

PREMESSA

L'insegnamento delle *Garanzie dell'obbligazione* nel corso di Diritto civile mi ha reso evidente una lacuna nell'offerta editoriale italiana. Mentre in Francia, anche per la diversa strutturazione dei percorsi universitari, i testi intitolati *Droit de sûretés* sono numerosi e sovente anche molto approfonditi, da noi la materia resta confinata nei due settori tradizionali dei contratti speciali, quindi nella trattazione del libro IV del codice civile, per le garanzie personali, e della tutela dei diritti, contenuta nel libro VI del codice civile, per le garanzie reali.

Con alcuni giovani studiosi si è così provato a presentare una trattazione monografica di livello istituzionale, ma completa e aggiornata, della responsabilità patrimoniale e delle garanzie che l'ordinamento appresta per il creditore. Durante gli ultimi due/tre anni la materia ha subito innovazioni relevantissime da parte del legislatore: in particolare le alienazioni in garanzia, in perenne tensione rispetto al divieto del patto commissorio, si sono manifestate in vari sottotipi legali del patto marciano. E poi: i fenomeni di separazione patrimoniale, le limitazioni della responsabilità del debitore, e i casi di esdebitazione del debitore divengono sempre più numerosi nelle leggi speciali; il settore delle garanzie reali mobiliari, in grande fermento negli ultimi decenni, ha visto apparire il pegno non possessorio; la giurisprudenza prosegue nell'elaborazione del contratto autonomo di garanzia. Tutti questi profili meritano una trattazione coerente e organica.

Lo studente e il giurista pratico, interessato a un primo orientamento nella materia, trovano una bibliografia essenziale per i vari argomenti trattati e l'indicazione delle sentenze di Cassazione più recenti. Non mancano alcuni approfondimenti storici e di diritto comparato, utili per aiutare la comprensione dei vari istituti e per rendere il volume un punto di partenza per ulteriori approfondimenti.

ANGELO CHIANALE

❖ Parte I ❖

LA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE

❖ Capitolo I ❖

LA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE

Sommario

1. Il principio. – 2. I caratteri di personalità e universalità. – 3. La garanzia generica. – 4. Due deroghe: prestito vitalizio ipotecario e 120-*quinqüesdecies* t.u. legge banc. – 5. Il prestito vitalizio ipotecario. – 6. Il credito immobiliare ai consumatori (art. 120-*quinqüesdecies* t.u.b.). – 7. La *par condicio creditorum*. – 8. Deroghe poste dal legislatore: le cause legittime di prelazione. – 9. Altre ipotesi di alterazioni della *par condicio creditorum*. – 10. La legislazione speciale in materia commerciale. – 11. Il divieto del patto commissorio. – 12. La vendita con patto di riscatto. – 13. Il correttivo del patto marciano. – *Bibliografia*.

1. Il principio

Il principio della responsabilità patrimoniale è contenuto nell'art. 2740 c.c., il quale stabilisce che “il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri”. Il principio è contenuto inoltre in apertura del sesto libro del codice civile, il titolo III è infatti rubricato “Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale”. Il principio della “responsabilità patrimoniale” affonda le sue radici nella teoria della “patrimonialità delle obbligazioni” di matrice tedesca, focalizzata sul risultato economico atteso dal creditore e sulle modalità per ottenerlo nella eventualità in cui il debitore non adempia spontaneamente. In base alle concezioni patrimonialistiche, infatti, l'oggetto della obbligazione non sarebbe costituito dalla prestazione, bensì dal bene dovuto, anzi, dalla *totalità* dei beni del debitore, la quale funge, così da garanzia *generica* per l'adempimento. Al creditore, che non può agire attraverso la coercibilità diretta del comportamento del debitore, l'ordinamento offre quale unica soluzione la “responsabilità patrimoniale” del debitore (art. 2740) e da cui consegue la possibilità di aggredire i suoi beni attraverso l'azione di esecuzione forzata (art. 2910

c.c.). Da queste premesse la struttura del rapporto obbligatorio si struttura come sintesi di due componenti: il debito e la responsabilità, intesa come “responsabilità patrimoniale del debitore”, contenuta nella lettera della norma dell’art. 2740 c.c. (il debitore “risponde dell’adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni”). L’istituto è quindi caratterizzato da tre elementi (o fasi): il rimedio all’inadempimento nella eventualità di un rapporto debito-credito non soddisfacente dal punto di vista del suo funzionamento, cui è connessa l’individuazione dei beni sui quali il creditore può far valere le sue ragioni, ed infine l’attivazione delle procedure della espropriazione (art. 2910 c.c.), al fine di garantire al creditore di soddisfarsi anche in via indiretta, sul ricavato della vendita dei beni individuati a garanzia del suo credito.

2. I caratteri di personalità e universalità

La norma espressa dall’art. 2740 c.c. enuncia due importanti principi intorno a cui ruota la disciplina della responsabilità patrimoniale: quelli di “personalità” e “universalità” del patrimonio. Riferendosi la norma a “tutti i suoi beni”, il concetto di “personalità” del patrimonio è riferibile alla oggettività del rapporto, e quindi al patrimonio del debitore considerato nella sua interezza (essendo oramai del tutto abbandonata la concezione personalistica della responsabilità, implicante il coinvolgimento della stessa persona del debitore); mentre quello di “universalità” va invece ricercato nel collegamento con le disposizioni successive, quella in cui il legislatore enuncia le limitazioni (art. 2740, comma 2), e quella che afferma la distinzione fra i creditori in base alle cause legittime di prelazione che assistono il credito, per cui l’intero patrimonio è considerato alla luce dello specifico assoggettamento alla garanzia patrimoniale dei diversi creditori (art. 2741 c.c.). Al principio di universalità della responsabilità patrimoniale una parte della dottrina affianca il principio di “proporzionalità”, volto a impedire che il debitore sia pregiudicato oltre la misura necessaria al soddisfacimento del creditore, sia in sede di espropriazione forzata, sia nella fase (eventuale) di esercizio delle azioni mirate alla conservazione della garanzia.

Va peraltro ricordato che, se, da un lato, la nozione di responsabilità si esplica nel diritto del creditore di aggredire il patrimonio del debitore, dall’altro lato, si configura un obbligo per il debitore di non alterare la propria consistenza patrimoniale. Senza assolutizzare, si può leggere questa norma come diritto del creditore a non vedere alterata da parte del debitore la consistenza del patrimonio. In questo senso la pretesa del creditore

non è da considerarsi come mera aspettativa, ma come un valore tutelato dalla legge attraverso la concessione di mezzi di protezione. In questo senso si deve leggere il dovere “generico” del debitore di mantenere integro il patrimonio, quanto meno nel suo valore, e di astenersi dal sottrarre i propri beni alla garanzia del creditore. Ciò trova conferma nel fatto che la tutela attribuita vale anche contro il terzo che renda in concreto impossibile l’esercizio dell’azione. L’attuazione di questa tutela è prevista con l’azione revocatoria, prevista nel nostro ordinamento agli artt. 2901 ss. Si tratta di un rimedio in base al quale i creditori possono, a determinate condizioni, domandare che siano dichiarati inefficaci nei loro confronti gli atti di disposizione del patrimonio compiuti dai debitori.

3. La garanzia generica

Quando si parla di responsabilità patrimoniale si parla anche di garanzia patrimoniale o “generica”, indicandosi, con quest’ultimo termine, che tutti i beni compresi nel patrimonio del debitore costituiscono una “generica garanzia” del credito. In questo senso si parla del patrimonio del debitore come oggetto della garanzia generica di cui occorre assicurare la conservazione nell’interesse del creditore. Significa cioè che il creditore non ha un diritto particolare su un bene specifico, bensì ha un diritto a procedere mediante esecuzione forzata su qualsiasi bene pignorabile che rientri nel patrimonio del debitore. Le regole che disciplinano la materia si trovano agli artt. 2740 e 2741 c.c. In particolare, la generica responsabilità del debitore è prevista dall’art. 2740 c.c., il quale stabilisce che il debitore risponde con tutti i suoi beni presenti e futuri, salvo le limitazioni previste dalla legge. Occorre però tener presente che finché non si verifica l’inadempimento del debitore, la garanzia rimane appunto “generica”, ossia potenzialmente a disposizione del creditore, ma non aggredibile. Il debitore cioè non subisce alcun vincolo sopra i propri beni che possono essere oggetto di atti di disposizione; solo se si palesa il pericolo (attuale o futuro) che i creditori non possano più soddisfarsi, gli stessi potranno esperire i c.d. “mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale” disciplinati dall’art. 2900 (azione surrogatoria, revocatoria, sequestro conservativo). In questo senso alla garanzia generica si contrappone la garanzia specifica, quella cioè che si configura nelle forme del pegno, della ipoteca e dei privilegi, di cui il singolo creditore può avvalersi per tutelare più intensamente il suo credito (art. 2741 c.c.).

4. Due deroghe: prestito vitalizio ipotecario e 120-*quinqüesdecies* t.u. legge banc.

Il nostro ordinamento sta via via muovendo verso il superamento del principio di “universalità”, in favore dell’opposto principio della “specializzazione della responsabilità patrimoniale”, come d’altronde testimoniano anche le molteplici deroghe all’art. 2740 c.c. Si tratta in sostanza della scissione dell’unità del patrimonio in una pluralità di masse patrimoniali, ciascuna delle quali costituisce la garanzia dei soli creditori aventi ragioni di credito coerenti con la finalità di destinazione di quella specifica massa patrimoniale. D’altra parte, è sempre più forte l’esigenza nel nostro ordinamento di tutelare le ragioni del creditore, rendendo più agevole e veloce il suo soddisfacimento, in caso di difficoltà del debitore nell’adempiere ai propri impegni. A partire da queste premesse, sono emerse nuove forme di garanzia, atipiche, volte a evitare gli ordinari meccanismi di esecuzione, accedendo a procedimenti più rapidi per la realizzazione delle ragioni di credito, in quanto sottratti all’affidamento all’autorità giudiziaria e ai tempi di svolgimento del processo di esecuzione. In tal modo, si potrebbe considerare superato il principio secondo cui il soddisfacimento coattivo delle ragioni del creditore deve sempre passare per il procedimento giudiziario di esecuzione, riconoscendo al contempo all’autonomia privata spazi di intervento prima sconosciuti, e permettendo un modello convenzionale di attuazione del rapporto obbligatorio in caso di mancato adempimento da parte del debitore. In particolare emergono di recente ipotesi di “esdebitazione”: il debitore risponde soltanto con un bene determinato; al di fuori delle ipotesi di esdebitazione concorsuale (es. in caso di sovrindebitamento del consumatore). Fra queste, si segnalano il prestito vitalizio ipotecario e la nuova norma prevista dall’art 120-*quinqüesdecies*, comma 4, lett. a e b, t.u. legge banc., in materia di credito immobiliare ai consumatori, strumenti che configurano entrambi una deroga al principio della responsabilità patrimoniale generica *ex* 2740 c.c..

5. Il prestito vitalizio ipotecario

Lo strumento del prestito vitalizio ipotecario nasce con finalità assistenziali, volte a consentire a soggetti in età avanzata di utilizzare la proprietà immobiliare come riserva finanziaria per ottenere liquidità senza perdere il bene-casa.

Introdotta con l’art. 11-*quaterdecies* della legge del 2 dicembre 2005, n. 248 e poi radicalmente modificata con la legge 2 aprile 2015, n. 44 e con il

d.m. 22 dicembre 2015, n. 226, il prestito vitalizio ipotecario è un contratto di finanziamento che permette agli istituti di credito di concedere finanziamenti riservati a persone fisiche con età superiore ai 60 anni a medio e lungo termine, con capitalizzazione annuale di interessi e spese e con rimborso integrale in unica soluzione alla scadenza. Viene così a delinearsi un modello in cui l'abitazione svolge una duplice funzione: quella di assicurare le esigenze abitative del titolare, da un lato; quella di costituire lo strumento per ottenere credito al fine di soddisfare le proprie esigenze di vita, dall'altro. La capacità di credito del prestito vitalizio ipotecario è ovviamente limitata ed il finanziamento normalmente non eccede una percentuale minima del valore dell'immobile offerto in garanzia. Tuttavia, lo strumento consente di non dover ricorrere, in caso di necessità, alla radicale iniziativa di vendere l'abitazione e trasferirsi in locazione. La differenza di questo strumento dal tradizionale mutuo ipotecario sta nel fatto che a carico del soggetto che beneficia della somma erogata non è previsto alcun obbligo di rimborso; il concedente avrà la possibilità di soddisfarsi per mezzo della vendita dell'immobile solo dopo la morte del beneficiario del finanziamento.

Lo strumento è stato ideato per rendere l'accesso al credito più flessibile, in particolare regolando il potere del creditore di soddisfarsi direttamente sul bene oggetto di garanzia e soprattutto prevedendo un meccanismo di *esdebitazione* degli eredi del beneficiario del prestito, per cui "l'importo del debito residuo non può superare il ricavato della vendita dell'immobile, al netto delle spese sostenute". Il prestito vitalizio ipotecario rappresenta pertanto uno strumento negoziale di finanziamento che deroga al principio generale proprio della responsabilità *ex art. 2740 c.c.*, in quanto limita la responsabilità del debitore alla perdita del bene offerto in garanzia, non potendo gravare oltre tale valore ed impedendo al creditore di optare per la procedura esecutiva ordinaria.

Lo strumento appare efficace e originale per due ordini di ragioni: in primo luogo perché, essendo predisposto per soggetti in età avanzata, rappresenta un incentivo per il finanziatore, dal momento che la durata del prestito sarà presumibilmente più breve, con riduzione dei rischi riguardanti sia l'aumento dei tassi di interesse che la diminuzione del valore dell'immobile offerto in garanzia; in secondo luogo, perché il prestito vitalizio ipotecario rappresenta uno strumento tecnico per trasformare una parte del patrimonio in reddito disponibile, contribuendo così a colmare le lacune di un sistema eccessivamente rigido. D'altra parte, il prestito vitalizio ipotecario è caratterizzato da alcuni elementi di squilibrio: il finanziato ha infatti la possibilità di accedere ad un finanziamento che gli permette di ottenere credito con la sicurezza che il proprio rischio, e soprattutto quello

dei suoi eredi, è limitato alla perdita del bene offerto in garanzia, ma non potrà gravare oltre tale valore, e tale scelta non può essere rimessa al finanziatore, il quale potrebbe evitare l'effetto *esdebitativo* semplicemente ricorrendo alla procedura esecutiva ordinaria, fuggendo così il rischio di aleatorietà caratterizzante il prestito vitalizio ipotecario. Si può pertanto affermare che il legislatore ha voluto introdurre, con questa particolare figura negoziale, alcune deroghe al vigente sistema. Come si è visto, la previsione che il credito si riduca al ricavato dalla vendita del bene ipotecato, con la conseguente esclusione della possibilità di agire su altri beni del debitore, non è che una deroga al principio della responsabilità patrimoniale generica.

6. Il credito immobiliare ai consumatori (art. 120-*quinquiesdecies* t.u.b.)

Un'altra deroga al principio della responsabilità patrimoniale *ex art 2740 c.c.* è stata introdotta con l'art. 120-*quinquiesdecies*, comma 4, lett. a e b, t.u. legge banc. L'articolo rientra nel nuovo Capo I-*bis* del Titolo VI del t.u. legge banc., intitolato "Credito immobiliare ai consumatori", dedicato alla "Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti". Introdotto dal d.l. 21 aprile 2016, n. 72, (con cui si è data attuazione alla Direttiva europea 2014/17/UE del 4 febbraio 2014: *Mortgage Credit Directive*).

La disciplina del credito immobiliare ai consumatori prevista dal nuovo art. 120 *quinquiesdecies* ha un ambito di applicazione molto ben delineato: riguardo ai soggetti a cui la disciplina si rivolge, perché deve trattarsi di contratti tra un finanziatore (*ex art. 120-quinquiesdecies*) e un consumatore (*ex art. 120-quinquiesdecies*), riguardo all'oggetto, perché si applica solo ai contratti di credito come definiti dall'art. 120-*quinquiesdecies*. Al di fuori di questo perimetro, la norma del 120-*quinquiesdecies* non si applica.

In risposta alla esigenza di adottare "misure per incoraggiare i creditori ad esercitare un ragionevole grado di tolleranza prima di dare avvio a procedure di escussione della garanzia", fatta propria dalla Direttiva europea attuata con la d.l. 21 aprile 2016, n. 72, al comma 1, l'art. 120 *qdi* impone agli istituti bancari finanziatori di "adottare procedure per gestire i rapporti con i consumatori in difficoltà nei pagamenti. Alla Banca d'Italia tocca il compito di adottare "le disposizioni di attuazione del presente comma, con particolare riguardo agli obblighi informativi e di correttezza del finanziatore, nonché ai casi di eventuale stato di bisogno o di particolare debolezza del consumatore". Il comma 2 dell'articolo stabilisce che "Il finanziatore non può imporre al consumatore oneri, derivanti dall'inadempimento, superiori a quelli necessari a compensare i costi sostenuti a causa dell'inadempimento stesso".

Fra tutte le previsioni quella che risulta essere più problematica è, però quella contenuta nei commi 3 ss. Al comma 3 si stabilisce infatti che “Fermo quanto previsto dall’art. 2744 del codice civile, *le parti possono convenire*, con clausola espressa, al momento della conclusione del contratto di credito, che in caso di inadempimento del consumatore la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del medesimo bene comporta *l’estinzione dell’intero debito* a carico del consumatore derivante dal contratto di credito anche se il valore del bene immobile restituito o trasferito ovvero l’ammontare dei proventi della vendita è inferiore al debito residuo. Se il valore dell’immobile come stimato dal perito ovvero l’ammontare dei proventi della vendita è superiore al debito residuo, il consumatore ha diritto all’eccedenza. In ogni caso, il finanziatore si adopera con ogni diligenza per conseguire dalla vendita il miglior prezzo di realizzo. La clausola non può essere pattuita in caso di surrogazione nel contratto di credito ai sensi dell’art. 120-*quater*”.

Infine, il comma 4 dispone, con riguardo al comma 3 della norma che:

a) il finanziatore non può condizionare la conclusione del contratto di credito alla sottoscrizione della clausola;

b) se il contratto di credito contiene la clausola, il consumatore è assistito, a titolo gratuito, da un consulente al fine di valutarne la convenienza;

c) costituisce inadempimento il mancato pagamento di un ammontare equivalente a diciotto rate mensili; mentre non costituiscono inadempimento i ritardati pagamenti che consentono la risoluzione del contratto ai sensi dell’art. 40, comma 2; (articolo inserito dall’art. 1, comma 2, d.lgs. 21 aprile 2016, n. 72.

d) il valore del bene immobile oggetto della garanzia è stimato da un perito indipendente scelto dalle parti di comune accordo ovvero, in caso di mancato raggiungimento dell’accordo, nominato dal Presidente del Tribunale territorialmente competente con le modalità di cui al terzo comma dell’art. 696 c.p.c., con una perizia successiva all’inadempimento.

Nei casi, diversi da quelli di cui al comma 3, in cui il finanziatore fa ricorso all’espropriazione immobiliare e, a seguito dell’escussione della garanzia residui un debito a carico del consumatore, il relativo obbligo di pagamento decorre dopo sei mesi dalla conclusione della procedura esecutiva”.

La norma, come si è visto, pone non pochi problemi di squilibrio delle posizioni contrattuali, e per questa ragione il legislatore è intervenuto nell’ultima versione della norma in commento (cfr. art. 120-*quinquiesdecies*, comma 4, lett. *a* e *b*, t.u. legge banc.) per operare alcuni accorgimenti sostanzialmente volti ad impedire possibili pressioni a danno del consumato-

re da parte della banca (divieto di “condizionare la conclusione del contratto di credito alla sottoscrizione della clausola» di cui si discute), e a favorire una consapevole prestazione del consenso da parte del consumatore (il quale è assistito a titolo gratuito da un consulente “al fine di» valutare “la convenienza» della clausola stessa). Nella stessa direzione, va letta anche la previsione per cui, anche se il valore stimato dell’immobile o, a seconda dei casi, i proventi tratti dalla sua vendita a terzi, risultino di importo inferiore al debito residuo, il consumatore, se da una parte avrà perso ormai definitivamente la titolarità dell’immobile, dall’altra risulterà comunque liberato dalla propria esposizione debitoria nei confronti della banca (c.d. “esdebitazione”), con conseguente deroga al principio di responsabilità patrimoniale perpetua espresso dall’art. 2740 c.c.

7. La *par condicio creditorum*

L’art. 2741 c.c. enuncia il principio della *par condicio creditorum* secondo il quale i creditori hanno eguale diritto di soddisfarsi sui beni del debitore. In termini astratti, secondo la regola della *pari condizione dei creditori*, a prescindere dal creditore che abbia iniziato il processo di esecuzione, gli altri creditori possono inserirsi nel procedimento ed essere soddisfatti dal ricavato della vendita dei beni del debitore, in proporzione all’ammontare del credito di ciascuno. In questo modo, in caso di una pluralità di creditori, tutti sono ugualmente garantiti. In pratica, però, l’effettiva parità dei creditori è messa in discussione dalla presenza di altre regole e principi del sistema. La dottrina da tempo si è accorta che più che un principio volto a realizzare un ideale di giustizia, la *par condicio creditorum* è uno strumento che in base a criteri razionali si rivela efficace per risolvere i problemi di concorso delle azioni esecutive di una pluralità di creditori, tenuto sempre conto del fatto che il legislatore può accantonare questo principio laddove ravvisi la esistenza di altri e diversi concreti interessi che reputa meritevoli di tutela.

8. Deroghe poste dal legislatore: le cause legittime di prelazione

Come prima e più significativa deroga posta dal legislatore stesso al principio della *par condicio creditorum*, vi è quella contenuta nello stesso art. 2741 c.c., il quale prevede al comma 1 che l’eguale diritto dei creditori trova un limite nella esistenza di *cause legittime di prelazione*, precisando successivamente che sono cause legittime di prelazione i *privilegi*, il *pegno* e le *ipoteche*.

In questo caso è la stessa legge a prevedere che determinati crediti – in base alla loro natura – vengano ad essere in sede esecutiva preferiti rispetto ad altri crediti, che riceveranno così soddisfazione solo in via eventuale e residuale.

Si ha prelazione quando un creditore (cosiddetto privilegiato) ha diritto di soddisfarsi con preferenza rispetto agli altri creditori (cosiddetti chirografari). Le cause legittime di prelazione previste dall'art. 2741 c.c. possono essere stabilite dalla legge stessa ovvero dalla iniziativa delle parti.

Fra le cause di prelazione stabilite dalla legge troviamo in primo luogo i privilegi (art. 2745 c.c.); ma occorre ricordare in questa categoria anche quelle fattispecie – non menzionate dall'art. 2741, comma 2, c.c. – in cui la legge dispone che alcuni crediti siano anteposti ad altri nella loro pratica soddisfazione. Si segnalano:

– in fase di esecuzione sui beni della comunione i crediti della comunione coniugale, che sono preferiti rispetto ai creditori particolari di un coniuge, non muniti di garanzia reale (art. 189, comma 2, c.c.);

– nel caso di eredità beneficiata i crediti del *de cuius* e i legatari sono preferiti, per ciò che riguarda i beni dell'asse, ai creditori dell'erede (art. 490, n. 3, c.c.); mentre in sede liquidazione, i creditori del *de cuius* sono preferiti ai legatari (art. 499, comma 2, c.c.), e se si verificano le condizioni dell'art. 499, comma 3, c.c., il legatario di specie è preferito rispetto agli altri legatari;

– nel caso di separazione dei beni del defunto dai beni dell'erede, si dà preferenza ai creditori e ai legatari separatisti rispetto ai creditori dell'erede (art. 512, comma 1, c.c.), e in certe condizioni (art. 514, 30 comma c.c.) anche rispetto ai creditori e legatari non separatisti; mentre i creditori separatisti sono preferiti ai legatari separatisti (art. 514, comma 30, c.c.);

– in fase di azione revocatoria, l'art. 2909, comma 2, c.c. dispone che il terzo contraente che abbia verso il debitore ragioni di credito dipendenti dall'esercizio dell'azione revocatoria, “non può concorrere sul ricavato dei beni che sono stati oggetto dell'atto dichiarato inefficace, se non dopo che il creditore è stato soddisfatto”.

Altre ipotesi di prelazione legale sono poi rinvenibili nella legislazione di settore. Si pensi, ad esempio, alla legge 3 aprile 1979, n. 95 sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi che all'art. 2, comma 5 stabilisce che “nella distribuzione di acconti ai creditori previsti dal comma 2 dell'art. 212 della legge fallimentare, sono preferiti i lavoratori dipendenti e le imprese artigiane e industriali con non più di cento dipendenti”.

Dopo i privilegi, la norma dell'art. 2741 menziona le cause di prelazione

stabilite su iniziative delle parti (o, anche dette, di origine convenzionale), si tratta del pegno e dell'ipoteca. Rispetto alle altre cause di prelazione, queste si caratterizzano per la loro natura di diritti sostanziali (non meramente procedurali), e per la caratteristica della realtà, da cui discende che il creditore, oltre ad essere titolare del diritto di prelazione (che gli attribuisce la possibilità di soddisfarsi prima degli altri creditori), è anche titolare del diritto di seguito, il quale gli permette di soddisfarsi su tali diritti di garanzia anche se sono entrati nel patrimonio di terzi. Infine, (tranne per ipoteca legale e giudiziale), pegno e ipoteca nascono dalla volontà del debitore e del creditore interessati.

9. Altre ipotesi di alterazioni della *par condicio creditorum*

Le possibilità di diversificare la rigorosa condizione di parità dei creditori consacrata nel principio della *par condicio creditorum* sono molte e sono il risultato delle scelte arbitrarie di soggetti diversi; alle volte l'alterazione dipende dalle scelte del debitore stesso, poiché rimane sovrano di decidere quale debito (esigibile) adempiere prima e quale dopo. Altre volte, le attenuazioni al principio della *par condicio creditorum* possono dipendere anche da iniziative poste a favore del creditore; basti pensare ai principi che governano il sistema della esecuzione forzata, in forza dei quali il creditore può aggredire i beni del debitore di sua iniziativa e secondo una sua scelta di tempo (art. 2910, comma 1, c.c.), senza doversi preoccupare delle esigenze di soddisfazione degli altri creditori.

La *par condicio creditorum* subisce una discriminazione anche per via delle pretese petitorie: il compratore, pur essendo creditore per la consegna, vanta l'avvenuto acquisto della proprietà, e prevale sui creditori del venditore, i quali agiscono per l'espropriazione del bene.

Va ricordato, inoltre, che la *par condicio creditorum* investe soltanto le obbligazioni pecuniarie; ma il nostro ordinamento (a differenza di quello francese) accoglie l'esecuzione forzata delle obbligazioni non pecuniarie. Sovente il conflitto viene risolto a favore del creditore, il quale avanzi la pretesa in natura relativa ad un bene, rispetto al creditore pecuniario, il quale intenda procedere all'espropriazione di quel bene. Così, ad esempio, la pretesa alla distruzione di un'opera, fatta in violazione di un obbligo, prevale sull'azione esecutiva generica degli altri creditori, poiché l'art. 2933 c.c. consente al giudice di non provvedere alla distruzione, soltanto se derivi pregiudizio all'economia nazionale. Parimenti, la pretesa all'esecuzione forzata dell'obbligazione di concludere un contratto prevale sull'azione e-

secutiva volta all'espropriazione del bene, salva per gli immobili la priorità della trascrizione del pignoramento rispetto alla trascrizione della domanda giudiziale *ex art. 2932 c.c.*

L'eguale trattamento dei creditori viene poi escluso mediante la concessione dell'iscrizione di ipoteca giudiziale in base a provvedimenti di condanna pronunciati in procedimenti sommari. Quanto più ampia è l'utilizzazione dell'ipoteca in funzione cautelare, ed anticipata rispetto alla condanna del debitore nel processo di merito, tanto maggiore è l'erosione della *par condicio* dei creditori. Va in merito osservato che il dibattito che ha per lungo tempo dominato le pagine della dottrina intorno allo spazio da assegnare all'ipoteca giudiziale verteva proprio sulla necessità di preservare l'eguale trattamento dei creditori, ne è risultato un atteggiamento favorevole all'ipoteca giudiziale che ha comportato una proporzionale compressione della *par condicio* dei creditori.

10. La legislazione speciale in materia commerciale

Il progressivo restringimento del preteso principio di eguale trattamento dei creditori si ritrova anche nella legislazione speciale del diritto commerciale, che ha via via permesso fenomeni di separazione patrimoniale, così da limitare la responsabilità del soggetto ad una frazione del patrimonio. L'introduzione nella trama codicistica della società a responsabilità limitata unipersonale ha segnato un significativo approdo del dibattito sulla limitazione di responsabilità nella gestione dell'impresa. Di recente, un modello della creazione di patrimoni separati compare negli artt. 2447-*bis* ss. c.c., introdotti dalla riforma del diritto delle società: è consentita sia la destinazione di un patrimonio separato al perseguimento di uno specifico affare, sia l'assunzione di finanziamenti relativi ad uno specifico affare, i proventi del quale costituiscono patrimonio separato. I creditori relativi alla specifica operazione si soddisfano soltanto sui beni appartenenti al patrimonio separato, mentre agli altri creditori della società non è permessa alcuna azione esecutiva sul patrimonio separato. Da fenomeno circoscritto a talune fattispecie relative agli operatori dei mercati finanziari, culminato nella disposizione dell'art. 22, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, la separazione patrimoniale assume così il ruolo di meccanismo normale a disposizione dei privati. Nella gestione dell'impresa la società di capitali trova uno strumento per la modulazione della propria responsabilità patrimoniale, che sfugge al rigido paradigma costruito dagli interpreti intorno all'art. 2740 c.c. Nella medesima linea evolutiva si pongono anche il trust e l'atto di destinazione, accolto dall'art. 2645-*ter* c.c.

Le situazioni finora descritte mostrano come il principio della *par condicio creditorum* stia via via subendo una profonda erosione nel nostro ordinamento, benché tale tendenza sia sentita in maniera nettamente più forte in altri ordinamenti, come ad esempio in quello tedesco. In Italia, infatti, seppur formalmente, l'affermazione del principio della parità dei creditori rende più vischioso il tentativo da parte della autonomia privata di trovare soluzioni alternative di garanzie reali, più adeguati alla prassi. In questa precisa direzione, tuttavia, si collocano alcuni nuovi modelli di garanzie che si inseriscono nell'ambito delle garanzie personali, quali la fideiussione omnibus, le lettere di patronage, o il contratto autonomo di garanzia.

11. Il divieto del patto commissorio

Al principio generale di parità dei creditori sancito nel nostro ordinamento si ricollega il divieto del patto commissorio. Con questo divieto, espressamente stabilito dall'art. 2744 c.c., la legge considera nullo qualsiasi patto con 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. In questo modo, si impedisce di fatto al creditore di acquisire un bene pignorato o ipotecato di valore superiore rispetto all'ammontare del credito. Il creditore potrà essere soddisfatto solo con la mediazione della procedura espropriativa, perché solo questa garantisce il valore del bene, e non lo espone ad approfittamento da parte del creditore.

La formulazione della norma nell'attuale codice civile dichiara la nullità del patto non solo quando esso venga concluso contestualmente alla costituzione della garanzia (*in continenti*), ma anche quando esso venga concluso successivamente (*ex intervallo*), ed estende espressamente il divieto del patto alla garanzia ipotecaria.

Le giustificazioni di questo divieto sono diverse e si sono alternate nel tempo e nelle opinioni della dottrina. La ratio più diffusa è configurabile dalla dottrina nella esigenza di tutelare il debitore (o più precisamente del soggetto che cerca credito) quale soggetto più debole e più esposto a subire pressioni e condizioni inique da parte del creditore. Ma vi è anche chi riconduce il divieto del patto commissorio alla inderogabilità della procedura giudiziale, tale per cui si deve ritenere inammissibile un soddisfacimento del creditore non mediato dagli strumenti della giustizia. Altri ancora, infine, riconnettono il divieto all'esigenza di impedire un "pregiudizio sociale" derivante dal possibile "prevalere di una siffatta forma di garanzia" e dagli inconvenienti che essa potrebbe produrre. Questa giustifica-

zione permette di ritenere invece pienamente lecito il patto marciano, in quanto mentre nel patto commissorio la vantaggiosità del negozio per l'equivalenza tra valore del bene e valore del credito è del tutto casuale, nel patto marciano essa è elemento del contenuto stesso del contratto¹.

La struttura del patto commissorio si configura come un'alienazione in garanzia (poiché la sua funzione è quella di garantire un credito) condizionata all'inadempimento del debitore. L'inadempimento del debitore funge cioè da condizione sospensiva dell'acquisto da parte del creditore.

Una peculiare disciplina si rinviene nell'ordinamento tedesco. Il § 1149 del BGB introduce il divieto di tutte quelle convenzioni stipulate anteriormente alla c.d. Pfandreife ovvero al momento della realizzazione dell'ipoteca, tese a determinare il trasferimento della proprietà del bene immobile o a compiere atti di disposizione di tale bene. Dopo il momento della realizzazione dell'ipoteca, le convenzioni indicate nel § 1149 BGB sono ammesse, purché queste vengano realizzate nel rispetto del limite del buon costume indicato nel § 138 I BGB, pena la nullità, e deve essere redatto nella forma di un atto notarile come accade per gli atti aventi ad oggetto l'alienazione di un diritto reale immobiliare. Le parti, dopo la c.d. Pfandreife, possono stabilire che il trasferimento della proprietà del bene immobile avvenga per mezzo di una trattativa privata, senza essere in possesso necessariamente di un titolo esecutivo. Le convenzioni sottoscritte in questi termini non sono oggetto di iscrizione nel libro fondiario, poiché, come è noto, l'iscrizione rileva per i negozi reali, ma il c.d. contratto reale volto al trasferimento dei diritti reali immobiliari potrà essere prenotato con un'iscrizione nel libro fondiario (Vormerkung, ex § 883 BGB)».

12. La vendita con patto di riscatto

Occorre ora distinguere il divieto del patto commissorio contenuto nell'art. 2744 c.c. da un'altra ipotesi: la vendita con patto di riscatto, riconosciuta valida nel nostro ordinamento. In questa fattispecie si ha un contratto di vendita (con patto di riscatto), vera e reale, concluso anche per uno scopo non tipico (lo scambio), ma atipico (la garanzia) per cui le parti stabiliscono che la proprietà passi senz'altro all'acquirente, salvo ritornare al venditore, mediante l'esercizio del diritto di riscatto, se questi nel termine convenuto paghi il suo debito". Problemi sul punto sorgono quando il ricorso ad una vendita con patto di riscatto dissimula un mutuo garantito

¹La giurisprudenza è costante sulla validità del patto marciano. V. Cass. 21 gennaio 2005, n. 1273; Cass. 18 aprile 2003, n. 6293.

dal trasferimento in garanzia di un immobile, con funzione tipica del patto commissorio, da considerarsi nullo *ex art. 2744 c.c.*². Dati questi presupposti, si era ritenuto in passato che il criterio distintivo appropriato per distinguere la liceità della vendita con patto di riscatto dalla illiceità del patto commissorio dissimulato, dovesse rintracciarsi nella immediatezza o meno del trasferimento del bene: se il trasferimento del bene avviene immediatamente, la vendita con patto di riscatto non può essere tacciata di illiceità; se invece tale passaggio è differito ad un momento successivo, il negozio è nullo *ex art. 2744 c.c.* Tuttavia, la dottrina più autorevole ha fortemente criticato questo criterio distintivo. L'anticipato trasferimento del bene oggetto della garanzia non è atto ad escludere gli inconvenienti propri del patto commissorio; ciò che rileva come discrimine tra stipulazioni lecite e illecite è semmai che il trasferimento avvenga nel caso di inadempimento, e quindi con funzione di garanzia. Se ciò accade il negozio va collocato non nel campo della vendita, ma in quello delle alienazioni in garanzia "a tipo commissorio con anticipato trasferimento della proprietà: ricadente direttamente e immediatamente nell'ambito del divieto legislativo". In questo senso, il criterio distintivo effettivo tra patto commissorio illecito e vendita con patto di riscatto lecita sta nell'accertare se l'alienazione è o meno diretta a svolgere una funzione di garanzia³.

13. Il correttivo del patto marciano

La ricostruzione causale del divieto di patto commissorio pare essere apertamente contraddetta dall'attuale disciplina contenuta nel d.lgs. n. 170/2004, il quale legittima espressamente i trasferimenti a scopo di garanzia, prevedendo all'art. 6, comma 2 che "ai contratti di garanzia finanziaria che prevedono il trasferimento della proprietà con funzione di garanzia, compresi i contratti di pronti contro termine, non si applica l'articolo 2744 del codice civile". L'alienazione in garanzia di beni infungibili, ed in parti-

² Si veda per tutte, Cass. 21 gennaio 2016, n. 1075.

³ Si veda il *revirement* operato da Cass., Sez. Un., 3 aprile 1989, n. 1611, in *Corr. giur.*, 1989, 524. In senso conforme le più recenti, Cass. 7 settembre 2009, n. 19288; Cass. 11 giugno 2007, n. 13621: "qualora la vendita con patto di riscatto, pur se ad effetti apparentemente immediati, sia stipulata a scopo di garanzia con il fine specifico di attribuire il bene al creditore soltanto nel caso di inadempimento del debitore, il contratto, eludendo il divieto del patto commissorio sancito dall'art. 2744 c.c., è, ai sensi dell'art. 1344 c.c., affetto da nullità per causa illecita"; Cass. 20 luglio 2001, n. 9900; Cass. 27 settembre 1994, n. 7878, in *Mass. Giust. civ.*, 1994, 1154; Cass. 24 settembre 1994, n. 7890.

colare di beni immobili, è ammessa dall'interprete se si presenta con i correttivi del patto marciano: si tratta allora di un'alienazione con il duplice obbligo per il creditore, in caso di inadempimento, di far valutare da un terzo il valore del bene e di versare al debitore la differenza tra quel valore ed il debito non pagato⁴.

In questo quadro generale, di incerta approvazione del patto marciano, è intervenuta la Cassazione, con una pronuncia innovativa, che fissa i limiti entro i quali l'interprete deve muoversi⁵. Il patto marciano, secondo la Suprema Corte, ha un "effetto salvifico" perché ristabilisce l'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni e scongiura l'attuazione coattiva del credito senza controllo dei valori patrimoniali in gioco; è necessario che le parti prevedano "meccanismi oggettivi e procedimentalizzati che ... permettano la verifica di congruenza tra valore del bene oggetto della garanzia, che viene definitivamente acquisito dal creditore, ed entità del credito»; che quindi si preveda "per il caso ed al momento dell'inadempimento ... un procedimento volto alla stima del bene, entro tempi certi e con modalità definite, che assicurino la presenza di una valutazione imparziale».

Quindi il patto che rimane vietato dall'art. 2744 c.c. ha per effetto finale il trasferimento, comunque modulato dalle parti (cioè con condizione sospensiva oppure risolutiva), della proprietà di un bene al creditore, al momento dell'inadempimento, senza alcun obbligo di stima del valore del bene stesso e di restituzione al debitore dell'eccedenza.

Da quanto finora illustrato, si giunge nella dottrina attuale a ravvisare una più realistica ratio del divieto del patto commissorio nella esigenza di "evitare che si sottoscrivano accordi che non prevedono un controllo, a priori, tra il valore del bene dato in garanzia dal debitore e l'ammontare del credito spettante al creditore". Facendo ricorso all'art. 1344 sui contratti in frode alla legge, la giurisprudenza ha applicato il divieto del patto commissorio a qualsiasi negozio diretto al risultato di una indebita coerci-

⁴Per la liceità dell'alienazione in garanzia con i correttivi del patto marciano si veda, nella giurisprudenza anteriore, Cass. 21 giugno 1946, n. 732, in *Giur. it.*, 1947, I, 1, 32; Cass. 27 novembre 1951, n. 2696, in *Foro it.*, 1952, I, 11 ss. (nomina congiunta dell'arbitratore); Cass. 21 luglio 1956, n. 2828 (massima); App. Trento, 18 febbraio 1975, in *Giur. di Merito*, 1975, I, 424 ss.; Trib. Monza 24 maggio 1988, in *Foro it.*, 1989, I, 1271 ss. (patto marciano inserito in un contratto di *sale and lease back*).

⁵Si tratta di Cass. 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Fall.*, 2015, 795 ss., con nota di SPADARO, *Sale and lease back, patto marciano e fallimento del venditore-utilizzatore*, che conferma l'orientamento iniziato, sia pure con minore decisione, da Cass. 21 gennaio 2005, n. 1273, in *Giust. civ.*, 2006, I, 177 ss., seguita da Cass. 9 maggio 2013, n. 10986, in *Vita not.*, 2013, 719 ss.; ed in seguito v. Cass. 21 gennaio 2016, n. 1075, in *NGCC*, 2016, I, 911 ss., con nota di BOTTA, *Gli incerti confini applicativi del divieto del patto commissorio e il sempre più diffuso favore per la pattuizione marciana*.

zione del debitore nei confronti del creditore, configurantesi nella accettazione da parte del debitore di un preventivo trasferimento di un suo bene come conseguenza della mancata estinzione del debito. In questo senso, si è minacciata l'esistenza del patto commissorio in tema di anticresi; di mutuo⁶ e di *lease back*⁷.

Bibliografia

AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella l. 119/2016: il c.d. patto marciano*, in *Crisi d'impresa e fallimento*, 2016, pp. 1-18; BARBIERA, *La responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali. Artt. 2740-2744*, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2010; CHIANALE, *L'ipoteca*, III ed., Torino, 2017, pp. 407-415; D'AMICO *et al.*, *I nuovi Marciani*, Torino, 2017, pp. 105-148; FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie reali*, in *Notariato*, 4, 2006, p. 501 ss.; P. GALLO, *Responsabilità patrimoniale*, in *Commentario del codice civile*, dir. da E. Gabrielli, *Della tutela dei diritti*, artt. 2643-2738, a cura di Bonilini e Chizzini, V.1, Torino, 2016, pp. 819-921; LENZI, *prestito vitalizio ipotecario*, in *Recenti riforme in tema di garanzie del credito bancario*, in *Studio n. 1-2017*, Consiglio Nazionale del notariato, pp. 1-56; MANNELLA-PLATANIA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, nei *Quaderni del Notariato*, Milano, 2015; REALI, *La fiducia a scopo di garanzia, la vendita con patto di riscatto e il divieto del patto commissorio*, in *Trattato dei diritti reali*, vol. V, Milano, 2014, pp. 517-588; ROPPO, *Trattato di diritto privato*, dir. da P. Rescigno, t. 19, Torino, 1985, pp. 407-415 e pp. 433-448; SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, in *Trattato di diritto civile*, Torino, 2011; FIORENTINI, *Le garanzie immobiliari in Europa. Studi di diritto comparato*, Berna-Napoli, 2009, p. 103 ss.

⁶Cass. 15 marzo 2005, n. 5635; Cass. 25 maggio 2000, n. 6864; Cass. 7 dicembre 1999, n. 13708.

⁷Sebbene ormai acquisita la liceità del *sale and lease back*: cfr. Cass. 16 ottobre 1995, n. 10805, in *Foro it.*, 1996, I, 3492 ss., le già citate Cass. 28 gennaio 2015 n. 1625, *Fallimento*, 2015, 791; Cass. 22 marzo 2007, n. 6969; Cass. 21 gennaio 2005, n. 1273. Occorre, tuttavia, rammentare che il giurista italiano ammette tranquillamente la cessione del credito con scopo di garanzia, sottraendola al divieto del patto commissorio. In tale ipotesi, anzi, la forza espansiva del divieto scompare: cfr. Cass. 1 aprile 2003, n. 4930, in *Giust.*, 2003, 15 (cessione, in garanzia di un finanziamento ricevuto, del futuro credito per trattamento di fine rapporto) che esclude la violazione del divieto del patto commissorio, essendo legittima la cessione del credito anche a fine di garanzia e non essendo estensibile in via analogica, oltre le alienazioni di diritti reali e la costituzione di ipoteca e di pegni anche di crediti, la disciplina di cui all'art. 2744 c.c., costituente norma di natura eccezionale.

❖ Capitolo II ❖

LE ALIENAZIONI IN GARANZIA

Sommario

14. Le alienazioni in garanzia in generale. – 15. La legittimazione giurisprudenziale del patto marciano. – 16. Il prestito vitalizio ipotecario. – 17. Il finanziamento immobiliare ai consumatori (art. 120-*quinquiesdecies* t.u.b.). – 18. Il finanziamento alle imprese con alienazione immobiliare (art. 48-*bis* t.u.b.). – 19. La locazione finanziaria (legge 4 agosto 2017, n. 124). – 20. La cessione di crediti in garanzia. – 21. Il trust di garanzia. – 22. ... segue: esempi di trust di garanzia. – 23. Un trust di garanzia nell'art. 48-*bis* t.u.b.? – *Bibliografia*.

14. Le alienazioni in garanzia in generale

La funzione di garantire un credito attraverso la preferenza del creditore su di un immobile viene assicurata anche dalle alienazioni in garanzia, la cui applicazione, ormai nota, nella prassi commerciale, sta diffondendosi anche nel settore immobiliare.

Nel settore immobiliare, lo schema applicativo è il seguente: il debitore trasferisce al creditore un immobile e mantiene il diritto di riacquistarlo in caso di adempimento del debito garantito; qualora il debito non venga adempiuto il creditore resta proprietario dell'immobile, versando però al debitore la differenza tra il valore dell'immobile e il debito non pagato. Questo accorgimento consente di fugare il rischio di un eccessivo approfittamento del creditore nei confronti del debitore. In questa prospettiva, l'alienazione in garanzia di beni infungibili, e in particolare di beni immobili, è ammessa dall'interprete se si presenta con i correttivi del patto marciano: un'alienazione con il duplice obbligo per il creditore, in caso di inadempimento, di far valutare da un terzo il valore del bene e di versare al debitore la differenza tra quel valore ed il debito non pagato.

D'altro lato il divieto del patto commissorio posto dall'art. 2744 c.c. ha

paralizzato ogni possibile evoluzione affidata alla prassi notarile: il timore di violare l'art. 28 della legge notarile, che punisce con la sospensione, ed in caso di recidiva con la destituzione, il notaio che riceva atti espressamente vietati dalla legge, ha costituito il macigno sulla via dell'elaborazione del patto marciano negli studi notarili.

La validità di alienazioni in garanzia di beni immobili attraverso patti marciano è stata ammessa *in primis* dalla giurisprudenza, che ha fissato i caratteri necessari al fine di salvaguardarne la legittimità, nel confronto con il persistente divieto del patto commissorio.

In questo nuovo panorama, il legislatore è intervenuto introducendo alcune figure di "nuovi" patti marciano che si esamineranno nei paragrafi seguenti. Va peraltro segnalato che una prima apertura normativa al patto marciano, come antecedente logico ai recenti interventi, si è avuta con il d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170, come modificato dal d.lgs. 24 marzo 2011, n. 48, di attuazione della direttiva n. 44/2009 CE, in materia di garanzie finanziarie (v. par. 191), ove all'art. 6, comma 2, è riconosciuta la legittimità dei contratti di garanzia finanziaria che prevedono il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia, "indipendentemente dalla loro qualificazione", con espressa previsione che il trasferimento avvenga secondo il modello del patto marciano, e cioè fino a concorrenza del valore dell'obbligazione garantita e con restituzione dell'eccedenza.

L'interprete italiano consente anche il patto marciano con effetto obbligatorio, che obblighi il debitore a compiere il trasferimento in caso di inadempimento: peraltro la soluzione sarebbe inadeguata a tutelare il creditore, il quale vedrebbe svanire la garanzia in caso di alienazione a terzi del bene, con tempestiva trascrizione. Un correttivo, sia pure parziale, dovendosi rispettare i limiti temporali imposti dalla legge, si rinviene dell'art. 2645-*bis* c.c., che permette la trascrizione dei contratti preliminari. Infatti il contratto in esame può rientrare nella qualificazione normativa di preliminare, obbligando il debitore promittente a porre in essere, in caso di inadempimento, un contratto traslativo con causa solutoria, soggetto a trascrizione a sensi dell'art. 2643, n. 1, c.c.

Il patto marciano ha una doppia causa, di garanzia e solutoria. La specifica causa di garanzia rende applicabili le norme dettate per le prestazioni di garanzia: così, ad esempio, ai fini dell'azione revocatoria, l'alienazione contestuale alla nascita del credito garantito deve essere considerata quale atto a titolo oneroso (art. 2901 c.c.). D'altra parte la funzione solutoria, ben chiara in caso di inadempimento, impone di equiparare il patto marciano alla prestazione in luogo di adempimento: nuovamente si tratta di un

atto oneroso – non di un semplice adempimento – ai fini dell'azione revocatoria; inoltre il debitore è tenuto per i vizi e l'evizione in base alle norme sulla vendita, salvo che il creditore preferisca esigere la prestazione originaria (art. 1197 c.c.). Al momento dell'inadempimento un terzo, prescelto dalle parti, determina il valore dell'immobile, operando ai sensi dell'art. 1349 c.c. con equo apprezzamento.

È chiaro che se il debito inadempito supera il valore del bene, il creditore può agire per la differenza in chirografo (salvi gli eccezionali casi di *non recursive mortgage* accolti dal legislatore italiano nel prestito vitalizio ipotecario e, in casi specifici, nel finanziamento immobiliare al consumatore, esaminati nei paragrafi che seguono). Se viene a mancare il debito originario, per nullità, annullamento, risoluzione o rescissione del titolo, cade la causa solutoria e pertanto l'alienazione deve essere dichiarata priva di effetti: ciò deriva dal principio causale, che pervade i negozi traslativi, inclusi quelli con causa solutoria.

In realtà gli interventi del legislatore in materia non devono essere letti come eccezione al divieto del patto commissorio, ma come specifiche fenomenologie del patto marciano, che le parti possono comunque liberamente stipulare. In particolare le singole modalità, nelle quali può trovare espressione il patto marciano, sono affidate alla libera scelta delle parti (nel rispetto dei limiti fissati dalla giurisprudenza della Cassazione, esaminata nel paragrafo seguente). Specifica attenzione dovrà essere dedicata nel contratto alle modalità di escussione della garanzia marciiana, soprattutto per individuare obblighi e poteri del creditore, oppure del terzo titolare del bene alienato in garanzia, nei confronti di altri creditori titolari di prela-

Le alienazioni in garanzia richiamano l'evoluzione storica del mortgage (istituto parallelo all'ipoteca volontaria continentale), come sviluppatasi nel diritto inglese. In origine il creditore veniva investito della proprietà sul bene (fee simple), con una sorta di condizione risolutiva per l'adempimento del debito garantito, e riceveva anche la disponibilità materiale dell'immobile, cosicché il creditore si appropriava dei frutti, in aggiunta agli interessi. Scaduto il termine perentorio dell'adempimento, il creditore manteneva la titolarità del diritto dato in garanzia.

Con le riforme dei diritti immobiliari, attuate nel 1925, viene stabilita una diversa struttura dell'operazione: il creditore ottiene un diritto a tempo sul bene (term of years absolute), che permette al debitore di mantenere la proprietà (fee simple); in alternativa si consente la garanzia mediante gravame acconsentito per atto solenne (charge by deed). Il trasferimento avviene a titolo di garan-

zia, con riacquisto in capo al debitore nel momento del pagamento del debito: la forma usuale di mortgage impone al creditore (mortgagee), che riceve l'adempimento, di effettuare un atto di ritrasferimento a favore del debitore (mortgagor). Così il debitore può riacquistare il diritto concesso al creditore (equity of redemption). Il debitore può alienare la proprietà del bene, salva l'esistenza della garanzia. Egli può anche creare altre garanzie sul bene, attribuendo ai creditori successivi un diritto subordinato alle garanzie vantate dai precedenti creditori. Questa forma di garanzia è soggetta a pubblicità immobiliare, nelle zone dotate di libri fondiari.

L'esito di un mortgage, in caso di inadempimento del debito garantito, può essere di due tipi.

Il creditore può ottenere l'attribuzione definitiva dell'immobile, mediante il citato provvedimento giudiziale (decree of foreclosure), che in passato dichiarava cessato il diritto di riacquisto del debitore, ed a partire dal 1925 (rimanendo al debitore la proprietà del bene) produce l'effetto di trasferire al creditore la proprietà. Viene così estinto ogni diritto del debitore sul bene oggetto della garanzia, salvo restando il credito per l'eventuale eccedenza di valore tra il bene e il debito. L'acquisto da parte del creditore è soggetto alle garanzie anteriori, ed è libero da quelle successive: i creditori titolari di garanzie successive sono litisconsorti e si avvantaggiano del credito del debitore per l'eccedenza di valore.

In alternativa, a richiesta del debitore o di altro creditore, viene compiuta la vendita giudiziale, con ripartizione del ricavato tra i creditori garantiti sull'immobile, secondo le rispettive priorità temporali, con devoluzione del residuo al debitore. La vendita può anche essere compiuta direttamente dal primo creditore, in forza di apposita delega di poteri, che dal 1925 gli è attribuita per legge (power to sell).

In tale ipotesi il creditore esercita un potere discrezionale, senza assumere la veste di trustee del debitore, ma dovendo rispettare soltanto gli obblighi di diligenza imposti dalle regole di responsabilità delittuale. Compiuta la vendita, il creditore opera in veste di trustee per il prezzo ricavato, al fine di assicurarne la corretta ripartizione tra il debitore e gli eventuali altri creditori.

Con l'emanazione del Land Registration Act del 2002, il sistema inglese si è avvicinato al modello continentale, in quanto ora la garanzia immobiliare gravante su immobili soggetti a registrazione deve essere creata mediante legal charge. La garanzia non assegna più al creditore un diritto proprietario, viene costituita mediante la pubblicità immobiliare, e consente la coesistenza di più garanzie sullo stesso immobile, graduate tra loro secondo precise regole di priority.

15. La legittimazione giurisprudenziale del patto marciano

Prima dell'intervento del legislatore in materia, in favore dell'approvazione del patto marciano, è intervenuta la Cassazione, con una pronuncia

innovativa, che fissa i limiti entro i quali l'interprete deve muoversi¹. La Corte ha stabilito che il patto che rimane vietato dall'art. 2744 c.c. ha per effetto finale il trasferimento, comunque modulato dalle parti (cioè con condizione sospensiva oppure risolutiva), della proprietà di un bene al creditore, al momento dell'inadempimento, senza alcun obbligo di stima del valore del bene stesso e di restituzione al debitore dell'eccedenza. La Suprema Corte stabilisce infatti che il divieto sancito dall'art. 2744 c.c. può "estendersi a qualsiasi negozio, ancorché astrattamente lecito, che venga impiegato per conseguire il concreto risultato, vietato dall'ordinamento", con ciò confermando la rilevanza *funzionale* del divieto. In tale panorama, si va affermando una nuova fiducia verso nuovi schemi negoziali volti a realizzare strutture atipiche di garanzia.

Emblematica nel senso di un orientamento costante nel riconoscere validità al patto marciano è l'interpretazione giurisprudenziale in materia di *sale and lease-back* dove, in una logica di tutela della proporzionalità del sinallagma, l'illiceità del contratto viene costantemente esclusa in presenza di una clausola mirante "ad impedire che il concedente, in caso di inadempimento si appropri di un valore superiore all'ammontare del suo credito"². Una valida pattuizione marciana è stata ammessa in caso di mandato irrevocabile a vendere conferito ad una banca in funzione di garanzia del finanziamento concesso³, a dispetto dei precedenti interventi giurisprudenziali⁴ che avevano affermato una possibile integrazione del divieto del patto commissorio nella procura a vendere un immobile, conferita dal mutuatario al mutuante contestualmente alla stipulazione del mutuo, qualora si fosse accertato che tra il mutuo e la procura sussistesse un nesso funzionale. Fra i fattori in grado di escludere la violazione della disposizione commissoria⁵ la giurisprudenza ha poi richiamato la proporzionalità tra la misura del finanziamento e il valore del bene alienato. In dottrina si è osservato che il problema della sproporzione rileva, al pari di un abuso di ipote-

¹ Si tratta di Cass. 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Fall.*, 2015, 795 ss., con nota di SPADARO, *Sale and lease back, patto marciano e fallimento del venditore-utilizzatore*, che conferma l'orientamento iniziato, sia pure con minore decisione, da Cass. 21 gennaio 2005, n. 1273, in *Giust. civ.*, 2006, I, 177 ss., seguita da Cass. 9 maggio 2013, n. 10986, in *Vita not.*, 2013, 719 ss.; ed in seguito v. Cass. 21 gennaio 2016, n. 1075, in *NGCC*, 2016, I, 911 ss., con nota di BOTTA, *Gli incerti confini applicativi del divieto del patto commissorio e il sempre più diffuso favore per la pattuizione marciana*.

² Cass. 28 gennaio 2015, n. 1625; nello stesso senso Cass. 9 maggio 2013, n. 10986, in *De Jure*.

³ Cass. 18 marzo 2015, n. 5440.

⁴ Cass. 10 marzo 2011, n. 5740.

⁵ Cass. 17 marzo 2014, n. 6175.

ca, in quanto potrebbe essere indice di un approfittamento del creditore e quindi rivelatore di un comportamento di quest'ultimo non orientato a buona fede.

La giurisprudenza sembra quindi orientata a conservare il divieto del patto commissorio in un ambito di operatività che si fonda sulla tutela del debitore quale parte debole, esposta alla coartazione del creditore. In questa prospettiva, si può ben comprendere il riconoscimento della validità del patto marciano il quale, assicurando programmaticamente l'equivalenza tra le prestazioni mediante la clausola di stima, evita "il pericolo di abuso sinalagmatico», imponendo in definitiva al debitore una perdita patrimoniale proporzionata al credito garantito. Infine, la giurisprudenza ha precisato che l'illiceità del patto commissorio, non prevedendo, in caso di inadempimento, alcuna modalità di determinazione, alla scadenza dell'obbligazione, del valore della *res* e della sua proporzionalità con il credito garantito, va verificata in concreto sul piano dell'equilibrio negoziale, quale emerge dal collegamento funzionale tra le varie pattuizioni poste in essere dai contraenti⁶.

16. Il prestito vitalizio ipotecario

Il prestito vitalizio ipotecario nasce con finalità assistenziali, volte a consentire a soggetti in età avanzata di utilizzare la proprietà immobiliare come riserva finanziaria per ottenere liquidità senza perdere la proprietà dell'abitazione.

Così si può riassumere questa figura: 1) il finanziatore concede al consumatore ultrasessantenne un mutuo, con capitalizzazione annua di interessi e spese, e con rimborso integrale in unica soluzione alla morte del finanziato (oppure in caso di alienazione del bene, oppure ancora in presenza di determinati eventi pregiudizievoli per il creditore stabiliti dal regolamento di attuazione); 2) il mutuo deve essere garantito da ipoteca di primo grado su un immobile residenziale; 3) in assenza di rimborso entro i dodici mesi dalla morte del finanziato (o dal trasferimento del bene, oppure ancora da un evento pregiudizievole), il finanziatore vende l'immobile al prezzo di mercato "determinato da un perito indipendente incaricato dal finanziatore" – strano modo, questo, di assicurare l'indipendenza del perito –, trattiene le somme ricavate dalla vendita per estinguere il prestito, e versa agli aventi diritto – normalmente gli eredi – l'eventuale eccedenza tra il prezzo incassato ed il debito, per capitale, interessi e spese; 4) l'importo del debito

⁶Cass. 10 marzo 2011, n. 5740.

residuo non può superare il ricavato della vendita dell'immobile, cosicché gli eredi del finanziato non sono mai chiamati a sopportare il rischio che il debito superi il valore del bene (l'esdebitamento già visto al parr. 4, 5, 6); 5) il terzo acquirente è in sostanza protetto da ogni contestazione sul trasferimento ereditario del bene, poi venduto dal finanziatore.

La legge utilizza l'ipoteca in maniera del tutto anomala: il finanziatore ha il potere di vendere l'immobile per estinguere il debito, restituendo l'eccedenza. Nessun finanziatore, pur avendone la facoltà, ricorrerà all'esecuzione forzata ordinaria per far valere la prelazione ipotecaria. Il potere del finanziatore di vendere il bene scatta in caso di inadempimento, cioè quando "il finanziamento non sia integralmente rimborsato entro dodici mesi dal verificarsi degli eventi di cui al citato comma 12": morte del finanziato, trasferimento di diritti reali o di godimento sull'immobile, altri eventi pregiudizievoli. Interviene qui il correttivo marciano: le "eventuali somme rimanenti, ricavate dalla vendita e non portate a estinzione del predetto credito, sono riconosciute al soggetto finanziato o ai suoi aventi causa".

L'avvenuta alienazione a terzi dell'immobile, da parte del finanziato, non deve comportare l'estinzione del potere di rappresentanza, in deroga alle usuali soluzioni in materia di procura e mandato.

Il meccanismo della legge ruota non certo intorno all'ipoteca, ma al mandato con rappresentanza, di fonte legale, concesso al finanziatore *in rem propriam* (e quindi irrevocabile), esercitabile dopo la morte del debitore, con le finalità e nei casi previsti dalla legge. Il prezzo della vendita estingue il debito con restituzione dell'eccedenza agli aventi diritto. Quindi il finanziatore non è affatto garantito dall'ipoteca, ma dal patto marciano, che dà sostanza al mandato legale a vendere e conforma il relativo potere del finanziatore.

Il legislatore italiano doveva trovare uno strumento idoneo a rendere opponibile agli aventi causa del soggetto finanziato l'esercizio del potere di vendita da parte del finanziatore. Ed ha usato l'ipoteca, che era a portata di mano. Forse sarebbe stato meglio introdurre una nuova estensione dell'art. 2645 c.c. per prevedere la trascrizione del patto marciano (anche solo ad effetti obbligatori), relativo ad un immobile, affiancato dal mandato a vendere concesso a favore del creditore, anche esercitabile *post mortem*.

Il prestito vitalizio ipotecario inizia a diffondersi in Gran Bretagna alla fine degli anni '90, con il nome di lifetime mortgage o di equity release, e si è poi diffuso a tutto il mondo anglosassone. Lo strumento permette a soggetti in età avanzata di utilizzare la proprietà immobiliare come riserva finanziaria per ottenere liquidità senza perdere il bene-casa. L'abitazione svolge in questo caso una duplice funzione: da un lato soddisfa le esigenze abitative del titolare, dall'altro costi tuisce lo strumento per ottenere credito al fine di soddisfare le proprie esigenze

di vita. Ovviamente la capacità di credito è limitata ed il finanziamento normalmente non eccede una percentuale minima del valore dell'immobile offerto in garanzia. La differenza con il mutuo ipotecario è evidente: l'operazione non prevede alcun obbligo di rimborso a carico del soggetto a cui favore la somma è erogata. Il concedente potrà infatti soddisfarsi attraverso la vendita dell'immobile solo dopo la morte del beneficiario. I rischi (evidenti) di aleatorietà di un tale contratto sono peraltro aumentati nella nuova riformata versione dell'istituto, che preveda la clausola del "no negative equity guarantee", la quale limita la responsabilità degli eredi al valore di realizzo dell'immobile concesso in garanzia, assumendosi il creditore il rischio dell'eccedenza, senza possibilità quindi di rivalersi nei confronti degli eredi

In Francia, lo strumento è stato recentemente introdotto come "Prêt viager hypothécaire". Si tratta di "un contratto mediante il quale un istituto di credito o un istituto finanziario concede ad una persona fisica un mutuo sotto forma di un capitale o di versamenti periodici, garantiti da un'ipoteca costituita sull'immobile di proprietà del mutuatario e destinato all'esclusivo uso di abitazione di quest'ultimo, il cui rimborso, sia per capitale che per interessi, non sarà esigibile che al decesso del mutuatario o, prima del decesso, al momento dell'alienazione o della costituzione di diritto reale limitato a favore di terzi sull'immobile oggetto di garanzia". Lo strumento francese ha risulta più fruibile rispetto al nostro, sebbene siano fissate alcune specifiche regole tese ad evitare eccessivi pregiudizi per il debitore; in particolare in ordine ai doveri di informazione, all'inapplicabilità ai rapporti d'impresa (quest'ultimo limite indirettamente presente anche nel nostro prestito vitalizio immobiliare riformato). La disciplina francese prevede, in pendenza di rapporto, una serie di doveri di comportamento a carico del debitore, il quale è tenuto alla manutenzione, secondo criteri di diligenza, dell'immobile oggetto di garanzia; qualora il debitore, a causa del proprio comportamento, determini la diminuzione della garanzia incorrerà nella decadenza dal beneficio del termine. La medesima sanzione è prevista nel caso in cui egli muti la destinazione del bene ipotecato o rifiuti al creditore l'accesso all'immobile per controllarne lo stato di conservazione. In particolare il nuovo art. L314-9 ha introdotto un forte elemento a tutela del debitore, prevedendo che il debito del mutuatario o dei suoi aventi causa, che potrà in ogni caso essere anticipatamente rimborsato, anche parzialmente, non potrà eccedere il valore dell'immobile, accertato al momento della scadenza del termine. Il termine dell'operazione è costituito dall'apertura della successione mortis causa del mutuatario ovvero dall'alienazione a terzi dell'immobile. Nella prima ipotesi gli eredi provvederanno a rimborsare il debito al creditore, entro i limiti del valore dell'immobile concesso in garanzia, come stabilito al giorno dell'apertura della successione (nuovo art. L314-13, comma 1). In mancanza il creditore ipotecario potrà, alternativamente, agire per l'esecuzione secondo le regole di diritto comune, salva la limitazione del debito al valore della garanzia; oppure potrà farsi attribuire la proprietà in pagamento, mediante provvedimento giudiziale ovvero mediante un patto commissorio originariamente convenuto. L'alienazione dell'immobile da parte del mutuatario o dei suoi eredi dovrà attuarsi secondo un rigido procedimento, al fine di evitare che la cessione avvenga in frode al creditore.

17. Il finanziamento immobiliare ai consumatori (art. 120-*quinquiesdecies* t.u.b.)

Per la disciplina del credito immobiliare ai consumatori (escluso il prestito vitalizio ipotecario), introdotto in attuazione della Direttiva Mutui 2014/17/UE con il d.lgs. 21 aprile 2016, n. 72, si è già detto al par. 4.

Basta qui ricordare che il nuovo art. 120-*quinquiesdecies* t.u.b. contiene un ulteriore caso di patto marciano.

Il comma 3 stabilisce: “Fermo quanto previsto dall’articolo 2744 del codice civile, le parti possono convenire, con clausola espressa, al momento della conclusione del contratto di credito, che in caso di inadempimento del consumatore la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del medesimo bene comporta l’estinzione dell’intero debito a carico del consumatore derivante dal contratto di credito anche se il valore del bene immobile restituito o trasferito ovvero l’ammontare dei proventi della vendita è inferiore al debito residuo. *Se il valore dell’immobile come stimato dal perito ovvero l’ammontare dei proventi della vendita è superiore al debito residuo, il consumatore ha diritto all’eccedenza.* In ogni caso, il finanziatore si adopera con ogni diligenza per conseguire dalla vendita il miglior prezzo di realizzo”.

Inoltre, in base al comma 4, il valore del bene immobile oggetto della garanzia è stimato da un perito indipendente scelto dalle parti di comune accordo ovvero, in caso di mancato raggiungimento dell’accordo, nominato dal Presidente del Tribunale territorialmente competente con le modalità di cui al comma 3 dell’art. 696 c.p.c., con una perizia successiva all’inadempimento.

Va notata la differenza nel procedimento di nomina del perito tra il prestito vitalizio ipotecario e il credito immobiliare ai consumatori: nel primo caso il *perito indipendente* viene designato dal finanziatore, con evidente rischio di assenza di indipendenza; nel secondo è richiesto l’accordo tra finanziatore e mutuatario. Ancora: nell’ipotesi di alienazione in garanzia che viene esaminata nel paragrafo seguente, il perito è nominato direttamente dal Presidente del Tribunale. Quindi: tre casi di patto marciano e tre diverse modalità di nomina del perito. Il che conferma quanto sia incoerente, sul piano sistematico, introdurre mediante leggi speciali singole ipotesi di alienazione marciana, ciascuna con una propria regolamentazione, invece di provvedere alla riscrittura del divieto del patto commissorio.

18. Il finanziamento alle imprese con alienazione immobiliare (art. 48-bis t.u.b.).

Il legislatore ha infine disciplinato il “finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato”, introducendo nel t.u.b. un nuovo art. 48-bis, attraverso il c.d. decreto salva-banche (d.l. 3 maggio 2016, n. 59, convertito con legge 30 giugno 2016, n. 119, art. 2). Si tratta, come emerge dalla lettura della norma, di un patto a scopo di garanzia accessorio al contratto di finanziamento. La norma, lunga e complessa, può essere così riassunta: la banca che finanzia l'impresa viene garantita dal trasferimento della proprietà di un immobile (diverso dall'abitazione principale del garante), di proprietà del debitore o di un terzo, sospensivamente condizionato all'inadempimento; la banca deve corrispondere al garante “l'eventuale differenza tra il valore di stima del diritto e l'ammontare del debito inadempito e delle spese di trasferimento»; al verificarsi dell'inadempimento la banca notifica al debitore una dichiarazione di volersi avvalere del patto, e precisa l'ammontare del credito; decorsi 60 giorni la banca chiede al Presidente del Tribunale del luogo nel quale si trova l'immobile la nomina di un perito, che entro altri 60 giorni redige la relazione giurata di stima; peraltro “la condizione sospensiva di inadempimento ... si considera avverata al momento della comunicazione al creditore del valore di stima ... ovvero al momento dell'avvenuto versamento all'imprenditore della differenza ... qualora il valore di stima sia superiore all'ammontare del debito inadempito”; se esistono altri crediti con prelazione anteriore al trasferimento condizionato, la banca, che giudichi comunque conveniente avvalersi del patto, versa le somme loro dovute; inoltre, “ai fini del concorso tra i creditori, il patto a scopo di garanzia ... è equiparato all'ipoteca” e la trascrizione del patto produce gli effetti propri dell'art. 2855 c.c., per quanto riguarda il limite della prelazione per gli interessi.

La struttura del patto marciano come trasferimento sottoposto a condizione sospensiva, prevista dal nuovo art. 48-bis t.u.b., non deve essere considerata come l'unica ammissibile, ma è una delle possibili varianti pratiche del patto marciano. Sono legittime anche altre soluzioni:

– il trasferimento sottoposto a condizione risolutiva dell'adempimento, con restituzione dell'eccedenza del valore stimato al momento dell'inadempimento;

– la concessione di un mandato a vendere con rappresentanza dal debitore al creditore, con compensazione tra il debito garantito e l'obbligazione del creditore/mandatario di rimettere al debitore *ex art.* 1713 c.c. quan-

to ricavato dalla vendita, sino a concorrenza del credito garantito (soluzione questa che compare nella norma sul prestito vitalizio ipotecario);

– l’assunzione da parte del debitore dell’obbligazione di trasferire al creditore il bene, in caso di inadempimento, con la solita restituzione dell’eccedenza (cioè: il patto marciano ad effetti obbligatori): saranno quindi applicabili le norme sull’obbligazione di dare, in particolare l’art. 2645-*bis* c.c. per la trascrizione e l’art. 2932 c.c. per l’esecuzione forzata;

– il trasferimento del bene ad un terzo fiduciario, che – in base alle regole sul mandato senza rappresentanza – dovrà vendere il bene, oppure trasferirlo al creditore in caso di inadempimento, sempre con pagamento al debitore dell’eccedenza (con terminologia più moderna: la creazione di un *trust* di garanzia, pur con il dubbio che la terminologia più alla moda possa attivare la segregazione patrimoniale).

Da vari anni, del resto, secondo la ricostruzione più diffusa, si ritiene che, salvo contraria volontà delle parti, l’alienazione in garanzia è sottoposta alla condizione risolutiva dell’adempimento da parte del debitore, o dell’estinzione del debito per altra causa. Inoltre, l’avveramento della condizione, consistente appunto nell’adempimento del debito garantito, non ha effetto retroattivo, proprio in considerazione della natura del rapporto, come previsto dall’art. 1360 c.c. L’alienazione in garanzia, infatti, viene effettivamente voluta dalle parti con l’intenzione di attribuire al creditore la situazione dominicale sul bene, con il successivo ripristino della titolarità in capo al debitore al momento dell’adempimento. Non pare coerente con la funzione dell’alienazione in garanzia la risoluzione retroattiva del trasferimento: il recupero del bene da parte dell’alienante rappresenta uno degli esiti alternativamente previsti dalle parti, e costituisce lo sviluppo naturale della vicenda in caso, appunto, di adempimento.

19. La locazione finanziaria (legge 4 agosto 2017, n. 124)

Una ulteriore e particolare ipotesi di alienazione in garanzia potrebbe rinvenirsi nell’art. 1, comma 136, della legge 4 agosto 2017, n. 124, in materia di mercato e concorrenza, recante disposizioni finalizzate a “rimuovere ostacoli regolatori all’apertura dei mercati, a promuovere lo sviluppo della concorrenza e a garantire la tutela dei consumatori, anche in applicazione dei principi del diritto dell’Unione europea in materia di libera circolazione, concorrenza e apertura dei mercati, nonché delle politiche europee in materia di concorrenza”. In particolare, il comma 136 dell’art. 1 introduce un precisa qualificazione del contratto di locazione finanziaria, si-

nora assente nel diritto sostanziale: si tratta del “un contratto con il quale la banca o l’intermediario finanziario iscritto nell’albo di cui all’art. 106 del testo unico di cui al d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, si obbliga ad acquistare o a far costruire un bene su scelta e secondo le indicazioni dell’utilizzatore, che ne assume tutti i rischi, anche di perimento, e lo fa mettere a disposizione per un dato tempo verso un determinato corrispettivo che tiene conto del prezzo di acquisto o di costruzione e della durata del contratto. Alla scadenza del contratto l’utilizzatore ha diritto di acquistare la proprietà del bene ad un prezzo prestabilito ovvero, in caso di mancato esercizio del diritto, l’obbligo di restituirlo”.

Il comma 138 regola l’esito dell’inadempimento da parte dell’utilizzatore, che in linea generale può portare alla risoluzione della locazione finanziaria e a far conservare alla società di leasing la proprietà dell’immobile finanziato. Un problema sorge infatti nel disequilibrio che si verifica tra le parti del contratto, in caso di leasing di immobili o di altri beni non rapidamente ammortizzati, soprattutto se la durata residua del leasing è breve, perché la società di leasing può aver riscosso un elevato numero di canoni, che in sostanza hanno rimborsato un’ampia parte del finanziamento, e può rimanere proprietaria del bene.

Il comma 138 prevede che “il concedente ha diritto alla restituzione del bene ed è tenuto a corrispondere all’utilizzatore quanto ricavato dalla vendita o da altra collocazione del bene, effettuata ai valori di mercato, dedotte la somma pari all’ammontare dei canoni scaduti e non pagati fino alla data della risoluzione, dei canoni a scadere, solo in linea capitale, e del prezzo pattuito per l’esercizio dell’opzione finale di acquisto, nonché le spese anticipate per il recupero del bene, la stima e la sua conservazione per il tempo necessario alla vendita. Resta fermo nella misura residua il diritto di credito del concedente nei confronti dell’utilizzatore quando il valore realizzato con la vendita o altra collocazione del bene è inferiore all’ammontare dell’importo dovuto dall’utilizzatore”.

Il comma successivo dispone che a tale fine “il concedente procede alla vendita o ricollocazione del bene sulla base dei valori risultanti da pubbliche rilevazioni di mercato elaborate da soggetti specializzati. Quando non è possibile far riferimento ai predetti valori, procede alla vendita sulla base di una stima effettuata da un perito scelto dalle parti di comune accordo nei venti giorni successivi alla risoluzione del contratto o, in caso di mancato accordo nel predetto termine, da un perito indipendente scelto dal concedente in una rosa di almeno tre operatori esperti, previamente comunicati all’utilizzatore, che può esprimere la sua preferenza vincolante ai fini della nomina entro dieci giorni dal ricevimento della predetta comunica-

zione. Il perito è indipendente quando non è legato al concedente da rapporti di natura personale o di lavoro tali da compromettere l'indipendenza di giudizio. Nella procedura di vendita o ricollocazione il concedente si attiene a criteri di celerità, trasparenza e pubblicità adottando modalità tali da consentire l'individuazione del migliore offerente possibile, con obbligo di informazione dell'utilizzatore".

In sostanza, le nuove norme mettono in luce la funzione di garanzia, a favore della società di leasing, svolta dalla proprietà del bene oggetto di locazione finanziaria. La conservazione della proprietà del bene in capo alla società di leasing, che costituisce esito normale della risoluzione del contratto per inadempimento dell'utilizzatore, viene considerata come risultato di un'intestazione in garanzia del bene, a fronte del finanziamento concesso dalla società all'utilizzatore. Nello stesso modo è considerata la vendita del bene che la società di leasing può realizzare, dopo la risoluzione del contratto di locazione finanziaria. Pertanto la funzione satisfattiva, al momento dell'inadempimento dell'utilizzatore, viene temperata dal correttivo marciano (valutazione indipendente del bene e restituzione dell'eccedenza), al fine di evitare un ingiustificato arricchimento da parte della società di leasing.

20. La cessione di crediti in garanzia

Come è noto mediante la cessione del credito, regolata dagli artt. 1260 ss. del codice civile, un creditore (il cedente) trasferisce un proprio diritto di credito a un terzo (il cessionario), senza necessità del consenso del debitore (il ceduto). Qualsiasi credito può essere ceduto, purché non ne sia vietato il trasferimento e la prestazione non abbia natura strettamente personale. Se la cessione avviene a titolo oneroso, il cedente deve garantire al cessionario soltanto l'esistenza del credito, non anche l'adempimento da parte del debitore ceduto, a meno che non abbia assunto espressamente anche tale garanzia. Il credito si trasferisce con tutte le garanzie e i privilegi dai quali era assistito. La cessione ha effetto nei confronti del debitore ceduto soltanto quando egli l'abbia accettata o gli sia stata notificata. Tuttavia, anche prima della notificazione, il debitore che paga al cedente non è liberato se il cessionario prova che il debitore era a conoscenza dell'avvenuta cessione. Se il cedente ha compiuto più atti di cessione a diverse persone, prevale la cessione che sia stata notificata per prima al debitore o che questi abbia accettato per prima con atto di data certa.

Relativamente alla causa la cessione del credito, si dice, viene regolata dal codice civile come “contratto neutro”. Essa infatti può essere stipulata a titolo gratuito, con la forma solenne imposta per legge alla donazione. Oppure può essere stipulata a titolo oneroso: ad esempio dietro corrispettivo pagato dal cessionario; ovvero mediante conferimento in società; ovvero in funzione di pagamento; ovvero ancora – come qui interessa – a scopo di garanzia.

La cessione del credito a scopo di garanzia è effettuata dal creditore cedente a un terzo cessionario al fine di garantire l’adempimento di un debito: A (cessionario garantito) è creditore di B (cedente), B a sua volta è creditore di C (ceduto); quindi B può cedere ad A, in funzione di garanzia per l’adempimento del proprio debito, il credito che B stesso vanta verso C. Pertanto, dopo l’accettazione da parte di C o la notifica a lui fatta della cessione, C (ceduto) deve adempiere a favore di A (cessionario). Normalmente l’oggetto della cessione in garanzia è un credito pecuniario, che può anche essere futuro (purché ovviamente determinato o determinabile a sensi dell’art. 1348 c.c.).

Un esempio oggi rilevante di cessione di crediti futuri in garanzia riguarda l’installazione di impianti fotovoltaici, per i quali i privati stipulano con il Gestore Servizi Elettrici (GSE) apposite convenzioni, che consentono di immettere in rete l’energia elettrica prodotta e di ricevere il relativo corrispettivo dal Gestore. Il privato può ottenere un mutuo bancario, per finanziare la costruzione dell’impianto, cedendo in garanzia alla banca i propri crediti verso il Gestore.

La cessione di crediti in garanzia ha natura accessoria. La funzione di garanzia comporta che l’adempimento fatto dal cedente del proprio debito verso il cessionario ha natura risolutoria e farà venire meno gli effetti della cessione del credito in garanzia, che torna automaticamente in capo al cedente. Invece l’inadempimento del cedente consente al cessionario di conservare la titolarità del credito e di esigere e conservare il pagamento fatto dal ceduto.

La figura in esame è sempre stata considerata ammissibile: da un lato, la causa di garanzia è causa idonea al trasferimento del credito oggetto di cessione; d’altro lato, per i crediti pecuniari non sussistono i rischi di abuso del creditore garantito nei confronti del debitore cedente, che sono a fondamento del divieto del patto commissorio. Per quest’ultimo profilo la giurisprudenza infatti esclude che il divieto posto dall’art. 2744 c.c. per i beni mobili e immobili possa venire esteso anche ai diritti di credito.

La forma della cessione di crediti in garanzia è libera. Peraltro l’art. 69, r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 (t.u. sulla contabilità dello Stato), impone,

se il debitore ceduto è una Pubblica Amministrazione, che la cessione del credito risulti da atto pubblico o da scrittura privata autenticata.

La cessione di crediti in garanzia si differenzia da altre figure, a prima vista piuttosto simili.

a) La cessione di scopo di garanzia va distinta dalla normale cessione del credito con garanzia data dal cedente dell'adempimento da parte del debitore ceduto (la cessione di crediti pro solvendo). Un esempio di cessione pro solvendo è dato dalla legge 21 febbraio 1991, n. 52, che disciplina le operazioni di factoring, cioè le cessioni in blocco di crediti presenti e futuri da un imprenditore a un soggetto finanziatore. Nella cessione pro solvendo infatti vi è accessorieta di un rapporto obbligatorio rispetto ad un altro: la garanzia sull'adempimento da parte del debitore costituisce un rapporto obbligatorio accessorio al credito ceduto. Invece nella cessione in garanzia esistono due rapporti obbligatori a favore del cessionario, nel medesimo tempo: il credito (garantito) verso il cedente e il credito verso il ceduto sono due rapporti che coesistono e il cessionario creditore può soddisfare le sue pretese sull'uno ovvero sull'altro.

b) La cessione di crediti in garanzia differisce dal trasferimento di un credito a titolo di *datio in solutum* (artt. 1197 e 1198 c.c.), nel quale il debitore si accorda con il proprio creditore affinché il trasferimento di un altro credito, che il debitore vanta verso il ceduto, abbia l'effetto di estinguere l'obbligazione. Infatti quest'ultima, consistendo in una prestazione diversa dall'adempimento della prestazione dovuta, comporta appunto l'estinzione dell'obbligazione, mentre nella cessione in garanzia il credito garantito rimane in vita e il creditore, in caso di inadempimento del cedente, conserva il proprio credito verso il cedente stesso, eventualmente ridotto a seguito del pagamento che il ceduto fa al creditore cessionario. Gli interpreti hanno elaborato un criterio cronologico per distinguere le due figure: se la cessione di credito avviene dopo che è scaduta l'obbligazione principale cui essa accede, si presume che sia stata fatta in funzione di adempimento; se essa avviene prima della scadenza, o contestualmente al sorgere dell'obbligazione principale, si presume che la cessione sia retta dalla causa di garanzia.

c) La cessione di crediti in garanzia differisce dal pegno di crediti, perché in quest'ultimo non si verifica il trasferimento del credito, oggetto della garanzia, in capo al creditore pignoratizio. Le due figure peraltro presentano indubbiamente profili di contatto e per alcuni aspetti il cedente in garanzia può considerarsi alla stessa stregua del debitore pignoratizio. Così alla cessione di crediti in garanzia può applicarsi l'art. 2803 c.c.: il creditore cessionario – alla pari del creditore pignoratizio – è tenuto a riscuotere

alla scadenza il credito ricevuto in garanzia e, se questo ha per oggetto danaro o altre cose fungibili, deve, a richiesta del debitore cedente, effettuare il deposito nel luogo stabilito di comune accordo o altrimenti determinato dall'autorità giudiziaria.

21. Il trust di garanzia

Lo scopo di un trust (diamo qui per scontato che si tratti di un trust riconoscibile in Italia) può anche essere quello di garantire un determinato credito. Il debitore-disponente trasferisce al gestore (*trustee*) uno o più beni, al fine di garantire il creditore-beneficiario: le regole sulla gestione dei beni e le modalità di soddisfacimento del creditore in caso di inadempimento possono essere le più varie e vengono tutte previste nell'atto istitutivo del trust. Si crea cioè una garanzia reale atipica estremamente flessibile, tutta regolata dall'autonomia privata delle parti.

In sostanza, l'incarico dato al gestore può essere quello di trasferire direttamente al creditore insoddisfatto i beni conferiti nel trust, oppure di venderli per pagare con il ricavato il creditore stesso. Se al trust di garanzia viene apposto il correttivo del c.d. patto marciano (v. parr. 16 e 22) non vi sono ostacoli per la sua ammissibilità: il valore di mercato dei beni, che vengono trasferiti dal gestore al creditore in caso di inadempimento del disponente, deve essere valutato da un terzo indipendente nel momento dell'inadempimento e non può eccedere il debito inadempito. Se il gestore deve provvedere alla vendita dei beni, soltanto la parte di ricavato necessaria per estinguere il debito viene pagata al creditore; per l'eccedenza il debitore figura quale beneficiario del trust.

L'art. 2744 c.c. opera soltanto per il caso di incarico al gestore di trasferire al creditore i beni oggetto di trust, senza stima e anche per valore eccedente il debito: torna qui attivo il divieto di stipulazione commissoria.

Il trust consente di superare la staticità dei modelli giuridici delle garanzie reali codicistiche, affrontando le esigenze caso per caso. Soprattutto l'utilizzazione del trust con scopo di garanzia consente di superare la staticità imposta dal requisito di determinatezza dell'oggetto delle garanzie reali classiche (salvo il pegno *ex art.* 46 t.u.b. e il recente pegno non possessorio). Infatti può essere conferito in trust non soltanto un singolo bene, ma un fondo, inteso come patrimonio mutevole composto da beni di varia natura, nonché dai loro frutti e incrementi. Ogni tipo di bene mobile, immobile, e anche immateriale, può formare oggetto di un trust (edifici, terreni, autoveicoli, navi e aeromobili, titolo di credito, quote di società sia di capi-

tale sia di persone, opere d'arte, oggetti o arredi preziosi, opere dell'ingegno, marchi e brevetti, denaro, crediti verso terzi).

Il gestore del trust di garanzia deve amministrare i beni secondo le istruzioni ricevute e secondo la diligenza richiesta. Poiché il gestore ha il potere di alienare i beni, il trust di garanzia è normalmente dotato della rotatività, che con difficoltà si è andata legittimando nel settore del pegno.

In particolare rispetto all'ipoteca il trust mostra una flessibilità decisamente superiore. Il modello ipotecario si fonda sulla conservazione della proprietà in capo al debitore; il trust di garanzia invece trasferisce la titolarità dell'immobile al gestore, che ha poteri di gestione e di liquidazione del bene. Quindi l'immobile può essere alienato dal gestore durante l'esistenza del debito (che può essere anche di 20/30 anni), sostituendo ad esso come oggetto di garanzia il prezzo ricavato oppure i nuovi beni acquistati con tale prezzo. Poi in caso di inadempimento il gestore può liquidare il bene, secondo le istruzioni ricevute nell'atto istitutivo del trust, oppure assegnare il bene al creditore, sempre con il correttivo marcano della valutazione imparziale e della restituzione dell'eccedenza al debitore. Invece il creditore ipotecario può realizzare il credito solo attraverso l'espropriazione del bene, nei modi previsti dal codice di procedura civile, e quindi attraverso la vendita e l'attribuzione del ricavato in via primaria rispetto agli altri creditori, ovvero attraverso l'assegnazione giudiziale.

22. ... segue: esempi di trust di garanzia

La giurisprudenza di merito e la pratica degli affari hanno individuato alcune ipotesi specifiche, nelle quali può apparire utili l'adozione del trust in garanzia.

1) Il trust di garanzia può essere utilizzato nelle operazioni di *project financing* di rilevanti opere strutturali, che generano nel tempo un elevato flusso di cassa (es. autostrade, ponti o tunnel a pedaggio) e che normalmente vedono l'intervento di numerosi finanziatori, sovente con condizioni di prestito diversificate. I finanziatori considerano il flusso di cassa, derivante dall'esercizio dell'opera, come sorgente stabile dei fondi necessari per rimborsare il prestito. A tal fine il gestore del trust viene incaricato di incassare i ricavi prodotti dall'opera finanziata e di pagare le rate del finanziamento, ripartendo i versamenti tra i veri finanziatori, fino all'estinzione del debito.

2) Il trust di garanzia è stato utilizzato nell'emissione di obbligazioni societarie, allo scopo di tutelare in maniera più idonea i portatori dei titoli, invece di iscrivere ipoteca sugli immobili sociali. Un noto decreto del Tribunale di

Milano del 27 dicembre 1996 ha concesso l'omologazione (all'epoca ancora necessaria) a una delibera assembleare nella quale si prevedeva la costituzione di un trust immobiliare a garanzia di un prestito obbligazionario. La società emittente ha trasferito la titolarità degli immobili ad una controllata inglese, che 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. Scopo del trust era quello di destinare i dividendi di tali azioni, prodotti dai canoni di locazione degli immobili, al rimborso degli obbligazionisti che avrebbero sottoscritto i titoli emessi dalla società emittente. I vantaggi apportati in questo caso dalla scelta della costituzione del trust in luogo della garanzia immobiliare tipica sono di vario tipo: la gestione degli immobili viene sottratta alla società debitrice e affidata al terzo gestore; in caso di inadempimento della società emittente si evita le procedura.

3) Uno scopo di garanzia e di liquidazione caratterizza i trust costituiti per assistere il concordato preventivo delle imprese. Ad esempio, i beni dei soci illimitatamente responsabili possono essere conferiti in trust, individuando come beneficiari i creditori in concordato.

23. Un trust di garanzia nell'art. 48-bis t.u.b.?

È interessante raffrontare il trust di garanzia con la variante di patto marciano di recente introdotta dall'art. 48-bis t.u.b. (d.l. 3 maggio 2016, n. 59).

La nuova norma – si è già visto: par. 18 – prevede che un finanziamento bancario all'impresa possa “essere garantito dal trasferimento ... della proprietà di un immobile o di un altro diritto immobiliare dell'imprenditore o di un terzo, sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore”. È anche previsto che tale trasferimento sia fatto “in favore del creditore o di una società dallo stesso controllata o al medesimo collegata ... e autorizzata ad acquistare, detenere, gestire e trasferire diritti reali immobiliari”. Quando il trasferimento avviene tra il debitore e la società terza, la figura delineata dalla norma deve necessariamente arricchirsi di un ulteriore contenuto: occorre infatti un mandato dal debitore trasferente alla società, che integri la disciplina di legge. Ad esempio, si deve regolare la sorte dei frutti e delle spese dell'immobile tra il momento dell'inadempimento del debitore e quello della vendita sul mercato del bene.

La prima differenza fondamentale rispetto al trust di garanzia consiste nella mancata separazione dei beni trasferiti al gestore dal patrimonio del

gestore stesso. Peraltro, secondo le più recenti riflessioni in tema di proprietà nell'interesse altrui, la proprietà del gestore, espressamente finalizzata secondo la legge a garantire l'adempimento del debitore, potrebbe giovare della separazione patrimoniale necessaria per assolvere il proprio compito. Si tratterebbe di una conformazione della proprietà, assistita appunto dalla separazione rispetto al patrimonio del terzo gestore, derivante dal contenuto dell'art. 48-*bis* t.u.b.

La seconda differenza consiste nella condizione sospensiva che l'art. 48-*bis* t.u.b. prevede sia inserita nel trasferimento marciano da esso creato. Infatti nel trust il trasferimento dei beni al gestore non è condizionato e il gestore diventa proprietario dei beni stessi, che deve appunto gestire secondo le istruzioni dell'atto costitutivo e le regole di diligenza. Se però si ammette che il trasferimento in garanzia, delineato dall'art. 48-*bis* t.u.b. possa anche essere risolutivamente condizionato all'inadempimento, allora la differenza con il trust si riduce decisamente.

D'altro canto questa nuova forma di garanzia immobiliare presenta inegabili punti di somiglianza sia con la struttura sia con gli effetti di un trust di garanzia: il debitore/disponente trasferisce un diritto reale immobiliare a un gestore; il gestore deve svolgere dapprima un'attività di gestione (specie se il trasferimento è risolutivamente condizionato all'inadempimento) e poi di liquidazione in favore del creditore beneficiario; per l'eccedenza il debitore risulta beneficiario e quindi titolare di un credito restitutorio verso il gestore; la gestione deve essere svolta secondo le istruzioni del mandato ricevuto dal debitore e comunque con applicazione delle regole professionali di diligenza del gestore; i creditori del disponente non possono aggredire i beni, in quanto la trascrizione del trasferimento è loro opponibile.

Bibliografia

AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella L. N. 119/2016: il c.d. patto marciano*, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, 2016, pp. 1-18; CHIANALE, *L'inutilità dell'ipoteca nel "prestito vecchietti"*, in *Notariato*, 2016, p. 358 ss.; CHIANALE, *L'ipoteca, principi generali e aspetti applicativi*, III ed., Torino, 2017, pp. 21-43, e 306-309; G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, in *I nuovi Marciani*, a cura di D'Amico, Pagliantini, Piraino, Rumi, Torino, 2017, pp. 1-39; FIORENTINI, *Le garanzie immobiliari in Europa. Studi di diritto comparato*, Berna-Napoli, 2009, p. 103 ss., ID., *La riforma francese delle garanzie reali*, in *Notariato*, 4, 2006, 501; MANNELLA-PLATANIA, *Il prestito vitalizio ipoteca-*

rio, nei *Quaderni del Notariato*, Milano, 2015; REALI, *La fiducia a scopo di garanzia, la vendita con patto di riscatto e il divieto del patto commissorio*, in GAMBARO-MORELLO, *Trattato dei diritti reali*, vol. V, Milano, 2014, pp. 517-588; RUMI, *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni "marciante" a garanzia del credito immobiliare*, in *I nuovi marcianti*, cit., pp. 105-142.