

TRATTATO DI DIRITTO PRIVATO

a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti

ANGELO CHIANALE

**LE GARANZIE
REALI**



GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

PREMESSA

Scrivere un volume sulle *garanzie reali* per un trattato di diritto privato è diventato difficile perché non si sa con esattezza quali istituti presentare. Sino a una ventina di anni or sono la disposizione dell'art. 2741, co. 2, c.c. sarebbe stata una guida indiscussa e l'esposizione avrebbe coperto le cause di prelazione previste da quella norma, cioè soltanto privilegi, pegno e ipoteche. Al più si sarebbe aggiunta la cessione di crediti in garanzia e si sarebbero notate la strana moltiplicazione dei privilegi convenzionali e la curiosa presenza del pegno senza spossessamento su prosciutti e formaggi. Invece ora l'ordinamento italiano ha visto comparire per decreto legge — ve ne era proprio necessità e urgenza? dopo due anni ancora manca il decreto di attuazione — il pegno non possessorio, la Cassazione ha riconosciuto l'*effetto salvifico* della pattuizione marciata nelle alienazioni in garanzia, il legislatore ha adottato la direttiva europea sui contratti di garanzia finanziaria e ha forgiato senza sosta — e purtroppo anche senza gran coerenza — numerose figure di patto marciatano.

La dottrina con le monografie destinate ai concorsi universitari e con innumerevoli interventi nelle riviste giuridiche si è dedicata avidamente allo studio delle nuove tipologie di garanzie reali. Però le scelte dell'editoria giuridica, che coltiva ampiamente i commentari del codice civile e le enciclopedie, contribuiscono a conservare le partizioni classiche e a tramandare criteri di analisi tradizionali. Anche le più estese opere istituzionali si uniformano alle usuali scansioni degli argomenti.

All'orizzonte si intravedono altre novità. La legge di delega 19 ottobre 2017, n. 155, all'art. 10 prevede il riordino e la revisione del sistema dei privilegi con l'obiettivo di ridurre le ipotesi di privilegio generale e speciale, eliminando quelle non più attuali rispetto al tempo nel quale sono state introdotte. All'art. 11 la stessa legge delinea una garanzia mobiliare non

possessoria, soggetta a pubblicità, su beni anche futuri e a garanzia di crediti parimenti futuri: qui la traiettoria della riforma abbandona la struttura formale tradizionale della garanzia reale, supera la nozione della responsabilità patrimoniale recepita dall'art. 2740, comma 1, c.c. incidendo sulla struttura stessa del rapporto obbligatorio mediante la frammentazione del patrimonio del debitore per porzioni o frazioni aggredibili dal creditore, per giungere infine a permettere all'autonomia privata la creazione di statuti soggettivi differenziati per ciascun (futuro) creditore corrispondenti al grado fornito dalla formalità pubblicitaria, con inevitabili tensioni rispetto ai principi anche costituzionali che presiedono allo svolgimento dei rapporti giuridici privati. Il civilista si troverà presto a dover sciogliere la torsione della griglia concettuale che dal diritto romano-comune sino a oggi ha funzionato egregiamente come quadro generale delle garanzie reali.

D'altra parte non si può ignorare che a livello mondiale il settore delle garanzie mobiliari è percorso da un fermento incalzante, innescato dalla revisione dell'art. 9 del Uniform Commercial Code statunitense nel 1998, proseguito con l'adozione di vari *Personal Property Securities Act* (Canada, Nuova Zelanda, Australia) e infine alimentato dai modelli di leggi uniformi elaborati da enti sovranazionali come l'UNCITRAL, la Banca europea per la ricostruzione e lo sviluppo, l'Organizzazione degli Stati americani. Le riforme prendono piede in numerosi sistemi in transizione dell'Europa orientale; varie riforme organiche compaiono anche nell'Europa continentale (Francia, Belgio). La garanzia mobiliare che oggi sembra affermarsi su scala planetaria è non possessoria e soggetta a formalità pubblicitarie. Come già detto, il nostro legislatore, un po' goffamente, tenta con il pegno non possessorio di scalare posizioni nelle classifiche sull'efficienza dei sistemi giuridici seguendo la predicazione condotta, ad esempio, dalla Banca Mondiale. Però varie resistenze a questo modello emergono nei sistemi giuridici di alcuni forti sistemi economici, come la Germania e il Regno Unito, che vantano tradizioni differenti molto solide, fermamente ancorate allo stile giuridico nazionale e protette dal vento dell'innovazione.

Il civilista ha il dovere di comprendere le dinamiche in gioco e gli effetti redistributivi di ogni riforma. Il settore delle garanzie reali presenta una tensione continua tra gli interessi del ceto

bancario e finanziario e quelli sia dei debitori sia dei creditori chirografari. Lo spirito riformatore che invoca minori costi e maggiore efficienza corrisponde a precise modifiche degli assetti di forza nel mercato; esso quindi pretende l'intervento del legislatore piuttosto che l'opera di graduale adeguamento del sistema che è propria della dottrina e della giurisprudenza. La rapidità nell'approvazione della Direttiva europea sulle garanzie finanziarie (un solo anno) è eloquente.

Anche in tema di garanzie immobiliari si registrano interessanti rivolgimenti. L'ipoteca pare destinata a perdere la propria centralità di fronte al proliferare delle fattispecie legali di alienazioni con scopo di garanzia, destinate in prospettiva a rafforzare l'utilizzazione del trust come garanzia delle obbligazioni. Si aggiunga che il sistema ipotecario italiano non attraversa alcun rinnovamento paragonabile a quello attuato dalla riforma francese delle garanzie del 2006.

Ecco allora che la tradizionale partizione — privilegi, pegno, ipoteche — appare francamente insoddisfacente. Di fronte alla moltiplicazione degli istituti che assicurano al creditore una garanzia reale il giurista deve ampliare il campo dell'indagine e deve individuare un criterio efficace per organizzare la materia da trattare. “Studi sulle garanzie che siano attenti solo al diritto interno non si giustificano più ... Se si vuole sapere in anticipo come sarà il nostro mondo tra qualche anno bisogna guardare fuori dall'uscio di casa” (GAMBARO, *Presentazione* a DI COSTANZO, *Sui security interests*, Napoli, 2010). E per comprendere bene le regole attuali è necessario osservarne lo sviluppo storico. Anche il volume di un trattato di diritto privato deve dare spazio alla storia e alla comparazione e deve accogliere nuovi modelli classificatori. Occorre parimenti tenere bene in vista l'efficienza economica dei sistemi di regole che giustificano l'esistenza stessa delle garanzie reali: la costituzione, l'opponibilità e l'escussione delle garanzie rappresentano i tre aspetti fondamentali che ogni ordinamento deve disciplinare bilanciando la massima efficienza per il creditore garantito con un adeguato livello di tutela per il debitore e per i terzi.

Le varie riforme delle garanzie mobiliari fatte in altri sistemi giuridici indicano chiaramente che il criterio funzionale è l'unico in grado di selezionare le fattispecie di garanzie reali. Il libro 9 dei Principi del Diritto Europeo, dedicato alle garanzie mobiliari, accoglie esplicitamente il criterio funzionale per deli-

mitare il perimetro delle garanzie stesse. Le monografie dei cultori del diritto privato comparato hanno già da tempo seguito questa strada. L'adozione di questo criterio in un'opera trattatistica amplia enormemente il campo dell'indagine e impone purtroppo il prezzo di un minor approfondimento dei singoli istituti. Il lettore dovrà rivolgersi alle trattazioni monografiche per trovare una completa esposizione del caotico sistema dei privilegi e per affrontare nel dettaglio la disciplina di pegno e ipoteca.

La proliferazione di nuove garanzie di fonte legale tende ad avvenire senza alcun ragionato inquadramento generale. Occorre tessere una rete concettuale e costruire la discipline generali, nelle quali inserire le molteplici novità legali e la varietà di garanzie reali con oggetti specifici. Tutte le garanzie reali emergono da una matrice con due indici, consistenti nella natura possessoria e nell'assoggettamento a formalità pubblicitarie. I gruppi più affollati sono due: le garanzie possessorie senza segnalazioni pubblicitarie (come il pegno mobiliare ordinario); le garanzie non possessorie soggette a pubblicità (tutte quelle garanzie riconducibili al modello ipotecario e le alienazioni in garanzia immobiliari). Questi due gruppi occupano la maggior parte della trattazione. Si registra anche una continua tendenza a estendere l'ambito operativo delle segnalazione pubblicitarie, come avviene per taluni privilegi speciali immobiliari. Non mancano comunque le garanzie possessorie soggette a pubblicità (l'anticresi) e quelle non possessorie prive di pubblicità (alcuni privilegi speciali immobiliari e per i mobili la proprietà riservata del venditore a credito e la proprietà del concedente nella locazione finanziaria).

Le consuete opposizioni tra garanzie mobiliari e immobiliari e tra garanzie speciali e generali perdono sempre più rilevanza. Da un lato l'ipoteca immobiliare e il pegno non possessorio introdotto dal d.l. n. 59 del 2016, qualora questo colpisca un bene mobile determinato, presentano significativi punti di contatto. Ne emerge ancora una volta l'inadeguatezza dell'impianto concettuale italiano che ha sempre trascurato la costruzione della ipotesi di un diritto reale di garanzia generale. D'altro lato i pri-

Termine estratto capitolo

CAPITOLO I

INTRODUZIONE

1. Garanzie reali e cause di prelazione. — 1.1. Le garanzie reali come *property rights*. — 1.2. L'evoluzione delle garanzie mobiliari. — 1.3. L'evoluzione delle garanzie immobiliari. — 1.4. Il principio di eguale trattamento dei creditori. — 1.5. Garanzie reali e concorso fallimentare. — 1.6. Il principio di tipicità delle garanzie reali. — 1.7. Garanzie reali e possesso. — 1.8. Il sistema delle fonti interne. — 2. Garanzie generali e speciali. — 3. Le garanzie non possessorie soggette a formalità pubblicitarie. — 3.1 La pubblicità per le garanzie immobiliari. — 3.2. Le garanzie mobiliari. — 4. Le garanzie legali. — 5. Le garanzie giudiziali. — 6. Altri istituti con finalità generica di garanzia. — 6.1. Il diritto di ritenzione. — 6.2. Il deposito in funzione di garanzia. — 6.3. Diritti di prelievo e prededuzione fallimentare. — 7. Il fondamento economico delle garanzie reali. — 7.1. Perché esistono le garanzie reali? — 7.2. La prevalenza del credito per l'acquisto di beni rispetto a precedenti garanzie su beni futuri. — 7.3. Le eternalità conseguenti alla creazione di nuovi tipi di garanzie reali. — 7.4. L'esdebitazione (*non recourse loans*).

1. *Garanzie reali e cause di prelazione.*

1.1. *Le garanzie reali come property rights.*

La *garanzia reale* è il vincolo su beni o diritti del debitore o di un terzo datore per l'adempimento di un'obbligazione; la prelazione riconosciuta al creditore nell'escussione è lo strumento apprestato dall'ordinamento sul piano della disciplina per soddisfare il creditore. La delimitazione della nozione viene abitualmente svolta dal giurista sul piano del diritto positivo. Per il civilista italiano le garanzie reali sono i privilegi speciali, il pegno e l'ipoteca: il suo discorso si svolge all'interno delle tradizionali categorie ordinanti del diritto privato. Le strutture formali delle garanzie reali codicistiche ci derivano, nelle linee di fondo e sovente anche nelle regole di dettaglio, dall'antico diritto francese anteriore alla Rivoluzione elaborato sulla base del diritto romano e mirabilmente esposto nei trattati di Pothier.

Le garanzie
reali

Il riferimento normativo d'obbligo per il civilista italiano è l'art. 2741 c.c., il quale declama, nel primo comma, che i creditori « hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, salve le cause legittime di prelazione », e individua, nel secondo comma, quali cause legittime di prelazione i privilegi, il pegno e l'ipoteca. Il nucleo operativo delle garanzie reali, come disciplinato dalla legge, è di agevole definizione: il creditore gode del diritto di soddisfarsi su uno o più beni del debitore, in preferenza rispetto agli altri creditori, anche in caso di fallimento del debitore. Questo diritto è opponibile agli aventi causa del debitore: la regola è scolpita nell'art. 2808 c.c. che riconosce al creditore munito di ipoteca « il diritto di espropriare, anche in confronto del terzo acquirente, i beni vincolati ».

Quindi una garanzia reale ha come effetto tipico l'alterazione dell'eguale trattamento dei creditori. Il meccanismo tecnico, con il quale viene attuata la prelazione, non è sempre il medesimo. Per l'ipoteca l'art. 2808 c.c. attribuisce al creditore il diritto di espropriare i beni vincolati e di essere soddisfatto con preferenza sul prezzo ricavato dall'espropriazione. Per il pegno di cose mobili o di crediti gli artt. 2798 e 2804 c.c. permettono al creditore di chiedere in giudizio l'assegnazione in pagamento dell'oggetto del pegno, fino a concorrenza del debito non adempiuto. Anche la vendita del bene gravato può seguire regole diversificate: per l'ipoteca il creditore deve sempre intentare l'espropriazione immobiliare; per il pegno invece la vendita non segue la procedura esecutiva mobiliare, e anzi le parti possono convenire forme di vendita diverse da quella delineata dal codice civile.

Alla tripartizione tradizionale si sono aggiunti da alcuni decenni, con una impressionante accelerazione negli ultimi anni prodotta da una incoerente e inconsapevole legislazione speciale, numerosi altri istituti che svolgono una funzione di garanzia identica a quella delle tre prelazioni tipiche: le alienazioni in garanzia con pattuizione marcianda, inclusa la cessione del credito in garanzia; la locazione finanziaria; il trust con scopo di garanzia. In tutte queste ipotesi, in sostanza, il diritto di proprietà di un bene (o la titolarità di un credito) viene utilizzato per attribuire a un determinato creditore la pretesa di soddisfarsi su quel bene in caso di inadempimento del debitore. Il prototipo legale di queste strutture formali si rinviene ovviamente nella riserva di proprietà, che il codice civile permette di apporre a vantaggio del venditore non pagato.

Invece l'analisi economica del diritto e la comparazione conoscono un criterio di selezione delle fattispecie di garanzia

reale incentrato sulla funzione del diritto vantato dal creditore. Quest'ottica si sta lentamente facendo strada presso la nostra dottrina civilistica. Sul piano funzionale viene ricondotto alle garanzie reali ogni *property right* che presenti i due aspetti operazionali sopra ricordati: il suo titolare può appropriarsi del bene vincolato, oppure farlo vendere e soddisfarsi sul ricavato; il suo titolare prevale sui terzi, che vantino posizioni giuridiche incompatibili con tale diritto (terzi acquirenti; creditori del debitore). L'adozione del questo criterio attraversa le categorie tradizionali del diritto civile e consente di perimetrare il campo di indagine prescindendo completamente dalle ricostruzioni formali delle garanzie elaborate appunto secondo le abituali categorie accolte dal sistema. In effetti « non vi è alcuna seria differenza tra la concessione di una garanzia ed un atto di disposizione della proprietà » (AL. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari*, 54).

Questo criterio costituisce il fondamento della garanzia mobiliare disciplinata dall'art. 9 UCC statunitense e dai suoi derivati in numerosi sistemi giuridici. Non si tratta di un approccio esclusivamente di *common law*, perché lo si trova nel diritto civile quebecchese, nella rilevante riforma francese del 2006, che ha inserito tra le garanzie reali mobiliari anche la *propriété retenue ou cédée à titre de garantie* (nuovi artt. da 2367 a 2372-5 *code civil*), e nella riforma belga del 2013, entrata in vigore nel 2018. Esso è già presente anche nel diritto positivo italiano attraverso il d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170, che ha recepito la Direttiva 2002/47/CE sui contratti di garanzia finanziaria. L'art. 2 della Direttiva definisce l'oggetto della relativa disciplina equiparando i contratti di garanzia con trasferimento del titolo di proprietà, nei quali il datore della garanzia trasferisce la piena proprietà del bene dato in garanzia al creditore, e quelli con costituzione di garanzia reale, nei quali il datore attribuisce al creditore una garanzia reale conservando la piena proprietà del bene vincolato quando il diritto di garanzia è costituito. La definizione di « contratti di garanzia finanziaria » considera sullo stesso piano il contratto di pegno, la cessione del credito, il trasferimento della proprietà di attività finanziarie con funzione di garanzia, inclusi i contratti di pronti contro termine (v. Cap. VII). La funzione assolta da una garanzia reale comporta quindi l'applicazione di una disciplina unitaria e prescinde dalla qualificazione teorica dell'istituto che tale funzione assicura. Ancora, l'unificazione di varie forme giuridiche di garanzia mobiliare in nome della funzione di garanzia campeggia nel Libro IX dei Principi di diritti europeo e in tutte le leggi modello elaborate a livello sovranazionale (v. Cap. II.17.1).

L'analisi funzionale delle garanzie reali rende così del tutto irrilevante la prima tradizionale partizione tra gli istituti in esame basata sulla contrapposizione tra diritti reali di garanzia e proprietà. Nel modello dei tradizionali diritti di garanzia, il

debitore resta proprietario del bene e ne può disporre, mentre il creditore vanta un diritto reale opponibile *erga omnes*. Al contrario nel modello della proprietà in garanzia il creditore è qualificato come proprietario, mentre il debitore è titolare di un semplice credito al ritrasferimento del bene in suo favore, quando avrà adempiuto l'obbligazione garantita, e può disporre di tale credito. L'irrelevanza delle descrizioni qualificatorie compare nella sect.. 9-202 UCC, che regola le garanzie reali mobiliari prescindendo espressamente dalla titolarità della proprietà del bene. Sul piano linguistico questa scelta si riflette nell'adozione, specie da parte di qualche dottrina comparatistica e del gergo degli studi legali internazionali, dell'anglicismo (per me orrido) *collaterale*, per indicare il bene oggetto della garanzia reale, per tacere dell'uso diretto dei termini *collateral* (cui mentalmente associo sempre il film con Tom Cruise e Jamie Foxx), *collateral taker* e *collateral provider*. Ogni sistema giuridico che adotta il criterio funzionale deve poi regolare l'opponibilità delle garanzie al fallimento del debitore intervenendo sul diverso esito tradizionalmente correlato alla differenza tra diritto reale di garanzia e proprietà: se prevale la funzione di garanzia, non vi è ragione di concedere, di fronte al fallimento del debitore, maggiore tutela al creditore assistito della proprietà in garanzia rispetto a quello assistito da un tradizionale diritto reale di garanzia.

Inoltre l'analisi funzionale permette anche di superare nel settore considerato l'usuale partizione tra diritti reali e diritti di credito, che il sistema giuridico può assegnare al titolare del *security interest*. Vari esempi consentono di verificare come quella contrapposizione — da lungo tempo già in tensione nelle ricostruzioni dei civilisti — perda di valenza predittiva anche nel settore delle garanzie. Il primo è il contratto di anticresi immobiliare, per il quale le categorie ordinanti del giurista italiano (e anche francese) assegnano al creditore un semplice diritto personale di godimento, cui corrisponde, sul piano del potere di fatto sul bene, la mera detenzione. Quando però si verifica la concreta regola operativa applicata dal diritto italiano all'anticresi trascritta, si conclude che la posizione

Termine estratto capitolo

CAPITOLO II

PROFILI GENERALI DELLE GARANZIE REALI

1. L'accessorietà. — 1.1. L'accessorietà in generale. — 1.2. L'accessorietà accolta dal sistema. — 1.3. Accessorietà e proporzionalità delle garanzie. — 1.4. La cessione del credito garantito. — 1.5. La cessione autonoma della garanzia. — 1.6. La cessione della proprietà in garanzia. — 2. La causa di garanzia. — 2.1. Il problema della causa. — 2.2. Onerosità e gratuità delle garanzie reali. — 3. I titoli di costituzione delle garanzie reali volontarie. — 3.1. Il negozio di concessione: forma e unilateralità. — 3.2. Il terzo beneficiario della garanzia diverso dal creditore. — 3.3. Incapaci; amministratori di beni nell'interesse altrui; procuratori. — 3.4. Le garanzie reali concesse per testamento. — 3.5. Il problema dell'usucapione delle garanzie reali. — 4. L'effetto delle formalità pubblicitarie. — 5. Il grado delle garanzie reali. — 5.1. Il grado della garanzia. — 5.2. I negozi di disposizione del grado. — 6. I crediti garantiti. — 6.1. Le obbligazioni garantite. — 6.2. Garanzie per crediti futuri e *omnibus*. — 6.3. L'estensione della prelazione a interessi e spese. — 7. L'oggetto delle garanzie reali. — 7.1. I beni oggetto di garanzie reali. — 7.2. Addizioni e miglioramenti. — 7.3. I beni altrui. — 7.4. Garanzie speciali su beni futuri. — 7.5. I frutti. — 7.6. La garanzia concessa dal proprietario su diritti reali minori o quota indivisa. — 8. Il terzo datore di garanzie reali. — 9. Le subgaranzie. — 9.1. Il subpegno. — 9.2. La subipoteca. — 10. L'indivisibilità delle garanzie reali. — 11. Il limite massimo della garanzia. — 12. Le garanzie sul valore. — 13. I poteri del creditore a tutela della garanzia. — 13.1. Il rimedio contro il pericolo di danno. — 13.2. La tutela possessoria e la tutela petitoria. — 13.3. I rimedi del creditore per danni ai beni. — 13.4. Il sequestro del bene mobile oggetto di garanzia. — 13.5. L'obbligazione di custodia nelle garanzie possessorie. — 14. Il trasferimento di una garanzia su altro bene. — 15. La sostituibilità delle garanzie. — 16. L'escussione delle garanzie reali. — 16.1. Il concorso tra creditori con prelazione. — 16.2. Modelli di escussione delle garanzie. — 16.3. L'escussione in presenza di altri creditori con prelazione. — 16.4. La disposizione dell'art. 2911 c.c. — 17. L'armonizzazione del diritto europeo. — 17.1. L'armonizzazione delle garanzie mobiliari. — 17.2. L'armonizzazione delle garanzie immobiliari.

1. *L'accessorietà.*1.1. *L'accessorietà in generale.*

Il rapporto tra la garanzia reale e l'obbligazione garantita viene disciplinato negli ordinamenti moderni in due modalità differenti.

Garanzie
accessorie

In una prima soluzione, senza dubbio prevalente, il vincolo assume la natura di garanzia di un credito determinato e mantiene un forte collegamento con il credito stesso, che si manifesta sia nel momento genetico del vincolo, sia in relazione alle vicende del vincolo stesso, come la trasmissione e l'estinzione, sia infine nel momento dell'escussione della garanzia. L'insieme di regole, che più o meno saldamente collegano la garanzia all'obbligazione garantita, viene individuato con l'espressione riassuntiva di accessorietà della garanzia al credito.

Questa soluzione si solidifica nel diritto comune francese, viene accolta da Pothier (per l'ipoteca: «*Il ne peut y avoir d'hypothèque, s'il n'y a une dette qui subsiste, pour laquelle l'hypothèque ait été contractée*», *Tr. Hyp.*, 443; per il pegno: «*il ne peut y avoir de gage sans une créance à la quelle le gage accède*», *Tr. Nant.*, 480) e si mantiene salda nel sistema delle garanzie reali tradizionali francesi, che assegnano al creditore un diritto reale sul bene. Essa si registra in tutti i sistemi che derivano dal modello francese. Questa soluzione è accolta anche in diritto tedesco per il pegno mobiliare e per un tipo di ipoteca (*Sicherungshypothek*: § 1184 BGB). Essa rappresenta la ragione giustificativa delle garanzie disposte dalla legge per la qualità di determinati crediti e che vengono variamente qualificate come privilegi o ipoteche legali.

Anche le garanzie fondate sul trasferimento della proprietà di beni o della titolarità di crediti in funzione di garanzia sviluppatasi nei sistemi europei sono intrinsecamente costruite sul nesso di accessorietà tra l'alienazione in garanzia e l'obbligazione garantita. Si tratta di soluzioni riconducibili al modello della *lex commissoria* e del *mort gage* accolto dall'antico diritto inglese, nel quale infatti l'idea di garanzie autonome non si è mai affacciata. L'alienazione in garanzia presuppone l'esistenza di un credito garantito, come appare oggi dagli artt. 2372-2 e 2488-2 *code civil* francese che impongono nel contratto fiduciario con scopo di garanzia la menzione, a pena di nullità, del credito garantito. Nel nostro sistema, parimenti, il patto marciano, come emerge dalla recente legittimazione giurisprudenziale e come viene regolato nei sottotipi legali, ad esempio negli artt. 48-bis e 120-*quinquiesdecies* tub sul trasferimento di immobile sospensiva-

mente condizionato all'inadempimento dell'impresa mutuataria e sul patto marcano nel credito immobiliare ai consumatori, si atteggia sempre a garanzia accessoria.

La dottrina ha peraltro chiarito come l'accessorietà delle garanzie reali non sia un principio derivante dalla natura stessa delle garanzie. Essa descrive l'insieme delle regole presenti in un determinato ordinamento, che collegano le garanzie al credito garantito: si tratta di una formula utile per rendere immediatamente percepibile l'opzione di fondo adottata dall'ordinamento considerato. Spetta infatti al singolo ordinamento scegliere se imporre alla garanzia la caratteristica dell'accessorietà al credito garantito e in caso positivo determinare fino a quale punto attuare l'accessorietà. In materia ipotecaria, ad esempio, dopo la riforma francese del 2006, si può affermare che nel sistema italiano l'accessorietà è più rigida che in Francia.

In una seconda soluzione al vincolo non viene imposta la natura accessoria. Pertanto il vincolo sul bene consiste nel mezzo concesso dall'ordinamento in via autonoma allo scopo di prelevare una somma in sede di espropriazione del bene. Al titolare del vincolo viene permesso di partecipare alla distribuzione del ricavato della vendita forzata, anche senza che egli vanti un credito nei confronti del debitore espropriato.

Garanzie
autonome

Questa seconda soluzione si trova ampiamente seguita nel modello ipotecario germanico, a partire dalle leggi ipotecarie prussiane del 1872, e poi nel diritto codificato tedesco, che in parallelo con l'ipoteca accoglie il *Grundschild* (regolato dai §§ 1191-1203 BGB), traducibile come debito fondiario, molto utilizzato dalla prassi. Mentre all'ipoteca viene attribuita natura accessoria, il *Grundschild* costituisce il diritto di prelievo di una somma in sede di espropriazione e viene abitualmente ricondotto tra le fattispecie astratte, poiché prescinde da un'obbligazione sottostante. Il debito fondiario tedesco può essere costituito dal proprietario dell'immobile anche a proprio favore, così da poter partecipare all'espropriazione promossa da un creditore; esso può venire assegnato a un creditore per garantire obbligazioni sia già esistenti sia sorte dopo sua costituzione. Il proprietario può così concedere garanzie reali di grado ulteriore a favore dei propri creditori, riservandosi di partecipare, in caso di inadempimento dei debiti, all'espropriazione del bene con diritto di ricevere la somma per la quale è stato iscritto il debito fondiario con grado anteriore, oppure di attribuire ad un creditore successivo quella posizione di garanzia reale, preferita per l'antiorità a eventuali altre ipoteche.

In via di principio il debito fondiario tedesco, inoltre, avendo natura astratta, non subisce influsso dalle vicende del credito al quale sia stato eventualmente collegato: in particolare l'estinzione del credito non provoca l'estinzione della garanzia, che può venire nuovamente utilizzata conservando il proprio grado originario. Peraltro nella prassi si è affermato

l'uso di stipulare un contratto a effetti obbligatori (*Sicherungsvertrag*), e impegna il debitore ad attribuire al creditore la garanzia in forma di debito fondiario, piegando anche questa garanzia con il vincolo dell'accessorietà. Ne segue, da un lato, un deciso ridimensionamento dell'autonomia della garanzia immobiliare, in quanto l'assenza o l'estinzione del credito garantito consente al debitore di agire per la cancellazione, e d'altro lato una maggiore esplicitazione della libertà contrattuale nel modellare la garanzia.

Il diritto tedesco dimostra che entrambe le soluzioni — garanzia accessoria e garanzia astratta — possono perfettamente coesistere. Con l'usuale chiarezza Gorla notava che « l'accessorietà della ipoteca non è una esigenza o un concetto a priori » (GORLA, *Del pegno. Delle ipoteche*, 182 nt. 4). Di per sé, quindi, una garanzia reale non comporta quale conseguenza necessaria l'esistenza di un legame di accessorietà tra credito e garanzia. Spetta all'ordinamento considerato stabilire l'accessorietà delle garanzie reali e modulare l'esplicitazione della regola, in particolare con riferimento alla trasmissione della garanzia. Accolta l'accessorietà della garanzia, quanto più rigidamente l'ordinamento la attua, tanto più il creditore trae vantaggio esclusivamente in sede di espropriazione del bene, senza cioè poter immettere la garanzia reale nella circolazione giuridica, ad esempio al fine di accedere egli stesso al credito. Invece, quanto minore è il vincolo dell'accessorietà, tanto maggiore pare l'efficienza del mercato del credito tutelato da garanzie reali.

Queste osservazioni sono confermate dalla riforma francese delle garanzie reali del 2006, che svela la natura apodittica e puramente dogmatica della pretesa necessaria accessorietà delle garanzie reali, in particolare di quelle ipotecarie. Il nuovo art. 2422 *code civil* (limitato nel 2014 ai rapporti tra imprese) introduce nella trama legale sia l'ipoteca ricaricabile (*rechargeable*) sia la *fiducie-sûreté* ricaricabile: il concedente, se ciò è previsto nell'atto di concessione, può estendere la garanzia della singola ipoteca a crediti successivi, sia di titolarità dell'originario creditore iscritto, sia vantati da terzi, con l'eccezionale particolarità che l'ipoteca ricaricabile può essere conservata anche dopo l'estinzione del credito. Poi il nuovo art. 2424 *code civil* permette al creditore ipotecario di cedere l'ipoteca ad altro creditore, mantenendo il credito non più garantito. Non si poteva immaginare migliore dimostrazione che l'accessorietà è un carattere di diritto positivo dell'ipoteca, non certo una sua necessaria caratteristica. I giuristi tedeschi hanno prontamente rilevato l'avvicinamento di questa ipoteca al debito fondiario non ipotecario.

Termine estratto capitolo

Il diritto francese ha sempre considerato l'accessorietà propria dei modelli di

CAPITOLO III

LE GARANZIE REALI OCCULTE

1. I privilegi generali immobiliari. — 2. I privilegi speciali immobiliari. — 3. Le garanzie mobiliari occulte.

1. *I privilegi generali immobiliari.*

La preferenza accordata a un creditore relativamente a tutti i beni del debitore, anche quelli acquistati in futuro, senza alcuna segnalazione pubblicitaria — si è detto — trova ampio spazio nel diritto comune francese per gli immobili.

Garanzie
generali occulte

La Rivoluzione francese abbatte in via di principio la garanzie immobiliari occulte. Però l'impianto del codice civile, molto lacunoso in materia di pubblicità immobiliare, lascia riemergere alcune forme di garanzia reale generale occulta.

La tolleranza nel diritto francese per le prelazioni generali immobiliari occulte non viene meno con il nuovo secolo. Anzi, il legislatore ritiene di dover assicurare i crediti di lavoro dipendente, emersi con forza dalle vicende dell'industrializzazione ottocentesca, mediate lo strumento tecnico del privilegio. La particolare importanza di questi crediti porta a estendere, con varia legislazione speciale, l'ambito della prelazione generale immobiliare. Per l'attuale art. 2375 *code civil* colpiscono la generalità degli immobili i privilegi per i crediti per spese di giustizia e per una serie di crediti di lavoro subordinato; essi continuano a godere dell'esenzione dall'iscrizione (art. 2378 *code civil*).

È abituale affermare che « il nostro sistema ordinamentale non ha recepito le figura del privilegio generale immobiliare, ossia del privilegio avente ad oggetto « tutti » i beni immobili del debitore » (PARENTE, *Dei privilegi*, sub art. 2746 c.c.). La ragione non è tanto la difficoltà di individuare gli immobili oggetto di una simile garanzia, come pure si ritiene, quanto piuttosto l'intrinseca inefficienza dello strumento, estremamente dannoso per il mercato immobiliare e del credito garantito da immobili. Infatti alcune tra le soluzioni francesi non erano più accolte dal

codice civile italiano del 1865: non esistono privilegi generali immobiliari; le ipoteche legali gravanti sui beni del marito e dei tutori sono assoggettate all'iscrizione con effetto costitutivo, diversamente da quanto previsto nel codice francese. Anzi, in termini generali l'art. 38 delle norme transitorie dettate per il c.c. abr. imponeva l'iscrizione per ogni garanzia ipotecaria anteriore non resa pubblica (Cass. Torino, 26 gennaio 1881, in *Foro it.*, 1881, I, 625 ss.).

L'evoluzione si perfeziona con il codice vigente, che rifiuta i privilegi generali immobiliari: la disposizione dell'art. 2746 c.c. distingue con precisione tra i privilegi generali, che si esercitano su tutti i beni mobili del debitore, e privilegi speciali, che si esercitano su beni mobili o immobili determinati. Manca volutamente il quarto elemento delle due coppie (generale/speciale e mobile/immobile): se ne deduce che non esistono privilegi generali immobiliari. Inoltre il codice civile attribuisce ai privilegi speciali mobiliari la collocazione sussidiaria sugli immobili, ma sempre facendo salvi sia i privilegi speciali sia le ipoteche sia i diritti dei terzi acquirenti.

Ipotesi
eccezionali

Due privilegi tributari, per la verità, sono stati talvolta qualificati come privilegi generali immobiliari. Il primo era previsto dall'art. 2771 c.c., relativo ai crediti dello Stato per le imposte sui redditi prodotti dai beni immobili del contribuente, abrogato dall'art. 23 del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, conv. con l. 15 luglio 2011, n. 111. Il secondo è il privilegio dello Stato per le imposte di donazione e successione, previsto dal combinato disposto degli artt. 2772 c.c. e 41 del d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 346, che colpisce tutti gli immobili compresi nel trasferimento al quali l'imposta si riferisce. In realtà si tratta di normali privilegi speciali, che possono colpire una pluralità di beni immobili del contribuente, ma pur sempre determinati: quelli di sua proprietà, nel primo caso, e quelli ricevuti per donazione o successione ereditaria, nel secondo caso. A riprova di ciò, nessuno dubita che in queste ipotesi il privilegio tributario non colpisce altri immobili, acquistati dal debitore dopo il fatto dal quale sorge il credito garantito. E che per il credito relativo all'imposta di successione soltanto gli immobili ereditari, e non anche quelli personali dell'erede, pur privo di beneficio d'inventario, sono vincolati a favore dello Stato.

L'ampia declamazione, che nel nostro ordinamento non sono previsti privilegi generali immobiliari, viene parzialmente smentita dalla legislazione speciale: in almeno due casi il sistema italiano retto dal vigente codice civile ha conosciuto questo tipo di garanzia, introdotto per contingenze eccezionali.

La prima volta il privilegio generale immobiliare fu disposto a favore dello Stato dall'art. 40 del d.lgs.lgt. 31 maggio 1945, n.

364, poi sostituito dall'art. 29 del d.lgs.lgt. 26 marzo 1946, n. 134, a garanzia dei crediti correlati all'avocazione dei profitti di regime conseguiti in epoca fascista, inquadrati nel sistema tributario.

L'art. 29 citato dispone il « privilegio generale su tutti i beni mobili ed immobili del debitore »; il privilegio è postposto soltanto ai crediti muniti di ipoteca anteriore al 25 luglio 1943; in sede di espropriazione esso è anche postposto ai crediti chirografari risultanti da scritture con data certa anteriore alla stessa data. All'amministrazione finanziaria è concessa « facoltà di rinunciare al privilegio... rispetto a determinati beni, quando constatati che gli altri beni rappresentano sufficiente garanzia per il suo credito ». Nessuna forma di pubblicità viene imposta a questo privilegio generale, salvi i casi di sequestro eseguiti dallo Stato. La prevalenza del privilegio sulle ipoteche successive alla data indicata e la facoltà di rinuncia al privilegio, considerata la capienza di altri beni anche immobili del debitore, rendono palese la regola di opponibilità del privilegio a ogni creditore successivo e a ogni avente causa dal debitore.

La seconda volta, molto più recente, esso compare nell'art. 1-bis del d.l. 9 ottobre 2008, n. 155, nel testo convertito dalla l. 4 dicembre 2008, n. 190, attuato con d.m. 27 novembre 2008, che concede al Ministero dell'economia, fino al 31 dicembre 2009, la facoltà di effettuare interventi a favore delle banche, prestando la garanzia dello Stato su taluni strumenti di debito emesse dalle banche italiane (i c.d. Tremonti *bonds*). La norma aggiunge che i crediti del Ministero dell'economia rivenienti dalle indicate operazioni sono assistiti da *privilegio generale sui beni mobili e immobili, che prevale su ogni altro privilegio*.

Il privilegio, nascente a carico della banca che richiede l'intervento statale, garantisce lo Stato, quale fideiussore che paga ai terzi creditori il debito garantito, per i crediti dello Stato stesso « rivenienti dalle indicate operazioni ». Cioè il privilegio garantisce lo Stato per i diritti di surrogazione e regresso *ex artt.* 1949 ss. c.c., verso la banca che ha richiesto la garanzia ed è stata poi inadempiente nei confronti dei propri creditori. In tale veste, allo Stato sono dovuti dalla banca anche gli interessi legali (d.m., art. 9), parimenti garantiti dal privilegio. Inoltre il privilegio copre, in tutte le ipotesi indicate, anche l'obbligazione della banca di pagare allo Stato le commissioni previste dalla legge.

La dottrina ha dedicato scarsa attenzione a queste ipotesi di privilegio generale immobiliare. Non opera per esse la regola posta dall'art. 2747, 1 co., c.c. per il privilegio generale mobiliare, per il quale appunto il privilegio non può esercitarsi in pregiudizio dei diritti spettanti ai terzi sui beni che ne formano oggetto. Nelle indicate ipotesi il privilegio generale immobiliare

colpisce tutti i beni immobili del debitore ed è pienamente opponibile ai terzi, pur in assenza di formalità pubblicitarie, come emerge con chiarezza dalla legge del 1945 sull'avocazione dei profitti di regime. Il medesimo regime di opponibilità pare doversi applicare al privilegio generale immobiliare relativo ai Tremonti *bonds*.

2. *I privilegi speciali immobiliari.*

Privilegi speciali
occulti

Il sistema italiano ha ampiamente ridotto lo spettro dei privilegi speciali occulti che colpiscono i beni immobili. Quelli oggi esistenti sono tutti disposti a tutela di crediti tributari e non sono idonei a costituire un'elevata alterazione del mercato immobiliare.

In passato l'art. 2771 c.c., abrogato come sopra ricordato, concedeva il privilegio speciale per i crediti dello Stato per le imposte dirette, limitatamente all'imposta imputabile ai redditi immobiliari. Il privilegio colpiva tutti gli immobili del contribuente situati nel comune, nel quale il tributo si doveva riscuotere. Il terzo acquirente o finanziatore doveva verificare quindi l'esatto adempimento dell'obbligo tributario da parte del proprietario, relativo anche agli altri immobili di sua proprietà siti nel medesimo comune. Nello stesso modo erano privilegiati a sensi dell'art. 2773 c.c., abrogato dall'art. 9 della legge di riforma 29.7.1975, n. 426, i crediti di comuni e province per i tributi locali.

Ora rimangono i privilegi speciali disposti dall'art. 2772 c.c. a garanzia dei crediti dello Stato per ogni tributo indiretto e che colpiscono gli immobili ai quali il tributo si riferisce. In particolare il credito dello Stato per il pagamento dell'imposta sul valore aggiunto, in caso di responsabilità solidale del cessionario, ovvero per il credito di rivalsa spettante al soggetto passivo dell'imposta verso il cessionario o il committente, sono privilegiati sugli immobili che hanno formato oggetto della cessione o ai quali si riferisce il servizio prestato (art. 18 d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, che dichiara applicabile l'art. 2772 c.c.). Le altre imposte indirette, che attualmente godono di privilegio speciale, sono l'imposta di registro (art. 56 d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131), l'imposta ipotecaria e catastale (artt. 8, 13 e 17 d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 347), l'imposta di successione e donazione (artt. 41 e 60 d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 346). Anche il credito per l'invim, sino all'abrogazione dell'imposta, era privilegiato. Va aggiunto che il privilegio per l'imposta di registro, l'imposta ipotecaria e catastale, l'imposta di successione e donazione, e il credito garantito dall'iscrizione, non il credito per l'invim, non ha preferenza rispetto ai crediti

Termine estratto capitolo

CAPITOLO IV

LE GARANZIE REALI POSSESSORIE

1. Il pegno mobiliare. — 1.1. Il pegno in generale. — 1.2. L'oggetto del pegno. — 1.3. La costituzione di pegno tra realtà e consensualità. — 1.4. Lo spossessamento. — 1.5. La cessione del credito garantito. — 1.6. La prelazione pignoratizia e il diritto di ritenzione. — 1.7. La vendita anticipata del bene. — 1.8. L'escussione del pegno: la vendita e l'assegnazione. — 2. Il pegno irregolare. — 2.1. Il pegno irregolare. — 2.2. Le cauzioni. — 2.3. Qualificazione e disciplina delle cauzioni. — 3. Il pegno rotativo. — 3.1. Il problema della sostituzione dell'oggetto del pegno. — 3.2. Il pegno di universalità di mobili e di azienda. — 3.3. Il patto di rotatività: la fortuna di un *obiter dictum*. — 3.4. La regola realmente applicata. — 4. Il pegno su titoli di credito. — 4.1. Profili generali del pegno su titoli di credito. — 4.2. I titoli al portatore, all'ordine e nominativi. — 4.3. L'esercizio dei diritti sociali durante il pegno di azioni. — 4.4. I titoli rappresentativi di merci. — 4.5. Altri tipi di titoli. — 5. Il credito bancario su pegno. — 5.1. Il credito su pegno. — 5.2. La natura delle polizze di pegno. — 6. Il pegno di crediti. — 6.1. Pegno di crediti, cessione di crediti in garanzia e figure affini. — 6.2. La costituzione del pegno di crediti. — 6.3. La riscossione del credito oggetto di pegno. — 7. Il pegno dei diritti patrimoniali d'autore. — 8. L'anticresi. — 8.1. Un bene fruttifero come garanzia. — 8.2. Il contratto di anticresi. — 9. I privilegi possessuali.

1. *Il pegno mobiliare.*

1.1. *Il pegno in generale.*

Come si è già osservato più volte, la disciplina del pegno mobiliare presente nel codice civile rappresenta la cristallizzazione delle regole sulla garanzia mobiliare possessoria elaborate durante il diritto comune francese sulla scorta del diritto romano e corrisponde al pegno disciplinato dai codici civili europei e al *pledge* inglese. L'elemento caratterizzante di questa figura è la consegna del bene al creditore oppure a un terzo custode affinché il debitore o il terzo datore della garanzia non si trovi nella materiale disponibilità del bene dato in pegno.

Il pegno
nell'economia
moderna

Si è già anche detto che questa la forma di garanzia mobiliare non è rivelata idonea nell'economia moderna, prima mercantile e poi industriale, che ha sempre cercato nuove strutture di garanzia reale, più snelle. La perdita del possesso del bene impedisce al debitore imprenditore di utilizzare i beni mobili produttivi, facenti parte del complesso aziendale e necessari nel ciclo produttivo dell'impresa, per garantire i propri creditori. Con il passare del tempo le macchine industriali divengono sempre più complesse e costose; l'aggiunta di sofisticati *software* indispensabili per la loro gestione completa l'evoluzione della manifattura industriale. Il valore dei macchinari adoperati dall'impresa cresce e però il pegno ordinario non è in grado di destinare quel valore a garanzia dei finanziamenti all'impresa. Emergono così dalla fine del XIX secolo altre forme di garanzia mobiliare non possessoria, come i privilegi, assoggettate a segnalazioni pubblicitarie. Nel nostro ordinamento queste garanzie compaiono nell'art. 773 del codice di commercio del 1882 e proliferano poi nella legislazione speciale del secondo dopoguerra, per giungere al recente pegno non possessorio del d.l. 59/2016.

Nello stesso modo cresce poi il valore dei beni immateriali, per i quali l'ordinamento predispone autonome forme di garanzia reale. In particolare i marchi e i brevetti racchiudono un valore elevato nell'azienda e pongono problemi di disciplina piuttosto differenti dai beni mobili. Si evolvono in questo settore strutture di garanzia reale fondate su sistemi di pubblicità che sottraggono molti beni immateriali dal campo del pegno ordinario ed elaborano forma di prelazione ascrivibili al modello ipotecario.

D'altra parte l'interprete italiano ha ricevuto dalla storia francese e ha tenuto in grande considerazione l'adagio per cui *les meubles n'ont pas de suite par hypothèque*. Il sistema ipotecario, caratterizzato dalla permanenza della disponibilità della cosa nelle mani del debitore e dai meccanismi di pubblicità legale per la nascita della prelazione, è stato sempre limitato agli immobili. Soltanto le figure del pegno navale e del privilegio automobilistico sono state ricondotte, anche al livello delle qualificazioni giuridiche, nell'ambito del sistema ipotecario. La dottrina italiana non è riuscita, negli ultimi due secoli, a costruire una figura generale di ipoteca mobiliare analoga a quella spagnola, apparsa sin dal 1954. Giustamente Tucci ha riconosciuto che « si assiste ad una progressiva perdita di importanza del pegno, in quanto la più antica e diffusa garanzia mobiliare non si è dimostrata in grado di soddisfare le moderne esigenze del credito tipiche della società industriale » (Tucci, *Garanzia*, Dig., 592).

Parimenti il processo di finanziarizzazione dell'economia moderna ha generato specifiche forma di garanzia per la ricchezza mobiliare rappresentata attualmente da una ampia varietà di valori mobiliari quotati sui mercati regolamentati. Il pegno ordinario ha gemmato il pegno irregolare, avente a oggetto titoli e merci fungibili normalmente trattati sui mercati. Ciò consente una veloce e snella gestione della garanzia e soprattutto consente di superare il divieto del patto commissorio, in quanto le nuove forme di garanzia permettono al creditore, in caso di inadempimento, di trattenere dal pegno quanto occorrente per l'estinzione del debito, con obbligo di restituzione al debitore dell'eccedenza. Nel settore dei titoli dematerializzati lo spossamento viene così sostituito dalla nozione di controllo sull'oggetto dato in garanzia, esercitato mediante scritturazioni contabili.

Oggi dunque il pegno ordinario su beni mobili trova scarsa applicazione. Esso è praticamente scomparso dalla pratica degli attori del sistema economico e sopravvive in limitati ambiti delle contrattazioni tra privati. L'evoluzione delle garanzie mobiliari vede primeggiare su scala planetaria — con l'eccezione del sistema tedesco: v. Cap. III.3 — la garanzia costituita senza spossessamento del debitore o del terzo datore, ma mediante apposita segnalazione pubblicitaria. I modelli di leggi elaborate dalle istituzioni sovranazionali spingono con forza in questa direzione. Peraltro nel nostro ordinamento la disciplina del pegno mobiliare costituisce pur sempre la base della regolamentazione delle garanzie mobiliari possessorie e viene applicata, in quanto compatibile, alla figure di pegno non possessorio forgiate dal legislatore.

Il nucleo normativo dell'ordinario pegno mobiliare in sostanza riproduce le soluzioni del diritto romano filtrate nel diritto francese precodicistico illustrato da Pothier nel suo *Traité du nantissement*. Per alcune regole specifiche l'interprete richiama la « disciplina dell'ipoteca, alla quale... si ricorre di frequente per colmare le lacune lasciate dal legislatore nella regolamentazione del pegno » (GABRIELLI, *Pegno*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, 161). In presenza della medesima funzione di garanzia del credito, le norme dettate dalla legge per l'ipoteca che non siano correlate alla natura immobiliare del suo oggetto né ai meccanismi della pubblicità immobiliare possono venire applicate per analogia al pegno mobiliare.

1.2. *L'oggetto del pegno.*

Il pegno ha per oggetto la proprietà o l'usufrutto delle cose mobili corporali. Per delimitare la categoria l'interprete deve quindi rivolgersi alla dottrina dei beni e alla *summa divisio* tra i beni immobili, elencati dall'art. 812 c.c., e i beni mobili, cioè tutti gli altri beni non rientranti nella elencazione degli immobili. Sono esclusi dalla garanzia pignoratizia i beni mobili registrati in pubblici registri (autoveicoli, natanti, aeromobili) per i quali l'ordinamento appresta specifiche discipline, anche per la loro capacità a essere oggetto di garanzie reali.

Alcuni aspetti dell'oggetto del pegno mobiliare sono già stati

CAPITOLO V

LE GARANZIE REALI NON POSSESSORIE

SEZIONE I

L'IPOTECA IMMOBILIARE

1. La natura giuridica dell'ipoteca. — 2. La pubblicità dell'ipoteca. — 2.1. La pubblicità immobiliare. — 2.2. Il grado dell'ipoteca. — 2.3. L'opponibilità dell'ipoteca. — 2.4. Il frazionamento dell'ipoteca. — 3. La determinazione del credito garantito. — 4. La trasmissione del credito ipotecario. — 4.1. Le vicende del credito ipotecario e l'annotazione. — 4.2. La cartolarizzazione di crediti ipotecari. — 5. L'ipoteca cambiaria. — 5.1. L'ipoteca a garanzia di titoli di credito. — 5.2. L'ipoteca a garanzia di titoli all'ordine, al portatore e nominativi. — 5.3. Il trasferimento dell'ipoteca cambiaria. — 6. L'oggetto dell'ipoteca. — 6.1. Gli immobili in commercio. — 6.2. I beni altrui e i beni futuri. — 6.3. Le costruzioni e le accessioni. — 6.4. I diritti reali di godimento su beni immobili. — 6.5. I beni mobili e i frutti. — 6.6. Le pertinenze. — 6.7. Gli autoveicoli; i titoli nominativi dello Stato; le concessioni amministrative. — 7. I tipi di ipoteca. — 7.1. L'ipoteca legale. — 7.2. L'ipoteca legale dell'alienante. — 7.3. L'ipoteca legale del condividente. — 7.4. Altre ipotesi di ipoteca legale. — 7.5. L'ipoteca giudiziale. — 7.6. I titoli dell'ipoteca giudiziale. — 7.7. L'iscrizione di ipoteca giudiziale nelle procedure concorsuali non fallimentari. — 7.8. L'ipoteca volontaria. — 7.9. Il prestito vitalizio ipotecario. — 7.10. L'ipoteca tributaria. — 8. L'iscrizione dell'ipoteca. — 8.1. Le modalità di iscrizione: la nota. — 8.2. L'estensione dell'iscrizione a interessi e spese. — 8.3. Le iscrizioni sui beni del defunto. — 8.4. Le iscrizioni contemporanee. — 8.5. Il rifiuto del conservatore e l'iscrizione con riserva. — 9. Le vicende dell'ipoteca. — 9.1. La rinnovazione dell'iscrizione e la reiscrizione. — 9.2. Le annotazioni marginali. — 9.3. La surrogazione del creditore perdente. — 10. Il terzo acquirente. — 10.1. La nozione di terzo acquirente. — 10.2. La disciplina. — 10.3. Il procedimento di liberazione dalle ipoteche e la purgazione coattiva. — 11. L'estinzione dell'ipoteca. — 11.1. La riduzione. — 11.2. L'estinzione della garanzia. — 11.3. Il perimento del bene e l'estinzione del diritto; la confisca. — 11.4. L'usucapione del bene ipotecato. — 11.5. La rinuncia e la cancellazione. — 11.6. La perenzione dell'ipoteca iscritta per mutui bancari.

1. *La natura giuridica dell'ipoteca.*

Lo studio dell'ipoteca ha attirato alcuni tra i migliori civilisti italiani, da Gorla e Rubino a Realmonte, che hanno sondato a fondo la natura giuridica dell'ipoteca riconoscendone la natura di diritto reale.

In effetti già l'art. 1 della L. 11 brumaio anno VII, seguito dall'art. 2114 *code civil* (ora art. 2393), declama che l'ipoteca « *est un droit réel* »; il medesimo inquadramento definitorio si rinviene nell'art. 1964 c.c. abr. Presso gli interpreti italiani, sino all'avvento dei modelli teorici di derivazione germanica, non si è mai dubitato della natura di diritto reale all'ipoteca. A partire dagli anni '30 del secolo scorso sono state proposte alcune teorie di matrice processualistica, che negano il carattere reale dell'ipoteca, in quanto priva di assolutezza ed immediatezza, dovendo il creditore ricorrere alla procedura esecutiva per attuare il proprio diritto.

Ipoteca come
diritto reale

Il codice civile vigente tace sul punto. Il che non preoccupa granché, perché di fronte alla minuziosa regolamentazione legale il quesito se l'ipoteca sia classificabile tra i diritti reali o meno « è questione di astratta logica o di pura scienza concettualistica, che davvero non ha alcuna importanza per la interpretazione » delle norme di legge (GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione*, Roma, 1935, 182). Comunque la dottrina di gran lunga maggioritaria ascrive l'ipoteca, quale istituto di diritto sostanziale, alla categoria dei diritti reali.

D'altra parte, l'assolutezza dell'ipoteca, cioè la sua opponibilità ai terzi, è espressamente stabilita dalla legge negli artt. 2808, 2858 ss., e 2889 ss. c.c.

Quando la proprietà dei beni si trasmetteva mediante la *traditio* e non esisteva un sistema di pubblicità immobiliare, l'azione ipotecaria del creditore poteva venire diretta contro il soggetto, che aveva ricevuto la consegna (anche solo simbolica) dell'immobile. L'azione ipotecaria aveva quindi anche un connotato recuperatorio e consentiva di espropriare il possessore, che a seguito della consegna fosse diventato altresì proprietario della cosa ipotecata. Questa impostazione di fondo persiste nel *code civil*, che continua a individuare nel terzo possessore (« *tiers détenteur* ») il legittimato passivo dell'azione ipotecaria (art. 2166, ora art. 2461). Il che ovviamente solleva la contraddizione con il principio consensualistico accolto dal codice civile francese, per il quale tale possessore coincide con l'acquirente dell'immobile, divenutone proprietario per effetto del contratto di vendita. Questo disallineamento tra le regole ipotecarie e la regola accolta per il trasferimento della proprietà compare anche nel codice italiano previgente: l'art. 1964, co. 3, declama che l'ipoteca « è inerente ai beni, e li segue presso qualunque possessore ». Inoltre le regole del codice previgente permettono al « terzo possessore » di liberare dalle ipoteche la « sua proprietà » e lasciano ancora trasparire in filigrana l'origine recuperatoria dell'azione

ipotecaria. Ora, finalmente, l'art. 2808 c.c. consente al creditore ipotecario di espropriare l'immobile « anche in confronto del terzo acquirente »; del pari negli artt. 2858 ss. c.c., relativi al terzo acquirente, è scomparso ogni riferimento al possessore del bene. È chiaro dunque che l'acquirente dell'immobile ipotecato è il soggetto legittimato passivo dell'azione esecutiva indipendentemente da ogni situazione possessoria.

L'ipoteca e le azioni relative hanno natura di diritto reale immobiliare o mobiliare a seconda dell'oggetto gravato, secondo i criteri ordinanti fissati dagli artt. 812 ss. c.c.

Talora la legge, con norma speciale, radica la competenza nel giudice della circoscrizione dove si trovano i beni ipotecati, che può anche non coincidere con il territorio di competenza della conservatoria dei registri immobiliari: così per l'espropriazione sia mobiliare sia immobiliare (art. 26 c.p.c.) e per il procedimento di liberazione degli immobili dalle ipoteche, nel quale si richiama la competenza territoriale dell'espropriazione (art. 792 c.p.c.). Più in generale comunque per le azioni relative all'ipoteca immobiliare è competente il giudice del luogo nel quale si trova l'immobile (art. 21 c.p.c.), salva la deroga portata dall'eventuale accessorietà dell'azione ipotecaria rispetto all'azione principale; mentre per le azioni relative all'ipoteca mobiliare si applica il foro generale delle persone (artt. 18 e 19 c.p.c.). Sono considerate azioni reali: la domanda di accertamento della nullità dell'iscrizione o dell'estinzione dell'ipoteca; la domanda di riduzione dell'ipoteca; la domanda di cancellazione dell'iscrizione ipotecaria (Cass., 6 agosto 1977, n. 3601); la domanda di rettifica dell'iscrizione. Invece le domande ipotecarie che presuppongono l'accertamento e la formazione del giudicato su questioni di validità, esistenza, o estinzione del credito garantito rivestono natura accessoria e pertanto seguono la competenza territoriale delle azioni personali.

2. *La pubblicità dell'ipoteca.*

2.1. *La pubblicità immobiliare.*

La parabola che porta dalla garanzia occulta del diritto francese prerivoluzionario all'odierna ipoteca fondata sulla pubblicità trova un primo punto d'arrivo normativo nell'art. 1965 c.c. abr.: « L'ipoteca non ha effetto se non è resa pubblica »;

l'attuale art. 2808, comma 2, c.c. si pone lungo tale parabola sancisce che l'ipoteca « si costituisce mediante iscrizione nei registri immobiliari ».

Portata della
pubblicità
costitutiva

È usuale nel discorso giuridico italiano l'affermazione che l'iscrizione dell'ipoteca è una formalità con effetto costitutivo, mentre la trascrizione dei contratti produce un effetto dichiarativo. Talora però anche la trascrizione ha effetto costitutivo nel settore delle garanzie reali: così avviene per la trascrizione dei privilegi speciali immobiliari, per i quali la legge richiede una forma di pubblicità. Così la trascrizione nei registri immobiliari del contratto preliminare ha effetto costitutivo per il privilegio del promissario acquirente; la trascrizione nei registri presso la cancelleria del tribunale ha effetto costitutivo del privilegio del venditore di macchine e delle banche che ne anticipano il prezzo; la garanzia su privative industriali titolate sorge a seguito della trascrizione presso l'Ufficio Italiano Marchi e Brevetti. Collegare determinati effetti giuridici a seconda della terminologia adottata dalla legge (iscrizione o trascrizione) è quindi piuttosto ingenuo e superficiale.

L'interprete però ha il compito di verificare il significato operativo della formula relativa all'effetto costitutivo della pubblicità, come si è già chiarito (Cap. II.4).

L'iscrizione non è di per sé sufficiente per la costituzione della garanzia in assenza di un valido titolo, non avendo carattere astratto.

L'iscrizione neppure produce un effetto sanante sui vizi del titolo ipotecario, nemmeno con l'aiuto del decorso del tempo.

Pertanto, anche in assenza di iscrizione si producono taluni effetti sostanziali. La promessa di concedere un'ipoteca può avere incidenza sull'obbligazione che si vuole garantire: in caso di mancata prestazione della garanzia promessa opera la decadenza dal termine prevista dall'art. 1186 c.c. Così pure il creditore di una rendita vitalizia può domandare la risoluzione del contratto, qualora il debitore non presti la garanzia promessa (art. 1877 c.c.).

Effetti prodotti
dal titolo

In presenza di un valido titolo ipotecario — volontario o giudiziale — secondo la dottrina il creditore diviene titolare di un'autonoma diritto reale sull'ipoteca, efficace nei confronti

Termine estratto capitolo

CAPITOLO VI

LA PROPRIETÀ CON FUNZIONE DI GARANZIA

1. Il modello delle alienazioni in garanzia. — 1.1. La struttura delle alienazioni in garanzia. — 1.2. Il divieto del patto commissorio. — 2. La cessione di crediti in garanzia. — 3. L'alienazione di beni in garanzia e il patto marciano. — 3.1. La legittimazione del patto marciano presso gli interpreti. — 3.2. Il prestito vitalizio ipotecario. — 3.3. Il credito immobiliare ai consumatori (art. 120-*quiesdecies* tub). — 3.4. Il finanziamento alle imprese garantito da trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato (art. 48-*bis* tub). — 3.5. Il pegno non possessorio. — 3.6. La locazione finanziaria. — 3.7. La ricostruzione tipologica della garanzia marciانا. — 3.8. L'alienazione in garanzia a un terzo fiduciario. — 4. Il trust in funzione di garanzia. — 5. La riserva di proprietà. — 5.1. La proprietà riservata per i beni mobili. — 5.2. La proprietà riservata per gli immobili — 6. La locazione finanziaria.

1. *Il modello delle alienazioni in garanzia.*

1.1. *La struttura delle alienazioni in garanzia.*

Le principali ipotesi di utilizzazione della proprietà per assicurare al creditore il soddisfacimento in caso di inadempimento del debitore sono le alienazioni di beni o di crediti con causa di garanzia: in forza del contratto il creditore, in caso di inadempimento, può soddisfarsi sul bene mobile o immobile oppure sul credito che sono sottratti sia alle azioni esecutive degli altri creditori sia alle pretese di terzi aventi causa del debitore (salvo sempre l'art. 1153 c.c. qualora all'alienazione mobiliare in garanzia non segua la trasmissione del possesso del bene). Dal punto di vista del concorso tra creditori la posizione del creditore che ha ricevuto un diritto in garanzia equivale funzionalmente a una causa di prelazione. La differenza risiede nella inutilità del ricorso a procedure giudiziali o stragiudiziali per il soddisfacimento del credito, che discende direttamente dalla titolarità del diritto trasferito in garanzia.

Formule
italiane...

In tutti i sistemi giuridici europei compare il seguente modello: debitore trasferisce al creditore un bene o un credito e mantiene il diritto di riacquistarlo in caso di adempimento del debito garantito; qualora il debito non venga adempiuto il creditore si appropria del bene o del credito dato in garanzia, restandone proprietario/titolare, oppure ne cura la vendita incamerando il corrispettivo, con obbligo di versare al debitore la differenza tra il valore del bene o del credito, stimato in maniera imparziale al momento dell'inadempimento, e il debito non adempiuto. Questo tipo di garanzia è per sua natura accessoria perché l'*expressio causae* vi è necessaria per correlare l'alienazione all'obbligazione garantita.

Per descrivere verbalmente questo modello di garanzia nel suo insieme il giurista italiano adopera tre diverse nozioni: l'alienazione in garanzia in senso stretto, che consiste appunto nel trasferimento della proprietà di un bene con causa di garanzia; il patto commissorio, consistente nella pattuizione che assegna al creditore *tout court* il bene in caso di inadempimento; il patto marciano, consistente invece nella pattuizione che assegna al creditore il bene in caso di inadempimento, con suo obbligo di farne stimare il valore da un terzo indipendente e di restituire al debitore l'eccedenza tra quel valore e il debito inadempito. L'art. 2744 c.c., che considera il patto commissorio addietto a pegno o ipoteca, e l'art. 120-*quinquiesdecies* tub, che permette nel credito immobiliare ai consumatori la pattuizione marciانا addietta all'ipoteca, dimostrano l'autonomo spazio riservato al patto marciano. In sostanza, il patto che attribuisce al creditore il bene in caso di inadempimento (commissorio vietato, marciano lecito) opera separatamente dal congegno di garanzia adottato dalle parti.

Peraltro l'art. 1963 c.c., che vieta il patto commissorio addietto al contratto di anticresi immobiliare, dimostra che il patto commissorio/marciano può avere natura autonoma rispetto alle garanzie reali tipiche. In questi casi, se l'esito previsto dalle parti è il trasferimento della proprietà del bene al creditore — ad esempio l'immobile dato in anticresi —, il patto racchiude in sé anche il consenso all'alienazione.

L'alienazione in garanzia normalmente racchiude in sé anche quel patto per raggiungere l'obiettivo voluto dalle parti. La clausola commissoria e quella marciانا, ovviamente, sono tra loro alternative, vietata la prima, ammessa la seconda. Nel comune discorso giuridico l'interprete italiano finisce poi per elidere il primo termine della sequenza e individua nel patto commissorio e nel patto marciano due ipotesi di alienazioni in ga-

ranzia; oppure, in ipotesi specifiche come il pegno irregolare, tende ad assorbire il secondo termine (che per l'art. 1851 c.c. nel pegno irregolare ha fonte legale) nel contenuto tipico della alienazione stessa in garanzia. È comunque corretta la distinzione concettuale tra i due termini negoziali.

L'elaborazione iniziale di questo modello si rinviene nella *fiducia cum creditore* del diritto romano, che ha figliato l'alienazione in garanzia mobiliare tedesca per mezzo della recezione operata dai pandettisti. Parallelamente si è sviluppato il sistema di garanzie reali inglesi, che vede nel *mortgage* tradizionale l'alienazione del diritto *at law* sul bene, sia immobile sia mobile (il *chattel mortgage*), con successivi interventi delle corti di *equity* tese a introdurre i correttivi marciati noti al giurista continentale. Ancora nella riforma inglese del 1925 la garanzia volontaria immobiliare è considerata come una forma di alienazione in garanzia; soltanto con il Land Registration Act del 2002 l'idea che il creditore vanti un diritto sul bene (*charge*) limitato alla funzione di garanzia trova la definitiva consacrazione.

... e modelli
stranieri

Invece in Germania la garanzia mobiliare tipica era il classico pegno e le garanzie immobiliari si erano sviluppate in stretta correlazione con il sistema di pubblicità, nelle due varianti dell'ipoteca accessoria e del debito fondiario astratto (v. Cap. I.2 e 3). Qui la natura astratta del modo di trasferimento della proprietà ha favorito l'utilizzazione delle alienazioni con scopo di garanzia quale modello alternativo alle garanzie reali tipiche. Infatti la consegna dei mobili e l'iscrizione dell'apposito atto traslativo nei libri fondiari, per gli immobili, trasmettono la proprietà; il contratto causale, che precede l'esecuzione del trasferimento, governa la stabilità dell'acquisto. Se tra le parti viene stipulato un contratto che prevede l'alienazione in garanzia, l'acquirente risulta pieno proprietario in forza del *modus adquirendi*, pur se gravato dai vincoli derivanti dall'accordo di garanzia.

La traiettoria dell'alienazione in garanzia nel sistema tedesco è stata parallela e distinta da quella delle garanzie reali tipiche. Anche nel panorama tedesco si erge il divieto del patto commissorio, sancito dal § 1149 BGB per il pegno e dal § 1149 BGB per l'ipoteca, applicabile anche al debito fondiario. Peraltro va osservato come, sempre in ossequio al principio di astrazione delle alienazioni, il divieto si rivolge al patto commissorio obbligatorio, in quanto l'atto dispositivo immobiliare astratto soggetto alla pubblicità immobiliare costitutiva è da solo inidoneo a perfezionare un trasferimento commissorio, perché il § 925 BGB vieta l'apposizione di condizioni. Ma in questo ordinamento la proibizione non possiede alcuna forza espansiva e viene limitata ai casi previsti dalla legge: in sostanza il divieto impedisce alle garanzie reali tipiche di adottare l'esito proprio dell'alienazione in garanzia. Ad esempio, si è rifiutata l'applicazione analogica del divieto al patto commissorio autonomo (così BGH, 23 giugno 1995, in *BGHZ*, 130, 101: patto commissorio immobiliare tra un soggetto e il proprio fideiussore, a garanzia del regresso).

Peraltro in Germania nel settore immobiliare si registra uno scarso utilizzo dell'alienazione in garanzia. Di fronte all'ampia flessibilità offerta dall'armamentario delle garanzie reali tipiche (ipoteca accessoria, debito fondiario autonomo, debito fondiario reso accessorio dalle parti, possibile incorporazione delle garanzie in titoli) e all'efficienza dimostrata dal sistema di esecuzione forzata, assai di rado i contraenti utilizzano l'aliena-

zione immobiliare in garanzia. Invece il settore delle garanzie mobiliari è conosciuto lo sviluppo delle alienazioni di beni mobili e di crediti con scopo di garanzia di cui si è già detto (v. Cap. III.2).

Ben diversa l'evoluzione nel sistema francese. Nell'ordinamento precodicistico la cessione di diritti in garanzia non poteva trovare lo strumento tecnico per essere attuata. Per il diritto romano soltanto la *mancipatio* e la *in iure cessio* erano idonee a trasferire un bene in garanzia; la *traditio* non poteva essere utilizzata a tale fine. Quindi il giurista francese, che per alcuni secoli aveva lottato per eliminare la *traditio* quale modo di trasferimento della proprietà, riportando con fatica l'effetto traslativo al contratto causale, si trovava privo del mezzo tecnico indispensabile per perfezionare l'alienazione in garanzia. D'altra parte, per gli immobili, l'evoluzione dell'ipoteca generale occulta — assente nei sistemi inglese e tedesco — ha reso inutile l'alienazione in garanzia: poiché l'azione ipotecaria investiva tutti gli immobili del debitore ed era opponibile ai terzi, non serviva attribuire al creditore un'ulteriore prelazione reale relativa a un singolo immobile. In assenza di pratiche abituali e di indagini teoriche sedimentate, l'alienazione in garanzia non trova alcuno spazio nella redazione del *code civil* francese e nei codici che a esso si ispirano. Il pegno tradizionale e l'ipoteca si consolidano come schemi normali di garanzia reale volontaria. Inoltre non va dimenticato che nell'opera del codificatore francese culmina l'edificazione della proprietà quale diritto soggettivo unitario e assoluto, con il risultato di privare di dignità teorica ogni costruzione di proprietà relativa, conformata, funzionalizzata, necessaria invece al giurista per maneggiare la complessità della proprietà in garanzia.

Ecco allora la totale assenza delle alienazioni in garanzia dal panorama giuridico francese sin verso la fine del XX secolo. Soltanto con la legge Dailly del 1981 (l. 2 gennaio 1981, ora artt. L. 313-23 ss. *code mon. fin.*) la cessione dei crediti commerciali a una banca può svolgere la funzione di garanzia. Bisogna poi attendere la fatica della dottrina (WITZ, 1991) e l'introduzione della *fiducie* nell'ordinamento nel 2007 per trovare una disciplina coerente del trasferimento di proprietà dei beni in garanzia secondo uno schema ispirato al trust. Per gli artt. 2372-1 e 2488-1 *code civil* il trasferimento della proprietà in garanzia, rispettivamente di un bene mobile e di un bene immobile, viene attuato mediante un contratto di *fiducie* a favore del creditore stesso oppure di un terzo. L'escussione della garanzia mette in gioco gli abituali obblighi marciali, ai quali si dedicherà attenzione tra breve.

1.2. *Il divieto del patto commissorio.*

In Francia e in Italia le alienazioni in garanzia hanno avuto un destino drammaticamente intrecciato con il divieto del patto commissorio e con la declamata lotta contro le pratiche usuarie.

CAPITOLO VII

I CONTRATTI DI GARANZIA FINANZIARIA

1. I contratti di garanzia finanziaria. — 2. La disciplina. — 3. L'escussione della garanzia.

1. *I contratti di garanzia finanziaria.*

I contratti di garanzia finanziaria sono oggetto di analisi dottrinali ampie e approfondite e sarebbe inutile in questa sede andare oltre le linee generali della relativa disciplina. Il lettore può trovare nei contributi raccolti nel recentissimo volume curato da E. GABRIELLI per il *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu e Messineo* i più aggiornati studi sul tema.

L'Unione europea con la Direttiva 2002/47/CE ha inteso creare un regime comunitario per la dazione in garanzia di titoli e contante con l'obiettivo di favorire l'integrazione, l'efficienza e la stabilità del mercato finanziario dell'Unione. Viene così individuata funzionalmente una tipologia di garanzia caratterizzata dalla qualifica soggettiva dei contraenti, dall'oggetto della garanzia e dalla natura dei crediti garantiti, alla quale si applica le disposizioni della Direttiva. Risulta indifferente la qualificazione giuridica data da ciascun ordinamento nazionale a quella tipologia di garanzia. La regolamentazione delle garanzie su strumenti finanziari deve ispirarsi a criteri di semplificazione delle formalità di costituzione, al fine di ridurre i relativi costi e oneri amministrativi, e di rapidità nell'escussione delle garanzie, al fine di salvaguardare la stabilità finanziaria e limitare gli effetti di contagio in caso di inadempimento del debito garantito. La Direttiva prevede altresì il diritto di utilizzazione dell'oggetto della garanzia finanziaria da parte del creditore allo scopo di migliorare la liquidità del mercato finanziario.

La Direttiva
2002/47/CE

La Direttiva è stata variamente attuata negli Stati membri, e la seconda delle strutture formali delle garanzie mobiliari in essi già presenti. Il nostro legislatore ha attuato la Direttiva europea con il d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170, più volte modificato nel corso degli anni. Il contratto di garanzia finanziaria viene indicato come « il contratto di pegno o il contratto di cessione del credito o di trasferimento della proprietà di attività finanziarie con funzione di garanzia, ivi compreso il contratto di pronti contro termine, e qualsiasi altro contratto di garanzia reale avente ad oggetto attività finanziarie e volto a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie ». Si utilizza il criterio funzionale proprio dell'art. 9 UCC e di larga adozione nelle elaborazioni sovranazionali, che accomuna i due modelli di garanzia tradizionalmente considerati antagonisti, cioè quello incentrato sul trasferimento al creditore della proprietà del bene dato in garanzia e quello fondato sull'attribuzione al creditore di un diritto reale di garanzia (v. Cap. I.2).

Presupposti di applicazione

La normativa si applica in presenza di un requisito soggettivo. Una delle parti del contratto deve essere un'autorità pubblica; una banca centrale inclusa la Banca centrale europea e le banche sovranazionali (come la Banca dei regolamenti internazionali, le banche multilaterali di sviluppo, il Fondo monetario internazionale e la Banca europea per gli investimenti); gli enti finanziari sottoposti a vigilanza prudenziale, inclusi gli enti creditizi, le imprese di investimento, gli enti finanziari e le imprese di assicurazione (anche se enti extracomunitari); gli organismi di investimento collettivo in valori mobiliari; le società di gestione di fondi comuni; le controparti centrali, gli agenti di regolamento o le stanze di compensazione, che operano sui mercati regolamentati; i soggetti diversi dalle persone fisiche, incluse imprese e associazioni prive di personalità giuridica. Quindi non può essere parte di un contratto di garanzia finanziaria una persona fisica, dovendosi adottare a tale scopo la qualifica di consumatore. La dottrina però suggerisce di ricomprendere nell'elencazione anche la persona fisica che svolga attività di impresa individuale, alla luce dell'evoluzione in corso della legislazione sui contratti tra imprese normalmente inclusivi dell'imprenditore individuale. Invece propone di escludere le associazioni che non svolgono attività di impresa, sia pure accessoria, in coerenza con l'esclusione delle persone fisiche. In definitiva, quindi, il decreto ha un raggio di applicazione estremamente ampio.

Inoltre è richiesta anche la presenza di un requisito oggettivo. La normativa si applica se il contratto ha per oggetto le attività finanziarie. Esse sono:

a) il contante, definito come « denaro accreditato su un conto od analoghi crediti alla restituzione di denaro, quali i depositi sul mercato monetario », con riferimento non tanto alla nozione di moneta avente corso

legale (art. 1277 c.c.), quanto piuttosto al credito pecuniario del depositante, così come considerato nell'art. 1851 c.c. per il pegno irregolare; la Corte di Giustizia (sentenza 10 novembre 2016, causa C-156/15) ha deciso che la nozione comprende anche i depositi di somme in conto corrente bancario; è invece comunque escluso il contante il denaro rappresentato dalle banconote come già chiarito dal considerando (18) della Direttiva;

b) gli strumenti finanziari, che risultano dalla Sezione C dell'Allegato al tuf, la quale ha sostituito a sensi del d.lgs. 3 agosto 2017, n. 219, l'elenco in precedenza accolto dall'art. 1, co. 2, tuf, richiamato dal d.lgs. 170/2004: si tratta dei valori mobiliari (azioni e titoli rappresentativi di capitale di rischio negoziabili in mercati regolamentati; obbligazioni, altri titoli di debito e titoli di stato parimenti negoziabili), degli strumenti del mercato monetario, delle quote degli organismi di investimento collettivi, dei contratti di opzione, *futures*, *swaps* e di ogni altro strumento derivato relativi a tassi di interesse e merci, dei derivati per il trasferimento del rischio di credito, e delle quote di emissioni della Direttiva 2003/87/CE; peraltro si è ipotizzato di limitare il riferimento oggettivo al contenuto del tuf prima della citata modifica, così da escludere dall'oggetto dei contratti in esame gli strumenti derivati, in accordo con l'intenzione del legislatore comunitario e con la scarsa idoneità di tali strumenti a fungere da garanzia reale per la loro scarsa liquidità;

c) i crediti in denaro derivanti da un contratto con il quale un ente creditizio concede un credito in forma di prestito, purché il debitore del credito dato in garanzia non sia un consumatore (art. 2, co. 2-bis: salvo che parte del contratto di garanzia sia una banca centrale o una banca sovranazionale): la normativa si applica quindi se l'ente finanziatore utilizza i propri crediti come garanzia per i propri debiti finanziari, inclusa l'ipotesi di garanzia data alle banche centrali avente ad oggetto finanziamenti concessi ai consumatori;

d) per le banche centrali e per i sistemi di compensazione previsti dall'art. 1, co. 1, lett. r, del d.lgs. 12 aprile 2001, n. 210, le attività accettate a garanzia delle rispettive operazioni.

Un ultimo requisito concerne i crediti garantiti che devono avere la natura di « obbligazioni finanziarie », definite come « le obbligazioni, anche condizionali o future, al pagamento di una somma di denaro ovvero alla consegna di strumenti finanziari ». Viene espressamente consentito che la garanzia finanziaria sia concessa da un terzo datore: il requisito soggettivo allora deve interessare il solo contratto di garanzia finanziaria. Risultano perciò esclusi dalla normativa in esame, anche in presenza del requisito soggettivo sopra indicato, le garanzie date per obbligazioni di fare o di dare un bene diverso dagli strumenti finanziari.

Il decreto regola in maniera flessibile il perimetro operativo dei contratti di garanzia finanziaria, in quanto vi ricomprende, oltre alle figure tipiche, anche qualsiasi altro contratto di garanzia reale avente ad oggetto attività finanziarie e volto a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie. Il che non significa

Rispetto della
tipicità

affatto che sono ammesse figure atipiche di garanzia, né che il principio del *numerus clausus* viene superato introducendo contratti atipici che si affermano nella prassi, né che chiave di volta del sistema diventa la nozione di causa del contratto di garanzia in senso concreto, come sostenuto un poco imprudentemente da taluno. Al contrario, l'ordinamento interno rimane pienamente competente a elaborare e disciplinare le figure di garanzie reali, alle quali — in presenza dei requisiti soggetti e oggettivi previsti dal decreto — si applica la regolamentazione speciale dei contratti di garanzia finanziaria, in particolare in relazione ai poteri delle parti e alle modalità di escussione. Così una pattuizione che intenda creare una garanzia reale atipica, pur rientrando per soggetti, oggetto e credito garantito nell'ambito operativo del decreto, non sfugge al limite posto dall'art. 2741, 2 co., c.c. e va considerata affetta da nullità. Questa conclusione è imposta dalla lettura della Direttiva, che dove ha inteso superare il diritto interno degli Stati membri lo ha espressamente sancito: l'art. 6, sulla base del cons. (13), ad esempio, vieta la riqualificazione da parte del sistema interno di un trasferimento in garanzia come concessione di un diritto reale di garanzia. Lo scopo della Direttiva di « creare un regime minimo riguardante l'uso delle garanzie finanziarie » (cons. (22)) non impone affatto di derogare all'art. 2741, 2 co., c.c. e al numero chiuso delle garanzie reali.

Il cons. (10) della Direttiva chiarisce che « nel campo di applicazione della presente direttiva rientrano solo i contratti di garanzia finanziaria che richiedono una qualche forma di spossessamento ». Pertanto non rientrano nella categoria dei contratti di garanzia finanziaria il pegno non possessorio e i privilegi convenzionali, che ben potrebbero essere concessi a un ente creditizio sui crediti derivanti dall'attività di impresa del debitore e avere a oggetto attività finanziarie.

Come si è già avuto modo di ricordare, il decreto 170 del 2004 esplicita nel formante legale la piena ammissibilità della cessione di crediti e dell'alienazione di beni (strumenti finanziari) con scopo di garanzia. In particolare l'art. 6 prevede che i contratti di garanzia finanziaria prevedono il trasferimento

Termine estratto capitolo