l'inefficacia verso i creditori fallimentari risale automaticamente a 2 anni dalla dichiarazione di fallimento (come vedremo).

3) Se gli atti onerosi o gratuiti (ai sensi dei due articoli 67 e 64) sono atti tra coniugi ai sensi dell'art. 69, cioè compiuti all'epoca in cui il fallito esercitava un'impresa commerciale (dunque senza soglia temporale a ritroso salvo l'esistenza del vincolo coniugale), sono revocati salvo il coniuge non provi che ignorava lo stato d'insolvenza del coniuge fallito.

4) Per gli atti infragruppo durante amministrazione straordinaria il periodo sospetto è:

3 anni per atti ex art. 67 c. 2;

5 anni per atti ex art. 67 c. 1;

## 5) Continuità delle procedure esecutive

Se alla domanda di concordato preventivo segue la dichiarazione di fallimento i termini del periodo sospetto legale decorrono dalla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese.

Tale retrodatazione opera anche se la domanda di concordato è dichiarata inammissibile.

La retrodatazione inoltre opera anche se la domanda di concordato viene modificata in domanda di omologazione di accordo di ristrutturazione dei debiti.

## ii) ATTI ANORMALI

Vi è anormalità quando (art. 67)

1) atti a titolo oneroso in cui il fallito assume obbligazioni  $> 1/4$  della controprestazione.

Se c'è simulazione del prezzo (frequente nelle vendite immobiliari per pagamento in nero di parte del prezzo effettivo) è opponibile al curatore al fine di provare la normalità dell'atto, ma solo tramite prova documentale avente data certa anteriore.

2) atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili quando l'estinzione è con mezzi diversi dal denaro o altro mezzo normale di pagamento.

Ad esempio nella cessione dei crediti, se vi è un mandato all'incasso (in rem propria) ad una banca è un atto normale (c.d. anticipazione sui crediti), ma è anormale ad esempio se la cessione del credito è stata fatta ad un fornitore, specialmente quando non c'è contestualità.

Anche la datio in solutum (estinzione del debito con prestazione diversa e accordo del creditore) è considerato mezzo estintivo anormale.

3) atti costitutivi di garanzie (pegni, anticresi e ipoteche volontarie)

La non contestualità della costituzione di prelazione su debiti propri rileva nel qualificarla come anormale.

La garanzia prestata per un debito scaduto può indicare una dilazione (atto normale), mentre una per debito non scaduto è anormale.

Ovviamente l'ipoteca legale non è revocabile pur essendo normalmente non contestuale.

Le garanzie per debiti altrui sono atti a titolo gratuito e dunque inefficaci ex lege se non sono contestuali; se contestuali sono atti normali.

## II) SCIENTIA DECOCTIONIS (presupposto soggettivo)

La scientia decoctionis è la conoscenza dello stato di insolvenza.

L'onere della prova è:

– per atti normali in capo al curatore dimostrare che durante il periodo sospetto vi era scientia decoctionis;

– per atti anormali vi sarà presunzione di scientia decoctionis e sarà il terzo a dover provare la propria inscientia decoctionis (non conoscenza dello stato di insolvenza);

La conoscenza dev'essere effettiva e non solo astrattamente possibile.

E' evidente quando è stata presentata istanza di fallimento o delle esecuzioni individuali.

Può desumersi anche da presunzioni gravi, precise e concordanti (notizie di stampa. esistenza di protesti o inadempimenti del debitore).

Alcuni rapporti qualificati, come quelli bancari, hanno obblighi di monitoraggio delle condizioni del cliente (dunque conoscenza del suo stato di solvibilità).

La conoscenza della condizione di fallibilità, cioè la conoscenza del terzo che la controparte rientra tra quei soggetti a cui può applicarsi la disciplina del fallimento, è rilevante solo nei rapporti con soci illimitatamente responsabili (che possono fallire anche se non personalmente insolventi).

I loro atti sono revocabili (anche se non sono atti d'impresa); in tal senso rileva la conoscenza dell'esistenza del vincolo sociale e della fallibilità.

## C) ESENZIONI DALL'AZIONE REVOCATORIA

L'azione revocatoria non si applica

## OPERAZIONI CREDITIZIE

a) Pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso

La ratio è proteggere la continuità aziendale (sono sostanzialmente i pagamenti ai fornitori).

Con termini d'uso si deve intendere pagamenti abitualmente preveduti nel settore o nei rapporti tra le parti: sono dunque esclusi dall'esenzione quelli anormali (es. in ritardo).

b) Pagamento dei corrispettivi per prestazioni di lavoro dei dipendenti e dei collaboratori

Si intendono compresi anche i collaboratori e lavoratori non subordinati, ed anche i pagamenti non effettuati nei termini d'uso.

c) Rimesse in conto corrente bancario

Sono però revocabili quando riducano in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito verso la banca (cioè pagamenti effettuati verso conto corrente sotto zero).

d) Pagamento di cambiale scaduta (art. 68)

Non è revocabile il pagamento di una cambiale se il rifiuto del creditore avrebbe comportato la perdita dell'azione cambiaria di regresso.

L'azione revocatoria può essere promossa contro l'ultimo obbligato in via di regresso per il quale il curatore avrà provato la conoscenza dello stato di insolvenza del principale obbligato quando ha tratto o girato la cambiale.

## ATTI DI REGOLAZIONE DELLA CRISI

i – Debiti per accesso alle procedure:

Esentati i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili eseguiti alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali e di concordato preventivo;

Si intende dunque esentare dalla revocatoria il pagamento di prestazioni dei professionisti necessari per il rispetto dei requisiti richiesti da tali procedure.

ii – Atti del c.d. piano attestato (ex art. 67 c. 3 lett. d):

Esentati atti, pagamenti e garanzie concesse sui beni del debitore in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria;

Il piano attestato di risanamento:

E' una figura diversa sia dal concordato preventivo (art. 160) che dall'accordo di ristrutturazione (art. 182 bis)

Il piano ha tre requisiti:

- presentato da un debitore fallibile;
- idoneità a risanamento dell'impresa e riequilibrio finanziario;
- attestazione di un professionista indipendente designato dal debitore, iscritto al registro dei revisori legali;

Si può desumere che tale esenzione dunque perduri solo fintanto che il piano continui ad apparire idoneo al risanamento dell'impresa.

iii – Atti del concordato preventivo e accordo omologato

Esentati atti, pagamenti e garanzie in esecuzione del concordato preventivo (a partire già dal ricorso ex art. 161) e dell'accordo omologato (art. 182 bis).

## OPERAZIONI IMMOBILIARI

Sono esentati le vendite e i preliminari trascritti (ex art. 2645 bis c.c.) purchè sia rispettato il giusto prezzo per

- immobili ad uso abitativo: abitazione principale dell'acquirente o abitazione principale di parenti o affini sino al 3o grado;
- immobili ad uso non abitativo: sede principale dell'attività di impresa dell'acquirente (effettivamente esercitata alla data del fallimento o per la quale siano stati compiuti investimenti per darvi inizio);

## ATTI INEFFICACI EX LEGE

Vi sono degli atti che sono inefficaci ex lege alla massa di creditori.

In questi atti non ha rilevanza la scientia decoctionis.

#### A) ATTI A TITOLO GRATUITO (art. 64)

Sono privi di effetto rispetto ai creditori se compiuti dal fallito nei 2 anni anteriori alla dichiarazione di fallimento.

Sono esclusi da tale inefficacia (diventando però aggredibili tramite revocatoria avverso atto normale):

- regali d’uso (es. mance, regali in occasioni e ricorrenze);
- atti in adempimento di doveri morali (es. esecuzione volontaria di disposizioni testamentarie nulle);
- atti a scopo di pubblica utilità (es. donazioni a associazioni culturali o di beneficenza);

E’ requisito affinché si applichi l’esclusione la proporzionalità rispetto al patrimonio di tali atti.

Acquisizione dei beni al fallimento: i beni degli atti a titolo gratuito inefficaci ex lege sono acquisiti al patrimonio fallimentare con trascrizione della sentenza dichiarativa del fallimento.

Gli interessati possono proporre reclamo ex art. 36.

#### B) PAGAMENTI ANTICIPATI (art. 65)

Sono privi di effetto rispetto ai creditori i pagamenti di crediti che scadono il giorno della dichiarazione di fallimento o successivamente eseguiti nei 2 anni anteriori alla dichiarazione di fallimento.

#### C) RIMBORSO FINANZIAMENTI A FAVORE DELLA SOCIETA’

Il rimborso dei finanziamenti dei soci a favore della società, se avvenuto nell’anno precedente la dichiarazione di fallimento della società, deve essere restituito (art. 2467 c.c.).

Finanziamenti dei soci a favore della società: finanziamenti in qualsiasi forma concessi

- in un momento di eccessivo squilibrio dell’indebitamento sociale rispetto al patrimonio netto;

– in una situazione finanziaria sociale ove sarebbe stato ragionevole un conferimento;

Tale previsione si applica anche ai finanziamenti effettuati a favore della società da chi esercita attività di direzione e coordinamento nei suoi confronti o da altri soggetti ad essa sottoposti (art. 2497 quinquies c.c.).

**Il sequestro conservativo**, è un provvedimento preventivo e cautelare emesso dal giudice su istanza del creditore che ha fondato timore di perdere la garanzia del proprio credito, il creditore sottopone così i beni a sequestro, per tale effetto sorge un vincolo di indisponibilità che rende automaticamente inefficaci verso il creditore sequestrante le alienazioni e gli altri atti di disposizione dei beni sequestrati.

Questo sito web utilizza i cookie per assicurare una migliore esperienza di navigazione, oltre ai cookie di natura tecnica sono utilizzati anche cookie di profilazione utente e cookie di terze parti. Per saperne di più, conoscere i cookie utilizzati ed esprimere il tuo consenso accedi alla pagina Cookie - Se prosegui nella navigazione di questo sito acconsenti all'utilizzo dei cookie.

## **Sequestro conservativo**

### **di Domenico Dalfino - Diritto on line (2012)**

#### Abstract

Il sequestro conservativo rappresenta un mezzo di conservazione della garanzia patrimoniale del credito, accanto all'azione surrogatoria e all'azione revocatoria e al tempo stesso una misura cautelare tipica. La sua disciplina generale è contenuta in parte nel codice di procedura civile, in parte nel codice civile. La sua finalità è quella di impedire che i beni del debitore o delle somme e cose da lui dovute al creditore siano sottratti attraverso atti di disposizione, con conseguente pregiudizio del diritto di credito. La conservazione della garanzia patrimoniale che il sequestro conservativo persegue si pone in stretta correlazione con l'espropriazione forzata sui beni che formano oggetto della garanzia e della responsabilità

(patrimoniale) del debitore, nel senso che la fruttuosità pratica della stessa espropriazione può essere assicurata dalla misura cautelare.

Il sequestro conservativo si distingue da quello giudiziario (v. la voce Sequestro giudiziario - dir. proc. civ.) per la diversità del tipo di diritto del quale viene chiesta cautela, della natura di pregiudizio che la misura tende a neutralizzare, per la non perfetta coincidenza dei beni da sottoporre al vincolo costituito dal provvedimento cautelare (cfr. Consolo, C., *Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, I, Torino, 2010, 299).

L'istituto, peraltro, è disciplinato in via generale, in parte dal codice di procedura civile (artt. 671, 675, 678, 679, 684, 685, 686 c.p.c.), in parte dal codice civile (artt. 2905, 2906 c.c.).

La peculiarità del provvedimento consiste, dunque, nel rappresentare al tempo stesso una misura cautelare tipica (profilo processuale) e un mezzo di conservazione della garanzia patrimoniale del credito (profilo sostanziale), svolgendo una funzione affine ad altri istituti quali l'azione surrogatoria (art. 2900 c.c.) e l'azione revocatoria (artt. 2901-2904 c.c.). Sotto quest'ultimo aspetto, vengono in rilievo gli artt. 2740 e 2741 c.c., relativi, rispettivamente, all'individuazione dell'oggetto della garanzia (tutti i beni presenti e futuri del debitore, salve le limitazioni della responsabilità ammesse nei soli casi stabiliti dalla legge) e dei soggetti ai quali essa è offerta (tutti i creditori, con eguale diritto di essere soddisfatti, salve le cause legittime di prelazione).

Nell'una e nell'altra veste, la misura svolge una funzione conservativa del patrimonio del debitore in vista della fruttuosità della espropriazione forzata sui beni del debitore stesso.

## 2. Diritto tutelato, presupposti e funzione

Il tenore letterale dell'art. 671 c.p.c. (v. anche l'art. 2905 c.c.) è piuttosto chiaro nel prevedere che il sequestro conservativo possa essere chiesto a tutela di un diritto di credito, il cui contenuto si risolva in una pretesa suscettibile di conversione in somma di danaro (Ferri, C., *Sequestro*, in *Dig. civ.*, XVIII, Torino, 1998, 477; Santulli, R., *Sequestro: I - Sequestro giudiziario e conservativo - Dir. proc. civ.*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1998, 5, ove ulteriori riferimenti); del resto, ciò si evince anche dalla possibilità di conversione del sequestro in pignoramento, in caso di

conclusione del giudizio di merito con sentenza di accoglimento della relativa domanda di condanna, ai sensi dell'art. 686 c.p.c.

La misura può essere concessa anche se il credito non sia liquido né esigibile (cfr. Consolo, C., *Le tutele*, cit., 302; Ferri, C., *Sequestro*, cit., 477 s.; v. anche Santulli, R., *Sequestro*, cit., 6), come si può argomentare anche dal tenore degli artt. 1186 e 1356 c.c. (cfr. Andrioli, V., *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, 154). Pertanto, essa è ammissibile in riferimento a crediti a termine, ad obbligazioni periodiche, ad obbligazioni da fatto illecito prima dell'accertamento giudiziale della responsabilità (cfr. Conte, R., *Sequestri (giudiziario e conservativo)*, in *Il diritto-Encicl. Giur.*, XIV, Milano, 2007, 377). Ove al momento della emanazione della sentenza di condanna non si sia ancora verificata la condizione o il credito sia ancora sottoposto a termine, la sentenza stessa non potrà che essere considerata in futuro o condizionata, con esclusione della possibilità di conversione automatica del sequestro conservativo in pignoramento (cfr. Vellani, M., *Conversione del sequestro conservativo in pignoramento e creditori intervenuti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 31 ss., 67 ss.). Il sequestro, invece, è inammissibile per la tutela di un credito meramente ipotetico o eventuale (v. Cass., 22.6.1972, n. 2055, in *Giust. civ.*, 1972, I, 1511).

Si discute della possibilità per il creditore di ottenere un sequestro conservativo quando sia già munito di titolo esecutivo (per un approfondimento del tema, v. Samorì, G., *Ammissibilità del sequestro conservativo in presenza di un titolo esecutivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, 134; Conte, R., *Creditore già munito di titolo esecutivo giudiziale e sequestro conservativo ex art. 2905, 2° comma, c.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 1206).

Il pregiudizio che il provvedimento mira a scongiurare deriva dal «fondato timore di perdere la garanzia» del credito. Altro l'art. 671 c.p.c. non specifica.

A tal proposito, la giurisprudenza desume la sussistenza del *periculum in mora*, anche alternativamente, sia da elementi obiettivi, attinenti alla consistenza qualitativa e quantitativa del patrimonio del debitore in rapporto all'entità del credito, sia da elementi soggettivi, riguardanti il suo

comportamento, che rendano verosimile la eventualità di un depauperamento del suo patrimonio ed esprimano la sua intenzione di sottrarsi all'adempimento dei suoi obblighi in modo da ingenerare nel creditore il ragionevole dubbio che la sua pretesa non sia soddisfatta (in questi termini, v. Trib. Isernia, 4.7.2009, in Foro it., Merito-extra, 2010, 9; Trib. Siracusa-Avola, 26.3.2004, in Foro pad., 2005, I, 449, secondo cui rileva anche il comportamento processuale del debitore; Cass., 13.2.2002, n. 2081, in Foro it. Rep., 2002, voce Sequestro conservativo, n. 27. Cfr. anche Conte, R., Il sequestro conservativo, in I procedimenti sommari e speciali, II, Procedimenti cautelari, a cura di S. Chiarloni e C. Consolo, Torino, 2005, 1015 ss., per ulteriori precisazioni in ordine alla rilevanza degli elementi oggettivi e soggettivi indicati).

Ai sensi dell'art. 2905, co. 2, c.c., «Il sequestro può essere chiesto anche nei confronti del terzo acquirente dei beni del debitore, qualora sia stata proposta l'azione per far dichiarare l'inefficacia dell'alienazione». A differenza dell'ipotesi disciplinata dal co. 1, questa riguarda un bene determinato, segnatamente quello oggetto dell'alienazione (v. Conte, R., Il sequestro conservativo, cit., 1027) e per questa ragione viene assimilato al sequestro giudiziario (cfr. Pototschnig, P., Il sequestro conservativo, in Il processo cautelare, a cura di G. Tarzia, Padova, 2004, 40). Controversa è l'ammissibilità di tale forma di sequestro ante causam (in senso affermativo, v. Arieta, G., Le cautele. Il processo cautelare, in Trattato di diritto processuale civile, XI, Padova, 2011, 371; Cantillo, M.-Santangeli, F., Il sequestro nel processo civile, Milano, 2003, 101 s.; Conte, R., Il sequestro conservativo, cit., 1029 s.). Si discute, inoltre, in ordine alla possibilità di applicazione della norma a tutela del creditore che proponga azione di simulazione assoluta della compravendita tra il debitore e il terzo (in senso affermativo, v. Trisorio Liuzzi, G., In tema di sequestro di beni del terzo acquirente del debitore, in Riv. dir. proc., 1983, 159 ss.).

### 3. Effetti

Il sequestro conservativo determina, come il pignoramento (v. art. 2906, co. 1, c.c.), un vincolo di indisponibilità giuridica sui beni ad esso assoggettati, dal quale deriva l'inefficacia rispetto al creditore sequestrante degli atti che comportino la disposizione del bene (o comunque una diminuzione dell'idoneità a costituire oggetto della garanzia patrimoniale: v. Andrioli,

V., *Intorno agli effetti sostanziali del pignoramento e del sequestro conservativo immobiliare*, in *Foro it.*, 1951, I, 1593).

Dal tenore letterale della norma la prevalente dottrina deduce che il vincolo sia «a porta chiusa», vale a dire operante – e in questo si evidenzia una differenza fondamentale rispetto al pignoramento – soltanto in favore del creditore sequestrante (cfr. Pototschnig, P., *op. cit.*, 4 ss.; Vellani, M., *Conversione*, cit., 661 ss.; Id., *In tema di effetti sostanziali del sequestro conservativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 1119 ss.).

La tesi non è pacifica, ritenendosi in senso contrario il sequestro conservativo come un pignoramento anticipato, tale da far retroagire al sequestro la produzione degli effetti del pignoramento, in virtù del tenore degli art. 499 ss. c.p.c., nel testo anteriore alla riforma del 2005, sulla quale v. *infra* § 1.8. (cfr. Laserra, G., *Il sequestro conservativo come vincolo a porta aperta*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, 76 ss. In giurisprudenza, nel senso che una volta emessa la pronuncia di condanna e convertito il sequestro in pignoramento – v. *infra*, § 1.8. –, il vincolo diventa «a porta aperta» e consente di giovare anche agli altri creditori intervenienti nella procedura esecutiva, cfr. Cass., 5.8.1997, n. 7218, in *Foro it. Rep.*, 1997, voce *Sequestro conservativo*, n. 30).

#### 4. Oggetto, modalità di attuazione e custodia dei beni sequestrati

I beni che possono costituire oggetto di sequestro conservativo (immobili e mobili) vengono in rilievo non nella loro individualità, ma nella loro globalità; ciò che acquisisce rilevanza è la loro trasformabilità in danaro, sino a concorrenza del valore del credito. A maggior ragione questo vale allorché il provvedimento cautelare sia disposto in relazione a somme. In ogni caso, il sequestro può avvenire soltanto nei limiti in cui la legge (codice civile, codice di procedura civile, codice della navigazione, leggi speciali) ne permette il pignoramento.

L'art. 678 c.p.c. disciplina l'esecuzione del sequestro conservativo sui mobili e sui crediti (ad esso rinvia l'art. 669 duodecies c.p.c. in tema di attuazione), che, rispettivamente, avviene secondo le norme stabilite per il pignoramento presso il debitore o presso terzi.

Nel primo caso, dunque, si applicano le norme di cui agli art. 513 ss. c.p.c. (v. Ventura, N., in *L'esecuzione forzata riformata*, a cura di G. Miccolis e

C.L. Perago, Torino, 2009, 147 ss.). Poiché tra i beni assoggettabili ad espropriazione forzata non rientra l'azienda in quanto tale, cioè complesso unitario di beni, si ritiene che essa non possa essere assoggettata neanche a sequestro conservativo (in giurisprudenza, v. Trib. Pisa, 20.4.1994, in Giust. civ., 1994, I, 3305; contra, Perchinunno, R., Il sequestro conservativo, in Tratt. Rescigno, XX, Torino, 1983, 179 ss.).

Nel secondo caso, il sequestrante deve, con l'atto di sequestro, citare il terzo a comparire davanti al tribunale del luogo di residenza del terzo stesso per rendere la dichiarazione di cui all'art. 547 c.p.c. Se il terzo compare e rende una dichiarazione positiva circa l'esistenza del credito del debitore nei suoi confronti e non sorgono contestazioni, il diritto di credito risulta definitivamente accertato nei limiti della dichiarazione (Pototschnig, P., L'esecuzione dei sequestri, in Il nuovo processo cautelare, cit., 495). In caso contrario, il giudizio diretto all'accertamento dell'obbligo del terzo, che si apre a seguito della dichiarazione negativa o delle contestazioni insorte, è sospeso ex lege sino all'esito di quello sul merito, a meno che il terzo non chieda l'immediato accertamento dei propri obblighi. Quest'ultima previsione è improntata allo scopo di evitare, non la contraddittorietà o il conflitto di giudicati, ma l'eventualità che il processo ex art. 548 c.p.c. si svolga inutilmente, sicché l'esito positivo del giudizio sulla convalida del sequestro e sul merito creditorio realizza una condizione di procedibilità della domanda incidentale di accertamento dell'obbligo del terzo (v. Cass., 27.5.2003, n. 8391, Foro it., Rep., 2003, voce Sequestro conservativo, n. 41. Nel senso che nel giudizio per sequestro conservativo innanzi alla Corte dei conti, spetta al tribunale ordinario ricevere la dichiarazione del terzo debitor debitoris, di cui agli artt. 547 e 678 c.p.c., v. Cass., S.U., 28.7.2009, n. 17471, in Giur. it., 2010, 1125, con nota di R. Conte; cfr., inoltre, Cass., ord. 10.11.2006, n. 24103, Foro it. Rep., 2006, voce Procedimento civile, n. 294, secondo cui nel caso di specie ricorre una esplicita figura di sospensione necessaria del processo, diversa da quella che scaturisce dal rapporto di pregiudizialità, tra il giudizio relativo all'accertamento dell'obbligo del terzo intrapreso dal creditore e altro processo in cui venga contestata questa qualità di creditore). La sospensione, in ogni caso, è destinata a non protrarsi oltre il momento della pubblicazione della sentenza di condanna di primo grado (in tal senso, v. Conte, R., Il sequestro conservativo, cit., 1049, anche sulla base del tenore dell'art. 669 novies, co. 3, c.p.c.).

Discussa in dottrina (per la tesi negativa, cfr. Andrioli, V., Commento, IV, cit., 188; per quella affermativa, v. Potoschnig, P., Il sequestro conservativo, cit., 44 ss.) è l'ammissibilità del sequestro conservativo chiesto dal creditore che, a sua volta, sia debitore del suo debitore (sequestro cd. "presso se stessi"). La giurisprudenza, invece, si è occupata delle modalità di esecuzione di tale forma di sequestro (cfr. Cass., 8.2.1992, n. 1407, Giur. it., 1992, I, 1, 2176, con nota di Atzori, M., La Cassazione e la "terza via" al sequestro presso terzi).

A seguito del d.lgs. 17.1.2003, n. 6, non possono sussistere più dubbi in ordine alla ammissibilità del sequestro di azioni di s.p.a. (art. 2352 c.c.), nonché di quote di partecipazione in s.r.l. (art. 2471 c.c.), residuando perplessità sulle modalità di esecuzione (quanto alle azioni, v. Corsini, F., L'espropriazione degli strumenti finanziari dematerializzati (problemi e prospettive), in Banca borsa, 2004, I, 79, nonché Conte, R., Il sequestro conservativo, cit., 1055 s.); quanto alle quote, v. l'art. 2471 c.c. come riformato dal d.lgs. n. 6/2003 (in precedenza, v. Chiarloni, S., Il pignoramento di quote di società a responsabilità limitata si esegue ora tramite iscrizione nel registro delle imprese, in Giur. it., 1995, IV, 154) nonché dall'art. 16, co. 12 quinquies, d.l. 29.11.2008, n. 185, conv. in l. 28.1.2009, n. 2. Nessun dubbio sussiste, invece, in ordine all'esercizio del diritto di voto, spettante in ogni caso al custode, ai sensi dell'art. 2352, co. 1, c.c., anch'esso modificato dal d.lgs. n. 6/2003 (anche nell'ipotesi di sequestro di quote di s.r.l., ai sensi del riformato art. 2471 bis c.c.). Perplessità continuano a sussistere per ciò che concerne la sequestrabilità delle quote di società di persone, stante la ritenuta rilevanza dell'intuitus personae e del principio unanimistico, oltre che il tenore letterale (apparentemente ostativo) dell'art. 2270 c.c.

Il sequestro del titolo di credito (come anche il pignoramento e ogni altro vincolo sul diritto in esso menzionato o sulle merci da esso rappresentate) deve essere attuato, ai sensi dell'art. 1997 c.c., direttamente sul titolo stesso. Quello sul titolo nominativo deve risultare da una corrispondente annotazione sul titolo e nel registro, ai sensi dell'art. 2024 c.c. Sotto ogni altro profilo procedurale, devono seguirsi le disposizioni relative al pignoramento di beni mobili presso il debitore e non quelle del

pignoramento presso terzi (cfr. Cass., 28.2.2007, n. 4653, in *Giur. it.*, 2008, 167).

Il sequestro conservativo può avere ad oggetto crediti (anche non liquidi oppure condizionati, purché suscettibili di una capacità satisfattiva futura) e, in tal caso, si esegue entro i limiti e nelle forme stabilite per il pignoramento presso terzi (cfr., per riferimenti, Majorano, A., *L'espropriazione presso terzi*, in *L'esecuzione forzata riformata*, a cura di G. Miccolis e C.L. Perago, Torino, 2009, 189 s.).

Il sequestro di beni immobili avviene, ai sensi dell'art. 679 c.p.c., attraverso la trascrizione del provvedimento presso l'ufficio del conservatore dei registri immobiliari del luogo in cui i beni sono situati, dalla quale discende la costituzione del vincolo di indisponibilità dei beni stessi da parte del debitore (v. Conte, R., *Il sequestro conservativo*, cit., 1040. Sulla possibilità di procedere alla cancellazione della trascrizione anche sulla base di un provvedimento di rigetto in rito dell'istanza cautelare, cfr. Merlin, E., *Le cause della sopravvenuta inefficacia del provvedimento*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. Tarzia e A. Saletti, Padova, 2008, 438. Per l'ipotesi di provvedimento che si limiti a dichiarare la nullità dell'atto introduttivo della causa di merito per vizi inerenti la editio actionis, cfr. Trib. Torino, 2.7.2010, in *Giur. it.*, 2011, 1121, con nota di D. Frascini). La trascrizione, ai sensi degli artt. 2668 bis e 2668 ter c.c., perde efficacia se non viene rinnovata entro venti anni dalla sua data (cfr. Miccolis, G., *La rinnovazione della trascrizione della domanda giudiziale, del pignoramento immobiliare e del sequestro conservativo sugli immobili*, nonché Fabiani, E., *La durata dell'efficacia della trascrizione della domanda giudiziale, del pignoramento immobiliare e del sequestro conservativo sugli immobili*, in *Le novità per il processo civile* (l. 18 giugno 2009, n. 69), in *Foro it.*, 2009, V, 339 ss., 342 ss.).

Per i beni mobili registrati l'art. 2693 c.c. prevede espressamente sia la notificazione sia la successiva trascrizione del provvedimento che ordina il sequestro conservativo. Il tenore letterale della norma, tuttavia, sembra attribuire soltanto alla trascrizione valore costitutivo per gli effetti disposti dall'art. 2906 c.c., come confermato dall'equiparazione («del pari») alla trascrizione dell'atto di pignoramento.

## 5. Difficoltà, contestazioni, questioni in sede di attuazione

Sussistono dubbi interpretativi in ordine alle modalità attraverso le quali far valere le questioni di vario genere che possono insorgere nel corso dell'attuazione del sequestro conservativo (riguardanti l'attuazione stessa, l'individuazione dei beni "aggrediti", le irregolarità e invalidità di carattere procedurale, le contestazioni attinenti al merito, la tutela dei terzi e così via). Il dibattito ruota intorno all'applicabilità della disciplina contenuta nella norma generale di cui all'art. 669 duodecies c.p.c. e/o di quella prevista dalle norme speciali, in particolare gli art. 678 e 679 c.p.c.

A tal proposito, la Cassazione ha posto una distinzione tra le questioni attinenti alla legittimità e alla validità formale dell'attuazione e quelle relative ad aspetti meramente materiali, affermando che le prime devono essere fatte valere nel giudizio di merito, in applicazione dell'ultima parte dell'art. 669 duodecies c.p.c., le seconde innanzi al giudice della cautela (Cass., 12.12.2003, n. 19101, in Giur. it., 2004, 1150, con nota di Vullo, E., La tutela delle parti e dei terzi nell'esecuzione dei sequestri); in particolare, secondo la Corte, le contestazioni mosse in ordine all'attuazione del sequestro «non assumono natura di opposizione all'esecuzione o agli atti esecutivi, ma conservano la loro natura di eccezioni del soggetto che ha subito la misura cautelare, idonee soltanto a sollecitare l'esercizio, da parte del giudice di merito dei poteri di modifica, integrazione, precisazione o revoca del provvedimento».

A questa tesi aderisce quella parte della dottrina secondo cui le «difficoltà o contestazioni» emerse in sede di attuazione possono trovare soluzione soltanto innanzi al giudice della cautela, ai sensi dell'art. 669 duodecies c.p.c.; invece, le questioni attinenti alla validità dell'esecuzione, che nell'ambito del processo esecutivo confluirebbero nei rimedi oppositivi, vanno proposte nel giudizio di merito (cfr. Saletti, A., Le riforme del codice di rito in materia di esecuzione forzata e di attuazione delle misure cautelari, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1992, 464 ss., nonché Arieta, G., Le cautele. Il processo cautelare, in Trattato di diritto processuale civile, II ed., Padova, 2011, 254 s.; Pototschnig, P., L'esecuzione, cit., 642 ss., che ritiene abrogato l'espresso richiamo all'art. 610 c.p.c. contenuto nell'art. 678 c.p.c., ex art. 15 disp. prel. c.c. per incompatibilità con la sopravvenuta disciplina del procedimento cautelare uniforme e, in particolare, con l'assorbente disposto

dell'art. 669 duodecies c.p.c.; v. già in tal senso Vullo, E., La tutela delle parti e dei terzi nell'esecuzione dei sequestri, in *Giur. it.*, 2004, 1152 ss., mentre, in senso contrario, v. Olivieri, G., I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 733).

L'opposto orientamento, invece, attribuisce al giudice dell'esecuzione ogni questione che possa insorgere nel corso dell'attuazione della misura cautelare, riservando al giudice della causa di merito soltanto le questioni che investono il diritto sostanziale fatto valere in quella sede (Trib. Milano, 18.6.1997, in *Giur. it.*, 1998, 2312; Trib. Alba, 8.7.1997, *ibid.*; in dottrina, v. Conte, R., Il sequestro conservativo, *cit.*, 1068 ss.).

Quanto alla tutela dei terzi, si è esclusa l'ipotesi di un intervento nel procedimento cautelare diretto a far valere ragioni che potrebbero rilevare nella causa di merito in quanto attinenti al contenuto e agli effetti della decisione che statuirà sul diritto cautelando e anche l'ipotesi di un intervento adesivo, data la caratteristica del sequestro conservativo rappresentata dal comportare un vincolo «a porte chiuse», quindi idoneo a giovare al solo creditore sequestrante (Consolo, C., Intervento del terzo nel giudizio cautelare, reclamo del terzo e pregiudizio da mera attuazione scorretta (da farsi valere in altro modo), in *Giur. it.*, 1996, I, 2, 188 s.). Si è pure esclusa l'esperibilità del reclamo cautelare in quanto rimedio concesso alle parti del procedimento e ai terzi che vi siano intervenuti (cfr. Luiso, F.P., in Consolo, C.-Luiso, F.P.-Sassani, B., *La riforma del processo civile*, Milano, 1991, *cit.*, 517 s. In senso contrario, v. Tarzia, G., in *Nuove leggi civ.*, 1992, 397, nt. 10; Costantino, G., in nota a *Pret. Macerata*, 3.8.1992, in *Foro it.*, 1993, I, 1707, che fa salva comunque le possibilità di intervenire nel giudizio di merito e di chiedere la revoca del provvedimento in base a circostanze sopravvenute). Si è, invece, ammessa la possibilità di esperire intervento nella causa di merito (Costantino, G., *op. cit.*) ovvero di far valere le proprie ragioni con un'autonoma azione ordinaria (Proto Pisani, A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1994, 721; Tarzia, G., *op. loc. cit.*). Per ciò che concerne le questioni riguardanti l'incidenza e l'attuazione in sé del sequestro conservativo (non il suo contenuto) può avere sulla posizione dei terzi (effetti materiali), si è ritenuto più corretto ammettere la possibilità di utilizzare le forme del procedimento di cui all'art. 619 c.p.c.

## 6. Inefficacia

Ai sensi dell'art. 675 c.p.c., «il provvedimento che autorizza il sequestro perde efficacia, se non è eseguito entro trenta giorni dalla pronuncia». La disposizione si applica anche al sequestro giudiziario e ha dato adito a dubbi di incostituzionalità, là dove sembra determinare una disparità di trattamento rispetto all'attuazione di qualsiasi altra misura cautelare e una violazione del diritto di difesa del sequestrante, sul quale è addossato l'onere, non certo agevole, di promuovere l'esecuzione del sequestro entro un termine, a pena di inefficacia, che inizia a decorrere da un dies a quo per l'individuazione del quale occorre «l'impiego di una diligenza più che normale fino al punto di un controllo giornaliero» in cancelleria per la verifica dell'avvenuto deposito della pronuncia (così C. cost., 13.6.1995, n. 237, in Resp. civ. prev., 1995, 892, con nota di M. De Cristofaro, che, però, ha respinto i dubbi di incostituzionalità, attribuendo maggiore rilevanza all'interesse del sequestrato a non restare esposto «oltre una durata rigorosamente limitata» ad una «grave situazione»).

Il giudice competente a dichiarare l'inefficacia del sequestro conservativo a causa del mancato rispetto del termine di trenta giorni, è quello che ha emesso la misura cautelare ante causam, nel caso in cui non segua il giudizio di merito ovvero il giudice della causa di merito se questa è stata introdotta (v. art. 669 novies, co. 2, c.p.c.: cfr. Conte, R., *Il sequestro conservativo*, cit., 1064).

## 7. Revoca

La revoca disciplinata dall'art. 684 c.p.c. non va confusa con quella di cui all'art. 669 decies c.p.c., data la diversità di presupposti (in senso contrario Ziino, S., *Revoca del sequestro ex art. 684 c.p.c. e disciplina transitoria della legge 477/1992*, in Riv. dir. proc., 1993, 929). Secondo l'opinione prevalente, si tratta di un'ipotesi di surrogazione reale, che comporta la sostituzione dei beni sequestrati con la somma a titolo di deposito cauzionale (parla di «slittamento» Diana, A.G., *Il sequestro conservativo e giudiziario*, Milano, 2009, 189) e conseguente liberazione dei beni stessi dal vincolo di indisponibilità. Di conseguenza, se ne sostiene l'assimilazione alla conversione del pignoramento disciplinata dall'art. 495 c.p.c. (cfr., anche per riferimenti, Signori, D., *La “revoca” del sequestro conservativo ex art.*

684 c.p.c. e la sua funzione nel parallelo con la conversione del pignoramento, in *Giur. it.*, 2011, 897 ss.).

Secondo un'impostazione minoritaria, invece, la revoca non deve essere intesa come una forma di conversione dell'oggetto del sequestro, poiché con essa il sequestro viene meno (cfr. Conte, R., *Il sequestro conservativo*, cit., 1071).

Un'altra tesi, poi, distingue a seconda che la cauzione sia prestata attraverso il deposito di una somma di danaro o di cose sequestrabili ovvero per il tramite di fideiussione o di ipoteca da parte di un terzo: nel primo caso, la "revoca" avrebbe l'effetto di convertire l'oggetto del sequestro, trasferendo il vincolo sulla nuova res; nel secondo, si attergerebbe a rimedio ablatorio vero e proprio (Andrioli, V., *Commento*, IV, cit., 210. In senso critico, v. Colesanti, V., *Conversione del sequestro in pignoramento della fideiussione prestata quale cauzione*, in *Banca borsa*, 1994, II, 69 ss.).

L'ordinanza che dispone la revoca è dichiarata espressamente non impugnabile. Pertanto, si ritengono inammissibili il reclamo cautelare ex art. 669 terdecies c.p.c. (cfr. Trib. Lanciano, 26.7.2002, in *Giur. it.*, 2003, 920, con nota di G. Frus) e il regolamento di competenza (v. Cass., 21.5.1997, n. 4536, in *Giur. it.*, 1998, 1136). In dottrina, invece, c'è chi afferma la reclamabilità del provvedimento, sebbene per far valere censure attinenti non alla sussistenza dei presupposti per il suo rilascio, bensì alla violazione dei criteri previsti dall'art. 684 c.p.c. per la determinazione dell'ammontare della cauzione (Conte, R., *Il sequestro conservativo*, 1073; Frus, G., *La reclamabilità del provvedimento che pronuncia sull'istanza di revoca del sequestro conservativo ex art. 684 c.p.c.: oscillazioni giurisprudenziali e aspetti problematici*, in *Giur. it.*, 2003, 920, 924).

Per ciò che concerne quest'ultimo aspetto, si è affermato sia che l'importo della cauzione debba corrispondere alla «minor somma tra l'ammontare del credito tutelato e delle spese e il valore delle cose sequestrate» (Andrioli, V., *Commento*, IV, cit., 210; Cantillo, M.-Caturani, G., *Il sequestro giudiziario e conservativo*, Milano, 1989, 190) sia, invece, che debba farsi riferimento per la sua determinazione al (solo) «ammontare del credito» (cfr., da ultimo, Signori, D., *La "revoca"*, cit., 898).

## 8. Riduzione

La riduzione del sequestro conservativo – non espressamente prevista, ma generalmente è ritenuta ammissibile ex art. 496 c.p.c. (Cass., 5.8.1997, n. 7218, in Foro it. Rep., 1997, voce Sequestro conservativo, n. 28) applicabile in quanto disposizione rientrante nella disciplina della espropriazione forzata, a sua volta richiamata dagli art. 671 e 678 c.p.c. (Cass., 7.11.1992, n. 12050, in Foro it. Rep., 1992, voce Sequestro conservativo, n. 43) – risponde al principio, che emerge anche dagli art. 3 e 24 Cost., secondo cui il sistema di tutela giurisdizionale deve assicurare al titolare di ogni situazione soggettiva sostanziale «tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire»: non di meno, ma neanche di più. Il potere di disporre la riduzione spetta al giudice (dell'esecuzione, secondo Conte, R., Il sequestro conservativo, cit., 1071; invece, nel senso che la competenza nel corso della istruzione spetti al giudice della causa di merito, v. Pret. Parma, 4.3.1995, in Giur. it., 1995, I, 2, 489) anche d'ufficio, con provvedimento ritenuto in giurisprudenza non reclamabile (Trib. Lucca, 21.3.2003, in Giur. mer., 2003, 1940), né soggetto a ricorso straordinario per cassazione ex art. 111 Cost. (Cass., 9.2.1994, n. 1336, in Foro it. Rep., 1994, voce Sequestro conservativo, n. 48).

## 9. Conversione del sequestro conservativo in pignoramento

Nel momento in cui il creditore sequestrante ottiene sentenza di condanna esecutiva ovvero altro titolo giudiziale avente idoneità esecutiva (ad esempio, l'ordinanza ingiunzione di cui all'art. 186 ter c.p.c.: Trib. Monza, 30.1.2003, in Giur. it., 2003, 895; ovvero 186 quater c.p.c.: Ferri, C., Il sequestro, cit., 484; Conte, R., Il sequestro conservativo, cit., 1082; ovvero 702 ter c.p.c.), il sequestro conservativo, ai sensi dell'art. 686, co. 1, c.p.c., si converte in pignoramento. Tuttavia, ai sensi dell'art. 156, co. 1, disp. att. c.p.c., il sequestrante deve depositare copia della sentenza nella cancelleria del giudice competente per l'esecuzione nel termine perentorio di sessanta giorni dalla comunicazione e deve quindi procedere alle notificazioni ai creditori che sui beni pignorati hanno un diritto di prelazione risultante da

pubblici registri (v. art. 498 c.p.c.). Se poi, oggetto del sequestro sono beni immobili, il sequestrante deve anche chiedere, nel menzionato termine perentorio, l'annotazione della sentenza di condanna esecutiva in margine alla trascrizione prevista nell'art. 679 c.p.c. (v. art. 156, co. 2, disp. att. c.p.c.).

Dibattuta è la questione relativa alla individuazione del momento di perfezionamento della conversione, contendendosi il campo la tesi della conversione condizionata all'espletamento degli adempimenti previsti dall'art. 156 disp. att. c.p.c. e quella della conversione automatica, cioè connessa alla mera pubblicazione della sentenza di condanna (Ferri, C., *Sequestro*, cit., 483; Cass., 6.5.2004, n. 8615, in *Riv. esecuzione forzata*, 2004, 619; Conte, R., *Il sequestro conservativo*, cit., 1084, ove ulteriori riferimenti).

Infine, ai sensi dell'art. 686, co. 2, c.p.c., se i beni sequestrati sono stati oggetto di esecuzione da parte di altri creditori, il sequestrante partecipa con essi alla distribuzione della somma ricavata. La disposizione va letta unitamente all'art. 158 disp. att. c.p.c., secondo cui quando dall'atto di pignoramento o dai pubblici registri risulti l'esistenza di un sequestro conservativo sui beni pignorati, il creditore pignorante deve fare notificare al sequestrante avviso di pignoramento ai sensi dell'art. 498 c.p.c.; nonché all'art. 547, ultimo comma, c.p.c., secondo cui il creditore pignorante deve chiamare nel processo il sequestrante nel termine perentorio fissato dal giudice.

A tal proposito, occorre anche considerare che, a seguito della novità introdotte dal d.l. 14.3.2005, n. 35, conv. con modif. in l. 14.5.2005, n. 80, il creditore che abbia eseguito un sequestro sui beni pignorati al momento del pignoramento, può intervenire nell'esecuzione forzata promossa da altro creditore, insieme ai creditori muniti di titolo esecutivo e a quelli che hanno un diritto di pegno o un diritto di prelazione risultante da pubblici registri o sono titolari di un credito di somma di denaro risultante dalle scritture contabili di cui all'art. 2214 c.c. (v. art. 499, co. 1, c.c.). L'espressa inclusione dei creditori sequestranti tra i soggetti legittimati ha contribuito a risolvere ogni disputa interpretativa sui limiti di ammissibilità

dell'intervento (v. Perago, C.L., L'intervento dei creditori, in L'esecuzione forzata riformata, a cura di G. Miccolis e C.L. Perago, Torino, 2009, 105 s.), fermo restando che, comunque, l'intervento dovrebbe essere limitato ai creditori che abbiano già eseguito il sequestro al momento del pignoramento (in senso critico rispetto a questa limitazione, v. Conte, R., Il sequestro conservativo, cit., 1092); ai fini della partecipazione alla distribuzione della somma ricavata, invece, occorre che i sequestranti, il cui credito sia stato nel frattempo accantonato, abbiano ottenuto un titolo esecutivo nel termine di tre anni stabilito dal co. 3 dell'art. 510 c.p.c. (Conte, R., La riforma delle opposizioni e dell'intervento nelle procedure esecutive con "requiem" per il sequestro conservativo, in Giur. it., 2006, 2233, che prospetta dubbi di costituzionalità. In precedenza, v. la posizione di Capponi, B., L'intervento del creditore sequestrante nel processo di espropriazione del bene successivamente pignorato, in Riv. dir. proc., 1987, 848 ss.: Id., Note in tema di concorso tra misure cautelari e misure esecutive, in Giust. civ., 1989, I, 2001).

#### 10. Responsabilità del sequestrante

Il creditore che, agendo senza la normale prudenza, abbia eseguito un sequestro, risponde dei danni cagionati al sequestrato nell'ipotesi di successivo accertamento dell'inesistenza del diritto a cautela del quale la misura cautelare era stata concessa. Tanto dispone l'art. 96, co. 2, c.p.c. in relazione all'attuazione di un qualsiasi provvedimento cautelare, stabilendo anche che la liquidazione dei danni è fatta in base al co. 1 del citato art. 96. Quest'ultimo rinvio ha portato la dottrina ad affermare la necessità della sussistenza dell'elemento soggettivo, consistente nella prevedibilità dell'accertamento negativo del diritto (v., anche per riferimenti, Santulli, R., Sequestro, cit., 20).

#### Fonti normative

Artt. 1186, 1356, 2270, 2352, 2471, 2471 bis, 2740, 2905, 2906 c.c.; artt. 671, 675, 678, 679, 684, 685, 686 c.p.c.; artt. 156, 158 disp. att. c.p.c.

#### Bibliografia essenziale

Andrioli, V., Del sequestro conservativo, in Comm. c.c. Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1953, 272; Andrioli, V., Commento al codice di procedura civile, IV, Napoli, 1964, 153; Arieta, G., Le cautele. Il processo cautelare,

in Trattato di diritto processuale civile, XI, Padova, 2011, 286; Balena, G., Istituzioni di diritto processuale civile, III, II ed., Bari, 2012, 237 ss.; Bonsignori, A., Espropriazione della quota di società a responsabilità limitata, Milano, 1961; Bove, M.-(Capponi, B.-Martinetto, G.-Sassani, B.), L'espropriazione forzata, in Giur. sist. dir. proc. civ., diretta da A. Proto Pisani, Torino, 1998, 391; Brunelli, B., Note sull'esecuzione del sequestro, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1997, 119; Calamandrei, P., Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari, Padova, 1936; Calvosa, C., Struttura del pignoramento e sequestro conservativo, Milano, 1973; Cantillo, M.-Santangeli, F., Il sequestro nel processo civile, Milano, 2003; Capponi, B., Pignoramento, in Enc. giur. Treccani, XXIII, Roma, 1990; Chiarloni, S., Il pignoramento di quote di società a responsabilità limitata si esegue ora tramite iscrizione nel registro delle imprese, in Giur. it., 1995, IV, 154; Colesanti, V., Il terzo debitore nel pignoramento di crediti, Milano, 1967; Colesanti, V., Pignoramento presso terzi, Enc. dir., XXXIII, Milano, 1983, 834; Coniglio, A., Il sequestro giudiziario e conservativo, Torino, 1926; Consolo, C., Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive, I, Torino, 2010, 299; Consolo, C., Intervento del terzo nel giudizio cautelare, reclamo del terzo e pregiudizio da mera attuazione scorretta (da farsi valere in altro modo), in Giur. it., 1996, I, 2, 187; Conte, R., Il sequestro conservativo, in I procedimenti sommari e speciali, II, Procedimenti cautelari, a cura di S. Chiarloni e C. Consolo, Torino, 2005, 985; Costa, S., Sequestro conservativo, Nss.D.I., XII, 1970, Torino, 44; Costantino, G., Le espropriazioni forzate speciali. Lineamenti generali, Milano, 1984; Costantino, G., Scritti sulla riforma della giustizia civile (1982-1995), Torino, 1996; Costantino, G., Procedimenti cautelari a tutela del credito. Il sequestro conservativo, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2000, 75; Ferri, C., Sequestro, in Dig. civ., XVIII, Torino, 1998, 460; Fortino, M., Sequestro conservativo e convenzionale, in Enc. Dir., XLII, Milano, 1990, 58; Gasperini, M.P., Pignoramento e sequestro di partecipazioni sociali, Torino, 2007; Grasso, E., L'espropriazione della quota, Milano, 1957; Izzo, S., Pignoramento in generale, in Dig. civ., Aggiornamento, II, Torino, 2007, 912; Laserra, G., Il sequestro conservativo come vincolo a porta aperta, in Riv. dir. proc., 1976, 76 ss.; Majorano, A., L'espropriazione presso terzi, in L'esecuzione forzata riformata, a cura di G. Miccolis e C.L. Perago, Torino, 2009, 183; Merlin, E., Le cause della sopravvenuta inefficacia del

provvedimento, in *Il processo cautelare*, a cura di G. Tarzia e A. Saletti, Padova, 2011, 445; Monteleone, G., *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria. Contributo allo studio della responsabilità patrimoniale dal punto di vista dell'azione*, Milano, 1975; Nicolò, R., *Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca, Tutela dei diritti (Art. 2900-2969)*, Bologna-Roma, 1953, 26; Perchinunno, R., *Il sequestro conservativo*, in *Tratt. Rescigno*, XX, Torino, 1983, 179; Pototschnig, P., *Il sequestro conservativo*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. Tarzia e A. Saletti, Padova, 2011, 1; Punzi, C., *Responsabilità patrimoniale e oggetto dell'espropriazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, 735; Roppo, E., *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1041; Roselli, F., *Responsabilità patrimoniale. I mezzi di conservazione*, in *Tratt. Bessone*, IX, t. 3, Torino, 2005; Saletti, A., *Le riforme del codice di rito in materia di esecuzione forzata e di attuazione delle misure cautelari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 443; Samorì, G., *Ammissibilità del sequestro conservativo in presenza di un titolo esecutivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, 134; Santulli, R., *Sequestro: I) Sequestro giudiziario e conservativo (Dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1998; Scaglioni, A., *Il sequestro nel processo civile*, Milano, 1969; Stolfi, G., *Sequestro giudiziario e conservativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 5; Trisorio Liuzzi, G., *In tema di sequestro di beni del terzo acquirente del debitore*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, 159 ss.; Vaccarella, R., *Espropriazione presso terzi*, *Dig. civ.*, VIII, Torino, 1992, 94; Vellani, M., *In tema di effetti sostanziali del sequestro conservativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 1119 ss.; Vellani, M., *Conversione del sequestro conservativo in pignoramento e creditori intervenuti*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 31 ss.; Verde, G., *Pignoramento in generale*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 763 ss.; Vullo, E., *La tutela delle parti e dei terzi nell'esecuzione dei sequestri*, in *Giur. it.*, 2004, 1152 ss.; Zumpano, M., *Sequestro conservativo e giudiziario*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 111.

## **Il diritto di ritenzione ex art 2756 cc: disciplina, presupposti e casi particolari**

**Di**

**Sandro Braga -**

## **Disciplina, natura e peculiarità del diritto di ritenzione ex art 2756 cc**

Il cd. diritto di ritenzione è disciplinato dal codice civile all'art. 2756 cc, comma 3, il quale dispone espressamente che il creditore può ritenere la cosa soggetta al privilegio finché non è soddisfatto del suo credito e può anche venderla secondo le norme stabilite per la vendita del pegno.

Più precisamente, tale diritto rappresenta una vera e propria forma di autotutela, poiché, in base ad esso, il creditore, che si trova ad essere detentore di un bene del debitore, connesso con il rapporto obbligatorio, può rifiutarsi di restituirlo sino a quando il suo credito non sia stato soddisfatto[1].

Nonostante ciò, in dottrina non vi è un'uniformità di vedute circa la natura di tale diritto. Difatti, una parte ritiene che abbia natura di diritto reale, al contrario, altri riconoscono allo ius retinendi natura di diritto personale.

Non è mancato chi ha ravvisato nel diritto di ritenzione una natura composita, ossia reale e personale allo stesso tempo. Tuttavia, tale affermazione sembra alquanto difficile, dato il numerus clausus dei diritti reali e considerata la mancanza di alcuni caratteri tipici, come ad esempio il diritto di sequela, di appropriazione dei frutti, di possibilità di esecuzione forzata diretta o ancora di prelazione nel ricavato[2].

In realtà, il diritto di ritenzione è uno strumento di autotutela con funzione coercitiva indiretta[3].

In particolare, il diritto di ritenzione è mezzo di autotutela a carattere eccezionale e la giurisprudenza esclude che esso possa essere esteso al di fuori della previsione della norma[4].

In altri termini, le norme che prevedono la ritenzione devono considerarsi eccezionali, in quanto derogano al principio generale che vieta ai singoli di farsi giustizia direttamente[5].

Eppure, tale carattere eccezionale delle ipotesi di autotutela pare contraddetto dal rilevante numero di fattispecie espressamente previste dal codice attualmente in vigore[6].

Infatti, tra le ipotesi di ritenzione possiamo enumerare numerosi esempi:

- la ritenzione a favore del possessore di buona fede (art.1152 c.c.);

- la ritenzione del coerede conferente in natura per rimborso di spese e di miglioramenti (art. 748, ult. co., c.c.);
- la ritenzione di animali mansuefatti (art. 925 c.c.);
- la ritenzione del professionista ex 2235 c.c.;
- la ritenzione per crediti per prestazioni e spese di conservazione e di miglioramenti (art. 2756 c.c.);
- la ritenzione per crediti privilegiati del vettore, del mandatario, del depositario e del sequestratario (art. 2761 c.c.);
- la ritenzione del creditore, pignoratizio (art. 2794 c.c.);
- il patto solve et repete (art. 1462 c.c.);
- il recesso del correntista (art. 1830 c.c.);
- il recesso dell'assicurato (art. 1899 c.c.).

Con riferimento alla fonte, il cd. ius retinendi può essere oggetto di esplicita disposizione normativa oppure costituita in virtù dell'autonomia contrattuale concessa alle parti da cui l'obbligazione è sorta.

Precisamente, quando il diritto di ritenzione è riconosciuto al creditore dalla legge, non sono ammesse interpretazioni analogiche che estendano l'ambito di applicazione del diritto a situazioni simili a quelle oggetto di espressa previsione normativa. Al contrario, l'assoluta tassatività della figura giuridica in esame implica che, fuori dalle ipotesi consentite, la ritenzione di un oggetto, praticata per ottenere l'esecuzione di una prestazione anche se spettante, integrerebbe addirittura un illecito anche penale[7].

### Presupposti

Costituiscono presupposti per l'applicazione del diritto di ritenzione:

- il possesso in buona fede della cosa;
- l'esistenza del credito, che deve essere certo, liquido ed esigibile;
- inoltre, deve sussistere una connessione tra il credito e la res, ossia il collegamento funzionale tra il credito e il bene posseduto[8].

In ordine ai presupposti, e in particolare all'esistenza del credito, pare opportuno chiarire che l'esercizio del diritto di ritenzione non vale a scriminare l'agente relativamente al reato di appropriazione indebita, quando il credito che si vuole tutelare attraverso l'esercizio dello ius retinendi non è né liquido né esigibile.

In tal caso, infatti, l'appropriazione della cosa altrui integra il reato di cui all'art. 646 c.p., dovendosi ritenere ingiusto il profitto che l'agente intende realizzare in virtù di una pretesa che avrebbe dovuto far valere, in quanto non compiutamente definita nelle specifiche necessarie connotazioni di determinatezza, liquidità ed esigibilità, soltanto con i mezzi leciti e legali posti a disposizione dall'ordinamento giuridico[9].

### Tipologie di ritenzione

È possibile individuare due tipologie di ritenzione:

- una cd. ritenzione privilegiata
- l'altra cd. ritenzione semplice.

Nella prima ipotesi, al creditore, oltre alla causa di prelazione, viene riconosciuto come ulteriore tutela, il diritto di ritenere il bene oggetto del privilegio, finché non è stato soddisfatto del suo credito[10].

Un esempio di ritenzione privilegiata è oggetto dell'art. 2756, co.1, cc., ai sensi del quale i creditori, che vantano la loro pretesa per aver effettuato prestazioni ed aver sostenuto spese per la conservazione o il miglioramento di un bene mobile, possono sia ritenere la cosa soggetta a privilegio finché il loro credito non sia soddisfatto, sia venderla secondo le norme stabilite per la vendita della cosa data in pegno[11].

Al contrario, nella seconda ipotesi, vi è un diritto di ritenzione senza privilegio.

Un caso di ritenzione semplice è quello previsto dall'art. 1152 c.c., del diritto di ritenzione spettante al possessore di buona fede (di un bene immobile) finché non gli siano corrisposte le indennità dovutegli. O ancora, il diritto riconosciuto sull'immobile all'affittuario coltivatore diretto, finché il locatore non gli corrisponde le indennità dovutegli per i miglioramenti apportati al fondo[12].

Infine, oltre alle tipologie succitate, merita di essere altresì menzionato il cd. pegno gordiano. Esso infatti costituisce una particolare fattispecie di diritto di ritenzione che riconosce al creditore pignoratorio il diritto di rifiutare la restituzione del pegno fino al pagamento degli altri debiti sorti successivamente a carico del debitore pur se non inclusi nel contratto costitutivo del pegno[13].

Più semplicemente, l'art. 2794, co.2, c.c., dispone che si verifica il cd. pegno gordiano quando il pegno è stato costituito dal debitore e quest'ultimo ha, verso lo stesso creditore, un altro debito, sorto dopo la costituzione del pegno e scaduto prima che sia pagato il debito anteriore.

[1] In merito M. BESSONE, Istituzioni di Diritto Privato, Giappicelli Editore, Torino, 2009, p. 1169.

[2] A tal proposito consultare P.BASSO, Il diritto di ritenzione, Giuffrè editore, Milano, 2010, p. 35.

[3] Cfr. F. CARINGELLA, G. DE MARZO, Manuale di diritto Civile. Persone, famiglia, successioni e proprietà. Giuffrè Editore, Milano, 2007, p. 642.

[4] Sul punto vedi F. GAZZONI, Manuale di diritto privato, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007, p. 238

[5] Così P.STANZIONE, Manuale di diritto privato. Terza edizione. Giappicelli Editore, Torino, 2013, p 660.

[6] A tal proposito consultare P.BASSO, Il diritto di ritenzione, Giuffrè editore, Milano, 2010, pp. 16 e ss.

[7] Così P.STANZIONE, Manuale di diritto privato. Terza edizione. Giappicelli Editore, Torino, 2013, p 660.

[8] Vedi C. CICERO, Trattato di diritto privato. Le Obbligazioni: I modi di estinzione delle obbligazioni. Giappicelli Editore, Torino, 2013, p. 147.

[9] In merito R. CLARIZIA, Garanzie reali e personali. Costituzione, tutele sostanziali e strategie processuali, Cedam, Padova, 2011, p. 85 e ss.

[10] In merito M. BESSONE, Istituzioni di Diritto Privato, Giappicelli Editore, Torino, 2009, p. 1169.

[11] A tal proposito consultare P.STANZIONE, Manuale di diritto privato. Terza edizione, Giappicelli Editore, Torino, 2013, p 661.

[12] Così F.GALGANO, Trattato di diritto civile. Volume terzo . Terza edizione, Cedam, Padova, 2014, pp. 460 e ss.

[13] Così C.M.BIANCA, Diritto Civile. Volume 7, Giuffrè Editore, Milano, 2012, p.255. Tale diritto ebbe origine in una costituzione dell'imperatore Gordiano dell'anno 239. In seguito, fu quindi conosciuto con il nome di pegno Gordiano.

## PRIVILEGIO

**Il privilegio** è una tra le cause di prelazione che costituisce garanzia patrimoniale su determinati beni del debitore in relazione alla causa del credito. I privilegi non sono pattuiti dalle parti come nel caso del pegno o dell'ipoteca, ma sono tipizzati dalla legge stessa la quale attribuisce questa prelazione a determinati tipi di crediti che sembrano degni di una maggiore tutela. Tra i crediti privilegiati l'ordine di preferenza è stato voluto dal legislatore (ex art. 2777 e seguenti)

Esistono innanzitutto “**privilegi generali**” che riguardano tutti i beni mobili del debitore e non sono opponibili ai terzi (se cioè il debitore aliena i beni mobili il creditore non potrà agire per riaverli, questo è dovuto al principio del diritto di sequela.)

L'articolo 2747, e i “privilegi speciali”, che si hanno su determinati beni, sia mobili, sia immobili e sono dovuti dal particolare legame esistente tra il credito e l'oggetto del contratto. Quando ad esempio viene venduta una macchina utensile, il venditore ha un privilegio per il pagamento del prezzo sulla macchina utensile stessa. Così chi riceve in deposito ha il privilegio per il pagamento dell'attività di custodia sulla cosa stessa finché essa è presso di lui.

Tale privilegio è un diritto reale di garanzia e non soltanto una qualità del credito, essendo infatti, in linea di principio, opponibile ai terzi. Riguardo ai beni mobili, il pegno è preferito al privilegio speciale gravante su di essi, mentre per gli immobili il privilegio viene preferito all'ipoteca. I crediti per i contributi che hanno gli enti previdenziali, i crediti dei lavoratori per le retribuzioni da parte dei loro datori di lavoro, i crediti dello Stato per le imposte sono tutti crediti privilegiati.

Il fenomeno inverso al privilegio è la **postergazione** quando uno o più creditori, senza rinunciare al credito, permettono che il loro credito sia soddisfatto solo dopo l'integrale soddisfazione degli altri creditori che assumono, per effetto di questo, un carattere di privilegio indiretto. Uno dei casi più rilevanti di postergazione la si ebbe nel concordato preventivo Agrifactoring dove gli azionisti di tale società si postergarono per permettere di raggiungere l'approvazione del concordato. Sulla scia di una prassi bancaria diventata diffusa la riforma del diritto societario ha ufficializzato la postergazione.

### **L'articolo 2467 del codice civile recita:**

“Il rimborso dei finanziamenti dei soci a favore della società è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori e, se avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento della società, deve essere restituito” .

I privilegi, a differenza del pegno e dell'ipoteca, scaturiscono dalla legge e non dalla volontà delle parti. Alcuni crediti per la loro particolare natura, sono ritenuti infatti dall'ordinamento meritevoli di una speciale tutela. Fondamentale distinzione nell'ambito dell'istituto in esame è quella, sancita dall'articolo 2746 del codice civile, tra privilegio generale e privilegio speciale.

**Il privilegio generale è quello su tutti i beni mobili del debitore.**

**Il privilegio speciale è quello su determinati beni del debitore.**

La principale distinzione tra i due tipi di privilegio sta nel fatto che il privilegio generale non attribuisce un diritto di sequela (non costituisce quindi una garanzia reale), mentre il privilegio speciale attribuisce il predetto diritto, consentendo di perseguire i beni anche se sono stati acquistati da terzi (è quindi una garanzia reale).

In relazione agli istituti appena esaminati del pegno e dell'ipoteca, occorre osservare che il pegno prevale sul privilegio speciale sui beni mobili, mentre il privilegio speciale sui beni immobili prevale sull'ipoteca (ex art. 2748 c.c.). Come già previsto anche per il pegno e l'ipoteca, il privilegio accordato al credito si estende alle spese ordinarie per l'intervento nel processo di esecuzione, agli interessi dovuti per l'anno in corso alla data del

pignoramento e per quelli dell'anno precedente. Gli interessi successivamente maturati hanno privilegio nei limiti della misura legale fino alla data della vendita.

**Il privilegio speciale** sui beni mobili è il privilegio istituito dalla legge a tutela del creditore e avente ad oggetto determinati beni del debitore. Questo tipo di privilegio viene denominato speciale, in quanto ne costituiscono oggetto uno o più beni del debitore individuati dalla legge, in considerazione del tipo di obbligazione (ex artt. 2755 ss. c.c.).

Oltre ad elencare i crediti che godono del privilegio su uno o più beni del debitore e che tra breve esamineremo, il Codice fornisce altresì lo strumento giuridico al creditore, affinché possa efficacemente esercitare il diritto accordatogli dall'ordinamento. È stabilito, infatti, che il creditore che ha privilegio su una cosa mobile, se ha fondati motivi di temere la rimozione della cosa dalla particolare situazione alla quale è subordinata la sussistenza del privilegio, può domandarne **il sequestro conservativo (ex art. 2769 c.c.)**. I crediti per spese di giustizia fatte per atti conservativi o per l'espropriazione di beni mobili nell'interesse comune dei creditori hanno privilegio sui beni stessi, così come i crediti per prestazioni e spese di conservazione e miglioramento di beni mobili. In questo caso il creditore può addirittura ritenere la cosa soggetta al privilegio finché non è soddisfatto del suo credito e può anche venderla secondo le norme stabilite per la vendita del pegno.

Il legislatore ha previsto che il privilegio a favore del creditore possa essere costituito anche su beni immobili di proprietà del debitore. **Su un determinato immobile hanno innanzitutto privilegio i crediti per le spese di giustizia fatte per atti conservativi o per l'espropriazione di beni immobili nell'interesse comune dei creditori (ex art. 2770 c.c.). Hanno inoltre privilegio i crediti dello Stato per vari tipi di imposta sul reddito e anche per alcuni tributi indiretti (ex artt. 2771 e 2772 c.c.).**

Riveste particolare importanza **l'articolo 2775-bis, inserito dalla L.30/1997** che ha convertito con modifiche il decreto legge 1996/669, che sancisce che in caso di mancata esecuzione del contratto preliminare (che risulti regolarmente trascritto), **i crediti del promissario acquirente che ne conseguono hanno privilegio speciale sul bene immobile oggetto del**

**contratto preliminare.** In questo caso il privilegio non è opponibile ai creditori garantiti da ipoteca (ex art. 2825 bis c.c.). Sul prezzo degli immobili sono collocati, solo in caso di infruttuosa esecuzione sui mobili e nell'ordine che segue con preferenza rispetto ai crediti chirografari.

I crediti relativi al trattamento di fine rapporto nonché all'indennità di cui all'articolo 2118 del codice civile

I crediti indicati dagli articoli. 2771 e 2751 bis del codice civile e i crediti per contributi dovuti a istituti, enti o fondi speciali.

I crediti dello Stato, indicati dal comma 3 dell'articolo 2752 del codice civile.

**In base all'art. 46 TUBC**, i finanziamenti a medio e lungo termine da parte delle banche alle imprese possono essere garantiti da **privilegio speciale su beni mobili non iscritti nei pubblici registri**.

Oggetto del diritto di garanzia possono essere, in particolare, i beni comprendenti il capitale fisso delle imprese (impianti ed opere esistenti e futuri, concessioni e beni strumentali destinati all'esercizio dell'impresa), il capitale circolante, cioè diretto ad essere consumato e rimpiazzato nel normale ciclo di produzione (materie prime, prodotti in corso di lavorazione, scorte, prodotti finiti, frutti, bestiame e merci), oltre che i beni acquistati con il finanziamento concesso e i crediti, anche futuri, derivanti dalla vendita dei beni indicati. La norma pone numerosi problemi interpretativi. Si discute soprattutto se il privilegio si possa estendere al capitale fluttuante futuro e cioè venuto ad esistenza successivamente alla costituzione della garanzia.

### **Pegno**

E' una garanzia reale a favore del creditore su un bene mobile del debitore o di un terzo. La costituzione del pegno è un atto volontario che garantisce l'adempimento dell'obbligazione e si realizza con la consegna della cosa al creditore o ad un terzo, designato dalle parti, che la prende in custodia; trattasi quindi di un contratto reale. Oggetto del pegno possono essere cose mobili, crediti, altri diritti mobiliari e universalità di mobili. Il pegno serve a garantire soprattutto operazioni di piccolo prestito (v. prestito su pegno), anticipazioni (v. anticipazione bancaria), aperture di credito (v. apertura di credito). Il creditore pignoratizio ha il potere di sottoporre la cosa oggetto

del pegno all'esecuzione forzata, anche se la stessa è uscita dal patrimonio del debitore, e in ciò consiste il c.d. diritto di sequela. Il creditore, inoltre, in caso di esecuzione forzata, ha il diritto di soddisfarsi sul ricavato dalla vendita del bene con preferenza sugli altri creditori, esercitando il suo diritto di prelazione; ma tale diritto è subordinato all'esistenza di una scrittura avente data certa e contenente l'indicazione del credito e del bene oggetto del pegno. È, invece, espressamente vietato il patto commissorio, ossia il patto con il quale si stabilisce che, in caso di inadempimento, il bene oggetto del pegno passi in proprietà del creditore; costui, però, può ottenere dal giudice l'assegnazione della cosa in pagamento. Gli effetti che derivano dalla costituzione del pegno sono molteplici. Innanzitutto il creditore ha diritto al possesso del bene, con il conseguente dovere di custodia e, se perde il possesso, può esercitare l'azione di spoglio; egli, però ha l'obbligo di non usare o disporre della cosa, e se viola quest'obbligo, il debitore può ottenere il sequestro della cosa. Se oggetto del pegno è un bene fruttifero, il creditore può tenere per sé soltanto i frutti, imputandoli prima alle spese ed agli interessi, poi al capitale. La cosa oggetto del pegno deve essere restituita quando il credito è stato interamente pagato. Può accadere che il bene dato in pegno perisca o si deteriori, anche per caso fortuito, in modo da essere insufficiente alla sicurezza del creditore; questi, allora, può chiedere l'integrazione del pegno, mediante prestazione di altra idonea garanzia, o l'immediato pagamento del suo credito. Analoga facoltà spetta al costituente che può anche chiedere al giudice l'autorizzazione a vendere il bene. Il pegno è indivisibile: infatti, anche se il bene oggetto della garanzia è divisibile ed anche se il creditore divide per quote in seguito all'apertura della successione ereditaria, il pegno garantisce l'intero credito, fino al momento della totale estinzione della obbligazione. L'indivisibilità può, però, essere esclusa dall'accordo delle parti ed è generalmente esclusa nelle anticipazioni bancarie. A parte l'ipotesi normale di costituzione volontaria del pegno, vi sono casi in cui tale garanzia reale sorge direttamente dalla legge; si parla, allora, di pegno legale per indicare alcune figure giuridiche riconducibili più propriamente ai privilegi speciali (v. privilegio) mobiliari aventi natura possessuale, la cui disciplina si discosta da quella dettata per il pegno volontario.

**DL 59/2016**

Gli imprenditori possono dare in garanzia un bene aziendale con lo scopo di ottenere un finanziamento per la loro impresa, e nel contempo avere la facoltà di continuarlo ad usare. Questo, è quanto è stato introdotto dal decreto banche (dl 59/2016) del tre maggio scorso, e da oggi in discussione alla camera, per poter essere convertito definitivamente in legge.

Nel dettaglio, la caratteristica principale di questo strumento è che non comporta lo spossessamento del bene mobile da parte del debitore/imprenditore che rilascia la garanzia, a differenza del pegno ordinario (artt. 2784 e ss. codice civile) in cui lo spossessamento costituisce un deterrente per il debitore dal compiere atti dispositivi a discapito della garanzia patrimoniale. I soggetti che potranno utilizzarlo sono gli imprenditori iscritti nel registro delle imprese e i crediti garantiti dovranno essere stati concessi a loro o a terzi per l'esercizio dell'impresa. L'inciso «a terzi» è stato introdotto in sede di conversione in senato, con ciò ampliando le ipotesi applicative di questo strumento.

I crediti potranno essere presenti o futuri, determinati o determinabili, purché siano inerenti all'esercizio dell'impresa e con la previsione, nel contratto di pegno, dell'importo massimo garantito. Nessuna menzione è fatta dei soggetti eroganti, quindi, chiunque conceda finanziamenti agli imprenditori inerenti all'esercizio dell'impresa potrà impiegare detto strumento. Tale garanzia potrà essere costituita su beni mobili, anche immateriali, destinati all'esercizio dell'impresa e su crediti derivanti da o inerenti a tale esercizio, con la sola esclusione dei beni mobili registrati. L'estensione ai beni immateriali è stata introdotta con il testo passato in senato ed è di assoluta rilevanza: si pensi al caso di un imprenditore che dia in pegno un brevetto e continui a usarlo per la produzione aziendale. Dispone inoltre la norma che i beni potranno essere esistenti o futuri, determinati o determinabili, anche mediante riferimento a una o più categorie merceologiche o a un valore complessivo. Potranno dunque essere dati in pegno: impianti, materie prime, scorte, prodotti in corso di lavorazione ecc.

Una ulteriore peculiarità è data dal fatto che, salva diversa previsione nel contratto, il debitore o il terzo concedente il pegno sono autorizzati a trasformare o alienare il bene e comunque disporne, a patto che venga rispettata la sua destinazione economica. Tale previsione è concretamente a

vantaggio dell'imprenditore che finché non estingue il finanziamento, potrà ad esempio avere la necessità di sostituire il bene aziendale dato in pegno, perché vetusto o perché decida di venderlo avendo ricevuto una buona offerta. A seguito delle modifiche approvate dal senato, è stato precisato che rimane fermo il diritto del creditore a promuovere azioni conservative o inibitorie in caso di abuso del diritto.

Il contratto di pegno dovrà essere scritto, con l'indicazione di una serie di elementi tassativi, e iscritto in un registro costituito presso l'Agenzia delle entrate. Da tale momento, il pegno prende grado ed è opponibile ai terzi e nelle procedure esecutive e concorsuali.

La versione passata in senato ha ulteriormente semplificato la procedura. Il creditore potrà comunicare al debitore, anche mezzo Pec, come intende escutere il pegno scegliendo tra:

- a) la vendita dei beni oggetto del pegno, trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del credito;
- b) l'escussione o cessione dei crediti oggetto di pegno fino a concorrenza della somma garantita;
- c) ove previsto nel contratto e ove sia iscritto nel Registro delle Imprese, la locazione del bene oggetto del pegno, imputando i canoni a soddisfacimento del credito;
- d) ove sia previsto nel contratto e ove sia iscritto nel Registro delle imprese, l'appropriazione dei beni oggetto del pegno, fino a concorrenza della somma garantita, a condizione che il contratto preveda i criteri e le modalità di valutazione del valore del bene.

Il debitore (o il terzo) saranno tenuti, entro 15 giorni dall'intimazione, a consegnare il bene oggetto. In mancanza, il creditore potrà richiedere all'ufficiale giudiziario di procedere con l'apprensione del bene, a norma delle disposizioni del codice di procedura civile sull'esecuzione per consegna o rilascio. In caso di eventuale fallimento del debitore, il creditore potrà escutere il pegno solo dopo che il suo credito sia stato ammesso al passivo con il riconoscimento della prelazione. A tutela dell'imprenditore, è disciplinato il diritto dello stesso ad agire in giudizio per il risarcimento

del danno quando la vendita del bene avvenga in violazione delle modalità di escussione e il prezzo non corrisponda ai valori di mercato.

## **Ipoteca**

Diritto reale di garanzia, che attribuisce al creditore il potere di espropriare, anche in confronto del terzo acquirente, i beni su cui lo stesso grava e di essere soddisfatto con preferenza sul prezzo ricavato dall'espropriazione. L'ipoteca, che può essere concessa dal debitore o da un terzo, non fa perdere né il godimento, né la disponibilità del bene, anche se il creditore può domandare all'autorità giudiziaria le cautele necessarie per evitare atti pregiudizievoli alla sua garanzia.

Il diritto di ipoteca è **reale**, in quanto inerisce al bene che ne forma l'oggetto, anche in caso di successiva vendita a un terzo;

è **speciale**, in quanto può colpire solo beni determinati e per una somma determinata;

è **indivisibile**, in quanto sussiste per intero sopra tutti i beni vincolati, sopra ciascuno di essi e sopra ogni loro parte;

ed è infine **accessorio**, in quanto presuppone l'esistenza di un credito valido e perfetto, anche se futuro o sottoposto a condizione sospensiva.

Sono capaci d'ipoteca, che in tal caso si dice immobiliare, i beni immobili in commercio, con le loro pertinenze (compresi miglioramenti e accessioni), l'usufrutto dei beni stessi, il diritto di superficie ed i diritti, rispettivamente dell'enfiteuta e del concedente, sul fondo enfiteutico.

Sono poi anche capaci d'ipoteca, che in tal caso si dice mobiliare, le rendite dello Stato nel modo determinato dalle leggi relative al debito pubblico (T.u. 17.7.1910 n. 536), gli aeromobili, le navi e gli autoveicoli.

L'ipoteca può trovar titolo o nella volontà della legge (**ipoteca legale**) o in quella del giudice (**ipoteca giudiziale**) o nelle volontà delle parti (**ipoteca convenzionale**). Non basta però il titolo, in quanto in ogni caso l'ipoteca immobiliare acquista giuridica esistenza, fra le parti e verso i terzi, mediante iscrizione nei registri immobiliari del luogo in cui si trova l'immobile; l'iscrizione, a differenza della trascrizione, ha funzione costitutiva, anche se non sana gli eventuali difetti del titolo. Conseguenza che l'ipoteca non prende

grado dalla data del titolo, ma da quella dell'iscrizione, in modo da determinare, in caso di più iscrizioni, l'ordine per il soddisfacimento dei vari creditori ipotecari e per stabilire l'efficacia dell'ipoteca rispetto ai diritti (di proprietà o reali di godimento) acquistati sui beni ipotecati con atti trascritti successivamente.

Per eseguire l'iscrizione deve presentarsi il titolo costitutivo insieme con una nota, sottoscritta dal richiedente, in doppio originale, che deve contenere gli elementi indicati nell'art. 2839 c.c.; l'iscrizione conserva il suo effetto per venti anni dalla sua data, onde prima della scadenza di tale termine deve essere rinnovata. Delle ipoteche può operarsi la riduzione, o diminuendo la somma per la quale è stata prestata o restringendo l'iscrizione ad una parte soltanto dei beni, ove concorrano particolari condizioni (pagamenti parziali del credito, eccesso nel valore dei beni rispetto alla cautela).

La cancellazione dell'iscrizione può essere consentita dalle parti interessate o essere ordinata con sentenza e importa l'estinzione dell'ipoteca; questa si verifica anche per mancata tempestiva rinnovazione dell'iscrizione, per l'estinguersi della obbligazione, per il perimento del bene ipotecato, per la rinuncia del creditore, per lo scadere del termine convenzionale o per il verificarsi della condizione risolutiva eventualmente apposta, per la pronuncia del provvedimento di trasferimento all'acquirente del diritto espropriato e, infine, nel caso di beni acquistati da terzi, per prescrizione col decorso di venti anni dalla trascrizione del titolo di acquisto. Se il bene ipotecato è stato acquistato da un terzo, questi può liberarsi, onde evitare l'espropriazione, pagando i creditori iscritti, o rilasciando a costoro il bene acquistato, o purgando il bene dall'ipoteca. In quest'ultimo caso l'acquirente deve offrire il prezzo o il valore del bene, effettuando il deposito della somma di denaro relativa; ma i creditori, ricorrendo determinate condizioni, possono rifiutare l'offerta e chiedere l'espropriazione.

**L'ipoteca di cui all'art. 48 bis decreto legge n. 59, 3 maggio 2016**

### **CD. PATTO MARCIANO**

Una forma particolare di ipoteca è prevista dalla norma in esame e consente alla banca mutuante un nuovo ed efficiente strumento di garanzia alternativo alla tradizionale ipoteca (con lo stimolo che, di conseguenza, ne deriva per la concessione del credito da parte delle banche), puntando sul fatto di

evitare le inevitabili tempistiche proprie delle procedure esecutive in caso di inadempimento delle obbligazioni garantite da ipoteca: è questa la finalità del nuovo istituto, introdotto dal decreto legge 3 maggio 2016 n. 59 (pubblicato sulla «Gazzetta Ufficiale» n. 102 dello stesso giorno), consistente nel trasferimento alla banca di un bene immobile sotto la condizione sospensiva dell'inadempimento del mutuatario: in sostanza, se il mutuatario è inadempiente, l'immobile viene trasferito alla banca e questa lo può poi direttamente vendere, senza far luogo a una procedura esecutiva giudiziale, al fine di compensare, con il ricavato dalla vendita, il proprio credito (avendo comunque già restituito al mutuatario inadempiente, prima della vendita "forzata" e indipendentemente da essa, la differenza tra il valore di stima dell'immobile dato in garanzia e l'importo del debito). La nuova norma prevede infatti che il contratto di finanziamento concluso tra un imprenditore e una banca (o altro soggetto autorizzato a concedere finanziamenti nei confronti del pubblico) può essere garantito dal trasferimento, in favore del creditore (o di una società da questi controllata o al medesimo collegata e autorizzata ad acquistare, detenere, gestire e trasferire diritti reali immobiliari), della proprietà di un immobile o di un altro diritto reale immobiliare di titolarità dell'imprenditore o di un terzo, il tutto sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore. L'immobile oggetto di garanzia può essere di qualsiasi natura (terreno, fabbricato strumentale, fabbricato abitativo), **con l'unica eccezione che non può trattarsi dell'abitazione principale del datore di ipoteca, del suo coniuge o di suoi parenti e affini entro il terzo grado.**

In altri termini, il bene oggetto di garanzia rimane di proprietà dell'imprenditore (o del terzo datore), ma ne viene previsto il passaggio di proprietà alla banca (o ad altro soggetto strumentale alla banca) nel caso in cui l'imprenditore mutuatario non rimborsi il finanziamento: trascrivendo nei Registri immobiliari il trasferimento sotto condizione sospensiva, si impedisce a qualunque altro soggetto di imprimere sul bene in questione altre formalità pregiudizievoli per la banca mutuante (ad esempio, questa trascrizione rende infruttuosa la trascrizione successiva di un pignoramento o di una domanda giudiziale e l'iscrizione di ipoteche), in quanto, se la condizione di inadempimento si verifici, il passaggio di proprietà del bene oggetto di garanzia si intenderà avvenuto nel momento stesso in cui il patto di garanzia venne originariamente trascritto, e ciò per effetto del tipico

meccanismo retroattivo connesso alla verifica della condizione sospensiva.

La nuova norma non riguarda solo i contratti di mutuo che verranno stipulati d'ora innanzi, ma anche quelli in corso, per i quali questa nuova modalità di garanzia venga esplicitamente pattuita mediante un atto notarile. Qualora, in quest'ultimo caso, siano oggetto di trasferimento sospensivamente condizionato immobili già gravati (come è normale che sia, nella maggior parte dei casi) da ipoteca, la nuova legge stabilisce che il patto di trasferimento sospensivamente condizionato prevale, nonostante sia stato trascritto posteriormente all'ipoteca, sulle formalità trascritte o iscritte nei Registri immobiliari successivamente alla iscrizione dell'originaria ipoteca.

Dato che si tratta, come detto, di un patto di trasferimento sotto la condizione sospensiva dell'inadempimento del mutuatario, la legge si fa direttamente carico di definire come "inadempimento" la situazione che si ha:

- nel caso di ammortamento a rate mensili, quando si abbia un mancato pagamento protratto per oltre sei mesi dalla scadenza di almeno tre rate (anche non consecutive);
- nel caso di ammortamento a rate di durata superiore a quella mensile, quanto si abbia il mancato pagamento anche di una sola rata;
- nel caso di obbligo di restituzione non rateale (il cosiddetto finanziamento bullet, da restituire in unica soluzione a una data scadenza), qualora si abbia un ritardo di oltre sei mesi rispetto alla data in cui il rimborso sarebbe dovuto avvenire.

Dal punto di vista procedurale, verificatosi l'inadempimento, il creditore notifica una dichiarazione di volersi avvalere degli effetti del patto di trasferimento della proprietà. Decorsi 60 giorni, il creditore chiede al presidente del tribunale la nomina di un perito per la stima dell'immobile (con relazione giurata), il quale comunica il valore dell'immobile agli interessati. In questo momento si verifica il passaggio di proprietà del bene dal datore di ipoteca alla banca, se il valore è inferiore al debito; se è invece superiore, il passaggio di proprietà si ha nel momento in cui la banca paga al debitore la differenza tra il valore peritato e l'importo del debito.

## **RESTRIZIONE DELL'IPOTECA**

Le norme vigenti riconoscono il diritto del debitore alla restrizione dell'ipoteca, non solo nei termini di una riduzione del valore per cui la somma è stata originariamente iscritta, ma anche nella forma della restrizione a una parte dei beni, quando l'ipoteca sia iscritta su di una pluralità di immobili tra loro distinti, ove siano soddisfatti due presupposti:

- il debito garantito sia stato rimborsato per almeno un quinto;
- vi sia evidenza documentale, sulla base cioè di perizie redatte allo scopo, che per le somme ancora dovute i rimanenti beni vincolati costituiscono una garanzia sufficiente;

Per negare il diritto del debitore alla restrizione dell'ipoteca, quando ve ne siano i presupposti di legge, il creditore non può opporre un proprio presunto diritto a conservare inalterato quello che viene definito come "loan to value", cioè il rapporto tra valore del credito e valore della garanzia esistente all'atto della concessione del finanziamento. Ciò in quanto la legge non prevede un diritto del creditore al mantenimento di una specifica proporzione tra valore dell'ipoteca e valore del credito ma unicamente il già ricordato diritto a che sia conservata una garanzia sufficiente per soddisfare il debito residuo. Il che allora implica che, in presenza dei due presupposti sopra indicati, di fatto, non si può rifiutare tale restrizione per la sola ragione che il rapporto originario viene ad essere percentualmente alterato.

Questa la posizione assunta dall'Arbitro Bancario Finanziario nella decisione numero 14 del 9 gennaio 2012.

## **La fideiussione**

### **Da Altalex**

Obbligazione che un soggetto (detto fideiussore) assume verso il creditore di altro soggetto a garanzia dell'adempimento dell'obbligazione, anche futura o condizionale di quest'ultimo. Il fideiussore, quindi, assume verso il creditore un debito distinto da quello del debitore principale ed è tenuto ad adempiere solo in caso di inadempimento di quest'ultimo. Conseguentemente l'obbligazione fideiussoria è sussidiaria ed accessoria: sussidiaria, in quanto, dovendo essere adempiuta solo se non è adempiuta

l'obbligazione principale, si pone, rispetto alla stessa, in un grado diverso; accessoria, in quanto, salvo che la fideiussione sia prestata per un'obbligazione assunta da un incapace, è valida solo se è valida l'obbligazione principale e non può eccedere ciò che è dovuto dal debitore principale né può essere assunta a condizione più onerosa. Fonte della fideiussione può essere o la legge (c.d. fideiussione legale) o la volontà delle parti (c.d. fideiussione volontaria). In quest'ultimo caso viene posto in essere un negozio di garanzia che può avere qualsiasi forma, purché la volontà di assumere l'obbligazione sia espressa. La fideiussione può essere assunta senza un corrispettivo (fideiussione gratuita) o in corrispettivo di un compenso che il creditore dà o promette al fideiussore o ad un terzo (fideiussione onerosa). L'obbligazione fideiussoria volontaria, inoltre, può essere contenuta in un testamento, oppure può formare oggetto di una promessa unilaterale (come avviene nella obbligazione fideiussoria incorporata in un titolo di credito), o di un contratto, che di regola contiene la dichiarazione di volontà del fideiussore e del creditore. Il contratto può anche essere stipulato, a favore del creditore, dal fideiussore e dal debitore, nel qual caso si ha un contratto a favore di terzo. Infine l'assunzione dell'obbligazione può essere oggetto di una specifica clausola, detta fideiussoria, inserita in un contratto avente un diverso oggetto, come p.e. avviene nel caso della fideiussione prestata dal mediatore, nel contratto di mediazione, per una delle parti. La fideiussione può essere prestata per tutto il debito ed alle condizioni per questo esistenti (fideiussione piena o illimitata) oppure per una parte soltanto del debito o a condizioni meno onerose (fideiussione parziale o limitata); i suoi effetti si producono anche se il debitore non ne ha conoscenza e, salvo patto contrario, si estendono agli accessori del debito ed a determinate spese. Il fideiussore è obbligato al pagamento del debito in solido col debitore principale, ma tale solidarietà può mancare (fideiussione semplice), quando è esclusa o dalla legge o dalla volontà delle parti, quando cioè queste convengono che il fideiussore non sia tenuto a pagare prima dell'escussione del debitore principale (fideiussione con beneficio di escussione). In tale ultimo caso il fideiussore, che sia convenuto dal creditore ed intenda valersi del beneficio dell'escussione, deve indicare i beni del debitore principale da sottoporre ad esecuzione e, salvo patto contrario, deve anche anticipare le spese necessarie. Il fideiussore può opporre al creditore tutte le eccezioni che

spettano al debitore principale, salva quella derivante dall'incapacità. In caso di fideiussione prestata da più persone (fideiussione cumulativa), ognuna di queste è obbligata per l'intero debito, salvo che sia stato convenuto il beneficio della divisione, nel quale caso, di norma, l'obbligazione di ogni fideiussore è limitata alla sua quota. Il fideiussore del fideiussore non è obbligato verso il creditore se non nel caso in cui il debitore principale e tutti i fideiussori di questo siano insolventi o siano liberati perché incapaci. Il fideiussore che ha pagato è surrogato nei diritti del creditore verso il debitore e può agire in regresso verso gli altri fideiussori nei limiti delle rispettive porzioni. La fideiussione si estingue in tutti i casi in cui si estingue l'obbligazione principale e, inoltre, per cause sue proprie, come p.e., la rinuncia alla garanzia da parte del creditore e la confusione nella stessa persona della qualità di fideiussore e di debitore.

Artt. 1936-1957 del Codice Civile e artt. 115-117 del T.U.B.

### Nozione

Secondo la dottrina, nel nostro ordinamento l'obbligazione è sempre composta da due elementi, il debito (che consiste in un dovere del debitore) e la responsabilità debitoria (prevista dall'articolo 2740, secondo cui il debitore risponde con tutti i suoi beni dell'adempimento dell'obbligazione); la responsabilità sarebbe quindi elemento costitutivo del rapporto obbligatorio e accessorio imprescindibile del debito. Da questo punto di vista qualche autore ha affermato che la fideiussione costituirebbe un caso eccezionale di responsabilità senza debito; il fideiussore/debitore, infatti, sarebbe responsabile dell'obbligazione principale, rispondendo con i suoi beni ai sensi dell'articolo 2740, ma non avrebbe un debito proprio. Il vero debitore cioè sarebbe il debitore principale; il fideiussore sarebbe solo un garante, senza però avere un debito proprio.

In realtà tale tesi è decisamente da respingersi, perché anche il fideiussore ha un suo debito proprio, distinto da quello del debitore principale; il debito del fideiussore nasce da un rapporto obbligatorio autonomo (il negozio di fideiussione), consistente proprio nel garantire l'obbligo altrui.

Un esempio farà capire l'autonomia dei due rapporti debitori: F è fideiussore di D (debitore principale) che deve consegnare una partita di grano il giorno 10 al panettiere

P; alla scadenza convenuta D non è in grado di consegnare il suo grano che è perito in un incendio (e quindi non è responsabile dell'inadempimento); F consegna al creditore la quantità di grano convenuta, che però è avariato; se P viene denunciato dai suoi clienti che hanno avuto disturbi alimentari il risarcimento di tale danno sarà dovuto da F e non da B. Come si vede F è responsabile di un obbligo che, seppur identico a quello del debitore principale per quanto riguarda il bene dovuto, è però diverso e autonomo.

### **La fideiussione come garanzia personale**

La fideiussione è una forma di garanzia personale, e ciò è messo in rilievo dall'avverbio "personalmente" usato dall'articolo 1936; ciò significa che ai sensi dell'art. 2740 il fideiussore garantisce l'obbligazione del debitore principale con tutto il suo patrimonio e - a differenza di quello che accade per le garanzie reali - il creditore non ha un diritto di seguito sul patrimonio del fideiussore.

### **La limitazione convenzionale della garanzia**

Applicandosi al fideiussore il principio sancito nell'articolo 2740 si applica necessariamente anche il comma 2 dello stesso articolo, in base al quale "le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi previsti dalla legge".

Secondo la dottrina, se le parti pattuiscono che il fideiussore sia responsabile limitatamente ad alcuni solo dei suoi beni, la relativa pattuizione è nulla, salvo discutere se sia invalida tutta la fideiussione oppure solo la clausola di limitazione di responsabilità. Altre tesi risolvono diversamente il problema: secondo una dottrina (Rubino), che però è del tutto isolata, la limitazione della garanzia ad alcuni beni avrebbe unicamente un effetto obbligatorio tra le parti, e quindi sarebbe valida ed efficace solo tra il debitore e il fideiussore, ma non nei confronti del creditore; di conseguenza, nel caso che il creditore proceda all'esecuzione forzata nei confronti del fideiussore su beni diversi da quelli contemplati, il debitore sarebbe tenuto a risarcire il danno al fideiussore. Secondo altri sarebbe nulla solo la clausola di limitazione, ma non tutta la fideiussione.

Più probabilmente la tesi corretta è che occorra verificare se le parti, qualora avessero saputo che la clausola sarebbe stata dichiarata nulla, avrebbero concluso ugualmente la fideiussione senza quella parte colpita da nullità (art. 1419).

E' valido, però, il cosiddetto *beneficium ordinis*, cioè il patto con cui le parti stabiliscono che, in caso il creditore debba procedere ad esecuzione sui beni del fideiussore, escuta prima determinati beni, e solo successivamente gli altri.

Non è escluso che a garanzia del debito principale il fideiussore presti contemporaneamente una garanzia reale (ad esempio un'ipoteca). In tal caso le due garanzie – reale e personale - si cumuleranno.

### **La funzione e l'oggetto della fideiussione**

#### La funzione

Una questione teorica di notevole importanza per la soluzione di molti problemi è quello della funzione della fideiussione. Semplificando i termini della questione, la questione principale è stabilire se la fideiussione garantisca l'adempimento dell'obbligazione principale oppure garantisca dall'inadempimento del debitore.

La disputa ha notevoli implicazioni pratiche, ma la più importante è quella concernente i danni causati dall'inadempimento del debitore; per i sostenitori della prima tesi il fideiussore è obbligato unicamente a pagare la prestazione principale; per i sostenitori della seconda tesi, invece, il fideiussore è tenuto a pagare anche i danni che eventualmente siano provocati dall'inadempimento dell'obbligazione principale.

A) Secondo alcuni autori (Ravazzoni, Mastropaolo) il fideiussore garantisce l'adempimento della prestazione principale; più precisamente funzione della fideiussione è aggiungere un nuovo debitore a quello principale, che esegua la stessa prestazione nel caso di inadempimento del garantito. In questo modo il creditore si trova di fronte due debitori, e può scegliere a quale dei due chiedere il pagamento. Per avvalorare la tesi si sottolineano le parole dell'articolo 1936, il quale dice che il fideiussore deve adempiere un'obbligazione altrui, e non un'obbligazione propria.

B) Secondo altri autori, invece, il fideiussore garantisce dall'inadempimento. Infatti il fideiussore si aggiunge come nuovo debitore a quello principale e il suo obbligo consiste nell'eseguire la sua prestazione qualora il debitore non adempia; in tal modo ne esce rafforzata la garanzia patrimoniale su cui può contare il creditore, che in caso di esecuzione forzata può escutere due patrimoni anziché uno.

Del resto la dottrina assolutamente prevalente sostiene che la caratteristica principale della garanzia personale (di cui la fideiussione costituisce il prototipo) è quella di allargare la garanzia patrimoniale del creditore, che in caso di esecuzione forzata potrà contare su un altro patrimonio (ed è ovvio che parlare di un' ulteriore garanzia in caso

di esecuzione forzata ha un senso in quanto si metta in preventivo un possibile inadempimento).

Contro questa teoria si è detto che in tal modo l'obbligazione fideiussoria viene a configurarsi come un debito di risarcimento, mentre invece il fideiussore deve adempiere come se fosse egli stesso il debitore principale.

C) A nostro parere è esatta la teoria secondo cui la fideiussione svolge entrambe le funzioni assicurando l'adempimento e garantendo contemporaneamente dall'inadempimento. Da una parte rafforza l'aspettativa di adempimento, perché il creditore ha a disposizione due debitori che garantiscono la stessa prestazione; d'altro canto, però, garantisce anche dall'inadempimento perché l'obbligo del fideiussore scatta in presenza dell'inadempimento del debitore principale; in tal caso poi il fideiussore può pagare il debito oppure non pagare e subire l'esecuzione forzata.

### **Il problema dell'identità tra oggetto della fideiussione e oggetto del debito garantito**

Le incertezze dottrinali in ordine alla funzione della garanzia fideiussoria si riflettono su di un altro problema, quello del contenuto del negozio fideiussorio. La questione, infatti, è intimamente correlata con quella della funzione dell'istituto.

A) Coloro secondo cui la fideiussione garantisce l'adempimento, sostengono, conseguentemente, che l'obbligazione fideiussoria sia identica all'obbligazione del garantito, o - il che è lo stesso - che tra le due prestazioni vi sarebbe identità di contenuto, essendo l'oggetto della fideiussione determinabile per relationem in base a quello dell'obbligazione principale. Contenuto dell'obbligazione fideiussoria, quindi, è l'adempimento dell'obbligazione principale. La conseguenza pratica più rilevante di questa tesi è che il fideiussore non deve pagare gli eventuali danni causati dall'inattuazione della prestazione da parte del debitore principale.

B) Questa teoria è stata contestata mettendo in luce gli aspetti di diversità tra le due obbligazioni; anzitutto l'obbligazione del fideiussore ha una diversa funzione rispetto a quella del debitore principale perché la prima è obbligazione di garanzia, e serve a rafforzare l'aspettativa creditoria, mentre la seconda è un debito di altro tipo. Non sussiste però solo una diversità di funzioni, ma anche di oggetto e di contenuto: ad esempio, il luogo di pagamento della fideiussione è quello del domicilio del fideiussore (art. 1182) e non quello del debitore; inoltre il fideiussore è tenuto - salvo patto contrario - ad anticipare le spese necessarie per escutere il debitore (articolo 1944 comma 3), obbligo che - sebbene accessorio a quella principale - fa parte del contenuto dell'obbligazione fideiussoria. In conclusione, anche se il contenuto dell'obbligazione

fideiussoria dipende in qualche misura da quello del debito principale, ciò non significa che sia identico.

Tale discussione, che può sembrare meramente teorica, ha invece importanti riflessi sul piano pratico, come stiamo per vedere.

segue: i riflessi pratici della disputa (l'oggetto della fideiussione)

Anzitutto ci si chiede se l'obbligazione fideiussoria debba avere ad oggetto lo stesso bene dovuto dal debitore principale; parte della dottrina lo nega (Fragali, Sesta), sostenendo che sarebbe ammissibile che il debito principale abbia ad oggetto una somma di denaro mentre il fideiussore si obblighi a pagare con del grano, o viceversa.

Secondo un'altra opinione, invece, debito principale e obbligazione fideiussoria devono avere ad oggetto lo stesso bene, proprio in virtù del principio dell'accessorietà e dell'identità di contenuto che sussisterebbe tra le due obbligazioni; inoltre - si è detto - se la fideiussione potesse avere ad oggetto un bene diverso rispetto al debito principale il fideiussore non garantirebbe l'adempimento, ma la riparazione dei danni derivanti dall'inadempimento.

Non ha avuto seguito la teoria dottrinale secondo cui oggetto dell'obbligazione principale potrebbe essere solo un'obbligazione pecuniaria (Redenti, Barbero); la dottrina prevalente, infatti, ritiene che oggetto del debito principale possa essere qualunque tipo di obbligazione, pecuniaria, oppure di dare, o di fare. Del resto il codice dice che è fideiussore chi garantisce l'adempimento di un'obbligazione altrui, senza null'altro specificare, ed è legittimo interpretare il termine obbligazione nel suo senso più pieno.

L'obbligazione garantita, però, deve essere necessariamente fungibile, perché qualora venga garantita un'obbligazione di fare infungibile avremo un negozio atipico e non una fideiussione, perché in tal caso il creditore non potrebbe mai, per nessun motivo, ottenere la stessa prestazione che aveva diritto di ricevere dal debitore principale, ma solo una sorta di indennizzo o di risarcimento.

segue: i danni derivanti dall'inadempimento dell'obbligazione principale

E' discusso se - in mancanza di un'indicazione delle parti in tal senso - l'obbligo del fideiussore comprenda, oltre al pagamento del debito principale, anche i danni conseguenti all'inadempimento (che rientrerebbero nella nozione di accessori di cui all'articolo 1942). Come abbiamo già accennato, anche qui la risposta dipende dalle tesi riguardo all'oggetto e alla funzione della fideiussione.

Coloro che sostengono che l'obbligo del fideiussore sia lo stesso del debitore principale propendono per la risposta negativa, perché l'obbligo del risarcimento è un obbligo del tutto diverso dal debito principale e si aggiunge ad esso; inoltre i due debiti hanno titoli diversi e diverso ne è il contenuto. Certamente non è escluso che il garante si obblighi contrattualmente a pagare anche i danni provocati dal debitore, ma in tal caso avremo una garanzia atipica, o - secondo altri - la figura della cosiddetta fideiussio indemnitis.

Viceversa, coloro che accolgono la tesi secondo cui funzione della fideiussione è garantire l'inadempimento (e che l'obbligazione fideiussoria non sia identica al debito principale) in genere propendono per estendere l'obbligo del fideiussore anche ai danni conseguenti all'inadempimento. A sostegno di questa tesi si è fatto notare che alcuni debiti (pecuniari o di altro tipo) non possono essere pagati dal fideiussore se non dopo l'inadempimento; ad esempio, se l'obbligazione è pagabile al domicilio del creditore il giorno 15 alle ore 18, e tale termine è essenziale e convenuto a favore del creditore, passata l'ora stabilita il debitore è automaticamente inadempiente, ma potrebbe essere impossibile rivolgersi al fideiussore prima che il danno si sia manifestato in modo irreversibile. In tale ipotesi, quindi, la fideiussione può svolgere una funzione di qualche utilità per il creditore solo se costui può chiedere anche i danni.

### **La fideiussione indemnitis**

Nell'ambito della fideiussione per obbligazioni future ci si è posti il quesito se sia valida la cosiddetta fideiussio indemnitis, cioè la fideiussione che garantisca il solo debito derivante da fatto illecito futuro (contrattuale o extracontrattuale).

Non bisogna confondere tale problema con quello esaminato poc'anzi. Nella fideiussione di indennità il problema non è stabilire se il fideiussore garantisca l'adempimento dell'obbligo principale + i danni ulteriori, ma se possa garantire solo il risarcimento dei danni. In altre parole, in caso di inadempimento del debito principale il creditore - a differenza di quanto avviene nella fideiussione normale - non può rivolgersi al fideiussore, ma dovrà aspettare che si sia verificato un danno e che sia sorta la corrispondente obbligazione risarcitoria; solo in questo caso il creditore potrà rivolgersi ad uno dei due per farsi pagare i danni.

### **La dottrina e la giurisprudenza prevalenti sostengono l'ammissibilità della figura.**

Il problema è se tale figura debba considerarsi atipica o meno, e la risposta al problema dipende ancora una volta dalle diverse opinioni in merito all'oggetto della fideiussione: la tesi dell'atipicità è accolta da coloro che sostengono che debba esserci identità tra l'oggetto della fideiussione e del debito garantito (perché nella f.i. il fideiussore non è

tenuto ad adempiere l'obbligazione principale, ma "deve solo tenere indenne il creditore dalle conseguenze sfavorevoli di un eventuale inadempimento" (Ravazzoni).

La tesi della tipicità è sostenuta da coloro secondo cui l'obbligazione fideiussoria può avere un oggetto diverso rispetto a quella del debito garantito e la sua funzione è quella di garantire dall'inadempimento; secondo Barbero, ad esempio, se la fideiussione garantisce un'obbligazione di fare, il suo oggetto consiste ab initio nell'obbligo di risarcire il danno.

Riepilogando, in merito al problema dell'oggetto della fideiussione si registrano le seguenti posizioni:

A) secondo una prima tesi la fideiussione garantisce dall'inadempimento del debitore principale, rafforzando la garanzia patrimoniale su cui può contare il creditore (Barbero, Fragali).

Ciò implica:

- che il fideiussore può obbligarsi con una prestazione diversa da quella del debitore principale (il debito principale potrebbe avere ad oggetto del grano e la fideiussione denaro, o viceversa);
- che l'obbligazione fideiussoria comprende anche i danni patiti dal creditore in caso di inadempimento;
- che il creditore gode del beneficium ordinis, cioè ha l'onere di chiedere il pagamento prima al debitore principale e solo in un secondo momento al fideiussore (v. par. sulla natura dell'obbligazione fideiussoria).

B) Secondo un'altra teoria la fideiussione garantisce l'adempimento, cioè garantisce che il fideiussore eseguirà la stessa prestazione dovuta dal debitore garantito (Mastropaolo, Ravazzoni).

Ciò implica:

- che le prestazioni del debitore e del fideiussore devono essere omogenee;
- che l'obbligazione fideiussoria non comprende anche i danni patiti dal creditore in caso di inadempimento;
- che se le parti pattuiscono che la garanzia comprenda anche i danni avremo una garanzia atipica e non una fideiussione;

- che il fideiussore non gode del *beneficium ordinis* (v. oltre).

La fideiussione per obbligazione condizionale e per obbligazione futura

Il fideiussore può anche garantire un'obbligazione condizionale o futura, purché, in questo caso, sia determinato l'importo massimo garantito (art. 1938). Tale norma non è altro che un'applicazione particolare della regola generale secondo cui il contratto può avere ad oggetto beni futuri (articolo 1348) e sarà esaminata più ampiamente quando tratteremo la fideiussione omnibus.

### **La fideiussione della fideiussione**

La fideiussione può avere ad oggetto un'altra fideiussione (articolo 1940); in tal caso il fideiussore garantisce il creditore contro l'inadempimento sia del debitore principale che del fideiussore.

Stabilisce l'articolo 1948 che il fideiussore del fideiussore non è obbligato verso il creditore, se non nel caso in cui siano insolventi il debitore e tutti gli altri fideiussori principali. Abbiamo, quindi, un'obbligazione sussidiaria, perché il creditore avrà l'onere di rivolgersi prima al debitore principale e agli eventuali fideiussori di primo grado, e solo nel caso di insolvenza di costoro al fideiussore di secondo grado.

### **La fideiussione alla fideiussione**

La fideiussione della fideiussione si distingue dalla “fideiussione alla fideiussione”, che è il negozio di garanzia con cui il fideiussore garantisce (non il creditore principale dall'inadempimento del fideiussore ma) il fideiussore dalla possibilità che il debitore principale sia inadempiente e che l'azione di regresso risulti infruttuosa.

In tal caso non sussiste il litisconsorzio necessario del secondo fideiussore con il creditore e diversi sono i termini di prescrizione dei due rapporti fideiussori, in quanto detti rapporti sono autonomi e indipendenti rispetto all'obbligazione principale (Cass. 18650/2011)

Fonti

La fideiussione è inserita nel titolo dedicato ai contratti in generale, ma è opinione assolutamente pacifica che l'ambito delle fonti dell'obbligazione fideiussoria sia ben più ampio, potendo essa nascere da provvedimento unilaterale diverso dal contratto. Si distingue la fideiussione in legale, giudiziale e volontaria.

Sono fonti legali della fideiussione:

- la legge;
- il provvedimento del giudice; in realtà taluno ha sostenuto che la fideiussione giudiziale sarebbe sempre da inquadrare nella fonte legale o volontaria; infatti se il giudice ha imposto ad un soggetto di prestare fideiussione, tale potere impositivo discende sempre, in ultima analisi, o dalla legge o da un preesistente accordo delle parti.

Nell'ambito della fideiussione volontaria possiamo avere:

- una disposizione testamentaria; il testatore può imporre all'erede o al legatario l'obbligo di prestare fideiussione per un terzo; in tal caso il testamento è solo una fonte indiretta della fideiussione, fonte diretta essendo la volontà dell'erede; oppure il testatore può obbligare direttamente l'erede o il legatario ad adempiere l'obbligazione altrui per il caso di inadempimento;
- un contratto stipulato tra fideiussore e creditore; tale contratto può perfezionarsi secondo il normale procedimento bilaterale della proposta e dell'accettazione o secondo il modulo del contratto con obbligazioni a carico del solo proponente (art. 1333); tale accordo, da cui il debitore trae un indubbio beneficio, non è da annoverare nella categoria del contratto a favore di terzo, perché non è necessario che il debitore sia a conoscenza della fideiussione (art. 1936, comma 2) il che significa che costui subirà il regresso del fideiussore anche qualora non sapesse nulla della fideiussione o ne fosse all'oscuro; non solo, ma la fideiussione è efficace anche se il debitore è contrario (essendo una figura prevista a beneficio del creditore e solo indirettamente del debitore). È ininfluente sulla struttura dell'accordo il fatto che il debitore intervenga all'accordo, perché anche in tal caso il rapporto non diviene trilaterale;
- un contratto a favore di terzo stipulato tra fideiussore e debitore (articolo 1411); tale contratto diventa irrevocabile a partire dalla dichiarazione del creditore di volerne profittare.

Natura dell'obbligazione fideiussoria

L'accessorietà

L'obbligazione del fideiussore è un'obbligazione accessoria, nel senso che tra fideiussione e debito principale esiste un collegamento funzionale molto stretto; conseguentemente esiste una correlazione tra rapporto fideiussorio e rapporto principale per cui il primo segue le sorti del secondo. L'accessorietà, si è detto, è

caratteristica principale e tipizzante della fideiussione, tanto che se le parti la escludono convenzionalmente abbiamo un contratto atipico.

Conseguenza della regola dell'accessorietà è che l'invalidità del debito principale si riflette sulla validità della fideiussione (art. 1939).

Altra conseguenza è prevista dall'articolo 1941: la fideiussione non può eccedere ciò che è dovuto dal debitore, né può essere prestata a condizioni più onerose; in caso contrario la fideiussione resta valida, ma entro i limiti dell'obbligazione principale.

L'articolo 1942, poi, dice che salvo patto contrario la fideiussione si estende a tutti gli accessori del debito principale, nonché alle spese per la denuncia al fideiussore della causa promossa contro il debitore principale e alle spese successive.

La solidarietà

L'obbligazione fideiussoria è solidale con quella del debitore garantito; di conseguenza il creditore potrà chiedere il pagamento indifferentemente all'uno o all'altro dei due soggetti (art. 1944). In questo caso la fideiussione è detta fideiussione solidale.

Secondo alcuni autori, però, quella fideiussoria non sarebbe una vera e propria solidarietà, se non sui generis, o atipica. L'obbligazione solidale, infatti, si ha quando i coobbligati devono eseguire la medesima prestazione e hanno un interesse comune; inoltre il condebitore solidale che paga il debito ha azione di regresso solo per la sua quota.

Nella fideiussione, invece, ciascuno dei debitori lo è a titolo diverso (il debitore principale è obbligato in virtù del contratto stipulato col debitore, il fideiussore è obbligato in virtù del contratto di fideiussione), l'interesse principale è quello del debitore garantito, e l'azione di regresso da parte del fideiussore è esercitata per l'intero. Non solo, ma a differenza di quanto avviene normalmente nelle obbligazioni solidali (articolo 1297) il fideiussore può opporre tutte le eccezioni che potrebbe opporre il debitore principale.

Secondo altri autori tali differenze non sono sufficienti per escludere la fideiussione dalla categoria delle obbligazioni solidali, visto che l'articolo 1944 ve la include espressamente e visto che l'articolo 1293 dice chiaramente che la solidarietà non è esclusa dal fatto che i debitori siano tenuti con modalità diverse. La solidarietà fideiussoria ha, quindi, caratteri propri, ma è pur sempre solidarietà.

segue: il beneficium excussionis

Le parti possono convenire il cosiddetto beneficium excussionis (art. 1944 comma 2, nel qual caso il creditore ha l'onere di rivolgersi, per l'escussione, prima al debitore principale e poi al fideiussore, qualora il primo sia insolvente. In tal caso la fideiussione è detta fideiussione semplice.

Il beneficio non opera automaticamente; vale a dire che il creditore può anche rivolgersi preventivamente al fideiussore, ed è costui che ha l'onere di chiedere che venga espropriato per primo il debitore principale, indicando i beni su cui il creditore può soddisfarsi (articolo 1944).

Un punto assai controverso è se il beneficio possa essere opposto solo nel processo o anche stragiudizialmente. La dottrina prevalente sostiene che l'opposizione deve essere necessariamente giudiziale e la tesi viene argomentata partendo dalla lettera della legge (che dice testualmente "il fideiussore che sia convenuto dal creditore"). Altri autori sostengono invece l'opinione secondo cui il beneficio può essere opposto anche stragiudizialmente, perché non si spiegherebbe la stranezza di un sistema che impedisca di opporre il beneficium excussionis quando il fideiussore viene richiesto del pagamento e lo consenta se viene convenuto in giudizio; inoltre, si è detto, costringere il fideiussore a provocare un'azione giudiziaria è sproporzionato al risultato da conseguire (Bozzi, Ravazzoni).

L'accordo riguardo al beneficium excussionis è a forma libera, ma deve essere formulato in modo non equivoco.

segue: il beneficium ordinis (la sussidiarietà)

Si discute se l'obbligazione fideiussoria sia sussidiaria, cioè se il creditore abbia l'onere (non di escutere prima il debitore ma) di chiedere preventivamente il pagamento al debitore, e solo dopo una richiesta infruttuosa rivolgersi al fideiussore.

Secondo alcuni autori il creditore potrebbe rivolgersi anche direttamente al fideiussore, salvo che il beneficium ordinis non sia pattuito per iscritto. Tale tesi è basata sulla lettera della legge, ovverosia sulla mancanza di un'indicazione precisa in tal senso da parte del legislatore. In tal senso è anche una sentenza non più recente della Cassazione a SS.UU. (5572/1979)

Secondo parte della dottrina, invece, la risposta deve essere positiva in applicazione di un elementare principio di buona fede.

Non pare corretto né logico, infatti, che il fideiussore possa essere richiesto del pagamento prima che analoga richiesta sia inoltrata al debitore principale, perché il fideiussore in teoria pagherebbe per poi esperire necessariamente l'azione di regresso, complicando inutilmente le cose e esponendolo a rischi del tutto ingiustificati. Se è vero che la legge non prevede espressamente il *beneficium ordinis*, è anche vero che una richiesta di pagamento effettuata al fideiussore senza aver prima interpellato il debitore, sarebbe contraria ai principi di buona fede e di correttezza.

### Carattere della fideiussione

La fideiussione è un contratto incolore, nel senso che può essere a titolo oneroso o gratuito; nel dubbio, si presume gratuito (qualcuno lo definisce contratto "naturalmente gratuito"). Ovviamente, quando è a titolo oneroso si configura necessariamente a prestazioni corrispettive.

Anche quando la fideiussione è a titolo gratuito non si configura mai come una liberalità, perché il fideiussore che paga il debito del garantito ha poi l'azione di regresso contro costui (e quindi non si impoverisce, né corrispondentemente arricchisce il creditore).

La corrispettività, è opportuno precisarlo, corre tra creditore e fideiussore; quindi anche se il debitore corrisponde un compenso al fideiussore, il negozio fideiussorio è pur sempre a titolo gratuito (perché occorre riferirsi solo ai rapporti intercorrenti tra creditore e fideiussore).

### Forma

La fideiussione è un negozio a forma libera, ma la manifestazione di volontà deve essere espressa (articolo 1937), nel senso che la dichiarazione del fideiussore deve essere inequivocabile. Si è ritenuto ad esempio, che costituisca valida manifestazione di volontà in tal senso l'espressione "garantisco io", mentre non lo sia l'invito a fare credito a qualcuno, oppure l'assicurazione fatta al creditore che il debitore pagherà sicuramente il suo debito.

Nel dubbio se una dichiarazione sia da intendere come fideiussione o come altra figura (ad esempio come acollo o come espromissione) si dovranno utilizzare i normali canoni ermeneutici di interpretazione del contratto.

Nonostante la fideiussione abbia la caratteristica dell'accessorietà si ritiene che non si applichi il principio - elaborato dalla dottrina - della simmetria dei negozi accessori, secondo cui il negozio accessorio deve rivestire la stessa forma di quello principale; quindi il negozio può essere concluso oralmente anche se il debito principale deriva da un atto stipulato in forma pubblica.

Non è richiesto che il soggetto garantito dia il suo assenso alla fideiussione, perché la dichiarazione del fideiussore è rivolta al solo creditore; di conseguenza la fideiussione può nascere anche contro la volontà del debitore (arg. ex articolo 1180) o a sua insaputa (art. 1936 comma 2).

L'altruità dell'obbligazione garantita

La legge dice chiaramente che il debitore deve garantire un'obbligazione altrui. Se il debitore presta fideiussione per se stesso la fideiussione è nulla per impossibilità dell'oggetto (o per mancanza di causa, come sostengono altri).

Può accadere, però, che debito principale e rapporto di fideiussione inizialmente nascano distinti ma che la posizione debitoria e quella fideiussoria si riuniscano successivamente nella stessa persona; tale ipotesi è disciplinata dall'articolo 1255, il quale prescrive che la fideiussione non venga meno se il creditore non ha interesse a mantenerla in vita. La fattispecie è stata definita dalla dottrina come confusione impropria.

La dottrina ritiene che sia possibile che il socio illimitatamente responsabile presti fideiussione a favore della società di cui fa parte. Come si è chiarito, infatti, la società - anche se di persone - è comunque soggetto distinto dal socio che ne fa parte (al proposito si dice che le società di persone, a differenza di quelle di capitali, non sono dotate di personalità giuridica ma di soggettività).

Validità della fideiussione

Come abbiamo accennato l'articolo 1939 prevede che la fideiussione non sia valida se non è valido il debito principale.

L'espressione "non è valida" è interpretata estensivamente, e ricomprende annullabilità, rescissione, risoluzione. Occorre però precisare quanto segue:

- se il debito principale è nullo allora la fideiussione è a sua volta nulla; la stessa cosa deve dirsi in caso di simulazione assoluta; in caso di simulazione relativa, invece, la fideiussione è invalida se il fideiussore era all'oscuro del rapporto simulatorio;
- se il debito principale è annullabile (o rescindibile, o risolubile) allora la fideiussione resta in vita fino a quando non cade il debito principale.

L'articolo 1939 detta la regola secondo cui la fideiussione rimane valida se il debito principale è annullato per incapacità. La ratio di tale norma, si è detto, non è facilmente

spiegabile e tutti i tentativi in tal senso effettuati dalla dottrina sono stati considerati inappaganti.

La norma - nonostante non lo dica espressamente - si riferisce solo all'incapacità legale; se così non fosse infatti, si giungerebbe alla conclusione di accordare protezione al creditore nonostante la sua malafede (dal momento che il contratto è annullabile per incapacità naturale solo se risulta la malafede dell'altro contraente).

Alcuni autori hanno sostenuto che le parti potrebbero convenire espressamente che l'invalidità del rapporto principale non si ripercuota sulla validità della fideiussione; in tal modo, però, viene meno la caratteristica principale dell'accessorietà, ed è per questo che non tutti condividono le conclusioni cui giunge questa tesi.

In prospettiva leggermente diversa, altri hanno sostenuto che un patto del genere sarebbe valido, ma non per il caso che il rapporto principale sia nullo.

## **Rapporti tra creditore e fideiussore**

### **Le eccezioni opponibili dal fideiussore**

L'art. 1945, coerentemente alla caratteristica di accessorietà della fideiussione, dispone che il fideiussore può opporre contro il creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale, salva quella derivante dall'incapacità (per l'incapacità si intende solo quella legale) e -ovviamente- quelle di carattere personalissimo.

E' intuitivo, poi, che il fideiussore potrà opporre tutte le eccezioni relative al rapporto di fideiussione (Fragali).

Ad es. nel caso sia stata prestata una fideiussione a garanzia dell'apertura di un credito bancario in conto corrente, se il debitore non ha contestato tempestivamente gli estratti conto inviatigli dalla banca, ed è decaduto ai sensi dell'articolo 1832, dal diritto di impugnarli, le risultanze degli estratti conto sono vincolanti anche per il fideiussore, il quale non può contestare l'ammontare del credito alla banca (Cass. 13889/2010).

Secondo la dottrina sarebbe valida la clausola solve et repete, con la quale il fideiussore si obbliga a pagare il creditore senza poter sollevare eccezioni se non dopo il pagamento. Ovviamente occorrerà interpretare la volontà delle parti, onde accertare che nel caso concreto ricorra una vera e propria fideiussione e non un contratto autonomo di garanzia. Va da sé che il fideiussore non può, però, esercitare verso il creditore i diritti nascenti dal credito garantito, trattandosi di un rapporto del tutto autonomo (Cass. 4830/2010). Ad esempio il fideiussore non potrà agire per il risarcimento dei danni nei confronti del creditore, qualora il debitore principale, avendo

ricevuto un danno dalla banca creditrice per violazione del dovere di correttezza e buona fede, non abbia agito in proprio e abbia rinunciato all'azione.

Effetti della sentenza emessa contro il debitore principale

Dall'articolo 1945 parte della dottrina ha tratto la conclusione che il giudicato ottenuto nei confronti del debitore faccia stato anche nei confronti del fideiussore.

La dottrina e la giurisprudenza prevalenti, però, hanno sostenuto il contrario: anzitutto ci si basa sull'art. 1306 dettato in tema di obbligazioni solidali (secondo cui nelle obbligazioni solidali il giudicato nei confronti di uno dei concreditori o dei condebitori non fa stato anche contro gli altri); in secondo luogo sull'autonomia del rapporto fideiussorio rispetto al rapporto principale, e infine sull'art. 2902 (secondo cui il giudicato fa stato solo tra le parti). Ciò implica che quando il giudicato nei confronti del debitore principale è sfavorevole il fideiussore è legittimato a eccepire le eccezioni spettanti al debitore principale anche se queste sono state esaminate nel corso del giudizio; viceversa, se il giudicato è favorevole il fideiussore potrà giovarsene.

Rapporti tra fideiussore e debitore principale

La surrogazione e il regresso

Dispone l'articolo 1949 che "il fideiussore che ha pagato il debito è surrogato nei diritti che il creditore aveva contro il debitore". Tale figura è un caso di surrogazione legale (art. 1203 n° 2).

Inoltre il fideiussore che ha pagato ha azione di regresso contro il debitore (art. 1950).

Il regresso e la surrogazione possono essere parziali, qualora il debitore paghi una parte sola del suo debito e sia inadempiente per la restante. Regresso parziale si ha anche nel caso in cui la fideiussione sia prestata per un incapace legale: in tal caso il regresso è ammesso solo nei limiti in cui la fideiussione è andata a vantaggio dell'incapace (art. 1950 u.c.). Se vi sono più debitori principali obbligati in solido il fideiussore che ha garantito per tutti ha regresso contro ciascuno per ripetere integralmente ciò che ha pagato.

L'obbligo di avviso del fideiussore

Il fideiussore ha l'obbligo di avvisare il debitore principale della sua intenzione di pagare il debito garantito; in caso contrario il debitore convenuto in regresso può opporre al fideiussore le stesse eccezioni che avrebbe potuto opporre al creditore (art. 1952 comma 2). Una volta che il fideiussore abbia pagato il debito ha l'onere di

avvertire tempestivamente il debitore del pagamento; se non lo fa, corre il rischio che il debitore paghi a sua volta il debito e in tal caso perde la possibilità di agire in regresso (art. 1952 comma 1).

L'interruzione della prescrizione

L'interruzione della prescrizione nei confronti del debitore principale hanno effetto anche nei confronti del fideiussore e viceversa (art. 1957 comma 4).

Il rilievo del fideiussore

Il rilievo (art. 1953) è un istituto in virtù del quale il fideiussore, anche prima di aver pagato, può agire contro il debitore per ottenere – alternativamente - due risultati:

a) che il debitore gli procuri la liberazione dal suo obbligo di fideiussore; ad esempio ottenendo che il debitore paghi il suo debito, oppure che costui si accordi col creditore perché gli faccia ottenere la sua liberazione;

b) che il debitore presti le garanzie necessarie per assicurargli il soddisfacimento delle eventuali ragioni di regresso"; ad esempio il fideiussore può ottenere che il debitore garantisca con un'ipoteca il pagamento del regresso.

I casi in cui il fideiussore può ottenere il rilievo del debitore sono ovviamente eccezionali e quindi tassativamente indicati dalla norma in esame:

- quando il fideiussore è convenuto in giudizio per il pagamento;
- quando il debitore è diventato insolvente;
- quando il debito è scaduto;
- quando il debitore si è obbligato a liberare il fideiussore entro un termine determinato;
- quando sono decorsi 5 anni, nelle obbligazioni senza termine.

Accanto alla rilevazione legale la dottrina ha individuato anche una rilevazione convenzionale, denominata "fideiussione del regresso", che si ha quando un terzo si obbliga verso il fideiussore a tutelarlo dall'eventuale infruttuosità dell'azione di regresso, al di fuori dei casi dell'art. 1953.

La confideiussione

Ai sensi dell'articolo 1946 se vi sono più fideiussori che garantiscono lo stesso debito ciascuno è obbligato per l'intero

La fattispecie in cui vi sono più fideiussori è chiamata confideiussione; tale ipotesi va distinta dalla mera pluralità di fideiussori in cui ciascuno presta la sua garanzia indipendentemente dall'altro. Quando abbiamo una semplice pluralità di fideiussori ciascun rapporto fideiussorio è indipendente dagli altri, e non sussiste il vincolo della solidarietà, con la conseguenza che colui che paga non ha l'azione di regresso nei confronti degli altri ma resta surrogato nei diritti che il creditore aveva verso i confideiussori (articolo 1203).

Nella confideiussione, invece, i fideiussori sono obbligati in solido tra loro, perché il vincolo che lega le loro prestazioni è giustificato da un interesse comune (Cass. 18650/2011). Il creditore, quindi, può rivolgersi per l'intero a chiunque dei confideiussori, a meno che non sia stipulato il cosiddetto beneficium divisionis, nel qual caso ogni fideiussore convenuto per il pagamento può esigere che il creditore riduca l'azione alla parte da lui dovuta.

Il fideiussore che paga ha regresso contro gli altri per la loro rispettiva porzione. Se uno di essi è insolvente si applica l'articolo 1299 (articolo 1954)

#### L'estinzione della fideiussione

La fideiussione si estingue per l'estinzione dell'obbligazione fideiussoria oppure per estinzione dell'obbligazione garantita. Oltre alle cause di estinzione tipiche di tutte le obbligazioni (adempimento, risoluzione, novazione remissione ecc...) il codice prende espressamente in considerazione le seguenti ipotesi:

- quando non può avere luogo la surrogazione del fideiussore nei diritti del creditore, per fatto del creditore (art. 1955; ciò avviene quando il creditore pone in essere un comportamento -necessariamente colpevole secondo la dottrina - che viola un obbligo giuridico su di lui incombente, tale che il fideiussore non possa più surrogarsi nei suoi diritti (ad esempio: il credito è garantito da un'ipoteca sulla casa del debitore e il creditore distrugge la casa, di modo che il fideiussore non può più surrogarsi nell'ipoteca); tale causa di estinzione - si ritiene - può essere rilevata solo in via di eccezione dal fideiussore convenuto in giudizio;
- quando ha ad oggetto un'obbligazione futura la fideiussione si estingue se il creditore fa credito al terzo pur conoscendo che le sue condizioni economiche sono diventate tali da rendere difficile il soddisfacimento del creditore (articolo 1956);

- la scadenza dell'obbligazione principale non fa venir meno la fideiussione purché il creditore abbia fatto le sue istanze contro il debitore entro sei mesi (art. 1957).

Tra le cause non menzionate dal codice merita di essere segnalata l'ipotesi del recesso del fideiussore, quando la fideiussione è a tempo indeterminato.

### **La fideiussione omnibus**

Il dibattito intorno all'ammissibilità della figura prima del 1992

La fideiussione omnibus è quella con cui si garantiscono tutti i debiti, presenti e futuri, del debitore. Tale figura - nata dalla prassi bancaria - ha oggi un rilievo pratico di gran lunga superiore a quello della normale fideiussione e viene denominata anche fideiussione bancaria.

Fino al 1992, anno in cui il legislatore è intervenuto a disciplinare la materia, si discuteva sulla validità di tale istituto; in particolare il problema di fondo sotteso alla discussione era quello di tutelare il fideiussore, considerato contraente debole, rispetto alla banca che è in grado di imporre condizioni molto gravose mediante le condizioni generali di contratto.

In sintesi la tesi dell'invalidità si basava sui seguenti argomenti:

- l'indeterminatezza dell'oggetto del contratto, con la conseguente nullità della fideiussione (articolo 1346 e 1418), perché il fideiussore non è assolutamente in grado di rendersi conto in anticipo del rischio che assume;
- l'impossibilità di rimettere l'oggetto del negozio al mero arbitrio del creditore (la banca);
- infine, dubbi di invalidità erano sorti in particolare quando le parti, in deroga all'articolo 1956, pattuivano che il fideiussore non fosse liberato dalla sua obbligazione anche nel caso in cui il creditore (cioè la banca) non si fosse accertato delle condizioni patrimoniali del contraente; qualche autore, allora, rilevando che tale articolo era sistematicamente derogato dalla prassi bancaria, sostenne che la clausola in esame fosse nulla perché contraria al principio di buona fede e di correttezza (articolo 1175 e 1375). La tesi, che incontrò il favore di parte della dottrina, e - dopo molte resistenze - anche di alcune sentenze, aveva il suo punto debole proprio nel fatto che dottrina e giurisprudenza sono in genere molto caute nel fare uso dei principi generali della correttezza e della buona fede.

Tant'è che quando la Cassazione accolse questa tesi qualcuno parlò di una svolta storica;

- parte della dottrina, poi, sosteneva la validità della f.o se era prestata a favore di banche, e l'invalidità quando era a favore di istituti di finanziamento oppure di privati. Solo se prestata a favore di una banca, infatti, la f.o. sarebbe stato contratto atipico, meritevole di tutela ai sensi dell'articolo 1322, perché svolge l'importante funzione di consentire l'accesso del terzo al credito bancario.

In linea di massima, comunque, prevaleva la tesi dell'ammissibilità, perché l'art. 1938 è esplicito nell'ammettere la validità delle fideiussioni per obbligazioni future e dottrina e giurisprudenza chiarirono che l'obbligazione futura non deve necessariamente nascere da un rapporto già in fieri, ma è ammissibile anche quando il rapporto giuridico fonte dell'obbligazione garantita non è ancora nato.

Quanto all'oggetto del contratto, sappiamo che esso può essere non solo determinato ma anche determinabile (articolo 1346), e nella f.o non c'è dubbio che si abbia una determinabilità per relationem.

Per quanto riguarda l'argomento secondo cui l'oggetto sarebbe rimesso al mero arbitrio del creditore si obiettò che, in realtà, alla determinazione dell'oggetto in qualche modo contribuisce anche il creditore, oltre al debitore; inoltre si disse che la banca agisce secondo una particolare normativa, la quale esclude la possibilità di far credito in modo arbitrario.

Ad un certo punto della questione intervenne l'ABI, che predispose delle norme bancarie uniformi, in base alle quali coloro che prestano fideiussione possono fissare un tetto massimo all'esposizione debitoria, stabilendo, inoltre l'obbligo della banca di comunicare al fideiussore -su sua richiesta- l'entità dell'esposizione del debitore principale. Anche tale soluzione, però, non convinceva appieno, specie perché il creditore non veniva automaticamente avvertito dell'esposizione del debitore principale, ma doveva fare esplicita richiesta, il che, tradotto in parole povere, significava che costui correva comunque il grosso rischio di trovarsi indebitato fino al collo.

### **La legge 154/1992**

La legge 154/1992 è intervenuta nella questione chiudendo buona parte dei dibattiti intorno alla f.o., principalmente col sancire in via definitiva ed inequivocabile la validità dell'istituto, e inoltre fugando ogni dubbio sulla tipicità dell'istituto.

Anzitutto la legge in questione ha aggiunto un nuovo comma all'articolo 1938, prescrivendo che la fideiussione per obbligazione futura deve indicare l'importo massimo garantito. E' dunque escluso a priori che la f.o. possa esporre il fideiussore ad un rischio illimitato di cui non sia a conoscenza. Ciò che non è chiaro è se il tetto massimo debba ritenersi limitato solo al capitale oppure se comprenda anche le spese e gli interessi.

Inoltre è stato modificato l'articolo 1956 (il quale stabilisce che il fideiussore è liberato dal suo obbligo se non viene avvertito delle mutate condizioni economiche del debitore) prescrivendo che "non è valida la preventiva rinuncia del fideiussore ad avvalersi della liberazione".

La legge in questione, non distinguendo tra categorie di creditori, ha anche puntualizzato un'altra questione controversa, sancendo implicitamente il principio secondo cui la f.o è valida anche quando è prestata a favore di soggetti privati che non siano banche.

## **GARANZIE 'A PRIMA DOMANDA' ED ECCEZIONI OPPONIBILI - Adolfo TENCATI**

1 Caratteristiche vecchie e nuove della garanzia.

Studiando la fattispecie sulla quale è intervenuta Cass., sez. Un., 18.02.2010, n. 3947, a prima vista emerge «una contraddizione in termini: lo stesso concetto di garanzia postula, per definizione, un collegamento con il rapporto sottostante e, quindi, evoca l'idea dell'accessorietà» (Spiotta 2003, 522).

Tuttavia gli operatori conoscono con sempre maggior frequenza contratti di garanzia non connotati dall'accessorietà rispetto al rapporto fondamentale.

I «nuovi modelli di garanzia del credito» (Bosa 2008, 303) comprendono:

- «promesse del fatto altrui» in funzione di garanzia (v. Briganti 1981), il cui più importante esempio consiste nelle lettere di patronage (cfr. Tencati 2010);
- polizze fideiussorie (sulle quali, oltre alla commentata Cass. 3947/2010, v. Cass., sez. III, 07.07.2009, n. 15904, Contr, 2010, 2, 133, commentata da Maffei 2010, 139; Pasciucco 2010, 144);
- contratti autonomi di garanzia.

Questi ultimi,

«espressione di quella autonomia negoziale riconosciuta alle parti dall'art. 1322, comma 2°, c.c. [...], si (configurano: N.d.A.) come una relazione tri o quadrilaterale fra il destinatario della prestazione (beneficiario della garanzia); la garante (di solito una banca straniera); la controgarante (soggetto non necessario e che solitamente si identifica in una banca nazionale che copre la garanzia assunta da quella straniera); e il debitore della prestazione (l'ordinante)»

(Cass., sez. I, 11.02.1998, n. 1420, BBTC, 1999, II, 269).

La validità del contratto autonomo di garanzia deriva dal fatto che, pur consentendo «al creditore, 'a prima richiesta e senza eccezioni', di esigere dal garante il pagamento immediato del credito, l'autonomia di tale contratto, rispetto al negozio principale, non è assoluta, ma relativa, essendo possibile, in caso di pagamento ingiusto, il riequilibrio delle diverse posizioni contrattuali attraverso il sistema delle rivalse»

(Cass., sez. Un., 01.10.1987, n. 7341, BBTC, 1988, II, 1. Tra i numerosi commenti cfr. Portale 1988, 504)

L'affermata validità del contratto in esame rappresenta tuttavia soltanto la premessa al suo ulteriore esame.

### 1.1 Rapporti con la fideiussione. Cenni.

Secondo il condiviso insegnamento della S.C., «costituisce contratto autonomo di garanzia quello in base al quale una parte si obbliga, a titolo di garanzia, ad eseguire a prima richiesta la prestazione del debitore, indipendentemente dall'esistenza, dalla validità ed efficacia del rapporto di base con l'impossibilità per il garante di sollevare eccezioni»

(Cass., sez. III, 28.02.2007, n. 4661, MFI, 2007, 713).

In tal modo le parti hanno creato una fattispecie che «si distingue dalla fideiussione» perché non «reca il marchio dell'accessorietà» (così Zana 2008, 560, ma già Fragali 1957, 65).

Infatti l'obbligazione del garante è indipendente da quella «principale, poiché, mentre il fideiussore è debitore allo stesso modo del debitore principale e si obbliga direttamente ad adempiere, il garante nel contratto autonomo si obbliga non tanto a garantire l'adempimento, quanto piuttosto a tenere indenne il beneficiario dal nocumento per la mancata prestazione del debitore, spesso con una prestazione solo

equivalente e non necessariamente corrispondente a quella dovuta; per distinguere le suddette figure contrattuali non si profila decisivo l'impiego o meno di espressioni quali «a prima richiesta» o «a semplice richiesta scritta», ma la relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e quella di garanzia: le differenze, infatti, devono essere ricercate sul piano dell'autonomia e non su quello della causa, potendo la clausola di pagamento riferirsi sia ad una garanzia con caratteristiche di accessorietà, assumendo così valenza meramente processuale (risolvendosi in una clausola di solve et repete, ai sensi dell'art. 1462 c.c.), sia ad una garanzia svincolata dal rapporto principale garantito, configurando un contratto autonomo di garanzia»

(Cass., sez. III, 28.02.2007, n. 4661, MFI, 2007, 713. Si veda pure Cass., sez. I, 04.07.2003, n. 10574, Contr, 2004, 3, 271).

Quando l'indagine interpretativa — supportata dai criteri offerti dalla dottrina (v. Portale 1978a, 12; Pontiroli 1991, 363-370; Spiotta 2003, 522; Pecoraro 2004, 923) — porta a ravvisare un contratto autonomo di garanzia, il creditore è protetto «nei confronti dei c.d. 'rischi atipici' (nei confronti cioè di quei rischi che non si esauriscono nel semplice inadempimento, ma che ricomprendono ogni evento che possa pregiudicare il risultato positivo dell'operazione)» (Pontiroli 1994, 31).

L'esigenza protettiva contro le eccezioni tratte dal rapporto fondamentale è particolarmente avvertita dai committenti pubblici:

- Italiani, ai quali l'art. 129, 3° co., codice contratti pubblici offre la «garanzia globale di subentro». È un istituto destinato ad evolversi, stante la necessità di attuarlo con tuttora futuribili strumenti regolamentari (così Bosa 2008, 311);
- Esteri. Gli appaltatori italiani prestano garanzie autonome a favore della committenza straniera mediante contratti (performance bonds on first demand) regolati dagli Usi della Camera di Commercio Internazionale (v. ICC 1999), oltre che dalle Convenzioni di Roma, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, e di Vienna, sull'interpretazione dei «contratti internazionali» (per la loro nozione v. Cariello 1999, 295-303).

## 2 Irrinunciabilità preventiva della tutela cautelare.

Va premesso «che il garante è legato al debitore principale da un rapporto di mandato; ragion per cui, ai sensi dell'art. 1710 c.c., è tenuto ad eseguirlo con la diligenza del buon padre di famiglia e trattandosi, normalmente, di una banca, ai sensi dell'art. 1176 c.c., dovrà uniformarsi, nell'esecuzione della garanzia, alla diligenza professionale che governa l'intera sua attività» (Viale 1994, 187).

Per comportarsi diligentemente il garante è tenuto ad eccepire (oltre ad eventuali fatti attinenti ai suoi rapporti con il beneficiario: Gargiulo 2008, 144; Renna 2008, 1673) «l'escussione abusiva o fraudolenta» delle garanzie «a prima domanda» (od espressioni equivalenti).

Peraltro la loro spiccata autonomia non può mai impedire all'ordinante il ricorso alla tutela cautelare ex art. 700 c.p.c.

Merita dunque approvazione il provvedimento che — implicitamente collegandosi al prevalente e condiviso insegnamento dottrinale (Tommaseo 1992, 1; Laudisa 1994, 615; Jovino 2001, 145)— ha pronunciato l'invalidità della clausola con cui l'ordinante rinunciava preventivamente alla tutela cautelare atipica.

Premesso che questa è l'unica esperibile, non trovando impiego «altri strumenti cautelari, come ad esempio i sequestri» (Mastropaolo 1994, 418), la clausola de qua, «al pari di quelle che stabiliscono l'obbligo di pagamento nonostante un intervenuto provvedimento giudiziario di inibitoria, è da considerare nulla, quanto meno rispetto alle [...] ipotesi di abuso doloso o addirittura fraudolento del diritto» (Trib. Cagliari, ord., 18.12.1997, BBTC, 1999, II, 337).

Il giudice sardo ha ragionato correttamente perché «gli accordi negoziali si risolverebbero [...] in una rinuncia preventiva alla tutela giurisdizionale anche in tali ipotesi, non consentita dall'ordinamento, per l'evidente contrasto con ragioni di ordine pubblico, o comunque, alla stregua del parametro dell'art. 1322, comma 2°, c.c., perché la protezione del beneficiario, in tali evenienze, non rappresenterebbe mai un interesse meritevole di tutela»

(Trib. Cagliari, ord., 18.12.1997, BBTC, 1999, II, 337).

Il garante, qualora spera di sovvertire la pronuncia cautelare in un giudizio a cognizione piena, può esperire l'azione di:

- Ripetizione dell'indebito. «Se è vero che non ha rilevanza pratica, nella fase dell'escussione della garanzia, distinguere se si sia in presenza di una garanzia autonoma o invece di una garanzia accessoria «a prima domanda», perché il garante non può in ogni caso sollevare eccezioni tratte dal rapporto principale per evitare il pagamento, la rilevanza della distinzione concettuale tra i due istituti riemerge tuttavia nell'ipotesi in cui, avvenuta l'escussione della garanzia, si dia luogo ad un'azione di ripetizione per indebito pagamento» (App. Genova 09.12.2002, GM, 2003, I, 1670). Pertanto è legittimato all'azione di dell'indebito ripetizione il solo ordinante della garanzia autonoma;

- Responsabilità contrattuale. Escutendo la garanzia in modo abusivo o fraudolento, infatti, il beneficiario ha violato «il principio di correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.) che deve sempre presiedere la fase di esecuzione del contratto» (Cetra 1999, 341).

## 2.1 L'approccio interdisciplinare alla tutela dell'ordinante.

Quando il garante ha pagato ed agisce in regresso contro l'ordinante, questo gli resiste con argomenti tratti dal rapporto fondamentale. Tali ragioni si traducono negli elementi che il giudice valuta indagando sul *fumus boni iuris*, requisito per la concessione del richiesto provvedimento urgente ex art. 700 c.p.c.

La norma richiede inoltre l'accertamento del *periculum in mora*.

«Sebbene [...] il contratto autonomo di garanzia abbia ad oggetto la prestazione di una somma di denaro, la quale, di norma, non può essere inibita ex art. 700 c. p. c.», (alcuni giudici hanno ravvisato il *periculum in mora*: N.d.A.) ove il danno derivante al debitore ordinante dall'illecita escussione della garanzia sia di per sé irreparabile perché in grado di incidere (evidentemente in via definitiva) su una situazione di natura assoluta, quale, ad esempio, la stessa sopravvivenza dell'azienda»

(Pret. Roma 06.06.1986, BBTC, 1987, II, 58; Pret. Udine 25.01.1993, GI, 1994, I, 2, 613).

Le questioni sostanziali, dunque, si intrecciano a quelle processuali sia riguardo alla banca garante sia rispetto all'ordinante, la cui legittimazione a chiedere il provvedimento urgente — anche quando i contratti contengono clausole compromissorie (in merito si rinvia a Laudisa 2002, 403) — sembra ormai pacifica (per tutti v. Meo 1995, 452).

Sarebbe quindi interessante svolgere l'indagine interdisciplinare suggerita dalle precedenti riflessioni.

Avendo peraltro Cass. 3947/2010 pronunciato rispetto al versante sostanziale, soltanto questo sarà appresso esaminato. Qualche autore ha criticato la legge rilevando che per proteggere più intensamente il fideiussore contro un'esposizione illimitata era forse più efficace il ricorso alla sola regola della correttezza; infatti la previsione di un importo massimo garantito rende possibile introdurre un limite altissimo da parte della banca, superiore all'effettiva capacità del fideiussore, onde rispettare il divieto dal punto di vista formale, ma eludendolo dal punto di vista sostanziale. Peraltro, quando la banca cercasse di aggirare il divieto, possono sempre applicarsi l'articolo 1344 (che commina

la nullità del contratto in frode alla legge) o la regola della correttezza e della buona fede (che porterebbero alla nullità della clausola in esame).

## **Una garanzia atipica: le lettere di patronage**

### **Da Altalex**

SOMMARIO: 1. Nozione - 2. Funzione - 3. Il problema dell'efficacia giuridica delle dichiarazioni di patronage. Lettere "forti" e lettere "deboli" - 4. La collocazione sistematica - 5. Il problema della natura della responsabilità derivante da informazioni non veritiere - 6. Considerazioni conclusive.

#### 1. Nozione

Le lettere di gradimento o lettere di patronage (traducibile in italiano con lettera di presentazione)[1], sono delle dichiarazioni, generalmente redatte in forma epistolare, rilasciate ad una banca o ad un diverso ente creditore da un soggetto (di solito una società capogruppo o una società controllante), detto patron, in sostituzione di una fideiussione vera e propria al fine di ottenere, rinnovare o mantenere un finanziamento in favore di un determinato soggetto (detto patronnant). Tale lettera rappresentava, in origine, una dichiarazione con cui le Multinazionali anglosassoni operanti in Italia[2] – in alternativa ad altre forme di garanzia – assumevano una sorta di paternità "morale" dell'operazione, comunicando al creditore la loro partecipazione nella società debitrice. Col tempo le lettere di patronage si sono diffuse come strumento alternativo alle garanzie personali tipiche, in presenza dell'interesse a favorire l'erogazione del credito, assumendo tuttavia il dichiarante un impegno meno stringente ed esteso rispetto alla fideiussione, beneficiando degli indiscutibili vantaggi che il dichiarante ricava dal ricorso al patronage rispetto alle comuni garanzie di pagamento.

La forma di questa lettera, inoltre, ha assunto una diversa connotazione giuridica a seconda del contenuto che, di volta in volta, si è a questa attribuito, in virtù dell'ampia autonomia privata riconosciuta agli operatori economici.

#### 2. Funzione

La funzione tipica delle dichiarazioni contenute in tali lettere di gradimento non consiste propriamente nel "garantire" l'adempimento altrui, nel senso tecnico delle garanzie personali specificamente previste dal legislatore. Infatti, mentre in queste

ultime il garante assume l'obbligo di eseguire la prestazione dovuta dal debitore principale, la funzione propria della lettera di patronage va ravvisata nel tentativo di rafforzare nel creditore il convincimento che il patrocinato farà fronte ai propri impegni[3]. In altri termini, la lettera di patronage è diretta alla promozione del credito mediante il ricorso a forme di garanzia atipiche[4]. In particolare, le lettere di patronage forniscono ai creditori delle assicurazioni – di valore tanto più pregnante, quanto più stretto è il rapporto tra il patrocinante e il patrocinato – in merito al buon esito delle operazioni di finanziamento[5].

Oltre all'affidabilità di cui si è fatta menzione, tali dichiarazioni possono garantire una certa elasticità e facilità nell'ambito di un'organizzazione societaria, a differenza di quanto avviene per le garanzie espressamente previste e disciplinate dal nostro ordinamento.

La natura su descritta non può portare ad escludere alle dichiarazioni di patronage qualsiasi valore giuridico, dal momento che esse sono spesso collegate ad operazioni di notevole rilievo economico e non è, quindi, ragionevole supporre che con il loro rilascio le parti abbiano inteso dar vita ad impegni rilevanti solo da un punto di vista sociale[6].

3. Il problema dell'efficacia giuridica delle dichiarazioni di patronage. Lettere “forti” e lettere “deboli”

In virtù della notevole diffusione delle dichiarazioni di patronage nella prassi commerciale, la dottrina e la giurisprudenza hanno affrontato il problema della loro efficacia giuridica[7]. In proposito, secondo un primo orientamento minoritario[8], va esclusa la loro rilevanza sul piano giuridico per almeno due ordini di ragioni. Innanzitutto, il mancato ricorso a strumenti di garanzia tipici previsti dall'ordinamento, sarebbe sintomatica della volontà di non costituire un vincolo giuridico vero e proprio a carico del patronant, con la conseguenza che qualunque accordo preso dalle parti avrebbe rilievo solo sul piano dei rapporti di correttezza commerciale. In secondo luogo, la diversità rispetto a garanzie tipiche come il mandato di credito o la fideiussione finirebbe con l'attribuire alle dichiarazioni di patronage solamente un valore metagiuridico[9].

L'adempimento dell'impegno assunto sarebbe, secondo questa tesi, fonte di un'obbligazione naturale, con il consequenziale effetto di soluti retentio per il caso di spontaneo adempimento[10].

Questa teoria è stata ormai superata dalla dottrina[11] e dalla giurisprudenza maggioritarie[12], le quali affermano la giuridicità di tali dichiarazioni.

Esse sostengono, in primo luogo, che il negar loro effetti giuridicamente vincolanti contrasta con i principi propri dei sistemi di civil law. In secondo luogo, attribuire alle lettere di patronage un carattere vincolante solo sul piano sociale non ne spiegherebbe l'enorme diffusione nella prassi commerciale, e, soprattutto, il valore di condizione dell'erogazione dei crediti.

A tali argomentazioni, poi, si aggiunge quella secondo cui, nel dubbio, bisogna presumere l'intento giuridico degli operatori commerciali, specie quando vengano effettuate delle operazioni di finanziamento di notevole rilevanza economica. Tale rilevanza, fondata da alcuni su una "presunzione di giuridicità", si spiega col fatto che, di regola, i soggetti danno vita a rapporti regolati da norme di diritto, e conseguentemente occorre dimostrare la contraria volontà di regolare i rapporti nascenti dalle lettere di patronage su un piano diverso dal giuridico. Se non appare tale volontà diversa, pertanto, il rapporto dovrà intendersi come soggetto alle regole del diritto[13]. La rilevanza giuridica delle lettere di patronage non è tuttavia sempre la stessa, ma varia a seconda del loro contenuto[14], che può avere natura informativa o impegnativa, per cui è possibile distinguere lettere di patronage "forti" e "deboli", in base agli obblighi assunti dalla società capogruppo o controllante[15].

Le lettere a carattere informativo, dette anche lettere deboli, sono quelle in cui il patrocinante si limita a dichiarare la sua partecipazione di influenza o di controllo sul pacchetto azionario della società controllata o a dare informazioni sulle condizioni patrimoniali, economiche e finanziarie[16].

Le lettere a carattere impegnativo, dette lettere forti[17], danno vita ad un'assicurazione di solvibilità in quanto, non si limitano a comunicare la propria posizione e quale sia il rapporto con la controllata, ma contengono, invece, dichiarazioni con le quali il patrocinante assume, nei confronti del destinatario uno o più obblighi, quali quello di mantenere il soggetto controllato in condizioni patrimoniali tali da permettere la restituzione del finanziamento[18].

#### 4. La collocazione sistematica

Se il valore giuridico delle lettere in esame, a prescindere dal contenuto, rappresenta un dato pacifico in dottrina ed in giurisprudenza, l'individuazione della loro appartenenza all'una o all'altra categoria non è tuttavia sempre agevole. Il problema

non è puramente teorico, ma ha importanti risvolti di carattere pratico in vista della qualificazione giuridica della lettera e della natura della responsabilità del mittente. Tali difficoltà derivano anche dal fatto che in una lettera possono essere presenti una pluralità di dichiarazioni dal contenuto variamente impegnativo[19]. Come accade con tutte le nuove figure giuridiche, prive di un consolidato fondamento giuridico, anche con le lettere di patronage la dottrina e, soprattutto, la giurisprudenza, hanno tentato di individuare diversi possibili schemi contrattuali tipici, cui ricondurre le dichiarazioni in questione, riferendosi in particolare a: il mandato di credito, la fideiussione, la promessa del fatto del terzo, il contratto con obbligazioni del solo proponente ed infine il contratto atipico a prestazioni corrispettive, che si perfeziona ai sensi dell'articolo 1327 c.c. Con riferimento alla sussunzione delle lettere di patronage nella figura del mandato di credito[20], secondo un orientamento passato il contratto in questione si perfeziona per *facta concludentia*[21], non essendo necessario per il suo perfezionamento l'espressa menzione dell'obbligo del richiedente di assumere le obbligazioni proprie del fideiussore. Tale effetto, pertanto, deriverebbe *ex lege* dal conferimento dell'incarico.

Tale tesi ha avuto poco seguito per diverse ragioni[22].

A questa tesi si è obiettato, in primo luogo, l'assenza nel patronage di un qualsiasi obbligo di far credito. In proposito, se non vi è dubbio che le lettere di patronage svolgono *de facto* anche la funzione di indurre, o, comunque, persuadere la banca a concedere il finanziamento, tale concessione non implica comunque, ai fini della configurabilità del contratto di cui all'art. 1958 c.c., una prestazione cui la banca è tenuta per effetto di un impegno contrattuale dalla stessa assunto[23], tenuto conto che anche, in base a proprie valutazioni, la banca potrebbe decidere di non attribuire il credito, allorché nonostante la dichiarazione del patronnant, ritenga comunque rischiosa l'operazione[24]. Si è rilevato, inoltre, che l'assunzione da parte del mandante della responsabilità propria del fideiussore si pone in contrasto con la volontà del patronnant di non prestare una garanzia[25]. Dottrina e giurisprudenza sono concordi nell'escludere che alle lettere di patronage possa essere riconosciuta la natura di obbligazioni fideiussorie.

La differenza fra le due figure emerge dall'autonomia degli impegni che il patronnant assume rispetto alle vicende dell'obbligazione del patrocinato. Infatti, il presupposto dell'accessorietà, inteso quale stretto collegamento fra l'adempimento del debitore e l'obbligazione del fideiussore, non sussiste nel patronage. In altri termini, l'obbligo assunto dal patronnant, anche quando consista nel garantire la solvibilità del patrocinato, è sempre autonomo rispetto a quello di quest'ultimo. Nel patronage l'obbligazione consiste nell'agevolare l'erogazione del finanziamento e nella

rassicurare il creditore sullo buon esito dell'operazione negoziale e non nell'assunzione nei suoi confronti di un'obbligazione omologa a quella propria del patrocinato[26].

L'interesse perseguito con la fideiussione è quello di far sorgere un vincolo di solidarietà tra debitore e fideiussore per effetto della volontà di quest'ultimo di adempiere, a titolo di garanzia, la medesima prestazione del debitore principale. Invece, nel patronage, anche qualora esso assuma un contenuto forte, manca la volontà della società emittente di assumere solidalmente il medesimo obbligo della sua controllata[27]. Diversamente dallo schema tipico della fideiussione di cui all'art. 1937 c.c., manca un'espressa manifestazione di volontà del patronnant in ordine all'intenzione di assumere verso il creditore una garanzia personale per un'obbligazione gravante sul debitore principale, in quanto il patronnant si impegna a porre in essere prestazioni di facere o di dare che, pur strumentali ad assicurare l'adempimento del patrocinato, sono comunque svincolate dall'obbligazione principale sullo stesso gravante[28].

Maggior seguito rispetto alla tesi appena menzionata ha avuto quella secondo la quale le lettere di patronage sono riconducibili alla promessa del fatto del terzo[29], disciplinata dall'art. 1381 c.c.[30]

Tale orientamento, dà un rilievo determinante alla ratio comune alle due fattispecie che, lungi dall'assolvere ad una funzione sanzionatoria, rispondono ad un'esigenza di allocazione del rischio di un'operazione economica. In altri termini, col ricorso a tali documenti, le parti mirano a rendere l'impegno della società controllante insensibile alle vicende inerenti al contratto di credito principale.

Secondo i sostenitori di questa teoria, inoltre, l'opportunità di ricondurre le dichiarazioni in parola alla promessa prevista dall'art. 1381 c.c., si manifesta nell'ipotesi di inadempimento incolpevole del patrocinato, derivante da caso fortuito, da causa di forza maggiore o da impossibilità sopravvenuta. In tali casi, infatti, qualora abbia assunto anche l'obbligo di copertura di detti rischi, il dichiarante è comunque tenuto a corrispondere l'indennizzo al creditore. Tuttavia, nonostante tali similitudini (allocazione del rischio ed obbligo indennitario), questa tesi, nel tempo, ha incontrato significative obiezioni e, in particolare, quella data dalla considerazione che l'impegno del mittente non sia volto a garantire un fatto altrui, ma consiste piuttosto nell'assicurare un fatto proprio[31]; il patronnant vi assolve mantenendo il controllo sullo stato patrimoniale della società ed attivandosi con la diligenza richiesta, al fine di assicurarne la solvibilità.

Si è osservato, inoltre, che la riconduzione alla fattispecie di cui all'art. 1381 c.c. sarebbe possibile solo nell'ipotesi in cui emerga in modo chiaro ed inequivocabile che

l'erogazione del credito non sarebbe avvenuta senza l'intervento del patrocinante e che esso abbia avuto una funzione di trasposizione del rischio dell'operazione in capo a costui, anche con riguardo ad eventi straordinari[32]. Qualora ciò non avvenga, come nella maggior parte dei casi, alle lettere andrebbe attribuita la natura di strumenti di garanzia atipici, solitamente aventi ad oggetto un facere[33].

A partire dalla metà degli anni novanta, la giurisprudenza di legittimità si è, invece, orientata nel senso di far rientrare le dichiarazioni di patronage nello schema del contratto con obbligazioni a carico del solo proponente di cui all'art. 1333 c.c.[34]

Secondo la Suprema Corte, infatti, lo schema delineato dall'art. 1333 c.c. si adatta perfettamente alle lettere di patronage che abbiano carattere impegnativo[35]. In proposito, la giurisprudenza lega l'interpretazione del fenomeno alla vexata questio sulla natura del contratto con obbligazioni a carico del solo proponente[36], ritenendo che non sussisterebbero motivi per dubitare l'efficacia vincolante delle stesse dichiarazioni. Ciò in quanto quest'ultime, sia pure con strumenti diversi da quelli propri delle garanzie personali tipiche, sono comunque sempre dirette a rafforzare la protezione dei diritti del creditore e, quindi, a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico (art. 1322, secondo comma, c.c.)[37].

In particolare, la Cassazione, dopo aver aderito alla tesi del *numerus clausus* degli atti unilaterali[38], utilizza lo strumento di cui all'art. 1333 c.c. come grimaldello per vulnerare il dogma della tassatività degli atti unilaterali[39], consentendo, in tal modo, di inserire nella realtà giuridica negozi di cui gli operatori economici non possono ormai fare a meno[40]. Secondo la tesi sposata nel 1995 dalla Suprema Corte, il *patronant* si esporrebbe ad una responsabilità di tipo contrattuale in quanto le dichiarazioni contenute nelle lettere "forti" rappresenterebbero negozi unilaterali che producono effetti senza che sia necessaria l'accettazione della controparte ex art. 1333, norma "dalla quale è possibile arguire che, nel nostro ordinamento, i rapporti giuridici con obbligazioni a carico di una sola delle parti possono costituirsi per effetto della sola volontà dell'obbligato, salvo il potere di rifiuto del destinatario... e, quindi, in definitiva, per effetto di un atto unilaterale". Nonostante tale tesi abbia formato in passato oggetto di critiche, legate alla considerazione che il patrocinante assume i suoi obblighi in cambio di una controprestazione del destinatario delle lettere, consistente nell'erogazione della finanziamento alla patrocinato[41], successive pronunce[42] hanno riproposto l'ipotesi ricostruttiva delle lettere "forti" come *fattispecie* negoziali con causa di garanzia che si perfezionano secondo lo schema dell'art. 1333[43].

5. Il problema della natura della responsabilità derivante da informazioni non veritiere

Data l'eterogeneità dei contenuti delle lettere di patronage, si è posto il problema, sia in dottrina che in giurisprudenza, della natura della responsabilità derivante dalla redazione di documenti contenenti dichiarazioni false o reticenti o, comunque, nelle nel caso di lettere cosiddette forti, dall'adozione, da parte del patronnant, di comportamenti contrari agli obblighi assunti.

Con riferimento innanzitutto alle lettere a contenuto debole, aventi ad oggetto dichiarazioni con carattere informativo o assertivo, anche se non comportano l'assunzione di obblighi di natura negoziale, ciò non significa, tuttavia, che siano irrilevanti giuridicamente in caso di dichiarazioni false o reticenti.

Secondo una parte della dottrina e della giurisprudenza in quest'ultima ipotesi danno vita ad una responsabilità extracontrattuale[44]. Ciò in quanto la presa d'atto posta in essere dalla banca in merito alla dichiarazione, non essendo qualificabile in termini di accettazione di una proposta contrattuale, non potrebbe determinare una fattispecie di responsabilità contrattuale, la quale non può configurarsi per l'assenza di un impegno.

Altra opinione dottrina più diffusa[45], confortata dalla Corte di Cassazione, ritiene che in caso di false dichiarazioni sorgerebbe una responsabilità precontrattuale per violazione degli obblighi di buona fede nelle trattative (artt. 1337 e 1338 c.c.)[46], dal momento che le lettere in questione incidono sul processo di formazione della volontà negoziale dell'ente creditore[47].

Le dichiarazioni rese dal patrocinate, infatti, creano un ragionevole affidamento nel creditore sul buon esito dell'operazione di finanziamento, con la conseguenza che è necessario applicare le regole di diligenza, correttezza e buona fede nelle trattative, previste dagli artt. 1337 e 1338 c.c.[48]

Le lettere cosiddette forti, le quali contengono dichiarazione di assunzione di obblighi[49], implicano, in caso di inadempimento della prestazione restitutoria del patrocinate, data la natura negoziale del rapporto, una responsabilità del patronnant ex art. 1218 c.c. Tale essendo la corretta qualificazione giuridica dell'obbligo del patronnant, la violazione dello stesso, nell'ipotesi di inadempimento della prestazione restitutoria del patrocinate, espone il patrocinate responsabilità di tipo contrattuale, la cui sussistenza presuppone tuttavia l'accertamento della nesso eziologico tra l'inadempimento dell'obbligo del patronnant e inadempimento dell'obbligo del patrocinate, da effettuarsi attraverso un giudizio fattuale inteso a rilevare l'efficienza causale del primo a determinare il secondo attraverso un successivo vaglio di tipo ipotetico-contrafattuale volto ad accertare l'idoneità dell'inadempimento da parte del

patronnant ad evitare l'incapacità solutoria del patrocinato e il conseguente danno del finanziatore.

## 6. Considerazioni conclusive

Alla luce dei caratteri sin qui descritti, le lettere di patronage rappresentano senza dubbio un punto di incontro di interessi contrapposti che entrano in gioco nelle attuali relazioni economico-finanziarie, le quali trovano soddisfazione proprio attraverso tale forma di garanzia.

Con riferimento alle motivazioni che rendono di regola preferibile il ricorso a tale forma di garanzia atipica, vanno considerate entrambe le posizioni dei soggetti interessati, quali l'ente che rende la dichiarazione ed il soggetto creditore.

In proposito, la società dichiarante può, per ragioni diverse[50], non volere utilizzare una delle forme di garanzia tipiche normalmente impiegate per soddisfare l'interesse della banca.

In via generale, infatti, la società che redige la dichiarazione di patronage vanta una forza contrattuale nei confronti della banca destinataria nettamente superiore rispetto a quella di una propria controllata e, in questo modo, ha la possibilità di assicurare mezzi finanziari senza il ricorso alle comuni forme di garanzia tipica.

La banca, invece, ottiene dalla società dichiarante (ad es. una holding) un impegno che va ad aggiungersi a quelli gravanti per legge sulla società stessa e che, al tempo stesso, le permette di sentirsi maggiormente garantita dal rischio di mancato rimborso del credito erogato.

Dal punto di vista della banca, pertanto, il valore aggiunto fornito dalle lettere di patronage deriva dalla circostanza che, tramite esse l'istituto di credito viene a conoscenza della situazione sia societaria che patrimoniale della società patrocinata, nonché degli assetti proprietari e, ancora, almeno in parte, delle sue modalità operative, così consentirle di avere un quadro completo della situazione e, indefinitiva, capire le probabilità di ottenere il rimborso del credito nelle tempistiche previste[51].

In conclusione, le ragioni che spingono l'istituto bancario ad accettare la lettera, sebbene essa dia minore garanzia di soddisfazione rispetto ad esempio alla fideiussione tipica, si rinvengono proprio nel rapporto che lega patrocinate e patrocinato, sulla cui solidità il destinatario fa affidamento. Del resto, la banca fa affidamento anche sull'interesse del patronnant ad evitare l'insolvenza della società partecipata, ciò tenuto conto delle ripercussioni negative che tale eventualità potrebbe comportare per l'intero gruppo[52].

[1] Tra i vari contributi in materia, si segnalano: f. macario, Garanzie personali, in Trattato di diritto civile, diretto da r. sacco, Torino, 2009, 573 ss.; n. soldati, Le lettere di patronage nella prassi bancaria, in Ventiquattrore avvocato, n. 9, 2008, 47 ss.; f. fezza, Le garanzie personali atipiche, in Trattato di diritto commerciale, Sez. II, Tomo 3, diretto da v. buonocore, Torino, 2006; f. mastropaolo, Le lettere di patronage, in I contratti di garanzia, nel Trattato dei contratti, diretto da p. rescigno e e. gabrielli, Torino, 2006, 1675; f. maimeri, Le garanzie bancarie improprie, Torino, 2004; g. bruno, Le lettere di patronage nel sistema dei rapporti economici, Napoli, 2004; a. mazzoni, Le lettere di patronage, Milano, 1986; w. di meo, Le lettere di patronage nell'economia dell'azienda, Padova, 1984; f. di giovanni, Le lettere di patronage, Padova, 1984;

[2] Sorte negli Stati Uniti e diffuse in Italia intorno agli anni Settanta, le lettere di patronage, nel nostro ordinamento non sono immediatamente riconducibili ad alcuna fattispecie tipizzata dal legislatore, hanno trovato ampio impiego nella prassi commerciale, in particolare nell'ambito dei gruppi di società. Sulle origini della figura, v. p.m. tabellini, Rilevanza valutaria delle lettere di patronage, in Riv. dir. econ. valutaria, 1980, 591.

[3] Studi in onore di Antonino Metro, c. russo ruggeri (a cura di), Milano, 2009, vol. II, 407.

[4] Così n. soldati, Le lettere di patronage nella prassi bancaria, in Ventiquattrore avvocato, n. 9, 2008, 48.

[5] Le lettere non dovrebbero limitarsi ad una generica raccomandazione, che non avrebbe valore giuridico e non indurrebbe quindi la banca a contrarre con il patrocinato. Esse devono, pertanto, contenere dichiarazioni vincolanti per il patrocinante, diverse però dall'assunzione di una garanzia personale per l'adempimento o dalla promessa che il patrocinato adempirà, configurandosi altrimenti una fideiussione o una promessa ex art. 1381 (cfr. n. ciaccia, Le lettere di patronage, in Nuova giur. civ. comm., 2002, II, 85 ss.).

[6] Cfr. Cass. civ., sez. I, 27 settembre 1995, n. 10235.

[7] La risoluzione di tale problema è stata resa difficoltà, secondo f. severini, Il patronage tra la promessa unilaterale atipica e la promessa del fatto del terzo, in Giur. comm., 1991, I, 885, anche a causa dell'origine storica delle lettere di patronage "che hanno avuto la sola funzione di un mero gentlemen's agreement". Sul punto anche si veda anche f. chiomenti, Le lettere di conforto, 1974, 346 ss.

[8] Tra i sostenitori della tesi negativa, b. gardella tedeschi, Gentlemen's agreement, in Riv. dir. civ., 1990, 730-750; f. chiomenti, op. ult. cit., 346 ss.; c. montagnani, Le garanzie prese sul serio: cortesia, pratiche generali interpretative e controlli nelle lettere di patronage, nota a Trib. Roma 18.7.1985, in Banca Borsa e Tit. Cred., 1986, II, 450 ss., secondo cui non è ammissibile per le figure atipiche la presunzione di giuridicità ed è irrilevante ai fini della giuridicità che la vicenda possa inserirsi in un contesto di formazione progressiva del consenso. Vedi anche a. atti, Il "patronage" e i gruppi di società: le fattispecie e il valore giuridico, in Contr. impr., 1985, 884, 930 ss.

[9] Sostiene la tesi dell'efficacia metagiuridica anche p. caliceti, Brevi note in tema di patronage; in Giur. it., 1996, I, 3011 ss.

[10] Così b. gardella tedeschi, Gentlemen's agreement, cit., 1990, 730-750, secondo cui «l'efficacia metagiuridica delle lettere di patronage non ne comporta l'assoluta irrilevanza per l'ordinamento. Infatti, le stesse possono essere considerate come gentlemen's agreement, ovvero patto fra gentiluomini».

[11] Studi in onore di Antonino Metro, c. russo ruggeri (a cura di), cit., 407; f. caringella, Studi di diritto civile, I, Milano, 2003, 1231 ss.; n. soldati, Le lettere di patronage nella prassi bancaria, cit., 47 ss.; a. mazzoni, Le lettere di patronage, cit.; m. segni, La "lettere de patronage" come garanzia personale impropria, in Riv. Dir. civ., 1975, I, 126.

[12] Fra le tante Cass. civ., n. 10235/1995, cit.

[13] Così m. segni, La "lettere de patronage" come garanzia personale impropria, cit., 141 ss.

[14] Nonostante alcuni autori (f. galgano, Diritto civile e commerciale, vol. II, t. II, 2004, 287 ss.; a. de santis ricciardone, Lettere di patronage, in Riv. crit. dir. priv., 1983, 397 ss.), diano una lettura unitaria dell'istituto, l'orientamento maggioritario in dottrina (fra gli altri f. caringella, Studi di diritto civile, cit.; a. mazzoni, Le lettere di patronage, cit.) e giurisprudenza sostiene un'interpretazione analitica del contenuto delle lettere di patronage, attribuendo alle stesse la natura giuridica conforme alle dichiarazioni cui danno vita.

[15] La classificazione delle lettere di patronage in base ai possibili contenuti è stata prospettata da gran parte della dottrina tra cui si segnala: f. di lorenzo, La natura e gli effetti delle lettere di “patronage” nel nuovo mercato. Documenti “forti” e “deboli”, conseguenze diverse, in *Dir. e Giust.*, 2004, n. 5, 100; n. soldati, Le lettere di patronage, in *Contr. e impr.*, 2003, 1656 ss; a. mazzoni, Le lettere di patronage nelle procedure concorsuali: contributo allo studio dei profili sistematici delle garanzie autonome, in *Banca Borsa e Tit. Cred.*, 1984, II, 53 ss.; m.b. deli, Lettere di patronage (diritto internazionale privato e processuale), in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1997, 1 ss; m. segni, *op.cit.*, 126; a. atti, *op.cit.*, 825.

[16] A questa categoria sono riconducibili: le “dichiarazioni di consapevolezza”, con cui il patronnant dichiara di essere al corrente del rapporto di finanziamento già in corso o in via di perfezionamento tra patrocinato e banca; le “dichiarazioni di approvazione”, con cui il patronnant dichiara di approvare il detto rapporto; le “dichiarazioni confermatrici di controllo”, con le quali si enuncia la percentuale del pacchetto azionario del patrocinato posseduto (direttamente o indirettamente) dal patronnant; altre dichiarazioni eterogenee, con le quali si forniscono informazioni più o meno riservate, atte a rassicurare il destinatario (banca) circa la solidità economico-finanziaria e la solvibilità del patrocinato. Cfr. g. pascale, *Il contratto di fideiussione*, Padova, 2010, 253.

[17] Cfr. fra gli altri a.m. musy, L’art. 1333 e le lettere di patronage c.d. forti, in *Giur. it.*, 2001, 2254; r. mangano, Lettera di patronage forte ed inapplicabilità dell’art. 1938 c.c., in *Banca borsa tit. cred.*, 2004, n. 3, II-329.

[18] Le lettere a contenuto forte possono consistere in dichiarazioni che rassicurano il destinatario della convenienza e del ridotto rischio imprenditoriale sotteso all’operazione (dichiarazione di influenza, dichiarazione di futuro mantenimento della partecipazione, dichiarazione di cosiddetto divieto di svuotamento, dichiarazione di obbligo in caso di cessione della partecipazione, dichiarazione di assunzione di specifici obblighi e responsabilità) dichiarazioni con le quali il mittente rassicura il destinatario assumendo specifici obblighi e responsabilità (dichiarazione di generale mantenimento della solvibilità, dichiarazione di solvibilità finalizzata al rimborso, dichiarazione di mantenimento della consistenza capitalistica o patrimoniale, dichiarazione di assunzione del rischio di perdite).

[19] Spesso accanto a mere dichiarazioni di scienza o assertive sono presenti promesse dal contenuto più disparato che possono comportare l’assunzione di vere e proprie obbligazioni in capo al mittente.

[20] Tra i sostenitori della tesi dell'assimilabilità delle lettere forti al mandato di credito, si segnala in particolare f. galgano, *Diritto civile e commerciale*, cit.

[21] s. scotti camuzzi, *Unico azionista, gruppi, "lettres de patronage"*, Milano, 1979, 164 ss.

[22] Cfr. l. barbiera, *Le garanzie tipiche ed innominate nel codice del 1942*, in *Banca, borsa e tit. di credito*, 1992, I, 774 ss. Per la distinzione del patronage rispetto al mandato di credito, si veda anche Corte di Appello di Milano, 5 febbraio 2005, in *Giur. merito*, 2006, 289 ss., con nota di f. bruno e a. de divitiis, *Il mandato di credito tra lettera di patronage, delegazione e acollo*.

[23] In altri termini, ai fini di una configurabilità del mandato di credito sarebbe necessario che la richiesta del patrocinateur presentasse i caratteri propri della proposta contrattuale, con conseguente assunzione da parte del futuro creditore dell'obbligo di concedere il finanziamento alla patrocinateur.

[24] Così f. macario, *Garanzie personali*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 600.

[25] a. mazzoni, *Le lettere di patronage*, cit.

[26] La stessa giurisprudenza rileva che il rapporto di patronage non soggiace alla disciplina desumibile per analogia dalla figura tipica della fideiussione, stante l'assoluta diversità oggettiva e funzionale delle diverse garanzie utilizzate (così Cass., Sez. III, 25 settembre 2012, n. 16259).

[27] Rileva b. petrazzini, *Patronage e fideiussione: una massima da precisare*, commento a Cass. civ., 26 gennaio 2010, n. 1520, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2010, n. 7-8, 764, che: "quale che sia il contenuto concreto della dichiarazione del patronnant, questi non assume espressamente l'impegno di adempiere in luogo del debitore, ma si limita a garantire l'esistenza dei presupposti per l'esecuzione dell'obbligazione da parte del soggetto patrocinateur".

[28] Così f. severini, *Il patronage tra la promessa unilaterale atipica e la promessa del fatto del terzo*, cit., 171; n. soldati, *Le lettere di patronage*, 1663; a. mazzoni, *Le lettere di patronage*, cit., 577. Anche la giurisprudenza rileva che tra fideiussione e patronage esistono differenze talmente grandi da impedire l'applicazione dell'art. 1938 c.c.

[29] La promessa del fatto del terzo, secondo l'orientamento prevalente, è l'obbligazione con la quale il promittente si assume nei confronti di un creditore in altro rapporto, il rischio del rifiuto di adempiere che possa opporre il debitore di tale rapporto, sollevando quindi il beneficiario dall'incertezza in ordine al conseguimento

dell'utilità racchiusa nella sua pretesa. In argomento si veda f. alcaro, Promessa del terzo, in Enc. Dir., XXXVII, 1988, 77; r. sacco, Il contratto, in Trattato di dir. civ. it., dir. da Vassalli, vol. VI, t. 2, Torino, 1975, 500.

[30] Sostengono la riconducibilità allo schema dell'art. 1381 c.c., fra gli altri f. severini, Il patronage tra la promessa unilaterale atipica e la promessa del fatto del terzo, cit., 895, ss.; anche m. prosperetti, Lettres de patronage, in Diz. dir. privato, I, Diritto civile, Milano, 1980, 561.

[31] Tale circostanza si pone in contraddizione con la funzione della promessa del fatto del terzo, poiché qui la responsabilità scatta anche in conseguenza del rifiuto del debitore principale, che non essendo coercibile nella sua volontà, farebbe scattare proprio quell'esimente di non imputabilità (a. mazzoni, Lettere di patronage, mandato di credito e promessa del fatto del terzo, in BBTC, 1984, II, 355).

[32] Così f. caringella, Manuale di diritto civile, II, Milano, 2008, 701.

[33] m. segni, op. cit., 143.

[34] Il contratto concluso in base all'art. 1333 c.c. si forma unilateralmente. In tale fattispecie, infatti, viene in rilievo solo la volontà del proponente, che di per sé è produttiva di effetti (favorevoli) nella sfera giuridica dell'oblato (che può rifiutarli).

[35] In dottrina, fra gli altri, a.m. musy, L'art. 1333 e le lettere di patronage c.d. forti, cit., 2254; m. segni, La "lettre de patronage" come garanzia personale impropria, cit., 135; f. di giovanni, Le lettere di "patronage", Padova, 1984, 36 ss.; a. mazzoni, Le lettere di "patronage", cit., 117.

[36] L'orientamento tradizionale, (ex multis g. tamburrino, I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto, Milano, 1954, 70 ss.; g. osti, voce Contratto, in Noviss. Dig. It., IV, Torino, 1968, 515; r. scognamiglio, Dei contratti in generale, in Commentario al cod. civ. diretto da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, 161 ss., sub art. 1333) tende a rinvenire nel meccanismo dell'art.1333 un procedimento di formazione del contratto, seppur atipico.

[37] In questo senso Cass. 3 aprile 2001, n. 4888, in Giur. it., 2001, con nota di a.m. musy, L'art. 1333 e le lettere di patronage c.d. forti, cit.; in Rass. dir. civ., 2004, 248 ss., con nota di a. turco, Le lettere di patronage impegnative e la problematica relativa all'art. 1333 c.c. Ancora altre pronunce da richiamare sono Cass., 25 settembre 2001, n. 11987 e Cass., 27 settembre 1995, n. 10235. Per un approfondimento sulla sentenza si rinvia ai numerosi e vari commenti in Contr. e impr., 1996, 9, nota di f. galgano, Lettera di patronage e promesse unilaterali atipiche; in Corr. giur., 1996, nota di c. stingone, Lettera di patronage: dichiarazione a contenuto impegnativo e qualificazione

contrattuale della fattispecie; in Giust. civ., 1996, I, 3007, nota di p. caliceti, Brevi note in tema di patronage; in Giur. it., 1996, cit.; e I, 738, nota di g. chinè, La Cassazione sul patronage: una voce fuori dal coro.

[38] Come rilevato dalla stessa pronuncia n. 10235 del 1995 su richiamata, il problema sorge perché nel nostro ordinamento esiste una norma, l'art. 1987 c.c., a tenore della quale la promessa unilaterale di una prestazione non produce effetti obbligatori fuori dei casi ammessi dalla legge.

[39] A tal proposito a. palazzo, Promesse gratuite ed affidamento, in Riv. dir. civ., 2002, I, 181 ss., parla di “demitizzazione” del dogma della tipicità delle promesse gratuite.

[40] In particolare, ciò al fine di tipizzare la figura generale del “negozio unilaterale rifiutabile”, il quale, essendo uno schema aperto, appare idoneo a garantire la cittadinanza giuridica a fattispecie negoziali unilaterali non tipizzate. In dottrina, tra gli altri, v.: r. sacco, Il contratto, 2, in Trattato di diritto civile a cura di vassalli, VI, Torino, 1975, 34 ss.; p. spada, Cautio quae indiscrete loquitur: lineamenti funzionali e strutturali della promessa di pagamento, in Riv. dir. civ., 1978, 745 ss.; g. castiglia, Promesse unilaterali atipiche, in Riv. dir. comm., 1983, I, 327 ss.

[41] Sul punto cfr. f. galgano, Lettera di patronage e promesse unilaterali atipiche, cit., 9 ss.

[42] Cass., 3 aprile 2001, n. 4888, in Giur. it., 2001, III, 1, 2254 ss., con nota di a.m. musy, L'art. 1333 e le lettere di patronage c.d. forti, cit.; Id., 25 settembre 2001, n. 11987, in Studium iuris, 2002, 93 ss., con nota di bolognini.

[43] Tali pronunce, tuttavia, evitano di prendere posizione sulla natura della fattispecie, “prescindendo dal fatto che si aderisca o meno all'orientamento dottrinale che configura la fattispecie di cui all'art. 1333 c.c. come un negozio unilaterale e che nega, pertanto, natura negoziale al mancato rifiuto del destinatario, o che, al contrario, si propenda per quell'orientamento che qualifica il contratto con obbligazioni del solo proponente come un contratto vero e proprio pur se costituito in forza della sola proposta” (così Cass., 25 settembre 2001, n. 11987); o, ancora, si ritenga, addirittura, che “un'accettazione non è necessaria nello schema negoziale delineato dall'art. 1333 c.c., il quale prevede che, intervenuta la proposta..., la conclusione del contratto è impedita solo dal rifiuto” (Cass., 3 aprile 2001, n. 4888).

[44] Così a. atti, La responsabilità del patronnant è, dunque, extracontrattuale, in Contr. imp., 1986, 41.

[45] m. costanza, Lettere di patronage deboli e responsabilità del patronnant, in aa.vv., Le garanzie contrattuali, Fideiussione e contratti autonomi di garanzia nella prassi

interna e nel commercio internazionale, Milano, 1994, 485 ss.; s. vanoni, Lettere di patronage deboli e responsabilità del patronnant, in Banca Borsa, 1994, 43.

[46] Va ricordato che la responsabilità precontrattuale trova applicazione anche nei casi di contratto valido, ma frutto di trattative scorrette ossia qualificabili contrarie a buona fede. In proposito, si veda g. d'amico, voce Formazione del contratto, in Enc. dir. Annali, Milano, 2008.

[47] Senza dimenticare la tutela della libertà di iniziativa economica ex articolo 41 Cost., anche in virtù del principio di matrice comunitaria che vieta la diffusione sul mercato di informazioni fuorvianti in merito alle condizioni di salute economico finanziaria di un'impresa.

[48] L'adesione a questa soluzione pone l'ulteriore problema della natura giuridica di tale forma di responsabilità. A fronte di un orientamento consolidato e prevalente che attribuisce alla stessa natura extracontrattuale, se ne va affermando un altro che riconduce la responsabilità precontrattuale nell'ambito di quella contrattuale. Quest'ultima soluzione sposa si fonda sul convincimento che i soggetti della trattativa non sono tra loro estranei, ma sono legati da un contatto "sociale", che gli impone di attivarsi, nella fase di formazione del contratto, al fine di salvaguardare gli interessi perseguiti dalle altre parti.

[49] Si veda nota 10.

[50] Tali ragioni possono essere costituite ad esempio dal convincimento di una semplificazione delle procedure interne di deliberazione, dal fatto che, a differenza delle obbligazioni fideiussorie, esse non devono necessariamente figurare nelle poste di bilancio della società controllante, e, quindi dalla volontà di non volere procedere a iscrizioni in bilancio o ad adempimenti valutari.

[51] n. soldati, Le lettere di patronage nella prassi bancaria, cit., n. 9, 2008, 55-56.

[52] a. atti, Il "patronage" e i gruppi di società: le fattispecie e il valore giuridico, op. cit., 884.

## **GARANZIE REALI ATIPICHE**

**Francesca Fiorentini**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'evoluzione delle esigenze di sicurezza del credito. – 3. La c.d. crisi delle garanzie reali tipiche. – 4. Le garanzie reali atipiche: le figure al centro del dibattito. – 5. La categoria delle alienazioni a scopo di garanzia. – 6. Fattispecie e declamazioni giurisprudenziali. – 7. Le verbalizzazioni della dottrina: le oscillazioni interpretative intorno al divieto di patto commissorio. – 8. Le proposte ricostruttive. – 9. Le aporie interne alla civilistica italiana. – 10. Il sale and lease-back. – 11. Il trust a scopo di garanzia. – 12. Considerazioni conclusive.

1. – In un'economia aperta, nella quale lo sviluppo dell'impresa e dei consumi è strettamente dipendente dalle modalità di accesso ai finanziamenti, la questione (dell'effettività) della tutela del credito è destinata a rappresentare uno dei nodi centrali del dibattito in materia di rapporti di diritto patrimoniale. Ogni scelta del sistema giuridico in ordine al problema delle garanzie dell'obbligazione influenza del resto in misura determinante l'affidabilità e quindi l'efficienza del mercato del credito (in ambito transnazionale, i primissimi riferimenti circa lo studio delle connessioni fra sviluppo economico, bisogno di finanziamenti e strutture giuridiche, in P.R. Woods, *Comparative law of security and guarantees*, London, 1995, pp. 5 ss.; Id., *Comparative financial law: a classification of the world's jurisdictions*, in R. Cranston (cur.) *Making commercial law. Essays in honour of R. Goode*, London, 1997, pp. 31 ss.; 41 ss.).

La riflessione di diritto interno attorno al settore della responsabilità patrimoniale e delle garanzie del credito altro non è se non riflessione sul modo con cui un dato sistema giuridico, in un certo momento storico, si sforza di equilibrare il peso di due esigenze, che fanno capo a valori portanti delle economie di mercato: da un lato, il potenziamento della tutela del credito, dall'altro lato, l'interesse generale ad una circolazione della ricchezza, la più libera e spedita possibile (questa, del resto, è la prospettiva segnata dall'intramontabile indicazione metodologica di G. Gorla, *Del pegno. Delle ipoteche*, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja–G. Branca, libro VI, 3a ed., Bologna, 1973, p. 2 e 147). Il modello di disciplina predisposto da ogni sistema giuridico si pone pertanto come cristallizzazione del miglior bilanciamento – secondo le capacità del sistema stesso – tra queste due (fra loro talora confliggenti) esigenze.

Le pagine che seguono muovono dalla constatazione di alcuni problemi ed inefficienze, che la formalizzazione del modello italiano, in materia di responsabilità patrimoniale e garanzie specifiche (reali) dell'obbligazione, ha lasciato irrisolti.

2. – Nell'arco degli ultimi cinquant'anni la rapida evoluzione della realtà extragiuridica ha progressivamente messo a dura prova la tenuta dei tradizionali istituti codicistici di sicurezza del credito, i quali, modellati sulle esigenze di un'esperienza socio-economica ben più arretrata rispetto a quella odierna, hanno inevitabilmente subito molteplici sollecitazioni ad opera della prassi. Si è trattato di sollecitazioni volte alla

ricerca di tecniche sempre più agili di tutela dei finanziamenti e spinte dalla progressiva accelerazione della velocità di circolazione della ricchezza mobiliare, il cui peso specifico nella composizione (e valutazione) dei patrimoni è così finito per aumentare grandemente (in questa direzione si vedano, in generale, A. Gambaro, *La proprietà*, in *Trattato di dir. priv.* diretto da G. Iudica e P. Zatti, 1990, pp. 23 ss.; G.B. Portale, *Le garanzie bancarie internazionali*, Milano, 1989, pp. 1 ss.; L. Piazza, *Garanzia. I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, pp. 4–6; G. Tucci, *Garanzia*, cit., pp. 579 ss., 591 s.; C. Licini, *Le tecniche moderne di garanzia nella prassi notarile*, in *Riv. notar.*, 1996, pp. 1001 ss., 1004 ss.; con specifico riferimento alle tendenze evolutive del settore dei privilegi, anche con cenni di diritto comparato, si rimanda a G. Tucci, *Riforma dei privilegi e finanziamento dell'impresa*, in *Legislazione economica*, sett. 1978–ago. 1979, a cura di F. Vassalli–G. Visentini, Milano, 1981, pp. 187 ss.; Id., *I privilegi*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, 19, Torino, 1985, pp. 449 ss.; 466 ss.).

In relazione alla capacità di adattamento del formante legale del nostro sistema delle garanzie specifiche alle nuove esigenze imposte dall'evoluzione del mercato dei finanziamenti si possono stilizzare alcune indicazioni generali.

Innanzitutto, e sotto un profilo meramente descrittivo, può osservarsi come la disciplina predisposta dal legislatore del 1942 per le garanzie personali si sia rivelata sufficientemente elastica da permettere alla prassi, da un lato, di apportare una pluralità di emendamenti ai tradizionali e tipici schemi codicistici (si pensi al caso della fideiussione omnibus), e dall'altro, di importare da ordinamenti stranieri, in particolare da quelli di common law, figure negoziali atipiche (si pensi alle garanzie autonome a prima richiesta, o alle lettere di patronage), le quali, sospinte dalla rapida diffusione di cui hanno potuto godere soprattutto nel settore bancario, hanno superato le iniziali oscillazioni manifestate da dottrina e giurisprudenza sul punto della loro liceità (in merito all'evoluzione del diritto delle garanzie personali, aspetto che peraltro esula dalla presente indagine, si vedano e multis: F. Nappi, *Studi sulle garanzie personali. Un percorso transnazionale verso una scienza civilistica europea*, Torino, 1997; G. Biscontini, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, Napoli, 1993; G. Bozzi, *L'autonomia negoziale nel sistema delle garanzie personali*, Napoli, 1990; M. Viale, *Le garanzie bancarie*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, XVIII, Padova, 1994, pp. 69 ss.; G. Chinè, *Fideiussione omnibus e contratto autonomo di garanzia*, in *Gius.*, 1996, pp. 93 ss.; tra le disamine che si occupano sia di garanzie personali che reali, ricche di riferimenti giurisprudenziali, v. M. Sesta, *Le garanzie atipiche*, I, Padova, 1988, pp. 455 ss.; R. De Nictolis, *Nuove garanzie personali e reali*, Padova, 1998, pp. 20 ss; 207 ss., 375 ss.; in

prospettiva geograficamente allargata: G. Chinè, I contratti di garanzia, in *Diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, II, Padova, 1997, pp. 894 ss.).

Al contrario, il sistema delle garanzie reali tipiche ha pesantemente subito la rigidità che connota la disciplina codicistica della responsabilità patrimoniale e si è rivelato incapace di seguire il passo del mutamento dei tempi. Noti dogmi – come quello dell'inderogabilità, da parte dell'autonomia privata, del principio della par condicio creditorum, o quello della tipicità e del *numerus clausus* dei diritti reali di garanzia –, nonché altre ragioni, che si può dire abbiano operato a livello di crittotipo – come la fedeltà ad alcuni risalenti moduli interpretativi, oppure l'antica minaccia dell'usura – sembrano aver eliminato a priori, per il principio dell'autonomia privata, qualsiasi possibilità di accesso al settore del diritto delle garanzie reali, creando così i presupposti per il progressivo divaricarsi di una scollatura già esistente e profonda tra staticità dei modelli giuridici e dinamicità della realtà economica (in merito al profilo della c.d. crisi delle garanzie reali tipiche, si possono vedere V. Mariconda, *Trasferimenti commissori e principio di legalità*, in *Foro it.*, 1990, I, c. 1428; F. Realmonte, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, *ivi*, 1990, I, c. 1440; M. Bussani, *Il modello italiano delle garanzie reali*, in *Contr. e impr.*, 1, 1997, pp. 163 ss.; *Id.*, *Patto commissorio, proprietà e mercato. Appunti per una ricerca*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1, 1997, pp. 113 ss., 127; si esprime per la necessità di un superamento della centralità delle garanzie reali C. Licini, *Le tecniche moderne di garanzia nella prassi notarile*, *cit.*, p. 1005).

3. – Ancora in termini generali e preliminari, occorre tener presente che l'insoddisfazione per l'attuale stato del diritto delle garanzie reali tipiche non risparmia alcuna delle figure tradizionali. In breve, quanto al settore mobiliare, si osserva come la disciplina legislativa del pegno, nel richiedere lo spossessamento del debitore ai fini della costituzione del diritto di garanzia sul bene mobile, ex art. 2786 c.c. (la rigidità dell'interpretazione giurisprudenziale del requisito dello spossessamento è evidenziata da S. Gatti, *Il credito su pegno*, Milano, 1997, p. 154; M. Bussani, *Il modello italiano delle garanzie reali*, *cit.*, p. 164; F. Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, p. 3; G. Grisi, *Forme e modelli della garanzia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p. 187), impedisca che tutta una categoria di beni (quali i beni aziendali destinati alla produzione, le merci in lavorazione o che abbisognano di continui controlli e di particolari metodi di conservazione, etc.) siano suscettibili di essere vincolati per fini

di finanziamento (M. Bussani, *Il modello italiano delle garanzie reali*, cit., pp. 165 ss.; E. Gabrielli, *Sulle garanzie rotative*, Napoli, 1998, p. 19 s.). Egualmente pesanti, si fa poi notare, appaiono le formalità – la doverosità dell'atto scritto, la notifica al debitore del credito, l'accettazione di costui con scrittura avente data certa – imposte dall'art. 2800 c.c. per la nascita del pegno su credito (a proposito del pegno di crediti si vedano F. Ruscello, *Il pegno sul credito. Costituzione e prelazione*, Napoli, 1984; G. Molle, *I contratti bancari*, 4a ed., in *Tratt. dir. civ. e comm.* diretto da A. Cicu–F. Messineo e continuato da L. Mengoni, 1981, pp. 261 ss.; P. Perlingieri, *Della cessione dei crediti*, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja–G. Branca, Bologna–Roma, 1982, p. 42; T. Mancini, *Pegno di crediti, cessio pro solvendo e cessione a scopo di garanzia*, in *Banca, borsa, titoli credito*, 1968, II, pp. 283 ss.; in materia di pegno si vedano, in generale, G. Gorla–P. Zanelli, *Del pegno*, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja–G. Branca, 4a ed.; Bologna, 1992; F. Realmonte, *Il pegno*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, 19, Torino, 1985, pp. 629 ss.; Id., *L'oggetto del pegno: vecchi e nuovi problemi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, I, pp. 10 ss.).

Nondimeno, e proprio con riguardo alla necessità del rispetto delle caratteristiche tradizionali della garanzia pignorizia (tipicità, accessorietà, indivisibilità, realtà, etc.) un cenno va qui rivolto (rinviando per ogni ulteriore approfondimento alla Sintesi di E. Gabrielli, *Pegno*, in questa Rivista, II, 1997, pp. 765 ss.) agli sviluppi registrati nell'ambito del più recente dibattito instauratosi tra dottori ed interpreti togati.

Tali sviluppi concernono, da un lato, ed in relazione al principio di determinatezza del credito, l'ormai asserita validità del pegno c.d. omnibus, costituito cioè a garanzia di crediti futuri ed indeterminati; dall'altro, ed in connessione al principio della determinatezza dell'oggetto della garanzia reale, la validità delle clausole c.d. di “rotatività”, le quali mirano a far rientrare nell'oggetto del pegno beni futuri o diversi rispetto a quelli originari, senza che sia necessario a tal fine alcun ulteriore adempimento formale (E. Gabrielli, *Sulle garanzie rotative*, cit., passim).

I risultati sinora raggiunti dall'evoluzione del settore della garanzia mobiliare tipica – sebbene non sufficienti ad adeguare il formante legale alle attuali esigenze del settore commerciale ed industriale – meritano attenzione perchè hanno esaltato la possibilità dell'esplicazione del potere di autonomia privata in un campo dal quale la tradizione interpretativa l'aveva sostanzialmente emarginata. Allo stato attuale si ritiene pertanto che i privati – seppur non legittimati a creare nuove forme di garanzia reale rispetto a quelle tipiche – possano tuttavia adattare la funzione di garanzia del negozio costitutivo del diritto di pegno alle particolarità dell'operazione economica in concreto, possano cioè produrre gli effetti della garanzia reale tipica attraverso l'impiego di tecniche

contrattuali parzialmente diverse da quelle previste dal formante legale (per questi aspetti si rimanda a G. Piepoli, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, Napoli, 1980, passim; E. Gabrielli, *Il pegno "anomalo"*, Padova, 1990; Id., *Pegno*, in questa Rivista, cit.; Id., *Sulle garanzie rotative*, cit., p. 21 ss.; G. Chinè, *Il pegno "rotativo" tra realtà e consensualità*, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, pp. 569 ss.; M. Bussani, *Il modello italiano delle garanzie reali*, cit., pp. 166 ss.; C. Salinas, *Il pegno "omnibus"*, in *Banca, borsa, titoli credito*, 1997, I, pp. 603 ss.; A.M. Azzaro, *Il pegno "rotativo" arriva in Cassazione: ovvero "come la dottrina diventa giurisprudenza"*, ivi, 1998, II, pp. 491 ss.; sul piano comparatistico, nella prospettiva di un'analisi di modelli razionali di garanzie reali mobiliari, si rinvia a Alb. Candian, *Le garanzie mobiliari. Modelli e problemi nella prospettiva europea*, Milano, 1999; sempre in un'ottica transnazionale, per la letteratura tedesca, basti rinviare a U. Drobnig, *Mobiliarsicherheiten – Vielfalt oder Einheit? Vergleichender Generalbericht*, Baden–Baden, 1999; intorno alla più generale relazione fra autonomia privata e diritti reali si vedano A. Gambaro, *La proprietà*, in *Trattato di dir. priv. diretto da G. Iudica e P. Zatti*, Milano, 1990, p. 67; R. Sacco–G. De Nova, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. diretto da R. Sacco*, Torino, 1993, t. II, p. 66; P. Rescigno, *Note sulla atipicità contrattuale (a proposito di integrazione dei mercati e nuovi contratti di impresa)*, in *Contr. e impr.*, 1990, p. 52; G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, pp. 242 ss.; M. Costanza, *Numerus clausus dei diritti reali*, in *Studi in onore di Grassetti*, I, Milano, 1980, pp. 421 ss.; Ead., *Il contratto atipico*, Milano, 1981, pp. 141 ss.; Alb. Candian, *Il contratto di trasferimento di volumetria*, Milano, 1990, p. 87; F. Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., pp. 319 ss.).

Ugualmente insoddisfacente si è rivelata la disciplina codicistica delle garanzie reali immobiliari. Ciò perché, si è fatto osservare, da un lato, essa non prevede che l'ipoteca possa circolare autonomamente rispetto al credito garantito; dall'altro, perché essa rende inevitabile, per la sua realizzazione, il ricorso a procedure esecutive giudiziali estremamente lunghe e costose, che spesso portano ad un ricavato largamente inferiore al valore del bene. E' evidente che la difficoltà di realizzazione dell'ipoteca ha come principale conseguenza quella di rendere più complicata la soddisfazione delle ragioni del finanziatore, e quindi più oneroso l'accesso al credito per il proprietario immobiliare (sulle ipoteche si vedano, in generale, G. Gorla–P. Zanelli, *Delle ipoteche*, in *Comm. cod. civ. a cura di A. Scialoja–G. Branca*, 4a ed., Bologna, 1992; A. Ravazzoni, *Ipoteca*. I) *Ipoteca immobiliare*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1989; Id., *Le ipoteche*, in *Tratt. dir. priv. diretto da P. Rescigno*, 20, Torino, 1985, pp. 3 ss.; le ultime innovazioni, soprattutto legislative, in materia di ipoteca si trovano in A. Chianale, *Ipoteca*, in questa

Rivista, 4, 1999, pp. 495 ss.; intorno al tema della circolazione del diritto di ipoteca e più in generale per una valutazione globale dell'(in)efficienza della garanzia immobiliare tipica nel nostro sistema: A. Chianale, *Ipoteca*, in questa Rivista, II, 1993, p. 504 s.; Id., *Ipoteca*, in Dig. IV, Disc. Priv., Sez. civ., X, 1993, pp. 158 ss.; M. Bussani, *Il modello cit.*, pp. 176–180; P. Zanelli, *Considerazioni di interesse notarile in tema di ipoteca: flessibilità e altre innovazioni*, in *Contr. e impr.*, 2, 1998, pp. 901 ss.; più in generale si vedano le riflessioni di F. Realmonte, *Le garanzie immobiliari*, in *Jus*, 1986, pp. 16 ss.; G. Presti, *Ipoteca per debito altrui e fallimento*, Milano, 1992; Id., *Il privilegio per i finanziamenti bancari a medio e lungo termine in favore delle imprese*, in *Banca, borsa, titoli credito*, 1995, I, p. 594; in merito al problema dell'inadeguatezza delle procedure esecutive immobiliari: A. Galasso, *La vendita forzata di immobili ipotecari a garanzia di finanziamenti a medio e lungo termine*, in *Contr. e impr.*, 1995, pp. 447 ss.; l'A. auspica e promuove quella parziale riforma delle procedure giudiziali di vendita immobiliare che si è recentemente avuta con la legge n. 302 del 3 agosto 1998, "Norme in tema di espropriazione forzata e di atti affidabili ai notai", pubblicata in G.U. n. 196 del 24 agosto 1998, che delega ai notai le procedure di incanto nell'espropriazione forzata; su questa riforma si vedano C. Campeis–A. De Pauli, *Espropriazione immobiliare credito fondiario e delega ai notai*, Padova, 1999; F.G. Nardone, *Delega al notaio nella espropriazione forzata immobiliare: dalla "prassi pratese" alla riforma della legge n. 302/1998*, in *Riv. del notar.*, 3, 1999, pp. 605 ss.; in ordine ai problemi che si pongono oggi in Italia per la realizzazione dell'ipoteca, con dati statistici e riferimenti di diritto comparato, si vedano anche gli Atti del Convegno "Delegabilità ai notai delle operazioni di incanto nelle espropriazioni immobiliari", Milano, 1994).

Come è noto, la rigidità del dato legale del sistema italiano delle garanzie reali del credito ha visto opporsi, sul piano operativo, una prassi che ha cercato di aprire il settore del diritto patrimoniale a schemi diversi, atipici, mediante il ricorso agli strumenti più semplici e duttili predisposti dal diritto delle obbligazioni e dei contratti. In particolare, il ricorso ad operazioni di trasferimento di diritti a scopo di garanzia del credito – alienazioni fiduciarie, cessioni, costituzione di trusts, etc. –, in luogo della costituzione di garanzie reali tipiche, non rappresenta un fenomeno né nuovo, né proprio esclusivamente del nostro sistema giuridico.

Nell'ambito di questo quadro di riferimento, e proprio nella prospettiva della ricerca di una via per superare l'inefficienza che soffoca le garanzie reali tradizionali e con esse tutto il settore creditizio, si colloca la presente Sintesi. La rassegna, difatti, intende rendere conto delle risposte fornite dai formanti giurisprudenziale e dottrinale in ordine

al problema dell'ammissibilità, nel nostro sistema, di figure giuridiche atipiche che assolvano alla funzione di garanzia in senso tecnico.

4. – Al centro del dibattito relativo al più ampio genus delle garanzie reali atipiche si pone innanzitutto una vasta gamma di figure che la dottrina ha raggruppato nella ormai nota categoria delle c.d. alienazioni a scopo di garanzia.

Gli schemi contrattuali in essa annoverati sono accomunati dal fatto di essere per lo più – secondo la qualificazione largamente prevalente – strumenti tipici, piegati dalle parti alla realizzazione di fini di garanzia del credito.

Le fattispecie senz'altro più ricorrenti nella casistica giurisprudenziale sono infatti costituite, come si vedrà in seguito, da vendite sospensivamente o risolutivamente condizionate all'(in)adempimento del debitore, oppure da vendite con annesso patto di ricompera, di riscatto o di retrovendita. In questi casi, la funzione di garanzia si attuerebbe non mediante la costituzione di uno *ius praelationis* in capo al creditore tutelato, bensì mediante il trasferimento allo stesso creditore – a titolo, si dice, temporaneo o provvisorio – del diritto pieno di proprietà.

L'ordine che verrà qui dato alla trattazione delle questioni relative alle alienazioni a scopo di garanzia si apre con (I) un preliminare excursus sulle fattispecie concrete presentatesi al vaglio delle corti e sulle posizioni invalse nel diritto giurisprudenziale in merito all'ammissibilità di quei trasferimenti. Di qui si procederà ad esaminare (II) le diverse teoriche prospettate a livello dottrinale, in ordine a struttura e funzione dei trasferimenti di proprietà a scopo di garanzia e in merito al loro rapporto con il divieto del patto commissorio. Le soluzioni pretorie e dottrinali fino a quel punto esposte meriteranno poi il confronto con le regole correnti in materia di cessione del credito a scopo di garanzia (III). Tutto ciò permetterà di chiarire (IV) in che termini, e sulla base di quali argomentazioni, sia possibile ritagliare uno spazio di liceità per tali forme di garanzie reali atipiche nel nostro sistema, anche alla luce (V) del possibile utilizzo in diritto interno della figura del trust.

5. – Al fenomeno dell'utilizzo del trasferimento della proprietà in funzione di garanzia di un rapporto obbligatorio si riconosce antica origine. Di esso vi sono testimonianze risalenti ad organizzazioni assai primitive, nelle quali la prima forma di sicurezza per il creditore – al di là della fiducia nella persona del debitore e quindi nel suo spontaneo adempimento – era la possibilità di ricorrere alla compravendita di un bene modificandone, mediante l'apposizione di patti accessori, la funzione di scambio in funzione di garanzia (G. Gorla, *Le garanzie reali dell'obbligazione*, cit., pp. 28 ss.; 38 s.).

Per quanto concerne i sistemi giuridici moderni, la vasta diffusione dell'utilizzo della proprietà a scopo di garanzia nel mondo dei traffici economici è ormai sotto gli occhi di tutti.

A fini esemplificativi basterà pensare alle indicazioni che provengono dal sistema tedesco. Esse sono un esempio illuminante di come il diritto pretorio possa superare in modo efficiente la rigidità del dato legale e, proprio in tale prospettiva, meritano di essere brevemente richiamate anche in un'indagine di diritto interno.

Nell'ordinamento tedesco, con riferimento alle garanzie mobiliari tipiche, si presentano, in linea di principio, gli stessi problemi che affliggono il sistema italiano. Il modello legale del pegno su cosa mobile e su crediti (§§ 1204–1258 BGB) – richiedendo per la nascita della garanzia, nel primo caso, lo spossessamento del debitore, al quale si accompagna un conseguente divieto di ricorrere al costituito possessorio nell'intento di evitare la formazione di garanzie occulte, e nel secondo caso la notificazione al debitore – si è rivelato di difficile utilizzazione nella prassi imprenditoriale. Per superare quest'impasse, l'autonomia privata, supportata da una tradizione che riconosce un marcato rilievo al diritto consuetudinario e giurisprudenziale, ha fatto ricorso a strumenti diversi da quelli tipici – quali la vendita di beni mobili con riserva di proprietà (§ 455 BGB) o il trasferimento in garanzia di crediti, o di beni mobili con costituito possessorio (§ 930 BGB) – che nelle loro forme c.d. "prolungate" ed "ampliate" ottengono il risultato di costituire una garanzia reale atipica senza spossessamento, per la quale non si pongono problemi di validità alla luce del divieto del patto commissorio (formalizzato anche nel sistema tedesco dai §§ 1149 e 1229 BGB in relazione alle ipoteche e al pegno, ma di fatto incapace di bloccare le alienazioni a scopo di garanzia sul piano operativo; per i riferimenti, in lingua italiana, si vedano M. Bussani, *Il problema del patto commissorio. Studio di diritto comparato*, I, Torino, 1999, pp. 81 ss.; A. Braun, *I trusts di garanzia in Germania*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 1, 2000, pp. 56 ss.; B. Cassandro Sulpasso, *La vendita con riserva di proprietà in diritto comparato*, in AA.VV., *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, Milano, 1991, pp. 781 ss.; Ead., *Comparazione giuridica ed uniformazione delle legislazioni: le garanzie mobiliari*, in questa *Rivista*, 1995, I, p. 573; A. Chianale, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, p. 218; F. Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 398; in particolare, per le note figure dell' *Eigentumsvorbehalt*, della *Sicherungsübertragung* e della *Sicherungsabtretung* vedi R. Serick, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, I–VI, Heidelberg, 1963–1986; Id., *Deutsche Mobiliarsicherheiten*, trad. it., *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco*, Milano, 1990; Id., *Freigabeklausen, Deckungsgrenze und Haftungsbegrenze*, in *Neue juristische*

Wochenschrift, 1997, pp. 1592 ss.; U. Drobniig, Sicherungsrechte im deutschen Konkursverfahren, in *RablesZ*, 1980, pp. 784 ss.; si rimanda altresì alle osservazioni di B. Rimmelspacher, in *Juristen Zeitung*, 1995, pp. 677 ss.; e di H. Weber, *ivi*, 1995, pp. 1181 ss.; in prospettiva comparatistica v. E.M. Kieninger, *Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt*, Baden–Baden, 1996).

Nel nostro sistema, al contrario, solo a fatica e con soluzione di continuità i trasferimenti a scopo di garanzia hanno potuto trovare spiragli di liceità: i nostri tribunali – seguendo un trend non sempre uniforme – sono stati piuttosto severi nel comminare una sanzione di nullità alle svariate figure giuridiche all’uopo utilizzate dalle parti, per lo più invocando la violazione del divieto del patto commissorio di cui all’art. 2744 c.c.

Come è noto l’art. 2744 – con il quale il codice civile del 1942 chiude il capo dedicato alle disposizioni generali in materia di responsabilità patrimoniale, cause di prelazione e conservazione della garanzia patrimoniale – sancisce la nullità del patto mediante il quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore, anche nel caso in cui il patto sia posteriore alla costituzione della garanzia reale tipica (c.d. patto commissorio ex intervallo). L’art. 1963 c.c. si esprime con lo stesso tenore in materia di anticresi (sulle origini del divieto del patto commissorio, nonché sui percorsi della recezione di esso all’interno del nostro attuale codice civile, C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, pp. 85 ss. e, dettagliatamente, M. Bussani, *Il problema del patto commissorio*, cit., pp. 167 ss.).

Per fornire un completo quadro di riferimento al problema della (in)validità delle alienazioni a scopo di garanzia è ora opportuno – prima di verificare le argomentazioni della dottrina – A) considerare quali siano le principali fattispecie di trasferimenti di diritti reali concretamente poste in essere nella prassi a scopo di sicurezza del credito, verificando al contempo quali siano gli argomenti utilizzati dalle corti in ordine all’ammissibilità delle stesse operazioni; B) esaminare, al fine di ottenere indicazioni utili a livello di sistema, le ragioni per cui talune figure (che con quelle appena ricordate presentano affinità funzionali o strutturali) sono riconosciute lecite dal formante legale, o ritenute tali dai formanti giurisprudenziale e dottrinale.

6. – Il primo dato che emerge dall’analisi dei casi giurisprudenziali in materia di alienazioni a scopo di garanzia è che quasi mai l’ipotesi prevista dalla lettera dell’art. 2744 c.c. – e cioè il patto di trasferimento in proprietà al creditore del bene ipotecato o dato a pegno sotto la condizione sospensiva del mancato pagamento del debito nel

termine convenuto – si è presentata come tale al vaglio dei tribunali. E' peraltro comprensibile che i privati si siano dimostrati sufficientemente accorti da non incorrere in dirette violazioni del precetto normativo in questione.

Vediamo quali sono invece le operazioni cui la prassi ha fatto capo in concreto.

a) Una prima figura di alienazione a scopo di garanzia è quella della vendita stipulata tra debitore (alienante) e creditore (acquirente) e sottoposta alla condizione sospensiva dell'inadempimento del debitore, fattispecie che coincide con l'ipotesi nota nella nostra letteratura sotto la dizione di patto commissorio autonomo, ossia svincolato da una costituzione di pegno o ipoteca, e pertanto non esplicitamente vietato dalla lettera dell'art. 2744 c.c.

La giurisprudenza si è costantemente espressa per la nullità di simili convenzioni a ragione del fatto che esse espleterebbero la stessa funzione giuridica ed economica del patto commissorio adietto al pegno o all'ipoteca; essa ha sempre ritenuto l'interpretazione del divieto – estesa oltre i limiti letterali di cui all'art. 2744 c.c. – come un principio non problematico e, generalmente, non bisognevole di particolare dimostrazione (si vedano Cass., 4 agosto 1950, n. 2373, in Giur. it., 1951, I, cc. 114 ss.; Cass., 31 marzo 1955, n. 956, in Rep. Foro it., 1955, voce “patto commissorio”, nn. 1–2; Cass., 30 luglio 1957, n. 3229, in Mass. Foro it., 1957, cc. 631; per gli ulteriori riferimenti giurisprudenziali v. C.M. Bianca, *Il divieto*, cit., p. 77 s., nt. 110 – 112).

b) In secondo luogo, di interesse primario si rivela essere il caso della vendita – sempre tra debitore (alienante) e creditore (acquirente) – ad effetti immediati, ma risolutivamente condizionata all'adempimento del debitore.

Questa fattispecie si è per lo più presentata al giudizio delle corti sotto le vesti di operazioni costituite da vendite con patto di riscatto o da compravendite con annesso patto di retrovendita.

L'orientamento tradizionale delle corti a lungo si è espresso nel senso della validità di tali trasferimenti immediatamente efficaci e l'affermazione di liceità veniva sostenuta con le seguenti argomentazioni: la vendita con patto di riscatto sarebbe solo analoga, ma non identica, al patto commissorio, poiché “la vendita trasferisce immediatamente la proprietà della cosa, mentre il patto commissorio la trasferisce solo in seguito ad inadempimento” del debito (Trib. Avellino, 10 settembre 1957, in *Temi Napoletana*, 1958, I, p. 223), ed inoltre il divieto del patto commissorio “non è applicabile, neppure in via analogica, alla vendita [...] a scopo di garanzia accompagnata dal pactum de retrovendendo, in quanto il patto commissorio si ha solo quando il trasferimento della proprietà è sottoposto alla condizione sospensiva della mancata restituzione della somma nel termine stabilito” (così si è espressa la Cass., 30 marzo 1967, n. 689, in

Giur. it., 1968, I, 1, c. 52; dello stesso tenore le motivazioni di Cass., 14 dicembre 1978, n. 5967, in Arch. civ., 1979, p. 462; Cass., 10 marzo 1979, n. 1493, in Rep. Giur. It., 1979, voce “Patto commissorio”, n. 4; Cass., 26 gennaio 1980, n. 642, in Arch. civ., 1980, p. 681; Cass., 29 aprile 1980, n. 2854, Rep. Giur. it., 1980, voce “Patto commissorio”, n. 1; Cass., 14 aprile 1981, n. 2245, ivi, 1981, voce “Vendita”, n. 73; Cass., 12 novembre 1982, n. 6005, ivi, 1982, voce “Patto commissorio”, n. 2; Cass., 6 giugno 1983, n. 3843, ivi, 1983, voce “Vendita”, n. 75; Cass., 18 aprile 1984, n. 2544, ivi, 1984, voce “Patto commissorio”, n. 4; Cass., 8 maggio 1984, n. 2795, ivi, 1984, voce “Vendita”, n. 51; Cass., 12 dicembre 1986, n. 7385, in Giur. it., 1988, I, 1, c. 1230).

Come risulta da tali pronunce, i giudici inizialmente adottavano un metro di giudizio basato su di un criterio c.d. strutturale o cronologico, incardinato cioè sul diverso momento del passaggio in proprietà del bene nell’ambito della convenzione tra le parti: se tale trasferimento era immediato, il patto era valido; se esso avveniva solo in seguito al verificarsi della condizione sospensiva (inadempimento del debitore), era nullo.

Con la decisione del 3 giugno 1983, n. 3800, cit., la Corte Suprema – mostrando di condividere autorevoli critiche dottrinali che erano state mosse al suo precedente orientamento (le si vedranno più chiaramente infra, sub n. 7, in materia di natura giuridica del patto commissorio; si noti come questa fu una delle poche occasioni in cui, in materia di responsabilità patrimoniale e garanzie reali, il formante dottrinale ha assunto un ruolo di guida degli sviluppi del dibattito giurisprudenziale) – inaugurava un nuovo indirizzo. Da quel momento, tutte le alienazioni a scopo di garanzia, anche se immediatamente traslative del diritto di proprietà, sono state giudicate nulle per violazione del divieto del patto commissorio e di conseguenza bandite dal nostro sistema (creando un viluppo di soluzioni che, discostandosi palesemente da quelle seguite da altri sistemi occidentali, anche di civil law, non ha mancato di destare perplessità nella più recente dottrina: per le ragioni di tali perplessità e per un esame dettagliato di quelle soluzioni, M. Bussani, *Il problema del patto commissorio*, cit., pp. 205 ss.). Statuisce infatti la Cassazione in questa pronuncia che la vendita con patto di riscatto o sotto condizione risolutiva, così come la vendita con pactum de retrovendendo o de retroemendo, se intercorse tra debitore e creditore allo scopo di costituire una garanzia reale a favore di quest’ultimo, sarebbero caratterizzate dallo scopo di garanzia esattamente come le vendite sottoposte condizione sospensiva. A partire da questa decisione – anticipata in verità da isolate pronunce precedenti (Cass., 10 febbraio 1961, n. 288, in Foro it., 1961, I, c. 1155; Cass., 1 febbraio 1974, n. 282, in Giur. it., 1974, I, c. 1024) – il criterio rilevante per la Suprema Corte ai fini della qualificazione dell’operazione non è più quello del momento del trasferimento del

diritto (criterio strutturale), bensì quello dello scopo pratico attuato dalle parti in concreto mediante il ricorso a qualsivoglia schema giuridico (criterio c.d. funzionale).

Non sempre univoche sono poi state le scelte dalla S.C. in ordine alle tecniche utilizzabili per pronunciare la nullità delle figure in questione. Mentre la nullità dell'alienazione risolutivamente condizionata sancita da Cass. 3 giugno 1983, n. 3800 poggiava sulla "frode al divieto del patto commissorio" attraverso la realizzazione di un "procedimento simulatorio", quella dichiarata dalla medesima Corte nella decisione del 6 dicembre 1983, n. 7271 (in Foro it., 1984, I, c. 426; Giur. it., 1984, I, 1, c. 1698; Quadrim., 1984, p. 347; Riv. it. leasing, 1985, p. 136) si esprimeva nei termini più innovativi di una violazione diretta della norma in questione (in effetti già nell'ambito dell'orientamento precedente i tribunali comminavano la nullità delle alienazioni risolutivamente condizionate per il caso di simulazione; tra le successive sentenze della Suprema Corte, che si uniformano a Cass., 3 giugno 1983, n. 3800 e riprendono il riferimento alla simulazione, si segnalano: Cass., 3 novembre 1984, n. 5569, in Riv. it. leasing, 1985, p. 469; Cass., 3 novembre 1984, n. 5570, in Giur. it. Mass., 1984; Cass., 5 agosto 1985, n. 4387, *ivi*, 1985; Cass., 6 dicembre 1986, n. 7260, in Riv. it. leasing, 1987, p. 711).

L'orientamento giurisprudenziale apertosi con il revirement del 1983 si consolidava definitivamente solo in seguito all'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione nel 1989, che consentiva di superare i contrasti di vedute che si erano registrati tra le diverse Sezioni della stessa. Difatti Cass., 12 dicembre 1986, n. 7385, in Riv. it. leasing, 1986, p. 665; Corr. giur., 1987, p. 287; Foro it., 1987, I, c. 799; Cass., 8 maggio 1984, n. 2795 e Cass., 22 gennaio 1985, n. 242, in Riv. notar., 1985, II, p. 1352 – probabilmente a causa delle incertezze suscitate dalle motivazioni delle recenti pronunce che si appoggiavano all'istituto della simulazione – erano ritornate all'orientamento precedente, argomentando a favore di un'interpretazione letterale dell'art. 2744 c.c., in base alla quale i trasferimenti immediati non potevano ricomprendersi nell'ambito applicativo di tale norma.

Tra il 1987 ed il 1988 altre pronunce recuperavano il criterio funzionale: non avrebbe rilevanza, per l'applicabilità del divieto del patto commissorio, il fatto "che la definitiva attribuzione della proprietà al mutuante si realizzi con il consolidamento irreversibile degli effetti traslativi già soltanto in via provvisoria anticipati o con l'irrevocabile prodursi di tali effetti" (Cass., 18 maggio 1988, n. 3462, in Nuova giur. civ. comm., 1989, I, p. 283, con nota di commento di M. Bussani; si vedano anche Cass., 16 aprile 1987, n. 3784 in Riv. it. leasing, 1987, p. 711; Cass., 11 gennaio 1988, n. 46, in Foro it., 1988, I, c. 387; in Riv. it. leasing, 1, 1989, p. 183).

Così, Cass. S.U., 3 aprile 1989, n. 1611 (in *Corr. Giur.* 1989, p. 522; *Foro it.* 1989, I, c. 1428; *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, p. 357; *Riv. notar.*, 1989, p. 890), seguita a brevissima distanza da Cass. S.U., 21 aprile 1989, n. 1907 (in *Foro it.*, 1990, I, c. 205), ribadiva l'adesione al criterio funzionale stabilito dal revirement del 1983 ed oggi prevalente. Secondo la prima di queste decisioni, una volta individuata la ratio del divieto del patto commissorio nella tutela del debitore dalle coartazioni morali del creditore e nel rispetto del principio della par condicio creditorum, ne consegue la nullità di tutte le alienazioni in garanzia, a prescindere dal momento del trasferimento del diritto e quindi dalla struttura negoziale prescelta (tra le successive pronunce della Cassazione a sezioni semplici, conformi all'orientamento delle S.U., si vedano: Cass., 27 febbraio 1991, n. 2126, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, c. 136; in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 3167; Cass., 27 settembre 1994, n. 7878, in *Contratti*, 1995, p. 271; in *Foro it.*, 1995, I, c. 1227; in *Notariato*, 1995, p. 225; in *Riv. notar.*, 1995, II, p. 1004; Cass., 28 settembre 1994, n. 7890, in *Corr. giur.*, 1995, p. 60, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1227; Cass., 13 dicembre 1994, n. 10648, in *Massim. Cass. Civ.*, 1994; Cass., 4 marzo 1996, n. 1657, in *Giur. it. Mass.*, 1996; Cass., 4 novembre 1996, n. 9540, in *Riv. notar.*, 1998, pp. 1013 ss., con nota di P. De Martinis; Cass., 10 febbraio 1997, n. 1233, in *Riv. notar.*, 1998, pp. 299 ss., con nota di V. Gammone; in *Notariato*, 1998, pp. 142 ss., con nota di A. De Rosa; Cass., 11 febbraio 1998, n. 1396, in *Riv. notar.*, 1998, pp. 745 ss.)

c) Anche la possibilità di raggiungere fini di garanzia mediante la stipula di un mutuo con contestuale promessa di vendita di un bene per il caso di inadempimento dell'obbligo di restituzione ex mutuo – ipotesi nota sotto la dizione di patto commissorio obbligatorio – viene respinta dalla giurisprudenza e dalla dottrina prevalente. Da un lato – si dice – la combinazione contrattuale in oggetto presenta lo stesso contenuto di quella vietata; dall'altro – si aggiunge – nella promessa di vendita, in seguito all'inadempimento dell'obbligazione, resta possibile per il creditore esperire il rimedio di cui all'art. 2932 c.c. ed ottenere piena soddisfazione del suo diritto attraverso una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso (per la giurisprudenza si vedano: *App. Venezia*, 5 settembre 1916, in *Riv. dir. comm.*, 1817, II, p. 706; *App. Bari*, 15 dicembre 1955, in *Foro it.*, 1956, I, c. 1598; Cass., 24 giugno 1957, n. 2402, in *Giur. it.*, 1958, I, 1, c. 463; in *Riv. dir. comm.*, 1958, II, p. 180 con nota di F. Dalmazzo; in *Giust. civ.*, 1957, I, p. 1960, con nota di R. Granata; in *Foro pad.*, 1957, I, c. 766, con nota di G. Stolffi; *Trib. Firenze*, 15 giugno 1966, in *Giur. it.*, 1967, I, 2, c. 508; *Trib. Savona*, 31 dicembre 1980, in *Giur. mer.*, 1981, I, p. 599; Cass., 12 novembre 1982, n. 6005, in *Giur. it. Mass.*, 1982, 1438; Cass., 9 giugno 1986, n. 3815, in *Giur. it. Mass.*, 1986, 649; *Trib. Terni*, 12 gennaio 1993, in *Riv. giur. umbra*, 1993, p. 357; Cass., 16 agosto 1990, n. 8325, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, c. 1208; Cass., 19 settembre 1992, n. 10749, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 3055; lungo la stessa linea la

dottrina: C.M. Bianca, *Il divieto*, cit., pp. 177 ss.; M. Fragali, *Del mutuo*, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja–G. Branca, artt. 1813–1822, II ed., Bologna–Roma, 1966, pp. 231 ss., 249; U. Carnevali, *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, pp. 499 ss., 505; dissente G. Stolfi, *Promessa di vendita a patto commissorio*, in *Foro pad.*, 1957, I, c. 767 per il quale nel patto commissorio obbligatorio manca l'automatico trasferimento del diritto che sarebbe presupposto dell'art. 2744 c.c.).

d) Un ulteriore schema contrattuale presentatosi al vaglio delle corti consiste in un mandato a vendere l'immobile da eseguirsi nel caso di mancato adempimento dell'obbligazione. Questa ipotesi è considerata valida dalla giurisprudenza, che ne sottolinea la diversità strutturale con il patto commissorio: l'immobile non passerebbe al creditore in conseguenza dell'inadempimento, ma verrebbe alienato a terzi nell'esecuzione di un mandato da compiersi con la diligenza del buon padre di famiglia. Inoltre, il prezzo dell'alienazione eventualmente eseguitasi non sarebbe predeterminato ex tunc in relazione alla somma mutuata, bensì ex nunc in base al valore di mercato del bene al momento della compravendita stessa (Cass., 11 dicembre 1956, n. 4406, in *Giust. civ.*, 1957, 1, p. 627 ed in *Foro pad.*, 1958, I, c. 435, con nota di C.M. Bianca; Trib. Roma, 24 marzo 1969, in *Dir. fall.*, 1969, II, p. 468; Cass., 5 febbraio 1979, n. 766, in *Riv. notar.*, 1979, p. 619; si esprime invece per la nullità della procura a vendere un immobile rilasciata dal debitore al creditore – sempre che essa sia funzionalmente connessa con un rapporto di mutuo – Cass., 1 giugno 1993, n. 6112, in *Mass.*, 1993).

La dottrina maggioritaria (C.M. Bianca, *Il divieto*, cit., Milano, 1957, pp. 187 ss.; M. Fragali, *Del mutuo*, cit., p. 250; M. Iacuniello Bruggi, *Patto commissorio*, in *Enc. giur.*, 1990, Roma, p. 7) ha individuato nel mandato a vendere conferito al creditore un'ammissibile deroga alle procedure di espropriazione forzata previste dalla legge; in particolare – si sostiene – il mandato in rem propriam al creditore a liquidare l'immobile avrebbe il pregio di evitare la sproporzione tra garanzia e credito, mantenendo integre al contempo le ragioni della par condicio creditorum: il creditore ha infatti diritto di soddisfarsi sul ricavato del prezzo, ma è tenuto a restituirne l'eccedenza al debitore (R. Genghini, *Patto commissorio e procura a vendere*, in *Contr. e impr.*, 1, 1995, pp. 260 ss., 285; contra V. Andrioli, *Divieto del patto commissorio*, in *Comm. cod.civ.* a cura di A. Scialoja–G. Branca, artt. 2740–2899, II ed., Bologna–Roma, 1955, pp. 51 ss., 57; C.M. Pratis, *Della tutela dei diritti*, t. 2, in *Comm. c.c.*, Torino, 1976, pp. 89 ss., 110, e P. De Martinis, *Estensione del divieto del patto commissorio a fattispecie procedurali*, nota a Cass., 4 novembre 1996, n. 9540, in *Riv. notar.*, 1998, pp. 1022 ss., 1025, per il caso in cui non sia previsto l'obbligo di rendiconto in capo al creditore–mandatario).

e) Maggiormente controversa risulta invece l'ipotesi della vendita del bene a scopo di garanzia operata da un terzo (garante di un debito altrui). Si sono espresse nel senso della nullità di tale convenzione per violazione del divieto del patto commissorio: Cass., 3 giugno 1983, n. 3800, cit. supra, e Cass., 16 agosto 1990, n. 8325, in Giur. it., 1991, I, 1, c. 1208. Al contrario, ha sostenuto che nel caso in esame si è al di fuori della ratio del divieto del patto commissorio, in quanto non ricorrono le esigenze di tutela dei debitori o della par condicio creditorum: Cass., 12 febbraio 1993, n. 1787, in Giur. it., 1994, I, 1, c. 64, con nota dissenziente di A. Morace Pinnelli, Trasferimento a scopo di garanzia da parte del terzo e divieto del patto commissorio. La dottrina prevalente è comunque orientata verso la nullità di tali fattispecie, in quanto anche in tali ipotesi ricorrerebbero le ragioni giustificatrici del divieto del patto commissorio. Esso, quale norma di risultato, sarebbe posto non solo a tutela del debitore – si dice –, ma più in generale a tutela del soggetto esposto ad una responsabilità patrimoniale e quindi (anche) del proprietario del bene oggetto del trasferimento a scopo di garanzia (V. Lojacono, *Il patto commissorio*, cit., p. 40; V. Andrioli, *Divieto del patto commissorio*, cit., p. 54; tale orientamento è ribadito da ultimo da Cass., 29 agosto 1998, n. 8624, in *Foro it.*, 1999, I, cc. 175 ss., con nota di Alb. Candian, *Appunti dubbiosi sulla "ratio" del divieto di patto commissorio*; ed in *Guida al dir.*, fasc. 38, 1998, pp. 70 ss., con nota adesiva di M. Pagliai).

f) Ancora, è noto come la giurisprudenza – appoggiata sul punto dalla dottrina – non abbia mai dubitato della validità del c.d. patto marciano, cioè di quella convenzione in base alla quale in caso di inadempimento il bene passa in proprietà del creditore, ma previa stima da eseguirsi da un terzo al momento dell'inadempimento e con l'eventuale obbligo, in capo al creditore, di restituire al debitore l'eccedenza tra il valore del bene e l'importo del credito. Tale giudizio positivo è dovuto – secondo i giudici – sia alla mancata predeterminazione del prezzo dell'alienazione in funzione dell'importo del credito, sia alla possibilità di controllarne l'equilibrio tra le prestazioni mercé l'obbligo di restituzione del supero al debitore (Cass. Napoli, 9 gennaio 1904, in *Foro it.*, 1904, I, c. 342; Cass. Palermo, 12 febbraio 1910, in *Giur. it.*, 1910, I, c. 412; Cass., 27 novembre 1951, n. 2696, in *Foro it.*, 1952, I, c. 11 con nota adesiva di M. Elia; Cass., 21 luglio 1956, n. 2828, in *Foro it. Mass.*, 1956, 518; App. Trento, 18 febbraio 1975, in *Giur. mer.*, 1975, I, 424). Nello stesso senso si è pronunciata la dottrina (V. Lojacono, *Il patto commissorio*, cit., p. 71 s.; C.M. Bianca, *Il divieto*, cit. p. 202 ss.; M. Fragali, *Del mutuo*, cit., p. 255 ss.; C. Varrone, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli, 1968, p. 80; U. Carnevali, *Patto commissorio*, cit., p. 505; V. Mariconda, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, in *Foro it.*, I, cc. 1428 ss., 1435; F. Anelli, *L'alienazione in garanzia*, Milano, 1996, p. 469; M. Bussani, *Patto commissorio, proprietà e mercato. Appunti per una ricerca*, cit., pp. 113 ss., 125 ss.;

G.F. Minniti, Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia, in Riv. dir. comm., 1997, I, pp. 29 ss.). Secondo la puntuale ricostruzione del Bianca (op. ult. cit., p. 220) il fondamento della liceità del patto marciano consiste nel fatto che, mentre nel patto commissorio l'equivalenza tra importo del debito garantito e valore del bene è solo eventuale, nel patto marciano essa assurge a contenuto tipico del contratto andando ad integrare un vero diritto del debitore alla restituzione dell'eccedenza.

g) La disamina di fattispecie giurisprudenziali va infine completata tenendo a mente la presenza, nel nostro ordinamento, di una serie di ipotesi le quali, se valutate astrattamente, ben potrebbero ricadere nell'ambito del divieto del patto commissorio, poiché realizzano il passaggio della proprietà di beni o diritti al creditore in conseguenza dell'inadempimento del debitore e presentano affinità funzionali e/o strutturali con il patto commissorio vietato. Di fatto tali figure non sono però colpite dalla nullità di cui all'art. 2744 c.c., per via della presenza nel sistema di norme che ne riconoscono espressamente la liceità.

Il richiamo corre innanzitutto al pegno irregolare a garanzia di un'anticipazione bancaria, regolato dall'art. 1851 c.c., ove si stabilisce che la banca creditrice debba restituire al debitore solo la somma, o quella parte di merci o titoli, eccedenti l'ammontare dei crediti garantiti (si confrontino sul punto Cass., 20 ottobre 1994, n. 8571, in Corr. giur., 1995, p. 223; in Dir. Fall., 1995, II, p. 233; per la dottrina sul pegno irregolare si rimanda, in generale, a D. Vittoria, Pegno. II) Pegno irregolare, in Enc. giur., XXII, Roma, 1990). Nella stessa prospettiva vale la pena di menzionare le ipotesi di c.d. "autotutela esecutiva" del creditore (G. Bongiorno, L'autotutela esecutiva, Milano, 1984, pp. 128 ss., pp. 141 ss.), come quelle di cui agli artt. 2803 e 2804 c.c. in materia di pegno di crediti, ove si prevede la possibilità che il creditore garantito riscuota il credito pignorato alla sua scadenza e trattenga la somma necessaria al soddisfacimento delle sue ragioni, previa restituzione dell'eventuale residuo al debitore; o ancora quella di cui agli artt. 2796 e 2797 c.c., in base alla quale le parti sono libere di concordare "forme diverse" per la vendita della cosa mobile pignorata (G. Gorla-P. Zanelli, Del pegno. Delle ipoteche, Artt. 2784-2899, in Comm. cod. civ. a cura di A. Sialoja-G. Branca, 4a ed., Bologna-Roma, 1992, pp. 133 ss.); ed infine, lungo il medesimo percorso, si può pensare agli artt. 1500 ss. c.c. che autorizzano la vendita con patto di riscatto (per i limiti entro i quali è possibile parlare di scopo di garanzia nella vendita con patto di riscatto si veda C.M. Bianca, Il divieto, cit., pp. 306 ss.).

Se ci si interroga su quale sia l'elemento che accomuna tali varie fattispecie e che è necessario e sufficiente per consegnarle ad una valutazione di liceità da parte dell'ordinamento, si è portati a concludere che il proprium di queste figure sia determinato dall'assenza di un (o dalla facile controllabilità del) pericolo di sproporzione tra le prestazioni a svantaggio del debitore (M. Bussani, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 217; sul punto del combinarsi del principio di universalità della responsabilità patrimoniale con quello di proporzionalità o adeguatezza si veda E. Roppo, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., pp. 383 ss.).

7. – La dottrina a lungo ed ampiamente si è soffermata sulle alienazioni a scopo di garanzia, indagando in particolare i profili relativi alla ratio e conseguentemente all'ambito applicativo del divieto di cui all'art. 2744 c.c., il costante appiglio normativo contro la liceità di questa categoria di garanzie atipiche.

La letteratura in materia di patto commissorio e trasferimenti in garanzia è difatti sterminata. Le principali opere a carattere monografico sono: C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957; F. Anelli, *L'alienazione in garanzia*, cit.; in prospettiva comparatistica, M. Bussani, *Il problema del patto commissorio*, cit.; A. Sassi, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999. Si vedano poi V. Lojacono, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, 1952; C. Varrone, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli, 1968; F. Gigliotti, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Napoli, 1998. Tra le opere a carattere più generale, che comunque si occupano anche del patto commissorio, si vedano: V. Andrioli, *Divieto del patto commissorio*, in *Comm. cod.civ.* a cura di A. Scialoja–G. Branca, artt. 2740–2899, II ed., Bologna–Roma, 1955, pp. 51 ss.; M. D'Amelio, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale: disposizioni generali*, in *Comm. D'Amelio–Finzi, libro Della tutela dei diritti*, Firenze, 1943, pp. 450 ss.; M. Fragali, *Del mutuo*, in *Comm. cod.civ.* a cura di A. Scialoja–G. Branca, artt. 1813–1822, II ed., Bologna–Roma, 1966, pp. 231 ss.; D. Rubino, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* diretto da A. Cicu–F. Messineo, II ed., rist., Milano, 1971, pp. 1025 ss.; C.M. Bianca, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ. it.* diretto da F. Vassalli, VII, t. I, Torino, 1972, pp. 608 ss.; C.M. Pratis, *Della tutela dei diritti*, t. 2, in *Comm. c.c.*, Torino, 1976, pp. 89 ss.; A. Luminoso, *La vendita con riscatto*, in *Comm. cod. civ.* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1987; L. Barbiera, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, Artt. 2740–2744, in *Il Codice Civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1991, pp. 206 ss.; si vedano altresì: C.M. Bianca, *Patto commissorio*, in *Nss. D.I.*, XVI, 1965, pp. 711 ss.; U. Carnevali, *Patto commissorio*, cit., pp. 499 ss.; M. Di Paolo, *Patto commissorio*, in *Dig. IV, Disc. Priv., Sez. Civ.*, Torino, 1995, pp. 309 ss.; M. Iacuniello

Bruggi, Patto commissorio, in Enc. giur., Roma, 1990; U. Morello, Negozio giuridico. III) Negozio fiduciario, in Enc. giur., XX, Roma, 1990, p. 7; Id., Negozio giuridico. VI) Negozio in frode alla legge, in Enc. giur., XX, Roma, 1990, p. 9; Id., Frode alla legge, in Dig. IV, Disc. Priv., Sez. civ., VIII, 1992, pp. 501 ss.; G. Scalfi, Negozio giuridico. V) Negozio indiretto, in Enc. giur., XX, Roma, 1990, pp. 5–7. Tra i contributi apparsi sulle riviste nel periodo precedente il revirement del 1983 si segnalano solo i principali: C.M. Bianca, Forme tipiche di vendita e violazione del divieto del patto commissorio nell'alienazione in garanzia ad effetto traslativo immediato, in Foro pad., 1961, I, c. 49; Id., Vendita con patto di riscatto e alienazione in garanzia, in Foro pad., 1969, I, c. 1239; A. Biscardi, La "lex commissoria" nel sistema delle garanzie reali, in Studi in onore di E. Betti, II, Milano, 1962, p. 575; A. Butera, Patto commissorio e mutuo semplice, in Foro it., 1943, I, c. 410; F. Cernelutti, Mutuo pignoratorio e vendita con clausola di riscatto, in Riv. dir. proc., 1946, II, p. 156; A. De Martini, Il concetto di negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia, in Giur. it., 1946, I, 3, c. 321; M. Ferrari, Vendita a scopo di garanzia e patto commissorio, in Giur. it., 1951, I, 1, c. 799; G. Ingrassia, La efficacia del divieto del patto commissorio, in Nuovo dir., 1949, p. 441; T. Mancini, Vendita con patto di riscatto e nullità ex art. 2744 codice civile, in Foro it., 1966, I, c. 1118; U. Miele, Sul patto commissorio immobiliare, in Riv. dir. comm., 1946, II, p. 65; Id., Distinzione fra negozio fiduciario e negozio simulato, in Giur. compl. cass. civ., 1953, I, p. 265; E. Ondei, Vendite elusive del divieto del patto commissorio, in Temi, 1970, p. 34; S. Pugliatti, Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1950, p. 298; G. Pugliese, Nullità del patto commissorio e vendita con patto di riscatto, in Giur. compl. cass. civ., 1945, I, p. 156; Id., Ancora sul divieto del patto commissorio in relazione alla vendita con patto di riscatto, ivi, 1946, I, p. 87; Id., Nuovo orientamento giurisprudenziale in tema di patto di riscatto, in Foro it., 1947, I, c. 813; Id., Particolari profili della vendita a scopo di garanzia, in Foro it., 1951, I, c. 573; Id., Intorno alla validità della vendita a scopo di garanzia, in questa Rivista, 1955, p. 1064; E. Roppo, Note sopra il divieto del patto commissorio, in Riv. not., 1981, pp. 398 ss. Tra gli articoli dottrinali successivi al 1983: G. Amato, Ancora sul patto commissorio e sulla vendita a scopo di garanzia, in Giust. civ., 1984, I, p. 1899; M. Avancini, Patto commissorio e scelta tra pagamento del debito e trasferimento del bene, in Contr., 1998, 1, pp. 92 ss.; G. Azzariti, Principi innovativi sul patto commissorio, in Giust. civ., 1983, I, p. 2953; C.M. Bianca, Il divieto del patto commissorio: un passo indietro della Cassazione, in questa Rivista, 1987, II, p. 117; M. Bin, Singoli contratti, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1991, pp. 959 ss.; M. Bussani, Coesistenza di vendita e mutuo, in Nuova giur. civ. comm., 1989, I, p. 285; P. Carbone, Nullità. Rilevabilità d'ufficio. Vendita. Patto di riscatto. Divieto del patto commissorio, in Nuova giur. civ. comm., 1989, I, p. 348; M. Costanza, Sulle alienazioni in garanzia

e il divieto del patto commissorio, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 1824; M. G. Cubeddu, *Patto commissorio e vendita con patto di riscatto: la risposta delle Sezioni Unite*, in questa *Rivista*, 1990, II, pp. 615 ss.; M. Danusso, *Patto commissorio e vendita a scopo di garanzia*, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 1648; S. D'Ercole, *Sull'alienazione in garanzia*, in *Contr. e impr.*, 1995, pp. 228 ss.; R. Genghini, *Patto commissorio e procura a vendere*, *cit.*, pp. 260 ss.; A. Luminoso, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in questa *Rivista*, 1990, I, pp. 219 ss.; V. Mariconda, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1428; G. Oberto, *Vendita con patto di riscatto, divieto del patto commissorio e contratto di lease-back*, in *Quadrim.*, 1984, pp. 347 ss.; F. Relamonte, *Le garanzie immobiliari*, in *Jus*, 1986, p. 16; Id., *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1440; M. Rosnati, *Alienazioni in garanzia e patto commissorio*, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 1698; E. Roppo, *Patto di riscatto. Patto commissorio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, p. 97; G. Valcavi, *Intorno al divieto del patto commissorio, alla vendita simulata a scopo di garanzia ed al negozio fiduciario*, in *Foro it.*, 1990, I, c. 205.

Le soluzioni correnti nel dibattito dottrinale in ordine alla nozione ed ai contenuti del patto commissorio possono essere riassunte nel modo che segue. La prima è ricavata dall'interpretazione 'estesa' della lettera dell'art. 2744 c.c. (a proposito della parzialmente diversa formulazione del divieto nel codice civile del 1865, e dei problemi interpretativi da essa scaturenti, sempre relativi all'opportunità di un'interpretazione estensiva della norma in questione, si vedano: C.M. Bianca, *Il divieto cit.*, pp. 79 ss.; M. Bussani, *Il problema del patto commissorio, cit.*, pp. 168 ss.). I contenuti del divieto sono quelli che abbiamo visto essere fatti propri anche dalla giurisprudenza: sostanzialmente, è essenziale l'esistenza di un'obbligazione, l'inadempimento della quale porterà al passaggio definitivo della proprietà del bene; pertanto laddove si accerti che l'obbligazione sia stata estinta al momento della vendita, l'art. 2744 c.c. sarà inapplicabile (Cass., 8 gennaio 1972, n. 40, in *Giur. it. Mass.*, 1972, 16; M. Iacuniello Bruggi, *Patto commissorio, cit.*, p. 2).

Più in particolare, in punto di individuazione della natura giuridica del patto commissorio, autorevole dottrina (C.M. Bianca, *Il divieto, cit.*, pp. 114 ss., 117, 300–303) insegna trattarsi precisamente di alienazione condizionata, che assicura al creditore una soddisfazione secondaria del suo diritto rimasto inadempito e pertanto svolge una funzione di garanzia, ben diversa ed incompatibile con la funzione di scambio tipica della compravendita. Ed infatti nei trasferimenti a scopo di garanzia – che la nostra giurisprudenza, prima di accogliere la ricostruzione dell'A. qui citato, conosceva sotto la dizione di compravendite a scopo di garanzia – mancherebbe il prezzo, elemento essenziale per la configurabilità di una causa vendendi. Il prezzo, nel

caso di trasferimento con scopo di garanzia reale atipica, coinciderebbe con l'ammontare dell'obbligazione garantita, e l'intento pratico realizzato dalle parti, ossia il fine di garanzia, assumerebbe a tal punto autonomo rilievo da sollevarsi dal piano dei semplici motivi per assurgere al rango di causa dell'operazione; proprio per questo profilo di diversità causale tra le due fattispecie, l'A. propone la più corretta dizione di "alienazione" in luogo di quella di "compravendita" a scopo di garanzia; la presenza o l'assenza di un termine di scadenza dell'obbligazione, non è ritenuta essenziale ai fini dell'individuazione del patto commissorio vietato: Cass., 11 marzo 1954, n. 696, in Giust. civ., 1954, p. 519 e Cass., 3 giugno 1983, n. 3800, cit., così è stato ritenuto nullo anche il patto commissorio adietto ad un mutuo che non prevede il termine per la restituzione della somma mutuata: C.M. Pratis, *Della tutela dei diritti*, cit., p. 97; nella stessa prospettiva non è reputata necessaria l'individuazione dell'ammontare della somma oggetto del mutuo, essendo questo un aspetto che non incide sul profilo della sussistenza del debito: per un esame più approfondito di tali aspetti si rimanda a M. Iacuniello Bruggi, *Patto commissorio*, cit., pp. 1–2; sugli elementi essenziali del patto commissorio si veda anche M. Avancini, *Patto commissorio e scelta tra pagamento del debito e trasferimento del bene*, cit., p. 92 s., in particolare, per i rapporti tra obbligazione alternativa, obbligazione con facoltà alternativa e patto commissorio; secondo la dottrina, poi, la prestazione oggetto del patto commissorio non va intesa solo come trasferimento della "proprietà" del bene, ma anche come trasferimento della titolarità di del diritto gravato dalla garanzia, sia esso usufrutto, enfiteusi, diritto di superficie, e così via; si vedano V. Andrioli, *Divieto del patto commissorio*, cit., p. 55; E. Roppo, *Note sopra il divieto del patto commissorio*, cit., p. 399; M. Iacuniello Bruggi, *Patto commissorio* cit., p. 2; quanto alla posizione dottrinale in ordine al trasferimento in garanzia del bene di un terzo si rimanda a quanto detto sopra, sub n. 6 e). E' questa una teoria che – come già si è visto – ha riscosso notevoli adesioni, anche giurisprudenziali, tanto da essere oggi quella largamente prevalente.

Nondimeno, chiunque si accosti ai numerosi contributi dottrinali in merito alla ratio del divieto del patto commissorio non potrà mancare di notare come le diverse soluzioni proposte siano indice di un dato tanto inconfutabile quanto pregnante di significato: quello della mancanza, a tutt'oggi, dell'individuazione di una ratio certa della proscrizione di cui all'art. 2744 c.c., di una ratio cioè che sia in grado di imporsi univocamente a tutti gli interpreti (v. anche V. Mariconda, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, cit., c. 1439; M. Bin, *Singoli contratti*, cit., pp. 959 ss.).

La letteratura offre un vario ed ormai ampiamente noto panorama di interpretazioni teleologiche della norma al centro del dibattito. Se ne ricorderanno le principali.

L'opinione tradizionale – risalente al diritto romano e mantenutasi costante nell'età del diritto comune (per questi profili e per i riferimenti agli Autori di diritto comune si veda C.M. Bianca, *Il divieto*, cit., p. 205, ntt. 28–31) – individua la ratio dell'art. 2744 c.c. nella necessità di proteggere il debitore, parte debole del rapporto obbligatorio dalle pressioni, anche morali, del creditore che aspira ad ottenere la proprietà del bene, nonché dal pericolo di sproporzione – tra valore del bene ed importo del credito – sproporzione che si ritiene insita presuntivamente nel patto commissorio, talvolta sino al raggiungimento di connotazioni usurarie (V. Lojacono, *Il patto commissorio* cit., pp. 36 ss.; si veda anche la Relazione al Re, n. 1127; D. Rubino, *La compravendita*, cit., p. 1027; A. Luminoso, *La vendita con riscatto*, cit., p. 240 s.; A.C. Pelosi, *Lease-back, divieto del patto commissorio ed elusione fiscale*, in *Riv. it. leasing*, 1989, pp. 485 s.). A questa ricostruzione del fondamento della norma sono state mosse critiche da parte di quegli Autori (come il C.M. Bianca, *Il divieto*, cit., pp. 204 ss., 208 ss.; V. Andrioli, *Divieto del patto commissorio*, cit., p. 53; C. Varrone, *Il trasferimento* cit., pp. 51 ss.) i quali obiettano che la sanzione di nullità appare un rimedio eccessivo per essere dettata solo dall'esigenza di proteggere il debitore da una convenzione che – si sottolinea – solo talvolta, ma non necessariamente ogni volta, può presentarsi svantaggiosa per quest'ultimo. A tal fine infatti si osserva il nostro ordinamento conosce i rimedi meno gravi dell'azione di annullamento (artt. 1441 ss. c.c.) o dell'azione di rescissione (artt. 1447 ss. c.c.). Un'altra teoria risalente al periodo di vigenza del codice abrogato scorge la base del divieto del patto commissorio in un generale principio di inderogabilità delle procedure giudiziali da parte dell'autonomia privata, principio che vieterebbe l'autotutela esecutiva nel nostro ordinamento (è la tesi di E. Betti, *Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, pp. 689 ss., 699 s.; si vedano anche U. Miele, *Sul patto commissorio immobiliare*, cit., pp. 69 ss.; Id., *Distinzione fra negozio fiduciario e negozio simulato*, cit., p. 267; M. Fragali, *Del mutuo*, cit., p. 254).

A tale ricostruzione è stato facilmente eccepito che il sistema non sancisce espressamente alcun principio di inderogabilità delle procedure esecutive ("l'esistenza di un siffatto principio generale non è stata dimostrata in modo convincente": U. Carnevali, *Patto commissorio*, cit., p. 501). La dottrina non ha difficoltà ad ammettere che il sistema conosce una sorta di ostilità "a tutte quelle forme di autotutela diverse dai tipi legalmente autorizzati e, in particolare, all'assoggettamento convenzionale del debitore al potere del creditore di conseguire direttamente con la propria azione il bene dovuto, senza ricorrere agli organi giurisdizionali, come avviene per il patto commissorio, vietato appunto per evitare che il creditore possa soddisfarsi d'autorità, commettendo abusi o speculando in danno di un altro soggetto, sia pure consenziente"

(G. Bongiorno, *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984, p. 98). Tuttavia, la stessa dottrina, non solo ha riconosciuto che "l'autotutela esecutiva consensuale è ufficialmente ammessa dal nostro ordinamento soltanto nelle forme della compensazione volontaria, della cessione dei beni e dell'anticresi" (ivi), ma ha anche ammesso la possibilità di un'interpretazione estensiva delle (eccezionali) ipotesi in cui all'interessato è consentito provvedere direttamente alla propria difesa privata, in virtù delle esigenze connesse alla progressiva evoluzione dei rapporti sociali e commerciali, come avviene per i finanziamenti concessi dagli istituti di credito, per i quali è necessario apprestare mezzi che assicurino al creditore la realizzazione delle proprie pretese per via di autotutela consensuale (G. Bongiorno, *op. cit.*, p. 98 s.).

Il riferimento che ricorre maggiormente nella dottrina che critica una lettura della ratio del divieto centrata sull'inderogabilità delle procedure esecutive (C.M. Bianca, *Il divieto cit.*, pp. 187 ss.; C. Varrone, *Il trasferimento cit.*, pp. 57 ss.) va proprio agli artt. 1977 ss. c.c., ove è disciplinato il contratto di cessione dei beni ai creditori, mediante il quale il debitore può conferire mandato irrevocabile ai creditori per la liquidazione di tutte o alcune delle sue attività, in modo che essi possano trarre dal ricavato la soddisfazione delle proprie ragioni, evitando così il ricorso agli organi dell'esecuzione (in merito alla cessione dei beni ai creditori si vedano, in generale: R. Miccio, *Cessione dei beni ai creditori*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, pp. 384 ss.; S. Sotgia, *La cessione dei beni ai creditori*, Torino, 1957; Id., *Cessione dei beni ai creditori*, in *Nss.D.I.*, III, Torino, 1965, pp. 141 ss.; F. Vassalli, *La cessione dei beni ai creditori*, in *Tratt. dir. priv. diretto da P. Rescigno*, XIII, Torino, 1985, pp. 397 ss.; G. Iudica, *Cessione dei beni ai creditori*, in *Dig. IV, Disc. priv., Sez. civ.*, II, Torino, 1988, pp. 279 ss.).

Una tesi più recente – largamente condivisa soprattutto sotto il nuovo codice – ritiene che il divieto in parola poggi sulla necessità di protezione delle ragioni degli altri creditori sul patrimonio del debitore, patrimonio che costituisce la loro garanzia comune ex art. 2740 c.c.: il creditore garantito dal patto commissorio sarebbe titolare di una inammissibile prelazione atipica (si vedano F. Carnelutti, *Mutuo pignoratizio e vendita con clausola di riscatto*, cit., p. 159; F. Talassano, *Divieto di patto commissorio*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, III, p. 368; G. Stolfi, *Promessa di vendita e patto commissorio*, in *Foro pad.*, 1957, I, c. 767; V. Andrioli, *Divieto del patto commissorio*, cit., p. 53; T. Mancini, *Vendita con patto di riscatto e nullità ex art. 2744 codice civile*, cit., c. 1118; L. Barbiera, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971, pp. 259 ss., 263; Id., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali. Art. 2740–2744*, cit., p. 214).

Anche tale lettura della norma non ha mancato di rivelare incongruenze, dal momento che non si capisce perché la sanzione di cui all'art. 2744 c.c. sia quella della nullità, se poi l'ordinamento prevede, quale rimedio generale per gli atti del debitore pregiudizievoli alle ragioni dei creditori, quello dell'inefficacia relativa di tali atti a seguito dell'accoglimento dell'azione revocatoria di cui all'art. 2901 c.c. (C.M. Bianca, *Il divieto cit.*, pp. 214 ss.; C. Varrone, *Il trasferimento cit.*, pp. 55 s.).

Non sono poi mancate soluzioni miste, tra le quali merita di essere ricordata quella che legge la ratio dell'art. 2744 c.c. congiuntamente nella tutela del debitore contro le pressioni del creditore e nella salvaguardia del principio della *par condicio creditorum* (S. Pugliatti, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia, cit.*, p. 316; G. Pugliese, *Intorno alla validità della vendita a scopo di garanzia, cit.*, p. 1066; C.M. Pratis, *Della tutela dei diritti cit.*, p. 93; E. Caputo, *Vendita a scopo di garanzia e patto commissorio, in Giust. civ.*, 1979, I, p. 886).

Pure tali letture si sono rivelate inadeguate perché non riescono comunque a spiegare la diversità della sanzione di nullità rispetto alle sanzioni (rescissione; inefficacia relativa) che il sistema appresta per la tutela degli interessi di tali soggetti (in questo senso C.M. Bianca, *Il divieto cit.*, p. 215 s.). Si noti che – come si è potuto vedere sopra, sub n. 6 b) – è proprio quella criticata la ratio richiamata dalle più numerose e recenti decisioni del S.C.: Cass., 11 gennaio 1988, n. 46, *supra cit.*; Cass., S.U. 3 aprile 1989, n. 1611, in *Corr. giur.*, 1989, p. 522; Cass., 12 febbraio 1993, n. 1787, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 64; Cass., 27 settembre 1994, n. 7878, in *Contr.*, 1995, p. 271.

Il Bianca per primo (*Il divieto, cit.*, pp. 216 ss., 218) ha proposto, quale soluzione al problema dell'individuazione della ratio del divieto del patto commissorio, di elevare gli interessi particolari (del debitore e quelli degli altri suoi creditori) al livello di un piano generale, l'unico – secondo l'opinione dell'A. – che possa giustificare la scelta del legislatore in ordine alla validità del patto commissorio. L'interesse generale presidiato dall'art. 2744 c.c. sarebbe pertanto ravvisabile nell'opportunità di evitare il diffondersi di un patto potenzialmente usurario e quindi socialmente pericoloso, che se fosse lecito si presterebbe a divenire clausola di stile e a sostituire le tradizionali tecniche di garanzia reale. In questa prospettiva la ratio della nullità consisterebbe proprio nell'apprestare un rimedio preventivo – più efficace rispetto a quello successivo e capillare che si effettua a livello giudiziale – contro il pericolo del diffondersi di un pregiudizio sociale (paiono aderire a tale impostazione del problema: E. Roppo, *Note sopra il divieto del patto commissorio, cit.*, p. 401 s.; R. De Nictolis, *Nuove garanzie personali e reali cit.*, p. 466, la quale – sulla scorta di suggestioni tratte dal contributo di M. Bussani, *Patto commissorio, proprietà e mercato (Appunti per una*

ricerca), cit., p. 127 – ravvisa il pericolo sociale del patto commissorio nella possibilità di diffusione di una forma di garanzia caratterizzata dal rischio di sproporzione tra l'importo del credito e la misura della responsabilità patrimoniale cui si assoggetta il debitore).

Il Luminoso (La vendita con riscatto cit., pp. 242 ss.) a sua volta ha tentato di superare tali letture proponendo un'analisi dell'art. 2744 c.c. che tenesse conto dell'intero complesso del sistema positivo. I limiti all'applicabilità dell'articolo in esame sarebbero infatti dati dall'esistenza nel nostro ordinamento di altre norme – quali l'art. 1851 c.c. in tema di pegno irregolare o l'art. 1197 c.c. relativo alla *datio in solutum* – che prevedono istituti del tutto leciti. La lettura combinata di tali disposizioni con l'art. 2744 c.c. sarebbe idonea a fornirne la ratio. Questa riposerebbe sulla necessità di tutelare il debitore contro il rischio di un duplice pericolo: da un lato, quello oggettivo della sproporzione della perdita economica rispetto all'ammontare del debito; dall'altro, quello soggettivo o psicologico, che il debitore sia indotto alla conclusione del patto svantaggioso nella vana speranza di poter facilmente adempiere all'obbligazione ed evitare in tal modo la perdita del bene (nello stesso senso: A.C. Pelosi, *Sale and lease-back e alienazioni a scopo di garanzia*, in Riv. it. leasing, 1988, pp. 445 ss., 447 s.; anche F. Realmonte, *Le garanzie immobiliari*, cit., pp. 16 ss.; Id., *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, cit., c. 1440, scorge nel patto commissorio le insidie di un duplice rischio: si tratterebbe qui del pericolo della sproporzione, cui si assommerebbe quello del perimento medio tempore del bene del debitore).

Una ulteriore sebbene isolata rivisitazione della questione propone una lettura restrittiva dell'art. 2744 c.c. Esso non conterrebbe un significato maggiore o diverso da quello conferitogli dalla lettera della legge: unico intento del legislatore sarebbe quello di punire esclusivamente quel trasferimento commissorio che si sommi alla costituzione di una garanzia reale tipica oppure ad un'anticresi, conferendo al creditore privilegiato una tutela "esuberante" del suo diritto (M. Iacuniello Bruggi, *Patto commissorio* cit., p. 6; tale tesi era stata sostenuta anche in passato: A. Butera, *Patto commissorio e mutuo semplice*, cit., c. 410; G. Ingrassia, *La efficacia del divieto del patto commissorio*, cit., p. 441; C. Varrone, *Il trasferimento* cit., pp. 74 ss., 83 ss.). Di qui seguirebbe, sostanzialmente, la validità di tutte quelle alienazioni a scopo di garanzia che si presentano sotto la veste del c.d. patto commissorio autonomo. Come si è potuto vedere, non è però questa l'opinione oggi dominante a livello giurisprudenziale o dottrinale.

8. – Insoddisfatta dell'orientamento da ultimo prevalente nella giurisprudenza, che mortifica l'esplicazione dell'autonomia privata in un settore – quello del credito reale – nel quale è oggi vitale per gli operatori la possibilità di disporre di strumenti agili ed efficaci di garanzia, parte della dottrina si è recentemente dedicata alla rivisitazione del problema delle alienazioni a scopo di garanzia, proponendo un'impostazione che – discostandosi fortemente dalle teorie tradizionali sopra considerate – si rivela capace di contemperare i diversi interessi in gioco, ossia, lo ripetiamo, (la promozione del)la tutela del credito e la libertà della circolazione dei beni (si veda M. Bussani, *Patto commissorio, proprietà e mercato*, cit., pp. 119 ss.; Id., *Il problema del patto commissorio*, cit., pp. 210 ss.; nella stessa prospettiva, centrando il problema della verifica della ratio del divieto in originali termini di analisi economica del diritto e dimostrando come la ratio tradizionalmente invocata dagli interpreti poggerrebbe su massime di esperienza formatesi in un contesto non più attuale: Alb. Candian, *Appunti dubbiosi sulla "ratio" del divieto di patto commissorio*, in *Foro it.*, 1999, I, cc. 175 ss.; Ead., *Le garanzie mobiliari*, cit., pp. 30 ss.).

Il ragionamento di tale teoria muove dalla considerazione di un quadro di riferimento ben più ampio di quello tradizionalmente vagliato dagli interpreti e costituito da tutta quella serie di figure alle quali si è già accennato sopra sub n. 6 f) e g). Si è infatti potuto vedere come il sistema nel suo complesso preveda fattispecie valide, incardinate su trasferimenti di proprietà a scopo di garanzia, le quali presentano come tratto comune l'agevole possibilità di controllo dell'eventuale sproporzione tra il valore del bene trasferito e l'importo del credito garantito (si sono visti i casi del pegno irregolare in materia di anticipazione bancaria, del patto marciano, cui potrebbe aggiungersi la figura, ben nota alla prassi e ammessa dagli interpreti, del riporto a scopo di garanzia).

La necessità e la sufficienza di un simile controllo di proporzionalità al fine di recuperare al terreno della liceità le alienazioni a scopo di garanzia – seguendo un modello di convenzione lecita che, sul piano operativo, ben potrebbe essere quello fornito dal patto marciano – parrebbe inoltre essere supportata da ulteriori indici normativi afferenti al settore della responsabilità patrimoniale: l'art. 496 c.p.c. in materia di disposizioni generali sull'espropriazione forzata, che prevede la possibilità della riduzione del pignoramento per il caso in cui il valore dei beni pignorati sia superiore all'importo delle spese e dei crediti; gli artt. 2872 ss. c.c. relativi alle modalità di riduzione delle ipoteche; l'art. 2910 c.c. che stabilisce che il creditore può far espropriare i beni del debitore solo "per conseguire quanto gli è dovuto", e ancora l'art. 2901 c.c., il quale prevede che ai fini dell'accoglimento dell'azione revocatoria sia necessario l'elemento del danno nei confronti dei creditori (E. Roppo, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., p. 385). Disposizioni, tutte queste, dalle quali si può

desumere la presenza di un principio generale di adeguatezza nell'assoggettamento del patrimonio del debitore alla sua funzione di garanzia: principio sufficiente come tale a costituire un limite generale all'operatività del divieto del patto commissorio (si veda anche U. Carnevali, *Patto commissorio*, cit., p. 501 e, soprattutto, U. Morello, *Frode alla legge*, cit., p. 514; M. Bussani, *Patto commissorio, proprietà e mercato*, cit., pp. 121–122; Id., *Il problema del patto commissorio*, cit., pp. 215–216).

Un ulteriore dato merita a questo punto di essere richiamato. A lungo è stata trascurata dagli interpreti – dimentichi del fatto che le alienazioni in garanzia sono attuate ricorrendo a schemi contrattuali – la possibilità e l'utilità del ricorso, anche nel settore della responsabilità patrimoniale, al diritto generale delle obbligazioni e dei contratti. Infatti, in relazione al controllo di adeguatezza della responsabilità patrimoniale del debitore ed al correlativo obbligo di restituzione del supero da parte del creditore, non si vede come possa disconoscersi che un tale risultato sul piano operativo possa essere raggiunto anche solo ricorrendo all'obbligo generale di comportarsi secondo buona fede nell'esecuzione del contratto (artt. 1175, 1375 c.c.; art. 1358 c.c. per il negozio condizionato, qualora si aderisca alla ricostruzione in tal senso della natura giuridica delle alienazioni in garanzia) ovvero dal principio secondo cui *nemo locupletari potest cum aliena iactura* (M. Bussani, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 217).

Importanti indici della bontà di tale direzione interpretativa provengono senz'altro dalla considerazione di quanto è avvenuto negli ordinamenti transalpini.

Nel sistema tedesco, ad esempio, i §§ 242 (obbligo di comportarsi secondo buona fede nell'esecuzione della prestazione) e 138 (nullità del negozio contrario ai buoni costumi e usurario) BGB sono stati utilizzati ampiamente dalla prassi per controllare che lo sviluppo degli istituti della *Sicherungsübereignung* e della *Sicherungsabtretung* seguisse la via di un contemperamento dei principi generali dell'ordinamento con le esigenze del mercato. In particolare è significativo che il § 1229 BGB, che sancisce il divieto del patto commissorio mobiliare, sia unanimemente ritenuto inapplicabile ai trasferimenti in garanzia, al controllo dei quali è invece deputato il § 138, collocato nella parte generale del diritto delle obbligazioni del BGB.

Il caso delle alienazioni a scopo di garanzia in diritto tedesco è pertanto uno degli esempi più significativi di come un sistema giuridico a noi culturalmente vicino sia riuscito a rompere con la tradizionale quanto inefficiente separatezza dei due settori del diritto delle obbligazioni e del diritto della responsabilità patrimoniale, in nome di una risoluzione più elastica e moderna dei conflitti tra creditori e debitore (per questi aspetti si rimanda a R. Serick, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, cit., III, § 38

IV, 3e, p. 488; M. Bussani, *Il problema del patto commissorio*, cit., pp. 149 ss.; si veda anche P. Kindler, *Il ricorso dei giudici alle clausole generali in Germania*, in *Contr. e impr./Europa*, 2, 1998, pp. 662 ss.).

Sulla stessa linea si colloca anche il diritto francese. La dottrina comparatistica ha posto in luce una marcata dissociazione tra i formanti del sistema francese: le norme che in Francia recepiscono il divieto del patto commissorio (artt. 2078 e 2088 Code civ.; 93 Code com.; 742 Code proc. civ. ancien), se da un lato vengono fedelmente conservate dagli interpreti – togati e non – sul piano delle verbalizzazioni come regole inderogabili di ordine pubblico, dall'altro vengono utilizzate, a livello operativo, non tanto come norme cardine del sistema della responsabilità patrimoniale, quanto come norme che appartengono al diritto delle obbligazioni e che ne esprimono un principio generale di esigenza di controllo di proporzionalità tra le prestazioni. Mercè tali regole si governano fisiologie e patologie del rapporto creditore–debitore, dalla natura delle pretese reciproche alla valutazione del comportamento del creditore, fino alla disciplina degli obblighi restitutorii (è il risultato dell'indagine – ricca di riferimenti ai quali si rinvia – di M. Bussani, *Il problema del patto commissorio*, cit., pp. 101 ss., 120 s.; in riferimento alla tradizionale obiezione mossa dagli interpreti italiani contro l'ammissibilità della proprietà con funzione di garanzia, sono state mosse alcune critiche degne di nota, secondo le quali la proprietà con funzione di garanzia non creerebbe un nuovo diritto reale atipico, tale da cozzare irrimediabilmente contro la barriera del *numerus clausus*: essa resterebbe anzi sempre uguale a se stessa; in questo senso si è detto – sottolineando come le regole in materia di responsabilità patrimoniale e garanzie reali del credito dovrebbero mirare a favorire, e non a mortificare, l'accesso al credito da parte del proprietario: A. Chianale, *Ipoteca*, in *Dig. IV*, cit., p. 158 ss. – che "la proprietà è, nei limiti posti dall'ordinamento, una ricchezza che circola liberamente, e così come circola quando taluno vende per ragioni professionali o commerciali, essa circola quando taluno vende semplicemente per avere denaro": A. Gambaro, *La proprietà*, cit., p. 67 s.; sulla stessa direttrice, M. Bussani, *Patto commissorio, proprietà e mercato*, cit. p. 123).

9. – Un dato ulteriore, segnalante un'aporia del dibattito intorno alle alienazioni a scopo di garanzia, va ora evidenziato. Dottori e giudici italiani sono ormai in una larghissima maggioranza schierati a favore della liceità della cessione del credito a fini di sicurezza di rapporti obbligatori (per la giurisprudenza in materia di validità della cessione a scopo di garanzia si segnalano: App. Roma, 10 luglio 1958, in *Giur. it.*, 1959, I, 2, c. 22; Cass., 15 giugno 1964, n. 1518, in *Temi Napoletana*, 1964, p. 495; Cass., 5 luglio 1973, n. 1875, in *Giust. civ.*, 1973, I, p. 1975; Cass., 20 novembre 1975, n. 3887, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, c. 126; Cass., 2 agosto 1977, n. 3412, in *Mass. Foro it.*, 1977).

Di cosa si discute è presto detto. Per ovviare alla rigidità della garanzia tipica sul credito (pegno di crediti, art. 2800 c.c., vedi retro, sub n. 3), gli operatori del mondo economico, e tra questi in particolare le banche, hanno preferito servirsi dei mezzi offerti dal diritto delle obbligazioni e dei contratti, facendo largo ricorso allo strumento del trasferimento dei crediti (cessione) a scopo di garanzia. Così, all'atto di erogazione di un finanziamento, o anche successivamente, in corso di rapporto, le banche usano chiedere, a maggior garanzia delle proprie ragioni, la cessione dei crediti che il debitore – generalmente un'impresa – vanta verso terzi, e che solitamente derivano essi stessi da rapporti di impresa ai quali il finanziamento si riferisce (la cessione dei crediti a scopo di garanzia è riconosciuta anche da talune fonti legislative: l'art. 18 lett b) della legge del 25 luglio 1952, n. 949 recante provvedimenti per lo sviluppo dell'economia e l'incremento dell'occupazione; l'art. 1 co. 2 della legge 14 luglio 1993, n. 260, di ratifica ed esecuzione della convenzione Unidroit sul factoring internazionale, Ottawa, 28 maggio 1988; a tale forma di garanzia atipica si è inoltre fatto ampio ricorso nel settore del finanziamento a produttori cinematografici: si veda in proposito C. Varrone, *Il trasferimento*, cit., p. 141; sul "bene" credito come oggetto di scambio si rinvia a P. Schlesinger, *Il "primato" del credito*, in questa Rivista, 1990, I, pp. 825 ss.).

E' noto come, sotto il profilo causale, si sia parlato della cessione come schema giuridico incompleto, o figura a causa variabile: in essa sarebbe dato ravvisare una causa generica (il trasferimento del diritto) ed una causa specifica (adempimento, dazione in pagamento, garanzia), determinata dall'accordo in concreto delle parti (così V. Panuccio, *Cessione dei crediti*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1960, p. 850; T. Mancini, *La cessione dei crediti*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, Torino, 1986, 9, I, p. 381; P. Perlingieri, *Della cessione del credito*, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja–G. Branca, Bologna–Roma, 1982, pp. 11 ss.; Id., *Le cessioni dei crediti ordinari e d'impresa*, Napoli, 1993; Id., *Cessione dei crediti*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, p. 4 s.; C. Licini, *Le tecniche moderne di garanzia nella prassi notarile*, cit., p. 1053; P. Staffini, *La cessione del credito: profili civilistici e fiscali*, in *Comm. trib. Centrale*, 1998, II, pp. 1381 ss.; U. La Porta, *La causa del trasferimento del credito, gli effetti preliminari e la disposizione del diritto futuro*, nota a *Trib. Bari*, 27 luglio 1996, in *Banca, borsa, titoli credito*, 1998, II, pp. 708 ss.; l'affermazione che la cessione del credito sia un negozio a causa variabile è poi ricorrente anche in giurisprudenza: si veda, ad esempio, *App. Milano*, 31 ottobre 1989, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 463; più in generale, quanto all'idoneità della causa di garanzia a produrre un trasferimento di proprietà, non si scorgono contrasti vibranti nel panorama dottrinario italiano: esiste un principio di tipicità delle situazioni reali riconosciute dal sistema, ma non un principio di tipicità dei contratti traslativi delle stesse (in tal senso già G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., pp. 242 ss.; le argomentazioni della

dottrina ed i relativi riferimenti sono riportati in A. Sassi, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., pp. 129 ss.); pertanto – una volta sottoposto il contratto di alienazione in garanzia al controllo di liceità in base al principio di buona fede e di divieto di illecito arricchimento, ferma restando l'esperibilità dell'azione revocatoria da parte degli altri creditori del debitore alienante – non si vede quali possano essere gli interessi rilevanti violati dall'operazione in questione; che questi ultimi non possano essere quelli tutelati dal divieto del patto commissorio, è dimostrato, a tacer d'altro, da (gli argomenti che supportano) le soluzioni operative adottate nei sistemi francese e tedesco: le si vedano in M. Bussani, *Il problema del patto commissorio*, cit., pp. 81 ss.; 125 ss.).

In particolare, la cessione dei crediti a scopo di garanzia si differenzia dagli altri schemi di cessione dei crediti (pro solvendo, pro soluto) per il fatto di non avere funzione solutoria: la traslazione del credito ha lo scopo giuridico di assicurare al cessionario il soddisfacimento delle proprie ragioni nei confronti del cedente, nel caso in cui quest'ultimo non adempia l'obbligazione garantita. Come la dottrina ha sottolineato, la giurisprudenza si è limitata ad affermare che il trasferimento del diritto ai sensi dell'art. 1376 c.c. costituisce senz'altro uno strumento idoneo, ancorché atipico, ad attuare una funzione di garanzia, nei limiti del controllo di meritevolezza degli interessi di cui all'art. 1322 co. 2 c.c., ma non è andata molto oltre nel delineare i tratti della figura in esame (in merito alle carenze giurisprudenziali nell'approfondimento di tali aspetti si veda da ultimo U. La Porta, *La causa del trasferimento del credito, gli effetti preliminari e la disposizione del diritto futuro*, cit., pp. 717 ss.).

Sotto il profilo strutturale, la cessione a scopo di garanzia è stata oggetto dell'elaborazione (quasi esclusivamente) dottrinale come figura intermedia tra il pegno di crediti e la cessione pro solvendo (per queste distinzioni, che esulano dalla presente indagine, si vedano: A.A. Dolmetta–G.B. Portale, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, in *Banca, borsa, titoli credito*, 1, 1999, pp. 76 ss., 100 ss.; *Iid.*, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, *ivi*, 1985, pp. 258 ss.; *Iid.*, *Profili della cessione dei crediti in garanzia*, in Maccarone e Nigro (curr.) *Operazioni bancarie e procedure concorsuali*, Milano, 1988, pp. 255 ss.; G. Grippo, *Garanzie atipiche e fallimento*, in *Contr. e impr.*, 1986, pp. 377 ss.; B. Inzitari, *La cessione del credito a scopo di garanzia: inefficacia ed inopponibilità ai creditori dell'incasso del cessionario nel fallimento, nel concordato e nell'amministrazione controllata*, in *Banca, borsa, titoli credito*, 1997, I, pp. 153 ss.; D. Pastore, *Riflessioni a proposito di struttura e causa della cessione di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, I, pp. 59 ss.; sul punto dell'effetto traslativo immediato della cessione si vedano: Cass., 17 marzo 1995, n. 3099, in *Giur. it. Mass.*, 1995; Cass., 30 agosto

1995, n. 9195, in *ivi*, 1995; Cass., 25 luglio 1997, n. 6969, in *Giust. civ. Mass.*, 1997; Cass., 16 aprile 1999, n. 3797, in *Giur. it. Mass.*, 1999; per la giurisprudenza sulla cessione di credito futuro: Cass., 11 maggio 1990, n. 4040, in *Foro it.*, 1991, I, c. 2490, con nota di R. Simone, *Cessione in garanzia dei crediti futuri*; Cass., 17 marzo 1995, n. 3099, *cit.*; App. Milano, 2 febbraio 1996, in *Dir. fall.*, 1996, II, p. 1091, con nota di A. D'Attilio, *Su alcune questioni vecchie e nuove in tema di cessione del credito*; Trib. Bari 27 luglio 1996 e 6 novembre 1996, in *Banca, borsa, titoli credito*, 1998, II, pp. 701 ss., con nota di U. La Porta; Cass., 15 luglio 1997, n. 6969, *cit.*; per la definizione della cessione a scopo di garanzia come negozio risolutivamente condizionato si veda App. Milano, 31 ottobre 1989, *cit.*; in senso conforme si veda in dottrina U. La Porta, *La causa del trasferimento del credito, gli effetti preliminari e la disposizione del diritto futuro*, *cit.*, p. 721).

Quanto al profilo che qui più da vicino interessa, e cioè quello della compatibilità di tale figura di garanzia con i principi del nostro ordinamento, occorre segnalare che, in effetti, alcuni Autori si sono in passato espressi per l'illiceità della cessione dei crediti a scopo di garanzia, sotto il profilo della funzione, poiché la causa di garanzia non è stata ritenuta idonea a giustificare il trasferimento della titolarità di un diritto; e, sotto il profilo della struttura, poiché si è detto che essa realizzerebbe un'ipotesi analoga a quella del patto commissorio vietato, in contrasto con l'art. 2744 c.c. (V. Panuccio, *Cessione dei crediti*, *cit.*, pp. 846 ss., 849; C.M. Bianca, *Il divieto*, *cit.*, p. 157 ss.; F. Battistoni Ferrara, *Cessione di credito "a garanzia" e fallimento del cedente*, in *Foro it.*, 1961, I, cc. 1451 ss.; M. Spinelli, *Le cessioni liquidative*, Napoli, 1962, pp. 272 ss.)

La dottrina (maggioritaria) non ha avuto difficoltà a rintuzzare tali argomenti. Si è infatti osservato che, quanto all'aspetto dell'idoneità della causa di garanzia, se si considera la cessione come una figura a causa variabile o incompleta, data cioè dal trasferimento del credito più qualcos'altro, non si vede perché gli accordi integrativi della fattispecie 'standard' non possano essere finalizzati alla garanzia di un'obbligazione, visto che anche pattuizioni atipiche possono rientrare nello schema della cessione, naturalmente tenendo ben fermo il limite del controllo di meritevolezza degli interessi perseguiti ex art. 1322 co. 2 c.c. (P. Perlingieri, *Cessione dei crediti*, *cit.*, pp. 37 ss.; M. Viale, *Le garanzie bancarie*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. ec.*, diretto da F. Galgano, XVIII, Padova, 1994, pp. 109 ss., 113 ss.; G. Bavetta, *La cessione del credito a scopo di garanzia*, in *Dir. fall.*, 1995, I, pp. 588 ss., 591 ss.; A.A. Dolmetta–G.B. Portale, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, *cit.*, pp. 104 ss.; *Iid.*, *Profili della cessione dei crediti in garanzia*, *cit.*, pp. 259 ss.; G. Panzarini, *Lo sconto dei crediti e dei titoli di credito*, Milano, 1984; A. Piraino Leto, *Cessione di credito a fine di garanzia*, in *Nuovo dir.*, 1977, pp. 529 ss.).

In relazione, poi, alla struttura della cessione a scopo di garanzia, la letteratura prevalente ne ha sottolineato la diversità rispetto a quella del patto codificato nell'art. 2744 c.c. I sostenitori dell'ammissibilità della cessione dei crediti a scopo di garanzia offrono una lettura restrittiva del divieto del patto commissorio (opposta quindi a quella largamente diffusa tra gli interpreti in materia di alienazioni in garanzia). La cessione dei crediti sarebbe un trasferimento immediato risolutivamente condizionato, tale da sfuggire al raggio di applicazione dell'art. 2744 c.c., che prevede espressamente la nullità del solo patto sospensivamente condizionato all'inadempimento dell'obbligazione. In tale direttrice si richiama inoltre l'art. 2803 c.c., in tema di pegno di crediti, ritenuto senz'altro applicabile alla cessione di crediti a scopo di garanzia. Come si è già visto, tale norma prevede che, se il credito garantito è scaduto, il creditore pignoratizio possa ritenere quanto basta del denaro ricevuto per soddisfare il suo diritto, restituendo il residuo al costituente la garanzia. E' evidente che l'operatività di tale principio in favore del creditore cessionario abbia l'effetto di paralizzare l'applicazione dell'art. 2744 c.c. per il settore della cessione dei crediti, e di produrre un risultato affine a quello previsto dal patto marciano, ossia la presenza di un meccanismo di controllo della misura dell'assoggettamento del debitore alla responsabilità patrimoniale (P. Perlingieri, *Cessione dei crediti*, cit., pp. 41 s.; M. Viale, *Le garanzie bancarie*, cit., p. 116; B. Inzitari, op. cit., pp. 168 ss.; F. Anelli, *L'alienazione in finzione di garanzia*, cit., passim).

10. – La prassi ha posto il problema del confronto con il divieto del patto commissorio anche per la combinazione contrattuale nota come *sale and lease-back* (o *lease-back*, oppure locazione finanziaria di ritorno).

E' ormai consolidata l'opinione secondo la quale tale operazione realizza un'ipotesi di convenzione atipica, come tale da sottoporsi al vaglio di liceità di cui all'art. 1322 c.c., inquadrabile nel più ampio ambito del leasing finanziario (l'inquadramento del *lease-back* nel genus del leasing finanziario – ed in particolare nella sottocategoria del leasing immobiliare – è ormai un dato acquisito in letteratura; in generale si vedano, tra i tanti: V. Buonocore, *Leasing*, in *Noviss. Dig. It., App.*, IV, 1983, pp. 797 ss.; Id., *Cassazione e leasing: riflessioni sulla giurisprudenza dell'ultimo quinquennio*, in *Contr. e impr.*, 1994, pp. 143 ss.; M. Bussani–P. Cendon, *I contratti nuovi. Casi e materiali di dottrina e giurisprudenza. Leasing, factoring, franchising*, Milano, 1989, pp. 137 ss.; sinteticamente F. Cavazzuti, *Leasing. I) Diritto privato*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990; G. De Nova, *Il contratto di leasing*, III ed., Milano, 1994, pp. 65 ss.; Id., *I nuovi contratti*, Torino, 1990; G. Ferrarini, *La locazione finanziaria*, Milano, 1977; C. Varrone, *Leasing finanziario e sale-lease-back*, in *Impresa, ambiente e pubblica amministrazione*, 1975, pp. 657 ss.; per la classificazione della locazione finanziaria di

ritorno nell'ambito dei contratti di impresa: G. De Nova, Il contratto di leasing, cit., p. 49; G. Tagliavini, La valutazione del rischio nelle operazioni di leasing: l'individuazione di "impegni credibili", in Riv. it. leasing, 1989, pp. 289 ss.).

La struttura dell'operazione prevede, come è noto, che un soggetto (futuro utilizzatore) venda ad una società di leasing (futuro concedente) un bene di sua proprietà – solitamente un immobile, ma è possibile che il lease-back abbia ad oggetto anche beni mobili – e ne mantenga contestualmente la disponibilità materiale in virtù di un contratto di leasing, al termine del quale il lessee potrà scegliere se restituire il bene, esercitare l'opzione di acquisto del bene, oppure prorogare il contratto (gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali prevalenti intorno alle principali questioni sollevate dal lease-back sono contenuti nell'ultima Sintesi – M. Bussani, Leasing – comparsa in materia di leasing in questa Rivista, II, 1992, pp. 759 ss., alla quale si rinvia; in merito alla nozione di sale and lease-back, ai dettagli dell'operazione e ai rapporti tra essa ed il patto commissorio: M. Bussani, Il contratto di lease-back, in Contr. e impr., 1986, pp. 558 ss.; Id., Proprietà-garanzia e contratto. Formule e regole nel leasing finanziario, Trento, 1992, pp. 147 ss.; R. De Nictolis, Considerazioni in tema di lease-back, in Quaderni giur. impr., 1989, pp. 81 ss.; Ead., Divieto del patto commissorio, alienazioni e garanzia e sale-lease-back, in questa Rivista, II, 1991, pp. 535 ss.; Ead., Nuove garanzie personali e reali, cit., pp. 435 ss.; M.L. De Rosa, Lease back e patto commissorio, in Riv. it. leasing, 1989, 1, pp. 213 ss.; G.M. Galimberti, Il leasing industriale e il leasing immobiliare, Milano, 1983; V. Santarsiere, "Sale and lease back" per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela, in Arch. civ., 1997, pp. 47 ss.).

Per quanto attiene al profilo funzionale, scopo economico dell'operazione – che trova il proprio terreno d'elezione all'interno dei circuiti imprenditoriali – è quello di rispondere alle esigenze organizzative e finanziarie dell'impresa consentendole di smobilizzare capitali già investiti (si pensi ai contratti di lease-back aventi ad oggetto interi stabilimenti industriali) per ottenere un'immediata disponibilità di liquidi da reinvestire in ulteriori attività produttive e pertanto essa manifesta, da un lato, un'evidente funzione di finanziamento (ponendosi come valida alternativa per l'impresa ai tradizionali canali di accesso al credito), dall'altro – secondo una certa lettura interpretativa – un marcato carattere di garanzia del credito, che è dato dal mantenimento della proprietà del bene in capo alla società di leasing, la quale verrebbe così a predisporre di una forma di autotutela preventiva per il caso di inadempimento dell'utilizzatore.

Sotto il profilo più strettamente giuridico il trasferimento immediato della proprietà, che è uno dei momenti caratterizzanti dell'operazione, e la particolare esaltazione delle potenzialità finanziarie già proprie del leasing finanziario, sono elementi che hanno

consentito in passato a taluni interpreti di accostare lo schema contrattuale della locazione finanziaria di ritorno a quello delle illecite alienazioni in garanzia ad effetto traslativo immediato, ponendo il problema dei limiti di validità della figura in questione in relazione all'art. 2744 c.c.

Non ci si soffermerà in questa sede su di una dettagliata esposizione delle sfumature dei percorsi dottrinali e giurisprudenziali sul problema. Basterà ai nostri fini ricordare che, se prima del revirement giurisprudenziale del 1983 le scarse pronunce di merito in materia di lease-back (Trib. Roma, 22 marzo 1979, in *Banche e banchieri*, 1982, pp. 467 ss.; Trib. Milano, 3 maggio 1983, in *Riv. notar.*, 1984, II, pp. 601 ss.) ne affermano la validità in relazione al divieto del patto commissorio proprio in virtù dell'immediatezza del trasferimento della proprietà, in seguito al nuovo orientamento della giurisprudenza di legittimità in materia di alienazioni a scopo di garanzia e patto commissorio, sul punto della validità della locazione finanziaria di ritorno si è acceso un vivace dibattito. L'individuazione di una funzione di garanzia nel mantenimento del diritto di proprietà in capo al lessor, così come l'individuazione – nel pagamento dei canoni di leasing – di una restituzione rateale della somma mutuata dal concessionario, sono stati elementi in grado di condurre taluni Autori, e con essi numerose sentenze di merito, a ravvisare una forte analogia tra l'operazione di lease-back e la costituzione di un mutuo con garanzia reale atipica sui beni del mutuatario. Analogia che avrebbe comportato, quale conseguenza necessaria, la declaratoria di illiceità in ogni caso del contratto de quo per elusione del divieto di cui all'art. 2744 c.c., per lo più attraverso lo strumento tecnico della frode alla legge. L'unica via per sottrarre il lease-back al giudizio di nullità sarebbe stata – secondo alcuni interpreti – l'inserzione nel contratto di un patto marciano, ossia della previsione del riacquisto del bene al prezzo di mercato, da determinarsi al momento del trasferimento (per la dottrina in questo senso si vedano G. Ferrarini, *La locazione finanziaria*, cit., pp. 116 ss.; G. Oberto, *Vendita con patto di riscatto, divieto del patto commissorio e contratto di lease-back*, cit., p. 372; per la giurisprudenza, ritengono senz'altro illecito il lease-back: App. Cagliari, 3 marzo 1993, in *Riv. giur. sarda*, 1994, p. 301; Trib. Genova, 30 gennaio 1992, in *Giur. comm.*, 1993, II, p. 427; Trib. Milano, 19 giugno 1986, in *Riv. it. leasing*, 1986, p. 786; Trib. Vicenza, 12 luglio 1988, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1250; Trib. Roma 7 maggio 1990, in *Temi romana*, 1990, p. 137; Trib. Cosenza, 14 febbraio 1994, in *Il consulente dell'impresa comm. e ind.*, 1995, p. 2090; ha ritenuto illecito il lease-back in quanto contratto atipico che non persegue interessi meritevoli di tutela alla luce dei principi dell'ordinamento, e pertanto ex art. 1322 c.c., Trib. Verona, 15 dicembre 1988, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1250; ha aperto uno spiraglio di validità per il lease-back qualora vi sia apposto il correttivo del patto marciano: Trib. Monza, 24 maggio 1988, in *Foro it.*,

1989, I, c. 1271, su cui si v. M. Grondona, *Funzione di garanzia, "lease-back" e trasferimenti vietati*, cit., p. 176 s.).

Altri autori (tra i numerosi contributi si vedano: M. Bussani, *Il contratto di lease-back*, cit., pp. 582 ss.; Id., *Proprietà-garanzia e contratto. formule e regole nel leasing finanziario*, cit., pp. 195 ss.; R. Clarizia, *Il lease-back tra tipicità legale e tipicità giurisprudenziale*, in *Riv. it. leasing*, 1991, pp. 522 ss.; G. De Nova, *Il contratto di leasing*, cit., p. 53; S. D'Ercole, *Sull'alienazione in garanzia*, cit., pp. 228 ss., 253 ss.; A. Frignani, "Leasing". *Qualche passo avanti e qualche battuta d'arresto*, in *Giur. it.*, 1985, IV, cc. 245 ss.; U. Morello, *Frode alla legge*, cit., p. 515; A. Munari, *Vendita e nullità del sale e lease back in relazione al divieto del patto commissorio*, in *Riv. it. leasing*, 1986, pp. 172 ss.; A.C. Pelosi, *Divieto del patto commissorio, lease back e frode alla legge*, in *Riv. it. leasing*, 1985, pp. 57 ss.; D. Purcaro, *Sulla liceità del "sale and lease-back"*, in *Riv. it. leasing*, 1986, pp. 587 ss.; sulla sicura liceità del lease-back tecnico: G. De Nova, *Il lease-back "tecnico" è valido*, in *Contr.*, 1993, p. 47 s.; Trib. Milano, 26 ottobre 1992, in *Contr.*, 1993, p. 47) – e con essi le decisioni di merito maggiormente apprezzate dalla dottrina (la posizione del Tribunale di Milano è particolarmente rappresentativa di questo diverso orientamento; il leading case è senz'altro Trib. Milano, 13 giugno 1985, in *Foro pad.*, 1986, I, cc. 105 ss.; e si vedano anche: Trib. Milano, 3 marzo 1988, in *Riv. it. leasing*, 1988, pp. 445 ss., con nota di A.C. Pelosi; Trib. Pavia, 1 aprile 1988, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 716 s.; Trib. Pavia, 16 giugno 1988, in *Riv. it. leasing*, 1988, p. 438; Trib. Torino, 29 marzo 1988, in *Giur. piem.*, 1988, p. 679; Collegio arbitrale Palermo, 14 dicembre 1990, in *Riv. arb.*, 1991, p. 601; Collegio arbitrale, 14 gennaio 1992, in *Temi sic.*, 1992, p. 5; Trib. Venezia, 12 novembre 1994, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 904; Trib. Alba, 6 marzo 1995, in *Notariato*, 1995, p. 581; Trib. Roma, 22 maggio 1996, in *Arch. civ.*, 1997, p. 44, con nota di V. Santarsiere) – non hanno condiviso l'assimilazione della locazione finanziaria di ritorno ad un'alienazione a scopo di garanzia, né le conseguenze di una tale lettura. Tali interpreti si sono invece espressi a favore della liceità del modello astratto del lease-back, o lease-back ordinario, salvo il caso di un'utilizzazione in concreto di tale schema contrattuale che presenti evidenti indici del perseguimento di uno scopo elusivo dell'art. 2744 c.c., e si ponga pertanto quale uso "anomalo", o più precisamente fraudolento del lease-back (in questo senso G. Gitti, *Divieto del patto commissorio, frode alla legge, "sale and lease-back"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, pp. 457 ss., 485). Gli argomenti che hanno consentito lo sviluppo di tale differente filone di pensiero traggono origine da un'attenta analisi strutturale del contratto in questione, che ha condotto la dottrina all'individuazione del difetto – nello schema socialmente tipico di lease-back – di numerosi elementi che sono invece caratterizzanti le alienazioni a scopo di garanzia. In estrema sintesi – secondo la linea interpretativa

sopra richiamata –, nel sale and lease–back, d'abitudine, non si ravvisa un preesistente rapporto di debito–credito tra i soggetti protagonisti dell'operazione; la vendita non si presenta come contratto accessorio a scopo di garanzia, ma come contratto strumentalmente collegato a quello di leasing, funzionale alla realizzazione dell'assetto di interessi perseguito dalle parti (si parla di vendita a scopo di leasing, e non a scopo di garanzia); la compravendita è poi pura e semplice, non vi sono né condizioni sospensive, né risolutive; il patto d'opzione – che peraltro presenta struttura ben diversa sia rispetto alla condizione che rispetto al riscatto – non accede ad essa, ma al contratto di leasing.

In questa direzione si mostra nitidamente come il fulcro attorno al quale si è snodato l'intero dibattito interpretativo in materia di lease–back sia stato proprio quello relativo alla misurazione di analogie e differenze tra il modello del sale and lease–back e quello delle alienazioni in garanzia ad effetto immediato, per stabilire se alla locazione finanziaria di ritorno possa essere riconosciuto un sufficiente margine di autonomia strutturale e funzionale, in grado di legittimarne la validità all'interno del nostro ordinamento.

Gli interventi della Cassazione hanno confermato la bontà di tale posizione interpretativa (la prima pronuncia del S.C. in materia di lease–back è Cass., 16 ottobre 1995, n. 10805, in *Corr. giur.*, 1995, pp. 1360 ss., con nota di V. Carbone, *Le peculiarità del lease back o sale lease back*, pp. 1365 ss.; in *Giur. it.*, I, 1, 1996, cc. 1382 ss., con nota di S.M. Cinquemani, *Sale and lease back tra liceità e frode al divieto del patto commissorio*, cc. 1381 ss.; in *Contr.*, 1996, pp. 28 ss., con nota di R. De Meo; in *Foro it.*, 1996, I, cc. 3492, con nota di A. Monti; in *Notariato*, 1996, pp. 220 ss.; in *Riv. giur. sarda*, 1996, pp. 346 ss., con nota di A. Luminoso; Cass., 4 marzo 1996, n. 1657, in *Giur. comm.*, 1997, II, con nota di R. Simone, *Dr. Jekyll e Mr. Hide, ovvero la doppia vita del sale and lease back*; essa è seguita in termini analoghi da Cass., 19 luglio 1997, n. 6663, in *Foro it.*, 1997, I, cc. 3586; in *Rass. trib.*, 1998, p. 805, con nota di S.M. Ceccacci; in *Contr.*, 1998, p. 395, con nota di A. Maniàci; Cass., 15 aprile 1998, n. 4095, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1820, con nota di R. Simone; Cass., 7 maggio 1998, n. 4612, in *Riv. dir. trib.*, 1998, II, pp. 668 ss., in *Corr. giur.*, 9, 1998, pp. 1039 ss., a proposito di liceità civilistica e trattamento fiscale del lease–back).

Dopo aver affermato che la locazione finanziaria di ritorno costituisce un negozio socialmente tipico e lecito in astratto, catalogabile nell'ambito dei contratti di impresa, tale da integrare un'ipotesi di vendita a scopo di leasing e non a scopo di garanzia, il S.C. (16 ottobre 1995, n. 10805) precisa gli elementi caratterizzanti l'operazione de qua, in presenza dei quali essa rivela una sufficiente autonomia strutturale e funzionale

che ne impedisce la sanzionabilità sia ex art. 2744 c.c., sia ex art. 1343 c.c. per illiceità della causa in concreto. L'indagine del giudice di merito dovrà allora verificare la sussistenza dei seguenti requisiti: la qualità delle parti contraenti (esse dovranno essere, da un lato, un'impresa o un lavoratore autonomo; dall'altro, un'impresa di leasing); la natura del bene oggetto dell'operazione, che dovrà essere un bene strumentale all'esercizio dell'impresa; i criteri di determinazione del prezzo della vendita, dei canoni e del prezzo d'opzione, al fine di evitare una sproporzione tra le prestazioni di ambo le parti; la considerevole durata del rapporto; il fatto che le condizioni del contratto di utilizzazione si conformino a quelle generalmente praticate nei contratti di leasing.

Allo stesso tempo, la Cassazione detta una serie di indici sintomatici, di carattere sia giuridico che economico, in presenza dei quali il giudice di merito potrà dedurre il perseguimento di uno scopo di garanzia in violazione dell'art. 2744 c.c.; tra essi si annoverano: l'assenza di uno o più elementi caratterizzanti il tipo sociale di lease-back; le difficoltà economiche dell'impresa venditrice, che possono far presumere un approfittamento della situazione di debolezza da parte dell'acquirente; la sproporzione tra le rispettive prestazioni, che si desume dalla convenienza economica dell'affare per entrambi i contraenti; a tal fine elemento indispensabile sarà la stima del valore del bene oggetto del contratto, da effettuarsi in base ai correnti valori di mercato (tra le più recenti decisioni di merito che seguono l'orientamento della Corte di Cassazione si segnalano: Uff. ind. prel. Udine, 5 luglio 1997, in *Il fisco*, 1997, I, p. 13321; Trib. Oristano, 18 agosto 1996, in *Riv. giur. sarda*, 1997, p. 438; Uff. ind. prel. Napoli, 17 aprile 1996, in *Dir. pen. e processo*, 1997, p. 606 – si noti, peraltro, che gli argomenti utilizzati dal S.C. sono esattamente quelli proposti, una dozzina di anni orsono, da M. Bussani, *Il contratto di lease-back*, in *Contr. e impr.*, 1986, pp. 558 ss.; e G. De Nova *Il lease-back*, in *Riv. it. leasing*, 1987, pp. 517 ss., 521 ss.).

In definitiva, secondo l'orientamento oggi prevalente in dottrina e giurisprudenza, gli elementi caratteristici del lease-back "normale" e sicuramente ricorrenti anche nei trasferimenti a scopo di garanzia non sono analogie sufficienti a giustificare la conclusione che la locazione finanziaria di ritorno sia ricompresa nel genus delle alienazioni a scopo di garanzia.

11. – L'evoluzione delle tecniche di garanzia reale del credito nel nostro diritto non potrà mancare di confrontarsi con la ratifica della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 in materia di riconoscimento dei (e di legge applicabile ai) trusts, avvenuta con

la legge 16 ottobre 1989, n. 364. La Convenzione è in vigore in Italia a partire dal 1° gennaio 1992 (si v., per l'essenziale, M. Lupoi, *Trusts*, Milano, 1997; Id., *Trusts. I) Profili generali e diritto straniero*, in *Enc. giur.*, Roma, 1995; Id., *Trusts. II) Convenzione dell'Aja e diritto italiano*, ivi; A. Gambaro–A. Giardina–G. Ponzanelli, *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento*, in *Leggi civ. comment.*, 1993, pp. 1211 ss.; A. Gambaro, *Trust*, in *Dig. IV, Disc. Priv., Sez. civ.*, XIX, Torino, 1999; Id. *Il trust in Italia e in Francia*, in *Studi in onore di R. Sacco*, I, Milano, 1994, pp. 495 ss.; Id., *Problemi in materia di riconoscimento degli effetti dei trusts nei paesi di civil law*, in questa *Rivista*, 1984, I, pp. 93 ss.; M. Graziadei, *Diritti nell'interesse altrui. Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*, Trento, 1995; Id., *Trusts in Italian Law: a matter of property or of obligation?*, in *Italian national Reports to the XVth International Congress of comparative law*, Milano, 1998, pp. 189 ss.; T. Arrigo–S. Cavanna–E. Marè, *Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile ai trusts ed al loro riconoscimento*, in *Commentario breve al codice civile: leggi complementari*, a cura di G. Alpa e P. Zatti, Padova, 1999, pp. 7 ss.; R. Luzzatto, "Legge applicabile" e "riconoscimento" di trusts secondo la Convenzione dell'Aja, in *Trusts e attività fiduciarie*, 1, 2000, pp. 7 ss.; V. Salvatore, *Il trust*, Padova, 1996; I. Benvenuti (cur.), *I trusts in Italia oggi*, Milano, 1996; S. Mazzamuto, *Il trust nell'ordinamento italiano dopo la convenzione dell'Aja*, in *Vita not.*, 1998, 2, pp. 754 ss.; Id. *The Italian Law of Trusts in the aftermath of the Hague Convention*, in *Europa e diritto privato*, 3, 1998, pp. 781 ss.; alle origini del dibattito della civilistica italiana intorno alla figura del trust si pongono, come è noto, i contributi di R. Franceschelli, *Il trust nel diritto inglese*, Padova, 1935; C. Grassetti, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 548; per un'efficace sintesi circa l'evoluzione della dottrina nostrana negli ultimi cinquant'anni, P. Rescigno, *Notazioni a chiusura di un seminario sul trust*, ivi, 2, 1998, pp. 453 ss.; un ricco panorama bibliografico dedicato ai contributi italiani sul tema è contenuto nella rivista *Trusts e attività fiduciarie. Trimestrale di approfondimento scientifico e professionale*, la cui nascita, sotto la direzione di M. Lupoi, si è avuta col – n. 1, 2000, pp. 135 ss.).

Nel presentare la nozione di quello che la letteratura comparatistica ha definito come il prodotto più peculiare dell'esperienza giuridica di common law (A. Gambaro, *Il "trust" in Italia e Francia*, cit., p. 497; R. Rodière, *Introduction au droit comparé*, Paris, Dalloz, 1979, p. 31; M. Fromont, *Les grands systèmes de droit contemporaines*, Paris, Dalloz, 1987, p. 56; E. Agostini, *Droit comparé*, Paris, 1988, p. 204; ma si vedano ora, sul punto, i saggi raccolti nel volume collettaneo apparso a cura di R. H. Helmholz e R. Zimmermann, *Itinera fiduciae—Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlin, 1998, ed ivi, in particolare, il contributo di M. Graziadei, *The Development of fiducia*

in Italian and French Law from the 14th century to the End of the Ancien Régime, pp. 327 ss.; taluni Autori hanno individuato nel trust una delle più macroscopiche differenze tra sistemi di common law e di civil law: K. Zweigert–H. Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3a ed., Tübingen, 1996, p. 71; ma su tale questione si veda allora J. Gordley, "Common Law" v. "Civil Law". Una distinzione che va scomparendo?, in Scritti in onore di R. Sacco, I, Milano, 1994, pp. 559 ss., 583 s.) si suole fare riferimento ad uno schema normalmente trilatero, in base al quale un soggetto (costituente il trust – settlor) trasferisce un bene o un insieme di beni ad un altro soggetto (trustee), il quale ne diventa titolare fiduciae causa, con l'obbligo di amministrarli non nell'interesse proprio, ma nell'interesse di un terzo soggetto beneficiario (beneficiary), o di uno scopo specifico (A. Gambaro, Il diritto di proprietà, cit., p. 632). Questo schema, per quanto ricorrente, non rende però conto della poliedricità del trust, costituibile per il raggiungimento di molteplici finalità, e quindi suscettibile di assumere configurazioni molto diverse (su questo aspetto, nella letteratura internazionale, v. H. Kötz, Trust und Treuhand: eine rechtsvergleichende Darstellung des anglo-amerikanischen trust und funktionsverwandter Institute des deutschen Rechts, Göttingen, 1963, pp. 38 ss.; H. Hansmann–U. Mattei, The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis, in 73 N.Y. Univ. L. Rev., 1998, pp. 434 ss.; ed in quella italiana, M. Lupoi, Trusts, cit., pp. 6 ss., 19 ss., 121 ss., 257 ss., 411 ss.; Id., Riflessioni comparatistiche sui trusts, in Europa e diritto privato, 2, 1998, pp. 425 ss.; C. Castronovo, Il trust e 'sostiene Lupoi', ivi, pp. 441 ss.; in merito a nozione e funzionamento del trust, nonché alle figure di diritto interno ad esso affini, si rimanda alla letteratura specialistica italiana già citata, ed inoltre a: A. Busato, La figura del trust negli ordinamenti di common law e di diritto continentale, in questa Rivista, 1992, II, pp. 309 ss.; M. Stella Richter jr., Il trust nel diritto italiano delle società, in Banca, borsa, titoli credito, 1998, I, pp. 477 ss.; E. Corso, Trust e diritto italiano: un primo approccio, in Quadrimestre, 1990, p. 496 ss.; P. Piccoli, Possibilità operative del trustee nell'ordinamento italiano. L'operatività del trustee dopo la Convenzione de L'Aja, in Riv. not., 1995, pp. 21 ss.; Id., I trusts e figure affini in diritto civile. Analogie e differenze, in Vita Notarile, 2, 1998, pp. 785 ss.; C. Castronovo, Trust e diritto civile italiano, ivi, 1998, 3, pp. 1323; G. Cesàro, Il trust: quale disciplina?, in Contratti, 1998, 6, pp. 619 ss.; riferiscono, tra l'altro, della giurisprudenza italiana in tema di trust: M. Lupoi, Trust e sistema italiano: problemi e prospettive, in AA.VV. Fiducia, trust, mandato ed agency, Milano, 1991, pp. 101 ss.; M. Graziadei, Trusts nel diritto anglo-americano, in Dig. IV, Disc. Priv., Sez. comm., XVI, Torino, 1999, pp. 256 ss., 264; M. Lupoi–T. Arrigo, National Report for Italy, in D. J. Hayton–S. C. J. J. Kortmann–H. L. E. Verhagen, Principles of European Trust Law, The Hague, 1999, pp. 123 ss., 128 M. Lupoi–T. Arrigo, National Report for Italy,

in D. J. Hayton–S. C. J. J. Kortmann–H. L. E. Verhagen, *Principles of European Trust Law*, The Hague, 1999, pp. 123 ss., 128; L. Ragazzini, Trust "interno" e ordinamento giuridico italiano, in *Riv. del notar.*, 1999, 2, pp. 279 ss.; si segnala da ultimo la giurisprudenza riportata nella rivista *Trusts e attività fiduciarie*, cit., pp. 83 ss.; sulle differenze e le analogie tra fiducia e trust, v. U. Morello, *Fiducia e trust: due esperienze a confronto*, in AA.VV. *Fiducia, trust, mandato ed agency*, cit., pp. 17 ss.; A. Gambaro, *Il diritto di proprietà*, cit., pp. 632 ss.; M. Lupoi, *Trusts*, cit., pp. 463 ss., 548 ss.; L. De Angelis, *Trust e fiducia nell'ordinamento italiano*, in questa *Rivista*, II, 1999, pp. 353 ss.; sul punto v. anche F. Di Ciommo, *Per una teoria negoziale del trust (ovvero perché non possiamo farne a meno)*, in *Corr. giur.*, 1999, 6, pp. 773 ss., 782 ss.; ed in particolare, per gli aspetti di diritto internazionale privato e processuale: G. Broggin, *Trust e fiducia nel diritto internazionale privato*, in *Europa e diritto privato*, 2, 1998, pp. 399 ss.; quanto ai profili tributario e fiscale: A. Stesuri, *Il trust come strumento di pianificazione fiscale*, in *Corr. trib.*, 1998, 44, pp. 3272 ss.; Id., *I trusts esteri in Italia: profili di diritto tributario*, ivi, 1999, 10, pp. 702 ss.; S. Marchese–D. Bartoli, *Commento al decreto ministeriale 4 maggio 1999*, in *Trusts e attività fiduciarie*, cit., pp. 56 ss.; C. Sacchetto, *Bervi note sui trusts e le convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni sul reddito*, ivi, pp. 64 ss.; G. Marino, *La residenza fiscale del trust*, ivi, pp. 72 ss.; S. Pavletic, *Il bilancio del trustee. Appunti sugli aspetti contabili e tributari del trasferimento di beni in trust*, ivi, pp. 79 ss.).

E' noto che tra le peculiarità più apprezzate del trust si annoverano la sua estrema flessibilità e l'idoneità all'impiego nei settori più disparati, quali quello finanziario, commerciale, familiare e successorio (è famoso il rilievo di F.W. Maitland, *Equity also the Forms of Actions at Common Law*, a cura di A.H. Chaytor e W.J. Whittaker, Cambridge, 1984, p. 23, secondo cui il trust è "an 'institute' of great elasticity and generality; as elastic, as general as contract"; da questo assunto muove anche il contributo di D. Hayton, *Exploiting the Inherent Flexibility of Trusts*, in *Journal of International Trust and Corporate Planning*, vol. 7 n. 2, 1999, pp. 69 ss.). Esso "costituisce un possente strumento di autonomia privata, il quale, in particolare, consente di risolvere una serie di problemi molto sentiti nella moderna economia mobiliare che richiede di poter costituire patrimoni separati destinati a vari scopi predeterminati" (A. Gambaro, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 643; v. anche M. Bianca, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996), o più in generale di fare in modo che un complesso di beni sia amministrato nell'interesse altrui (M. Graziadei, *Diritti nell'interesse altrui. Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*, cit., pp. 155 ss.). Il vantaggio del trust è di immediata evidenza, in primo luogo sotto il profilo del risparmio economico, già considerando come esso eviti i pesanti costi di mantenimento delle strutture organizzative collegati alla creazione di nuove

persone giuridiche, strumento quest'ultimo con il quale negli ordinamenti di civil law tradizionalmente si cercano di raggiungere i medesimi risultati perseguiti dal trust nell'area di common law (per il profilo della competitività del trust, sotto l'aspetto civilistico ed economico, si vedano A. Gambaro, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 643; M. Bianca, *Vincoli di destinazione*, cit., p. 89; in generale, in materia di competitività dei modelli giuridici, v. U. Mattei–E. Pulitini, *Modelli competitivi, regole giuridiche ed analisi economica*, in *Quadrim.*, 1990, pp. 77 ss.).

Si noti che, dopo dieci anni dalla ratifica della Convenzione dell'Aja, nel febbraio 1999, un ulteriore passo avanti è stato compiuto lungo la direzione di un pieno riconoscimento di operatività, nel nostro ordinamento, di quest'istituto sempre meno "sconosciuto": si tratta della trascrizione dell'acquisto in trust di un immobile da parte di un trustee italiano, in attuazione del disposto di cui all'art. 12 della Convenzione stessa. In merito alla possibilità di tale trascrizione, la Pubblica Amministrazione aveva dapprincipio manifestato un atteggiamento negativo, formalizzato in una serie di argomentazioni (le si vedano in P. Amati–P. Piccoli, *Trascritto un immobile in trust*, in *Notariato*, 6, 1999, pp. 593 ss.; 594), che in realtà coprivano un più profondo imbarazzo circa le modalità tecniche con le quali, nel nostro ordinamento, sarebbe stato possibile raggiungere tale risultato, anche in considerazione della modulistica esistente in materia di nota di trascrizione (la descrizione dettagliata delle modalità scelte dalla prassi notarile per fare risultare la qualità di trustee dell'acquirente dell'immobile è in P. Amati–P. Piccoli, *Trascritto un immobile in trust*, cit., pp. 594 s.; parte della dottrina si era da tempo espressa a favore della trascrivibilità nel nostro ordinamento dei trusts immobiliari: M. Lupoi, *Trusts*, cit., p. 497; P. Piccoli–E. Corso–M. Dolzani, *La trascrizione degli atti riguardanti "trusts"*, in *Riv.del notar.*, 1995, pp. 1389 ss.; P. Piccoli, *Troppi timori in tema di trascrivibilità del "trust" in Italia*, in *Notariato*, 1995, pp. 616 ss.).

Ora, una trattazione tecnica della figura del trust esula dai confini della presente indagine, la quale intende semplicemente illustrare alcune conseguenze che avverrebbero qualora in Italia si diffondessero i trusts a scopo di garanzia (sui quali si vedano, in generale, anche le riflessioni di A. Sassi, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999, pp. 136 ss.; 407 ss.).

Ed in effetti la prassi ha già mostrato interesse verso l'utilizzo del trust per sopperire alle carenze della nostra disciplina in tema di garanzie reali tipiche.

Illuminante è il precedente del 27 dicembre 1996. In questa data il Tribunale di Milano ha emesso un decreto di omologazione di una delibera assembleare nella quale si prevedeva la costituzione di un trust a garanzia di un prestito obbligazionario. Il caso riguardava una società milanese che si è trovata a dover scegliere se garantire

l'emissione delle proprie obbligazioni mediante la creazione del vincolo ipotecario sui propri immobili, oppure costituendo gli stessi in trust di scopo. Proprio quest'ultima è stata la via preferita dalla società emittente, la quale ha trasferito la titolarità degli immobili ad una società controllata inglese. Tale società estera ha poi emesso azioni per un ammontare corrispondente al valore degli immobili stessi e ha istituito un trust avente ad oggetto le suddette azioni, regolato dalla legge di Jersey; ha inoltre nominato quale trustee una società fiduciaria italiana (la quale meglio avrebbe potuto gestire gli immobili siti nel nostro paese). Scopo del trust era quello di destinare tali azioni al rimborso degli obbligazionisti che avrebbero sottoscritto i titoli emessi dalla società milanese (creazione di un patrimonio separato o di destinazione), ed a tal fine l'atto istitutivo del trust prevedeva che la restituzione delle azioni da parte del trustee alla società emittente sarebbe avvenuta solo in seguito all'integrale rimborso degli obbligazionisti, e la restituzione degli immobili alla società emittente solo previo accertamento dell'avvenuto pagamento degli stessi.

vantaggi apportati in questo caso dalla scelta della costituzione del trust in luogo della garanzia immobiliare tipica sono di immediata evidenza: gli obbligazionisti ottengono una garanzia specifica – la perdita del complesso immobiliare da parte della società emittente è effettiva, ma è temporanea, e cioè destinata a rientrare a seguito del rimborso del prestito agli obbligazionisti – e all'emittente è consentita un'agilità di manovra che non era conseguibile utilizzando i tradizionali istituti di civil law. In particolare il trust in esame consentirebbe di evitare il costo e le lungaggini delle procedure dell'esecuzione forzata per il caso di inadempimento della società emittente alle obbligazioni assunte nei confronti degli investitori; il trustee potrebbe adottare le misure più idonee al perseguimento dello scopo del trust – come il reinvestimento dei canoni di locazione degli immobili per incrementare il patrimonio del trust stesso –, mentre laddove si fosse costituita un'ipoteca, gli immobili sarebbero rimasti improduttivi ai fini della tutela delle ragioni dei creditori, ed anzi avrebbero subito una decurtazione del loro valore a causa dell'insistenza su di essi del vincolo ipotecario; infine, in caso di mancata soddisfazione dei diritti degli obbligazionisti, il trustee potrebbe procedere ad una vendita stragiudiziale della parte del complesso immobiliare necessaria allo scopo, in tempi relativamente brevi e percependo un ricavato generalmente superiore a quello ottenibile in seguito all'esperimento delle procedure giurisdizionali (questi aspetti sono messi in luce da M.E. D'Orio, *Un trust a garanzia di un prestito obbligazionario. Percorsi e tendenze nella dottrina sui trusts*, in *Giur. comm.*, 1998, I, pp. 235 ss.; P. Piccoli, *I trusts e figure affini in diritto civile. Analogie e differenze*, in *Vita Notarile*, 2, 1998, pp. 785 ss., 797 ss.).

12. – L'ingresso del trust di scopo nel diritto dei rapporti patrimoniali segna senz'altro il compimento di un ulteriore ed importante passo verso l'erosione degli antichi dogmi – quali quello dell'universalità della responsabilità patrimoniale e della *par condicio creditorum* – nemici dell'esplicazione dell'autonomia privata nel settore della tutela del credito, e rende sempre più avvertita l'urgenza non solo di una rivisitazione dei principi generali della responsabilità patrimoniale, ma anche di un ripensamento del ruolo da attribuire all'art. 2744 c.c. nel contesto sistematico (su questa linea si pone il contributo di M. Bussani, *Il modello italiano delle garanzie reali*, cit., p. 188 s.).

La traiettoria disegnata dall'evoluzione giuridica testé accennata porterà probabilmente l'interprete di fronte ad una seria alternativa: a) o ritenere che il divieto del patto commissorio abbia una propria (necessaria) ragion d'essere all'interno del sistema; e allora, quando con il trust si crei una garanzia reale 'atipica', si dovrebbe giungere all'assurda conclusione della nullità dello stesso per violazione dell'art. 2744 c.c., con gli enormi svantaggi in termini economici che tale scelta comporterebbe per il diritto italiano rispetto a quello degli altri Paesi europei (su questo punto si vedano i rilievi, assai incisivi, di A. Gambaro, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 650; la dottrina ha notato che il divieto del patto commissorio è "privo di senso là ove si conosca e si pratici il trust" e per questo non ha mai attecchito nei paesi di common law: Alb. Candian, *Appunti dubbiosi sulla "ratio" del divieto di patto commissorio*, cit., c. 184); oppure b), preso atto della necessità di non isolare le soluzioni operative del nostro sistema dal panorama europeo ed internazionale, sacrificandone irrimediabilmente la competitività, si dovrebbe concludere che il divieto del patto commissorio esiste oggi solo perché è stato (tralatziamente) recepito in una norma espressa del codice civile, la cui dilatata interpretazione – tuttavia – rappresenta oggi un omaggio alla storia delle idee e non alle esigenze del sistema giuridico.

In ultima battuta, ad ogni modo, non si può fare a meno di constatare la molteplicità degli spunti di riflessione che i temi toccati dalla presente indagine offrono per il dibattito in materia di responsabilità patrimoniale e garanzie (reali) del credito. La sfida aperta dalla nuova stagione del diritto delle garanzie pare destinata a giocarsi tutta sul campo dell'autonomia privata e della ridefinizione dei suoi limiti nel settore dei rapporti patrimoniali, avendo di mira l'obiettivo di conciliare il bisogno di certezza del diritto con l'esigenza di elasticità di manovra dei privati nel regolamento dei propri interessi patrimoniali.



**TUTOR  
MAGISTRALIS**  
MARIA ROSARIA SODANO