

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza



**I diritti reali di garanzia. Italia, Inghilterra e
Spagna: tre esperienze a confronto**

Relatore: *Chiar.mo Prof. Andrea Fusaro*

Tesi di laurea di:

Francesca Boccaccio

Matricola 3797873

Anno accademico 2016/2017

*A Beppe,
Angelo Custode e maestro di vita*

INDICE

CAPITOLO I

LA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE E L'EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA DEL CREDITO.....1

1. Il sistema delle garanzie e le ragioni economiche sottese ad una sua ottimale regolamentazione.....	1
1.1. La tutela del credito in Italia: cenni.....	5
2. Il divieto di patto commissorio ed i limiti all' "autosoddisfazione" del creditore.....	7
2.1. Le ragioni del divieto.....	9
2.2. Il patto commissorio obbligatorio.....	12
2.3. Il <i>sale and lease back</i> e la sua dubbia compatibilità con il divieto di patto commissorio.....	13
2.4. La deroga al divieto di patto commissorio nei contratti di garanzia finanziaria.....	15
3. Le alienazioni a scopo di garanzia.....	17
3.1. La vendita con patto di riscatto o con patto di retrovendita.....	20
3.2. La cessione di crediti a scopo di garanzia.....	23
3.3. Il <i>trust</i> con funzione di garanzia.....	26
3.4. Considerazioni conclusive in materia di alienazioni in funzione di garanzia.....	29
4. Le inefficienze della normativa precedente e la <i>ratio</i> del d.l. 59/2016.....	30
4.1. L'assenza di garanzie mobiliari non possessorie.....	32
4.2. La mancanza di un registro nazionale delle garanzie mobiliari.....	32
4.3. L'assenza di meccanismi extragiudiziali di escussione della garanzia.....	33
4.4. L'introduzione del patto marciano.....	34
4.4.1. Le radici del patto marciano ad un'analisi comparatistica.....	36
4.4.2. La disciplina legislativa in Italia.....	37

CAPITOLO II

LE GARANZIE MOBILIARI.....	40
1. Profili di armonizzazione nel settore delle garanzie mobiliari.....	40
2. Il sistema delle garanzie reali in Inghilterra.....	42
2.1. La nascita della <i>floating charge</i>	44
2.2. La differenza tra <i>fixed</i> e <i>floating charge</i>	47
2.3. La disciplina normativa della <i>floating charge</i>	49
2.4. La <i>crystallisation</i>	51
2.5. La <i>Romalpa clause</i>	53
3. La <i>prenda sin desplazamiento</i> spagnola.....	55
4. La disciplina del pegno nell'ordinamento italiano.....	57
4.1. Il pegno di crediti: cenni.....	61
4.2. Il pegno irregolare.....	62
4.3. Il problema dello spossessamento e le ipotesi di "pegno anomalo".....	63
4.3.1. Il pegno rotativo.....	64
4.3.2. Il pegno <i>omnibus</i>	68
4.4. Il pegno mobiliare non possessorio di cui all'articolo 1 del d.l. 59/2016.....	70
4.4.1. La costituzione e l'efficacia del pegno non possessorio.....	73
4.4.2. Utilizzo, sostituzione, trasformazione e cessione del bene oggetto di pegno non possessorio.....	74

CAPITOLO III

LE GARANZIE IMMOBILIARI.....	77
1. La disciplina europea delle garanzie reali immobiliari.....	77
1.1. L'idea di un'Euroipoteca e la sua evoluzione.....	77
1.2. Il Libro Verde sul credito ipotecario.....	80
1.3. Il Libro Bianco sull'integrazione dei mercati europei del credito ipotecario...82	

2. Il <i>mortgage</i> immobiliare nell'esperienza giuridica inglese.....	84
2.1. La disciplina legislativa del <i>mortgage</i>	86
2.2. La creazione del <i>mortgage</i> immobiliare.....	87
2.2.1. Il <i>legal mortgage</i>	88
2.2.2. L' <i>equitable mortgage</i>	90
2.2.3. Il contenuto dell'atto costitutivo di <i>mortgage</i>	91
2.3. I poteri del creditore- <i>mortgagee</i>	93
2.3.1. La <i>foreclosure</i>	93
2.3.2. Il <i>power to sell out to court</i>	94
2.3.3. Il <i>power to take possession</i>	95
2.3.4. Il <i>power to appoint a receiver</i>	96
2.3.5. La <i>consolidation</i>	96
2.4. I poteri del debitore- <i>mortgagor</i> : il <i>right of redemption</i>	97
2.4.1. <i>No clogs on the equity of redemption</i>	98
2.4.2. <i>Extortionate credit bargains</i>	98
2.4.3. La tutela del <i>mortgagor</i> dall' <i>undue influence</i>	99
2.5. Il <i>lifetime mortgage</i>	101
2.6. Considerazioni conclusive sul sistema inglese delle garanzie reali immobiliari.....	103
3. L' <i>hipoteca</i> di diritto spagnolo.....	104
3.1. L' <i>hipoteca de máximo</i>	105
3.2. Tecniche di realizzazione dell' <i>hipoteca</i>	107
4. L'ipoteca nel diritto italiano.....	108
4.1. La circolazione dell'ipoteca.....	109
4.1.1. Il problema della tutela dei terzi in caso di cessione autonoma dell'ipoteca.....	113
4.1.2. L'accessorietà nell'ipoteca cambiaria: cenni.....	114
4.2. Gli ostacoli alla configurabilità di un'ipoteca <i>omnibus</i>	115
4.3. Il prestito vitalizio ipotecario.....	117
4.4. Prospettive di riforma del sistema italiano delle garanzie immobiliari: l'ipoteca ricaricabile francese.....	120

CONCLUSIONE.....124

BIBLIOGRAFIA.....127

CAPITOLO I: LA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE E L'EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA DEL CREDITO.

1. Il sistema delle garanzie e le ragioni economiche sottese ad una sua ottimale regolamentazione.

Tra i compiti primari dell'ordinamento giuridico vi è quello di provvedere ad una efficace tutela dei diritti che in esso sono riconosciuti e garantiti¹; proteggere i diritti soggettivi costituisce il cardine dell'effettività del diritto oggettivo. Infatti, senza una tutela coattiva da parte dello Stato, “la pretesa del singolo non assurgerebbe nemmeno a diritto, rimanendo confinata nell'ambito delle mere aspettative”².

Nell'arco degli ultimi cinquant'anni, la rapida evoluzione della realtà extragiuridica ha progressivamente messo a dura prova la tenuta dei tradizionali istituti codicistici di sicurezza del credito, modellati sulle esigenze di un'esperienza socio-economica ben più arretrata rispetto a quella odierna. Per questa ragione, è stato fortemente sollecitato³ un intervento volto all'elaborazione di tecniche più flessibili e moderne di tutela del credito⁴, necessitate dalla progressiva accelerazione di circolazione della ricchezza e dai rapidi mutamenti del mercato⁵.

Ad un'analisi comparatistica, per quanto riguarda le possibili classificazioni dei modelli di regolamentazione del settore delle garanzie reali, si segnala in primo luogo la distinzione tra ordinamenti che hanno riservato un posto d'onore al tradizionale divieto di patto commissorio⁶ ed ordinamenti in cui tale prescrizione è del

¹A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, 1993, p. 1.

²V. GENTILI, *L'ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1998, p. 657.

³C. LICINI, *Le tecniche moderne di garanzia nella prassi notarile*, in *Notariato*, 1996, pp. 1001 ss.; G. B. PORTALE, *Le garanzie bancarie internazionali*, Giuffrè, 1989, pp. 5 ss.

⁴Tuttavia, autorevole dottrina sottolinea che “nella valutazione delle norme di fonte contrattuale non si può prescindere dalla giuridicità che è tutt'altro da una pretesa natura economica del mercato”. P. PERLINGERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 227, nota 13.

⁵G. TUCCI, *Garanzia*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, UTET, 1992, pp. 579 ss.

⁶A questo proposito, l'esperienza italiana si presenta senza dubbio come una delle più severe nell'applicare estensivamente tale previsione.

tutto assente, come in Inghilterra, o che si sono adoperati per limitarne la portata pratica, come quello tedesco o francese.

Una seconda classificazione può esser quella tra ordinamenti che riconoscono l'ammissibilità del pegno senza spossessamento e quelli che non lo prevedono, per quanto ad oggi questi ultimi siano sempre meno numerosi in virtù dell'esigenza per gli operatori del mercato di apporre garanzie su beni utilizzati nel ciclo produttivo dell'impresa, senza dover rinunciare a ricorrere a fonti di finanziamento.

Infine, si può far riferimento all'opposizione tra modelli che fondano l'efficacia delle garanzie mobiliari sul requisito della pubblicità, con una maggiore attenzione alla tutela dei terzi e quelli che, invece, prescindono da tale elemento.

Indipendentemente dai modelli adottati dai singoli sistemi giuridici nazionali, la costituzione di garanzie reali, mobiliari o immobiliari, risulta fondamentale ai fini di un più agevole ricorso al mercato del credito per imprese e privati. Occorre, infatti, evidenziare gli innegabili benefici che i diritti reali di garanzia conferiscono al creditore. Tali benefici hanno essenzialmente le seguenti caratteristiche:

- 1) la priorità acquisita rispetto agli altri creditori fornisce un'assicurazione supplementare rispetto alla garanzia patrimoniale generica circa la soddisfazione del suo diritto a ricevere la prestazione dovuta⁷;
- 2) l'incorporazione della garanzia su un bene o su un determinato gruppo di beni che consente una riduzione dei cosiddetti costi di "monitoraggio" della situazione patrimoniale del debitore⁸;
- 3) la limitazione della possibilità del debitore di indebitarsi ulteriormente: ciò ovviamente riduce il rischio creditorio, ma ad ogni modo la minore o maggiore efficienza del sistema pubblicitario, che accompagna la costituzione in garanzia, presente in ogni ordinamento incide su tale vantaggio;
- 4) infine, più efficaci rimedi volti a far pressione sul debitore per costringerlo a ripagare il finanziamento⁹. Questi ultimi sono riferiti alla facoltà del cre-

⁷G. GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione*, Giuffrè, 1935, pp. 25 ss.

⁸I costi di monitoraggio risultano condizionati anche in relazione a tre fattori, quali l'ammontare del prestito, la sua durata e la capacità del creditore di valutare in maniera prospettica l'andamento del settore di mercato in cui opera il proprio debitore.

⁹R. J. MANN, *Explaining the Pattern of Secured Credit*, in *110 Harvard law review* 625, 1997, p. 639.

ditore di ottenere che il bene oggetto di garanzia reale sia sottratto al debitore e destinato alla vendita. Di norma tale procedura provoca una forte perdita in capo al debitore, per cui il bene vale molto di più di quanto non si riesca a ricavare con un'asta pubblica, dove il ricavato tende a collocarsi ad un livello inferiore rispetto al prezzo di mercato.

La somma di tali vantaggi per il creditore e il più agevole ricorso a finanziamenti per privati ed imprese in difficoltà economiche devono esser bilanciati con i costi, ulteriori a quelli connessi alle spese di costituzione ed al tasso di interesse che la concessione di una garanzia reale comporta per il debitore, ma si estendono al fatto che la gestione dell'impresa diviene necessariamente meno libera.

In virtù delle suddette caratteristiche dei diritti reali di garanzia, i legislatori hanno progressivamente adottato misure che ne agevolano la costituzione da parte dei protagonisti del mercato: l'accesso al credito sarà tanto più dinamico quanto sarà più semplice l'apposizione di garanzie.

Una costante emergente da tutte le esperienze giuridiche occidentali segnala, infatti, come i creditori esigano indefettibilmente di sfuggire alla sorte dei comuni creditori¹⁰, cercando di soddisfare in via privilegiata la propria pretesa.

In merito al settore mobiliare, come sarà più approfonditamente evidenziato nel corso di questo lavoro, si osserva come la disciplina legislativa del pegno, nel richiedere lo spossessamento del bene del debitore ai fini della costituzione del diritto di garanzia (*ex* articolo 2786 del codice civile), impedisse, prima delle recenti modifiche avvenute nel nostro ordinamento ad opera del cosiddetto "Decreto Banche"¹¹, che una categoria di beni, quali i beni aziendali destinati alla produzione, le merci in lavorazione o che abbisognano di continui controlli e di particolari metodi di conservazione potessero essere oggetto di garanzia ai fini di un più facile accesso a fonti di finanziamento¹². La disciplina, inoltre, risultava esser ulteriormente appesantita da una serie di formalità imposte dall'articolo 2800 del codice civile ai fini della nascita del pegno su credito¹³.

¹⁰G. BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, Giuffrè, 1984, p. 184.

¹¹Decreto Legge 3 maggio 2016 n. 59, convertito in Legge 30 giugno 2016, G. U. n. 119.

¹²M. BUSSANI, *Il modello italiano delle garanzie reali*, in *Contr. e impr.*, I, 1997, pp. 165 ss.

¹³Si tratta, ad esempio, della doverosità dell'atto scritto, della notifica al debitore del credito, dell'accettazione di quest'ultimo con scrittura avente data certa.

Insoddisfacente si è rivelata anche la disciplina normativa delle garanzie reali immobiliari; ciò in quanto, da un lato, non prevede che l'ipoteca possa circolare autonomamente rispetto al credito garantito e dall'altro, perché rende inevitabile, per la sua realizzazione, il ricorso a procedure esecutive giudiziali estremamente lunghe e costose, che spesso portano ad un ricavato largamente inferiore al valore del bene. È chiaro che la difficoltà di realizzazione dell'ipoteca abbia come principale conseguenza quella di rendere più complicata la soddisfazione delle ragioni del finanziatore e quindi più oneroso l'accesso al credito per il proprietario immobiliare¹⁴.

Noti dogmi, come quello dell'inderogabilità da parte dell'autonomia privata del principio di *par condicio creditorum* o quello della tipicità dei diritti reali di garanzia, insieme ad antichi modelli interpretativi che facevano perno sulla minaccia di usura, hanno per lungo tempo fatto ostruzione a riforme nel settore della responsabilità patrimoniale e delle garanzie reali, accentuando il divario tra staticità degli istituti giuridici codicistici e dinamicità della realtà economica.

In realtà, ad un'analisi più approfondita, emerge come il principio del *numerus clausus* dei diritti reali non sia proclamato dall'edizione corrente di alcun codice civile, fatta eccezione per quello argentino, tenendo anche conto del fatto che gli storici hanno accertato che il numero chiuso, considerato un caposaldo dei sistemi di *civil law*, di tradizione romanistica, fosse in realtà sconosciuto allo *ius romanorum*¹⁵. Quindi, a ben vedere, almeno questo principio non costituirebbe un ostacolo alla creazione di forme di diritti reali di garanzia diversi da quelli tradizionalmente riconosciuti, così come tanto auspicato dalla prassi negoziale¹⁶.

Per queste ragioni, la rigidità del sistema italiano delle garanzie reali del credito ha visto opporsi una prassi che ha cercato di aprire la strada a schemi diversi, atipici, sulla scia del principio di autonomia privata, nel tentativo di trovare degli spiragli di liceità al di fuori dell'ampio campo di applicazione del divieto di patto commissorio, sancito dall'articolo 2744 del codice civile¹⁷.

¹⁴P. ZANELLI, *Considerazioni di interesse notarile in tema di ipoteca: flessibilità e altre innovazioni*, in *Contr. e impr.*, II, 1998, pp. 901 ss.

¹⁵A. FUSARO, *Il numero chiuso dei diritti reali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, III, pp. 439 ss.

¹⁶U. MORELLO, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, in *Trattato dei diritti reali*, a cura di A. GAMBARO, U. MORELLO, I, Giuffrè, 2008, pp. 10 ss.

¹⁷Il cosiddetto rapporto "doing business" del 2016 redatto dalla Banca Mondiale ha dimostrato come l'Italia fosse al 97° posto tra le 189 economie considerate in materia di mercato del credito, anche a

1.1. La tutela del credito in Italia: cenni.

Al fine di comprendere l'operatività dei diritti di garanzia, occorre preliminarmente sintetizzare le regole generali che governano il rapporto creditizio.

Le norme di riferimento sono rappresentate dagli articoli 2740 e 2741 del codice civile, che assicurano la soddisfazione di un credito *lato sensu* inteso, che include non solo la restituzione di prestito, ma anche, ad esempio, il pagamento di una somma a titolo di risarcimento danni. Tali previsioni rispondono a due questioni di particolare importanza per ogni creditore (sia garantito che non): quali beni possono essere aggrediti e quale ordine deve essere seguito nella ripartizione del ricavato. Si tratta di interrogativi rilevanti sia per il creditore attuale sia per quello prospettico: l'uno ha necessità di comprendere quale sia il proprio margine di soddisfazione in caso di inadempimento, l'altro ha bisogno di stimare la rischiosità del proprio interlocutore così da determinare le condizioni economiche dell'accordo¹⁸.

L'articolo 2740 cod. civ. enuncia, al primo comma, la regola secondo la quale tutti i beni del debitore, presenti e futuri, sono vincolati all'adempimento delle obbligazioni. Ciò significa che al sorgere di una obbligazione tutto il patrimonio del debitore risulti automaticamente destinato a soddisfare le pretese creditorie: sono vincolati i beni esistenti nel momento in cui viene avviata l'azione esecutiva e, laddove essi non siano sufficienti, anche quelli che il debitore dovesse acquisire in futuro. Si tratta della cosiddetta universalità della responsabilità patrimoniale.

L'articolo 2740 del codice civile opera su due livelli¹⁹: da un lato, come risposta immediata all'insoddisfazione del creditore, il quale, ad esempio, non riceve il denaro che gli spetti, dall'altro lato, come rimedio all'impossibilità o al suo disinteresse²⁰ a ricevere in sede di esecuzione coattiva la prestazione che gli compete con

causa di un assetto normativo interno ormai obsoleto e inadatto alle esigenze negoziali. Si veda www.doingbusiness.org/data/exploreeconomies/italy.

¹⁸E. BRODI, *Il sistema delle garanzie in Italia: una lettura economica delle disposizioni in materia di privilegio, pegno e ipoteca*, in *Questioni di economia e finanza*, n. 356, settembre 2016, p. 15.

¹⁹G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, in *Trattato dir. civ.*, a cura di R. SACCO, UTET, 2011, p. 24.

²⁰V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di P. RESCIGNO, XIX, UTET, 1997, p. 493.

le relative procedure, ferma ovviamente la funzione deterrente a qualsiasi inadempimento che svolge in entrambe le ipotesi²¹.

Inoltre, si osservi come la suddetta disposizione giovi sia al creditore chirografario sia al prelazionario: quest'ultimo, qualora non trovasse piena soddisfazione sul bene che assiste il credito, sarà legittimato a rivalersi sul patrimonio del debitore, in concorso con gli altri creditori.

Individuato quale sia il complesso di beni aggredibili dai creditori in caso di inadempimento, occorre analizzare brevemente il contenuto dell'articolo 2741 del codice civile, che rappresenta il secondo riferimento normativo in materia di responsabilità patrimoniale. A questo proposito, il dettato normativo dell'articolo 2741 cod. civ. dispone come si debba procedere qualora più di un creditore intenda rivalersi sul patrimonio del medesimo debitore, poiché in tal caso si porrà un problema di coordinamento tra istanze differenti e talora confliggenti. La disposizione in oggetto enuncia un generale principio di parità di trattamento²², si tratta della cosiddetta *par condicio creditorum*, salve le eccezioni generate in caso di privilegio, pegno od ipoteca²³. In sintesi, in presenza di tali cause legittime di prelazione, il creditore che ne sia titolare sarà preferito, nel riparto del prezzo ricavato dalla vendita forzata dei beni del debitore, agli altri creditori che ne siano sprovvisti²⁴.

All'interno di questo quadro, il problema della natura dei diritti reali di garanzia ha per lungo tempo occupato la riflessione degli interpreti, incerti nel definire quali siano i confini di tale categoria²⁵ e fin dove possa spingersi l'autonomia privata senza incorrere nella sanzione di nullità prevista in caso di violazione del divieto di patto commissorio.

²¹A. CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Giuffrè, 1948, pp. 118 ss.

²²A questo proposito, autorevole dottrina menziona la *par condicio creditorum* tra i principi generali dell'ordinamento, ma invita gli interpreti a farne un uso meno generalizzato e assoluto. G. ALPA, *I principi generali*, Giuffrè, 1993, pp. 407 ss.

²³F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, I, CEDAM, 2010, p. 353; R. NICOLÓ, *Del concorso dei creditori e delle cause di prelazione*, in in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA, G. BRANCA, Zanichelli, 1962, p. 18; V. ROPPO, *Par condicio creditorum. Sulla posizione e sul ruolo del principio di cui all'art. 2741 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1981, I, pp. 305 ss.

²⁴P. SCHLESINGER, *Uguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, pp. 193 ss.

²⁵E. GABRIELLI, *I contratti di garanzia*, in *Trattato dei contratti*, a cura di P. RESCIGNO, E. GABRIELLI, UTET, 2007, p. 1003.

2. Il divieto di patto commissorio ed i limiti all' “autosoddisfazione” del creditore.

Il codice civile vigente sancisce il divieto del patto commissorio agli articoli 1963 e 2744. Il primo è compreso nelle norme che disciplinano l'anticresi ed è formulato come sanzione di nullità del patto, “anche posteriore alla conclusione del contratto, con cui si conviene che la proprietà dell'immobile passi al creditore nel caso di mancato pagamento del debito”. Il secondo articolo è dettato nelle disposizioni generali sulla responsabilità patrimoniale, le cause di prelazione e la conservazione della garanzia patrimoniale e, con una formula sostanzialmente identica, prescrive la nullità del patto “col quale si conviene che, in mancanza del pagamento nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore”²⁶. Il divieto di patto commissorio ha conosciuto nell'ultimo secolo una significativa estensione ermeneutica. A tal proposito, il previgente codice civile del 1865, nel solco di un'impostazione mutuata dal *Code civil* francese, prevedeva siffatto divieto esclusivamente con riguardo al pegno e all'anticresi²⁷. Di conseguenza, il suddetto divieto non riguardava il patto inerente a una garanzia immobiliare e si riferiva unicamente alla pattuizione commissoria cosiddetta “*in continenti*”, ossia quella coeva alla costituzione della garanzia²⁸. Gli articoli 2744 e 1963 del codice civile vigente stabiliscono, invece, la nullità dell'accordo con cui si conviene che, in ipotesi d'ina-dempimento, la titolarità del bene oggetto della garanzia reale, sia essa mobiliare o immobiliare, si trasferisca automaticamente dal debitore al creditore. Il codice del 1942 ha pertanto espressamente esteso il campo di applicazione del divieto *de quo* al patto riguardante la garanzia immobiliare nonché al cosiddetto patto stipulato *ex intervallo*, ovvero successivamente al sorgere della garanzia²⁹.

Chiunque si affacci allo studio delle garanzie reali si porrà il problema di comprendere quali siano le ragioni per cui la norma che disciplina il divieto di patto com-

²⁶L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali. Artt. 2740-2744*, in *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, 2010, p. 286; M. IACUANIELLO BRUGGI, *Patto commissorio*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXII, 1990.

²⁷Disciplinati rispettivamente dagli articoli 1884 e 1894 del codice civile abrogato.

²⁸B. BRUGI, *Patto commissorio ex intervallo*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, II, pp. 396 ss.

²⁹V. ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA, G. BRANCA, Libro quarto delle obbligazioni, Art. 2740-2744, Zanichelli, 1945, *sub art.* 2744, p. 53; E. ENRIETTI, *Patto commissorio ex intervallo*, in *Riv. dir. priv.*, 1939, I, pp. 24 ss.

missorio sia stata e sia tutt'ora oggetto di continui tentativi di elusione ed aggiramento e del perché gli schemi tipici delle garanzie reali appaiano così insoddisfacenti da richiedere un costante sforzo di elaborazione di nuovi strumenti di protezione del credito³⁰.

Prima facie, si potrebbe pensare che l'impulso che spinge le parti di un rapporto obbligatorio a tentare di predisporre forme negoziali alternative a quelle codicistiche consista nella volontà di sopraffazione del creditore, parte presuntivamente "forte" del rapporto, sul debitore³¹. Tuttavia, a ben vedere, la prassi del commercio internazionale ha dimostrato - e continua a dimostrare - come dietro alla costituzione di garanzie reali atipiche spesso non vi sia necessariamente un intento di frode alla legge, ed in particolare alla norma che pone il divieto di patto commissorio, da parte del creditore a danno del debitore o degli altri creditori. La ricerca di strumenti diversi da quelli tradizionalmente configurati va ricercata piuttosto nell'inadeguatezza delle forme legali di garanzia del credito di soddisfare le effettive necessità dei contraenti. Da un lato, sicuramente vi è l'interesse delle parti a sottrarsi alle lungaggini e ai costi delle modalità legali di attuazione della responsabilità patrimoniale. Dall'altro, l'elaborazione di nuovi strumenti giuridici di tutela del credito va ricondotta non solo ad una reazione all'inefficienza degli schemi tipici, ma anche e soprattutto all'emergere di nuove esigenze di carattere sostanziale, che pretendono di dare forma giuridica a figure di circolazione della ricchezza e di configurazione dei rapporti economici diverse da quelle che avevano ispirato la disciplina degli istituti codicistici.

Nel settore di finanziamento dell'impresa, ad esempio, si assiste contemporaneamente ad una costante creazione di nuove forme di erogazione del credito e di nuove forme di garanzia, basti pensare al contratto di *leasing*³².

³⁰Il tenore letterale dell'articolo 2744 cod. civ., infatti, nel disporre l'applicazione del divieto a convenzioni connesse ad anticresi o garanzie reali tipiche, ha attribuito agli interpreti il compito di valutare l'operatività della norma in tutti quei casi in cui si tratti di fattispecie, non direttamente collegate ad una garanzia reale tipica, ma in concreto assimilabili alla convenzione commissoria in virtù dell'effettivo risultato conseguito dalle parti.

³¹V. ROPPO, *Note sopra il divieto di patto commissorio*, in *Notariato*, 1981, pp. 398 ss.

³²F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Giuffrè, 1996, pp. 4 ss.

2.1. Le ragioni del divieto.

L'opinione tradizionale³³ ravvisa la giustificazione del divieto di patto commissorio nell'esigenza di tutelare il debitore, parte presuntivamente debole del rapporto obbligatorio, dall'eventuale sfruttamento del creditore, il quale, approfittandosi dello stato di bisogno della controparte³⁴, potrebbe servirsi del patto come mezzo di coartazione della volontà del debitore pregiudicandone gli interessi ed appropriandosi di un bene di valore sproporzionato rispetto all'ammontare del debito³⁵. In questa prospettiva, quindi, il fondamento del patto commissorio consisterebbe nella tutela degli interessi economici del debitore³⁶.

Perplessità dinanzi a tale orientamento fanno leva su un'asserita incongruenza tra *ratio* del divieto di patto commissorio e sanzione comminata³⁷; se il fondamento del divieto va trovato nella tutela del debitore, sarebbe stato più logico colpire il patto con una sanzione come l'annullabilità, che rimettesse alla parte lesa nei suoi diritti la scelta se far venir meno gli effetti del contratto oppure no³⁸. Al contrario, il codice civile configura un divieto operante in modo assoluto, indipendentemente da un accertamento degli svantaggi sofferti dal debitore o da una verifica circa il suo stato di bisogno: quindi, non si sottrarrebbe alla rigida sanzione della nullità nemmeno il patto che risultasse in concreto vantaggioso per la parte presuntivamente debole³⁹.

In breve, la reazione della nullità sarebbe troppo profusa se la finalità perseguita dal legislatore con l'articolo 2744 cod. civ. si esaurisce nella tutela del debitore: solo il riscontro di un interesse generale e superiore consentirebbe di giustificare una sanzione tanto severa, all'apparenza estranea al sistema dei rimedi predisposto dal nostro ordinamento per tutelare il contraente più debole.

³³C. VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Jovene, 1968, pp. 52 ss.; M. DANUSSO, *Patto commissorio e vendita a scopo di garanzia*, in *Giur. it.*, 1984, I, p. 1648.

³⁴E. CARBONE, *Debitoris suffocatio e patto commissorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, pp. 1087 ss.

³⁵M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, Giappichelli, 2000, p. 214.

³⁶A. BUTERA, *Il patto commissorio nel mutuo ipotecario*, in *Giur. It.*, 1918, I, p. 506.

³⁷A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Edizioni scientifiche italiane, 1999, p. 285.

³⁸C. M. BIANCA, *Il divieto di patto commissorio*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1957, pp.207 ss.

³⁹R. TRIOLA, *Vendita con patto di riscatto e divieto del patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1769.

Altra parte della dottrina⁴⁰, pertanto, propone di trovare la *ratio* del divieto di patto commissorio nella tutela del principio di *par condicio creditorum*: l'intento del legislatore sarebbe quello di assicurare ai creditori, non garantiti né privilegiati, un uguale trattamento rispetto al patrimonio del debitore. Secondo tale prospettiva, esisterebbe una soglia di liceità dell'alienazione in garanzia nel caso in cui l'esclusione degli altri creditori dell'alienante dalla possibilità di aggredire il bene alienato comporti, per il creditore-acquirente, la perdita della garanzia generica sul patrimonio del debitore e l'accollo dei rischi di perimento e deterioramento del bene alienato.

In quest'ottica, viene sottolineato come la sanzione di nullità possa spiegarsi in relazione alla tutela del debitore stesso, ma soprattutto degli altri creditori (chirografari), i quali potrebbero essere lesi ove il creditore venisse soddisfatto con la cessione di un bene di valore molto superiore a quello del credito garantito, senza previa stima⁴¹.

È proprio la necessaria corrispondenza tra il valore del bene ceduto al creditore e l'ammontare del debito garantito che ha tradizionalmente indotto dottrina⁴² e giurisprudenza⁴³ ad affermare la liceità del cosiddetto patto marciano - oggi espressamente riconosciuto dal legislatore⁴⁴ - con cui le parti prevedono che, in caso di inadempimento, il creditore si appropri del bene alienato, ma corrisponda al debitore la differenza, stimata da un terzo, tra il valore del bene e l'ammontare del credito insoddisfatto.

Infine, un terzo orientamento⁴⁵ sostiene che la ragione del divieto di patto commissorio andrebbe ravvisata in un interesse di carattere generale, distinto e sovraordinato rispetto agli interessi particolari del debitore e dei creditori chirografari, che giustifichi il rimedio della nullità e la circostanza in base alla quale l'applicazione del divieto sia svincolata dall'effettivo pregiudizio sia del primo, che dei secondi⁴⁶.

⁴⁰U. MIELE, *Sul patto commissorio immobiliare*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, II, pp. 65 ss.

⁴¹F. CARNELUTTI, *Note sul patto commissorio*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, II, p. 890.

⁴²V. LOJACONO, *Il patto commissorio*, Giuffrè, 1952, p. 71; C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 202; F. ANELLI, *op. cit.*, p. 469.

⁴³Cass. civ., sez. II, 27 novembre 1951, n. 2696, in *Foro it.*, 1952, I, p. 11; App. Trento, 18 febbraio 1975, in *Giur. merito*, 1975, I, p. 424.

⁴⁴Decreto Legge 3 maggio 2016 n. 59, convertito in Legge 30 giugno 2016, G.U. n. 119.

⁴⁵E. BETTI, *Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, II, pp. 689 ss.

⁴⁶C. M. BIANCA, *op. cit.*, pp. 128 ss.

L'articolo 2744 cod. civ. vieterebbe allora qualunque negozio di alienazione volto ad assicurare i suoi effetti a favore del creditore, nel momento in cui quest'ultimo rimanga insoddisfatto, indipendentemente da ogni costituzione di tipici diritti reali di garanzia⁴⁷. Secondo la presente opinione, corrisponde all'interesse generale l'esigenza di evitare che la regolamentazione dei rapporti di garanzia si uniformi in modo diffuso al patto commissorio, in ragione degli inconvenienti sociali ed economici ad esso conseguenti⁴⁸. Sulla base di questa teoria, la norma dettata dall'articolo 2744 del codice civile non consentirebbe di estrapolare uno specifico interesse individuale fatto oggetto di tutela, ma opererebbe piuttosto come limite alla derogabilità dei procedimenti legali di attuazione del credito, all'interno del più esteso sistema della disciplina della responsabilità patrimoniale, volta, a seconda dei casi, a tutelare il debitore contro il rischio di approfittamento ai suoi danni, le ragioni del creditore e quelle dei terzi⁴⁹.

Anche questa tesi presta comunque il fianco a critiche nella misura in cui non precisa le ragioni in base alle quali il nostro legislatore dovrebbe ritenere il patto tanto pregiudizievole e dannoso da vietarne in assoluto la stipulazione, pur in presenza di altri rimedi meno "drastici" con cui debitore e creditori potrebbero efficacemente tutelare le rispettive posizioni⁵⁰. Infatti, nel vietare il patto commissorio, l'ordinamento colpisce un fenomeno negoziale in relazione ai suoi effetti tipici, prescindendo da qualsiasi considerazione relativa all'effettivo rapporto tra le parti, dal momento che potenzialmente la cosa data in garanzia potrebbe anche essere di valore corrispondente o addirittura inferiore all'importo del credito, senza che ciò possa salvare l'atto dalla sanzione di nullità⁵¹.

Senza dubbio, il legislatore, delineando un regime di invalidità sottratto alla disponibilità delle parti e svincolato da ogni considerazione relativa alle circostanze concrete dell'accordo, mostra di aver ritenuto meritevole di tutela una forma negoziale

⁴⁷Cass. civ., sez. II, 4 novembre 1996, n. 9540, in *Notariato*, 1998, pp. 1013 ss.; Cass. civ., sez. III, 10 febbraio 1997, n. 1233, in *Riv. Notar.*, 1998, p. 299; Cass. civ., sez. II, 11 febbraio 1998, n. 1396, in *Notariato*, 1998, pp. 745 ss.

⁴⁸M. BUSSANI, *op.cit.*, p. 236.

⁴⁹U. CARNEVALI, *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Giuffrè, 1982, p. 505.

⁵⁰V. ANDRIOLI, *op. cit.*, p. 51; C. VARRONE, *op. cit.*, pp. 51 ss.

⁵¹A. BISCARDI, *La "lex commissoria" nel sistema delle garanzie reali*, in *Studi in onore di E. Betti*, II, Giuffrè, 1962, p. 575.

indipendentemente dal contenuto della singola pattuizione e dalla sussistenza di un danno per uno dei contraenti o per i terzi⁵².

2.2. Il patto commissorio obbligatorio.

Viola il divieto di patto commissorio anche quello cosiddetto “obbligatorio”, che non è altro che la promessa di vendita della cosa data in garanzia, sotto condizione della mancata restituzione della somma mutuata⁵³. L’invalidità di tale pattuizione è stata affermata in virtù della considerazione per cui il contenuto di tale combinazione negoziale e l’intento perseguito dalle parti attraverso quest’ultima risulta di fatto il medesimo di quello vietato dall’articolo 2744 cod. civ.⁵⁴.

La fattispecie si configura secondo lo schema negoziale del contratto preliminare di vendita: dall’inadempimento dell’obbligazione non consegue un’immediata produzione di effetti reali in capo al creditore, ma soltanto l’obbligo per il debitore o un terzo di trasferirgli la proprietà del bene vincolato in garanzia. Tenuto conto della coincidenza tra il risultato pratico che la promessa di vendita del bene consente di ottenere e quello che deriverebbe da un patto ad efficacia traslativa immediata, si prevede che la sanzione di nullità si estenda anche al patto commissorio autonomo laddove “risulti il nesso di strumentalità tra i due negozi”, perché l’operazione messa in atto dalle parti costituirebbe un tentativo di elusione della norma di cui all’articolo 2744 del codice civile⁵⁵.

Il formante giurisprudenziale, a questo proposito, ha stabilito che “è possibile l’esistenza di un nesso tra un contratto preliminare ed uno definitivo di vendita di un bene del debitore, anche se stipulati tra soggetti diversi, e di un collegamento strumentale di entrambi i negozi che, pur restando astrattamente leciti ed autonomi, siano in realtà strutturati verso la funzione di costituire una forma di garanzia reale atipica per il pagamento di una somma da parte del promittente venditore, il cui

⁵²I. RADOCCIA, *La ratio del divieto del patto commissorio*, in *Giur. Merito*, 1997, IV, p. 220.

⁵³Si veda in dottrina R. TRIOLA, *Il problema della liceità del cosiddetto patto commissorio obbligatorio*, in *Giur. agraria it.*, 1989, II, p.89; in giurisprudenza Cass. civ., sez. I, 6 novembre 2006, n. 23624, in *Notariato*, p. 633.; Cass. civ., sez. I, 12 giugno 2009, n. 13734, in www.cortedicassazione.it.

⁵⁴Cass. civ., sez. II, 16 agosto 1990, n. 8325, in *Giur. It.*, 1991, I, p. 1208.

⁵⁵C. BOTTA, *Vendita, accordo di retrovendita e divieto del patto commissorio*, in *Notariato*, 2010, p. 75.

bene si trasferisce al creditore a condizione e come conseguenza del mancato adempimento⁵⁶.

2.3. Il *sale and lease back* e la sua dubbia compatibilità con il divieto di patto commissorio.

Il *sale and lease back* o “locazione finanziaria di ritorno” rappresenta una variante della figura del *leasing* finanziario, contratto in virtù del quale una società finanziaria (concedente) acquista da fornitori terzi dei beni di qualsiasi natura per concederli in uso a un soggetto (utilizzatore) per un periodo di tempo prefissato e mediante il pagamento di un canone periodico di *leasing*⁵⁷. Il *sale and lease back* consiste in una complessa operazione negoziale nella quale manca il suddetto rapporto trilaterale e si verifica laddove un’impresa commerciale venda un suo bene strumentale ad un’impresa finanziaria che glielo lascia in locazione⁵⁸. Dal punto di vista della sua funzione, lo scopo economico di una tale figura, diffusa pressoché esclusivamente nel settore imprenditoriale, è quello di rispondere alle esigenze organizzative e finanziarie dell’impresa, consentendole di smobilitare capitali già investiti (si pensi ai contratti di *lease back* aventi ad oggetto interi stabilimenti industriali) per ottenere un’immediata disponibilità di liquidi da reinvestire in ulteriori attività produttive⁵⁹. Il ricorso a questa operazione negoziale, che ha funzione di finanziamento⁶⁰, si pone come una valida alternativa ai tradizionali canali di accesso al credito, accompagnata da un’esigenza di garanzia del credito, ottenuta mediante il mantenimento della proprietà del bene in capo alla società di *leasing*, la quale verrebbe così a disporre di una forma di autotutela preventiva in caso di inadempimento dell’utilizzatore⁶¹.

Tale vendita e successiva locazione del bene dall’acquirente al venditore ha suscitato dubbi circa la sua compatibilità col divieto di patto commissorio, dal momento

⁵⁶Cass. civ., sez. II, 15 settembre 2004, n. 18655, in *Mass. giust. civ.*, 2004, p. 9.

⁵⁷M. BUSSANI, *Il contratto di lease back*, in *Contr. e impr.*, 1986, pp. 558 ss.; U. MORELLO, *Frode alla legge*, Giuffrè, 1969, p. 515; V. SANTARSIERE, “*Sale and lease back*” per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela, in *Arch. civ.*, 1997, pp. 47 ss.

⁵⁸G. DE NOVA, *Il lease-back*, in *Riv. it. leasing*, 1987, III, pp. 517 ss.

⁵⁹G. DI ROSA, *L’operazione di sale and lease back tra normotipo astratto e fattispecie concreta*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, pp. 1136 ss.

⁶⁰G. DE NOVA, *op. cit.*, p. 521.

⁶¹M. NATALE, *Lease-back e strutture utili di patto marciano*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, V, pp. 1595 ss.

che il venditore, che mantiene il godimento del bene, viene finanziato, in termini di acquisto di liquidità, con il prezzo che gli versa l'acquirente-locatore⁶².

La giurisprudenza di legittimità⁶³ ha risposto a questo interrogativo in maniera ambigua ed eccessivamente generica, definendo il negozio "in linea di massima astrattamente valido, ferma la necessità di verificare, caso per caso, in presenza di elementi sintomatici atti ad evidenziare che la vendita sia stata posta in essere in funzione di garanzia e sia pertanto finalizzata ad aggirare il divieto di patto commissorio". Il formante giurisprudenziale evidenzia, poi, come l'operazione contrattuale in oggetto possa dirsi fraudolenta nel caso in cui si accerti la compresenza delle seguenti circostanze: l'esistenza di una situazione obbligatoria tra la società finanziaria e l'impresa venditrice utilizzatrice, le difficoltà economiche di quest'ultima e la sproporzione tra il valore del bene trasferito e il corrispettivo versato dall'acquirente⁶⁴.

Il richiamo alle difficoltà economiche e alla sproporzione tra il valore del bene e il prezzo versato dal compratore si inserisce in quell'orientamento che individua la *ratio* del divieto di patto commissorio nell'approfittamento del creditore sul debitore⁶⁵; per questo motivo, la fattispecie non presenterebbe profili di illiceità quando si sostanzi in una pattuizione marciana, prevedendosi un procedimento di stima del bene entro tempi e modalità certe in base ad una valutazione imparziale, con la previsione del versamento al debitore dell'eccedenza del prezzo rispetto a quanto dovuto⁶⁶. In particolare, la giurisprudenza della Cassazione, in una celebre pronuncia del 2015⁶⁷, ha evidenziato il fatto che il patto marciano produrrebbe un effetto

⁶²L. BARBIERA, *op. cit.*, p. 320; A. LUMINOSO, *Lease back, mercato e divieto del patto commissorio*, in *Giur. comm.*, 2000, I, pp. 489 ss.

⁶³Cass. civ., sez. III, 22 marzo 2007, n. 6969, in *Contratti*, 2008, p. 308, con nota di F. ARCARI, *Indici di anomalia del sale and lease back*; Cass. civ., sez. II, 11 giugno 2007, n. 13621, in *Giust. Civ.*, 2007, I, p. 2716; Cass. civ., sez. III, 21 luglio 2004, n. 13580, in *Dir. giust.*, 2004, 41, p. 21, con nota di G. CASSANO, *Il leasing di ritorno è legittimo? Dipende dalle intenzioni delle parti*.

⁶⁴G. RAGUSA MAGGIORE, *Contratto di "sale and lease back" e nullità della vendita per divieto di patto commissorio*, in *Dir. fall.*, 1989, II, p. 697.

⁶⁵G. FERRARINI, *La locazione finanziaria*, in *Trattato dir. priv.*, a cura di P. RESCIGNO, XI, UTET, 1984, pp. 116 ss.

⁶⁶S. PAGLIANTINI, *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della dir. 2014/17/UE*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, pp. 181 ss.

⁶⁷Cass. civ., sez. I, 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Notariato*, 2015, pp. 182 ss.

salvifico nei confronti del *sale and lease back*, ristabilendo “l’equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni del contratto”, scongiurando quindi una sproporzione tra gli interessi in gioco⁶⁸.

Qualora, invece, si ravvisino le suddette tre circostanze indicative della frode alla legge delineate in via giurisprudenziale, il *sale and lease back* è considerato nullo⁶⁹. Non è possibile salvare tale figura nemmeno ricorrendo alla liceità della vendita con patto di riscatto o della vendita con riserva di proprietà. La prima ipotesi è da escludere in virtù della funzione di finanziamento propria del negozio; la seconda, in quanto la vendita con riserva esclude la provenienza del bene dallo stesso acquirente e giustifica la sottrazione del bene al potere di aggressione dei creditori delle parti, in considerazione di una valutazione positiva dell’interesse del venditore ad alienare il bene, assente nel caso del *sale and lease back*.

In conclusione, in assenza di una pattuizione marciana che garantisca l’equivalenza tra il valore del bene e prezzo del trasferimento, questa figura negoziale violerebbe in maniera manifesta il divieto di patto commissorio⁷⁰.

2.4. La deroga al divieto di patto commissorio nei contratti di garanzia finanziaria.

Il diritto comunitario si è trovato ad affrontare il tema delle garanzie reali a causa dell’inevitabile connessione di questo settore con quello dell’erogazione del credito e della circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali⁷¹.

Ai fini del pieno raggiungimento del mercato unico⁷², è stata avvertita l’esigenza di armonizzazione della normativa del settore a livello europeo, in particolare con riferimento alla costituzione e realizzazione delle garanzie su strumenti finanziari, la cui frammentazione induce costi di transazione agli intermediari finanziari. Tale

⁶⁸A. LUNETTA, *Divieto del patto commissorio, contratto di “sale and lease back” e autonomia privata*, in *Dir. civ. cont.*, 22 gennaio 2016, p. 3.

⁶⁹A. LUMINOSO, *op. cit.*, p. 503 parla di “dilemma valutativo” in ordine alla necessaria interpretazione sull’ammissibilità di ogni singola fattispecie di *lease back*.

⁷⁰M. COSTANZA, *Sulle alienazioni in garanzia e il divieto del patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 1824.

⁷¹A. FUSARO, *Il diritto europeo delle ipoteche immobiliari: novità e prospettive*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, I, p. 553.

⁷²R. GOODE, *A Credit Law for Europe?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 23, 1974, p.246.

obiettivo è stato perseguito dalla Direttiva 2002/47 sui *financial collateral arrangements*, la quale richiama la precedente Direttiva 1998/26 che aveva lo scopo di attribuire carattere definitivo ai sistemi di pagamento e di regolamentazione delle operazioni su titoli⁷³. Tale normativa si comprende alla luce dell'estensione del ruolo delle garanzie in parallelo con l'ampliamento della dimensione dei mercati finanziari ed era finalizzata a minimizzare il cosiddetto "rischio sistemico" del mercato finanziario, attraverso la protezione del mercato e della certezza delle operazioni che in esso si svolgono⁷⁴.

Una deroga al divieto di patto commissorio è ammessa esplicitamente dall'articolo 6 comma 2 del decreto legislativo 170/2004 in materia di contratti di garanzia finanziaria, attuativo della Direttiva 2002/47, il quale recita "ai contratti con funzione di garanzia finanziaria, che prevedono il trasferimento della proprietà con funzione di garanzia, non si applica l'articolo 2744 del codice civile". In questa formula è contenuto l'esplicito riconoscimento della validità di un trasferimento della proprietà con funzione di garanzia, che, secondo alcuni⁷⁵, sembra confermare il generale assoggettamento del trasferimento di proprietà con funzione di garanzia alla sanzione di nullità *ex* articolo 2744 cod. civ., rispetto al quale l'articolo 6 del decreto legislativo 170/2004 costituirebbe, pertanto, una deroga.

È stato evidenziato⁷⁶ come in questo caso la disapplicazione del divieto di patto commissorio rappresenti una novità significativa, di rottura rispetto ad una tradizione storica, giustificata dalla circostanza che la tutela degli interessi del debitore e dei terzi suoi creditori risulti bilanciata da altre disposizioni, secondo cui il trasferimento della proprietà, sia in sede di escussione della garanzia sia in sede di costituzione, avviene solo su base volontaria tra i soggetti individuati dall'art 1, lett. d), n. 1-5 dello stesso decreto. In particolare, si fa riferimento a soggetti "istituzionali" e persone diverse dalle persone fisiche: si tratta di soggetti che non dovrebbero subire una posizione di debolezza contrattuale, fermo che, ai sensi dell'articolo 8 dello

⁷³A. GROSSI, *La direttiva 2002/47/CE sui contratti di garanzia finanziaria*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, pp. 249 ss.

⁷⁴E. GABRIELLI, *Contratti di garanzia finanziaria*, in *Dig. disc. priv.*, UTET, 2007, pp. 300 ss.

⁷⁵F. GIGLIOTTI, *Sull'ammissibilità della cessione in securitatem (tra preclusioni tradizionali, nuove suggestioni normative e prospettive de iure condendo)*, in *Ordines*, 2015, p. 6.

⁷⁶E. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 306.

stesso testo, si consente di rideterminare, in sede di realizzazione, le eventuali eccedenze del valore della garanzia finanziaria rispetto a quello dell'obbligazione garantita⁷⁷.

Anche in questo caso, così come nella fattispecie della cessione di crediti *cavendi causa*, l'ammissibilità del trasferimento a scopo di garanzia si lega alla presenza della regola che garantisce l'equivalenza tra il valore della garanzia legittimamente trattenibile dal creditore e l'entità del credito garantito.

In conclusione, uno dei profili in cui consiste l'atipicità della garanzia attuata attraverso il trasferimento di beni viene "neutralizzato", assoggettando la garanzia atipica agli stessi principi che governano il campo delle garanzie tipiche ed, in particolare, al suddetto principio di equivalenza, anche a presidio del quale è previsto il divieto di stipulazioni commissorie⁷⁸.

3. Le alienazioni a scopo di garanzia.

Al fine di superare gli inconvenienti propri della disciplina codicistica, così come dimostra anche il raffronto comparatistico, da cui emerge una costante e progressiva evoluzione dell'uso di tecniche di ampliamento della garanzia, il principale rimedio è stato riscontrato nel potere creativo riconosciuto all'autonomia privata⁷⁹.

Il ricorso a tale potere, accordato dal nostro ordinamento in via generale all'articolo 1322 del codice civile, poteva consentire, già prima delle recenti riforme, di oltrepassare il limite imposto dal requisito dello spossessamento ponendo le basi per una modernizzazione del sistema delle garanzie mobiliari⁸⁰.

⁷⁷P. CARRIERE, *La nuova normativa sui contratti di garanzia finanziaria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2005, II, p. 186.

⁷⁸G. D'AMICO, *Alienazioni a scopo di garanzia*, in *I contratti per l'impresa*, a cura di G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI, Il Mulino, 2012, p. 596.

⁷⁹F. GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 196, in cui si legge "se continuassimo a concepire il contratto come mera applicazione del diritto e non come fonte di diritto nuovo, ci precluderemmo la possibilità di comprendere in quale modo muta il diritto nel nostro tempo".

⁸⁰E. GABRIELLI, *Autonomia privata e diritto comune europeo delle garanzie mobiliari*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 643.

In realtà, occorre evidenziare come tradizionalmente sia prevalso un atteggiamento di sostanziale chiusura, o quanto meno di diffidenza nei confronti dell'ammissibilità nel nostro ordinamento di trasferimenti con funzione di garanzia⁸¹. La regola del divieto di patto commissorio, infatti, è sempre stata interpretata in senso estensivo all'interno del nostro ordinamento nel senso di considerare nullo - perché in frode alla legge - qualunque negozio giuridico, anche se astrattamente lecito e non accedente ad una garanzia reale tipica, qualora le parti abbiano voluto conseguire risultati analoghi a quelli proibiti dall'articolo 2744 del codice civile, tentando di eludere tale proscrizione⁸².

Al centro del dibattito relativo al più ampio *genus* delle garanzie reali atipiche, elaborate dall'autonomia privata, si pone anzitutto una vasta gamma di figure note come alienazioni in funzione di garanzia. Tale nozione allude ad un insieme di fattispecie in cui le parti di un rapporto obbligatorio convengono il trasferimento al creditore della proprietà di un bene del debitore, al fine di garantire il soddisfacimento del credito dell'acquirente⁸³.

Gli schemi contrattuali annoverati in questa categoria di operazioni sono accomunati dal fatto di essere generalmente strumenti tipici, disciplinati all'interno del codice civile e quindi leciti, piegati dalle parti alla realizzazione del fine di garanzia di un credito. Le fattispecie più ricorrenti sono costituite senza dubbio da vendite sospensivamente o risolutivamente condizionate del debitore oppure da vendite con patto di riscatto o di retrovendita⁸⁴. In casi come questi, la funzione di garanzia si attuerebbe non mediante la costituzione di uno *ius prelationis* in capo al creditore tutelato, bensì mediante il trasferimento allo stesso del diritto di proprietà, seppur a titolo provvisorio⁸⁵.

⁸¹F. MACARIO, *Circolazione e cessione dei diritti in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p.361.

⁸²Cass. civ., sez. II, 4 marzo 1996, n. 1657, in *Notariato*, 1996, p. 409.

⁸³F. ANELLI, *op.cit.*, p. 103

⁸⁴Il prezzo, nel caso di trasferimento di proprietà con scopo di garanzia reale atipica, coinciderebbe con l'ammontare dell'obbligazione garantita e l'intento di garanzia concretamente realizzato dalle parti risulterebbe riconducibile ai motivi dell'operazione negoziale, ma vera e propria causa contrattuale. Proprio in relazione alla suddetta diversità causale tra le due fattispecie, autorevole dottrina ha suggerito la più corretta dizione di "alienazione" al posto di quella di "compravendita" a scopo di garanzia. C. M. BIANCA, *op. cit.*, pp. 114 ss.

⁸⁵In particolare, argomenti di ordine dogmatico sostenevano, e sostengono tutt'ora, la difficoltà ad ammettere una proprietà fiduciaria, intesa come proprietà temporanea, trasferita all'acquirente-creditore e destinata a venir meno al verificarsi dell'adempimento del debito garantito, con la considerazione dell'insufficienza della causa di garanzia a "supportare" un trasferimento della proprietà. A

La funzionalizzazione della proprietà dell'acquirente allo scopo di garanzia si risolve allora nella previsione di un'eventuale futura retrocessione del bene all'alienante, subordinata all'adempimento dell'obbligazione garantita⁸⁶.

Nel nostro sistema, almeno prima delle recenti riforme legislative, "solo a fatica e con soluzione di discontinuità le alienazioni a scopo di garanzia hanno potuto trovare spiragli di liceità"⁸⁷ al di fuori del pervasivo campo di applicazione del divieto di patto commissorio di cui all'articolo 2744 del codice civile.

Dalla considerazione per cui la giurisprudenza prevalente⁸⁸ reputa proscritto qualunque trasferimento di proprietà, indipendentemente dal fatto che esso sia risolutivamente o sospensivamente condizionato, rispettivamente all'inadempimento e all'adempimento del debitore, risulta evidente come il divieto di patto commissorio sia stato esteso ben oltre il proprio referente normativo⁸⁹.

In tal senso, è opportuno far menzione di una massima della Corte di Cassazione del 1999⁹⁰, in cui si è affermato che il divieto di patto commissorio, sancito dall'art. 2744 del codice civile, si estenda "a qualsiasi negozio, quale ne sia il contenuto, che venga impiegato per conseguire il risultato concreto, vietato dall'ordinamento,

ben vedere, tuttavia, non si spiega perché la suddetta funzione non possa giustificare un trasferimento temporaneo della proprietà: quando la stessa funzione di garanzia si realizza, a seguito dell'inadempimento da parte del debitore, che determina il consolidamento della proprietà del bene in capo all'acquirente-creditore, l'effetto traslativo, ormai definitivo, trova fondamento non tanto nella stessa causa di garanzia, ma piuttosto in una *causa solvendi*. L'obbligazione che contempli, *in facultate solutionis*, il trasferimento di un bene non prevede l'automaticità di tale effetto, che invece è insita nei casi di patto commissorio, ma affida l'effetto traslativo ad un comportamento successivo del debitore e ad una sua successiva possibilità di ponderazione in ordine al trasferimento di proprietà del bene. Non si giustifica, quindi, un'eventuale riconduzione di qualunque fattispecie di alienazione in funzione di garanzia al divieto di patto commissorio: la mancata automaticità del trasferimento di proprietà evita che quest'ultimo sia frutto di una scelta poco meditata da parte del debitore o contingentata da un momento di sua particolare debolezza, come potrebbe essere una sua ipotetica necessità di finanziamento. Non maggiormente persuasivo appare un altro argomento di tipo dogmatico che, nel sostenere l'illiceità delle alienazioni in funzione di garanzia, fa perno sul già menzionato principio del *numerus clausus* dei diritti reali.

⁸⁶U. LA PORTA, *Il trasferimento delle aspettative*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995, pp. 212 ss.

⁸⁷F. FIORENTINI, *Le garanzie reali atipiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, pp. 255 ss.

⁸⁸Cass. civ., sez. II, 27 febbraio 1991, n. 2126, in *Giur. it.*, 1992, I, p. 136.; Cass. civ., sez. II, 19 settembre 1992, n. 10749, in *Giust. Civ.*, 1993, I, p. 3055; Cass. civ., sez. II, 4 novembre 1996, n. 9540, in *Notariato*, 1998, pp. 1013 ss.; Cass. civ., sez. II, 11 febbraio 1998, n. 1396, in *Notariato*, 1998, pp. 745 ss.; Cass. 4 agosto 1950, n. 2373, in *Giur. It.*, 1951, I, pp. 114 ss.; Cass. civ., sez. III, 3 giugno 1983, n. 3800, in *Nuova. Giur. Civ. Comm.*, 1985, I, pp. 97 ss.

⁸⁹La giurisprudenza si spinge fino ad affermare che le parti incorrano nella medesima sanzione anche nel caso in cui l'alienazione sia semplicemente promessa o sia conclusa dal creditore con un terzo. Si veda Cass. civ., sez. III, 16 agosto 1990, n. 8325, in *Giur. It.*, 1991, I, p. 1208; Cass. civ., sez. II, 29 agosto 1998, n. 8624, in *Foro It.*, 1999, I, p. 175.

⁹⁰Cass. civ., sez. II, 23 ottobre 1999, n. 11924, in *Mass. giust. civ.*, 1999, p. 2142.

dell'illecita coercizione del debitore a sottostare alla volontà del creditore”.

Senza dubbio, emerge come quasi mai l'ipotesi prevista dal tenore letterale dell'articolo 2744, e cioè il patto di trasferimento in proprietà al creditore del bene oggetto di garanzia reale sotto la condizione sospensiva del mancato pagamento del debito nel termine convenuto, si è presentata all'attenzione dei giudici così come tale⁹¹. Tendenzialmente, quindi, i privati hanno agito in maniera da non incorrere in violazioni dirette del divieto di patto commissorio utilizzando nella prassi commerciale operazioni negoziali di tipo diverso⁹².

3.1. La vendita con patto di riscatto o con patto di retrovendita.

Tra le suddette operazioni, occorre menzionare in primo luogo il ricorso da parte dell'autonomia privata ai vari schemi di vendita piegati allo scopo di garanzia, in particolare alla vendita con patto di riscatto⁹³ o alla compravendita con annesso patto di retrovendita. In questo modo, si può conseguire l'effetto di un contratto di garanzia, laddove si preveda il trasferimento della proprietà di un determinato bene al creditore-acquirente in caso di inadempimento del debitore-alienante⁹⁴. La realizzazione di una siffatta fattispecie è sempre stata guardata con particolare diffidenza in virtù della possibile elusione di norme imperative fissate a livello codicistico, prima tra tutti quella prevista dall'articolo 2744.

Fino al 1983, la giurisprudenza si era assestata su un'interpretazione meno severa e riconosceva l'estraneità della vendita a scopo di garanzia rispetto al divieto di patto commissorio, affermando che l'operatività di quest'ultimo dovesse ritenersi circoscritta alle alienazioni sospensivamente condizionate all'inadempimento del debitore⁹⁵. Conseguenza di tale orientamento era la considerazione per cui doversero ritenersi lecite le alienazioni risolutivamente condizionate, caratterizzate

⁹¹Cass. civ., sez. II, 7 settembre 2009, n. 19288, in *Notariato*, 2009, p. 610.

⁹²S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 335.

⁹³In particolare, si sosteneva che la vendita con patto di riscatto sarebbe analoga, ma non identica al patto commissorio, poiché la vendita trasferirebbe immediatamente la proprietà della cosa, mentre il patto commissorio solo in seguito ad inadempimento del debitore. Cass. civ., sez. II, 14 dicembre 1978, n. 5967, in *Arch. Civ.*, 1979, p. 462.

⁹⁴G. BARALIS, *Vendita per ragioni di garanzia e vendita per ragioni di bisogno*, in *Notariato*, 2009, II, p. 317.

⁹⁵Si tratta di quello che è stato definito “patto commissorio autonomo”, in quanto realizzato indipendentemente dallo schema delle garanzie reali tipiche, e si configura come una compravendita

dall'immediato effetto traslativo della proprietà del bene, le quali si sarebbero dovute ricondurre alla figura tipica della vendita con patto di riscatto⁹⁶.

In tali pronunce, i giudici adottavano un criterio di tipo cronologico, che faceva leva sul diverso momento del passaggio in proprietà del bene nell'ambito della convenzione tra le parti: se il trasferimento era immediato, il patto poteva considerarsi valido; se esso avveniva solo dopo il verificarsi della condizione sospensiva dell'inadempimento del debitore, era nullo⁹⁷. L'ammissibilità di tali pattuizioni, quindi, era giustificata in virtù della considerazione per cui in queste fattispecie l'alienazione produrrebbe effetti immediati: la proprietà passerebbe subito all'acquirente-creditore e, qualora l'alienante-debitore non fosse in grado di restituire la somma, si verificerebbe il definitivo consolidamento del diritto di proprietà in capo al creditore⁹⁸.

Con la celebre sentenza del 3 giugno 1983, n. 3800, la Cassazione, facendo proprie le critiche che le erano state mosse da parte di autorevole dottrina⁹⁹, inaugura un nuovo indirizzo interpretativo in materia, sostenendo che tutte le alienazioni in funzione di garanzia, anche se immediatamente traslative, debbano esser considerate nulle per violazione dell'articolo 2744. In questa pronuncia, si stabilisce come il criterio rilevante per stabilire se una fattispecie concreta debba esser considerata lecita o meno non sia il momento in cui avviene il trasferimento del diritto, ma piuttosto lo scopo pratico perseguito dalle parti in concreto, indipendentemente

sottoposta alla condizione sospensiva dell'inadempimento del debitore e stipulata tra lo stesso debitore-alienante ed il creditore-acquirente. C. M. BIANCA, *op. cit.*, pp. 50 ss.

⁹⁶Cass. civ., sez. I, 30 marzo 1967, n. 689, in *Giur. it.*, 1968, I, p. 52, laddove si dice che l'articolo 2744 cod. civ. "non è applicabile, neppure in via analogica, alla vendita [...] a scopo di garanzia accompagnata dal *pactum de retrovendendo*, in quanto il patto commissorio si ha solo quando il trasferimento della proprietà è sottoposto alla condizione sospensiva della mancata restituzione della somma nel termine stabilito". Dello stesso tenore risulta: Cass. civ., sez. II, 14 aprile 1981, n. 2245, *Riv. dir. civ.*, 1981, voce "Vendita", n. 73, laddove si legge "non è ravvisabile il patto commissorio di cui all'articolo 2744 cod. civ. nella vendita con patto di riscatto, la quale realizza l'immediato trapasso della proprietà e non è compatibile con la funzione di garanzia alla quale possa essere ispirata la finalità negoziale delle parti. Qualora venga usato lo strumento contrattuale di cui all'articolo 1500 cod. civ., la dimostrazione di un intento di garanzia non è idonea a far ritenere l'esistenza di un patto commissorio, il cui presupposto è costituito dalla conseguenza del passaggio di proprietà come effetto dell'insolvenza del mutuatario".

⁹⁷F. CARINGELLA, *Divieto del patto commissorio "autonomo": nuovi confine e nodi ancora al pettine*, in *Corr. giur.*, 1995, p. 61.

⁹⁸Cass. civ., sez. II, 12 dicembre 1986, n. 7385, in *Giur. It.*, 1988, I, p.1230.

⁹⁹F. ANELLI, *op. cit.*, pp. 103 ss.; C.M. BIANCA, *op. cit.*, pp. 130 ss.; F. CARNELUTTI, *Mutuo pignoratizio e vendita con patto di riscatto*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, II, pp. 160 ss.

dallo strumento giuridico utilizzato. Si tratta del criterio “funzionale”, ancora oggi prevalente in giurisprudenza¹⁰⁰.

Risolutivo, in questo senso, è stato un successivo intervento delle Sezioni Unite della Cassazione¹⁰¹, che ha confermato il principio di indifferenza del meccanismo giuridico attraverso il quale si realizza l'acquisto definitivo della proprietà in capo al creditore-acquirente. Quello che conta è unicamente la considerazione del comune intento delle parti di costituire una garanzia¹⁰². Sia nel caso in cui la vendita produca effetti traslativi immediati, operando l'inadempimento come condizione risolutiva rispetto alla possibilità per il debitore di divenire nuovamente proprietario del bene, sia nell'ipotesi in cui la vendita risulti produttiva di efficacia reale soltanto in esito all'inadempimento del debitore-alienante, inteso questa volta come condizione sospensiva rispetto all'effetto del trasferimento della proprietà del bene in capo all'acquirente, bisognerà far riferimento solamente all'intento dei contraenti di porre in essere una mera simulazione di vendita, dando vita, in realtà, ad una convenzione intesa a dar vita ad una garanzia reale atipica.

In tale pronuncia la Cassazione ha determinato un significativo mutamento di prospettiva aderendo al principio per cui il divieto di patto commissorio dovrebbe essere interpretato estensivamente avendo riguardo al reale assetto d'interessi sotteso all'operazione posta in essere dalle parti indipendentemente dallo schema negoziale impiegato. Siffatto *revirement* giurisprudenziale e la contestuale interpretazione estensiva degli articoli 2744 e 1963 del codice civile ha comportato, pertanto, l'inclusione nell'area della difformità al divieto del patto commissorio di operazioni come il *sale and lease back*¹⁰³, il riporto¹⁰⁴, il mandato irrevocabile a vendere conferito dal creditore al debitore¹⁰⁵, la vendita con patto di riscatto¹⁰⁶, ove poste in

¹⁰⁰Cass. civ., sez. II, 27 settembre 1994, n. 7878, in *Notariato*, 1995, p. 225; Cass. civ., sez. II, 11 febbraio 1998, n. 1396, in *Notariato*, 1998, pp. 745 ss.

¹⁰¹Cass. civ., S.U., 3 aprile 1989, n. 1611, in *Foro it.*, 1989, I, p. 1428 ss., con nota di G. VALCAVI, *Intorno al divieto del patto commissorio, alla vendita simulata a scopo di garanzia, al negozio fiduciario*.

¹⁰²G. OBERTO, *Vendita con patto di riscatto, divieto del patto commissorio e contratto di lease back*, in *Quadrimestre*, 1984, I, pp. 347 ss.

¹⁰³Cass. civ., sez. III, 22 marzo 2007, n. 6969, in *Contratti*, 2008, p. 308.

¹⁰⁴Trib. Cagliari, 4 marzo 1991, in *Corr. giur.*, 1994, p. 607, con nota di G. RENNA, *Riporto e patto commissorio*.

¹⁰⁵Cass. civ., sez. III, 10 novembre 2000, n. 14637, in *Contratti*, 2001, p. 975; Cass. civ., sez. III, 8 luglio 2014, n. 15486, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 62 ss.

¹⁰⁶Cass. civ., sez. II, 4 marzo 1996, n. 1657, in *Notariato*, 1996, p. 409, con nota di E. S. RICHTER, *Vendita con patto di riscatto e frode alla legge*.

essere con funzione di garanzia ed in pendenza di un rapporto obbligatorio fra le parti.

Ad ogni modo, non appare condivisibile quell'opinione¹⁰⁷ che ravvisa nella vendita con patto di riscatto il prototipo delle alienazioni *cavendi causa*. Infatti, premettendo che il concetto tecnico di garanzia presuppone l'esistenza di un'obbligazione garantita sottostante, deve riconoscersi come a tale tipologia di vendita non sia necessariamente riconducibile una funzione di garanzia, ma che potrebbe astrattamente concretizzarsi nel caso in cui il rapporto obbligatorio preesista alla vendita medesima e questa sia effettuata prima della scadenza del debito¹⁰⁸.

Da ultimo, si porrà il problema per l'interprete di accertare in concreto l'eventuale ricorrenza di una convenzione commissoria dissimulata qualora le parti realizzino la funzione di garanzia con operazioni negoziali lecite¹⁰⁹. Indici significativi della sussistenza di un credito dell'acquirente nei confronti dell'alienante saranno gli adattamenti apportati allo schema tipico che risultino più consoni alla realizzazione di una garanzia piuttosto che di uno scambio, ad esempio la mancata consegna del bene alienato e la previsione di interessi¹¹⁰.

3.2. La cessione di crediti a scopo di garanzia.

Mentre la vicenda interpretativa del trasferimento di proprietà in garanzia è segnata dalla progressiva affermazione dell'inammissibilità di tutte le molteplici figure negoziali elaborate al fine di costituire un vincolo reale su un bene a garanzia di un credito, la giurisprudenza¹¹¹ sembra non aver mai dubitato della liceità del trasferimento in funzione di garanzia di una situazione creditoria. Di conseguenza, non appare contraddittoria la considerazione per cui, a fronte della sostanziale chiusura, che emerge dal quadro sinora delineato, rispetto all'ammissibilità delle alienazioni a scopo di garanzia, variamente attratte nell'orbita del divieto di patto commissorio,

¹⁰⁷O. T. SCOZZAFAVA, *Note in tema di alienazione a scopo di garanzia*, in *Contratto e impresa*, 2006, pp. 24 ss.

¹⁰⁸Cass. civ., sez. II, 19 novembre 2015, n. 23670, in *www.dirittoegiustizia.it*, 20 novembre 2015.

¹⁰⁹F. REALMONTE, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, in *Foro it.*, 1989, I, p. 1140.

¹¹⁰Cass. civ., sez. I, 5 aprile 1960, n. 776, *Foro pad.*, 1961, I, p. 49, con nota di C. M. BIANCA, *Forme tipiche di vendita e violazione del divieto di patto commissorio nell'alienazione*.

¹¹¹Cass. civ., sez. I, 6 marzo 1991, n. 2343, in *Foro it.*, 1991, I, p. 2088.

si riscontri una consolidata prassi interpretativa che riconosce l'ammissibilità della cessione di crediti a scopo di garanzia¹¹².

In particolare, si segnala come, per ovviare alla rigidità della garanzia tipica sul credito, incarnata nella figura del pegno su crediti *ex* articolo 2800 del codice civile, gli operatori del mondo economico, *in primis* le banche, abbiano preferito servirsi dei mezzi offerti dal diritto delle obbligazioni e dei contratti, ricorrendo frequentemente allo strumento della cessione di crediti a scopo di garanzia¹¹³. Così, nella prassi, all'atto di erogazione di un finanziamento o anche in seguito, in corso di rapporto, gli istituti di credito sono soliti chiedere, come ulteriore garanzia rispetto al generico patrimonio del debitore, il trasferimento dei suoi crediti, frequenti soprattutto laddove il soggetto finanziato sia un'impresa¹¹⁴.

La cessione di crediti a scopo di garanzia si differenzia dagli altri schemi di cessione di crediti (*pro soluto, pro solvendo*) per il fatto di non avere funzione solutoria: il trasferimento del credito ha lo scopo giuridico di assicurare al cessionario il soddisfacimento delle proprie pretese nei confronti del cedente, nell'eventualità in cui quest'ultimo non adempia l'obbligazione garantita. La dottrina¹¹⁵ ha evidenziato che la giurisprudenza si sia limitata a riconoscere che la cessione di credito costituisca senz'altro uno strumento idoneo, ancorché atipico, ad attuare una funzione di garanzia, nei limiti dell'autonomia contrattuale accordata alle parti dal nostro ordinamento¹¹⁶.

Sull'indirizzo della giurisprudenza nel senso dell'ammissibilità di tale figura negoziale, un'influenza innegabile è stata esercitata dalla presenza di casi in cui il legislatore ha espressamente accennato ad operazioni di cessione di crediti a scopo di garanzia: possiamo, ad esempio, far riferimento all'articolo 18 della legge 949/1952 che autorizza il Mediocredito, istituito con quella stessa legge, ad "effettuare finanziamenti contro cessione in garanzia, totale o parziale, di crediti" o all'articolo 46,

¹¹²U. STEFINI, *La cessione di credito con scopo di garanzia*, CEDAM, 2007, pp.81 ss.

¹¹³G.R. CROCE, *La cessione di crediti a scopo di garanzia, in Garanzie reali e personali nei contratti bancari*, a cura del CIDIS, Giuffrè, 1976, pp. 99 ss.

¹¹⁴P. SCHLESINGER, *Il "primato" del credito*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, pp. 825 ss.

¹¹⁵U. LA PORTA, *La causa del trasferimento del credito, gli effetti preliminari e la disposizione del diritto futuro*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, pp. 717 ss.

¹¹⁶T. MANCINI, *La cessione dei crediti*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di P. RESCIGNO, IX, UTET, 1984, pp. 380 ss.

comma 1, lettera d) del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia¹¹⁷ che prevede la costituzione di un privilegio convenzionale sui crediti, anche futuri, derivanti dall'alienazione di beni aziendali, scorte e prodotti. Tali indizi presenti a livello normativo sono tutt'al più una conferma della validità della cessione del credito in garanzia, ma non paiono sufficienti a fondare in termini generali la tesi della liceità dell'operazione negoziale. In particolare, occorre sottolineare come nessuna delle disposizioni in esame chiarisca il fenomeno per cui operazioni molto simili dal punto di vista della struttura e della sostanza economica, volte alla costituzione di vincoli di garanzia attraverso fattispecie traslative su una componente del patrimonio del debitore, subiscano un trattamento differente da parte dell'ordinamento a seconda della specie della componente patrimoniale trasferita in garanzia (credito o diritto reale)¹¹⁸.

Occorre però segnalare come, in effetti, ancora oggi autorevole dottrina¹¹⁹ si esprima nel senso dell'illiceità della cessione di crediti a scopo di garanzia, nel solco della già citata convinzione per cui la causa di garanzia non sarebbe idonea a giustificare il trasferimento della titolarità di un diritto e della considerazione per cui essa realizzerebbe un'ipotesi di fatto analoga a quella del patto commissorio.

I cardini attorno ai quali ruota la questione sono essenzialmente due: il fondamento del negozio traslativo e la natura del diritto trasferito in garanzia. Si sono già evidenziate le ragioni dalle quali la dottrina fa discendere l'invalidità delle alienazioni di diritti reali in funzione di garanzia: quest'ultima non è ritenuta causa sufficiente del trasferimento di proprietà di un bene, a seguito del quale risulterebbe costituito in capo al creditore un diritto che, per conformarsi allo scopo di garanzia voluto dalle parti, si porrebbe al di fuori dello schema della proprietà e, quindi, del principio di tipicità dei diritti reali. Mentre rispetto a diritti reali si dubita diffusamente dell'intrinseca ammissibilità di un negozio traslativo con funzione di garanzia, nel caso della cessione di crediti a tale scopo, si accetta che la causa di garanzia possa

¹¹⁷Decreto legislativo 1 settembre 1993 n. 385, convertito in Legge 30 settembre 1993 n. 230.

¹¹⁸A. DOLMETTA, *Cessione dei crediti*, in *Dig. disc. priv.*, II, UTET, 1988, p. 288.

¹¹⁹E. BRIGANTI, D. VALENTINO, *Le vicende delle obbligazioni. La circolazione del credito e del debito*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, a cura di P. PERLINGIERI, III, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, pp. 14 ss.; V. PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Giuffrè, 1955, p.156; P. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA, G. BRANCA, Zanichelli, 1982, pp. 37 ss.

costituire il fondamento dell'effetto traslativo del diritto¹²⁰, facendo leva anzitutto sul dettato dell'articolo 2803 del codice civile, che ammette espressamente la figura del pegno su crediti. Tale norma prevede che, se il credito garantito è scaduto, il creditore pignoratizio possa ritenere quanto basta del denaro ricevuto per soddisfare il suo diritto, restituendo il residuo al debitore garantito. È evidente che l'operatività di tale principio in favore del creditore cessionario abbia l'effetto di paralizzare l'applicazione del divieto di patto commissorio per il settore della cessione di crediti e di produrre un risultato affine a quello previsto dal patto marciano, con la presenza di un meccanismo di controllo di equivalenza tra il valore del credito oggetto di garanzia e il credito garantito¹²¹. Sulla base di queste ragioni, è ormai un punto fermo in sede giurisprudenziale la considerazione per cui la cessione di crediti a scopo di garanzia dia luogo al trasferimento della titolarità degli stessi in capo al creditore garantito¹²².

Da ultimo, rimane da affrontare il problema di quale sia il fondamento giuridico dell'effetto traslativo del diritto. A questo proposito, prevale l'orientamento¹²³ che ravvisa le ragioni dell'ammissibilità della cessione del credito genericamente nel principio dell'autonomia contrattuale, sulla base di un procedimento logico per cui: la cessione del credito non presenta uno schema causale rigido e prefissato, il suo trasferimento può avvenire per qualsiasi causa, purché meritevole di tutela, e la funzione di garanzia rappresenta una di tali cause.

3.3. Il *trust* con funzione di garanzia.

L'evoluzione delle tecniche di garanzia reale non può non tener conto della ratifica della Convenzione dell'Aja del 1985 in materia di riconoscimento dei *trusts*, avvenuta ad opera della legge 364/1989¹²⁴. Nel presentare le caratteristiche di un istituto

¹²⁰G. PANZARINI, *Lo sconto dei crediti e dei titoli di credito*, Giuffrè, 1984, pp. 264 ss.

¹²¹M. VIALE, *Le garanzie bancarie*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, a cura di F. GALGANO, vol. XVIII, CEDAM, 1994, p. 116.

¹²²Cass. civ., sez. I, 30 ottobre 1956 n. 4057, in *Riv. dir. comm.*, 1958, II, pp. 81 ss.; App. Milano 31 ottobre 1989, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1991, II, p. 42; App. Firenze 20 dicembre 1988, in *Dir. fall.*, 1989, II, pp. 831 ss., con nota di M. BRONZINI, *La cessione di credito e il fallimento*.

¹²³A. DOLMETTA, G. B. PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, pp. 279 ss.

¹²⁴Legge 16 ottobre 1989 n. 364, G. U. n. 261, di ratifica ed esecuzione della convenzione sulla legge applicabile ai *trusts* e sul loro riconoscimento, adottata da L'Aja il 1° luglio 1985.

che la letteratura comparatistica¹²⁵ ha definito come il prodotto più peculiare dell'esperienza giuridica di *common law*, si suole far riferimento ad uno schema di norma trilatero, in base al quale un soggetto (*settlor*) trasferisce un bene o un insieme di beni ad un altro (trustee), il quale ne diventa titolare *fiduciae causa*, con l'obbligo di amministrarli non nell'interesse proprio, ma di un soggetto terzo beneficiario (*beneficiary*) o di uno scopo specificatamente determinato. Tale struttura appare decisamente versatile e poliedrica, tanto che il *trust* risulta istituibile per il raggiungimento di molteplici finalità e, quindi, suscettibile di assumere caratteristiche molto diverse a seconda del contesto in cui si inserisce e del suo contenuto¹²⁶. Sicuramente è doveroso evidenziare come tra le peculiarità più apprezzate del *trust*, che hanno fatto la sua fortuna nei sistemi di *common law*, si annoverino la sua estrema flessibilità e idoneità all'impiego nei settori più disparati, quali quello finanziario, commerciale, familiare e successorio. Esso costituisce un potente strumento di autonomia privata, che consente di rispondere ad una serie di problemi avvertiti nella moderna economia mobiliare, la quale richiede di poter costituire patrimoni separati destinati a vari scopi predeterminati o, più in generale, di fare in modo che un complesso di beni sia amministrato nell'interesse altrui¹²⁷. Il vantaggio di questa operazione è immediatamente comprensibile, anzitutto dal punto di vista del risparmio economico, dal momento che consente di evitare pesanti costi di mantenimento di strutture organizzative derivanti dalla costituzione di persone giuridiche per i medesimi fini, cui sono soliti ricorrere i sistemi di tradizione romanistica¹²⁸.

A questo proposito, occorre senz'altro far riferimento ad una decisione del 27 dicembre 1996¹²⁹. In questa data, il Tribunale di Milano ha emesso un decreto di omologazione di una delibera assembleare nella quale si prevedeva la costituzione di un *trust* a garanzia di un prestito obbligazionario. Il caso riguardava una società milanese che si era trovata a dover scegliere se garantire l'emissione delle proprie

¹²⁵A. GAMBARO, *Il trust in Italia e Francia*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, a cura di P. CEN-
DON, Giuffrè, 1994, p. 497.

¹²⁶M. LUPOI, *Trusts*, Giuffrè, 1997, pp. 19 ss.

¹²⁷A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, Giuffrè, 1995, p. 643.

¹²⁸P. PICCOLI, *I trusts e figure affini in diritto civile. Analogie e differenze*, in *Vita notarile*, 1998, II,
pp. 785 ss.

¹²⁹Trib. Milano, decreto 27 dicembre 1996, in *Società*, 1997, p. 858, con nota di S. LENER e G. B.
BISOGNI.

obbligazioni mediante la creazione di un vincolo ipotecario sui propri immobili oppure sottoponendo gli stessi ad un *trust* di scopo. La società emittente ha optato per questa seconda soluzione, con il conseguente trasferimento della titolarità degli immobili ad una società controllata inglese. Quest'ultima ha poi emesso azioni per un ammontare corrispondente al valore degli immobili stessi, ha istituito un *trust* avente ad oggetto le suddette azioni, regolato dalla legge di *Jersey*, ed ha inoltre nominato quale *trustee* una società fiduciaria italiana (la quale meglio avrebbe potuto gestire gli immobili nel nostro Paese). Scopo di tale operazione era quello di destinare tali azioni a rimborso degli obbligazionisti che avrebbero sottoscritto i titoli emessi dalla società milanese, mediante la creazione di un patrimonio separato o di un vincolo di destinazione: a tal fine l'atto istitutivo del *trust* prevedeva che la restituzione delle azioni da parte del *trustee* alla società emittente sarebbe avvenuta solo in seguito all'integrale rimborso degli obbligazionisti e la restituzione degli immobili alla società emittente solo previo accertamento dell'avvenuto pagamento degli stessi. Con il ricorso a tale espediente, gli obbligazionisti ottengono una garanzia specifica (la perdita del complesso immobiliare da parte della società emittente è effettiva, ma temporanea, in quanto destinata a rientrare in seguito al rimborso del prestito agli obbligazionisti) e all'emittente è consentita un'agilità di manovra che non avrebbe ottenuto ricorrendo agli strumenti tipici di garanzia.

In particolare, un *trust* come quello in esame consentirebbe di evitare il costo e le lungaggini delle procedure di esecuzione forzata in caso di inadempimento della società emittente alle obbligazioni assunte nei confronti degli investitori; inoltre, il *trustee* potrebbe adottare le misure ritenute più idonee al perseguimento dello scopo del *trust*, come il reinvestimento dei canoni di locazione degli immobili per incrementare il patrimonio del *trust* stesso (mentre laddove si fosse costituita un'ipoteca, gli immobili sarebbero rimasti improduttivi ai fini della tutela delle ragioni dei creditori e, anzi, avrebbero subito una diminuzione del loro valore a causa dell'insistenza su di essi di un vincolo ipotecario); infine, lo stesso *trustee* potrebbe procedere ad una vendita stragiudiziale della parte del complesso immobiliare necessaria allo scopo in tempi relativamente brevi e percependo un ricavato tendenzialmente

superiore a quello che conseguirebbe all'esperienza delle procedure esecutive giurisdizionali¹³⁰.

In merito all'ammissibilità del *trust* con funzione di garanzia all'interno del nostro sistema, possiamo inoltre far riferimento ad una sentenza del Tribunale di Bologna¹³¹, in cui si afferma come questo istituto sia pienamente compatibile con l'ordinamento giuridico italiano dal momento che la non applicabilità dell'articolo 2740 del codice civile, relativo alla responsabilità patrimoniale universale del debitore, che, si dice, non costituisce un principio supremo e inderogabile, emerge direttamente dagli articoli 2 e 11 della Convenzione dell'Aja del 1985, i quali identificano in modo esclusivo la fonte della separazione patrimoniale nella "proprietà qualificata" del *trustee*.

3.4. Considerazioni conclusive in materia di alienazioni in funzione di garanzia.

In virtù di quanto finora esposto, appare evidente come la riforma del sistema delle garanzie reali dovrebbe tenere in maggior considerazione il risultato che le parti coinvolte intendono perseguire con una determinata operazione economica, piuttosto che gli strumenti mediante i quali quest'ultima viene posta in essere. La complessità, la varietà e la duttilità degli interessi che si esprimono con funzione di garanzia hanno infatti bisogno di tecniche di attuazione che trascendano l'apparente staticità degli interessi rappresentati: la regolamentazione di questo settore dovrebbe, infatti, procedere da un'analisi degli strumenti giuridici in ragione delle intenzioni concrete delle parti.

Il discorso sul rapporto tra autonomia privata e costituzione delle garanzie reali deve perciò tener conto della circostanza per cui i privati, seppur non possano dar luogo a nuove forme di garanzia reale, né tantomeno creare situazioni di prelazione e di opponibilità al di fuori di quelle espressamente previste dall'ordinamento, possono tuttavia, mediante opportune tecniche contrattuali, incidere sul profilo funzio-

¹³⁰M. E. D'ORIO, *Un trust a garanzia di un prestito obbligazionario. Percorsi e tendenze nella dottrina sui trusts*, in *Giur. comm.*, 1998, I, pp. 235 ss.

¹³¹Trib. Bologna, 1° ottobre 2003, n. 4545, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2004, p. 67.

nale del negozio costitutivo. A seconda dell'interesse sostanziale che le parti intendono perseguire, la funzione di garanzia, proprio perché governa un'operazione economica unitaria, può rappresentare lo strumento mediante il quale si ottiene che la garanzia persista nel tempo, al di là dell'oggetto su cui inerisce e addirittura a prescindere dalla sua materiale esistenza.

Tuttavia, se in altri ordinamenti di *civil law* che riconoscono il divieto di patto commissorio, anzitutto la Francia, è prevalsa la soluzione di confinare nel proprio ambito letterale il raggio d'azione del dettato proibitivo, in Italia lo si è ampliato fino a soglie molto lontane non solo dal dato letterale, ma anche dall'interpretazione tradizionale dell'articolo 2744 cod. civ., di fatto inducendo i privati a sempre più frequenti tentativi di elusione della norma in questione. A lungo i nostri interpreti si sono rivelati incapaci di confrontarsi con un'attitudine mentale diversa da quella per cui il patto commissorio non è altro che una convenzione che contrappone il malizioso usuraio al debitore bisognoso¹³². Non sorprende, allora, che a causa della disfunzionalità del sistema codicistico delle garanzie reali, vi sia un'istanza che invita gli interpreti ed il legislatore a prendere atto dell'esigenza per gli operatori nel mercato del credito, non necessariamente maliziosi o bisognosi, di ricorrere a trasferimenti di proprietà a scopo di garanzia per perseguire i propri interessi¹³³.

4. Le inefficienze della normativa precedente e la *ratio* del d.l. 59/2016.

Le garanzie agiscono all'interno del rapporto obbligatorio tramite un duplice meccanismo: da un lato, contengono i rischi legati all'inadempimento del debitore, poiché in tal caso il creditore potrà soddisfarsi aggredendo il bene garantito; dall'altro, attenuano la necessità per il creditore di cautelarsi da comportamenti poco prudenti che possano pregiudicare il patrimonio del debitore, inteso come garanzia generica. Da questo secondo punto di vista, il creditore potrà omettere di monitorare la sua

¹³²In particolare, C. M. BIANCA sottolinea che "il divieto di cui all'articolo 2744 è necessario per impedire le frodi degli usurai, i quali troverebbero in questa clausola un mezzo comodo di trarre un eccessivo profitto delle somme date, prestando denaro contro pegni di valore doppio della somma". In C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 206.

¹³³M. BUSSANI, *op. cit.*, pp. 290 ss.

situazione patrimoniale, focalizzando la propria attenzione sulla conservazione del bene oggetto della garanzia¹³⁴.

Data la funzione estremamente positiva svolta dai diritti di garanzia nell'accesso al credito, l'elaborazione di nuovi strumenti non rappresenta solo una reazione all'inefficienza degli schemi tipici, ma costituisce anche il riflesso dell'emergere di nuove necessità di carattere sostanziale, che richiedono di riconoscere giuridicamente figure di circolazione della ricchezza diverse dagli istituti codicistici¹³⁵.

In particolare, il settore del finanziamento all'impresa così come conduce alla costante creazione di nuove figure di erogazione del credito, parallelamente porta alla creazione di nuove forme di garanzia.

Come già sottolineato, la rigidità del sistema legale italiano delle garanzie reali del credito ha visto opporsi una prassi commerciale che ha tentato di aprire il settore a schemi diversi, atipici, mediante il ricorso a strumenti più semplici e duttili, dato che, ovviamente, quanto più è agevole stanziare beni in garanzia, tanto più è semplice per un imprenditore instaurare una relazione creditizia.

L'ottica in cui si è mosso il legislatore nella redazione del decreto legge 59/2016¹³⁶ è di tipo strettamente economico, tanto che il testo legislativo di conversione del decreto è stato in discussione nella Commissione Finanze, anziché presso la Commissione Giustizia. Tale intervento è stato necessitato dall'eccessiva lunghezza delle procedure esecutive, in particolari quelle immobiliari, che in Italia hanno una durata media superiore a sette anni, e al tempo stesso valgono complessivamente miliardi di Euro, di cui i creditori risultano essere anzitutto le Banche. Attraverso il recente intervento, il legislatore ha auspicato che da una maggior speditezza dei processi di escussione delle garanzie si potessero trarre risorse da immettere nel mercato del credito, alleviando le sofferenze in particolare delle piccole e medie imprese.

¹³⁴G. GRISI, *Forme e modelli di garanzia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p. 187.

¹³⁵F. ANELLI, *op. cit.*, p.3.

¹³⁶Decreto Legge 3 maggio 2016 n. 59 convertito in Legge 30 giugno 2016, G. U. n. 119.

4.1. L'assenza di garanzie mobiliari non possessorie.

Una delle ragioni di disfunzionalità del nostro sistema, fino all'entrata in vigore del "Decreto banche", è stata riscontrata nell'assenza di garanzie mobiliari "non possessorie", la cui ammissibilità nel Regno Unito era già prevista nel 1878 con il *Bills of Sale Act*. Prima delle recenti modifiche legislative, avvenute con oltre un secolo e mezzo di ritardo rispetto al modello inglese, la costituzione di una garanzia su beni mobili non registrati comportava la perdita di possesso del bene, che veniva trasferito al creditore o ad un soggetto terzo. Il problema era quello di conciliare la necessità per l'imprenditore richiedente un finanziamento di conservare la disponibilità dei beni oggetto della garanzia con il requisito dello spossessamento imposto dalla legge. Può trattarsi, infatti, di beni necessari all'attività produttiva del debitore, ad esempio beni aziendali destinati alla produzione oppure di beni che non potrebbero esser trasportati e custoditi presso il creditore se non sostenendo costi che renderebbero antieconomica la costituzione della garanzia¹³⁷. Altre volte è la stessa natura del bene che si intende offrire in garanzia a sollevare il problema dello spossessamento, come avviene nel caso di titoli di Stato non ancora emessi.

Risulta infatti evidente come l'economia moderna richieda che l'accesso al credito, non solo presso gli istituti bancari, ma anche tra privati, sia snello e facilitato. Non è pensabile che il finanziamento possa essere limitato soltanto a coloro che posseggono beni immobili oppure beni mobili di cui siano in grado di spossessarsi fino all'intervenuto adempimento: ciò costituirebbe un severo limite all'attività dell'impresa.

4.2. La mancanza di un registro nazionale delle garanzie mobiliari.

Un secondo problema che ha necessitato una riforma nel settore delle garanzie reali era rappresentato dalla mancanza di un registro nazionale delle garanzie mobiliari, che desse evidenza delle garanzie pignoratorie costituite su beni mobili.

Nonostante l'esistenza di alcuni elenchi che tengano traccia del pegno creato sopra specifiche attività¹³⁸, non vi era, prima del decreto legge 59/2016, un meccanismo

¹³⁷E. BRODI, *op. cit.*, p.11.

¹³⁸Ad esempio, il pegno su marchi e brevetti è costituito mediante trascrizione presso l'Ufficio italiano brevetti e marchi. Del pegno su azioni e quote di s.r.l., invece, si può avere informazioni attraverso la consultazione del Registro delle imprese.

organico di iscrizione. Per lungo tempo, la creazione di tale strumento è stata connotata da costi particolarmente elevati, ritenuti superiori ai benefici attesi, anche a causa dello scarso valore medio dei beni mobili non registrati. Oggi, invece, lo sviluppo delle tecnologie informatiche ha fatto sì che l'impiego di risorse fosse più contenuto rispetto al passato e ha permesso la nascita di un registro delle garanzie mobiliari, già presente in Francia, in Spagna e negli Stati Uniti, che ha posto le basi per superare il requisito dello spossessamento con i relativi costi, agevolando la costituzione in garanzia di mezzi di produzione diffusi soprattutto tra le piccole e medie imprese.

Sebbene la costituzione di tale registro all'interno del nostro ordinamento fosse auspicabile e rappresentasse un importante segnale di innovazione normativa, una regolamentazione ottimale di tale istituto dovrebbe prevedere la redazione di un elenco che permetta di conoscere tutti i vincoli gravanti sul singolo bene, indipendentemente dalla tipologia di garanzia prestata. Su ogni bene, infatti, possono coesistere differenti diritti di prelazione, ad esempio privilegio e pegno, e sarebbe fondamentale un grado di informazione che consenta di rendere visionabili tutte le garanzie che insistono su di esso. Attraverso un registro così configurato, gli eventuali creditori avrebbero modo di controllare puntualmente il grado di rischio del debitore, valutato anche in chiave dinamica, tenendo conto delle eventuali evoluzioni nel corso del rapporto. Da modifiche in tal senso potrebbe effettivamente derivare un complessivo miglioramento delle condizioni di offerta dei finanziamenti alle imprese e ai privati.

4.3. L'assenza di meccanismi extragiudiziali di escussione della garanzia.

Per lungo tempo, il nostro ordinamento ha imposto al creditore garantito di trovare soddisfazione, in caso di inadempimento del debitore, avviando un percorso giudiziario. Questa procedura di escussione della garanzia trova fondamento legislativo in alcune norme di diritto sostanziale, quali le già menzionate disposizioni in tema di divieto di patto commissorio che comportano l'impossibilità per il creditore di rivalersi direttamente sul bene dato in garanzia in caso di inadempimento.

Tali ragioni di carattere sostanziale, sommate alle proverbiali inefficienze del nostro sistema giudiziario, hanno contribuito ad aumentare i tempi di recupero dei crediti, con conseguenti ed inevitabili sofferenze di numerosi istituti di credito. Nonostante la crisi del sistema bancario italiano non possa esser totalmente ascritta a tale fattore, è innegabile come questa sia quanto meno collegata alla lunga durata delle procedure giudiziali. Premettendo che la maggior parte dei finanziamenti bancari sono assistiti da garanzie reali, ogni intervento normativo volto ad agevolare l'escussione del bene oggetto di garanzia in caso di inadempimento del debitore permette senz'altro di accorciare i tempi di soddisfazione del titolare della garanzia, con una conseguente riduzione, per quanto riguarda l'ambito degli istituti di credito, dei cosiddetti "crediti deteriorati", cioè di quei crediti bancari la cui riscossione risulta quanto meno incerta a causa dello stato di insolvenza del debitore.

Di conseguenza, il processo di rinnovamento del panorama delle garanzie reali non è stato sollecitato soltanto dall'auspicio dei più importanti creditori e finanziatori dell'impresa, in primo luogo le banche, ad una più efficace protezione dei loro interessi, ma anche dagli stessi imprenditori, spinti dall'esigenza di una facilitazione nell'accesso al credito. Ciononostante, la consapevolezza della necessità di un'evoluzione normativa nel settore non può ad ogni modo consentire di scavalcare regole inderogabili poste all'interno del nostro ordinamento a tutela delle stesse parti contrattuali, ma tutt'al più suggerisce la necessità di superare una *forma mentis*, ancorata alla tradizione, che porta a vedere in qualsiasi figura di alienazione in funzione di garanzia un intento fraudolento.

4.4. L'introduzione del patto marciano.

L'auspicio di rendere più agevole l'escussione della garanzia senza incorrere nell'imperante divieto di patto commissorio ha indotto il legislatore ad introdurre all'interno del nostro ordinamento l'istituto del patto marciano, così denominato a causa di una probabile interpolazione di età giustiniana di un testo del giurista Marciano. Tale strumento permetteva al creditore insoddisfatto di appropriarsi della cosa ricevuta in garanzia, purché stimata al giusto prezzo (*"rem iusto pretio tunc*

aestimandam”)¹³⁹. Come già brevemente accennato, sia la giurisprudenza¹⁴⁰ che la dottrina¹⁴¹ prevalenti non hanno mai dubitato della validità di tale patto, convenzione in base alla quale, in caso di inadempimento del debitore, il bene possa passare in proprietà del creditore, previa stima da parte di un terzo da eseguirsi al momento dell’inadempimento stesso e con l’eventuale obbligo in capo al creditore di restituire al debitore l’eccedenza tra il valore del bene e l’importo del credito non soddisfatto¹⁴².

In particolare, prima del recente e definitivo riconoscimento di tale istituto, la Corte di Cassazione nel 2013 era intervenuta in materia¹⁴³. La Suprema Corte fondava la validità del patto marciano sulla medesima *ratio* che, con esito opposto, sarebbe alla base del divieto di patto commissorio, del quale non manca di sottolineare l’opinabilità. Nella motivazione, vengono evocate tutte le possibili finalità che giustificano l’articolo 2744 del codice civile, quali la tutela del debitore bisognoso e la *par condicio creditorum*.

Secondo la Corte, si trova conferma di quanto affermato nel fatto che l’illiceità sia invece esclusa, pur in presenza di trasferimenti di proprietà in funzione di garanzia, nelle fattispecie del patto marciano e del cosiddetto “pegno irregolare”, che escludono in radice il rischio di sopraffazione sulla parte presuntivamente debole del rapporto. Il pegno irregolare si differenzia dal pegno ordinario perché ha ad oggetto beni fungibili ed è un contratto, disciplinato dall’articolo 1851 del codice civile, in virtù del quale la banca creditrice ha facoltà di disporre del denaro, dei titoli o delle merci date in garanzia, essendo poi tenuta a restituire il *tantundem eiusdem generis et qualitatis* in caso di adempimento, cioè altrettante cose dello stesso genere e qualità. Se il debitore risulterà inadempiente, il creditore potrà trattenere le cose ricevute in pegno e dovrà solo restituire l’eventuale differenza tra il loro valore e l’ammontare del credito, in base al valore di mercato. Anche in questa fattispecie non si

¹³⁹A. GUARINO, *Istituzioni di diritto romano*, Jovene, 2006, p.74.

¹⁴⁰Cass. civ., sez. II., 21 luglio 1956, n. 2828, in *Foro It.*, 1956, p. 518; Cass. civ., sez. III, 16 ottobre 1995, n. 10805, in *Foro it.*, 1996, I, p. 4392.

¹⁴¹F. ANELLI, *op. cit.*, p. 469; C. M. BIANCA, *op. cit.*, pp. 202 ss.; M. BUSSANI, *op. cit.*, pp. 125 ss.; V. ROPPO, *Il divieto di patto commissorio*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di P. RESCIGNO, XIX, UTET, 1985, p. 437.

¹⁴²G. ADILARDI, *Brevi osservazioni in tema di divieto di patto commissorio, causa concreta del contratto e patto marciano*, in *Giust. civ.*, 2011, I, pp. 1456 ss.

¹⁴³Cass. civ., sez. II, 9 maggio 2013, n. 10986, in *Vita notarile*, 2013, pp. 719 ss.

ravvisa una violazione del divieto di patto commissorio proprio in ragione della necessaria equivalenza tra valore del bene oggetto di garanzia e valore del credito, scongiurando l'inosservanza del principio di *par condicio creditorum* ed abusi ai danni del debitore¹⁴⁴.

4.4.1. Le radici del patto marciano ad un'analisi comparatistica.

L'ammissibilità della *Lex Marciana* e il suo sempre più diffuso riconoscimento nel diritto occidentale vanno esaminati alla luce di un quadro generale di crisi del divieto di patto commissorio, reputato ormai inadatto all'economia odierna.

In Francia, la riforma delle *sûretés*¹⁴⁵, dopo aver abrogato la comminatoria di nullità del patto commissorio disciplinato agli articoli 2078 e 2088 del *Code civil*¹⁴⁶, ha ammesso la liceità del patto marciano.

In Italia, la crisi del divieto di patto commissorio era stata testimoniata, prima dei recenti interventi legislativi, dal già menzionato articolo 6 comma 2 del decreto legislativo 170/2004, attuativo della direttiva 2002/47/CE, che prevede 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 applichi l'art 2744 del codice civile"¹⁴⁷.

Il divieto di patto commissorio viene lambito, inoltre, da forme creditizie importate dagli ordinamenti di *common law*, nei quali tale istituto risulta pressoché ignoto. Basti pensare al prestito vitalizio ipotecario, corrispondente dell'anglosassone *lifetime mortgage*, introdotto nel nostro ordinamento dal decreto legge 203/2005, che rappresenta una forma di finanziamento riservato agli ultrasessantacinquenni come strumento di liquidazione *ante mortem* dell'immobile ipotecato, salva restituzione dell'eccedenza agli eredi¹⁴⁸.

¹⁴⁴D. VITTORIA, *Pegno, II) Pegno irregolare*, in *Enc. giur.*, XXII, Treccani, 1990, pp. 1 ss; F. REALMONTE, *op. cit.*, p. 817 ss.

¹⁴⁵ *Ordonnance* 23 marzo 2006, n. 346.

¹⁴⁶N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, pp. 253 ss.

¹⁴⁷Si veda cap. 1, par. 2.5.

¹⁴⁸Si veda cap 3, par. 4.3.

In particolare, nel progetto di codice civile europeo, meglio noto come *Draft common frame of reference*¹⁴⁹, ribadisce l'invalidità della convenzione commissoria, ma fa salve le ipotesi in cui la garanzia abbia ad oggetto beni fungibili a quotazione corrente o le parti abbiano concordato un metodo di stima.

La crisi del divieto di patto commissorio si manifesta, dunque, in maniera chiara e netta sul versante comparatistico, tanto che la Cassazione a Sezioni Unite¹⁵⁰ ha escluso la pertinenza di tale divieto all'ordine pubblico internazionale, dal momento che il patto commissorio risulta ignoto a gran parte degli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione Europea.

Il fondamento della liceità del patto marciano, prima solo supposta in via interpretativa e oggi espressamente affermata dal legislatore, consiste nel fatto che, mentre nel patto commissorio l'equivalenza tra importo del debito garantito e valore del bene è solo eventuale, nel patto marciano essa costituisce un elemento tipico del contratto e costituisce il fondamento del diritto del debitore alla restituzione dell'ecedenza qualora il valore del bene sia stimato come superiore a quello del credito¹⁵¹.

4.4.2. La disciplina legislativa in Italia.

L'istituto del patto marciano è oggi previsto dall'articolo 2 del Decreto Banche, rubricato "Finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato". Tale disposizione stabilisce che il contratto di finanziamento concluso tra un imprenditore e una banca o altro soggetto autorizzato a concedere finanziamenti possa essere garantito dal trasferimento in favore del creditore di un immobile o di altro diritto immobiliare dell'imprenditore o di un terzo, sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore. A tutela dell'imprenditore-debitore, rimangono comunque esclusi dall'ambito di applicazione della presente statuizione gli immobili adibiti ad abitazione principale del proprietario, del coniuge o di suoi parenti e affini entro il terzo grado. Il comma 5 del medesimo articolo prevede che si debba considerare inadempimento il mancato pagamento per oltre sei mesi dalla scadenza di almeno tre rate.

¹⁴⁹ *Il Draft common frame of reference del diritto privato europeo*, a cura di G. ALPA, U. PERFETTI, P. ZATTI, G. IUDICA, CEDAM, 2009.

¹⁵⁰ Cass. civ., S.U., 5 luglio 2011, n. 14650, in *Studium Iuris*, 2012, pp. 68 ss.

¹⁵¹ N. CIPRIANI, *op. cit.*, pp. 296 ss.

L'applicazione concreta del patto marciano, e in particolare del suo elemento tipico consistente nella necessaria equivalenza tra il valore del credito e quello del bene oggetto di garanzia, si ritrova al sesto comma dello stesso articolo 2, laddove si dispone che, decorsi 60 giorni dalla notificazione della dichiarazione di inadempimento, il creditore possa chiedere al Presidente del Tribunale del luogo in cui è sito l'immobile oggetto di garanzia la nomina di un perito per la stima, con relazione giurata, del diritto reale immobiliare¹⁵². Il creditore potrà allora avvalersi degli effetti del trasferimento di proprietà o di qualunque altro diritto di garanzia sul bene, anche qualora il debitore contesti suddetta stima.

La condizione sospensiva di inadempimento si considera avverata al momento della comunicazione al creditore della stima o al momento del versamento al debitore della differenza tra valore del bene trasferito e valore del credito.

Si evidenzia inoltre come, al fine di rafforzare le pretese creditore, il Decreto prevede che si possa dar luogo al trasferimento anche quando il diritto reale immobiliare, già oggetto del patto marciano tra imprenditore e finanziatore, sia sottoposto ad esecuzione forzata per espropriazione. In tal caso, sarà competente ad accertare l'inadempimento del debitore, su istanza del creditore, il giudice dell'esecuzione, che provvederà anche alla nomina del perito.

Trascorso un certo periodo di tempo dall'entrata in vigore della legge, ci si renderà conto se, nella versione "debole" del patto marciano, le alienazioni in funzione di garanzia si riveleranno davvero congeniali alle esigenze del mercato e tali da compensare i costi e i rischi che assume chi accetta di acquisire una proprietà precaria, al solo scopo di garantirsi rispetto ad un proprio debitore¹⁵³. Dubbi in merito derivano dalla constatazione in base alla quale sino ad oggi, benché la validità della convenzione marciana raramente sia stata messa in discussione, anche in assenza di una sua espressa disciplina a livello legislativo, il patto in questione non appare

¹⁵²A questo proposito, attenta dottrina aveva evidenziato come che, ove la stima venisse effettuata in un momento antecedente all'inadempimento, potrebbe non essere in grado di prevenire una sopravvenuta sproporzione tra credito garantito e bene alienato in garanzia, vanificando, così, la funzione del patto marciano. S. BARBARA, *Circolazione dei beni ed evoluzione del divieto del patto commissorio*, in *Notariato*, 2012, p. 717 ss.

¹⁵³G.F. MINNITI, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, pp. 29 ss.

frequentemente adottato, mentre continuano a proliferare tentativi di elusione del divieto di patto commissorio.

Ad ogni modo, tale soluzione oggi riconosciuta a livello legislativo presenta l'inevitabile vantaggio, da un lato, di non vanificare le intenzioni dei contraenti, mantenendo in vita l'operazione negoziale nella misura in cui questa persegua interessi meritevoli di tutela e, dall'altro, di ripristinare l'equilibrio tra le prestazioni così da evitare una sopraffazione a danno del debitore nonché la lesione del principio di *par condicio creditorum*¹⁵⁴.

¹⁵⁴N. CIPRIANI, *op. cit.*, p. 194.

CAPITOLO II: LE GARANZIE MOBILIARI

1. Profili di armonizzazione nel settore delle garanzie mobiliari.

Ad una prima analisi, emerge come dal processo di armonizzazione giuridica organizzato dalle Istituzioni europee sia stato, fino ad oggi, escluso il settore delle garanzie mobiliari. Il difetto di intervento in questa materia certamente non può esser fondato sull'articolo 220 del Trattato istitutivo dell'Unione Europea, che riserva in via esclusiva la competenza in materia di diritto di proprietà ai singoli Stati membri, dal momento che non è mancata un'intensa opera di armonizzazione nel settore dei marchi e brevetti ed in genere del diritto industriale, pacificamente considerato materia proprietaria¹⁵⁵. Sono state piuttosto le diversità esistenti a livello degli ordinamenti nazionali che hanno a lungo frenato lo sviluppo di studi organici che si volgessero ad una dimensione transnazionale, così come a qualsiasi proposito di integrazione giuridica¹⁵⁶.

Ad ogni modo, l'attenzione dei comparatisti¹⁵⁷ si è rivolta, mediante lo studio delle regole operative presenti nei singoli ordinamenti, a ricondurre le esperienze ad un'impostazione comune¹⁵⁸. Pertanto, si ravvisa l'interesse a conoscere se vi siano regole e soluzioni che affondino le proprie radici in una tradizione unitaria e che sappiano al contempo dare risposta ai quesiti posti dallo sviluppo di un mercato globale¹⁵⁹, posto che una progressiva internazionalizzazione della materia delle garanzie mobiliari si è resa sempre più necessaria a causa dell'inevitabile vicinanza di questo settore con quello del mercato del credito e con i principi di libera circolazione alla base dell'Unione Europea¹⁶⁰.

¹⁵⁵P. C. MÜLLER GRAFF, *Common Private Law in the European Community*, in B. DE WITTE, C. FORDER (eds.), *The common law of Europe and the Future of Legal Education*, Kluwer, 1992, p. 239.

¹⁵⁶M. BUSSANI, *Il diritto delle garanzie reali nella prospettiva transnazionale*, in *Studi in onore di Piero Schlesinger*, Giuffrè, 2004, pp. 849 ss.

¹⁵⁷B. CASSANDRO SULPASSO, *Comparazione giuridica ed uniformazione della legislazione: le garanzie mobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, pp. 566 ss.; M. BUSSANI, *op. cit.*, pp. 163 ss.

¹⁵⁸A. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari: modelli e problemi nella prospettiva europea*, Giuffrè, 2001, p.13.

¹⁵⁹M. R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, 2008, pp. 76 ss.

¹⁶⁰E. M. KIENINGER, *Security Rights in Movable Assets in European Private Law*, Cambridge, 2004, p. 374.

Ad oggi, tuttavia, lo sviluppo di un diritto comune europeo in questo settore appare ancora segnato da un esasperato particolarismo giuridico, accompagnato dall'approccio formalistico degli interpreti che si trovino ad applicare la disciplina delle garanzie reali¹⁶¹; ciò inevitabilmente rallenta il processo di armonizzazione tra le diverse esperienze giuridiche¹⁶².

I ripetuti fallimenti dei tentativi di uniformazione su scala transnazionale della regolamentazione delle garanzie reali, tuttavia, non dipendono solo dalla distanza tra i diversi sistemi giuridici nazionali, ma anche dall'assenza di una visione uniforme delle riforme che sarebbero necessarie in base alle esigenze delle imprese e degli istituti di credito¹⁶³. Al di là delle tradizionali differenze di disciplina, un forte ostacolo all'armonizzazione del settore è certamente rappresentato dall'immobilismo che caratterizza i formanti legislativi di alcuni ordinamenti. Fino a questo momento, quindi, si possono rilevare solo delle tendenze razionalizzatrici della materia delle garanzie reali mobiliari.

Il modello italiano *in primis*, almeno prima delle recenti riforme, ha a lungo previsto forme di tutela del credito del tutto inadatte all'economia moderna, se non addirittura rispondenti ad un modello di tipo preindustriale¹⁶⁴. In particolare, l'ampio numero di requisiti formali previsti dalla disciplina codicistica in materia, insieme all'estesa applicazione del divieto di patto commissorio, porta inevitabilmente al proliferare del contenzioso tra le stesse parti del rapporto obbligatorio o, più di frequente, tra creditori privilegiati e creditori chirografari. Pertanto, nonostante lo scopo perseguito con la costituzione di garanzie reali consista proprio nell'evitare gravose procedure giudiziali per il recupero dei crediti, potendosi direttamente aggredire il bene oggetto di garanzia, si segnala come una rigida regolamentazione del settore porti esattamente all'effetto contrario¹⁶⁵.

¹⁶¹G. ALPA, *La rinascita del formalismo: aspetti di diritto contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, II, p. 461.

¹⁶²B. CASSANDRO SLPASSO, *op. cit.*, pp. 567 ss.

¹⁶³G. TUCCI, *Garanzie sui crediti dell'impresa e tutela dei finanziamenti*, Giuffrè, 1974, p. 176.

¹⁶⁴A. CANDIAN, *op. cit.*, p. 305.

¹⁶⁵L'abbondanza dei requisiti formali imposti dal codice civile, infatti, spesso comportano l'insorgere di controversie giudiziali tra i creditori di un medesimo debitore in merito alla contestazione delle garanzie che hanno base volontaria, quali pegno ed ipoteca. A. CANDIAN, *op. cit.*, p. 306.

Senza dubbio, tuttavia, occorre evidenziare come nella maggior parte dei sistemi giuridici continentali stia progressivamente maturando la consapevolezza della necessità di creare tecniche contrattuali che agevolino l'attività imprenditoriale¹⁶⁶; anzitutto, consentendo che il bene oggetto di garanzia non fuoriesca dall'azienda e che ne sia possibile la sostituzione nel tempo, e talvolta addirittura estendendo il vincolo dalle merci ai prodotti derivati dalla loro trasformazione e ai crediti di cui l'imprenditore diventi titolare in seguito alla loro vendita¹⁶⁷.

D'altronde, è la stessa prassi commerciale a dimostrare come la regola dell'immobilità, che in alcuni casi determina l'improduttività della *res* costituita in garanzia sia assolutamente disfunzionale dal punto di vista economico¹⁶⁸. Con la "nuova" figura di pegno non possessorio di cui all'articolo 1 del decreto 59/2016 il legislatore italiano si è mosso proprio in questa direzione, facendo propri istituti di altri Paesi europei¹⁶⁹.

2. Il sistema delle garanzie reali in Inghilterra.

Preliminarmente alla trattazione del tema delle garanzie all'interno del diritto d'oltre Manica, occorre sottolineare come nell'ambito della *common law* l'espressione "diritti reali" non abbia "corrispondenti precisi in lingua inglese ed i tentativi di traduzione letterale naufragano nell'incomprensione dei *common lawyers* per i quali la locuzione *real rights* non ha un significato"¹⁷⁰; l'espressione corretta per

¹⁶⁶Oltre un secolo fa, quando il fenomeno dell'industrializzazione del mondo occidentale cominciava ad esercitare la propria influenza anche sul diritto, attenta dottrina già sottolineava che "il contratto di pegno è divenuto oggidi uno degli strumenti più familiari del credito. Nuove condizioni commerciali hanno messo in onore questo contratto che si reputava un tempo pieno di discredito per commerciante che vi ricorreva, come indizio del suo dissesto economico. La ragione precipua di questo mutamento sta nella grande abbondanza della produzione industriale e dei titoli di credito circolanti in commercio. Oggidi non si attendono più gli ordini dei clienti per fabbricare, ma si accumula anticipatamente una grande quantità di merci che non possono essere spacciate immediatamente. Gli industriali che abbisognano di capitali per continuare il lavoro utilizzano quei prodotti esuberanti dandoli in pegno finché giunga il momento favorevole per lo spaccio, e i titoli rappresentativi delle merci depositate o viaggianti agevolano quei contratti di pegno sottraendoli al discredito della pubblicità". C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, IV, Casa Editrice Francesco Vallardi, 1916, pp. 309 ss.

¹⁶⁷G. CHINÈ, *Il pegno rotativo tra realtà e consensualità*, in *Giur. It.*, 1996, I, 2, pp. 569 ss.

¹⁶⁸E. GABRIELLI, *Sulle garanzie rotative*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1998, p. 22.

¹⁶⁹A. BUSANI, *Con il pegno non possessorio più chances per i creditori*, in www.quotidianofisco.it-sole24ore.com, 6 maggio 2016.

¹⁷⁰A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati. Trattato di diritto comparato*, UTET, 2008, p. 112.

indicare in lingua inglese la categoria romanistica dei diritti reali è piuttosto quella di *law of property*¹⁷¹.

Per quanto riguarda la materia delle garanzie, l'ordinamento inglese ne conosce di diversi tipi, che sono suddivisibili, a seconda della fonte, in contrattuali (“*consensual*”), e, tra cui possiamo annoverare il *mortgage*, il *charge*, il *pledge*, e in legali (“*by operation of law*”), come il *lien*¹⁷².

All'interno delle garanzie contrattuali, è possibile operare un'ulteriore classificazione tra *real* e *personal security*; le seconde essenzialmente consistono nei *contracts of guarantee*, assimilabili alla nostra fideiussione, mentre le garanzie reali sono ulteriormente distinguibili in *proprietary security*, che comporta il trasferimento della proprietà al creditore (*mortgage*, *bill of sale*), in *possessory security* che trasferisce al creditore il solo possesso (*pledge*) ed in *charges* che non trasferiscono al creditore né la proprietà né il possesso, ma lasciano il bene nella disponibilità del debitore.

Esulando le garanzie personali dal campo d'indagine del mio lavoro, si può osservare che esistono quattro tipi di *contractual* e *real securities*:

1. il *pledge* può essere costituito su beni mobili, merci e documenti rappresentativi delle stesse, ma non sugli ordinari contratti scritti e si costituisce mediante il trasferimento del possesso;
2. il *contractual lien* rappresenta una sorta di forma attenuata di *pledge*, in quanto il relativo contratto limita il diritto del *lienee* di trattenere il bene in possesso a garanzia del pagamento, non conferendogli il diritto di vendere il bene stesso per soddisfarsi sul ricavato;
3. il *mortgage* è il trasferimento della proprietà in funzione di garanzia con la previsione che essa verrà ritrasferita al debitore in seguito all'inadempimento dell'obbligazione. Esso può essere costituito su ogni tipo di bene

¹⁷¹Nonostante l'inevitabile assonanza tra il termine inglese *property* e quello latino di *proprietas*, nell'ordinamento d'oltre Manica la nozione di *property* non ha propriamente il senso giuridico di proprietà che è proprio dei sistemi di tradizione romanistica. Si intende, piuttosto, “il dominio esclusivo di un soggetto su una cosa, ma perlopiù indica diritti meno intensi e non tali da escludere la necessità altri della cosa”. G. ALPA, A. FUSARO, *Le metamorfosi del diritto di proprietà*, ne' *I nuovi confini del diritto privato*, Anteazza, 2011, p. 45.

¹⁷²G. B. BRUNI, *La garanzia “fluttuante” nell'esperienza giuridica inglese e italiana*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1986, I, p. 692.

(mobile o immobile) e non richiede la consegna del bene per la sua costituzione;

4. la *charge*, garanzia non possessoria, è costituita mediante un accordo fra il debitore ed il creditore con il quale determinati beni, categorie di beni o l'intera azienda sociale vengono destinati alla soddisfazione del debito con priorità rispetto ai creditori chirografari (*unsecured* o *general creditors*). Si tratta di una forma di garanzia propria delle *companies* e, pertanto, non potrà esser concessa dagli imprenditori persone fisiche o dalle *partnerhips*¹⁷³.

2.1. La nascita della *floating charge*.

In un panorama comparatistico, l'analisi del sistema inglese delle garanzie reali mobiliari conduce a focalizzare l'attenzione sul suo strumento più caratteristico: la *floating charge*¹⁷⁴. Quest'ultimo rappresenta una garanzia tipica, di natura non possessoria, riservata alle società di capitali ed avente ad oggetto la stessa azienda sociale oppure un complesso di beni, quali, ad esempio, il magazzino e i macchinari¹⁷⁵.

Dal punto di vista storico, la genesi di questo istituto risulta piuttosto recente dal momento che fino al 1870 l'esperienza giuridica britannica non lo conosceva¹⁷⁶; fino a quel momento, infatti, esistevano solo il *mortgage* e il *pledge*: il primo aveva ad oggetto beni immobili ed altri beni determinati, la cui proprietà veniva trasferita al creditore; il secondo, invece, aveva ad oggetto beni mobili, di cui il debitore rimaneva proprietario, ma il creditore ne acquisiva il possesso finché il credito non fosse stato ripagato, acquisendo il diritto di venderli in caso di inadempienza¹⁷⁷.

La rigidità di disciplina delle garanzie reali ostacolava soprattutto le piccole e medie imprese, che avevano contribuito notevolmente alla rivoluzione industriale, le quali non potevano ricorrere all'emissione su vasta scala di azioni fra il pubblico e si trovavano a dipendere esclusivamente dal credito per i loro investimenti. I finan-

¹⁷³R. GOODE, *Legal problems of credit and security*, Sweet & Maxwell, 2013, pp. 10 ss.

¹⁷⁴G. B. BRUNI, *op. cit.*, p. 708.

¹⁷⁵R. GOODE, *Commercial law*, Butterworths, 1982, p. 786.

¹⁷⁶R. R. PENNINGTON, *The genesis of the floating charge*, MLR, 1960, pp. 630 ss.

¹⁷⁷E. FERRARI, *I floating charges e le garanzie del credito all'impresa*, in *Riv. not.*, 1996, p. 1358.

ziatori, allo stesso tempo, auspicavano forme di garanzia che fornissero loro adeguata tutela circa la restituzione dei capitali prestati, senza per questo privare l'impresa debitrice dei beni necessari alla produzione¹⁷⁸.

Come spesso è accaduto nell'ordinamento anglosassone, anche in questo caso, la soluzione del problema venne dall'*equity*, chiamata a mitigare le rigidità della *common law*¹⁷⁹.

Il primo caso in cui le Corti di *equity* affermarono principi che favorirono lo sviluppo della *floating charge* è *Holroyd vs. Marshall*¹⁸⁰, nel quale i giudici mettono in luce che il requisito dello spossessamento ai fini della costituzione della garanzia penalizzasse principalmente l'impresa manifatturiera, settore di primario rilievo e maggiormente evoluto nell'economia inglese della prima rivoluzione industriale. Sintetizzando i fatti di causa, un operatore nel mercato manifatturiero in difficoltà economiche aveva venduto i macchinari aziendali i quali però continuarono ad essere utilizzati, in virtù di un accordo del venditore con il compratore che gli consentiva di riacquistarli per una certa somma. Tale contratto, che in pratica costituiva una sorta di finanziamento garantito dai macchinari, prevedeva che questi ultimi fossero affidati in *trust* all'alienante con facoltà in capo all'acquirente di venderli se il commerciante non avesse effettuato i pagamenti pattuiti, con estensione di tale potere di alienazione a tutti i macchinari eventualmente introdotti nei locali della fabbrica in sostituzione o in aggiunta a quelli originari. Richiesto il pagamento nei termini pattuiti, il commerciante non era in grado di far fronte al proprio impegno mentre, nel contempo, altri creditori muniti di titolo iniziavano l'esecuzione sui nuovi macchinari, acquistati nel frattempo. L'originario acquirente "garantito" otteneva un ordine giudiziale con il quale si stabiliva che tutti i macchinari presenti nella fabbrica, inclusi quelli acquistati in un momento successivo rispetto all'accordo, gli appartenevano in virtù del suddetto contratto. Tale pronuncia fu però rovesciata dal *Lord Chancellor* in appello, a sua volta annullata dalla *House of Lords*, laddove si affermò che gli originari acquirenti, possessori di un *equitable mortgage* sui beni del debitore, avessero priorità sui creditori che agivano in esecuzione, sia

¹⁷⁸J. BARRON BASKIN, P. J. MIRANTI JR., *Storia della finanza d'impresa*, Laterza, 2000, pp. 133 ss. In particolare, la storia della *floating charge* britannica affonda le proprie radici nella prassi commerciale dell'industria manifatturiera dell'inizio del XIX secolo.

¹⁷⁹A. CANDIAN, *op. cit.*, p. 275.

¹⁸⁰*Holroyd vs. Marshall*, in (1862) CHL 191.

in relazione ai macchinari originali sia ai nuovi. Il giudice di ultima istanza, infatti, decretò che, secondo l'*equity*, i beni futuri o che ancora non fossero di proprietà delle parti contraenti potessero essere oggetto di disposizioni contrattuali, effettive una volta che tali beni sarebbero appartenuti alla parte disponente¹⁸¹.

Pochi anni dopo, un altro caso giurisprudenziale¹⁸², riguardante la stipula di un contratto di *mortgage* regolato dal *Companies Clauses Consolidation Act* del 1845, riconobbe l'istituto della *floating charge* in maniera esplicita. In *Re Panama, New Zealand, and Australian Royal Mail Co*, una compagnia di navigazione aveva emesso delle *mortgage debentures* dando in garanzia il patrimonio complessivo dell'impresa e tutte le somme di denaro che derivano dalla sua vendita ("*the undertaking, and all sums of money arising therefrom*") ed obbligandosi a restituire, entro un determinato tempo e con gli interessi, il denaro preso in prestito. Prima che le *debentures* venissero a scadenza, la società fu posta in liquidazione e le navi e le altre proprietà furono vendute. I giudici ritennero che, data la ricorrenza del termine "*undertaking*", i titolari delle *debentures* avessero acquistato una garanzia su tutta la proprietà della società, sia presente che futura e dovessero pertanto essere pagati con priorità rispetto ai creditori chirografari. Non solo, essi addirittura sostennero che, anche se la società non avesse cessato l'attività, i portatori delle *debentures* avrebbero potuto presentare un'istanza per la realizzazione della loro garanzia. La decisione *Re Panama* si considera un vero e proprio *leading case* in materia di *floating charge*, consolidandosi l'orientamento per cui una garanzia sull'*undertaking* aveva l'effetto di creare una *charge*¹⁸³, intesa tecnicamente come garanzia, su tutta la proprietà della società, sia presente che futura.

A seguito di tali pronunce, si ammise che l'accordo tra le parti potesse legittimamente prevedere non solo che la garanzia coprisse automaticamente anche i beni non ancora acquisiti dal debitore, ma anche che si estendesse a quelli sostitutivi degli originali, senza la necessità di alcun nuovo negozio in tal senso¹⁸⁴.

In particolare, nella successiva decisione *Re Yorkshire Woolcombers Association Ltd.*¹⁸⁵, la giurisprudenza individua i tre profili distintivi della fattispecie di *floating*

¹⁸¹E. P. ELLINGER, *Modern banking law*, Oxford press, 1987, pp. 557 ss.

¹⁸²*Re Panama, New Zealand and Australian Royal Mail Company*, in (1870) 5 Ch App. 318.

¹⁸³F. DE FRANCHIS, *Dizionario Giuridico Inglese-Italiano*, Giuffrè, 1984, p. 445.

¹⁸⁴A. CANDIAN, *op. cit.*, p. 276.

¹⁸⁵*Re Yorkshire Woolcombers Association Ltd.*, in (1903) 2 Ch. 284.

charge: essa comprende i beni appartenenti al patrimonio del debitore, sia presenti che futuri, consente che tali beni siano mutevoli nel corso dell'attività produttiva e che l'impresa possa continuare a disporne in piena libertà.

Una definizione esaustiva dell'istituto viene fornita dal formante giurisprudenziale nella sentenza *Evans v. Rival Granite Quarries Ltd.*, laddove si afferma: “*A floating charge is not a future security; it is a present security which presently affects all the assets of the company expressed to be included in it. A floating security is not a specific mortgage of the assets, plus a licence of the mortgagor to dispose of them in the course of business, but is a floating mortgage applying to every item comprised in the security, but not specifically affecting any item until some act or event occurs or some act on the part of the mortgagee is done which causes it to crystallise into a fixed security*”¹⁸⁶.

La *floating charge* dispone, quindi, dell'innegabile vantaggio di costituire una garanzia immediata, lungi dal rappresentare un mero impegno a concedere una garanzia in futuro qualora ricorra un determinato evento, senza però intaccare il potere dispositivo dell'impresa debitrice.

2.2. La differenza tra *fixed* e *floating charge*.

Nell'ordinamento inglese, le *charges*, nel cui novero rientra anche l'istituto della *floating charge*, “rappresenta il risultato di un accordo tra creditore e debitore, in base al quale il creditore ha diritto di soddisfarsi, fino alla concorrenza del credito, sul ricavato della vendita dei beni del debitore, con privilegio sui creditori chirografari e su quelli titolari di un diritto di garanzia sorto successivamente alla costituzione del vincolo”¹⁸⁷.

Nella *fixed charge*, il bene oggetto di garanzia, di cui il debitore non può disporre, è specifico e determinato o determinabile oppure futuro. In quest'ultimo caso, il creditore risulterà titolare di un *inchoate security interest*, in virtù del quale, con l'ingresso del bene nel patrimonio del debitore, la garanzia retroagirà al momento della sua costituzione¹⁸⁸.

¹⁸⁶ *Evans v. Rival Granite Quarries Ltd.*, in (1910) 2 K.B. 979, p. 999.

¹⁸⁷ E. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 49.

¹⁸⁸ E. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 50, nota 63.

In particolare, la *fixed charge* è stata definita¹⁸⁹ come “l’appropriazione di un bene da parte del creditore ai fini dell’adempimento di un debito”. A differenza di quanto avviene nel *mortgage*, questo tipo di garanzia non comporta il trasferimento del bene gravato: il creditore garantito diventa titolare del diritto di richiedere un ordine di vendita del bene in sede giudiziaria per soddisfare la propria pretesa. I vantaggi della *fixed charge* per il creditore consistono nella possibilità di acquisire direttamente il diritto reale sul bene oggetto di garanzia, nell’acquisizione di una prelazione superiore rispetto a quella prevista in caso di *floating charge* e nella mancanza di registrazione, al di là di casi tassativamente previsti¹⁹⁰.

La *floating charge*, invece, non produce alcun effetto reale immediato, ma piuttosto effetti *ex tunc*, sin dal momento della sua costituzione. Oggetto di tale diritto di garanzia può essere un complesso di beni unitariamente considerati, come ad esempio un magazzino, il patrimonio oppure l’insieme del proprio attivo d’impresa. La caratteristica fondamentale della *floating charge* consiste nella sua natura di garanzia presente e non futura: essa insiste su beni indeterminati e continuamente sostituibili dal costituente, senza alcun effetto novativo¹⁹¹. Pertanto, trattandosi di una garanzia non possessoria, ma “fluttuante”, da una parte, si consente al debitore di continuare ad utilizzare i beni gravati da *charge* nella propria attività produttiva fino all’estinzione del credito o fino alla *crystallisation* e, dall’altra, si permette al creditore di aggredire eventualmente, proprio in caso di *crystallisation*, anche gli ulteriori beni che eventualmente siano entrati nel patrimonio del debitore in seguito alla costituzione della garanzia¹⁹².

Tradizionalmente, la differenza più marcata tra *fixed* e *floating charge* era stata attribuita alla diversità dei beni oggetto di garanzia, ad esempio una *fixed charge* non poteva esser costituita sul capitale circolante (“*circulating assets*”). Tuttavia, la linea di confine tra queste due figure in base a tale classificazione è diventata sempre meno nitida. In particolare, in una sentenza del 1979¹⁹³, la giurisprudenza inglese ha riconosciuto la possibilità di costituire una *fixed charge* sui *book debts*, intesi come le somme di denaro che una società non ha ancora ricevuto da parte dei propri

¹⁸⁹W. FISCHER, J. LIGHTWOOD, *Law of Mortgage*, Butterworths Law, 2010, p. 4.

¹⁹⁰Section 396 del *Company Act* del 1985.

¹⁹¹P. DAVIES, L. GOWER, *Principles of modern company law*, Sweet & Maxwell, 1997, pp. 363 ss.

¹⁹²P. DAVIES, L. GOWER, *op. cit.*, p. 367.

¹⁹³*Siebe Gorman & Co Ltd v Barclays Bank Ltd*, in (1979), 2 Lloyd’s Rep, 142.

debitori, come riportato in bilancio. Benché questi ultimi fossero solitamente oggetto di *floating charge*, la Corte ha affermato che l'elemento di distinzione tra i due tipi di *charges* dovesse esser ricondotto alla possibilità o impossibilità per il debitore di gestire liberamente il suo patrimonio nel normale svolgimento dell'attività imprenditoriale: nel primo caso si tratterà di *floating charge*, nel secondo di *fixed charge*.

Tendenzialmente, quindi, la *floating charge* avrà ad oggetto beni strumentali all'attività d'impresa della società debitrice, su cui quest'ultima continuerà ad esercitare un pieno controllo nonostante la costituzione della garanzia. Al contrario, nel caso in cui il creditore disponga di poteri di controllo di tipo sostanziale sul bene dato in garanzia, si tratterà di *fixed charge*¹⁹⁴.

2.3. La disciplina normativa della *floating charge*.

In seguito all'esplicito riconoscimento dell'istituto da parte della giurisprudenza delle Corti di *equity*, i vari *Companies Acts* succedutisi nel tempo, regolamentarono la *floating charge*, dettando disposizioni in materia di registrazione, essenzialmente ai fini della sua opponibilità ai terzi¹⁹⁵. Attualmente, la regolamentazione della registrazione di tutte le *charges*, inclusa quindi la *floating charge*, è contenuta nella *Part XII* del *Companies Act* del 1985 (*sections 395/424*); tali fondamentali norme sono in vigore sia per l'Inghilterra ed il Galles sia per la Scozia. Esse sono state completamente sostituite dal *Companies Act* del 1989 che ha anche abrogato le *sections 412/424*¹⁹⁶.

La legislazione inglese in materia si è essenzialmente concentrata nel disciplinare l'aspetto pubblicitario della *floating charge*, lasciando la più completa definizione dell'istituto alla giurisprudenza.

In particolare, la *section 95* del *Company act* del 1948, ancora oggi in vigore, prevede che una lista di garanzie debbano esser registrate nel *Companies Registry*: all'adempimento di tale sistema di pubblicità si collega l'effetto della prelazione in

¹⁹⁴P. PISCITELLO, *Le garanzie bancarie flottanti*, Giappichelli, 1999, pp. 18 ss.

¹⁹⁵In questo come in molti altri settori del diritto inglese, si ravvisano delle differenze fra la legislazione dell'Inghilterra e del Galles da un lato e quella della Scozia dall'altro. In Scozia, ove il sistema giuridico è più simile a quello di tipo continentale, la *floating charge* è stata introdotta solo con il *Companies Floating Charges Act* del 1961.

¹⁹⁶J. H. FARRAR, *Company Law*, Butterworths Law, 1998, p. 21.

capo al creditore garantito¹⁹⁷. Il fatto che la *floating charge* sia un tipo di garanzia utilizzabile solo dalle *companies* ha fatto sì che si potesse far riferimento alle medesime forme di registrazione previste in ambito societario¹⁹⁸. Occorre, tuttavia, sottolineare che nel diritto inglese la costituzione di una garanzia reale viene tradizionalmente considerata materia soggetta alla *law of property* e, pertanto, la prelazione in capo al creditore garantito viene assegnata in base alla data dell'atto costitutivo della garanzia e non alla data di registrazione nel *Companies Registry*. Per questa ragione, il creditore che registra per primo la propria *charge*, entro ventun giorni dalla sua costituzione, in quest'arco di tempo non può essere certo di essere garantito, dal momento che il titolare di una garanzia costituita in un momento anteriore potrebbe iscriverla successivamente, purché nel rispetto dei termini¹⁹⁹. Tale sistema di pubblicità appare altamente disfunzionale, se non altro per quanto riguarda la certezza delle operazioni giuridiche.

Al di là di questa previsione, la fonte legislativa più importante in materia di *floating charge* è rappresentata dal *Company Act* del 1985, così come modificato dal *Company Act* del 1989. In breve, esso stabilisce che tutte le *charges* che hanno ad oggetto beni di una società debbano esser iscritte in un apposito registro conservato presso il *registration office* della medesima società debitrice, dove dovranno esser depositati anche gli atti costitutivi della garanzia. L'annotazione avrà ad oggetto la descrizione dei beni gravati, l'ammontare del debito garantito e l'identità dei creditori. Ad ogni modo, tale regime pubblicitario non incide sul rapporto tra creditore e debitore, validamente costituito a prescindere dalla registrazione della garanzia, ma solo nei confronti dei terzi²⁰⁰.

La funzione di tale adempimento pubblicitario non consiste solo nell'opponibilità della garanzia ai terzi, ma anche nell'esecuzione della *charge*. Infatti, la riconduzione dei diritti di garanzia alla *law of property* nell'ordinamento inglese comporta che il creditore possa appropriarsi dei beni gravati e procedere alla loro vendita per

¹⁹⁷A. CANDIAN, *op. cit.*, p. 22, nota 34.

¹⁹⁸W. J. GOUGH, *Company charges*, Butterworths Law, 1978, pp. 103 ss.

¹⁹⁹A. CANDIAN, *op. cit.*, p. 280.

²⁰⁰Di conseguenza, anche qualora si verifichi un evento di *crystallisation*, il *chargee* non potrà vantare alcun diritto reale sui beni vincolati: la *floating charge* non registrata, pertanto, benché valida nei rapporti *inter partes*, risulta pertanto di scarsa utilità dal punto di vista pratico e giuridico.

soddisfarsi sul ricavato senza dover attendere gli esiti di procedure giudiziarie lunghe ed onerose²⁰¹.

Infine, per la costituzione della *floating charge* non è necessario ricorrere ad alcuna formula particolare. Basta che l'accordo tra le parti esprima la loro volontà di creare una *charge* sui beni presenti e futuri del debitore o su una determinata parte del suo patrimonio. Tuttavia, è fondamentale il riconoscimento della libertà del debitore di utilizzare i beni gravati nel pieno esercizio della propria attività commerciale e della conseguente astensione del creditore dall'esercitare i propri diritti finché non si verificano le condizioni che determinano una *crystallisation*²⁰².

La vendita, nella maggior parte dei casi, è affidata ad un *receiver* nominato dal creditore, con il compito di liquidare i beni a vantaggio di quest'ultimo, nel rispetto delle norme di legge. Questa figura professionalmente qualificata, con la funzione di intermediario tra gli interessi dei creditori e del debitore, neutralizza il pericolo di approfittamento del creditore in sede di escussione della garanzia.

2.4. La *crystallisation*.

La *crystallisation* rappresenta un fenomeno in base al quale, al ricorrere di determinate circostanze, la garanzia da "fluttuante" si trasforma in fissa, fossilizzandosi su tutti i beni oggetto del vincolo. Essa rende inefficace qualunque atto di disposizione di tali beni posto in essere in seguito alla "cristallizzazione" e comporta che il debitore non possa più amministrare e gestire la propria attività imprenditoriale: si verrà a costituire una vera e propria *fixed charge* su tutti i beni gravati da garanzia²⁰³. In linea generale, quindi, possiamo affermare che la *crystallisation* rappresenta il limite ultimo entro il quale il debitore può disporre dei beni oggetto di garanzia.

Inoltre, la *section 395* del *Company Act* del 1985 stabilisce che il passaggio da *floating* a *fixed charge* non necessita di una nuova iscrizione nel *Companies Registry*,

²⁰¹A. CANDIAN, *op. cit.*, p. 281.

²⁰²E. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 59.

²⁰³R. L. DEAN, *Automatic crystallisation of a floating charge*, in *Law Institute Journal*, 1984, pp. 842 ss.

dal momento che non si tratta di una nuova garanzia, ma solo di un consolidamento di quella originaria²⁰⁴.

Le situazioni che possono portare alla *crystallisation* sono riconducibili a tre categorie. Nella prima ricadono tutti quei fatti che provochino la dismissione dell'attività produttiva, quali la liquidazione dell'impresa o la cessazione di fatto dell'attività imprenditoriale.

In tali fattispecie il consolidamento della garanzia avviene in virtù di una norma di legge, anche se nulla vieta che il creditore possa espressamente prestare il proprio consenso al mantenimento della *floating charge*, venendo in aiuto al debitore²⁰⁵.

Nel secondo gruppo rientrano, invece, le intromissioni del creditore al fine di effettuare un controllo attivo sui beni gravati da garanzia²⁰⁶. Affinché si determini la *crystallisation*, occorre però che si verifichino contemporaneamente tre condizioni: l'intervento del creditore deve mirare alla trasformazione della *charge* da *floating* in *fixed*; egli dev'essere a ciò autorizzato, implicitamente od esplicitamente dall'accordo originario tra le parti e deve assumere il pieno controllo sui beni vincolati a discapito del debitore²⁰⁷. Tra le possibili cause di consolidamento appartenenti a questa categoria, si può far riferimento alla nomina di un *administrative receiver* da parte del creditore stesso, la quale comporta una sorta di "commissariamento" della gestione societaria la cristallizzazione perché pone fine alla facoltà del debitore di continuare autonomamente l'esercizio dell'impresa e priva gli amministratori dei loro poteri di gestione.

L'ultima categoria di circostanze che possono determinare il consolidamento della garanzia comprende tutte le clausole consensualmente introdotte dalle parti nel contratto costitutivo di garanzia; tendenzialmente, le parti regolamentano eventi sintomatici di una crisi dell'impresa²⁰⁸. In tali casi, sarà il creditore a determinare le modalità e le cause di cristallizzazione nelle condizioni dell'accordo, optando tra due tipi di procedure. Il primo, chiamato "*crystallisation by notice*", consiste nella

²⁰⁴E. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 51.

²⁰⁵R. GOODE, *op. ult. cit.*, p. 61.

²⁰⁶E. GALANTI, *Garanzia non possessoria e controllo della crisi d'impresa: la floating charge e l'administrative receivership*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 51, gennaio 2000, p. 65 ss.

²⁰⁷E. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 69.

²⁰⁸A. J. BOYLE, *The validity of automatic crystallisation clauses*, in *Journal of business law*, 1979, pp. 231 ss.

possibilità per il creditore di comunicare la fossilizzazione della *charge*, al verificarsi di determinati eventi previsti in contratto o anche a sua discrezione; il secondo, invece, consiste nella clausola di “*automatic crystallisation*”, che non necessita di alcun intervento da parte del creditore. A questo proposito, può esser annoverata la nomina di un *administrative receiver* da parte della Corte per tentare il risanamento della gestione societaria²⁰⁹, con un ruolo in parte paragonabile a quello del commissario giudiziale nel concordato preventivo italiano²¹⁰.

2.5. La *Romalpa clause*.

Con il termine *Romalpa clause* si intende una clausola contrattuale inserita in una compravendita, il cui scopo è assicurare il venditore contro il rischio del mancato pagamento una volta che le merci siano state consegnate all’acquirente, a prescindere dal fatto che esse abbiano mantenuto la loro identità o siano state trasformate nel processo produttivo²¹¹. Il riconoscimento e la rapida diffusione di questa disposizione contrattuale²¹² in ambito commerciale rappresenta un chiaro segnale dell’interpretazione funzionale della disciplina dei diritti reali di garanzia da parte della giurisprudenza inglese²¹³, di cui viene riconosciuta la piena applicabilità anche nei casi in cui lo schema negoziale formalmente adottato dalle parti sia quello di una vendita con riserva di proprietà²¹⁴.

La *Romalpa clause* prende il nome un celebre *leading case*²¹⁵, nel quale i giudici d’oltre Manica hanno affermato la validità di tale clausola, che nel caso di specie era volta ad estendere la garanzia ai beni prodotti con i materiali venduti dalla società debitrice.

²⁰⁹E. GALANTI, *op. cit.*, p. 69.

²¹⁰G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, vol. III, UTET, 2013, p. 419.

²¹¹S. COWAN, A. CLARK, G. GOLDBERG, *Will english Romalpa clauses become registrable securities?*, in *The Cambridge Law Journal*, 1995, vol. 54, pp. 43 ss.

²¹²S. COWAN, A. CLARK, G. GOLDBERG, *op. cit.*, p. 44. Un tipico esempio di *Romalpa clause* è il seguente: “*All goods will remain the property of the vendor until the price has been paid in full and the purchaser will remain the bailee until payment is made*”.

²¹³R. GOODE, *Reverberations from Romalpa*, in *The Times*, 11 may 1977, p. 25.

²¹⁴In maniera non dissimile a quanto avvenuto nell’ordinamento italiano con l’interpretazione delle fattispecie di alienazione in funzione di garanzia, benché con un approccio decisamente più severo e meno sensibile alle esigenze negoziali delle parti.

²¹⁵*Aluminium Industrie Vaassen B.V. vs. Romalpa Aluminium Ltd*, in (1976) 1W.L.R. 676.

La vicenda oggetto di causa riguardava la vendita di una partita di fogli di alluminio da una società olandese ad una inglese. Nel contratto si prevedeva che la proprietà della merce sarebbe passata al compratore solo al momento del pagamento del prezzo ed anche i *proceeds*, derivanti dalla vendita dei suddetti fogli di alluminio o di beni con essi prodotti, sarebbero appartenuti alla società fino al momento dell'integrale saldo. In seguito alle sopraggiunte difficoltà economiche del compratore, si verificò una *crystalization* della *floating charge* e la nomina di un *receiver*²¹⁶, il quale, nella liquidazione del patrimonio sociale, vendette anche i fogli di alluminio. Il formante giurisprudenziale ritenne che la società venditrice fosse proprietaria dei fogli di alluminio e avesse un diritto di seguito anche sul ricavato ottenuto dalla loro vendita²¹⁷.

A seguito di tale pronuncia, è divenuto abbastanza frequente che contratti di compravendita conclusi nell'ambito commerciale contengano una *Romalpa clause*. In questo modo, mediante lo schema contrattuale della vendita con riserva di proprietà, le parti estendono l'effetto di garanzia alle merci risultanti dalla trasformazione di quelle consegnate ed addirittura al ricavato della vendita delle merci stesse. La giurisprudenza, in questa celebre sentenza del 1976 ha adottato un approccio di tipo funzionale, facendo prevalere la sostanza sulla forma e affermando che il diritto conferito in funzione di garanzia dall'acquirente al venditore sulle merci, originali o trasformate, o sul corrispettivo derivante dalla loro vendita costituisca una vera e propria *charge* piuttosto che una mera riserva di proprietà²¹⁸.

Il passo successivo, ad oggi non ancora attuato dal legislatore inglese, ma fortemente auspicato dalla *Law Commission*²¹⁹, dovrebbe essere quello di ritenere le *Romalpa clauses* soggette a registrazione, soprattutto ai fini della loro opponibilità ai terzi acquirenti²²⁰.

Seppur risulti superfluo evidenziare le enormi differenze intercorrenti tra l'ordinamento inglese e quello italiano, senza dubbio il ricorso a clausole di questo tipo

²¹⁶Si veda cap. 2 par. 2.

²¹⁷R. GOODE, *Proprietary rights and insolvency in sales transactions*, Sweet & Maxwell, 1989, p. 84.

²¹⁸E. GALANTI, *op. cit.*, p. 31.

²¹⁹*Working Paper III/D/278/80*.

²²⁰S. COWAN, A. CLARK, G. GOLDBERG, *op. cit.*, p. 45.

verrebbe sanzionato dalla nostra giurisprudenza nel solco di quella tradizione interpretativa che vede pressoché in ogni forma di alienazione in funzione di garanzia un tentativo di elusione del divieto di patto commissorio.

3. La *prenda sin desplazamiento* spagnola.

L'importanza dell'introduzione di una forma di garanzia reale mobiliare in grado di adattarsi alle esigenze del mercato del credito è stata colta anche in Spagna, seppur un secolo più tardi rispetto al modello inglese, ma con largo anticipo rispetto al nostro ordinamento²²¹. La debolezza dell'economia e la più frequente soggezione ad episodi di crisi, che caratterizzano Spagna ed Italia più di altri Paesi, ha indotto i rispettivi legislatori a maturare la consapevolezza dell'importanza del pegno non possessorio su beni mobili aziendali nel sostegno alle attività commerciali in difficoltà²²². Tale forma di garanzia, consente, infatti, alle imprese di poter accedere al finanziamento da parte degli istituti di credito senza compromettere la loro capacità produttiva²²³.

Una prima riforma in questa direzione è stata compiuta dal legislatore spagnolo con la *Ley* 16 dicembre 1954 in materia di *hipoteca mobiliaria* e di *prenda sin desplazamiento*²²⁴, che ha portato all'esplicito riconoscimento di forme di garanzia mobiliare senza spossessamento, addirittura sessant'anni prima rispetto all'intervento normativo italiano. La Commissione legislativa incaricata della redazione di questo provvedimento, partendo dal presupposto che non fosse possibile costituire veri e propri diritti reali di garanzia su beni generici e futuri, ma soltanto su quelli determinati, distinse la disciplina a seconda che l'identificazione della *res* vincolata fosse

²²¹A. F. CARRASCO PERERA, E. CORDERO LOBATO, M. J. MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los derechos de garantía*, Aranzadi Editorial, 2002, pp. 750 ss.

²²²L. DIEZ PICAZO, A. GULLÓN, *Sistema de derecho civil: derechos reales en particular*, tomo III, vol. II, Tecnos, 2016, pp. 146 ss.

²²³P. PISCITELLO, *Costituzione in pegno di beni dell'impresa e spossessamento*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, II, p. 156.

²²⁴*Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión*, en *BOE* n. 352.

un bene mobile registrato, per cui si sarebbe applicata la cosiddetta “*hipoteca mobiliaria*”, oppure non registrato²²⁵, oggetto invece di “*prenda sin desplazamiento*”²²⁶. Tra i primi, si fa riferimento essenzialmente agli stabilimenti commerciali, alle automobili e, più in generale, ai veicoli a motore, ai macchinari industriali e alla proprietà industriale e intellettuale. Oggetto di pegno senza spossessamento possono essere: i frutti agricoli, il bestiame e i prodotti derivanti dal loro allevamento, le macchine e gli attrezzi agricoli (*prenda agricola*), le merci e le materie prime immagazzinate, le collezioni di oggetti di valore artistico e storico (*prenda artistica*). Questi beni potranno rimanere in deposito presso il debitore concedente e in pendenza del rapporto obbligatorio egli le potrà continuare ad utilizzare²²⁷.

Il riconoscimento di garanzie mobiliari senza la *traditio* del bene vincolato al creditore è stato il primo passo compiuto dall’ordinamento spagnolo verso una restrizione del campo di applicazione del divieto di patto commissorio, disciplinato all’articolo 1859 del *código civil*, e verso forme di garanzia alternative a quelle tradizionali, così come tanto auspicato dalla prassi commerciale²²⁸.

Per quanto riguarda i requisiti formali di cui la *Ley* del 1954 richiede l’osservanza, si prevede che la costituzione sia dell’*hipoteca mobiliaria* sia del pegno senza spossessamento avvenga mediante atto pubblico. Quest’ultimo dovrà poi essere iscritto nell’apposito *Registro de Bienes Muebles*, istituito nel 1999 al fine di assicurare l’opponibilità ai terzi e tenuto dal Ministero della Giustizia spagnolo e dalla Direzione Generale dei Registri e del Notariato²²⁹. La mancata registrazione priva il creditore ipotecario del diritto di prelazione e del diritto di seguito, quindi, rende di fatto inefficace il contratto di garanzia²³⁰.

²²⁵G. TRAPANI, *Il c.d. pegno mediante compossesso e il pegno senza spossessamento*, Giuffrè, 1963, p. 52. Gli stessi articoli 12 e 52 della *Ley* in oggetto ribadiscono con un elenco i beni che possono essere oggetto di *hipoteca mobiliaria* e quelli oggetto di *prenda sin desplazamiento*, allo scopo di evitare situazioni di conflitto.

²²⁶Nel caso di l’applicazione della *prenda sin desplazamiento* si rendeva necessaria una forma di pubblicità, attuata nell’ordinamento spagnolo mediante iscrizione in un apposito registro, che sostituisse la funzione di opponibilità ai terzi esercitata dallo spossessamento tipico della fattispecie tradizionale di pegno.

²²⁷J. B. JORDANO, *La nuova legge sull’ipoteca mobiliare e prenda sin desplazamiento*, in *Bollettino informativo dell’Istituto giuridico spagnolo*, 1955, p. 23.

²²⁸T. CARRETERO GARCIA, *Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión*, *Revista de los Tribunales*, 1955, pp. 2 ss.

²²⁹A. VEIGA COPO, *Prenda omnibus, prenda rotativa de acciones y garantía flotante*, in *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2001, n. 82, pp. 33 ss.

²³⁰R. URÍA, *Derecho mercantil*, Marcial Pons, 1960, p. 569.

Una seconda tappa verso una regolamentazione sempre più moderna del settore è avvenuta con il riconoscimento, dapprima solo da parte della dottrina maggioritaria²³¹, poi anche mediante l'applicazione analogica della disciplina introdotta nel 2007 per l'*hipoteca flotante*, della sostituibilità del bene vincolato senza il prodursi di un effetto novativo, proprio come accade nella *floating charge*. A questo proposito, è stato evidenziato²³² che “la lacuna rappresentata dal silenzio del *código civil* su tale argomento può essere colmata, qualora si accerti che i modelli di garanzia ad oggetto variabile non siano in contrasto con disposizioni di legge e principi di ordine pubblico”. Nasce così la figura della *prenda flotante*, una garanzia “anomala”, ad oggetto variabile, con le caratteristiche proprie delle figure del pegno rotativo e del pegno *omnibus*. La compatibilità di questo istituto con la tradizionale disciplina codicistica spagnola si ritiene assicurata dalla presenza di un limite di valore minimo e massimo entro il quale il bene vincolato possa oscillare nel tempo, così da tutelare i terzi creditori chirografari che chiaramente nutriranno un vivo interesse a monitorare l'entità del patrimonio del proprio debitore²³³.

A differenza di quanto accade in Inghilterra dove il *floating charge* non conosce particolari limitazioni quanto al suo utilizzo, per il corrispondente spagnolo si ritiene necessario che nell'atto costitutivo di pegno sia indicato l'“*objeto de la prenda*”, cioè le caratteristiche dei beni che il debitore potrebbe sostituire in pendenza del rapporto obbligatorio. Si richiede, inoltre, che vengano indicate specificatamente le modalità di conservazione dei beni gravati, la possibilità per il creditore di ispezionarli in qualunque momento e gli elementi dell'eventuale polizza assicurativa sugli stessi²³⁴.

4. La disciplina del pegno nell'ordinamento italiano.

Nel codice civile vigente il pegno è disciplinato nel libro dedicato alla tutela dei diritti e l'articolo 2784 ne specifica la funzione, stabilendo che esso sia costituito a garanzia dell'obbligazione del debitore o da un terzo per il debitore.

²³¹A. CARRASCO PERERA, E. CORDERO LOBATO, M. J. MARÍN LÓPEZ, *Constitución y objeto de la prenda posesoria*, in *Tratado de los derechos de garantía*, Aranzadi Editorial, 2002, p. 820.

²³²P. PISCITELLO, *op. cit.*, p. 157.

²³³J. FARRÉS, S. AGÜERA, *Estrategias para la ejecución de prendas sobre derechos de crédito en financiaciones de proyectos*, in *La Ley*, 2014, n. 8378, pp. 1 ss.

²³⁴A. ARMADA DE TOMÁS, *Pignoración y prenda de créditos*, in *El derecho.com*, 3 giugno 2014.

Autorevole dottrina²³⁵ ha definito tale istituto come “il diritto che il debitore o un terzo concede sulla propria cosa mobile, affinché questa nel frattempo rimanga riservata al futuro soddisfacimento del creditore, e costui, in caso di inadempimento dell’obbligazione, si soddisfi su essa a preferenza degli altri creditori ed anche se intanto la cosa sia passata in proprietà di un terzo”.

Oltreché beni mobili, inclusi titoli di credito dematerializzati come espressamente ammesso dalla Corte di Cassazione²³⁶, il codice civile all’articolo 2784 prescrive che il pegno possa avere ad oggetto anche crediti, universalità di mobili e altri diritti reali mobiliari, ad esempio l’usufrutto²³⁷.

Il credito garantito può essere presente, futuro, condizionale od eventuale e può consistere in una somma di denaro o in una qualsiasi prestazione diversa dal denaro, ma in quest’ultimo caso il credito verrà liquidato solo in sede di espropriazione forzata.

In virtù di quanto disposto dall’articolo 2796 del codice civile, scaduta l’obbligazione su cui la garanzia inerisce, se il debitore non adempie di propria spontanea volontà, il creditore avrà la facoltà di disporre la vendita coattiva del bene, previa intimazione al debitore di pagare quanto dovuto. Nel caso in cui ciò non avvenga, la vendita potrà essere effettuata alternativamente mediante asta pubblica oppure attraverso un soggetto appositamente designato che valuterà il bene al prezzo di mercato²³⁸.

La costituzione del pegno comporta essenzialmente due effetti che rendono il ricorso a questo contratto particolarmente vantaggioso per il creditore pignoratizio e anche per lo stesso debitore che risulterà agevolato nell’accesso al credito. Il primo è una caratteristica propria di tutti i diritti reali ed è dato dal cosiddetto “diritto di seguito” o “di sequela”, inteso come persistenza del diritto anche al mutare della persona del proprietario ed operante indipendentemente dall’esistenza di un diritto di prelazione.

Il secondo si sostanzia nel diritto di prelazione, previsto dall’articolo 2787 del codice civile: il creditore garantito avrà diritto di soddisfarsi con priorità, rispetto agli

²³⁵D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, UTET, 1956, pag. 183

²³⁶Cass. civ., sez. I, 17 febbraio 2014, n. 3674, in *Diritto & Giustizia*, 2014, pp. 18 ss.

²³⁷A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, a cura di F. ANELLI, C. GRANELLI, Giuffrè, 2015, p. 483.

²³⁸A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 484.

altri creditori, sul ricavato della vendita coattiva del bene costituito in pegno: ciò persino quando la cosa sia stata trasferita in proprietà a terzi, purché questa sia rimasta in suo possesso o in custodia presso il terzo designato dalle parti²³⁹.

La dottrina si presenta divisa circa il valore da attribuire alla prelazione nell'ambito della garanzia pignoratizia: elemento essenziale e necessario della garanzia oppure suo elemento strumentale e, di conseguenza, da esso scindibile. Secondo gli autori²⁴⁰ che sostengono quest'ultima tesi, il contratto di pegno si considera perfezionato a prescindere dal requisito del documento scritto con data certa che potrà essere realizzato in un secondo momento, con la differenza che solo allora si avrà l'effetto prenotativo della prelazione; al contrario, per coloro²⁴¹ che sostengono la prima argomentazione i requisiti previsti per la prelazione devono essere soddisfatti al momento della costituzione della garanzia e, anzi, ne costituiscono un elemento imprescindibile²⁴².

La giurisprudenza dominante, dal canto suo, è più netta nel ritenere che la prelazione rappresenti il contenuto essenziale del pegno perché trasforma la garanzia generica in garanzia specifica sulla cosa costituita in pegno dal debitore o dal terzo. La Suprema Corte²⁴³ ha precisato sul punto che, grazie a questa garanzia specifica, una parte del valore della cosa corrispondente all'ammontare del credito uscirebbe virtualmente dalla sfera patrimoniale del costituente ed entra in quella del creditore.

²³⁹V. ROPPO, *Diritto privato*, Giappichelli, 2012, p. 354.

²⁴⁰F. REALMONTE, *op. cit.*, p. 662; F. CARINGELLA, L. BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, Dike Giuridica Editrice, 2013, p. 1489, laddove si legge "il pegno si costituisce validamente tra le parti con il perfezionamento dell'accordo e con la consegna al creditore della cosa e del documento che ne conferisce l'esclusiva disponibilità. La prelazione, pertanto, non identifica il contenuto primario ed esclusivo del diritto, anche se è strumentale rispetto alla garanzia e rafforza nei confronti dei terzi il carattere di absolutezza del diritto".

²⁴¹G. GORLA, P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 64

²⁴²Salvo nei casi definiti all'articolo 2787 quarto comma cod. civ., laddove la prova può essere offerta con qualsiasi mezzo, il requisito della data certa può essere soddisfatto in tutti i modi previsti dall'articolo 2704 cod. civ., oltre che attraverso l'autenticazione di un pubblico ufficiale a tal fine autorizzato o mediante apposizione del timbro postale sull'atto.

In particolare, in virtù delle previsioni dell'articolo 2704 cod. civ., la data si considera certa, riguardo ai terzi, solo dal giorno in cui la scrittura privata è registrata; oppure dal giorno della morte o sopravvenuta impossibilità fisica di uno di coloro che la hanno sottoscritta; oppure, da ultimo, dal giorno in cui si verifica un altro fatto che stabilisca in modo inequivocabile l'antioriorità della formazione del documento.

²⁴³Cass. civ., sez. III, 17 maggio 1962, n. 1110, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1963, II, p. 34.

Se il creditore non fosse assistito dalla prelazione mobiliare, prosegue la Cassazione, rientrerebbe nella categoria dei creditori chirografari, con garanzia generica limitata ai soli beni che sono nel patrimonio del debitore²⁴⁴.

Per quanto riguarda gli aspetti formali della costituzione della garanzia mobiliare, secondo la dottrina prevalente²⁴⁵, la forma del titolo costitutivo di pegno sarebbe libera: tale contratto si potrebbe, infatti, concludere oralmente²⁴⁶ e, secondo l'opinione di alcuni autori²⁴⁷, anche tacitamente. In ogni caso, al di fuori dal campo di applicazione della disciplina dell'articolo 2 del decreto banche, il contratto di pegno si perfezionerà solo con la consegna della cosa al debitore o ad un terzo designato dalle parti. A proposito del requisito dello spossessamento, cui parte della dottrina attribuisce essenzialmente una funzione pubblicitaria²⁴⁸, è stato affermato²⁴⁹ che esso non rappresenti tanto condizione necessaria ai fini della costituzione del diritto reale, quanto piuttosto per la nascita del diritto di prelazione in capo al creditore pignoratizio. Secondo tale orientamento, quindi, il difetto dello spossessamento, o dei diversi adempimenti pubblicitari nel caso di fattispecie anomale di pegno, comporterebbe soltanto il venir meno di uno degli effetti tipici del contratto di garanzia. La *traditio* del bene gravato, quindi, assolverebbe la funzione di una sorta di "pubblicità di fatto"²⁵⁰.

Autorevole dottrina²⁵¹, al contrario, avvalora la tesi per cui il contratto di pegno rappresenti piuttosto un "contratto che si perfeziona senza formalità, ma con la consegna materiale al creditore della cosa o del documento, consegna che conferisce l'esclusiva disponibilità della cosa stessa".

Indipendentemente dal valore che si voglia attribuire allo spossessamento, al fine di garantire l'opponibilità ai terzi della prelazione, il codice prescrive che quando

²⁴⁴G. BROGGINI, *Le garanzie nei contratti internazionali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2000, I, p. 339. A questo proposito, è stato evidenziato come "il problema centrale delle garanzie reali sia quello del contemperamento degli interessi, entrambi meritevoli di tutela, del creditore titolare della garanzia reale concessagli dal debitore, da una parte, e del creditore ordinario, non munito di garanzie particolari, dall'altra".

²⁴⁵F. REALMONTE, *Il pegno*, in *Trattato dir. priv.*, a cura di P. RESCIGNO, XIX, UTET, 1997, p. 830; G. GORLA, P. ZANELLI, *Del pegno. Delle ipoteche*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA, G. BRANCA, Zanichelli, 1992, p. 58.

²⁴⁶A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 485.

²⁴⁷D. RUBINO, *op. cit.*, p. 227.

²⁴⁸V. ROPPO, *op. cit.*, p. 354.

²⁴⁹E. GABRIELLI, *I negozi costitutivi di garanzie reali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1996, I, p. 149.

²⁵⁰C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 41.

²⁵¹F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p. 663.

il valore del credito garantito ecceda i 2,58 €²⁵², cioè nella stragrande maggioranza dei casi, il contratto costitutivo di pegno deve risultare da atto scritto; la relativa scrittura debba avere data certa; dalla stessa devono risultare specificatamente sia il credito garantito e il suo ammontare, sia il bene soggetto a pegno.

La necessaria presenza dei suddetti requisiti è stata più volte ribadita sia dalla dottrina²⁵³ sia dalla giurisprudenza della Cassazione²⁵⁴.

Infine, va considerato vietato *ex* articolo 2792 cod. civ. il cosiddetto “suppegno”, cioè il pegno che abbia ad oggetto un altro diritto di pegno, in virtù del fatto che, senza il consenso del debitore garantito, il creditore pignoratizio non può disporre della *res* gravata, concedendone ad altri il godimento od offrendola, a sua volta, in pegno²⁵⁵.

4.1. Il pegno di crediti: cenni.

L’osservanza del requisito dello spossessamento non è mai stata richiesta nella fattispecie del pegno di crediti, disciplinata all’articolo 2800 del codice civile, proprio per la particolare natura dell’oggetto di garanzia.

Venendo meno tale condizione necessaria per garantire l’opponibilità ai terzi della garanzia e il sorgere del diritto di prelazione, in questa fattispecie si richiede la forma dell’atto scritto, indipendentemente dall’ammontare del credito garantito²⁵⁶, e la notifica al debitore dell’avvenuta costituzione del pegno o, in alternativa, la sua accettazione con atto avente data certa. Solo così, infatti, il debitore è messo a conoscenza del fatto di non dover pagare al proprio creditore, ma al creditore pignoratizio del suo creditore; si applicano regole analoghe a quelle previste nel caso della cessione di crediti *ex* articolo 1265 del codice civile²⁵⁷.

²⁵²Si tratta delle “vecchie” 5000 lire.

²⁵³F. REALMONTE, *op. cit.*, p. 662; A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 486.

²⁵⁴Cass. civ., sez. I, 14 febbraio 2014, n. 3555, in *Corr. giur.*, 2014, p.1501; Cass. civ., sez. I, 17 febbraio 2014, n. 3674, in *Diritto & Giustizia*, 2014, pp. 18 ss.

²⁵⁵A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 484.

²⁵⁶Non sarà, quindi, nemmeno necessario il raggiungimento di un valore del credito garantito superiore ai simbolici 2,58€.

²⁵⁷V. ROPPO, *op. cit.*, p. 355.

4.2. Il pegno irregolare.

La fattispecie del pegno irregolare, disciplinata all'interno del codice civile dall'articolo 1851, si realizza qualora vengano consegnati al creditore beni fungibili, in particolare denaro o titoli di credito, a garanzia del soddisfacimento della propria pretesa obbligazionaria²⁵⁸. Il creditore entra pienamente nella disponibilità di tali beni: potrà, ad esempio, spendere il denaro ricevuto in pegno o alienare i titoli di credito²⁵⁹. Si tratta del cosiddetto "deposito cauzionale"²⁶⁰. Per quanto concerne il meccanismo operativo di tale fattispecie, qualora il debitore adempia, il creditore dovrà restituire non il medesimo bene che gli era stato consegnato, ma piuttosto il *tantundem eiusdem generis et qualitatis*, cioè la stessa quantità di denaro o di titoli che aveva ricevuto in garanzia²⁶¹. Nel caso di inadempimento del debitore, invece, il creditore dovrà restituire a quest'ultimo *res eiusdem generis et qualitatis* per la differenza tra il valore del credito e il valore del bene oggetto di garanzia al momento della scadenza del credito stesso²⁶². Quando i valori coincidano e manchi tale eccedenza, i crediti dovranno ritenersi compensati²⁶³.

È evidente la distinzione tra il pegno "tradizionale" e quello irregolare²⁶⁴: nella prima fattispecie si assiste alla costituzione di un diritto reale sul bene oggetto di garanzia di cui il creditore non può disporre, nella seconda vi è un vero e proprio

²⁵⁸A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 484.

²⁵⁹S. BIANCHI, *Pegno regolare e irregolare di titoli, patti di rotatività e garanzie finanziarie* (nota a Cass. civ., sez. I, 31 gennaio 2014, n. 2120), in *Corr. giur.*, 2014, p. 1501.

²⁶⁰R. NICOLÒ, *Deposito cauzionale e titoli di credito: effetto traslativo*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, I, pp. 371 ss.

²⁶¹F. MARTORANO, *Cauzione e pegno irregolare*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, I, pp. 96 ss.

²⁶²G. SICCHIERO, *op. cit.*, p. 264.

²⁶³A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 485.

²⁶⁴Cass. civ., S. U., 14 maggio 2001, n. 202, in *Foro it.*, 2001, I, p. 2511. A questo proposito, la Cassazione a Sezioni Unite hanno definitivamente individuato le principali caratteristiche del pegno irregolare rispetto a quello "regolare", prevedendo che "il pegno irregolare, disciplinato dall'articolo 1851 cod. civ. in tema di anticipazione bancaria, ancorché rispondente ad uno schema negoziale di portata generale ed accomunabile al pegno regolare di cui ai successivi articoli 2784 e seguenti, sia per il profilo della natura reale del contratto (quanto all'attrazione della *datio rei* nel suo momento perfezionativo), sia per il profilo della condivisa causa di garanzia, ha però una sua innegabile specificità di contenuto effettuale. L'effetto reale, che nel pegno regolare si esaurisce nella creazione di uno *ius in re aliena* opponibile *erga omnes*, nel pegno irregolare assume invece la ben maggiore valenza e latitudine di un vero e proprio trasferimento di proprietà delle cose attribuite in garanzia. Inoltre, mentre nel pegno regolare l'obbligazione restitutoria ha ad oggetto la medesima *res* di cui il creditore ha avuto temporaneamente la detenzione, nel pegno irregolare si rivolge viceversa al *tantundem* di quanto ricevuto in garanzia".

trasferimento di proprietà delle cose fungibili consegnate e il creditore avrà l'obbligo di restituire il *tantumdem*²⁶⁵.

4.3. Il problema dello spossessamento e le ipotesi di “pegno anomalo”.

Con l'espressione “pegno anomalo”, si fa riferimento ad ipotesi atipiche, cui già si ricorreva nella prassi bancaria prima del decreto 59/2016, che deviano dal modello, ormai anacronistico, di pegno delineato dal codice civile.

Sono riconducibili a tale categoria le fattispecie eccezionalmente riconosciute di pegno senza spossessamento, di pegno rotativo, pegno di cosa futura e del cosiddetto “pegno *omnibus*”²⁶⁶.

Queste figure costituiscono una conseguenza del fatto che il legislatore italiano del 1942 abbia adottato schemi rigidamente formali nell'ambito delle garanzie reali, e nello specifico del pegno, per rispondere ad esigenze proprie di un sistema economico precapitalistico ove il principale, se non l'unico, indice di circolazione era legato al meccanismo della *traditio* e del possesso²⁶⁷.

Come già ampiamente sottolineato, l'aspetto più problematico della disciplina italiana in materia è sempre stato riscontrato proprio nel requisito dello spossessamento, un elemento essenziale, insieme al titolo costitutivo²⁶⁸, ai fini del perfezionamento dell'ipotesi tradizionale di pegno²⁶⁹. A questo proposito, è stato evidenziato²⁷⁰ come lo spossessamento permetta, da un lato, di ottenere l'indisponibilità del bene da parte del debitore, per poter in seguito attuare il diritto di ritenzione in

²⁶⁵C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 171. Secondo un orientamento dottrinale, “il pegno irregolare non rientra nel novero dei diritti reali di garanzia, rappresentando piuttosto una particolare figura di alienazione in garanzia. Si tratta di una figura tipica, che si differenzia rispetto alle alienazioni fiduciarie in garanzia, le quali sono caratterizzate dall'obbligo del fiduciario di non disporre del proprio interesse del bene ricevuto in proprietà. In considerazione della funzione di garanzia del pegno irregolare deve ammettersi il diritto del debitore alla restituzione dei beni dati in garanzia quando abbia adempiuto direttamente l'obbligazione”.

²⁶⁶A. DOLMETTA, *La clausola di pegno omnibus*, in *Riv. dir. banc.*, 2014, II, p. 2.

²⁶⁷Si veda cap. 1, par. 4.

²⁶⁸A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 486.

²⁶⁹In particolare, gli articoli 2786 e 2787 del codice civile statuiscono che l'osservanza di tale requisito possa estrinsecarsi sia nella consegna del bene gravato al creditore o ad un terzo appositamente designato dalle parti, sia nella sua sottoposizione alla custodia degli stessi. Ad ogni modo, non pare sufficiente la mera indicazione della sussistenza dello spossessamento nell'atto costitutivo di garanzia, essendo necessaria una sua realizzazione in fatto.

²⁷⁰U. NATOLI, *Il possesso*, Giuffrè, 1992, p. 83.

via di autotutela, dall'altro, di evitare la circolazione del bene dato in garanzia e così l'effetto liberatorio di cui all'articolo 1153 del codice civile, che regola gli effetti dell'acquisto del possesso²⁷¹.

Ad oggi, tuttavia, come d'altra parte emerge da un'analisi comparatistica della figura del pegno, appare evidente che il requisito dello spossessamento risulti del tutto disfunzionale all'interno del mercato, trattandosi di un requisito che ha indotto la maggior parte dei legislatori continentali, chi prima e chi poi, ad adottare riforme in tal senso.

Si pone, allora, il problema di valutare come perseguire quella funzione pubblicitaria propria della *traditio* con modalità alternative; solo così, infatti, si potrà concludere per l'ammissibilità delle figure di pegno senza spossessamento. Si tratterà essenzialmente di utilizzare meccanismi di individuazione del bene o all'impiego di appositi registri che garantiscano l'opponibilità ai terzi della costituzione di pegno²⁷².

4.3.1. Il pegno rotativo.

Con la formula "pegno rotativo" si intende quel vincolo pignoratorio cui accede un patto di rotatività che consente di sostituire nel tempo l'oggetto della garanzia, con beni, diritti o valori aventi caratteristiche omogenee sia dal punto di vista qualitativo che quantitativo, senza effetti novativi²⁷³ e senza che sia necessario ad ogni sostituzione il rinnovo delle formalità richieste per la costituzione della garanzia o per il sorgere del diritto di prelazione²⁷⁴.

²⁷¹E. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 122.

²⁷²A questo proposito, parte della dottrina ha criticato duramente la scelta effettuata dal legislatore, affermando che "per tutelare l'interesse dei terzi e conoscere l'esistenza del pegno il legislatore poteva ricorrere a soluzioni diverse dallo spossessamento, che rappresenta uno dei mezzi utilizzabili e, forse, neppure quello più sicuro, visto il suo carattere "ambiguo". Egli si è invece lasciato condizionare dal peso della tradizione e dal senso di continuità con la codificazione francese optando per la soluzione apparentemente più sicura e lineare". S. GATTI, *Il credito su pegno*, Giuffrè, 2002, p. 180.

²⁷³S. GISOLFI, *Il punto sull'ammissibilità del patto di rotatività nel pegno*, in *Notariato*, 2006, pp. 855 ss. È stato osservato da attenta dottrina che "la sostituzione dell'oggetto non determina la costituzione di un nuovo pegno rispetto a quello originario ma dà luogo ad una surrogazione reale, che esclude qualsiasi effetto novativo e lascia immutata l'identità del rapporto nell'unità dell'operazione".

²⁷⁴G. TRAPANI, *Il cosiddetto "pegno mediante compossesso" e il pegno senza spossessamento*, Giuffrè, 1963, p. 76.

Ai fini del progressivo riconoscimento di questa fattispecie, si segnala il consistente contributo della prassi al sistema vigente dei diritti reali²⁷⁵, la sua teorizzazione in sede dottrinale²⁷⁶ ed, infine, il recepimento pressoché unanime da parte della giurisprudenza della Corte di Cassazione²⁷⁷. Il problema principale, connesso al riconoscimento della liceità di una garanzia rotativa, riguarda l'individuazione di regole di disciplina per dirimere le eventuali controversie che insorgano tra i creditori che avranno interesse a monitorare l'entità del patrimonio del debitore per soddisfare la propria pretesa²⁷⁸.

Un primo riconoscimento del pegno rotativo a livello legislativo è avvenuto ad opera dell'articolo 46 del cosiddetto "Testo Unico Bancario"²⁷⁹, che consente la costituzione di una garanzia mobiliare sui beni in lavorazione e la sua estensione anche ai prodotti risultanti dalla lavorazione e ai crediti derivanti dalla vendita dei beni²⁸⁰, con una chiara analogia con la disciplina della *floating charge*, la quale possiede sia i caratteri della rotatività sia quelli propri delle garanzie *omnibus*²⁸¹. Tale fattispecie, tuttavia, può suscitare dei dubbi per quanto riguarda la prova dell'origine del bene oggetto di garanzia a seguito della lavorazione di quello originario. Per questa ragione, lo stesso articolo 46 del suddetto testo legislativo richiede espressamente l'esatta descrizione dei beni e dei crediti, proprio allo scopo di individuare *ex ante* i beni oggetto del vincolo²⁸². Tale previsione, a ben vedere, si poneva però in contrasto con gli articoli 2686 e 2687 del codice civile che prescrivono il necessario spossessamento ai fini della costituzione di pegno. Per questa ragione, la prassi commerciale ha messo in pratica uno stratagemma per cui, quando le merci costituite in pegno rimangono presso l'impresa debitrice, viene nominato un terzo consegnatario di fiducia, creando una situazione di compossesso *ex articolo*

²⁷⁵A. FUSARO, *Il contributo della prassi al sistema vigente dei diritti reali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, n. 11, II, p. 517.

²⁷⁶E. GABRIELLI, *Le garanzie rotative*, ne' *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, a cura di F. GALGANO, 1995, p. 853.

²⁷⁷Cass. civ., sez. I, 28 maggio 1998, n. 5264, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 2159, con nota di F. MAIMERI, *Pegno rotativo: la dottrina ispira la Cassazione. Prime osservazioni*.

²⁷⁸E. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 100.

²⁷⁹Decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, G. U. n. 230/1993.

²⁸⁰G. TUCCI, *Le norme per l'esercizio di particolari operazioni di credito: la nuova disciplina dei privilegi nel finanziamento alle imprese*, in *Banca, impr. soc.*, 1993, p. 321.

²⁸¹Si veda cap. 2 par. 2.3.

²⁸²E. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 100.

2786 secondo comma cod. civ.²⁸³. Ad ogni modo, il principale problema interpretativo riguardante una siffatta garanzia riguarda il fatto che essa non sarebbe opponibile ai terzi creditori, dal momento che essi confiderebbero nell'appartenenza al patrimonio del debitore anche delle merci in lavorazione, che invece ne risulterebbero escluse a causa della loro soggezione a pegno²⁸⁴.

La questione, come evidenziato dalla giurisprudenza della Cassazione²⁸⁵, va dipanata valutando in concreto se dalla configurazione di un'operazione nella sua unità formale risultino effettivamente le indicazioni necessarie per identificare i beni oggetto di garanzia, anche nell'*itinere* del rapporto tra le medesime parti.

D'altra parte, non può negarsi l'utilità economica dell'inserimento di una clausola di rotatività in un contratto di garanzia, senza la quale si renderebbe necessaria la predisposizione di un nuovo titolo di prelazione ad ogni operazione negoziale tra gli stessi soggetti²⁸⁶.

La nascita della figura del pegno rotativo affonda le sue radici nella prassi bancaria e, in particolare, nell'ambito della costituzione di pegno su titoli di debito pubblico. In questi casi, si prevede a favore dell'istituto di credito, nelle vesti di creditore pignoratizio, il reimpiego in funzione di garanzia della somma ricavata dalla vendita dei titoli originariamente oggetto di pegno per l'acquisto di altrettanti titoli in un momento successivo, il tutto nel contesto di un'unica operazione economica²⁸⁷. Proprio il tema dell'ammissibilità del pegno rotativo su titoli di debito pubblico è stato oggetto di una recentissima pronuncia della Corte di Cassazione²⁸⁸. Il caso di specie aveva ad oggetto una contestazione da parte del debitore ricorrente in giudizio, che sosteneva il venir meno della garanzia pignoratizia rotativa su BOT, precedentemente costituita a favore dell'istituto di credito. In particolare, egli affermava la perdita del possesso sui titoli da parte della banca, dal momento che, nel procedere alla vendita coattiva degli stessi, quest'ultima ne aveva momentaneamente trasferito la somma ricavata sul conto corrente del ricorrente per poi trasferire

²⁸³E. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 102.

²⁸⁴M. RESCIGNO, *Titoli rappresentativi e circolazione delle merci*, Giuffrè, 1992, pp. 184 ss.

²⁸⁵Cass. civ., sez. I, 1 luglio 2015, n. 13508, in www.dirittoegiustizia.it, 2 luglio 2015.

²⁸⁶U. MALVAGNA, *Sulle clausole di rotatività nel pegno: funzione «conservativa» del valore della garanzia e strutture decisionali delle sostituzioni*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, III, pp. 313 ss.

²⁸⁷M. SOLDAN, *Diritto di ritenzione e realizzo nel contratto di deposito titoli in amministrazione. Le garanzie atipiche e il pegno bancario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, VI, pp. 467 ss.

²⁸⁸Cass. civ., sez. I, 22 dicembre 2015, n. 25796, in *Mass. Giust. Civ.*, 2016, I, p. 8.

sul conto a garanzia nuovi titoli acquistati (BTP) col ricavato in questione. Il debitore evidenziava, infine, l'assenza dell'autorizzazione all'acquisto di nuovi titoli (BTP) da depositare in pegno mediante atto scritto con data certa, come sarebbe richiesto dall'articolo 2787 del codice civile. La Suprema Corte, nella motivazione della sentenza, ha anzitutto segnalato come tale fattispecie negoziale sia nata nella prassi bancaria, allo scopo di risolvere proprio il problema creato dal pegno di titoli di credito, la cui scadenza è spesso più ravvicinata della durata del rapporto di garanzia. In secondo luogo, ha poi efficacemente individuato i requisiti indispensabili del patto di rotatività, evidenziando la necessità che le future ed eventuali sostituzioni dell'oggetto della garanzia si mantengano nei limiti del valore economico dei beni originariamente costituiti in pegno, e che la consegna di quest'ultimi sia accompagnata dalla scrittura, avente data certa, contenente un'adeguata indicazione della cosa e del credito. In seguito a tali premesse, tuttavia, la Cassazione ha precisato come la sussistenza dei suddetti requisiti, dettati dall'articolo 2787 cod. civ., debba essere valutata in relazione all'atto di costituzione del pegno e non anche ai successivi atti che ne rappresentano un mero rinnovo. Il contratto di pegno "originario", infatti, conteneva un'espressa clausola di rotatività, il cui scopo era proprio quello di prevedere in maniera inequivocabile l'assoggettamento al vincolo dei titoli eventualmente depositati in sostituzione di quelli inizialmente consegnati. Secondo la pronuncia della Corte, l'acquisto di nuovi titoli BTP con il ricavato della vendita dei BOT, originariamente costituiti in pegno, risulta essere soltanto un elemento materiale di una fattispecie a formazione progressiva, che trae origine dalla conclusione del contratto di pegno rotativo. Di conseguenza, il transito temporaneo del ricavato dalla vendita dei BOT, originariamente costituiti in pegno a favore della banca, nel conto corrente del debitore non poteva valere ad estinguere definitivamente il pegno rotativo, che per sua natura si ricostituiva immediatamente sui BTP acquistati col ricavato.

In conclusione, il pegno rotativo va considerato lecito purché la volontà delle parti di assoggettare a garanzia una certa quantità di beni mobili risulti da accordo scritto e la rotatività lasci invariato il valore economico dei titoli corrispondente alla capienza della garanzia prestata. In tal caso, infatti, i terzi creditori "non risentono

alcun pregiudizio dalla sostituzione, che rispetto ad essi avviene sempre nei limiti di valore del bene originariamente dato in pegno”²⁸⁹.

4.3.2. Il pegno *omnibus*.

Il pegno *omnibus*²⁹⁰ rappresenta quel contratto con cui, nella prassi bancaria, il cliente costituisce a favore dell’istituto di credito, a garanzia del finanziamento ricevuto, un pegno su titoli o su valori, ma nell’atto viene inserita “una clausola di estensione in virtù della quale la garanzia coprirà anche tutti i crediti futuri”²⁹¹. Si tratta di una forma di ampliamento della garanzia non dissimile a quella prevista nella *floating charge* inglese o nella *prenda flotante* spagnola, che però nel nostro ordinamento ha sempre suscitato dubbi di liceità in relazione alla necessaria determinabilità dell’oggetto del contratto di pegno ex articolo 1346 del codice civile²⁹². La nascita di questo istituto è dovuta a sollecitazioni da parte del mondo bancario, che richiedeva a gran voce l’ammissibilità di clausole che consentissero l’utilizzazione del pegno come strumento di garanzia per tutti i rapporti intercorrenti tra il cliente e l’istituto di credito²⁹³.

Un primo problema in ordine all’ammissibilità di questa figura riguarda la possibilità di considerare garantiti anche crediti ulteriori e diversi da quelli specificati nella scrittura con data certa richiesta dall’articolo 2787 cod. civ. ai fini della costituzione di pegno; il secondo, invece, attiene alla validità della costituzione in pegno a garanzia di crediti futuri e, pertanto, indeterminati²⁹⁴.

Per quanto attiene quest’ultimo profilo, la Cassazione, dopo una prima risalente pronuncia favorevole all’ammissibilità del pegno su crediti futuri²⁹⁵, l’orientamento

²⁸⁹G. GORLA, P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 24.

²⁹⁰D. RUBINO, *op. cit.*, p. 208. Autorevole dottrina afferma che in tale fattispecie “ci si trova in presenza di un unico contratto definitivo di pegno, che è valido ma per il momento ancora incompleto, e si completerà, e farà sorgere il diritto di pegno, solo quando, venuta ad esistenza la cosa, ne sarà fatta la consegna”.

²⁹¹F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 663; G. LAURINI, *Sulla clausola di estensione della garanzia ai crediti futuri ed indeterminabili*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1967, I, p. 431.

²⁹²C. ANGELICI, *Le garanzie bancarie*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di P. RESCIGNO, XII, UTET, 1985, p. 1039.

²⁹³N. SALANISTRO, *Le banche e i contratti bancari*, in *Tratt. dir. civ.*, a cura di F. VASSALLI, UTET, 1983, p. 75.

²⁹⁴E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, CEDAM, 1990, p. 6.

²⁹⁵Trib. Roma, 31 luglio 1952, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1952, II, p. 470, con nota di D. RUBINO, *Determinatezza e determinabilità del credito garantito nella costituzione di pegno*.

della giurisprudenza si è assestato nel senso di sostenere che la clausola *omnibus* espliciti i propri effetti nel rapporto “interno” tra banca e cliente, ma non in quello “esterno” dell’efficacia verso i terzi²⁹⁶. Ad ogni modo, le Corti non presentano un atteggiamento univoco in materia, dando atto del fatto che la clausola *omnibus* possa risultare in contrasto con la necessaria indicazione del credito garantito²⁹⁷. Talvolta, è stato ammesso che la costituzione di pegno avesse ad oggetto anche crediti non determinati né determinabili, ma soltanto eventuali²⁹⁸. Altre volte, invece, l’indeterminatezza del credito garantito ha indotto a ritenere l’inopponibilità del pegno *omnibus* ai terzi e la conseguente mancanza del diritto di prelazione²⁹⁹. Per quanto riguarda la dottrina, un primo orientamento³⁰⁰ avvalorava quel filone giurisprudenziale per cui la clausola di estensione della garanzia sarebbe efficace *inter partes*, ma non *erga omnes*.

Altra parte della dottrina³⁰¹, invece, sostiene la contraddittorietà di tale opinione, affermando la nullità della clausola *omnibus*: quest’ultima non conterrebbe “elementi idonei alla determinazione né del fatto giuridico costitutivo del credito, né dell’oggetto del credito, limitandosi alla mera indicazione delle parti”.

Ad ogni modo, il progressivo ricorso a clausole di estensione della garanzia come quella di cui si tratta va ricondotto all’inevitabile accelerazione dei rapporti nel mercato commerciale e creditizio odierno³⁰². A questo proposito, si segnalano operazioni economiche che, “impedendo una loro identificazione in un singolo atto e protraendosi verso il futuro, rendono necessaria una disciplina che colleghi i diversi atti che concorrono a costituirle”³⁰³. Il necessario ricorso a fonti di finanziamento, in particolare per le piccole e medie imprese, infatti, richiede l’impiego nei tradi-

²⁹⁶Cass. civ., sez. I, 19 giugno 1972, n.1927, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1973, II, p. 10; App. Torino, 1 aprile 1974, in *Giur. It.*, 1974, I, p. 679; Trib. Trieste, 5 dicembre 1980, in *Fallimento*, 1981, p. 936.

²⁹⁷App. Torino, 11 dicembre 1987, in *Giur. It.*, 1988, II, p. 488.

²⁹⁸Cass. civ., sez. I, 13 aprile 1977, n. 1380, in *Giust. Civ.*, 1977, I, p. 1393.

²⁹⁹Trib. Milano, 23 ottobre 1975, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1977, II, p. 359.

³⁰⁰G. E. COLOMBO, *Pegno bancario: le clausole di estensione, la prova della data*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1982, I, pp. 193 ss.

³⁰¹G. GORLA, P. ZANELLI, *op. cit.*, pp. 46 ss.

³⁰²C. SALINAS, *Il pegno “omnibus”*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, pp. 603 ss.

³⁰³P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Giuffrè, 1969, p. 290.

zionali modelli di garanzia, personali o reali, di clausole che amplino l'assicurazione del credito non solo al rapporto obbligatorio originario, ma anche a quelli successivi intercorrenti tra le medesime parti³⁰⁴.

4.4. Il pegno mobiliare non possessorio di cui all'articolo 1 del d.l. 59/2016.

L'aspetto più problematico delle garanzie mobiliari all'interno del nostro ordinamento era considerato l'imprescindibile osservanza del requisito dello spossessamento della *res* oggetto di garanzia, che non consentiva alle imprese in difficoltà di mandare avanti la propria attività commerciale, risanando la propria situazione economica³⁰⁵.

Con l'articolo 1 del decreto legge 59 del 2016, trova piena consacrazione normativa il pegno mobiliare non possessorio³⁰⁶, consentendo alle imprese in difficoltà di accedere a fonti di finanziamento e segnando una significativa svolta nel dibattito relativo all'ammissibilità dei "pigni anomali". Infatti, a ben vedere, dall'analisi del testo legislativo emerge una confluenza delle diverse figure di pegno anomalo nel pegno non possessorio, che appare una garanzia versatile, capace di superare gli inconvenienti connessi alla necessaria perdita del bene oggetto di garanzia da parte del debitore, nonostante si ponga in rapporto di specialità rispetto alla figura tradizionale delineata dal codice del 1942. La scelta del legislatore di positivizzare tale istituto, in linea con la dichiarata finalità di incentivare l'attività e il finanziamento delle imprese mediante una semplificazione del recupero del credito, appare quanto mai opportuna, considerando le ragioni che per lungo tempo hanno spinto gli operatori economici ad elaborare forme di pegno devianti dal modello codicistico³⁰⁷.

La garanzia reale mobiliare introdotta dall'articolo 1 del decreto si connota per l'inerenza all'esercizio dell'impresa sia dei crediti garantiti sia dei beni o crediti oggetto del pegno. In particolare, il primo comma recita: "gli imprenditori iscritti

³⁰⁴G. BIBOLINI, *Le garanzie reali e personali ed i contratti bancari*, Giuffrè, 1976, p. 59.

³⁰⁵F. DELL'ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004, pp. 20 ss.

³⁰⁶La rubrica dell'articolo 1 del d. lgs. 59/2016 come "pegno mobiliare non possessorio" appare non del tutto corretta o quanto meno pleonastica dato che il pegno di per sé rappresenta una garanzia mobiliare

³⁰⁷F. DELL'ANNA MISURALE, *op. cit.*, p. 21.

nel registro delle imprese possono costituire un pegno non possessorio per garantire i crediti, presenti o futuri, se determinati o determinabili e con la previsione dell'importo massimo garantito, inerenti all'esercizio dell'impresa". Il richiesto collegamento tra i crediti garantiti e l'attività d'impresa rileva, dunque, sia da un punto di vista oggettivo, escludendosi l'applicazione di tale disciplina in relazione ai debiti personali dell'imprenditore, sia soggettivo, in quanto è necessario che il debitore che presta la garanzia possieda la qualifica di imprenditore iscritto nel registro delle imprese. Occorre, inoltre, sottolineare come, in sede di conversione in legge di questo testo, sia stata aggiunta la possibilità di garantire con pegno non possessorio anche crediti concessi a terzi, quindi anche ad un'impresa diversa dalla costituente³⁰⁸.

Si ritiene che la mancanza del requisito dell'inerenza dei crediti garantiti con la dimensione imprenditoriale, che costituirebbe la causa del contratto di pegno, determini la nullità della garanzia. Alla medesima sanzione si incorre anche in caso di difetto di determinatezza o determinabilità dei crediti garantiti, ove si tratti di crediti futuri.

Per quanto concerne la suddetta confluenza nella figura delineata all'articolo 1 del presente decreto delle diverse fattispecie di pegno anomalo, si segnala un richiamo al "pegno *omnibus*", rispetto al quale, sulla falsa riga di quanto previsto in tema di fideiussione *omnibus* all'articolo 1938 del codice civile, esige ai fini della validità della garanzia l'indicazione nel contratto dell'importo massimo garantito.

Tuttavia, l'elemento più innovativo che caratterizza il decreto 59/2016, insieme alla già affrontata introduzione del patto marciano, è rappresentato senza dubbio dalla non necessità dello spossessamento nella figura di pegno delineata all'articolo 1.

In realtà, indipendentemente dalla considerazione della *traditio* quale un requisito fondamentale ai fini costitutivi del contratto di garanzia³⁰⁹ oppure solo ai fini pubblicitari, ipotesi di pegno senza spossessamento erano già presenti all'interno del nostro ordinamento: basti pensare al caso del pegno sui prosciutti *ex* articolo 1 della

³⁰⁸R. BROGI, *D.L. 59/2016: prime annotazioni sul pegno mobiliare non possessorio*, in www.quotidianogiuridico.it, 6 maggio 2016.

³⁰⁹C. M. BIANCA, *Diritto civile*, VII, Giuffrè, 2012, p. 195.

legge 401/1985³¹⁰ o del pegno sui prodotti lattiero-caseari ex articolo 7 della legge 122/2001³¹¹.

Proprio nella medesima prospettiva si è mosso il legislatore del 2016, con una sostanziale generalizzazione della garanzia pignoratizia non possessoria a tutti i beni mobili inerenti all'esercizio dell'attività imprenditoriale³¹². Proprio da quest'ultima disposizione emergono chiaramente le caratteristiche proprie del pegno rotativo che sono state recepite nella nuova fattispecie: in mancanza di espressa pattuizione in senso contrario, la garanzia si trasferisce al prodotto derivante dalla trasformazione del bene, al corrispettivo della sua cessione o al bene sostitutivo acquisito con tale corrispettivo³¹³. Si segnala, a questo proposito, come il legislatore abbia previsto l'automatica operatività della clausola di rotatività del pegno, esclusa solo in caso di espresso accordo in senso negativo tra le parti: ciò è chiaramente riconducibile al dinamismo dell'attività d'impresa cui sono finalizzati i beni oggetto di garanzia. Infine, il pegno mobiliare non possessorio, in quanto indipendente dalla *traditio*, può avere ad oggetto anche beni immateriali o beni futuri³¹⁴. Secondo uno dei primi commentatori del testo legislativo di cui si tratta, tuttavia, "il riferimento ai beni immateriali, inserito dalla legge di conversione, mal si concilia, a ben vedere, con l'esclusione dei beni mobili registrati dalla sfera applicativa della norma"³¹⁵. L'inclusione dei beni immateriali nel campo di applicazione del pegno non possessorio sarebbe "correlata proprio alla loro inclusione in pubblici registri", che consentirebbe l'opponibilità a terzi della garanzia di cui siano oggetto. La stessa finalità

³¹⁰A. GUARNERI, *Il pegno si adatta ai prosciutti*, in *Corriere giur.*, 1985, p. 904.

³¹¹G. COSTANTINO, A. JANNARELLI, *Commento alla legge 24 luglio 1985, n. 401*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1986, p. 546. Entrambe queste fattispecie erano state introdotte proprio allo scopo di consentire alle imprese operanti in questi settori di poter conservare i beni strumentali all'esercizio della propria attività produttiva.

³¹²In particolare, all'articolo 1 secondo comma del decreto, si prevede che: "Il pegno non possessorio può essere costituito su beni mobili destinati all'esercizio dell'impresa, ad esclusione dei beni mobili registrati. I beni mobili possono essere esistenti o futuri, determinati o determinabili anche mediante riferimento a una o più categorie merceologiche o a un valore complessivo. Ove non sia diversamente disposto nel contratto, il debitore o il terzo concedente il pegno è autorizzato a trasformare o alienare, nel rispetto della loro destinazione economica, o comunque a disporre dei beni gravati da pegno. In tal caso il pegno si trasferisce, rispettivamente, al prodotto risultante dalla trasformazione, al corrispettivo della cessione del bene gravato o al bene sostitutivo acquistato con tale corrispettivo, senza che ciò comporti costituzione di una nuova garanzia".

³¹³M. ORLANDO, *Prime riflessioni sul Decreto legge 59/2016 (c.d. "Decreto Banche")*, in *www.il-fallimentarista.it*, 9 maggio 2016

³¹⁴M. ZANOTELLI, *Beni mobili e immateriali: pegno non possessorio "a tutto campo"*, in *Guida normativa - Il Sole 24 Ore*, luglio 2016, p. 3.

³¹⁵M. ZANOTELLI, *op. cit.*, p. 6.

potrebbe esser perseguita anche nel caso di beni mobili registrati, importando un modello simile a quello predisposto attraverso l'*hipoteca mobiliaria* spagnola.

4.4.1. La costituzione e l'efficacia del pegno non possessorio.

L'articolo 1 del decreto legge 59/2016, al terzo e al quarto comma, disciplina le modalità costitutive e i requisiti di efficacia della nuova fattispecie di garanzia non possessoria. In particolare, come d'altronde avviene per quanto riguarda la *floating charge* inglese e la *prenda sin desplazamiento* spagnola, si prevede che il contratto costitutivo della garanzia risulti da atto scritto, a pena di nullità, "con l'indicazione del creditore, del debitore e dell'eventuale terzo concedente il pegno, la descrizione del bene dato in garanzia, del credito garantito e l'indicazione dell'importo massimo garantito" (articolo 1 comma 3). Dalla presenza del requisito dello spossessamento della *res* oggetto di garanzia, che comporta la riconduzione del pegno "tradizionale" alla categoria dei contratti reali, si deduce la configurazione del pegno non possessorio come un contratto consensuale, che deve avere forma scritta *ad substantiam*³¹⁶. Quest'ultima costituisce la più significativa modifica introdotta in sede di conversione al testo legislativo originario, che prevedeva ai fini della costituzione della garanzia la duplice formalità dell'atto scritto e dell'iscrizione in un apposito registro dei pegni non possessori.

Dalla costituzione della garanzia va però distinta la sua opponibilità ai terzi: a proposito di quest'ultima, il quarto comma dello stesso articolo 1 del Decreto Banche stabilisce che il pegno sia efficace nei confronti dei terzi soltanto con l'iscrizione in un registro informatizzato, tenuto presso l'Agenzia delle Entrate e denominato "Registro dei pegni non possessori". A seguito di tale registrazione, la garanzia pignoratizia risulterà opponibile ai terzi, con efficacia di pubblicità dichiarativa, anche nell'ambito delle procedure esecutive e concorsuali³¹⁷.

Dalla disposizione risultante dalla conversione del Decreto legge, quindi, emerge una distinzione tra il momento costitutivo della garanzia non possessoria e quello della sua opponibilità ai terzi.

³¹⁶S. CAMPIDELLI, G. DI MARCO, *Convertito in legge il Decreto banche: pregi e criticità del pegno mobiliare non possessorio*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 30 giugno 2016, pp. 1 ss.

³¹⁷S. AMBROSINI, *Il pegno non possessorio ex lege 119/2016*, in *Crisi d'impresa e fallimento*, 3 ottobre 2016, p. 8.

Dal momento che l'articolo 1 comma 4 del decreto prevede che la garanzia pignorizia prenda grado dalla sua iscrizione nel registro dei pegni non possessori, in deroga alla regola della priorità del conseguimento del possesso del bene gravato, vigente per il pegno "ordinario", nel pegno non possessorio i conflitti tra più creditori pignorati sono regolati in base al criterio dell'antiorità dell'iscrizione. Tuttavia, il quinto comma dello stesso articolo prevede un'eccezione a tale principio nel caso in cui il creditore abbia finanziato l'acquisto di un bene destinato all'esercizio dell'impresa, considerata meritevole di particolare tutela. La norma stabilisce, infatti, che il pegno non possessorio, anche se anteriormente costituito e iscritto, non sia opponibile a chi abbia finanziato l'acquisto di un bene destinato all'esercizio dell'impresa e sia garantito da riserva della proprietà sullo stesso bene oppure da un pegno, anche non possessorio, successivo³¹⁸.

Tale deroga alla disciplina generale è chiaramente espressione dell'intenzione del legislatore di agevolare il ricorso al credito per coloro che esercitino attività di impresa, che d'altra parte costituisce il principio ispiratore del decreto in oggetto, tanto che il Capo I del decreto 59 del 2016 è rubricato "Misure a sostegno delle imprese e di accelerazione del recupero dei crediti"³¹⁹.

4.4.2. Utilizzo, sostituzione, trasformazione e cessione del bene oggetto di pegno non possessorio.

Un'ulteriore rilevante novità della disciplina introdotta nel 2016, oltre al superamento dello spossessamento nei casi previsti, risiede nella facoltà, attribuita al concedente il bene in pegno, di trasformarlo, alienarlo e comunque disporne senza l'autorizzazione del creditore garantito, a condizione che nel contratto costitutivo della garanzia non sia diversamente stabilito.

Se il debitore o il terzo datore alienano il bene o effettuano un atto di disposizione sullo stesso, il vincolo pignorizio si trasferisce, rispettivamente, al corrispettivo

³¹⁸S. AMBROSINI, *op. cit.*, p. 10.

³¹⁹E. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 645. In particolare, già nel 1995, Gabrielli aveva sottolineato come la garanzia pignorizia "a causa del requisito dello spossessamento, e della rigida interpretazione che ne offre la giurisprudenza si rivela strutturalmente inadatta alla costituzione di garanzie sulle merci ad opera dell'imprenditore, in quanto presuppone la privazione della loro disponibilità in capo al costituente e quindi risulta contraddittoria con l'esigenza dell'imprenditore medesimo di non sottrarre quelle merci al processo produttivo"

della cessione del bene gravato o al bene sostitutivo acquistato con tale corrispettivo, senza che ciò comporti costituzione di una nuova garanzia³²⁰. Attraverso tale disposizione, si assiste ad un definitivo riconoscimento a livello legislativo del pegno rotativo, la cui legittimità era già stata riconosciuta dalla giurisprudenza della Cassazione in recenti pronunce³²¹. La sostituzione, quindi, costituisce soltanto il meccanismo attuativo della rotatività, senza determinare alcun effetto novativo del rapporto e la certezza della data va riferita solo al contratto di pegno originario che includeva una clausola di rotatività e non alla scrittura o alle scritture con le quali la stessa in concreto si attui³²². A questo proposito, è stato osservato che il pegno non possessorio di cui all'articolo 1 “deve considerarsi *naturaliter* rotativo, proprio perché manca *in re ipsa* un interesse al possesso del bene, che viene assunto non in sé, nella sua materialità, ma come valore: questo spiega perché il diritto alla trasformazione o alla disposizione venga lasciato alla autonomia contrattuale”³²³. Ciò comporta che non si verifichi alcun effetto novativo neppure nel caso di trasformazione del bene (come accade nell'ipotesi di materie prime), dal momento che il pegno si trasferisce al prodotto risultante da essa³²⁴. La legge 119 del 2016, di conversione al Decreto banche, ha poi precisato che, “laddove tale prodotto inglobi, anche per unione o commistione, più beni appartenenti a diverse categorie merceologiche e oggetto di diversi pegni non possessori, le facoltà previste dal settimo comma spettano a ciascun creditore pignoratizio, con obbligo da parte sua di restituire al datore della garanzia, secondo criteri di proporzionalità, sulla base delle stime ritualmente effettuate, il valore del bene riferibile alle altre categorie merceologiche che si sono unite o mescolate”.

La norma sulla rotatività, tuttavia, non richiede che il “nuovo” bene pignorato abbia valore identico rispetto al precedente, discostandosi in maniera evidente dall'opinione giurisprudenziale che si era ormai consolidata in materia³²⁵. Nell'ottica di

³²⁰Si veda cap. 2, par. 4.2.1.

³²¹Cass. civ., sez. I, 5 marzo 2004, n. 4520, in *Mass. Giust. Civ.*, 2004, III, p. 371; Cass. civ., sez. I, 11 novembre 2003, n. 16914, in *Foro it.*, 2004, I, p. 410; Cass. civ., sez. I, 27 settembre 1999, n. 10685, in *Giust. Civ.*, 2000, V, pp. 1459 ss.

³²²E. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 99.

³²³F. LAMANNA, “Decreto banche”: *ipertutela del credito e ritocchi telematici alla legge fallimentare*, in *Il Civilista*, Giuffrè, 2016, p. 19.

³²⁴D. RUBINO, *op. cit.*, p. 204.

³²⁵Cass. civ., sez. I, 22 dicembre 2015, n. 25796, in *Mass. Giust. Civ.*, 2016, I, p. 8.

tutela degli interessi dei terzi creditori, tuttavia, viene fatta salva la possibilità, per il creditore, di promuovere azioni conservative o inibitorie qualora ravvisi un abuso nell'utilizzo dei beni da parte del debitore o del terzo concedente il pegno.

CAPITOLO III: LE GARANZIE IMMOBILIARI

1. La disciplina europea delle garanzie reali immobiliari.

Per lungo tempo, il settore delle garanzie reali immobiliari è rimasto estraneo all'ambito di interesse dei comparatisti così come del legislatore comunitario, nonostante la sua innegabile rilevanza all'interno del mercato internazionale del credito³²⁶. Ciò è dovuto alla tradizionale concezione secondo la quale si riteneva che tutta la disciplina dei diritti reali immobiliari dovesse essere ancorata alla *lex rei sitae*, cioè alla legge del luogo in cui l'immobile si trova³²⁷. Per questa ragione, gli studi sul tema appaiono caratterizzati da un forte localismo a causa delle differenze di regolamentazione presenti tra i vari ordinamenti nazionali: ad oggi, infatti, non si può ancora parlare di un vero e proprio diritto comune delle garanzie reali immobiliari. Tuttavia, si può ravvisare in tutte le esperienze europee una generica nozione di "garanzia reale immobiliare", intesa come diritto del creditore a soddisfare la propria pretesa sul bene immobile vincolato, in via preferenziale rispetto agli altri creditori, in caso di inadempimento del debitore garantito. Questa definizione rappresenta "un minimo comun denominatore attraverso il quale si realizza, ovunque, la funzione di garanzia reale immobiliare"³²⁸, nonostante essa si declini in maniera diversa a seconda delle tradizioni giuridiche presenti nei singoli Stati membri. Tuttavia, non sono mancati numerosi progetti, progressivamente sempre più concreti, di armonizzazione a livello europeo delle discipline nazionali in materia³²⁹.

1.1. L'idea di un'Euroipoteca e la sua evoluzione.

La nascita dell'interesse per l'integrazione giuridica delle garanzie immobiliari risale al 1966, quando la Commissione della Comunità Europea diede ad un gruppo di esperti, guidato dal Professor Claudio Segrè, il compito di predisporre uno studio

³²⁶H. W. FLEISING, N. DE LA PEÑA, M. SAFAVIAN, *Reforming collateral laws to expand access to finance*, World Bank, 2006, p. 4.

³²⁷F. FIORENTINI, *Le garanzie immobiliari in Europa. Studio di diritto comparato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, p. 7.

³²⁸F. FIORENTINI, *op. cit.*, p. 13.

³²⁹M. BUSSANI, U. MATTEI, *The common core approach to the European private law*, in 3 *Columbia Journal of European Law*, 1997-1998, p. 340.

sul mercato dei capitali dei Paesi membri³³⁰. Nel rapporto finale della cosiddetta “Commissione Segrè”, si auspicava l’armonizzazione dell’istituto ipotecario sul modello della *Grundschild* tedesca, la quale prevede una forma di garanzia svincolata dal credito su cui accede, risultando, pertanto, idonea a circolare con grande facilità³³¹.

Una seconda tappa nell’armonizzazione del settore ipotecario ha visto come protagonista l’Unione del Notariato Latino, la quale nel 1987 presentò dinanzi alla Commissione uno studio di diritto comparato riguardante le diverse figure di diritti reali immobiliari di garanzia vigenti a livello europeo. In particolare, la *cédule hypothécaire* svizzera, caratterizzata da “un’accessorietà attenuata”³³², ma non del tutto indipendente dal rapporto di credito come la *Grundschild* tedesca, viene indicata come il modello più adatto per la creazione di un Euroipoteca³³³ comune a tutti gli Stati membri³³⁴.

Tuttavia, almeno in un primo momento, questi progetti non ebbero alcun esito concreto, nonostante l’integrazione delle diverse discipline dei diritti reali immobiliari di garanzia non potesse esser considerata contraria all’articolo 295 del Trattato CE³³⁵, che attribuisce competenza esclusiva agli Stati membri in materia proprietaria³³⁶. Le ragioni del fallimento dell’europeizzazione in materia ipotecaria appaiono riconducibili, almeno in parte, alla carente conoscenza a livello nazionale degli istituti propri degli altri ordinamenti comunitari e al radicamento del principio di *lex rei sitae*, alla base dei sistemi di tradizione romanistica³³⁷.

Tuttavia, una volta abbandonata l’idea di un intervento sul diritto sostanziale degli Stati membri nel settore, la prospettiva si è spostata sulla promozione da parte delle Istituzioni Europee di un mercato unico dei capitali, che presenta un chiaro collegamento con la finalità di facilitazione dell’accesso al credito propria delle garanzie

³³⁰A. FUSARO, *Le garanzie immobiliari nella prassi notarile*, in *Notariato*, 2009, III, p. 325.

³³¹F. FIORENTINI, *op. cit.*, p. 486.

³³²F. FIORENTINI, *op. cit.*, p. 487, nota 7.

³³³Il termine Euroipoteca è stato coniato proprio nel rapporto dell’Unione del Notariato Latino del 1987.

³³⁴A. FUSARO, *op. cit.*, p. 325.

³³⁵Si veda cap. 2, par. 1.

³³⁶L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, *La struttura istituzionale del nuovo diritto comune europeo: competizione e circolazione dei modelli giuridici*, Università degli Studi di Trento, 1996, p. 74.

³³⁷R. ZIMMERMANN, *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi (il diritto privato europeo e le sue basi storiche)*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, VI, pp. 703 ss.

reali. Negli ultimi anni, infatti, il diritto comunitario si è mostrato sensibile al perseguimento di una politica di progressiva regolamentazione uniforme in materia di credito ipotecario.

Un primo passo in questa direzione risale al 1985, quando la Commissione Europea presentò la proposta di una Direttiva riguardante la libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi in ambito bancario³³⁸. Tale provvedimento non fu mai attuato, anche a causa della maturata consapevolezza del fatto che il mutuo riconoscimento delle tecniche finanziarie a livello europeo non risultava sufficiente ad attuare un mercato ipotecario integrato³³⁹.

Una nuova stagione nel senso di un'uniformazione normativa nel mercato del credito è stata inaugurata nel 2002, in particolare con la Direttiva 2002/47/CE sui “*financial collateral arrangements*”³⁴⁰. Nel 2003 è stato creato il *Forum group on mortgage credit*, istituito dalla Commissione Europea e composto da esperti operanti nei vari settori che sarebbero stati toccati da un eventuale intervento comunitario sul credito ipotecario, quali rappresentanti degli istituti di credito, delle compagnie di assicurazione e dei notai. L'esito del dibattito che ha caratterizzato il suddetto *Forum group* è rappresentato da un rapporto intitolato “*The integration of the EU mortgage credit markets*” in cui si dà atto del fatto che da un'integrazione della disciplina in oggetto sarebbe potuto derivare un incremento del PIL annuale dell'Unione Europea in misura pari alla percentuale compresa tra lo 0,12% e lo 0,24%. In particolare, l'uniformazione legislativa veniva auspicata in cinque aree del mercato del credito: la tutela dei consumatori, le questioni legali, le garanzie immobiliari, la distribuzione e i servizi finanziari³⁴¹. Parallelamente alla creazione di gruppi di lavoro da parte degli organismi comunitari, si segnalano anche iniziative provenienti dal settore privato, come quello che ha dato vita al *The Eurohy-*

³³⁸COM(84)730, pubblicata in G.U., C042, 14 febbraio 1985, n. 4.

³³⁹F. FIORENTINI, *Appunti sull'integrazione europea in materia di garanzie immobiliari*, in *I contratti di finanziamento e le garanzie reali nella prospettiva europea*, a cura di M. BUSSANI, F. FIORENTINI, Università degli Studi di Trieste, 2003, p. 149.

³⁴⁰Si veda cap. 1, par. 2.5.

³⁴¹A. FUSARO, *Il credito ipotecario in ambito europeo e l'Euroipoteka*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, p. 300.

pothec: a common mortgage for Europe, con lo scopo di valutare le concrete modalità applicative di un'Euroipoteca che venisse introdotta all'interno degli ordinamenti dei singoli Stati membri³⁴².

La materia delle garanzie immobiliari, ciononostante, è rimasta fuori da un provvedimento di armonizzazione in senso stretto, dal momento che le Istituzioni Europee hanno preferito adottare un regime ulteriore e non sostitutivo rispetto a singoli istituti previsti a livello nazionale³⁴³. In particolare, nel menzionato dibattito riguardante le caratteristiche che avrebbe dovuto assumere l'Euroipoteca, è stata auspicata in maniera pressoché unanime la sua possibile costituzione anche per obbligazioni diverse da quella originaria e su beni immobili situati in diversi Stati membri dell'Unione Europea³⁴⁴ e la sua cessione in via autonoma rispetto al credito garantito, assurgendo a modello la *Grundschild* tedesca³⁴⁵.

L'esigenza di distaccare il contratto di garanzia reale immobiliare dal rapporto creditizio su cui essa inerisce, con conseguente allentamento del principio di accessorialità, è dovuta alla necessità di agevolare operazioni di cartolarizzazione dei crediti ipotecari e consentire una circolazione più flessibile delle ipoteche nelle operazioni di finanziamento transnazionali³⁴⁶. Un intervento in questa direzione favorirebbe la creazione di un'unica garanzia ipotecaria, anche sostituibile nel tempo secondo lo schema delle garanzie rotative³⁴⁷, a favore di più creditori, senza bisogno di perfezionare nuovi contratti di garanzia nel caso in cui subentrino ulteriori finanziatori.

1.2. Il Libro Verde sul credito ipotecario.

Nel luglio 2005, la Commissione Europea ha pubblicato il cosiddetto “Libro Verde sul credito ipotecario” al fine di valutare l'opportunità di intervenire con disposizioni armonizzatrici in questa materia, seppur limitatamente al settore residenziale. Nonostante il progressivo ampliamento della dimensione dei mercati del credito con connotati sempre più transnazionali, la disciplina dei mutui ipotecari si presenta

³⁴²F. FIORENTINI, *op. ult. cit.*, p. 493.

³⁴³A. FUSARO, *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica*, Giappichelli, 2015, p. 567.

³⁴⁴S. NASARRE AZNAR, *Eurohypotheck & Eurotrust. Two instruments for a true European mortgage market after the EC White Paper 2007 on the Integration of EU mortgage markets*, in *Zerp Diskussionspapier*, 2008, II, pp. 16 ss.

³⁴⁵S. NASARRE AZNAR, *op. cit.*, p. 22.

³⁴⁶F. FIORENTINI, *op. cit.*, p. 494.

³⁴⁷Si veda cap. 2, par. 4.2.1.

ancora fortemente frammentata, con marcate differenze in merito alla durata dei mutui, ai tassi d'interesse, all'eventuale riconoscimento a livello governativo di incentivi fiscali, oltre alla crisi del settore immobiliare che ha colpito alcuni Paesi più di altri. Al di là del fatto che il ricorso a finanziamenti finalizzati all'acquisto di un'abitazione rappresenti generalmente l'uscita più gravosa per ogni famiglia, statistiche del 2004 hanno segnalato come all'interno del mercato comunitario vi siano mutui ipotecari residenziali ancora da rimborsare per un valore pari al 40% del PIL dell'Unione Europea³⁴⁸.

Un intervento di armonizzazione del settore, così come emerso dal rapporto del *Mortgage funding expert group* del 2006, parrebbe quanto mai necessario e apporterebbe numerosi vantaggi: dalla riduzione dei costi complessivi del mutuo alla maggior disponibilità di prodotti ausiliari, come assicurazioni che sopportino il rischio di inadempimento.

In realtà, il campo d'interesse del Libro Verde non si limita ad una valutazione dei sistemi di garanzia, facendosi riferimento anche a valutazioni relative alla protezione e all'informazione dei consumatori mutuatari, alla garanzia della facoltà di rimborso anticipato e determinazione delle indennità dovute, all'individuazione dei tassi d'interesse, alla eventuale soggezione dei contratti di credito ipotecario al Regolamento Roma I in materia di scelta della legge applicabile³⁴⁹.

Per quanto riguarda la materia ipotecaria, invece, si auspica il miglioramento dei registri immobiliari e l'introduzione di un'Euroipoteca non più caratterizzata dal rigido principio di accessorietà di tradizione romanistica, ma soggetta a forme di circolazione più agevoli e adatte alla rapidità dei rapporti economico-commerciali³⁵⁰.

³⁴⁸A. FUSARO, *op. cit.*, p. 18.

³⁴⁹R. VOLANTE, *Mortgage credit contracts and the Green Paper on mortgage credit- controls on transparency and fairness*, in *Ercl*, 2007, pp. 150 ss.

³⁵⁰A. FUSARO, *op. cit.*, p. 19.

1.3. Il Libro Bianco sull'integrazione dei mercati europei del credito ipotecario.

Con la pubblicazione del Libro Verde sul credito ipotecario non si sono esauriti i gruppi di esperti incaricati di analizzare la regolamentazione dei singoli Stati membri in materia ipotecaria. Già nel 2006, infatti, la Commissione Europea ha convocato, con il compito di analizzare le tecniche di rifinanziamento del credito ipotecario, il *Mortgage funding expert group*, il quale ha evidenziato, ancora una volta, i benefici che deriverebbero da un'integrazione normativa del mercato ipotecario³⁵¹.

Accogliendo le sue valutazioni, è stato emanato il cosiddetto "Libro Bianco"³⁵², in cui sono confluiti i risultati dei diversi studi sul funzionamento del mercato ipotecario europeo e le diverse proposte per migliorarne l'efficienza e la competitività, anche al fine di una maggiore cooperazione transnazionale. In questo provvedimento, la Commissione Europea rileva che tali obiettivi risultano perseguibili solo eliminando le radicali differenze di disciplina del settore previste al livello degli Stati membri. Si suggerisce, inoltre, di inserire obblighi precontrattuali di informazione che garantiscano la comparabilità delle offerte del mercato a tutela dei consumatori, comunicando la possibilità di risoluzione anticipata del contratto di mutuo³⁵³ e di favorire la mobilità dei clienti, con innegabili riflessi positivi per la realizzazione della libera concorrenza all'interno del mercato unico³⁵⁴.

Tuttavia, manca all'interno del Libro Bianco sull'integrazione dei mercati europei del credito ipotecario qualunque riferimento all'istituto dell'Euroipoteka, la cui configurazione era stata tanto auspicata nel Libro Verde.

Ad ogni modo, tutti i rapporti redatti dai gruppi di lavoro istituiti dalla Commissione Europea, così come il Libro Verde e il Libro Bianco sono accomunati dalla convinzione di fondo per cui la disciplina del credito ipotecario rappresenti un settore strategico di intervento ai fini della progressiva costituzione di un mercato finanziario

³⁵¹ *Report of the Mortgage funding expert group*, 22 dicembre 2006, www.ec.europa.eu

³⁵² *White paper on the integration of EU mortgage markets*, COM(2007)807final, 18 dicembre 2007, www.eur-lex.europa.eu

³⁵³ Parte 4 del *White Paper*.

³⁵⁴ A. FUSARO, *op. cit.*, p. 19.

comune³⁵⁵. In particolare, si possono ravvisare due possibili direzioni di intervento in materia: la prima mira ad incentivare l'accesso al credito da parte del cittadino europeo proprietario di beni immobili; la seconda, invece, si pone nella prospettiva degli istituti bancari ed è volta ad agevolare le tecniche con cui questi ultimi possano procedere all'escussione della garanzia nel caso di inadempimento del mutuatario³⁵⁶.

Lo spirito che anima le Istituzioni comunitarie è senza dubbio quello di garantire il più facile ricorso a finanziamenti volti all'acquisto dell'immobile di residenza mediante l'apposizione di un diritto reale di garanzia sulla stessa³⁵⁷, ma si sta facendo strada l'idea di configurare un possibile ricorso all'ipoteca anche al fine di garantire debiti successivi e diversi, come quelli legati all'acquisto di beni di consumo³⁵⁸. Un generale ampliamento dell'accesso al credito, infatti, comporterebbe un potenziamento delle cartolarizzazioni, con un conseguente facile reperimento di liquidità da parte delle banche. Questa tecnica consiste in un'operazione finanziaria messa in atto dagli istituti di credito che comporta la vendita dei propri crediti derivanti dai contratti di mutuo ad una società veicolo³⁵⁹ la quale verserà alla Banca il corrispettivo ottenuto con l'emissione dei titoli obbligazionari riferiti ai suddetti mutui, consentendole di reperire la liquidità necessaria a pagare il corrispettivo della cessione dei crediti³⁶⁰. La crisi del 2008, tuttavia, ha dimostrato l'enorme fattore di rischio di questo trasferimento dovuto all'ineliminabile dipendenza dalle oscillazioni dei prezzi sul mercato immobiliare³⁶¹. Per questa ragione appare di fondamentale im-

³⁵⁵HYPOSTAT 2005, *A review of Europe's mortgage and housing markets*, *European Mortgage Federation*, novembre 2006, p. 140.

³⁵⁶Y. ALTUNBAS, L. GAMBACORTA, D. MARQUÉS IBANES, *Securisation and the bank lending channel*, in *Temi di discussione*, Banca d'Italia, novembre 2007, pp. 20 ss.

³⁵⁷S. RIGAMONTI, *Il ricorso alle garanzie nella concessione del credito: un'indagine su dati aggregati*, in *Le garanzie nel credito alle imprese. Funzione economica, disciplina giuridica ed evidenze empiriche*, a cura di L. CAPRIO, G. PRESTI, Giappichelli, 2001, pp. 63 ss.

³⁵⁸F. FIORENTINI, *op. cit.*, p. 502.

³⁵⁹Si tratta della cosiddetta "special purpose vehicle".

³⁶⁰A. FRIGNANI, *La securitisation come strumento di smobilizzo dei crediti di massa (profili di diritto comparato europeo)*, in *Foro it.*, 1995, V, pp. 294 ss.

³⁶¹C. GIANNOTTI, *La cartolarizzazione dei crediti: rischi e regolamentazione*, Franco Angeli, 2004, pp. 15 ss.; M. VITUCCI, *La securitisation: aspetti normativi*, in *Quaderni di studi europei*, 2003, pp. 169 ss.

portanza l'adozione di misure che comportino modalità di misurazione degli immobili omogenee tra i Paesi membri dell'Unione Europea, ai fini di una maggiore trasparenza delle operazioni di cartolarizzazione a livello transnazionale³⁶².

2. Il *mortgage* immobiliare nell'esperienza giuridica inglese.

Il *mortgage* rappresenta la principale forma di garanzia inglese, equiparabile dal punto di vista funzionale all'ipoteca di diritto continentale, nonostante possa avere ad oggetto anche beni mobili. Tale istituto si inquadra nell'ambito dei diritti di garanzia, in particolare, nel concetto di *proprietary security*³⁶³ e affonda le sue radici agli albori del diritto inglese, tanto che la sua prima definizione risale addirittura alla conquista normanna del 1066 d.C., per poi evolversi nel tempo fino alla cosiddetta "età moderna del *mortgage*", iniziata con il *Law of Property Act* del 1925 e proseguita con il *Land Registration Act* del 2002. Le sue caratteristiche, come spesso accade nell'ordinamento d'oltre Manica, sono state progressivamente definite ad opera di un intreccio tra il formante giurisprudenziale di *common law* e quello di *equity*. Quest'ultima, in particolare, ha avuto il merito di modernizzare la struttura e il campo operativo dell'istituto, stemperando le rigide regole applicative di *common law*. Le fonti in materia, tuttavia, non si limitano alla legislazione e alla giurisprudenza: un importante ruolo è stato svolto dai *conveyancers*, categoria di professionisti con il compito di redigere i contratti di *mortgage*, che hanno avuto particolare attenzione alle esigenze delle parti del rapporto di garanzia³⁶⁴.

Questi ultimi, che prendono il nome dall'atto scritto di trasferimento del diritto reale immobiliare (*conveyance*), almeno in passato, hanno manipolato la regolamentazione dei *mortgage* derivante dall'intreccio di *common law* ed *equity* al fine di garantire una gestione quanto più possibile favorevole ai propri clienti³⁶⁵. Essenzialmente, la loro opera creativa dal punto di vista della disciplina in oggetto si ricollega

³⁶²F. FIORENTINI, *op. cit.*, p. 503.

³⁶³F. DE FRANCHIS, *op. cit.*, p. 1025.

³⁶⁴F. FIORENTINI, *op. cit.*, pp. 167 ss.

³⁶⁵M. D. PANFORTI, *La vendita immobiliare nel sistema inglese*, Giuffrè, 1992, pp. 55 ss.

alla redazione di particolari clausole inserite nel contratto di *mortgage* che prevedevano il mantenimento del possesso del bene in capo al creditore³⁶⁶ e del cosiddetto “*power of appointment*”, che consentiva al creditore di evitare il necessario ricorso a procedure giudiziali per l’escussione della garanzia. L’evoluzione del diritto dei *mortgages* comportò poi una graduale generalizzazione di questi effetti, indipendentemente dalla loro espressa previsione in una clausola contrattuale³⁶⁷.

Da un punto di vista sistematico, nell’ordinamento inglese la disciplina del *mortgage* è sempre stata considerata parte della *law of property*, intesa non come il diritto di proprietà tipico dei sistemi di *civil law*, ma piuttosto come quella branca del diritto che attiene ai rapporti tra i soggetti e le utilità prodotte dai beni³⁶⁸: oggetto delle situazioni di appartenenza, infatti, non sono tanto i beni, quanto le utilità da essi traibili³⁶⁹.

La confusione e la frammentarietà della disciplina odierna del *mortgage* risente necessariamente della storia dell’istituto, caratterizzato da una regolamentazione stratificata ed “a più voci”, mancando un *corpus* normativo unitario e non potendosi considerare gli interventi legislativi in materia come un fattore decisivo nel *law making process*³⁷⁰. Infatti, il sistema delle garanzie inglese appare perlopiù dettato dal recepimento di istituti di diritto medioevale³⁷¹, dei quali il legislatore e la giurisprudenza hanno progressivamente tentato di dare una lettura in chiave attuale, più che da scelte consapevoli finalizzate ad un’efficiente tutela del credito³⁷².

³⁶⁶F. FIORENTINI, *op. cit.*, p. 193 mette in rilievo come, in realtà, una forma di garanzia con natura non possessoria era prevista addirittura già a partire dal XII secolo, con la figura del *jewish mortgage*. Il fatto che gli ebrei potessero prestare denaro contro interessi, infatti, non comportava la necessità che loro entrassero nel possesso del bene per percepirne i frutti a titolo di corrispettivo del finanziamento.

³⁶⁷F. FIORENTINI, *op. cit.*, pp. 226 ss.

³⁶⁸A. GAMBARO, *Property*, in *Property-Propriété-Eigentum*, a cura di A. CANDIAN, A. GAMBARO, B. POZZO, CEDAM, 1992, pp. 3 ss.

³⁶⁹M. LUPOI, *Appunti sulla real property e sul trust nel diritto inglese*, Giuffrè, 1971, pp. 31 ss.

³⁷⁰A. BRAUN, *Giudici e accademia nell’esperienza giuridica inglese. Storia di un dialogo*, Il Mulino, 2006, pp. 20 ss.

³⁷¹F. FIORENTINI, *op. cit.*, p. 178. La prima rappresentazione organica dell’istituto del *mortgage* risale addirittura al *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae* di Glanville del 1187 d.C. Da questa opera giuridica medioevale risulta come, in seguito alla conquista normanna del 1066 d.C., l’utilizzo di immobili a scopo di garanzia fosse raggiunto mediante la costituzione dei cosiddetti *uadium (gage)*. Si trattava di un trasferimento al creditore della *seisin* (consistente nella posizione di rapporto diretto con le utilità traibili dal bene in capo al vassallo attribuito dell’investitura) sull’immobile per un termine prestabilito.

³⁷²F. FIORENTINI, *op. cit.*, p. 234.

2.1. La disciplina legislativa del *mortgage*.

Nonostante le riforme adottate nel periodo del cosiddetto “*statute law*”³⁷³ non risultino particolarmente innovative e si limitino perlopiù a codificare il *background* interpretativo delle corti nella lunga fase formativa del *mortgage*³⁷⁴, una prima modernizzazione del settore è avvenuta ad opera del *Law of Property Act* del 1925. Questo provvedimento, infatti, segna l’inizio dell’età moderna della *law of mortgage* e costituisce il fondamento delle regole ancora oggi vigenti in materia³⁷⁵. Il *Land Registration Act*, entrato in vigore nello stesso anno, ha invece avuto il merito di sviluppare le prime tecniche di pubblicità immobiliare in Inghilterra³⁷⁶, introducendo la regola dell’obbligatorietà della pubblicità, ma limitatamente alle zone di “*registered land*” con un’evidente confusione e frammentazione della disciplina a livello territoriale. Il regime pubblicitario previsto dal *Land Registration Act* del 1925, inoltre, aveva effetto meramente dichiarativo e non costitutivo, con il solo fine di garantire l’opponibilità ai terzi della garanzia e della prelazione³⁷⁷.

Negli anni successivi all’entrata in vigore dei suddetti provvedimenti, il legislatore inglese ha progressivamente cercato di porre rimedio alla confusione normativa essenzialmente dovuta alla suddivisione tra *registered* e *unregistered land*. Dal 1° dicembre 1990, infatti, l’intero territorio dell’Inghilterra e del Galles è stato assoggettato al regime di registrazione obbligatoria dei diritti immobiliari; tuttavia, la piena attuazione di tale normativa avverrà in maniera graduale al compiersi di ciascun atto di vendita di un *unregistered land*. Infine, dal 1998, la previsione della registrazione obbligatoria è stata estesa anche ai trasferimenti *mortis causa* ed alle donazioni³⁷⁸.

Il provvedimento più recente in materia è il *Land Registration Act* del 2002, in vigore dal 13 ottobre 2003, redatto allo scopo di predisporre un sistema di conclusione

³⁷³Periodo dell’ordinamento inglese risalente agli inizi del XIX secolo caratterizzato da un’ ondata di riforme attuate ad opera del formante legislativo più che di quello giurisprudenziale. Il *Law of Property Act* del 1925 è riconducibile a questa fase.

³⁷⁴U. MATTEI, *Common law. Il diritto anglo-americano*, UTET, 1992, pp. 258 ss.

³⁷⁵E. BURN, J. CARTWRIGHT, *Modern law of real property*, OUP Oxford, 2011, p. 8.

³⁷⁶N. PICARDI, *Pubblicità immobiliare*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXV, 1991, p. 5.

³⁷⁷F. FIORENTINI, *op. cit.*, p. 240.

³⁷⁸*Land Registration Act* 1997, *Section 1*.

dei *mortgages* e delle conseguenti costituzioni di garanzia, integralmente computerizzato, con effetti di pubblicità costitutiva³⁷⁹.

Tale intervento di semplificazione nel panorama del *mortgage* è stato fortemente sollecitato in un *Working paper* del 1986, in cui la *Law Commission* criticò duramente la molteplicità delle figure di garanzie immobiliari presenti nell'ordinamento britannico e sottolineò l'incoerenza della distinzione tra *mortgage* e *legal mortgage by charge*, dal momento che gli effetti pratici delle due operazioni risultavano di fatto i medesimi³⁸⁰.

Nella medesima sede, la *Law Commission* evidenziò l'importanza di un regime di registrazione che consentisse di eliminare l'incertezza sulla validità dei titoli di prelazione e i costi transattivi che ne derivavano, quali i compensi per professionisti che ricostituissero la validità del titolo o il ricorso a polizze assicurative sul titolo³⁸¹.

2.2. La creazione del *mortgage* immobiliare.

La regolamentazione della costituzione del *mortgage* è contenuta ancora oggi nel *Law Property Act* del 1925, che prevede che la garanzia sorga mediante la costituzione da parte del debitore di un *term of years* a favore del creditore, cioè di un diritto reale sul bene condizionato dal punto di vista temporale³⁸². In tale fattispecie, la proprietà del bene concesso in garanzia (il *fee simple*) persiste in capo al debitore, che mantiene il *legal estate*, inteso come il potere, previsto dalle norme di *common law*, di disporre di un bene in maniera transitoria o permanente³⁸³. In virtù di questa previsione, che rappresenta la più significativa innovazione introdotta ad opera del *Law Property Act* tanto da inaugurare la cosiddetta età moderna del *mortgage*, non si ha più il trasferimento del *legal estate* al creditore con la conseguente configurazione di una forma ibrida di proprietà-garanzia che caratterizzava il sistema britannico prima del 1925, ma piuttosto la permanenza del diritto sul bene in capo al debitore concedente, con un avvicinamento del *mortgage* alla figura dell'ipoteca

³⁷⁹S. MARKS, *The Land Registration Act*, in *New Law Journal*, 5 April 2002, 152(492), p. 1.

³⁸⁰*Law Commission, Working Paper n. 99, "Land Mortgages"*.

³⁸¹F. FIORENTINI, *op. cit.*, p. 255.

³⁸²F. FIORENTINI, *op. cit.*, p. 184.

³⁸³F. DE FRANCHIS, *op. cit.*, p.

continentale³⁸⁴. Prima della riforma, invece, si assisteva ad un contrasto tra forma e sostanza del rapporto di garanzia: formalmente si attribuiva un diritto reale sul bene al creditore in virtù delle regole di *common law*, ma sostanzialmente il debitore disponeva dell'*equitable right of redemption* che gli consentiva di riscattare il bene stesso in qualità di effettivo proprietario.

2.2.1. Il *legal mortgage*.

Una prima distinzione interna alla regolamentazione del *mortgage* attiene all'antica differenziazione tra *legal* ed *equitable mortgage*: con il primo si fa riferimento all'istituto previsto e consolidato nella secolare tradizione di *common law*; il secondo, invece, è il risultato dell'evoluzione di una forma di *mortgage* che comportava l'intervento del Cancelliere ogni volta in cui il creditore soddisfatto si rifiutasse di ritrasferire il bene oggetto di garanzia al proprio debitore³⁸⁵.

La categoria del *legal mortgage* può essere ulteriormente suddivisa in due fattispecie a seconda che venga costituito su un *freehold*, inteso come il diritto di possedere ed utilizzare un bene immobiliare senza limiti di tempo³⁸⁶, oppure su un *leasehold*, con durata determinata.

Nel caso di *legal mortgage* su un *freehold*, la costituzione della garanzia avviene mediante la previsione di un *term of years absolute*, generalmente di 3000 anni, risolutivamente condizionato all'inadempimento del debitore e paragonabile alla creazione di un diritto reale di garanzia sul bene immobile propria dei sistemi di *civil law*³⁸⁷.

Alla base della costituzione del *mortgage* vi è solitamente un accordo scritto delle parti da cui si evince sia il contratto di finanziamento al debitore sia uno specifico atto formale di costituzione del *mortgage* (*deed*). In questo ultimo documento, si stabilisce un termine contrattuale entro il quale il debitore può saldare l'obbligazione garantita e riscattare il bene vincolato (*contractual right to redeem*). Tuttavia,

³⁸⁴F. FIORENTINI, *Il mortgage immobiliare nel diritto inglese*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, a cura della Fondazione italiana del Notariato, maggio 2016, p. 83.

³⁸⁵W. S. HOLDWORTH, *An historical introduction to the land law*, Oxford, 1927, pp. 50 ss.

³⁸⁶www.dictionary.cambridge.org/it/dizionario/inglese/freehold.

³⁸⁷Prima del *Land Property Act* del 1925, invece, si attuava un vero e proprio trasferimento della piena titolarità del diritto immobiliare a scopo di garanzia.

la prassi commerciale consolidata in materia ha fissato un termine di riscatto di soli sei mesi dalla costituzione del *mortgage* a fronte della costituzione di un diritto sul bene gravato per 3000 anni. Per questa ragione, dato che nella maggioranza dei casi l'adempimento dell'obbligazione garantita avverrà scaduto il termine legale di sei mesi, entrerà in gioco il cosiddetto “*equitable right to redeem*”, diritto configurato già a partire dal XVII secolo per attenuare la rigidità della *common law*, consentendo al debitore di riscattare il bene oggetto di garanzia, nonostante la violazione formale dell'accordo³⁸⁸.

Per quanto riguarda il *legal mortgage* su un *leasehold*, in seguito all'entrata in vigore del *Land Property Act* del 1925, la costituzione avviene non più tramite il trasferimento del diritto dal debitore al creditore garantito, ma mediante un *sublease* che conferisce un diritto reale temporaneo su cui graverà un *term of years* esattamente come avviene nel *mortgage* su *freehold*³⁸⁹. In tal caso, tuttavia, la temporaneità propria del *leasehold* comporta che il *term of years* abbia durata inferiore almeno di un giorno rispetto al termine del *leasehold* stesso³⁹⁰.

Il *Land Property Act* del 1925 introduce una nuova figura di *mortgage*: il *charge expressed to be by way of legal mortgage* o “*legal mortgage by charge*”. Anche questa fattispecie potrà avere ad oggetto sia un *leasehold* sia un *freehold*. In entrambi i casi, la garanzia si costituisce mediante atto scritto (*deed*) che preveda espressamente che “il *charge* è costituito per valere come *legal mortgage*”. In questa prospettiva, la forma di garanzia del *charge*³⁹¹ viene piegata a produrre i medesimi effetti del *legal mortgage*: il titolare del *charge* avrà gli stessi poteri e rimedi del titolare di un *term of years* di 3000 anni. Tuttavia, proprio come accade nel caso di *legal mortgage* costituito su un *leasehold*, anche qui il *charge* che abbia ad oggetto un diritto temporaneo sul bene immobile comporterà il sorgere dei poteri in capo al titolare della garanzia per una durata inferiore di almeno un giorno rispetto alla durata del *leasehold*³⁹². Agli occhi della prassi imprenditoriale, questa figura presenta vantaggi rispetto al tradizionale *legal mortgage* dal momento che il suo atto costitutivo ha una struttura più snella, consentendo di apporre la garanzia su un

³⁸⁸R. W. TURNER, *The equity of redemption*, Cambridge University Press, 2013, p. 24.

³⁸⁹E. COUSINS, *Law of Mortgages*, Sweet & Maxwell, 2001, p. 20.

³⁹⁰*Land Property Act* 1925, section 86.

³⁹¹Si veda cap. 2., par. 2.1.

³⁹²R. MEGARRY, W. WADE, *The Law of real property*, Sweet & Maxwell, 2000, pp. 123 ss.

leasehold e su un *freehold* in un unico documento. Si richiede³⁹³, infatti, che il *deed* indichi tutte le *properties* immobiliari vincolate “*by the way of legal mortgage*”.

In seguito all’entrata in vigore del *Land Registration Act* del 2002, il *legal mortgage by charge* appare destinato a sostituire progressivamente il *legal mortgage*, avvicinando il sistema delle garanzie immobiliari inglese a quello continentale³⁹⁴. Il *charge*, infatti, si costituisce mediante la registrazione del vincolo reale a garanzia di un’obbligazione creditoria. Così come avviene nei sistemi di *civil law*, anche in Inghilterra oggi l’ordine dei *registered charges* è dato da quello della loro registrazione e non da quello della loro costituzione³⁹⁵. Prima del *Land Registration Act* del 2002, invece, l’iscrizione determinava l’opponibilità *erga omnes* della garanzia immobiliare, ma non la sua validità: prima dell’adempimento pubblicitario il *mortgage* aveva effetto solo *in equity*. Per questa ragione, a meno che la garanzia non fosse correlata da una particolare annotazione chiamata “*caution*”, si veniva a costituire un *equitable charge* senza registrazione i cui effetti rischiavano di essere pregiudicati dalle registrazioni successive alla sua costituzione³⁹⁶. Oggi vi è, pertanto, necessaria coincidenza tra la data di registrazione della garanzia e quella della sua costituzione garantendo, almeno nell’intento del legislatore inglese, una maggiore certezza delle situazioni giuridiche³⁹⁷.

2.2.2. L’*equitable mortgage*.

L’*equitable mortgage* nasce nel diritto inglese a seguito di interventi giurisprudenziali delle *Chancery Courts* volti a temperare la rigidità della *common law* in materia, così come è avvenuto in altri settori.

All’interno di questa figura, occorre distinguere l’*equitable mortgage* avente ad oggetto un *legal estate*, in cui il diritto reale sul bene da parte del creditore è sancito

³⁹³ *Land Property Act* 1925, section 85.

³⁹⁴ Rilevante a questo proposito risulta il *Consultation Paper* 227 della *Law Commission* del 2002, in cui viene efficacemente evidenziata l’importanza della registrazione del *mortgage* al fine di garantire una maggiore certezza del diritto e delle operazioni negoziali. www.lawcom.gov.uk

³⁹⁵ C. HARPUM, J. BIGNELL, *Registered Land. Law and practice under the Land Registration Act 2002*, Jordans, 2004, p. 171.

³⁹⁶ N. PICARDI, *Pubblicità immobiliare, sistemi di diritto comparato e straniero*, in *Encl. Giur. Trecani*, XXV, 1991, pp. 2 ss.

³⁹⁷ M. DIXON, *The reform of property law and the Land Registration Act 2002: a risk assessment*, in *Conv. Prop. Lawyer*, 2003, pp. 136 ss.

dalle norme di *common law*, da quello avente ad oggetto un *equitable estate*, in cui tale diritto è stabilito in via equitativa³⁹⁸.

Si ha un *equitable mortgage* su un *legal estate* ogni volta in cui sia stato stipulato un valido contratto di garanzia immobiliare, ma le parti non abbiano osservato tutte le formalità necessarie per la conclusione di un *legal mortgage*³⁹⁹ oppure quando le parti dimostrino l'intenzione di creare un *mortgage*, ma deliberatamente o accidentalmente non adempiano alle suddette formalità⁴⁰⁰.

L'*equitable mortgage* su un *equitable estate*, invece, può essere creato accidentalmente, qualora il debitore supponga di costituire un *legal mortgage* su un *legal estate*, ma in realtà non sia titolare di alcun *legal estate*, oppure, volontariamente, nel caso in cui l'*equitable estate* sia ceduto al creditore garantito con patto di riscatto in seguito all'adempimento del debitore⁴⁰¹.

2.2.3. Il contenuto dell'atto costitutivo di *mortgage*.

Fino all'entrata in vigore del *Land Registration Act* del 2002, la costituzione del *legal mortgage* avveniva mediante un *deed*, atto formale redatto dai *conveyancers*, contenente l'indicazione dell'avvenuto stanziamento del finanziamento da parte del creditore-*mortgagee*⁴⁰². In seguito all'entrata in vigore del *Land Registration Act*, invece, essa avviene ad opera della medesima categoria professionale, che è riuscita nell'intento di mantenere il proprio monopolio in materia, ma attraverso la compilazione di formulari elettronici inseriti nel Registro immobiliare elettronico⁴⁰³.

Per espressa previsione della *section 91* dello stesso *Land Registration Act*, tale documento elettronico ha il medesimo effetto del *deed*.

L'atto costitutivo del *mortgage*, attuato nelle modalità ora menzionate, contiene anzitutto il cosiddetto "*covenant for repayment*", che consiste in una dichiarazione

³⁹⁸R. MEGARRY, W. WADE, *op. cit.*, p. 1214. Il formante giurisprudenziale delle Corti di *equity* ha consentito all'elaborazione del principio generale secondo il quale al creditore di un *equitable mortgage* debbano essere riconosciuti i medesimi diritti che può vantare un *legal mortgagee*.

³⁹⁹Si fa riferimento alla necessaria conclusione per atto scritto o mediante inizio dell'esecuzione e all'effettivo perfezionamento del contratto di finanziamento tra le medesime parti.

⁴⁰⁰W. FISCHER, J. LIGHTWOOD, *op. cit.*, p. 15.

⁴⁰¹F. FIORENTINI, *op. cit.*, p. 248.

⁴⁰²F. H. LAWSON, B. RUDDEN, *The Law of Property*, Oxford Press, 2002, pp. 54 ss.

⁴⁰³www.gov.uk/government/organisations/land-registry.

con cui il debitore si impegna a ripagare capitale ed interessi dovuti. Questo elemento, tuttavia, non è mai stato considerato un elemento strettamente necessario dal momento che è lo stesso contratto di *mortgage* ad implicare una promessa di restituzione della somma di denaro con gli interessi pattuiti⁴⁰⁴. In assenza di questa espressa indicazione, il debito sarà una mera obbligazione contrattuale. Infine, così come avviene nel nostro ordinamento, anche in quello inglese, qualora non sia previsto un termine per l'adempimento, la restituzione della somma potrà avvenire in ogni tempo.

Non rappresenta un elemento essenziale dell'atto costitutivo nemmeno la clausola di estinzione del rapporto e, quindi, della garanzia per adempimento del debitore: in tal caso, si ritiene che essa avvenga in maniera automatica⁴⁰⁵. Di norma viene, invece, espressamente inserita la clausola di "*redemption*", che sancisce il diritto del debitore di riscattare il bene gravato al momento dell'adempimento dell'obbligazione. Questo diritto è stato previsto in via equitativa nel caso in cui il debito non sia stato saldato allo scadere del breve termine legale di sei mesi come vorrebbero le regole di *common law*⁴⁰⁶.

Il *deed*, oggi *registration*, può inoltre contenere la statuizione di particolari obblighi in capo al debitore-*mortgagor*, come quelle di assicurare il bene oggetto di garanzia. Le parti possono predisporre anche una clausola di *variation*, in virtù della quale potranno modificare nel corso del rapporto le condizioni stabilite nel contratto originario, senza la necessità di doverne stipularne uno nuovo⁴⁰⁷. Tale variazione potrà avere ad oggetto un mutamento delle modalità previste per la restituzione del denaro o del tasso d'interesse, mentre le modifiche degli assetti proprietari del rapporto, come la sostituzione dell'immobile gravato con un altro, dovranno risultare da un nuovo contratto di *mortgage* appositamente registrato⁴⁰⁸.

⁴⁰⁴W. FISCHER, J. LIGHTWOOD, *op. cit.*, pp. 65 ss.

⁴⁰⁵F. FIORENTINI, *op. ult. cit.*, p. 87.

⁴⁰⁶R. MEGARRY, W. WADE, *op. cit.*, pp. 1173 ss.

⁴⁰⁷J. HOUGHTON, L. LIVESEY, *Mortgage conditions: old law for a new century?*, in *Modern Studies in Property Law*, Cooke, I, 2001, pp. 163 ss.

⁴⁰⁸W. FISCHER, J. LIGHTWOOD, *op. cit.*, p. 99.

Le obbligazioni garantite dal *mortgage* possono essere pecuniarie o consistere in promesse di prestazioni di altra natura, purché suscettibili di valutazione economica⁴⁰⁹ e possono consistere anche in obbligazioni future, come tipicamente avviene nel settore bancario. I *mortgage* in cui una delle parti sia rappresentata da un istituto di credito, cioè i più frequenti, sono di prassi costituiti nella forma della “*all money security*” o “*running security*”, che comporta l’estensione della garanzia a tutte le obbligazioni intercorrenti tra debitore e creditore, entro il limite ribadito dalla giurisprudenza⁴¹⁰ dell’osservanza delle regole di pubblicità immobiliare, secondo lo schema delle garanzie *omnibus*.

La giurisprudenza⁴¹¹, infine, ha disposto che la prova dell’estensione del *mortgage* anche alle obbligazioni future incomba sul creditore e, qualora costui non sia in grado di fornire prove sufficienti in tal senso, il debitore verrà gravato soltanto del debito garantito di cui riconosca l’esistenza.

Per quanto riguarda l’approccio interpretativo dell’atto costitutivo di *mortgage*, le Corti d’oltre Manica qualificano una determinata operazione negoziale come creazione di garanzia immobiliare (*mortgage*) e non come trasferimento assoluto della titolarità del bene (*conveyance*), tutte le volte in cui la situazione sostanziale tra le parti lo renda necessario, indipendentemente dal *nomen iuris* prescelto⁴¹².

2.3. I poteri del creditore-*mortgagee*.

I diritti del creditore si estrinsecano essenzialmente nella *foreclosure*, nel *power to sell out the court*, nel *power to take possession*, nel *power to appoint a receiver* e nella *consolidation*.

2.3.1. La *foreclosure*.

La *foreclosure* rappresenta una prerogativa del *mortgagee* il cui riconoscimento è stato sancito in tempi risalenti e consistente in una procedura giurisdizionale mediante la quale la corte dichiarava estinto il diritto del debitore di riscattare il bene

⁴⁰⁹E. COUSINS, *op. cit.*, p. 1.

⁴¹⁰*Barclays Bank plc vs. Boulter and another*, in (1999), 4All ER 513 (HL).

⁴¹¹*Yorkshire Bank plc vs. Tinsley*, in (2004), 1 WLR 2380, CA (civil div.); *Lloyds Bank plc vs. Darley and another*, in (1998) CA (civil div.).

⁴¹²*Levin vs. Johnson*, in (2002) EWCA Civ., 1138, point 81.

oggetto di garanzia in seguito alla scadenza del termine contrattuale per l'adempimento⁴¹³.

Il giudice, quindi, con la *foreclosure* dichiarava il creditore vero e proprio *owner* del diritto immobiliare, non solo *at law*, ma anche *in equity*. Il debitore, tuttavia, non era privo di tutela poiché poteva ottenere il riconoscimento in suo favore dell'*equity of redemption*, con cui gli si attribuiva un diritto di riscatto del bene anche in seguito alla scadenza fissata per l'adempimento⁴¹⁴.

A seguito del *Land Property Act* del 1925, la *foreclosure* ha subito radicali modifiche dovute al fatto che tale provvedimento legislativo non prevede più come effetto del *mortgage* un vero e proprio trasferimento del diritto di proprietà in capo al creditore, ma soltanto la costituzione in suo capo di un diritto reale immobiliare di garanzia. Per questa ragione, la *foreclosure* non può più limitarsi a negare il potere di riscatto del bene da parte del debitore, ma deve necessariamente concludersi con un atto del giudice che ordini il trasferimento del bene al *mortgagee*⁴¹⁵.

La corte potrà poi "riaprire" la *foreclosure* qualora il debitore non sia riuscito ad adempiere nei termini a causa di eventi imprevedibili o accidentali a lui non imputabili: proprio questa possibilità mette in luce la disfunzionalità della *foreclosure*, dovuta alla mancanza di definitività dell'atto di attribuzione del bene al creditore⁴¹⁶.

2.3.2. Il power to sell out to court.

Il secondo potere di cui dispone il *mortgagee* è rappresentato dal *power to sell out to court*⁴¹⁷, che affonda le sue radici nell'attività creativa operata dai *conveyancers* e consiste nella possibilità di vendere stragiudizialmente il bene oggetto di garanzia, salva previsione contraria nell'atto costitutivo del *mortgage*⁴¹⁸. Questa tecnica di escussione della garanzia in caso di inadempimento del debitore viene nella prassi preferita alla *foreclosure*. Il rischio connesso ad una simile pratica consiste nella possibile sopraffazione ai danni del *mortgagor* dovuta al fatto che lo svolgimento dell'operazione di vendita del bene possa essere attuato senza alcun controllo da

⁴¹³W. FISCHER, J. LIGHTWOOD, *op. cit.*, p. 609.

⁴¹⁴F. FIORENTINI, *op. cit.*, p. 90.

⁴¹⁵E. COUSINS, *op. cit.*, p. 325.

⁴¹⁶*Campbell vs. Holyland*, in (1877), 7 Ch.D. 166, 171.

⁴¹⁷*Land Property Act* 1925, *section* 91.

⁴¹⁸*Land Property Act* 1925, *section* 101.

parte della pubblica autorità in merito. Per scongiurare questa eventualità, la giurisprudenza inglese⁴¹⁹ ha sempre ritenuto che il *mortgagee* sia soggetto ad un generico e flessibile *duty of care* derivante dalle norme di *equity*. Qualora il creditore si comporti secondo buona fede, non sarà responsabile della perdita di valore del bene oggetto di garanzia che si può verificare nel corso delle trattative di vendita dello stesso: se egli ne trarrà un corrispettivo insufficiente a coprire il debito, il *mortgagor* continuerà a rispondere per la differenza⁴²⁰.

Anche la giurisprudenza inglese⁴²¹ vieta che l'acquirente del bene possa essere la stessa parte creditrice, né direttamente né indirettamente, a causa del rischio di approfittamento ai danni del contraente "debole", in maniera non dissimile a quanto previsto nel nostro ordinamento laddove si prevede la nullità della vendita con patto di riscatto con funzione di garanzia per violazione del divieto di patto commissorio⁴²².

2.3.3. Il *power to take possession*.

Il terzo rilevante potere di cui dispone il *mortgagee* si estrinseca nel *power to take possession*, che consiste nel potere del creditore di entrare in possesso in qualunque momento del bene oggetto di garanzia, anche prima della scadenza del termine fissato per l'adempimento⁴²³. Questa prerogativa sorge in capo al *mortgagee* al momento della costituzione del *mortgage*, tuttavia nella prassi commerciale viene inserita nell'atto costitutivo dello stesso una clausola che consenta al debitore di mantenere il possesso del bene in pendenza del rapporto obbligatorio⁴²⁴. Qualora il creditore decida di esercitare il *power to take possession*, le regole di *equity* dispongono, anche in questo caso, che egli si debba comportare secondo buona fede e non possa percepire più di quanto dovuto. Si prevede, infatti, che costui sia tenuto a dare un resoconto periodico in merito alla gestione del bene e a restituire al *mortgagor* le somme ricevute da un'eventuale locazione del bene che eccedano il valore del

⁴¹⁹*Yorkshire Bank plc vs. Hall*, in (1999), 1 WLR, 1713, 1728; *AIB Finance Ltd vs. Debtors*, in (1998), 2 All ER 929; *Palk vs. Mortgage Services Funding Plc*, in (1993), Ch. 330, 338.

⁴²⁰R. MEGARRY, W. WADE, *op. cit.*, p. 1195.

⁴²¹*Farrar vs. Farrars Ltd*, in (1888), 40 Ch. D. 395, 409; *Hodson vs. Deans*, in (1903) 2 Ch. 647.

⁴²²Si veda cap. 1, par. 3.

⁴²³F. FIORENTINI, *op. cit.*, p. 94.

⁴²⁴R. MEGARRY, W. WADE, *op. cit.*, p. 1200.

debito⁴²⁵. L'esercizio di questo potere, quindi, comporta anche l'effetto positivo della destinazione del bene a scopi produttivi in pendenza di rapporto, senza richiedere particolari sforzi al debitore nel tentativo di reperire il denaro dovuto entro la scadenza del *mortgage*⁴²⁶.

Si prevedono, tuttavia, due eccezioni al *power to take possession*: la prima si verifica nei casi di applicazione del *Consumer Credit Act* del 1974, cioè quando il *mortgagor* abbia la qualifica di consumatore; la seconda, invece, viene in rilievo nel caso in cui l'oggetto della garanzia immobiliare sia l'abitazione del debitore e quest'ultimo appaia in grado di pagare la somma pattuita entro un "periodo ragionevole"⁴²⁷.

2.3.4. Il *power to appoint a receiver*.

Il *power to appoint a receiver*, che non è altro che una variante del *power to take possession*, consiste nella possibilità in capo al *mortgagee* di nominare un amministratore con il compito di gestire il bene immobile oggetto di garanzia⁴²⁸. Questa facoltà non rappresenta un elemento innovativo del *Land Property Act* del 1925, il quale si è limitato a recepire una prassi negoziale già adottata dai *conveyancers*⁴²⁹. Nello svolgimento dei suoi compiti, che devono essere esplicitati nell'atto costitutivo del *mortgage*, per espressa indicazione della giurisprudenza⁴³⁰, il *receiver* è soggetto non solo al generico dovere di buona fede, ma anche ad uno specifico obbligo di *due diligence* nella gestione del bene.

2.3.5. La *consolidation*.

Quello di *consolidation* rappresenta l'ultimo rilevante diritto esercitabile dal *mortgagee* nel corso del rapporto e consiste nella facoltà del titolare di due o più *mortgages* di rifiutare il riscatto di uno o più beni oggetto di garanzia, qualora gli altri non vengano liberati dal vincolo⁴³¹. L'obiettivo cui tende questa regola è dato dalla

⁴²⁵R. MEGARRY, W. WADE, *op. cit.*, p. 1201.

⁴²⁶R. MEGARRY, W. WADE, *op. cit.*, p. 1203.

⁴²⁷R. MEGARRY, W. WADE, *op. cit.*, p. 1206.

⁴²⁸*Land Property Act* 1925, *section* 101.

⁴²⁹F. FIORENTINI, *op. cit.*, p. 96.

⁴³⁰*Medforth vs. Blake*, in (1999), All ER 97.

⁴³¹E. COUSINS, *op. cit.*, pp. 501 ss.

possibilità per il creditore di paralizzare il tentativo del debitore di riscattare bene oggetto di garanzia, qualora il bene oggetto di un altro *mortgage* non fosse sufficiente a coprire il debito nel caso del suo inadempimento.

Un simile “diritto reale” spettante al creditore nell’esercizio di questo potere fa sì che il *right to consolidate* debba necessariamente risultare dal registro elettronico per assicurare la sua opponibilità a terzi⁴³²: in questo modo, l’eventuale terzo acquirente di uno dei beni oggetto di *mortgage* non potrà addurre di non aver avuto conoscenza del vincolo di garanzia⁴³³.

2.4. I poteri del debitore-*mortgagor*: il *right of redemption*.

La principale innovazione riconducibile al *Land Property Act* del 1925 è costituita dalla previsione della titolarità del bene oggetto di garanzia in capo al *mortgagor*, che pone due modalità alternative per riscattare il bene dal vincolo mediante l’adempimento dell’obbligazione (*right of redemption*). Le disposizioni oggi vigenti in materia, infatti, differenziano un diritto “legale” al riscatto del bene immobile, che nasce alla data di costituzione del *mortgage* e risulta esercitabile solo allo scadere del termine contrattuale di sei mesi previsto per l’adempimento, da un diritto “equitativo” al riscatto che viene in rilievo solo in caso di inadempimento allo scadere del suddetto termine legale⁴³⁴.

Il *mortgagor*, quindi, oggi disporrà di un *legal right of redemption* fino allo scadere dei sei mesi dalla registrazione del *mortgage* immobiliare previsti per l’adempimento e solo a partire da questo momento potrà esercitare l’*equitable right of redemption*.

Proprio l’*equitable right of redemption* affonda le sue radici nella giurisprudenza del Cancelliere risalente addirittura al XVI secolo, sotto il regno di Elisabetta I, quando si cominciò ad avvertire l’esigenza di intervenire in tutti quei casi in cui il debitore non avesse adempiuto puntualmente all’obbligazione⁴³⁵. Si configurarono

⁴³²F. FIORENTINI, *op. cit.*, p. 98.

⁴³³E. COUSINS, *op. cit.*, p. 505.

⁴³⁴F. FIORENTINI, *op. cit.*, p. 100.

⁴³⁵R. W. TURNER, *op. cit.*, p. 25. Si trattava essenzialmente di episodi in cui il debitore si era recato nel luogo previsto per l’adempimento, ma era stato derubato durante il percorso o di casi in cui il debitore aveva pagato ad un soggetto diverso dal proprio creditore per causa a sé non imputabile.

rimedi che consentissero al *mortgagor* di riscattare il bene gravato nonostante la sua formale violazione delle disposizioni contrattuali⁴³⁶.

2.4.1. *No clogs on the equity of redemption.*

L'importanza nell'ambito della regolamentazione del *mortgage* dell'*equity of redemption* come forma di tutela del debitore è esaustivamente racchiusa nella formula “*no clogs on the equity of redemption*” che fa divieto all'autonomia contrattuale delle parti di abolire o limitare il diritto di riscatto del bene oggetto di garanzia. Questa regola consolidata nell'ordinamento d'oltre Manica conferma la considerazione per cui la natura del *mortgage* sia quella di garantire un credito e non tanto trasferire un diritto reale in maniera definitiva, dal momento che si prevede in capo al debitore, effettivo titolare, un potere di riscatto sulla sua proprietà esercitabile in qualunque momento⁴³⁷.

Per quanto riguarda la portata del divieto di *clogging on the equity of redemption*, si prevede che ogni clausola contrattuale, inserita nell'atto costitutivo di *mortgage*, implicante una limitazione all'*equity of redemption* debba considerarsi invalida⁴³⁸. La nullità riguarderà solo le clausole inserite nel *deed*, dal momento che si ritiene che, in caso di accordi successivi in tal senso, il debitore non sia più parte contrattuale presuntivamente debole e per questa ragione non gli si debba accordare lo stesso grado di tutela⁴³⁹.

2.4.2. *Extortionate credit bargains.*

Il diritto ad un rimedio contro gli *extortionate credit bargains* risulta disciplinato dal *Consumer Credit Act* del 1974 e tutela il debitore rispetto ad accordi che obblighino lui o suoi familiari ad effettuare pagamenti decisamente esorbitanti (“*grossly*

⁴³⁶F. FIORENTINI, *op. ult. cit.*, p. 207.

⁴³⁷F. FIORENTINI, *op. cit.*, p. 294.

⁴³⁸F. FIORENTINI, *op. cit.*, p. 294. Nel caso in cui il *right of redemption* sia solamente posposto dalle parti, invece, la clausola che lo disponga potrà considerarsi lecita solo qualora non renda eccessivamente gravoso il riscatto del bene gravato da parte del *mortgagor*; sarà onere della giurisprudenza valutare in concreto, caso per caso, l'effettiva onerosità dell'operazione.

⁴³⁹R. MEGARRY, W. WADE, *op. cit.*, p. 1230.

exorbitant”) o che, in qualunque modo, contravvengano inequivocabilmente ai generali principi di *fair dealing*⁴⁴⁰. Il rimedio consiste nella possibilità per il *mortgagor* di adire il giudice per chiedere l’annullamento o la riconduzione ad equità delle *unfair conditions* del contratto di *mortgage*. Lo stesso *Consumer Credit Act* fissa i criteri in virtù dei quali scatta una presunzione di *unfairness*: il giudice dovrà tener conto di circostanze quali il tasso d’interesse generalmente applicato per finanziamenti dello stesso tipo, l’età del debitore, la sua esperienza e le sue condizioni psicofisiche, la pressione finanziaria a cui è sottoposto, dal momento che il bisogno di liquidità potrebbe spingerlo ad accettare condizioni inique⁴⁴¹.

Tuttavia, le dure critiche nei confronti della rigida elencazione dei suddetti requisiti, accompagnata dal fatto che la loro presenza dovesse essere valutata solo tenendo conto del contesto esistente al momento della conclusione del contratto e non all’assetto di interessi concretamente sorto tra le parti in un momento successivo, hanno portato all’adozione del *Consumer Credit Act* del 2006. Tale provvedimento ha significativamente ampliato le maglie dei criteri stabiliti nel 1974, conferendo al giudice maggior libertà di manovra nella decisione circa l’eventuale *unfairness* delle condizioni contrattuali stabilite in un *mortgage*⁴⁴².

2.4.3. La tutela del *mortgagor* dall’*undue influence*.

Ai rimedi previsti dalla normativa specificatamente dedicata al *mortgage*, se ne aggiungono altri di diritto comune⁴⁴³ che possono essere esperiti anche dal debitore nel corso del rapporto di garanzia, qualora la formazione della sua volontà sia stata inficiata da vizi che abbiano menomano la sua libertà contrattuale. Si tratta dei vizi per esercizio indebito di pressione (*undue influence*), false dichiarazioni (*misrepresentation*) o frode⁴⁴⁴.

Questi problemi si pongono soprattutto in relazione a quegli episodi di natura endofamiliare in cui un coniuge induca l’altro ad acconsentire alla costituzione del

⁴⁴⁰*Consumer Credit Act* 1974, section 137.

⁴⁴¹*Consumer Credit Act* 1974, sections 138-140.

⁴⁴²E. KEMPSON, C. WHYLEY, *Extortionate credit in the U.K. A report by the DTI, PFRC*, june 1999, pp. 5 ss.

⁴⁴³Riconducibili alla *Law of Contract*.

⁴⁴⁴J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *Anson’s Law of Contract*, OUP Oxford, 2010, pp. 236 ss.

mortgage immobiliare sulla loro abitazione a garanzia di finanziamenti stanziati a favore dell'attività commerciale esercitata solo da uno dei due e ci si chiede se entrambi debbano ritenersi vincolati⁴⁴⁵.

La giurisprudenza è intervenuta in materia con due pronunce⁴⁴⁶ della *House of Lords* risalenti al 1994, allora giudice di ultima istanza. In particolare, tali decisioni hanno istituito il principio per cui non possa essere vincolato da garanzia, reale o personale, colui che abbia assunto la qualifica di concedente soltanto a causa di *fraud, misrepresentation* o *undue influence* da parte del debitore principale. Il vizio nella formazione della volontà si presume qualora quest'ultimo avesse già agito in qualità di mandatario del creditore oppure nonostante le circostanze fossero tali da mettere a conoscenza il creditore circa il rischio di falsato convincimento di uno dei concedenti, qualora lo stesso creditore non abbia adottato tutte le misure idonee ad assicurarsi che la parte debitrice ricevesse adeguate consulenze legali in merito all'operazione negoziale⁴⁴⁷.

La forma più frequente ed insidiosa di vizio di formazione della volontà nella conclusione di contratti di garanzia è senza dubbio l'*undue influence*, la quale però sconta l'ineliminabile flessibilità del concetto "dagli incerti confini"⁴⁴⁸. Si ritiene che rientri in questa nozione ogni forma di pressione, diretta o indiretta, attuata a discapito della genuina formazione del consenso di uno dei contraenti⁴⁴⁹. Ciò si verificherà non solo nei casi di esplicita minaccia, ma anche nelle ipotesi più velate in cui vi sia una particolare relazione tra le parti che comporti una coartazione della volontà dell'una sull'altra⁴⁵⁰.

A prescindere dell'assenza di una definizione esaustiva di *undue influence*, nell'ordinamento inglese si è cercato di porre rimedio alla cosiddetta *inequality of bargain*

⁴⁴⁵F. FIORENTINI, *op. ult. cit.*, p. 105.

⁴⁴⁶*Barclays Bank Plc vs. O' Brien*, in (1994), 1 AC 180; *C.I.B.C. Mortgages Plc vs. Pitt*, in (1994), 1 AC 200.

⁴⁴⁷G. MCCORMACK, *Protection of surety guarantees in England- Prophylactic and procedure*, in *Protection of non-professional sureties in Europe: formal and substantial disparity*, A. Colombi Ciacchi Edizioni, 2007, pp. 153 ss.

⁴⁴⁸F. FIORENTINI, *op. cit.*, p. 105.

⁴⁴⁹G. CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, CEDAM, 1990, p. 267 parla a questo proposito di "prevalenza abusiva". La *undue influence* rappresenta un vizio del consenso determinate dalla pressione di un soggetto che esercita un'indebita influenza sulla controparte contrattuale senza incorrere in violenza (*duress*).

⁴⁵⁰J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *op. cit.*, p. 284.

power, cioè allo squilibrio di potere contrattuale tra le parti, mediante la configurazione di obblighi informativi in capo al creditore, soggetto presuntivamente forte del rapporto, nei confronti del debitore costituente la garanzia⁴⁵¹. A questo proposito, si è prevista la necessaria osservanza di adempimenti volti ad instaurare una situazione di parità conoscitiva che prevenga vizi nella formazione della volontà: si richiede la comunicazione della responsabilità e dei rischi connessi all'operazione negoziale, consigliando il ricorso ad una consulenza legale indipendente⁴⁵².

L'onere della prova graverà sul *mortgagor*, o sul concedente ogni forma di garanzia, che dovrà dimostrare l'effettiva conoscenza da parte del creditore della relazione tra garante e debitore principale e lo svantaggio che sarebbe derivato per il garante⁴⁵³.

Constatata la sussistenza di questi elementi, il concedente indebitamente indotto alla conclusione del contratto di garanzia disporrà del rimedio della *rescission*⁴⁵⁴.

2.5. Il *lifetime mortgage*.

L'ordinamento inglese, tradizionalmente caratterizzato da una segnata dinamicità nella sua evoluzione, ha elaborato strumenti finanziari sempre più flessibili, riconducibili alla più generale categoria degli *equity releases*, operazioni volte ad estrarre "valore utile" da una proprietà immobiliare⁴⁵⁵, consentendo al *mortgagor* di restituire la somma dovuta in un'unica soluzione oppure per mezzo di diversi versamenti. Lo strumento più utilizzato a questi fini risulta il *lifetime mortgage*⁴⁵⁶, che permette al consumatore di ottenere un finanziamento, la cui entità sarà parametrata all'età del beneficiario e al tasso di interessi applicato, a fronte della costituzione di una garanzia reale immobiliare su un immobile di sua proprietà. Nella prassi il ricorso a tale istituto è riservato a persone anziane: il *mortgagee* potrà omettere di precisare nel *deed* l'indicazione puntuale della durata del rapporto e la restituzione

⁴⁵¹C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, vol. II, Giuffrè, 2007, p. 675.

⁴⁵²*Barclays Bank Plc vs. O' Brien*, in (1994), 1 AC 180, *point*. 196.

⁴⁵³*Barclays Bank Plc vs. O' Brien*, in (1994), 1 AC 180, *point*. 199.

⁴⁵⁴J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *op. cit.*, p. 253.

⁴⁵⁵G. O. MANNELLA, G. C. PLATANIA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, nei *Quaderni del Notariato*, Ipsoa, 2016, n. 35, p. 24.

⁴⁵⁶Negli Stati Uniti si parla di *reverse mortgage* per indicare una fattispecie analoga.

della somma erogata verrà richiesta soltanto alla morte del beneficiario, al suo abbandono dell'abitazione oggetto di garanzia senza probabili ragioni di ritorno o all'acquisto di una nuova abitazione di residenza. Finché il *lifetime mortgagor* viva nell'immobile vincolato, sarà dovuta soltanto la corresponsione di interessi, ma il rimborso di quanto ricevuto avverrà solo ad opera dei suoi eredi o degli aventi causa⁴⁵⁷.

Se nel *lifetime mortgage* il debitore rimane proprietario del bene dato in garanzia e deve sopportarne i relativi costi, ciò non avviene nella *Sale model (home reversion)*, laddove, a fronte dell'erogazione di un finanziamento, si trasferisce al mutuante una quota o l'intera proprietà dell'abitazione. In questo caso, il privato riceve un credito maggiore rispetto a quanto accadrebbe ricorrendo ad un *lifetime mortgage* e mantiene il diritto di godimento sul bene fino al suo decesso, ad un eventuale trasferimento presso una casa di cura o al decorso di un certo periodo di tempo, generalmente fissato in vent'anni⁴⁵⁸.

Le ragioni che hanno portato alla configurazione di istituti di questo tipo vanno ricondotte agli *Home Income Plans* degli anni '80, laddove non vennero fissati i tassi d'interesse e una crisi finanziaria portò ad un crollo del valore degli immobili, con conseguente perdita da parte dei privati delle loro abitazioni.

Proprio per evitare simili fenomeni, l'associazione *Safe home Income Plans*, istituita nel 1991, ha predisposto una sorta di codice deontologico a tutela dei debitori-beneficiari di finanziamenti, considerati parte presuntivamente debole del rapporto, in virtù del quale dev'essere garantito il diritto di utilizzare l'immobile fino al decesso o al loro ricovero, il tasso d'interesse deve rimanere fisso e non superare un tetto massimo, deve essere sottoscritto il parere di un legale indipendente per evitare sopraffazioni ai danni dei clienti bisognosi di liquidità⁴⁵⁹.

⁴⁵⁷A. FUSARO, *Il prestito vitalizio ipotecario in prospettiva comparatistica*, in *Notariato*, 2017, II, p. 549.

⁴⁵⁸G. O. MANNELLA, G. C. PLATANIA, *op. cit.*, pp. 16 ss.

⁴⁵⁹A. FUSARO, *op. ult. cit.*, p. 551.

2.6. Considerazioni conclusive sul sistema inglese delle garanzie reali immobiliari.

Il modello inglese delle garanzie reali immobiliari, basato sull'istituto del *mortgage*, appare caratterizzato da una marcata complessità e macchinosità essenzialmente riconducibile alle sue origini risalenti. La formazione del *mortgage* ad opera della *common law*, della giurisprudenza delle corti di *equity* e dell'immutato peso sulla *policy* in materia da parte dei *conveyancers* ha necessariamente portato ad una frammentazione della disciplina legislativa che ha suscitato dure critiche da parte della stessa *Law Commission* britannica⁴⁶⁰.

Il diritto delle garanzie reali immobiliari inglese, in definitiva, appare come il frutto di un continuo tentativo di compromesso tra questi tre protagonisti del *law making process*, anziché essere ispirato a chiare scelte di politica legislativa che rispondano alle esigenze della prassi commerciale. A questi inconvenienti ha tentato di porre un argine l'adozione del *Land Registration Act* del 2002, con la previsione della necessaria iscrizione nel registro elettronico per qualunque forma di *mortgage* ai fini di assicurare una maggiore certezza delle operazioni giuridiche e la piena opponibilità ai terzi dei diritti reali di garanzia.

Dal punto di vista sostanziale, invece, il sistema inglese appare sensibile alla flessibilità necessaria in ordine all'apposizione ed escussione della garanzia al fine di rendere quanto più agevole possibile l'accesso al credito per imprese e privati. Ad esempio, la mancanza di limitazioni per quanto riguarda le obbligazioni garantibili, le quali potranno consistere anche in quelle future non ancora insorte tra le parti⁴⁶¹, oppure la possibilità di vendita stragiudiziale del bene concesso in garanzia (*power to sell out of court*)⁴⁶², dimostrano chiaramente una forte attenzione da parte di questo ordinamento agli interessi perseguiti dalle parti con l'instaurazione di un rapporto creditizio.

⁴⁶⁰Si veda cap. 2, par. 2.1.

⁴⁶¹Si veda cap. 2, par. 2.2.3.

⁴⁶²Si veda cap. 2, par. 2.3.2.

3. L'ipoteca di diritto spagnolo.

La disciplina dell'ipoteca spagnola risulta sicuramente più vicina a quella prevista dal nostro ordinamento ed è disciplinata nel libro V, titolo XV del *Código civil*, all'interno del quale l'articolo 1857 richiede per la sua costituzione requisiti essenziali da osservarsi a pena di nullità del contratto reale di garanzia: l'ipoteca dev'essere accessoria all'adempimento di un'obbligazione principale, il bene ipotecato dev'essere di proprietà del costituente, eventuali terzi incaricati di custodire tale bene devono essere espressamente autorizzati a questa mansione⁴⁶³.

Per quanto riguarda la forma del documento costitutivo di ipoteca, l'articolo 1875 del *Código civil* richiede che esso abbia la forma dell'atto pubblico ed è necessaria la sua iscrizione nel "Registro de la propiedad". La registrazione dell'atto costitutivo rappresenta un requisito essenziale per l'efficacia del diritto reale di garanzia nei confronti dei terzi, tanto che si parla dell'ipoteca come un "derecho real de constitución registral"⁴⁶⁴.

Il sistema spagnolo dei diritti reali di garanzia, così come avviene negli altri di tradizione romanistica, risulta ancorato ai principi di specialità, che impone una precisa identificazione del bene immobile gravato, del credito garantito e dell'importo per il quale l'ipoteca è iscritta, e accessoriarietà, che impone che l'ipoteca sia connessa ad un'obbligazione principale su cui inerisce. Quest'ultimo, in particolare, comporta che, qualora il credito sia indeterminato o inesistente, la garanzia reale non possa considerarsi validamente costituita e che, in caso di cambiamento di parte attiva del rapporto⁴⁶⁵, l'ipoteca segua la sorte del credito principale⁴⁶⁶.

Anche nel sistema spagnolo, come è avvenuto in altri Paesi europei, negli ultimi anni si è avvertita l'esigenza di riforma del settore nel senso di una progressiva adozione di tecniche di realizzazione della garanzia reale immobiliare più flessibili

⁴⁶³P. DE PABLO CONTRERAS, *Hipoteca, su ejecución y dación en pago*, Cizur Menor, 2014, p. 13.

⁴⁶⁴P. MAJA, *Derecho civil III (Derecho inmobiliario y registral)*, in *ocw.es/material/4998/raw*.

⁴⁶⁵Ad esempio nella cessione del credito o nella surrogazione.

⁴⁶⁶A. CHIANALE, *I diritti reali: l'ipoteca*, in *Tratt. dir. civ.*, a cura di R. SACCO, VI, UTET, 2010, p. 57.

e snelle come incentivo nei confronti del mercato del credito ipotecario, che si sostanziano soprattutto in un tentativo di affievolimento del principio di accessibilità⁴⁶⁷.

3.1. L'*hipoteca de máximo*.

Proprio per rispondere alle esigenze di ammodernamento del settore delle garanzie, il legislatore spagnolo è recentemente intervenuto, nel dicembre 2007, riformando nuovamente il sistema delle garanzie introducendo la cosiddetta "*hipoteca de máximo*" o "*hipoteca flotante*"⁴⁶⁸. Si tratta di un istituto che permette di estendere la garanzia a tutti i crediti presenti e futuri che dovessero sorgere tra le stesse parti⁴⁶⁹, secondo lo schema delle garanzie *omnibus*⁴⁷⁰ e della *running security* inglese⁴⁷¹.

In Spagna, questa figura presenta, però, il limite del vincolo di destinazione del credito ricevuto, nel senso che il finanziamento garantito può essere destinato solo alle attività specificamente concordate tra le parti al momento della sua erogazione⁴⁷².

L'articolo 153 *bis* della *Ley hipotecaria*⁴⁷³, che costituisce il fondamento normativo di tale forma di garanzia, prevede anzitutto che l'*hipoteca flotante* possa esser rilasciata soltanto qualora il creditore sia un istituto di credito, ponendo uno stringente requisito di natura soggettiva. Da questa statuizione emerge chiaramente come la finalità perseguita dall'intervento legislativo del 2007 fosse quella di agevolare le banche nella procedura di recupero dei crediti.

⁴⁶⁷C. MARSEGLIA, *La disciplina dell'ipoteca nel diritto privato comparato*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, a cura della Fondazione italiana del Notariato, maggio 2016, p. 45.

⁴⁶⁸J. I. CANLE FERNÁNDEZ, *Consideraciones sobre la hipoteca flotante: el nuevo artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria*, RCDI, 2011, n. 723, p. 315.

⁴⁶⁹F. J. GÓMEZ GÁLLIGO, *Principios generales de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley de Regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero*, in *Jornadas sobre la Ley por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario*, Fundación Registral, 2008, p. 30.

⁴⁷⁰Si veda cap. 2., par. 4.2.1.

⁴⁷¹Si veda cap. 3, par. 2.2.3.

⁴⁷²P. DEL POZO CARRASCOSA, A. VAQUER ALOY, E. BOSH CAPDEVILA, *La prenda*, in *Derecho Civil de Cataluña. Derechos Reales*, Marcial Pons, 2009, p. 452.

⁴⁷³*Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero*, en BOE n. 294.

Lo stesso legislatore spagnolo, è intervenuto cinque anni dopo l'entrata in vigore del presente testo normativo⁴⁷⁴, ribadendo che “questo tipo particolare di diritto reale di garanzia, proprio in virtù delle sue caratteristiche singolari rispetto alla tradizionale disciplina codicistica, sia ammissibile solo a favore degli istituti di credito o delle pubbliche amministrazioni titolari di diritti di credito di natura tributaria”. L'articolo 153 *bis* della *Ley Hipotecaria*, pertanto, vieta che l'*hipoteca de máximo* possa costituirsi a favore di qualsiasi creditore, anche in virtù della soggezione dei titolari delle qualifiche sopra citate a specifiche disposizioni di legge e a controlli da parte delle Pubbliche Autorità.

In particolare, nella *Exposición de motivos* del suddetto provvedimento legislativo, tale limitazione viene giustificata in relazione al fatto che le banche e la pubblica amministrazione risultano necessariamente soggette ad un'attenta supervisione da parte dello Stato. Ciononostante, non sono mancate numerose critiche da parte della dottrina⁴⁷⁵, secondo cui tale condizione stringente non attribuirebbe il giusto peso a forme di credito diverse dai mutui bancari, come i finanziamenti che possono avvenire tra imprese di uno stesso gruppo.

A fronte di tale qualifica, la legge non esige la presenza di un requisito oggettivo in merito alla natura delle obbligazioni garantite, né al numero di obbligazioni che possono esser garantite da un medesimo bene. Si richiede, tuttavia, che la garanzia immobiliare venga rilasciata entro un tetto massimo di copertura ipotecaria.

Dal punto di vista formale, nell'atto costitutivo dell'*hipoteca flotante*, da iscriversi nei pubblici registri al fine di assicurarne l'opponibilità ai terzi, non si richiede un'enunciazione circostanziata degli elementi essenziali del credito garantito, né delle caratteristiche dell'oggetto della garanzia: sarà necessaria soltanto una descrizione generica del rapporto giuridico su cui essa inerisce⁴⁷⁶.

Parte della dottrina iberica⁴⁷⁷, non ha mancato di notare come questa forma di garanzia *omnibus* rischi di pregiudicare gli interessi degli altri creditori, violando il

⁴⁷⁴Resolución de 20 de junio de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

⁴⁷⁵M. GONZÁLES MENESES, C. RODRÍGUEZ, *Un mundo de oportunidades: se buscan inversores para participar en operaciones usurarias de refinanciación hipotecaria*, in *El Notario del Siglo XXI*, n. 10, 2006, pp. 22 ss.

⁴⁷⁶F. AZOFRA VEGAS, *La hipoteca flotante*, Dyckinson, 2015, p. 420.

⁴⁷⁷M. A. P. LUCÁN, *Los principios generales de la Ley 41/2007 de 7 de diciembre, de modificación de la Ley del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario*, in www.codigo-civil.info, 2007.

principio di *par condicio creditorum*: per i crediti posteriori all'iscrizione dell'*hipoteca de máximo* non si ravvede alcun potenziale pregiudizio ai danni dei nuovi creditori dal momento che la garanzia risulta già loro opponibile, maggiori elementi di problematicità sono riscontrabili in relazione ai creditori anteriori alla costituzione dell'*hipoteca flotante*. Questi ultimi, infatti, potrebbero confidare in una certa entità del patrimonio del proprio debitore ai fini del soddisfacimento della propria pretesa⁴⁷⁸.

Ad ogni modo, al di là delle suddette perplessità dottrinali, anche nell'ordinamento spagnolo, così come in quello italiano, vige la regola della priorità dell'iscrizione dell'ipoteca per determinare il grado di prelazione dei vari creditori⁴⁷⁹.

3.2. Tecniche di realizzazione dell'*hipoteca*.

Nell'esaminare le varie modalità di escussione della garanzia immobiliare previste dal diritto spagnolo in caso di inadempimento del debitore, si rileva come il creditore ipotecario possa esercitarne di due tipi. Il primo è rappresentato da un'azione personale, sottoposta ad un termine di prescrizione di 15 anni, diretta contro il debitore o altro soggetto obbligato all'adempimento; il secondo, invece, consiste in un'azione reale di natura ipotecaria, con termine di prescrizione di 20 anni, che riguarda i beni soggetti al vincolo e consiste in una procedura di vendita del bene stesso per soddisfare la pretesa creditoria⁴⁸⁰.

L'azione reale ipotecaria risulta esercitabile ricorrendo alterativamente:

1. ad un procedimento giudiziale sommario, il cui possibile ricorso dovrà risultare dall'atto costitutivo della garanzia e che consente di giungere in maniera pressoché immediata all'asta del bene ipotecato;
2. ad un giudizio esecutivo ordinario in virtù della previsione secondo cui il titolo costitutivo di ipoteca rappresenta un valido titolo esecutivo;
3. ad un procedimento esecutivo stragiudiziale, anch'esso necessariamente risultante dall'atto costitutivo, che dovrà svolgersi soltanto davanti a Notaio abilitato;
4. ad un giudizio ordinario di cognizione⁴⁸¹.

⁴⁷⁸J. L. MARTÍNEZ GIL VICH, *Privilegio exorbitante. La hipoteca flotante*, in *El Notario del siglo XXI*, n. 18, 2008, p.18.

⁴⁷⁹C. MARSEGLIA, *op. cit.*, p. 65.

⁴⁸⁰C. MARSEGLIA, *op. cit.*, p. 76.

⁴⁸¹*Art. 129 Ley Hipotecaria, 27 febrero 1946, en BOE n. 58.*

Con la *Ley 1/2013*⁴⁸², infine, il legislatore spagnolo ha introdotto misure volte ad assicurare una maggiore tutela del debitore in sede di realizzazione della garanzia qualora si segnali la presenza di clausole vessatorie nel contratto di credito ipotecario. Qualora sia rilevata la vessatorietà, in particolare, il giudice potrà dichiarare improcedibile l'esecuzione oppure disporre la prosecuzione, previa disapplicazione della clausola incriminata⁴⁸³.

4. L'ipoteca nel diritto italiano.

L'ipoteca, ex articolo 2808 del codice civile, costituisce un diritto reale di garanzia che conferisce al creditore ipotecario il potere di espropriare il bene gravato (“*ius distrahendi*”) e di essere soddisfatto in via preferenziale rispetto agli altri creditori sul ricavato dall'espropriazione (“*ius prelationis*”)⁴⁸⁴.

Questo istituto risulta poi soggetto ai medesimi principi previsti per il pegno: il principio di specialità, che comporta la necessaria indicazione dei beni ipotecati, del credito garantito e della somma per la quale l'ipoteca è iscritta, di indivisibilità, secondo il quale l'ipoteca grava per intero su tutti i beni vincolati e di accessibilità⁴⁸⁵.

Caratteristica fondamentale dell'ipoteca è la sua pubblicità costitutiva⁴⁸⁶: qualora risultassero ammesse forme di ipoteca occulta si rischierebbe una paralisi del mercato immobiliare a causa del pregiudizio derivante dall'eventuale scoperta di un vincolo di garanzia sul bene acquistato⁴⁸⁷.

⁴⁸²*Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, en BOE n. 116.*

⁴⁸³L. C. GONZÁLES SERRANO, *Análisis de las novedades introducidas por la Ley 1/2013 en el procedimiento de ejecución hipotecaria en relación con cláusulas abusivas*, in www.notariosyregidores.com, 2014, p. 1.

⁴⁸⁴C. MAIORCA, *Ipoteca (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, UTET, 1957, IX, pp. 52 ss.; A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 487.

⁴⁸⁵Ciò comporta che, se sono ipotecati più beni a garanzia di un medesimo credito, il creditore possa scegliere quale espropriare per soddisfare la propria pretesa.

⁴⁸⁶L'articolo 2808, comma 2 cod. civ., in particolare, prevede che l'ipoteca si costituisca con iscrizione dei pubblici registri immobiliari. L'iscrizione risulta essenziale per il sorgere del diritto reale di garanzia immobiliare non solo rispetto ai terzi, ma anche nei rapporti tra le parti: l'accordo nella fattispecie dell'ipoteca volontaria, la legge nell'ipoteca legale e il provvedimento di condanna del debitore nell'ipoteca giudiziale attribuiscono al creditore solo il diritto di ottenere l'iscrizione, ma la garanzia si costituisce solo quando l'iscrizione sarà effettivamente eseguita.

⁴⁸⁷A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 488.

L'aspetto più problematico della disciplina ipotecaria nel nostro ordinamento, ed in generale in tutti quelli di tradizione romanistica, consiste nell'applicazione del principio di accessorietà della garanzia al credito su cui inerisce. L'accessorietà, infatti, viene in rilievo soprattutto in relazione al tema circolazione dell'ipoteca e della sua capacità di garantire anche crediti futuri o comunque diversi da quello originario⁴⁸⁸.

4.1. La circolazione dell'ipoteca.

Autorevole dottrina⁴⁸⁹ ha sottolineato come “in un sistema di economia di mercato, il valore economico di un diritto sia proporzionale alla facilità con il quale il titolare può immetterlo nel mercato stesso”: l'ipoteca, quindi, sarà dotata di valore economico solo nella misura in cui il creditore ipotecario possa cederla o venderla.

In quest'ultima prospettiva, laddove si è tradizionalmente ammessa la configurabilità di una compravendita di diritti reali di godimento, si è negata quella di diritti reali di garanzia⁴⁹⁰. Ciò in virtù della considerazione per cui l'alienazione del diritto reale di garanzia non costituirebbe causa idonea a fondare il contratto di compravendita ex articolo 1470 cod. civ., ma rappresenterebbe piuttosto un tentativo di elusione del divieto di patto commissorio⁴⁹¹.

In via generale, l'articolo 1263 del codice civile consente la cessione dell'ipoteca nel caso in cui venga trasferito il credito su cui essa accede: questa previsione, tuttavia, viene concepita come un'ulteriore conferma del principio di accessorietà⁴⁹².

La questione più spinosa ha riguardato piuttosto il problema della cessione autonoma dell'ipoteca, del tutto svincolata dal credito originario⁴⁹³. A questo proposito, si segnala come nella vigenza dell'abrogato codice civile del 1865 gli interpreti fossero tendenzialmente più aperti alla possibilità di riconoscere la liceità di una

⁴⁸⁸A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, a cura di A. CICU, F. MESSINEO, Giuffrè, 2006, pp. 46 ss.

⁴⁸⁹A. CHIANALE, *Ipoteca*, in *Dig. IV disc. priv.*, X, UTET, 1993, pp. 158 ss.

⁴⁹⁰D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, a cura di A. CICU, F. MESSINEO, Giuffrè, 1971, p. 76; C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, UTET, 1993, p. 19; A. LUMINOSO, *La compravendita*, Giappichelli, 1998, p. 60.

⁴⁹¹C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, pp. 298 ss.

⁴⁹²Oltre all'articolo 2878, comma 3 del codice civile che stabilisce l'estinzione dell'ipoteca all'estinzione dell'obbligazione.

⁴⁹³Il problema appare comunque pressoché interamente teorico e dottrinale, dato che non si ravvisano esempi di cessione ipotecaria autonoma nella prassi negoziale.

simile fattispecie, dal momento che non vi era alcuna disposizione che la regolamentasse né per ammetterla né per vietarla⁴⁹⁴. Tale opinione favorevole poggiava sulla considerazione per cui l'espressa codificazione della rinuncia all'ipoteca da parte al creditore implicava, *a fortiori*, la sua possibilità di cedere il diritto reale ad un altro creditore dello stesso debitore: in questo caso, non si sarebbe potuto ravvisare alcun pregiudizio per il debitore, dal momento che vi sarebbe stato solo uno spostamento della qualifica di creditore ipotecario da un soggetto ad un altro, e nemmeno per eventuali terzi creditori, i quali avrebbero comunque potuto confidare sulla medesima entità del patrimonio debitorio.

La suddetta interpretazione favorevole ad ammettere la cessione dell'ipoteca anche in maniera svincolata dal credito garantito si basava sull'accoglimento di una nozione di accessorietà intesa in senso lato: l'ipoteca deve risultare collegata ad un'obbligazione sottostante, la quale però non deve necessariamente coincidere con quella originariamente indicata all'atto di costituzione della garanzia⁴⁹⁵.

La prevalenza dell'orientamento favorevole alla configurazione della circolazione autonoma dell'ipoteca fu tale che, la Commissione reale per la riforma dei codici convocata a partire dagli anni '20, dettò all'articolo 415 del progetto per il II libro del codice civile una norma che riconosceva espressamente la liceità di tale fattispecie⁴⁹⁶.

Ciononostante, anche nel codice civile vigente, così come in quello abrogato del 1865, manca una norma che disciplini in maniera esplicita la cessione autonoma dell'ipoteca, con la conseguente inevitabile prosecuzione del dibattito dottrinale in materia.

Per colmare la lacuna codicistica, gli autori favorevoli all'ammissibilità di tale operazione hanno fatto riferimento ad ipotesi, espressamente riconosciute, di supposta dissociazione tra credito garantito originario ed ipoteca. Si tratta dell'articolo 1232

⁴⁹⁴P. MELUCCI, *Il sistema ipotecario*, Pironti Editore, 1912, p. 10; G. P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, I, F.lli Bocca Editori, 1917, pp. 85 ss.; L. COVIELLO, *Delle ipoteche*, Società Editrice del "Foro Italiano", 1936, pp. 279 ss.

⁴⁹⁵G. P. CHIRONI, *op. cit.*, p. 92.

⁴⁹⁶Commissione reale per la riforma dei codici. Sottocommissione per il codice civile. Secondo libro. Cose e diritti reali. Progetto e relazione, Istituto Poligrafico dello Stato, 1937, Parte I, Progetto, p. 123.

cod. civ., in materia di novazione oggettiva del rapporto obbligatorio, laddove consente al creditore di conservare a garanzia della nuova obbligazione l'ipoteca che garantiva l'obbligazione estinta⁴⁹⁷; dell'articolo 2843 cod. civ. a proposito della postergazione del grado dell'ipoteca, che costituisce una cessione o permuta del grado della garanzia pattuita tra creditori garantiti dallo stesso oggetto, ma con diverso grado⁴⁹⁸; infine, dell'articolo 2856 cod. civ. in merito alla surroga del creditore perdente, laddove prevede che, quando un creditore sia garantito da ipoteca avente ad oggetto più immobili del debitore ed un altro creditore, posteriore al primo, sia garantito solo da alcuni di essi, il primo possa scegliere liberamente su quale bene, tra quelli ipotecati in suo favore, esercitare l'azione esecutiva⁴⁹⁹.

Tuttavia, il riferimento alle suddette disposizioni per giustificare il fondamento dell'ammissibilità in via generale della cessione autonoma dell'ipoteca risulta troppo debole: basterebbe accogliere quell'interpretazione elastica del principio di accessorietà, propria degli interpreti del codice civile del 1865, che sosteneva il necessario collegamento tra la garanzia ed un credito, eventualmente anche diverso da quello originario⁵⁰⁰.

La giurisprudenza, in quei rari casi in cui si è trovata a decidere su fattispecie rilevanti in questa sede, è apparsa piuttosto restia a riconoscere ipotesi di cessione autonoma dell'ipoteca, di fatto facendo proprio l'orientamento dottrinale contrario alla sua configurazione⁵⁰¹. In particolare, in una sentenza del 1978⁵⁰² avente ad oggetto il caso di un creditore ipotecario che aveva esteso la garanzia anche ad altri creditori chirografari del medesimo debitore, la Corte di Cassazione esclude la riconducibilità della fattispecie in oggetto alla rinuncia ad ipoteca *ex* articolo 2879 cod. civ., dal momento che lo scopo delle parti era quello di estendere l'ipoteca e

⁴⁹⁷A. MONTEL, *Introduzione allo studio dei diritti reali di garanzia*, in *Riv. Dir. Ipot.*, 1963, pp. 1 ss. Coloro che obiettano l'ammissibilità della cessione autonoma dell'ipoteca sostengono, invece, che l'articolo 1232 cod. civ. rappresenti solo una norma eccezionale applicabile nel solo caso in cui il creditore rimanga lo stesso, ma muti il titolo fonte del rapporto obbligatorio.

⁴⁹⁸G. TAMBURRINO, *Della tutela dei diritti. Delle ipoteche.*, in *Commentario del codice civile*, UTET, 1976, p. 250. A ben vedere, tuttavia, con la postergazione si verifica un mero scambio del grado della garanzia tra creditori ipotecari e non una radicale separazione tra credito e ipoteca stessa.

⁴⁹⁹F. FIORENTINI, *op. cit.*, p. 404. In questa fattispecie si dice che il debitore perdente possa "sostituirsi" nell'ipoteca su un bene di cui era titolare il primo creditore, ma su cui quest'ultimo non abbia agito.

⁵⁰⁰P. MARINO, *La cessione dell'ipoteca*, in *Vita notarile*, 1980, pp. 1397 ss.

⁵⁰¹F. FIORENTINI, *op. cit.*, p. 408.

⁵⁰²Cass. civ., sez. I, 16 novembre 1978, n. 5286, in *Giur. It.*, 1979, I, pp. 1309 ss.

non di estinguerla. Non appare configurabile nemmeno un collegamento alla cessione autonoma dell'ipoteca, perché - sostiene la Corte - vietata nel nostro ordinamento né alla cessione del solo grado ipotecario, che risulterebbe ammissibile solo se in favore di altri creditori ipotecari e non chirografari. Il contratto di estensione dell'ipoteca concluso tra le parti nel caso di specie sarebbe piuttosto avvicicabile ad una cessione parziale della garanzia, che comporta un obbligo in capo al cedente di trasferire al cessionario quanto otterrà in seguito ad esecuzione forzata. In questa decisione, ad ogni modo, la giurisprudenza non si spinge fino a dichiarare la nullità di una simile operazione negoziale, come vorrebbero quanti negano l'ammissibilità della cessione autonoma di garanzia, ma si limita ad affermare che essa abbia efficacia obbligatoria *inter partes* e non efficacia reale, con conseguente non opponibilità ai terzi dell'estensione dell'ipoteca⁵⁰³.

La questione è stata oggetto di un successivo intervento giurisprudenziale⁵⁰⁴, nel quale il Tribunale di Ivrea ha dichiarato espressamente la liceità della causa atipica del contratto di estensione dell'ipoteca ai creditori chirografari del debitore, in ossequio al principio di autonomia contrattuale *ex* articolo 1322 del codice civile. In questa pronuncia, non viene ravvisato alcun pregiudizio ai danni del debitore o degli altri creditori, dal momento che l'importo a garanzia del quale l'ipoteca è costituita rimane invariato e addirittura evidenzia come una simile operazione produrrebbe anche l'effetto positivo di un risparmio di tempi e costi derivanti da un'eventuale controversia giudiziale per ristabilire la *par condicio creditorum*. Anche in questo caso, tuttavia, viene ribadito che il negozio di estensione dell'ipoteca sarebbe idoneo a produrre effetti meramente obbligatori e non reali.

Da ultimo, nel 2006 la Cassazione⁵⁰⁵ ha ribadito le argomentazioni già delineate, stabilendo che "l'accessorietà dell'ipoteca, che può essere concessa ed iscritta solo per un determinato credito, denota la mancanza di autonomia della garanzia rispetto all'obbligazione garantita". La Suprema Corte prosegue sottolineando che l'ipoteca

⁵⁰³P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 901. La mancanza di efficacia reale sarebbe ascrivibile all'impossibilità di procedere all'annotazione di una simile pattuizione nei registri immobiliari.

⁵⁰⁴Trib. Ivrea, 28 luglio 2000, in *Foro it.*, 2000, I, p. 3357.

⁵⁰⁵Cass. civ., sez. I, 6 novembre 2006, n. 23669, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, p. 11.

non possa esser ceduta con effetti reali in maniera indipendente dal credito garantito né a terzi né ad un altro creditore chirografario⁵⁰⁶.

Il problema di ammettere o escludere la circolazione autonoma dell'ipoteca rispetto al credito garantito, ad ogni modo, dipende essenzialmente dall'interpretazione data al principio di accessorietà: secondo l'orientamento che lo ritiene un attributo necessario ai fini della nascita del diritto di garanzia, senza il quale quest'ultimo non potrebbe nemmeno produrre i propri effetti, la cessione dell'ipoteca separatamente dal credito risulta inconcepibile; secondo coloro che, invece, limitano la necessaria sussistenza del collegamento tra credito e garanzia al momento genetico della stessa, sarebbe ipotizzabile un'operazione di trasferimento ipotecario autonomo⁵⁰⁷.

4.1.1. Il problema della tutela dei terzi in caso di cessione autonoma dell'ipoteca.

Coloro che negano l'ammissibilità della cessione autonoma dell'ipoteca fondano le loro argomentazioni sull'eventuale pregiudizio che subirebbero i terzi creditori in conseguenza di una simile operazione negoziale.

Secondo l'orientamento favorevole alla configurabilità di tale fattispecie, la cessione autonoma dell'ipoteca non arrecherebbe alcun danno agli interessi dei terzi creditori, dal momento che il trasferimento della garanzia risulterebbe legittimo solo se avvenisse nei confronti di un altro creditore, altrimenti garantito o chirografario, del medesimo debitore e nei limiti del valore del credito determinato al momento dell'iscrizione ipotecaria: gli altri creditori, in questo modo, vedrebbero sostanzialmente invariata la loro situazione precedente⁵⁰⁸.

All'interno di questo filone interpretativo c'è chi sostiene⁵⁰⁹ che sarebbe necessario il consenso a tale operazione da parte del debitore concedente, che potrebbe avere

⁵⁰⁶Il fatto che l'articolo 2809 cod. civ. imponga, ai fini della validità del vincolo ipotecario, la necessaria individuazione del credito garantito con la specificazione della somma dovuta sarebbe indice della volontà del legislatore di vietare l'estensione della garanzia ad un credito diverso da quello originario.

⁵⁰⁷F. FIORENTINI, *op. cit.*, p. 414.

⁵⁰⁸G. P. CHIRONI, *op. cit.*, p. 495; L. COVIELLO, *op. cit.*, p. 279; C. MAIORCA, *Note sulla connessione tra ipoteca e credito*, in *Riv. Dir. Ipot.*, 1962, pp. 3 ss.

⁵⁰⁹G. GORLA, P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 195 ss.

interesse ad estinguere un credito piuttosto che un altro. Altri⁵¹⁰, invece, affermano l'irrelevanza del suddetto consenso: laddove la cessione della garanzia avvenga nei limiti del valore del credito originariamente garantito, non si ravviserebbe alcun pregiudizio.

I sostenitori della tesi contraria alla cessione autonoma⁵¹¹, si rifanno ad una lettura rigorosa del principio di accessorietà e al brocardo latino “*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*”, statuendo che se il legislatore avesse voluto ammettere una simile operazione negoziale, lo avrebbe fatto espressamente, nonostante la Relazione al progetto per il II libro del codice civile del 1937 dimostri chiaramente come una lettura meno rigida del suddetto principio non fosse assente dalla tradizione interpretativa italiana.

4.1.2. L'accessorietà nell'ipoteca cambiaria: cenni.

Un parziale allentamento della stretta osservanza del principio di accessorietà si ravvisa nella fattispecie di ipoteca cambiaria⁵¹². Il suo fondamento normativo consiste va ravvisato nell'articolo 2831 del codice civile, laddove si ammette espressamente la possibilità di garantire per mezzo di ipoteca le obbligazioni risultanti da titoli al portatore o all'ordine. Tra queste ultime, l'operazione più diffusa nella prassi commerciale risulta essere proprio quella dell'ipoteca cambiaria⁵¹³: la connessione dell'obbligazione derivante dalla cambiale con la garanzia immobiliare avviene mediante un'iscrizione del vincolo a favore del possessore del titolo costitutivo dell'ipoteca e della cambiale stessa e si trasmette tramite girata insieme all'obbligazione cambiaria⁵¹⁴.

⁵¹⁰G. P. CHIRONI, *op. cit.*, p. 495; A. MONTEL, *Pegno (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. It.*, XII, UTET, 1957, p. 793.

⁵¹¹R. GOLIA, *Manuale di diritto ipotecario*, Giuffrè, 1971, pp. 5 ss.; V. PANUCCIO, *Cessione di diritti*, in *Enc. Dir.*, VI, Giuffrè, 1960, p. 822; G. TAMBURRINO, *op. cit.*, p. 40.

⁵¹²L. GUGLIELMUCCI, *L'ipoteca cambiaria come garanzia extracartolare*, Giuffrè, 1966, pp. 10 ss.; L. GUGLIELMUCCI, *Questioni in tema di ipoteca cambiaria, ne' I titoli di credito*, Giuffrè, 1980, pp. 268 ss.

⁵¹³In linea generale, la cambiale obbliga a pagare una somma di denaro alla scadenza indicata nel titolo, a favore dell'ultimo giratario.

⁵¹⁴M. R. DI GIAMBATTISTA, *Temi e problemi sull'ipoteca cambiaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, pp. 28 ss.

L'articolo 2831 cod. civ., in particolare, prevede che la garanzia immobiliare sia iscritta per mezzo di presentazione del titolo costitutivo dell'ipoteca e della cambiale a favore di colui che risulti possessore del titolo al momento dell'iscrizione, il quale potrebbe anche non essere il possessore originario⁵¹⁵. In questo modo, con una chiara finalità di snellimento e facilitazione nella circolazione del credito cambiario, non si richiede che ogni singolo possessore della cambiale debba procedere all'annotazione del trasferimento dell'ipoteca, come richiederebbe la formulazione dell'articolo 2843 cod. civ., secondo cui la trasmissione o il vincolo dell'ipoteca non hanno effetto finché non sia stata eseguita la loro annotazione in margine all'iscrizione della garanzia⁵¹⁶.

Nel caso di mancato pagamento della cambiale, si applicheranno le regole di diritto comune e l'ipoteca consentirà al creditore di soddisfarsi direttamente sul bene gravato, secondo il grado di prelazione attribuitogli al momento dell'iscrizione originaria della garanzia⁵¹⁷.

4.2. Gli ostacoli alla configurabilità di un'ipoteca *omnibus*.

Nel nostro ordinamento non si ravvisa, nemmeno in seguito alle riforme adottate con il Decreto Banche, alcuna fattispecie paragonabile alla cosiddetta "ipoteca *omnibus*"⁵¹⁸, presente ad esempio nel sistema inglese con le *all money clauses*, che possono essere previste all'interno del contratto di *mortgage*, o in quello spagnolo con l'*hipoteca flotante*.

Occorre in primo luogo menzionare i riferimenti normativi rilevanti ai fini di considerare un'ipotetica riconoscimento di un siffatto istituto. Si tratta dell'articolo 2852 del codice civile, che consente espressamente l'iscrizione anticipata dell'ipoteca a garanzia di crediti futuri e condizionali, purché si tratti di crediti che possano nascere da un rapporto intercorrente tra i medesimi soggetti e non di crediti meramente eventuali che sorgessero in mancanza di una situazione obbligatoria preesistente⁵¹⁹. Questo requisito risulta dettato al chiaro scopo di tutelare terzi creditori

⁵¹⁵A. PAVONE LA ROSA, *La cambiale*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, a cura di A. CICU, F. MESSINEO, Giuffrè, 1982, pp. 446 ss.

⁵¹⁶G. U. TEDESCHI, *La cambiale*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di P. RESCIGNO, UTET, 1985, p. 548.

⁵¹⁷F. FIORENTINI, *op. cit.*, p. 412.

⁵¹⁸Si veda cap. 2, par. 4.1.2.

⁵¹⁹G. GORLA, P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 383.

del costituente la garanzia, i quali altrimenti risulterebbero pregiudicati da una diminuzione di valore del patrimonio del proprio debitore⁵²⁰.

La seconda norma rilevante a questi fini è dettata dall'articolo 2809 cod. civ., il quale prescrive che la garanzia immobiliare venga iscritta per una somma determinata di denaro⁵²¹. Tale disposizione appare ispirata all'esigenza di colui che, avendo interesse ad acquistare un bene o a concedere un finanziamento a qualcuno, voglia conoscere non solo quale credito sia garantito da ipoteca, ma anche per quale valore⁵²².

La chiusura del sistema italiano nei confronti di un'ipoteca *omnibus* è stata più volte affermata dalla giurisprudenza⁵²³ che si sia trovata a decidere su cause riguardanti l'applicazione del principio di specialità, laddove si è detto che il titolo costitutivo dell'ipoteca non possa riferirsi genericamente a tutti i crediti inerenti alle parti, anche se fondati su rapporti preesistenti. È infatti necessario che “il credito sia indicato specificatamente nel titolo con tutti gli elementi idonei ad individuarlo in concreto, quali i soggetti, la fonte dell'obbligazione e la sua natura”⁵²⁴.

Il principale ostacolo alla configurabilità dell'ipoteca *omnibus*, ad ogni modo, è rappresentato dall'esigenza di opponibilità ai terzi del vincolo ipotecario, la quale deve realizzarsi mediante strumenti di pubblicità immobiliare: in realtà, tuttavia, l'articolo 2809 del codice civile si limita a prescrivere che la garanzia sia iscritta per un importo massimo, ma non necessariamente determinato nel suo ammontare⁵²⁵.

Il fatto di porre i terzi a conoscenza sin dall'inizio di un tetto massimo di importo garantito eviterebbe che quest'ultimo fosse rimesso all'arbitraria determinazione

⁵²⁰ A. RAVAZZONI, *op. cit.*, p. 318.

⁵²¹ Si tratta del cosiddetto “principio di specialità dell'ipoteca”.

⁵²² La giurisprudenza si è mostrata netta nel dichiarare la nullità dell'iscrizione ipotecaria priva dell'indicazione della somma massima garantita. Trib. Nuoro, 25 gennaio 1963, in *Foro pad.*, 1964, I, p. 1229; Trib. Udine, 21 settembre 1998, in *Foro pad.*, 1999, I, p. 291; Cass. civ., sez. II, 3 aprile 2000, n. 3997, in *Mass. giust. civ.*, 2000, p. 706.

⁵²³ Cass. civ., sez. I, 23 marzo 1994, n. 2786, in *Nuova Giur. Civ. comm.*, 1995, I, p. 286; Cass. civ., sez. I, 6 ottobre 1995, n. 10521, in *Giust. Civ.*, 1996, I, p. 67.

⁵²⁴ Trib. Nuoro, 25 gennaio 1963, in *Foro pad.*, 1964, I, p. 1229.

⁵²⁵ Ciò è quanto è stato previsto dall'articolo 1 del Decreto Banche nel delineare le caratteristiche del “nuovo” pegno non possessorio, in parte riconducibile alla categoria delle garanzie *omnibus*.

del creditore in sede di escussione dell'ipoteca, il che comporterebbe un grave pregiudizio del principio di *par condicio creditorum*⁵²⁶.

4.3. Il prestito vitalizio ipotecario.

Con la legge 2 aprile 2015 n. 44, recentemente il legislatore italiano, è intervenuto a modificare l'istituto del prestito vitalizio ipotecario⁵²⁷ in origine disciplinato all'articolo 11 *quaterdecies*, comma 12, del decreto legge 203/2005⁵²⁸. Tale fattispecie, importata sul modello francese del *prêt viager hypothécaire*, consiste nell'erogazione da parte di istituti di credito o intermediari finanziari⁵²⁹ di prestiti a medio e lungo termine, garantiti da ipoteca su immobili ad uso residenziale⁵³⁰ e riservati a persone di età superiore ai sessant'anni⁵³¹. La disciplina è stata ideata come soluzione alternativa alla vendita della nuda proprietà⁵³², consentendo a persone anziane, che abbiano investito la maggior parte dei propri risparmi in una proprietà immobiliare di integrare il reddito disponibile⁵³³, spesso insufficiente a garantire un dignitoso mantenimento quotidiano, con un conseguente miglioramento del tenore di vita in un momento in cui l'accesso al credito attraverso canali più tradizionali risulta complesso⁵³⁴.

L'ammontare del finanziamento concesso dalla banca dipende dal valore dell'immobile determinato da un perito appositamente incaricato, dal tasso d'interesse e

⁵²⁶F. FIORENTINI, *op. cit.*, p. 420. Occorre, inoltre, sottolineare come in tema di garanzie reali il tetto massimo garantito risulta necessariamente limitato al valore del bene gravato, non potendosi così giustificare un approccio così restrittivo dinanzi a fattispecie di ipoteca *omnibus*.

⁵²⁷D. FARACE, *Prestito vitalizio ipotecario*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, 2006, pp. 1 ss.

⁵²⁸Convertito con modificazioni nella Legge 2 aprile 2015, n. 44, in G.U. n. 92/2015.

⁵²⁹Di cui all'articolo 106 del Testo Unico Bancario.

⁵³⁰Una definizione di edificio residenziale è contenuta nella Circolare Ministero dei Lavori pubblici 23 luglio 1960, n. 1820 contenente "Definizioni in materia di costruzioni edilizie" secondo cui: "*Per fabbricato o edificio residenziale si intende quel fabbricato urbano o rurale, destinato per la maggior parte (cioè il più della cubatura) ad uso di abitazione*".

⁵³¹L'istituto riproduce i tratti essenziali del *prêt viager hypothécaire* disciplinato dall'articolo 314, comma 1 del *Code de la consommation*.

⁵³²A. CHIANALE, *L'inutilità dell'ipoteca nel "prestito vecchietti"*, in *Notariato*, 2016, p. 358.

⁵³³A. FUSARO, *op. ult. cit.*, p. 543 mette in evidenza come sia "risalente l'impiego della proprietà immobiliare per sopperire ai bisogni delle persone anziane e incrementare le loro risorse".

⁵³⁴C. MARSEGLIA, *op. cit.*, p. 69. La figura del prestito vitalizio ipotecario è stata introdotta nel 2007 anche in Spagna con la cosiddetta *hipoteca inversa*, che consente a determinate categorie di soggetti che si trovino in una situazione particolarmente svantaggiata o abbiano un'età non inferiore a 65 anni di convertire il valore dell'immobile di residenza in liquidità, aumentando la propria rendita. Anche nell'ordinamento spagnolo, come in quello italiano, l'*hipoteca inversa* può essere concessa solo a vantaggio di istituti di credito o compagnie assicurative autorizzate all'emissione di tali prodotti finanziari.

dall'età del debitore: più è alto il valore di mercato dell'immobile e più è anziano il richiedente, maggiore sarà la somma erogata⁵³⁵.

A questo proposito, occorre evidenziare come, a differenza di quanto accade per la concessione di mutui laddove si richiedono adeguate garanzie circa l'effettiva capacità di restituire la somma dovuta, l'erogazione di prestiti vitalizi ipotecari prescindere da un'analisi del reddito del soggetto finanziato.

La particolarità dello schema così delineato consiste nel fatto che laddove gli eredi ed aventi causa del debitore non siano in grado di saldare il debito del *de cuius*, il creditore, in deroga al divieto di patto commissorio, potrà procedere alla vendita dell'immobile al prezzo di mercato⁵³⁶, soddisfacendo le proprie pretese sul ricavato senza dover così ricorrere alle normali procedure giudiziali di esecuzione immobiliare. Eventuali eccedenze dovranno, invece, essere restituite al soggetto finanziato oppure ai suoi aventi causa, di fatto producendo il medesimo effetto realizzato in applicazione del patto marciano, con la necessaria corrispondenza tra valore del credito e del bene oggetto di garanzia⁵³⁷.

La riforma del 2015, chiaramente influenzata dalla crisi economica degli ultimi anni, ha apportato modifiche all'articolo 11 *quaterdecies* del suddetto decreto con l'aggiunta di cinque nuovi commi, che conferiscono al privato la possibilità di pattuire con l'istituto bancario erogatore del finanziamento modalità di rimborso graduale della quota di interessi e delle spese⁵³⁸.

Nell'attuale formulazione dell'articolo 11 *quaterdecies* non si prevede più il rimborso integrale del prestito "alla scadenza" in un'unica soluzione, ma vengono delineate specifiche ipotesi in cui sorge l'obbligo di rimborso integrale e, laddove la restituzione della somma finanziata non avvenga entro un anno dal verificarsi di tali eventi⁵³⁹, si procederà alla vendita dell'immobile oggetto di garanzia. Nella versione originaria di tale disposizione non si prevedeva espressamente la scadenza

⁵³⁵In tal caso, infatti, l'istituto di credito confiderà nel poter ottenere la restituzione della somma prestata in tempi minori rispetto a casi in cui il richiedente concedente la garanzia risulti più giovane.

⁵³⁶Determinato da un perito indipendente.

⁵³⁷T. RUMI, *La nuova disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *Contratti*, 2015, pp. 939 ss.

⁵³⁸A. FUSARO, *op. ult. cit.*, p. 556.

⁵³⁹L'obbligatorio rimborso integrale in un'unica soluzione risulta oggi previsto in caso di: decesso del beneficiario del prestito vitalizio; trasferimento totale o parziale della proprietà o di altri diritti reali o di godimento sull'immobile dato di garanzia; compimento di atti che comportino una riduzione significativa del valore dell'immobile, inclusa la costituzione di diritti reali di garanzia a favore di terzi soggetti che gravino sull'immobile stesso.

del prestito alla morte del beneficiario, ma ciò veniva dedotto dagli interpreti in relazione all'uso dell'aggettivo "vitalizio" nella denominazione dell'istituto in oggetto. La configurazione del prestito come a medio o lungo termine, tuttavia, pareva consentire alle parti di concordare il momento di scadenza del contratto indipendentemente dal verificarsi dell'evento morte, per sua natura *incertus quando, certus an*⁵⁴⁰. Le modifiche introdotte nel 2015 hanno definitivamente posto fine a dubbi interpretativi in proposito.

L'aspetto problematico della figura del prestito vitalizio ipotecario italiano consiste però nella previsione per cui l'abitazione vincolata alla garanzia non risulta vendibile, né ulteriormente ipotecabile e non è nemmeno possibile concederla in locazione a terzi. In questi casi, infatti, la legge prevede la cosiddetta "decadenza dal beneficio del termine", in virtù della quale l'istituto di credito potrà risolvere il contratto e pretendere la restituzione immediata di capitale e interessi.

Un'ulteriore considerazione deve essere poi rivolta alla circostanza per cui, qualora la banca si trovi a dover procedere alla vendita dell'immobile in seguito alla morte del soggetto finanziato ed in mancanza di pagamento del debito da parte degli eredi, il valore di vendita è stimato da un perito nominato dalla banca stessa⁵⁴¹.

Le suddette previsioni dimostrano come il prestito ipotecario apporti forti vantaggi agli istituti di credito che forniscano finanziamento a queste condizioni. D'altra parte, va sottolineato che l'articolo 11 *quaterdecies*, comma 12 *quater*, impone che l'entità del debito da rimborsare alla banca non possa mai eccedere il valore di realizzo dell'immobile, con una chiara finalità di tutela degli eredi: se questi ultimi non riscattano l'immobile ipotecato e il soggetto finanziatore deve soddisfare il proprio credito con la vendita, laddove il ricavato non risulti sufficiente a saldare l'importo dovuto, gli eredi non potranno essere chiamati a pagare la differenza⁵⁴².

⁵⁴⁰C. CACCAVALLE, *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *Tratt. del contratto*, a cura di V. ROPPO, Giuffrè, 2006, p. 526, nota 205. Non potendosi prevedere la data della morte del debitore, non risultava possibile affermare con certezza se il prestito fosse stato a medio o lungo termine: occorreva quindi necessariamente ammettersi una diversa pattuizione delle parti in merito alla scadenza del finanziamento.

⁵⁴¹S. CHERTI, *Prime note sulle modifiche alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 1103. Occorre inoltre tenere conto del fatto che, nel caso in cui manchino acquirenti, il prezzo di vendita viene ribassato del 15% ogni anno.

⁵⁴²S. CHERTI, *op. cit.*, p. 1105.

L'introduzione del prestito vitalizio ipotecario, ad ogni modo, prevedendo il diritto della banca di recuperare il proprio credito al di fuori di qualsiasi procedura esecutiva immobiliare, consente sicuramente di evitare le lungaggini giudiziarie, ma limita anche al minimo le tutele per il debitore che comporta tale *iter*. In sostanza, la procedura di recupero del credito derivante disciplinata dalla legge 44/2015 risulta interamente sottratta alla competenza del giudice ed affidata allo stesso creditore, che ne gestisce ogni fase, dalla nomina del perito alla vendita del bene, fino alla restituzione agli eredi dell'eventuale eccedenza del ricavato rispetto al debito garantito⁵⁴³. È evidente come una fattispecie delineata in questo modo presenti un netto sbilanciamento a favore degli istituti di credito ed un rischio di prevaricazione di questi ultimi ai danni degli eredi del debitore, con un peso contrattuale inevitabilmente molto minore.

4.4. Prospettive di riforma del sistema italiano delle garanzie immobiliari: l'ipoteca ricaricabile francese.

Esperienze di diritto continentale vicine al sistema italiano⁵⁴⁴ dimostrano come il principio di accessorietà non rappresenti necessariamente un dogma insuperabile, ma consenta al legislatore margini di riforma che agevolino la costituzione di garanzie, con conseguente facilitazione dell'accesso al credito.

In questa direzione si è mosso l'ordinamento francese che nel 2006 è stato protagonista di un intervento di forte modernizzazione nel settore delle garanzie, anche grazie al pieno riconoscimento dell'istituto della cosiddetta "*hypothèque rechargeable*", dapprima disciplinata dagli articoli 2422 e 2423 del *Code civil*, poi abrogata nel marzo 2014 ed, infine, reintrodotta sotto nuove vesti nel dicembre dello stesso anno con la limitazione soggettiva del ricorso a tale garanzia ai soli *professionnels*⁵⁴⁵.

⁵⁴³T. RUMI, *op. cit.*, p. 941.

⁵⁴⁴Come già illustrato in relazione alle riforme introdotte dal legislatore spagnolo.

⁵⁴⁵F. FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie reali*, in *Notariato*, 2006, p. 493.

L'ipoteca ricaricabile consente la possibilità di riutilizzo di una medesima ipoteca a garanzia di crediti ulteriori rispetto a quelli individuati nell'atto costitutivo⁵⁴⁶. È evidente il vantaggio conseguibile dal debitore costituente con il ricorso a tale istituto: egli potrà creare una nuova garanzia a favore di creditori successivi senza la necessità di cancellare quella iniziale⁵⁴⁷. Il creditore successivo, d'altra parte, potrà beneficiare del grado ipotecario originario, potendo così prevalere su tutti i creditori ipotecari che avessero iscritto la garanzia sul medesimo bene dopo la costituzione dell'ipoteca ricaricabile, ma prima del suo riutilizzo⁵⁴⁸.

Per ovviare al rischio di pregiudizio dei terzi creditori derivante dall'affievolimento del principio di accessorietà, il legislatore francese ha introdotto una disciplina particolarmente "garantista" all'interno del *Code de la consommation*, applicabile laddove vi siano esigenze di tutela di una parte contrattuale presuntivamente debole⁵⁴⁹. Essenzialmente, in questa sede, si prevede che le disposizioni di tutela del consumatore si applichino anche alle operazioni di credito garantite da ipoteca ricaricabile, oltre a regole specifiche che impongono al creditore ipotecario la necessaria consegna al mutuatario di un documento da cui risultino i dati rilevanti a proposito dell'ipoteca stessa⁵⁵⁰.

⁵⁴⁶L'intenzione delle parti di voler costituire un'ipoteca ricaricabile dovrà però risultare espressamente dallo stesso atto costitutivo della garanzia e sarà soggetta ad iscrizione presso i registri immobiliari. Nel diritto francese, quindi, non tutte le garanzie immobiliari avranno la caratteristica di essere ricaricabili, ma solo quelle che lo prevedano espressamente nell'atto costitutivo. La convenzione di ricarica, inoltre, dovrà necessariamente risultare da atto notarile. A. FUSARO, *op. cit.*, p. 23.
⁵⁴⁷A. FUSARO, *op. ult. cit.*, p. 547. Per evitare il rischio di sovraindebitamento da parte del debitore costituente la garanzia, il *Code de la consommation* richiede l'osservanza di particolari oneri informativi laddove l'ipoteca ricaricabile venga utilizzata da privati per fini disciplinati dalla normativa di settore.

⁵⁴⁸F. FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie reali nella prospettiva comparatistica*, in *Europa e diritto privato*, 2006, III, p. 1187; B. VARI, *La riforma dell'ipoteca convenzionale in Francia*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, pp. 265 ss.

⁵⁴⁹A. GOURIO, *L'hypothèque rechargeable*, in *Revue de droit bancaire et financier*, 2006, p. 39.

⁵⁵⁰F. FIORENTINI, *op. ult. cit.*, p. 429. In particolare, tale documento dovrà indicare: la menzione della durata dell'iscrizione ipotecaria, l'identificazione del bene oggetto di garanzia e del suo valore stimato alla data della convenzione costitutiva di ipoteca, l'ammontare massimo della costituzione di ipoteca, l'ammontare del prestito originariamente sottoscritto, l'ammontare degli eventuali prestiti ulteriormente sottoscritti, una valutazione dei costi derivanti da una ricarica dell'ipoteca.

Un'ulteriore novità introdotta all'interno dell'ordinamento francese con la riforma delle *sûretés* del 2006 è disciplinata all'articolo 2421 del *Code civil*, il quale prevede la possibilità di costituire l'ipoteca anche per crediti futuri, sebbene la garanzia si perfezionerà solo con la venuta ad esistenza dei suddetti crediti⁵⁵¹.

Dall'analisi comparatistica sinteticamente svolta in questa sede emerge una chiara tendenza da parte dei sistemi giuridici continentali nel senso di adottare misure che rendano l'ipoteca un istituto più flessibile e sensibile alle esigenze del mercato del credito.

Le linee di riforma del settore si sono spinte, in via generale, in due direzioni: quella di introdurre in via legislativa istituti che presentino un allentamento del principio di accessorietà e quella di prevedere tecniche di escussione della garanzia più spedite delle lunghe e gravose procedure giudiziali tradizionalmente disciplinate dai codici civili⁵⁵².

In particolare, gli ordinamenti spagnolo e francese, che condividono con quello italiano una cultura giuridica romanistica, hanno dimostrato come si possano adottare misure in linea con le esigenze della prassi commerciale senza necessariamente incorrere in violazioni di principi alla base della legislazione di *civil law* in materia di diritti reali di garanzia. L'accessorietà potrebbe essere considerata non tanto un dogma insuperabile, ma "un'opzione di diritto positivo"⁵⁵³: gli eventuali pregiudizi a danno di terzi potrebbero essere neutralizzati ricorrendo all'applicazione della disciplina del diritto dei consumatori, com'è avvenuto in Francia, oppure prevedendo obbligatoriamente l'indicazione di un importo massimo garantito che consenta ai creditori chirografari di vedere invariato il patrimonio del proprio debitore, che costituisce garanzia generica dell'obbligazione.

⁵⁵¹C. MARSEGLIA, *op. cit.*, p. 59. Il legislatore francese, quindi, non istituisce una forma di ipoteca *omnibus* a garanzia di qualunque credito futuro che possa sorgere tra creditore e debitore, dal momento che viene richiesta l'indicazione dell'importo massimo garantito che dev'essere determinabile già al momento della costituzione dell'ipoteca.

⁵⁵²Se in Inghilterra la procedura giudiziale di esecuzione forzata è praticamente inutilizzata in virtù del ricorso al *power to sell out to court*, in Francia e in Spagna la tempistica di escussione della garanzia è stimata in circa 12 mesi. Il creditore ipotecario italiano, invece, è costretto ad attendere tra i 5 e i 7 anni per ottenere il bene garantito in caso di inadempimento del proprio debitore: l'Italia, ad oggi, rappresenta l'unico Stato membro dell'Unione Europea in cui il tempo di attesa della procedura di escussione della garanzia si misura in anni anziché in mesi.

⁵⁵³C. MARSEGLIA, *op. cit.*, p. 80.

Va comunque riconosciuto come il legislatore italiano recentemente⁵⁵⁴ abbia colto le suddette esigenze elaborando modalità di escussione extragiudiziale del bene oggetto di garanzia, con la possibilità di sottrarre questa fase al giudice affidandola al creditore⁵⁵⁵ o ad un professionista⁵⁵⁶.

⁵⁵⁴Con il Decreto Banche e con il decreto legislativo 72/2016 di recepimento della Direttiva 2014/17/UE in materia di credito ipotecario.

⁵⁵⁵Come nel caso di prestito vitalizio ipotecario.

⁵⁵⁶Quest'ultima è stata l'opzione adottata dal legislatore spagnolo, che ha affidato al notaio il compito di gestire integralmente la procedura di escussione del bene gravato.

CONCLUSIONE

Al termine della presente trattazione, appare evidente l'importanza, all'interno di un'economia di mercato, del principio di effettività della tutela del credito, dal momento che lo sviluppo dell'impresa e dei consumi risulta indissolubilmente collegato alle modalità di accesso ai finanziamenti.

Fondamento dell'analisi oggetto di questo elaborato, attuata mediante una comparazione tra gli ordinamenti inglese, spagnolo ed italiano, si pone, pertanto, la riflessione sull'utilizzo delle garanzie reali come strumento per promuovere un più agevole accesso al credito, reagendo alle note sofferenze che caratterizzano gli istituti bancari italiani ed europei nell'attuale ciclo economico.

Dallo studio comparatistico del tema della responsabilità patrimoniale e delle garanzie reali, così come dalle rilevazioni effettuate da *expert groups* operanti a livello comunitario, risulta che nella regolamentazione di questo settore i legislatori debbano contemperare due esigenze: da un lato, il necessario potenziamento della tutela del credito per sopperire alla crisi avvertita in particolar modo dalle piccole e medie imprese e, dall'altro, l'interesse generale ad una circolazione della ricchezza la più libera e spedita possibile.

Esaminando le caratteristiche dei diritti reali di garanzia, emergono le innegabili criticità dovute alla rigida regolamentazione codicistica italiana, reputata spesso incapace di adattarsi alla rapidità dei rapporti commerciali odierni, anche a causa di una tradizione interpretativa che per lungo tempo ha emarginato da questo settore il potere di autonomia privata, applicando estensivamente il divieto di patto commissorio. Tuttavia, le recenti modifiche legislative introdotte ad opera del "Decreto Banche" del 2016, hanno finalmente portato ad un allineamento del nostro ordinamento con le altre esperienze giuridiche occidentali: oltre al pieno riconoscimento di figure di pegno senza spossessamento, sono state introdotte misure che promuovono una più celere soddisfazione delle pretese creditorie. A questo proposito, se il sistema inglese già nel *Law Property Act* del 1925 delineava la possibilità di vendita stragiudiziale del bene concesso in garanzia, proprio in ragione di una maggiore flessibilità del rapporto creditizio con il cosiddetto "*power to sell out of court*", quello italiano è sempre stato caratterizzato da note inefficienze nel funzionamento

del sistema giudiziario e da procedure di recupero particolarmente lunghe e gravose.

Sin dagli albori della rivoluzione industriale, il sistema d'oltre Manica si è presentato al passo con i tempi e maggiormente sensibile alle mutevoli esigenze imprenditoriali, ammettendo negozi di garanzia mobiliare rotativa e non possessoria già negli ultimi decenni del XIX secolo. Così come accade in altri settori, anche in questo la *common law* si distingue per dare rilievo al riconoscimento di situazioni di fatto piuttosto che richiedere l'osservanza di adempimenti formali (si pensi, ad esempio, al fenomeno della *crystallisation* della *charge*) e per configurare una disciplina modulata sulle istanze del mondo economico. La predisposizione di un sistema di garanzie reali costruito *ad hoc* per uno svolgimento dei traffici negoziali privo di ostacoli comporta che l'ordinamento inglese preveda, in un certo senso, una minore tutela dei terzi creditori rispetto a quanto accade negli ordinamenti di *civil law*: indicativa in tal senso appare la mancanza di limitazioni per quanto riguarda le obbligazioni garantibili, che possono essere anche future e non ancora insorte tra le parti.

Ad ogni modo, l'entrata in vigore nell'ordinamento di *common law* del *Land Registration Act* del 2002, ha parzialmente posto un argine ai suddetti inconvenienti con la previsione di un'obbligatoria iscrizione nel registro elettronico per qualunque forma di *mortgage* al fine di assicurare la piena opponibilità ai terzi dei diritti reali di garanzia e, di conseguenza, una maggiore certezza delle operazioni giuridiche.

La regolamentazione propria del sistema spagnolo e in quello italiano, al contrario, è sempre stata contraddistinta dalla necessaria presenza di numerosi requisiti formali per la conclusione di contratti reali di garanzia al fine di assicurare ai creditori chirografari un'effettiva conoscibilità in merito all'entità del patrimonio del proprio debitore. Quest'ultimo costituisce, infatti, garanzia generica ai fini del soddisfacimento della loro pretesa e l'eventuale apposizione di garanzie reali, con i conseguenti diritti di prelazione che essi comportano, su beni a lui appartenenti rischierebbe di pregiudicare i loro interessi. Il suddetto rigido formalismo che caratterizza la disciplina degli ordinamenti continentali ha spesso indotto le parti contrattuali ad impiegare figure di alienazione in funzione di garanzia, censurate però dalla giurisprudenza per violazione del divieto di patto commissorio.

Da tali considerazioni, pertanto, emerge come il modello inglese di diritti reali di garanzia si stia progressivamente avvicinando a quelli continentali e viceversa: nel primo, le recenti riforme legislative hanno dimostrato l'intenzione di configurare forme di registrazione delle garanzie che assicurino maggiore certezza nelle operazioni negoziali, così come a lungo suggerito dalla stessa *Law Commission*. Nei secondi, invece, l'evoluzione normativa del settore si sta sviluppando nel senso di una semplificazione della disciplina codicistica, rispondente ad un sistema economico ormai superato. Anche il recente riconoscimento legislativo, e non più soltanto giurisprudenziale, del cosiddetto "patto marciano" rivela una sempre maggiore attenzione alle istanze provenienti, dal un lato, dal mondo imprenditoriale, che reclama agevole ricorso a fonti di finanziamento, e, dall'altro, da quello bancario, che, invece, auspica un rapido soddisfacimento delle proprie pretese con più snelle procedure di escussione della garanzia.

BIBLIOGRAFIA

- G. ADILARDI, *Brevi osservazioni in tema di divieto di patto commissorio, causa concreta del contratto e patto marciano*, in *Giust. civ.*, 2011, I.
- G. ALPA, *I principi generali*, Giuffrè, 1993.
- G. ALPA, *La rinascita del formalismo: aspetti di diritto contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, II.
- G. ALPA, A. FUSARO, *Le metamorfosi del diritto di proprietà, ne' I nuovi confini del diritto privato*, Antezza, 2011.
- Y. ALTUNBAS, L. GAMBACORTA, D. MARQUÉS IBANES, *Securisation and the bank lending channel*, in *Temi di discussione*, Banca d'Italia, novembre 2007.
- S. AMBROSINI, *Il pegno non possessorio ex lege 119/2016*, in *Crisi d'impresa e fallimento*, 3 ottobre 2016.
- V. ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA, G. BRANCA, Libro quarto delle obbligazioni, Art. 2740-2744, Zanichelli, 1945, *sub art.* 2744.
- F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Giuffrè, 1996.
- C. ANGELICI, *Le garanzie bancarie*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di P. RESCIGNO, XII, UTET, 1985.
- L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, *La struttura istituzionale del nuovo diritto comune europeo: competizione e circolazione dei modelli giuridici*, Università degli Studi di Trento, 1996.
- A. ARMADA DE TOMÁS, *Pignoración y prenda de créditos*, in *El derecho.com*, 3 giugno 2014.
- F. AZOFRA VEGAS, *La hipoteca flotante*, Dyckinson, 2015.

- G. BARALIS, *Vendita per ragioni di garanzia e vendita per ragioni di bisogno*, in *Notariato*, 2009, II.
- S. BARBARA, *Circolazione dei beni ed evoluzione del divieto del patto commissorio*, in *Notariato*, 2012, II.
- L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali. Artt. 2740-2744*, in *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, 2010.
- P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Giuffrè, 1969.
- J. BARRON BASKIN, P. J. MIRANTI JR., *Storia della finanza d'impresa*, Laterza, 2000.
- J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, OUP Oxford, 2010.
- E. BETTI, *Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, II.
- C. M. BIANCA, C. SULPASSO, *Comparazione giuridica ed uniformazione delle legislazioni: le garanzie mobiliari*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995.
- C. M. BIANCA, *Diritto civile*, VII, Giuffrè, 2012.
- C. M. BIANCA, *Il divieto di patto commissorio*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1957.
- C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, UTET, 1993.
- S. BIANCHI, *Pegno regolare e irregolare di titoli, patti di rotatività e garanzie finanziarie* (nota a Cass. civ., sez. I, 31 gennaio 2014, n. 2120), in *Corr. giur.*, 2014.
- G. BIBOLINI, *Le garanzie reali e personali ed i contratti bancari*, Giuffrè, 1976.
- A. BISCARDI, *La "lex commissoria" nel sistema delle garanzie reali*, in *Studi in onore di E. Betti*, II, Giuffrè, 1962.
- G. BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, Giuffrè, 1984.

- C. BOTTA, *Vendita, accordo di retrovendita e divieto del patto commissorio*, in *Notariato*, 2010.
- A. J. BOYLE, *The validity of automatic crystallisation clauses*, in *Journal of business law*, 1979.
- A. BRAUN, *Giudici e accademia nell'esperienza giuridica inglese. Storia di un dialogo*, Il Mulino, 2006.
- E. BRIGANTI, D. VALENTINO, *Le vicende delle obbligazioni. La circolazione del credito e del debito*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, a cura di P. PERLINGIERI, III, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007.
- E. BRODI, *Il sistema delle garanzie in Italia: una lettura economica delle disposizioni in materia di privilegio, pegno e ipoteca*, in *Questioni di economia e finanza*, n. 356, settembre 2016.
- G. BROGGINI, *Le garanzie nei contratti internazionali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2000, I.
- R. BROGI, *D.L. 59/2016: prime annotazioni sul pegno mobiliare non possessorio*, in www.quotidianogiuridico.it, 6 maggio 2016.
- B. BRUGI, *Patto commissorio ex intervallo*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, II.
- G. B. BRUNO, *La garanzia "fluttuante" nell'esperienza giuridica inglese e italiana*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1986, I.
- E. BURN, J. CARTWRIGHT, *Modern law of real property*, OUP Oxford, 2011.
- A. BUSANI, *Con il pegno non possessorio più chances per i creditori*, in www.quotidianofisco.ilsole24ore.com, 6 maggio 2016.
- M. BUSSANI, *Il contratto di lease back*, in *Contr. e impr.*, 1986.
- M. BUSSANI, *Il diritto delle garanzie reali nella prospettiva transnazionale*, in *Studi in onore di Piero Schlesinger*, Giuffrè, 2004.

- M. BUSSANI, *Il modello italiano delle garanzie reali*, in *Contr. e impr.*, 1997, I.
- M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, Giappichelli, 2000.
- M. BUSSANI, U. MATTEI, *The common core approach to the European private law*, in 3 *Columbia Journal of European Law*, 1997-1998.
- A. BUTERA, *Il patto commissorio nel mutuo ipotecario*, in *Giur. It.*, 1918, I.
- C. CACCAVALLE, *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *Tratt. del contratto*, a cura di V. ROPPO, Giuffrè, 2006.
- S. CAMPIDELLI, G. DI MARCO, *Convertito in legge il Decreto banche: pregi e criticità del pegno mobiliare non possessorio*, in *Quotidiano Giuridico*, 30 giugno 2016.
- G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, vol. III, UTET, 2013.
- A. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari: modelli e problemi nella prospettiva europea*, Giuffrè, 2001.
- J. I. CANLE FERNÁNDEZ, *Consideraciones sobre la hipoteca flotante: el nuevo artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria*, RCDI, 2011, n. 723.
- E. CARBONE, *Debitoris suffocatio e patto commissorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012.
- F. CARINGELLA, *Divieto del patto commissorio “autonomo”: nuovi confine e nodi ancora al pettine*, in *Corr. giur.*, 1995.
- F. CARINGELLA, L. BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, Dike Giuridica Editrice, 2013.
- F. CARNELUTTI, *Mutuo pignoratizio e vendita con patto di riscatto*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, II.
- F. CARNELUTTI, *Note sul patto commissorio*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, II.
- U. CARNEVALI, *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Giuffrè, 1982.

- A. F. CARRASCO PERERA, E. CORDERO LOBATO, M. J. MARÍN LÓPEZ, *Constitución y objeto de la prenda posesoria*, in *Tratado de los derechos de garantía*, Aranzadi Editorial, 2002.
- A. F. CARRASCO PERERA, E. CORDERO LOBATO, M. J. MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los derechos de garantía*, Aranzadi Editorial, 2002.
- T. CARRETERO GARCIA, *Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión*, *Revista de los Tribunales*, 1955.
- P. CARRIERE, *La nuova normativa sui contratti di garanzia finanziaria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2005, II.
- B. CASSANDRO SULPASSO, *Comparazione giuridica ed uniformazione della legislazione: le garanzie mobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II.
- S. CHERTI, *Prime note sulle modifiche alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *Corr. giur.*, 2015.
- A. CHIANALE, *I diritti reali: l'ipoteca*, in *Tratt. dir. civ.*, a cura di R. SACCO, VI, UTET, 2010.
- A. CHIANALE, *Ipoteca*, in *Dig. IV disc. priv.*, X, UTET, 1993.
- A. CHIANALE, *L'inutilità dell'ipoteca nel "prestito vecchietti"*, in *Notariato*, 2016.
- G. CHINÈ, *Il pegno rotativo tra realtà e consensualità*, in *Giur. It.*, 1996, I, 2.
- G. P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, I, F.lli Bocca Editori, 1917.
- A. CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Giuffrè, 1948.
- N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.
- G. E. COLOMBO, *Pegno bancario: le clausole di estensione, la prova della data*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1982, I.
- G. COSTANTINO, A. JANNARELLI, *Commento alla legge 24 luglio 1985, n. 401*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1986.

- M. COSTANZA, *Sulle alienazioni in garanzia e il divieto del patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 1989, I.
- E. COUSINS, *Law of Mortgages*, Sweet & Maxwell, 2001.
- L. COVIELLO, *Delle ipoteche*, Società Editrice del “Foro Italiano”, 1936.
- S. COWAN, A. CLARK, G. GOLDBERG, *Will english Romalpa clauses become registrable securities?*, in *The Cambridge Law Journal*, 1995, vol. 54.
- G.R. CROCE, *La cessione di crediti a scopo di garanzia*, in *Garanzie reali e personali nei contratti bancari*, a cura del CIDIS, Giuffrè, 1976.
- G. D’AMICO, *Alienazioni a scopo di garanzia, ne’ I contratti per l’impresa*, a cura di G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI, Il Mulino, 2012.
- M. DANUSSO, *Patto commissorio e vendita a scopo di garanzia*, in *Giur. it.*, 1984, I.
- P. DAVIES, L. GOWER, *Principles of modern company law*, Sweet & Maxwell, 1997.
- R. L. DEAN, *Automatic crystallisation of a floating charge*, in *Law Institute Journal*, 1984.
- F. DE FRANCHIS, *Dizionario Giuridico Inglese-Italiano*, Giuffrè, 1984.
- P. DE PABLO CONTRERAS, *Hipoteca, su ejecución y dación en pago*, Cizur Menor, 2014.
- P. DEL POZO CARRASCOSA, A. VAQUER ALOY, E. BOSH CAPDEVILA, *La prenda*, in *Derecho Civil de Cataluña. Derechos Reales*, Marcial Pons, 2009.
- F. DELL’ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004.
- G. DE NOVA, *Il lease-back*, in *Riv. it. leasing*, 1987, III.

- M. E. D'ORIO, *Un trust a garanzia di un prestito obbligazionario. Percorsi e tendenze nella dottrina sui trusts*, in *Giur. comm.*, 1998, I.
- L. DÍEZ PICAZO, A. GULLÓN, *Sistema de derecho civil: derechos reales en particular*, tomo III, vol. II, Tecnos, 2016.
- M. R. DI GIAMBATTISTA, *Tem e problemi sull'ipoteca cambiaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1999.
- G. DI ROSA, *L'operazione di sale and lease back tra normotipo astratto e fattispecie concreta*, in *Riv. dir. civ.*, 2015.
- M. DIXON, *The reform of property law and the Land Registration Act 2002: a risk assessment*, in *Conv. Prop. Lawyer*, 2003.
- A. DOLMETTA, *Cessione dei crediti*, in *Dig. disc. priv.*, II, UTET, 1988.
- A. DOLMETTA, G. B. PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999.
- A. DOLMETTA, *La clausola di pegno omnibus*, in *Riv. dir. banc.*, 2014, II.
- E. P. ELLINGER, *Modern banking law*, Oxford press, 1987.
- E. ENRIETTI, *Patto commissorio ex intervallo*, in *Riv. dir. priv.*, 1939, I.
- D. FARACE, *Prestito vitalizio ipotecario*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, 2006.
- J. H. FARRAR, *Company Law*, Butterworths Law, 1998.
- J. FARRÉS, S. AGÜERA, *Estrategias para la ejecución de prendas sobre derechos de crédito en financiaciones de proyectos*, in *La Ley*, 2014, n. 8378.
- M. R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, 2008.
- E. FERRARI, *I floating charges e le garanzie del credito all'impresa*, in *Riv. not.*, 1996.

- G. FERRARINI, *La locazione finanziaria*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di P. RESCIGNO, XI, UTET, 1984.
- F. FIORENTINI, *Appunti sull'integrazione europea in materia di garanzie immobiliari*, in *I contratti di finanziamento e le garanzie reali nella prospettiva europea*, a cura di M. BUSSANI, F. FIORENTINI, Università degli Studi di Trieste, 2003.
- F. FIORENTINI, *Il mortgage immobiliare nel diritto inglese*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, a cura della Fondazione italiana del Notariato, maggio 2016.
- F. FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie reali*, in *Notariato*, 2006.
- F. FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie reali nella prospettiva comparatistica*, in *Europea e diritto privato*, 2006, III.
- F. FIORENTINI, *Le garanzie immobiliari in Europa. Studio di diritto comparato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009.
- F. FIORENTINI, *Le garanzie reali atipiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2000.
- W. FISCHER, J. LIGHTWOOD, *Law of Mortgage*, Butterworths Law, 2010.
- H. W. FLEISING, N. DE LA PEÑA, M. SAFAVIAN, *Reforming collateral laws to expand access to finance*, World Bank, 2006.
- M. FRAGALI, *Garanzia*, in *Enc. dir.*, XVIII, Giuffrè, 1969.
- A. FRIGNANI, *La securitization come strumento di smobilizzo dei crediti di massa (profili di diritto comparato europeo)*, in *Foro it.*, 1995, V.
- A. FUSARO, *Il contributo della prassi al sistema vigente dei diritti reali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II.
- A. FUSARO, *Il credito ipotecario in ambito europeo e l'Euroipoteka*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II.

- A. FUSARO, *Il diritto europeo delle ipoteche immobiliari: novità e prospettive*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, I.
- A. FUSARO, *Il numero chiuso dei diritti reali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, III.
- A. FUSARO, *Il prestito vitalizio ipotecario in prospettiva comparatistica*, in *Notariato*, 2017, II.
- A. FUSARO, *Le garanzie immobiliari nella prassi notarile*, in *Notariato*, 2009, III.
- A. FUSARO, *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica*, Giappichelli, 2015.
- E. GABRIELLI, *Autonomia privata e diritto comune europeo delle garanzie mobiliari*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995.
- E. GABRIELLI, *I contratti di garanzia*, in *Trattato dei contratti*, a cura di P. RESCIGNO, E. GABRIELLI, UTET, 2007.
- E. GABRIELLI, *Contratti di garanzia finanziaria*, in *Dig. disc. priv.*, UTET, 2007.
- E. GABRIELLI, *I negozi costitutivi di garanzie reali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1996, I.
- E. GABRIELLI, *Il pegno*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di R. SACCO, V, UTET, 2005.
- E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, CEDAM, 1990.
- E. GABRIELLI, *Le garanzie rotative, ne' I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, a cura di F. GALGANO, UTET, 1995.
- E. GABRIELLI, *Sulle garanzie rotative*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1998.
- F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, I, CEDAM, 2010.
- A. GAMBARO, *Property*, in *Property-Propriété-Eigentum*, a cura di A. CANDIAN, A. GAMBARO, B. POZZO, CEDAM, 1992.

- A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati. Trattato di diritto comparato*, UTET, 2008.
- E. GALANTI, *Garanzia non possessoria e controllo della crisi d'impresa: la floating charge e l'administrative receivership*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 51, gennaio 2000.
- A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, Giuffrè, 1995.
- A. GAMBARO, *Il trust in Italia e Francia*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, a cura di P. CENDON, Giuffrè, 1994.
- S. GATTI, *Il credito su pegno*, Giuffrè, 2002.
- F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009.
- V. GENTILI, *L'ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1998.
- C. GIANNOTTI, *La cartolarizzazione dei crediti: rischi e regolamentazione*, Franco Angeli, 2004.
- F. GIGLIOTTI, *Sull'ammissibilità della cessio in securitatem (tra preclusioni tradizionali, nuove suggestioni normative e prospettive de iure condendo)*, in *Ordines*, 2015.
- S. GISOLFI, *Il punto sull'ammissibilità del patto di rotatività nel pegno*, in *Notariato*, 2006.
- R. GOLIA, *Manuale di diritto ipotecario*, Giuffrè, 1971.
- F. J. GÓMEZ GÁLLIGO, *Principios generales de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley de Regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero*, in *Jornadas sobre la Ley por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario*, Fundación Registral, 2008.
- M. GONZÁLES MENESES, C. RODRÍGUEZ, *Un mundo de oportunidades: se buscan inversores para participar en operaciones usurarias*

- de refinanciación hipotecaria*, en *El Notario del Siglo XXI*, n. 10, 2006.
- L. C. GONZÁLES SERRANO, *Análisis de las novedades introducidas por la Ley 1/2013 en el procedimiento de ejecución hipotecaria en relación con cláusulas abusivas*, in www.notariosyregistradores.com, 2014.
 - R. GOODE, *A Credit Law for Europe?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 23, 1974.
 - R. GOODE, *Commercial law*, Butterworths, 1982.
 - R. GOODE, *Legal problems of credit and security*, Sweet & Maxwell, 2013.
 - R. GOODE, *Proprietary Rights and Insolvency in Sales Transactions*, Sweet & Maxwell, 1989.
 - R. GOODE, *Reverberations from Romalpa*, in *The Times*, 11 may 1977.
 - G. GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione*, Giuffrè, 1935.
 - G. GORLA, P. ZANELLI, *Del pegno. Delle ipoteche*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA, G. BRANCA, Zanichelli, 1992.
 - W. J. GOUGH, *Company charges*, Butterworths Law, 1978.
 - A. GOURIO, *L'hypothèque rechargeable*, in *Revue de droit bancaire et financier*, 2006.
 - G. GRISI, *Forme e modelli di garanzia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997.
 - A. GROSSI, *La direttiva 2002/47/CE sui contratti di garanzia finanziaria*, in *Europa e dir. priv.*, 2004.
 - A. GUARINO, *Istituzioni di diritto romano*, Jovene, 2006.
 - A. GUARNERI, *Il pegno si adatta ai prosciutti*, in *Corriere giur.*, 1985.
 - L. GUGLIELMUCCI, *L'ipoteca cambiaria come garanzia extracartolare*, Giuffrè, 1966.
 - L. GUGLIELMUCCI, *Questioni in tema di ipoteca cambiaria, ne' I titoli di credito*, Giuffrè, 1980.

- C. HARPUM, J. BIGNELL, *Registered Land. Law and practice under the Land Registration Act 2002*, Jordans, 2004.
- W. S. HOLDWORTH, *An historical introduction to the land law*, Oxford press, 1927.
- J. HOUGHTON, L. LIVESEY, *Mortgage conditions: old law for a new century?*, in *Modern Studies in Property Law*, Cooke, I, 2001.
- M. IACUANIELLO BRUGGI, *Patto commissorio*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXII, 1990.
- J. B. JORDANO, *La nuova legge sull'ipoteca mobiliare e prenda sin desplazamiento*, in *Bollettino informativo dell'Istituto giuridico spagnolo*, 1955.
- E. KEMPSON, C. WHYLEY, *Extortionate credit in the U.K. A report by the DTI*, PFRC, june 1999.
- E. M. KIENINGER, *Security Rights in Movable Assets in European Private Law*, Cambridge, 2004.
- F. LAMANNA, "Decreto banche": *ipertutela del credito e ritocchi telematici alla legge fallimentare*, ne' *Il Civilista*, Giuffrè, 2016.
- U. LA PORTA, *Il trasferimento delle aspettative*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995.
- U. LA PORTA, *La causa del trasferimento del credito, gli effetti preliminari e la disposizione del diritto futuro*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998.
- G. LAURINI, *Sulla clausola di estensione della garanzia ai crediti futuri ed indeterminabili*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1967, I.
- F. H. LAWSON, B. RUDDEN, *The Law of Property*, Oxford Press, 2002.
- C. LICINI, *Le tecniche moderne di garanzia nella prassi notarile*, in *Notariato*, 1996.
- V. LOJACONO, *Il patto commissorio*, Giuffrè, 1952.

- M. A. P. LUCÁN, *Los principios generales de la Ley 41/2007 de 7 de diciembre, de modificación de la Ley del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario*, in www.codigo-civil.info/nulidad/docannexephp, 2007.
- A. LUMINOSO, *La compravendita*, Giappichelli, 1998.
- A. LUMINOSO, *Lease back, mercato e divieto del patto commissorio*, in *Giur. comm.*, 2000, I.
- A. LUNETTA, *Divieto del patto commissorio, contratto di “sale and lease back” e autonomia privata*, in *Dir. civ. cont.*, 22 gennaio 2016.
- M. LUPOI, *Appunti sulla real property e sul trust nel diritto inglese*, Giuffrè, 1971.
- M. LUPOI, *Trusts*, Giuffrè, 1997.
- F. MACARIO, *Circolazione e cessione dei diritti in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 2006.
- C. MAIORCA, *Ipoteca (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, UTET, 1957, IX.
- C. MAIORCA, *Note sulla connessione tra ipoteca e credito*, in *Riv. Dir. Ipot.*, 1962.
- P. MAJA, *Derecho civil III (Derecho inmobiliario y registral)*, in ocw.es/material/4998/raw.
- U. MALVAGNA, *Sulle clausole di rotatività nel pegno: funzione «conservativa» del valore della garanzia e strutture decisionali delle sostituzioni*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, III.
- T. MANCINI, *La cessione dei crediti*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di P. RESCIGNO, IX, UTET, 1984.
- R. J. MANN, *Explaining the Pattern of Secured Credit*, in *110 Harvard law review* 625, 1997.
- G. O. MANNELLA, G. C. PLATANIA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, nei *Quaderni del Notariato*, Ipsoa, 2016, n. 35.

- P. MARINO, *La cessione dell'ipoteca*, in *Vita notarile*, 1980.
- S. MARKS, *The Land Registration Act*, in *New Law Journal*, 5 April 2002, 152(492).
- C. MARSEGLIA, *La disciplina dell'ipoteca nel diritto privato comparato*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, a cura della Fondazione italiana del Notariato, maggio 2016.
- J. L. MARTÍNEZ GIL VICH, *Privilegio exorbitante. La hipoteca flotante*, in *El Notario del siglo XXI*, n. 18, 2008.
- F. MARTORANO, *Cauzione e pegno irregolare*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, I.
- U. MATTEI, *Common law. Il diritto anglo-americano*, UTET, 1992.
- G. MCCORMACK, *Protection of surety guarantees in England-Prophylactic and procedure*, in *Protection of non-professional sureties in Europe: formal and substantial disparity*, A. Colombi Ciacchi Edizioni, 2007.
- R. MEGARRY, W. WADE, *The Law of real property*, Sweet & Maxwell, 2000.
- P. MELUCCI, *Il sistema ipotecario*, Pironti Editore, 1912.
- U. MIELE, *Sul patto commissorio immobiliare*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, II.
- G. MILLOZZA, *Considerazioni sul "pegno generale" e sulla data certa dell'atto costitutivo del pegno*, in *Fallimento*, 1981.
- G. F. MINNITI, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I.
- A. MONTEL, *Introduzione allo studio dei diritti reali di garanzia*, in *Riv. Dir. Ipot.*, 1963.
- A. MONTEL, *Pegno (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. It.*, XII, UTET, 1957.

- U. MORELLO, *Frode alla legge*, Giuffrè, 1969.
- U. MORELLO, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, in *Trattato dei diritti reali*, a cura di A. GAMBARO, U. MORELLO, I, Giuffrè, 2008.
- P. C. MÜLLER GRAFF, *Common Private Law in the European Community*, in B. DE WITTE, C. FORDER (eds.), *The Common Law of Europe and the Future of Legal Education*, Kluwer, 1992.
- S. NASARRE AZNAR, *Eurohypothec & Eurotrust. Two instruments for a true European mortgage market after the EC White Paper 2007 on the Integration of EU mortgage markets*, in *Zerp Diskussionspapier*, 2008, II.
- M. NATALE, *Lease-back e strutture utili di patto marciano*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, V.
- U. NATOLI, *Il possesso*, Giuffrè, 1992.
- R. NICOLÓ, *Del concorso dei creditori e delle cause di prelazione*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA, G. BRANCA, Zanichelli, 1962.
- R. NICOLÒ, *Deposito cauzionale e titoli di credito: effetto traslativo*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, I.
- G. OBERTO, *Vendita con patto di riscatto, divieto del patto commissorio e contratto di lease back*, in *Quadrimestre*, 1984, I.
- M. ORLANDO, *Prime riflessioni sul DL 59/2016 (c.d. “Decreto Banche”)*, in www.ilfallimentarista.it, 9 maggio 2016.
- S. PAGLIANTINI, *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della direttiva 2014/17/UE*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015.
- M. D. PANFORTI, *La vendita immobiliare nel sistema inglese*, Giuffrè, 1992.
- V. PANUCCIO, *Cessione di diritti*, in *Enc. Dir.*, VI, Giuffrè, 1960.

- V. PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Giuffrè, 1955.
- G. PANZARINI, *Lo sconto dei crediti e dei titoli di credito*, Giuffrè, 1984.
- A. PAVONE LA ROSA, *La cambiale*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, a cura di A. CICU, F. MESSINEO, Giuffrè, 1982.
- R. R. PENNINGTON, *The genesis of the floating charge*, MLR, 1960.
- P. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA, G. BRANCA, Zanichelli, 1982.
- P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001.
- N. PICARDI, *Pubblicità immobiliare*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXV, 1991.
- P. PICCOLI, *I trusts e figure affini in diritto civile. Analogie e differenze*, in *Vita notarile*, 1998, II.
- P. PISCITELLO, *Costituzione in pegno di beni dell'impresa e spossesamento*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, II.
- P. PISCITELLO, *Le garanzie bancarie flottanti*, Giappichelli, 1999.
- G. B. PORTALE, *Le garanzie bancarie internazionali*, Giuffrè, 1989.
- C. M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, UTET, 1956.
- S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950.
- I. RADOCCIA, *La ratio del divieto del patto commissorio*, in *Giur. Merito*, 1997, IV.
- G. RAGUSA MAGGIORE, *Contratto di "sale and lease back" e nullità della vendita per divieto di patto commissorio*, in *Dir. fall.*, 1989, II.
- A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, a cura di A. CICU, F. MESSINEO, Giuffrè, 2006.
- F. REALMONTE, *Il pegno*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di P. RESCIGNO, XIX, UTET, 1997.

- F. REALMONTE, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, in *Foro it.*, 1989, I.
- M. RESCIGNO, *Titoli rappresentativi e circolazione delle merci*, Giuffrè, 1992.
- S. RIGAMONTI, *Il ricorso alle garanzie nella concessione del credito: un'indagine su dati aggregati*, in *Le garanzie nel credito alle imprese. Funzione economica, disciplina giuridica ed evidenze empiriche*, a cura di L. CAPRIO, G. PRESTI, Giappichelli, 2001.
- V. ROPPO, *Diritto privato*, Giappichelli, 2012.
- V. ROPPO, *Il divieto di patto commissorio*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di P. RESCIGNO, XIX, UTET, 1985.
- V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di P. RESCIGNO, XIX, UTET, 1997.
- V. ROPPO, *Note sopra il divieto di patto commissorio*, in *Notariato*, 1981.
- V. ROPPO, *Par condicio creditorum. Sulla posizione e sul ruolo del principio di cui all'art. 2741 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1981, I.
- D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, a cura di A. CICU, F. MESSINEO, Giuffrè, 1971.
- D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, UTET, 1956.
- T. RUMI, *La nuova disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *Contratti*, 2015.
- N. SALANISTRO, *Le banche e i contratti bancari*, in *Tratt. dir. civ.*, a cura di F. VASSALLI, UTET, 1983.
- C. SALINAS, *Il pegno "omnibus"*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I.
- V. SANTARSIERE, *"Sale and lease back" per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela*, in *Arch. civ.*, 1997.
- A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Edizioni scientifiche italiane, 1999.

- P. SCHLESINGER, *Il “primato” del credito*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I.
- P. SCHLESINGER, *Uguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Riv. dir. proc.*, 1995.
- O. T. SCOZZAFAVA, *Note in tema di alienazione a scopo di garanzia*, in *Contratto e impresa*, 2006.
- G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, in *Trattato dir. civ.*, a cura di R. SACCO, UTET, 2011.
- M. SOLDAN, *Diritto di ritenzione e realizzo nel contratto di deposito titoli in amministrazione. Le garanzie atipiche e il pegno bancario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, VI.
- U. STEFINI, *La cessione di credito con scopo di garanzia*, CEDAM, 2007.
- G. TAMBURRINO, *Della tutela dei diritti. Delle ipoteche.*, in *Commentario del codice civile*, UTET, 1976.
- G. U. TEDESCHI, *La cambiale*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di P. RESCIGNO, UTET, 1985.
- A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, a cura di F. ANELLI, C. GRANELLI, Giuffrè, 2015.
- G. TRAPANI, *Il cosiddetto “pegno mediante compossesso” e il pegno senza spossessamento*, Giuffrè, 1963.
- R. TRIOLA, *Il problema della liceità del cosiddetto “patto commissorio obbligatorio”*, in *Giur. agraria it.*, 1989, II.
- R. TRIOLA, *Vendita con patto di riscatto e divieto del patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 1988, I.
- G. TUCCI, *Garanzia*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, UTET, 1992.
- G. TUCCI, *Garanzie sui crediti dell’impresa e tutela dei finanziamenti*, Giuffrè, 1974.

- G. TUCCI, *Le norme per l'esercizio di particolari operazioni di credito: la nuova disciplina dei privilegi nel finanziamento alle imprese*, in *Banca, impr. soc.*, 1993.
- R. W. TURNER, *The equity of redemption*, Cambridge University Press, 2013.
- R. URIA, *Derecho mercantil*, Marcial Pons, 1960.
- B. VARI, *La riforma dell'ipoteca convenzionale in Francia*, in *Riv. dir. civ.*, 2009.
- C. VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Jovene, 1968.
- A. VEIGA COPO, *Prenda omnibus, prenda rotativa de acciones y garantía flotante*, in *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2001, n. 82.
- M. VIALE, *Le garanzie bancarie*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, a cura di F. GALGANO, XVIII, CEDAM, 1994.
- D. VITTORIA, *Pegno, II) Pegno irregolare*, in *Enc. giur.*, XXII, Treccani, 1990.
- M. VITUCCI, *La securitisation: aspetti normativi*, in *Quaderni di studi europei*, 2003.
- C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, IV, Casa Editrice Francesco Vallardi, 1916.
- R. VOLANTE, *Mortgage credit contracts and the Green Paper on mortgage credit- controls on transparency and fairness*, in *Ercl*, 2007.
- P. ZANELLI, *Considerazioni di interesse notarile in tema di ipoteca: flessibilità e altre innovazioni*, in *Contr. e impr.*, 1998, II.
- M. ZANOTELLI, *Beni mobili e immateriali: pegno non possessorio "a tutto campo"*, in *Guida normativa - Il Sole 24 Ore*, luglio 2016.

- R. ZIMMERMANN, *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi (il diritto privato europeo e le sue basi storiche)*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, VI.

GIURISPRUDENZA ITALIANA

- Cass. civ., sez. I, 31 marzo 1950, n. 884 in *Foro it.*, 1950, I.
- Cass. civ., 4 agosto 1950, n. 2373, in *Giur. it.*, 1951, I.
- Cass. civ., sez. II, 27 novembre 1951, n. 2696, in *Foro it.*, 1952, I.
- Trib. Roma, 31 luglio 1952, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1952, II, con nota di D. RUBINO, *Determinatezza e determinabilità del credito garantito nella costituzione di pegno*.
- Cass. civ., sez. I, 28 marzo 1956, n. 892, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1956, II.
- Cass. civ., sez. II., 21 luglio 1956, n. 2828, in *Foro it.*, 1956.
- Cass. civ., sez. I, 30 ottobre 1956 n. 4057, in *Riv. dir. comm.*, 1958, II.
- Cass. civ., sez. I, 5 aprile 1960, n. 776, *Foro pad.*, 1961, I, p. 49, con nota di C. M. BIANCA, *Forme tipiche di vendita e violazione del divieto di patto commissorio nell'alienazione*.
- Cass. civ., sez. III, 17 maggio 1962, n. 1110, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1963, II.
- Trib. Nuoro, 25 gennaio 1963, in *Foro pad.*, 1964, I.
- Cass. civ., sez. I, 30 marzo 1967, n. 689, in *Giur. it.*, 1968, I, p. 52.
- Cass. civ., sez. I, 19 giugno 1972, n.1927, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1973, II.
- App. Torino, 1 aprile 1974, in *Giur. it.*, 1974, I.
- App. Trento, 18 febbraio 1975, in *Giur. merito*, 1975, I.
- Trib. Milano, 23 ottobre 1975, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1977, II.
- Cass. civ., sez. I, 13 aprile 1977, n. 1380, in *Giust. Civ.*, 1977, I.
- Cass. civ., sez. I, 16 novembre 1978, n. 5286, in *Giur. it.*, 1979, I.

- Cass. civ., sez. II, 14 dicembre 1978, n. 5967, in *Arch. Civ.*, 1979.
- Trib. Trieste, 5 dicembre 1980, in *Fallimento*, 1981.
- Cass. civ., sez. II, 14 aprile 1981, n. 2245, *Riv. dir. civ.*, 1981, voce “Vendita”, n. 73.
- Cass. civ., sez. III, 3 giugno 1983, n. 3800, in *Nuova. Giur. Civ. Comm.*, 1985, I, con nota di V. ROPPO.
- Cass. civ., sez. II, 12 dicembre 1986, n. 7385, in *Giur. it.*, 1988, I.
- App. Torino, 11 dicembre 1987, in *Giur. it.*, 1988, II.
- App. Firenze 20 dicembre 1988, in *Dir. fall.*, 1989, II, con nota di M. BRONZINI, *La cessione di credito e il fallimento*.
- Cass. civ., S.U., 3 aprile 1989, n. 1611, in *Foro it.*, 1989, I, con nota di G. VALCAVI, *Intorno al divieto del patto commissorio, alla vendita simulata a scopo di garanzia, al negozio fiduciario*.
- App. Milano 31 ottobre 1989, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1991, II.
- Cass. civ., sez. II, 16 agosto 1990, n. 8325, in *Giur. it.*, 1991, I.
- Cass. civ., sez. II, 27 febbraio 1991, n. 2126, in *Giur. it.*, 1992, I.
- Trib. Cagliari, 4 marzo 1991, in *Corr. giur.*, 1994, con nota di G. RENNA, *Ripporto e patto commissorio*.
- Cass. civ., sez. I, 6 marzo 1991, n. 2343, in *Foro it.*, 1991, I.
- Cass. civ., sez. II, 19 settembre 1992, n. 10749, in *Giust. civ.*, 1993, I.
- Cass. civ., sez. I, 23 marzo 1994, n. 2786, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I.
- Cass. civ., sez. II, 27 settembre 1994, n. 7878, in *Notariato*, 1995.
- Cass. civ., sez. I, 6 ottobre 1995, n. 10521, in *Giust. civ.*, 1996, I.
- Cass. civ., sez. II, 4 marzo 1996, n. 1657, in *Notariato*, 1996 con nota di E. S. RICHTER, *Vendita con patto di riscatto e frode alla legge*.
- Cass. civ., sez. II, 4 novembre 1996, n. 9540, in *Notariato*, 1998.
- Trib. Milano, decreto 27 dicembre 1996, in *Società*, 1997, con nota di S. LENER e G. B. BISOGNI.

- Cass. civ., sez. III, 10 febbraio 1997, n. 1233, in *Notariato*, 1998.
- Cass. civ., sez. II, 11 febbraio 1998, n. 1396, in *Notariato*, 1998.
- Cass. civ., sez. I, 28 maggio 1998, n. 5264, in *Giust. civ.*, 1998, I, con nota di F. MAIMERI, *Pegno rotativo: la dottrina ispira la Cassazione. Prime osservazioni.*
- Cass. civ., sez. II, 29 agosto 1998, n. 8624, in *Foro it.*, 1999, I.
- Trib. Udine, 21 settembre 1998, in *Foro pad.*, 1999, I.
- Cass. civ., sez. I, 27 settembre 1999, n. 10685, in *Giust. civ.*, 2000, V.
- Cass. civ., sez. II, 23 ottobre 1999, n. 11924, in *Mass. giust. civ.*, 1999.
- Trib. Ivrea, 28 luglio 2000, in *Foro it.*, 2000, I.
- Cass. civ., sez. II, 3 aprile 2000, n. 3997, in *Mass. giust. civ.*, 2000.
- Cass. civ., sez. III, 10 novembre 2000, n. 14637, in *Contratti*, 2001.
- Cass. civ., S. U., 14 maggio 2001, n. 202, in *Foro it.*, 2001, I.
- Trib. Bologna, 1° ottobre 2003, n. 4545, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2004.
- Cass. civ., sez. I, 11 novembre 2003, n. 16914, in *Foro it.*, 2004, I.
- Cass. civ., sez. I, 5 marzo 2004, n. 4520, in *Mass. giust. civ.*, 2004, III.
- Cass. civ., sez. III, 21 luglio 2004, n. 13580, in *Dir. giust.*, 2004, 41, con nota di G. CASSANO, *Il leasing di ritorno è legittimo? Dipende dalle intenzioni delle parti.*
- Cass. civ., sez. II, 15 settembre 2004, n. 18655, in *Mass. giust. civ.*, 2004.
- Cass. civ., sez. I, 6 novembre 2006, n. 23624, in *Notariato*, 2006.
- Cass. civ., sez. I, 6 novembre 2006, n. 23669, in *Mass. Giust. civ.*, 2006.
- Cass. civ., sez. III, 22 marzo 2007, n. 6969, in *Contratti*, 2008, con nota di F. ARCARI, *Indici di anomalia del sale and lease back.*
- Cass. civ., sez. II, 11 giugno 2007, n. 13621, in *Giust. civ.*, 2007, I.

- Cass. civ., sez. I, 12 giugno 2009, n. 13734, in *www.cortedicassazione.it*.
- Cass. civ., sez. II, 7 settembre 2009, n. 19288, in *Notariato*, 2009.
- Cass. civ., S.U., 5 luglio 2011, n. 14650, in *Studium Iuris*, 2012.
- Cass. civ., sez. II, 9 maggio 2013, n. 10986, in *Vita not.*, 2013.
- Cass. civ., sez. I, 14 febbraio 2014, n. 3555, in *Corr. giur.*, 2014.
- Cass. civ., sez. I, 17 febbraio 2014, n. 3674, in *www.dirittoegiustizia.it*, 2014.
- Cass. civ., sez. III, 8 luglio 2014, n. 15486, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I.
- Cass. civ., sez. I, 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Notariato*, 2015.
- Cass. civ., sez. I, 1 luglio 2015, n. 13508, in *www.dirittoegiustizia.it*, 2 luglio 2015.
- Cass. civ., sez. II, 19 novembre 2015, n. 23670, in *www.dirittoegiustizia.it*, 20 novembre 2015.
- Cass. civ., sez. I, 22 dicembre 2015, n. 25796, in *Mass. giust. civ.*, 2016, I.

GIURISPRUDENZA STRANIERA

- *Holroyd vs. Marshall*, in (1862) CHL 191.
- *Re Panama, New Zealand and Australian Royal Mail Company*, in (1870), 5 Ch App., 318.
- *Campbell vs. Holyland*, in (1877), 7 Ch.D. 166, 171.
- *Farrar vs. Farrars Ltd*, in (1888), 40 Ch. D. 395, 409.
- *Hodson vs. Deans*, in (1903) 2 Ch. 647.
- *Re Yorkshire Woolcombers Association Ltd.*, in (1903), 2 Ch. 284.
- *Aluminium Industrie Vaassen B.V. vs. Romalpa Aluminium Ltd*, in (1976), 1 WLR 676.
- *Palk vs. Mortgage Services Funding Plc*, in (1993), Ch. 330, 338.

- *AIB Finance Ltd vs. Debtors*, in (1998), 2 All ER 929.
- *Lloyds Bank plc vs. Darley and another*, in (1998) CA (civil div.).
- *Barclays Bank plc vs. Boulter and another*, in (1999), 4All ER 513 (HL).
- *Medforth vs. Blake*, in (1999), All ER 97.
- *Yorkshire Bank plc vs. Hall*, in (1999), 1 WLR, 1713, 1728.
- *Levin vs. Johnson*, in (2002) EWCA Civ., 1138.
- *Yorkshire Bank plc vs. Tinsley*, in (2004), 1 WLR 2380, CA (civil div.).

RINGRAZIAMENTI

Giunta al termine di questo mio percorso, intendo ringraziare le persone che ne hanno reso possibile il compimento:

innanzitutto, il Professor Notaio Andrea Fusaro, per l'eccezionale competenza, la costante disponibilità e la preziosa opera di indirizzo alla base di questo lavoro;

la Dottoressa Giorgia Corsi, per la pazienza, l'ineccepibile supervisione e gli insegnamenti "da sorella maggiore" senza i quali questo elaborato non sarebbe giunto al termine;

la mia famiglia, fonte inesauribile di aiuto ed incoraggiamento anche nei momenti più difficili;

un grazie speciale va a Lollo ed agli "Zuristi", che hanno saputo stare al mio fianco e condividere con me questi intensissimi cinque anni.