

*I contratti di garanzia: tra atipicità, autonomia negoziale
e divieto di patto commissorio*

Di GIUSEPPE MARIA MARSICO

L'autonomia contrattuale (1) rientra nella più ampia e generale nozione di autonomia negoziale, di cui rappresenta la forma più rilevante di manifestazione. Essa è sancita nel disposto di cui all'art. 1322 c.c..

L'autonomia contrattuale si sostanzia nel potere di scegliere se e con chi concludere il contratto, nonché di decidere di farsi sostituire nel compimento dell'attività negoziale. La norma citata chiarisce, altresì, che le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge, nonché concludere contratti misti, atipici o collegati. I contraenti possono, inoltre, utilizzare contratti tipici per perseguire finalità atipiche, purché le stesse siano meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. Le parti, infine, possono scegliere la forma del contratto, salvo i casi previsti dalla legge (artt. 1350 e 1352 c.c.), e inserire elementi accidentali nel regolamento contrattuale.

Pertanto, l'autonomia contrattuale è molto ampia, salvo i limiti imposti dalla legge e dal vaglio di meritevolezza secondo l'ordinamento giuridico del contratto atipico. Questa tendenza spiccatamente elastica, sebbene entro certi limiti, si caratterizza la libertà di predeterminazione del contenuto contrattuale. Essa, in particolare, si è affermata con forza nell'ambito delle garanzie personali e patrimoniali del credito, anche in parziale sovrapposizione alla garanzia patrimoniale generica di cui all'art 2740 c.c.. Da ciò se ne deduce, quindi, che l'autonomia contrattuale non può derogare al disposto di cui all'art 2740 c.c., ma può solo prevedere degli strumenti più incisivi che ne rafforzino la portata. La ratio di tale limitazione va ravvisata nell'esigenza di garantire il principio di par condicio creditorum, ossia il generale principio secondo cui ciascun creditore ha uguale diritto di essere soddisfatto sui beni del debitore, salvo il caso in cui esistano cause legittime di prelazione.

Dunque, l'atipicità delle garanzie si scontra, inevitabilmente, con il limite posto dalla disposizione di cui all'art 2740 c.c.. che non consente di derogare, se non per legge, alla garanzia patrimoniale generica ma solo di rafforzarla. Inoltre, un ulteriore ostacolo al riconoscimento esplicito di garanzie atipiche è rappresentato, per quanto riguarda le garanzie reali atipiche, dal fatto che, essendo le due delle garanzie reali legislativamente previste diritti reali sub specie di garanzia, esse mutuano dai diritti reali le caratteristiche della tipicità e del numerus clausus. Nel sistema del diritto civile è

immanente, infatti, l'esigenza di tassatività con riguardo al pegno ed ipoteca, i quali, trattandosi di diritti reali mutuano dai diritti reali ordinari le caratteristiche principali, ossia inerenza del diritto al bene cui accede, ambulatorietà, assolutezza od opponibilità erga omnes del vincolo costitutivo e tassatività. Tale tassatività è il corollario del principio della *par condicio creditorum*.

Si considera, dunque, tassativo sia l'elenco che il codice ha predisposto con riguardo alle tipologie di diritti reali esistenti nel nostro ordinamento (c.d. *numerus clausus*), sia il contenuto, normativamente previsto, di ciascuno di essi.

Alla luce, dunque, delle puntuali individuazioni effettuate dal legislatore, in sede di vaglio di ammissibilità del negozio stipulato tra le parti, è impedito di costituire diritti reali che non siano tipizzati dal legislatore. Da un lato, il legislatore stabilisce puntualmente e tassativamente il diritto, dall'altro ne tipizza anche il contenuto. In tal modo, il legislatore ha determinato un limite oltre il quale l'autonomia privata non può spingersi. Le parti non possono derogare i predetti limiti; la *par condicio creditorum*, manifestazione di un interesse pubblicistico, prevale sull'autonomia negoziale. Dal principio del *numerus clausus* o e della tipicità dei diritti reali derivano due risvolti. Il primo esprime il divieto per i privati di creare altri diritti reali rispetto a quelli già espressamente disciplinati dalla legge; il secondo evidenzia come sia, di regola, precluso ai privati di modificare la disciplina legale dei singoli diritti reali.

Per tale motivo, le garanzie reali devianti rispetto alla fattispecie reale tipica non erano considerate, originariamente, con favore dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Ciò era dovuto dal fatto che il principio di tipicità dei diritti reali fosse un retaggio dogmatico della visione di tipo eminentemente dominicale degli scambi economici che rinveniva nella proprietà il principale strumento di produzione della ricchezza.

Tuttavia la complessità e l'evoluzione dei traffici commerciali ha visto consolidarsi – nella prassi – l'uso di garanzie reali atipiche, talune delle quali sono state, recentemente, recepite dallo stesso legislatore che per ragioni sistematiche e di certezza del diritto, ha ritenuto opportuno codificarle. Tanto premesso in via generale, è necessario soffermarsi sulle singole garanzie atipiche poste al vaglio di meritevolezza da parte dei giudici, facendo particolare attenzione a quelle reali, che sono quelle che hanno incontrato la maggiore renitenza di dottrina e giurisprudenza.

Nell'ambito dei diritti reali, a fronte di una prima ricostruzione ermeneutica che negava la possibilità, per i privati, di apportare qualsivoglia modifica al contenuto dei diritti reali esistenti, si è affermata, negli ultimi anni, una tesi evolutiva che tende ad estendere la possibilità per i privati



di modificare nei tratti non essenziali la disciplina dei diritti de quibus, purchè perseguano interessi meritevoli di tutela ex art. 1322, co 2, c.c..

Recentemente, così, nel nostro sistema del diritto civile - secondo un orientamento – sarebbero state introdotte nuove fattispecie di diritti reali.

Gli autori che condividono questa tesi evidenziano che non è rintracciabile all'interno del nostro ordinamento nessuna disposizione che vieta espressamente ai privati la costituzione di diritti reali atipici. Il disposto di cui all'art. 1322, co 2, c.c. consente, inoltre, ai privati di predisporre operazioni contrattuali non conformi ai tipi legalmente tipizzati dal codice, purchè perseguano interessi meritevoli di tutela giuridica secondo l'ordinamento. In sostanza, il giudizio di meritevolezza di un negozio rimesso alla volontà delle parti, qualora non sia stato fatto a monte dal legislatore attraverso una disposizione ad hoc, viene rimesso, a valle, al vaglio dell'autorità e non comporta una assoluta preclusione per le parti di addivenire ad un accordo non tipizzato. Una scarsa o nulla elasticità degli schemi negoziali, non adeguati alla evoluzione della prassi contrattualistica attuale, rischierebbe anzi di limitare la libera circolazione della ricchezza.

Si sono iniziati, in tal senso, a declinare i diritti reali secondo paradigmi diversi da quelli ordinari: si pensi alla multiproprietà, alla proprietà risolubile, alle servitù irregolari.

Le fattispecie attorno alle quali gravitano i maggiori dibattiti sono le varianti del pegno, ossia pegno irregolare, rotativo e omnibus, le cui coordinate normative vanno rinvenute negli artt. 2784 e ss c.c..

Il pegno rappresenta un contratto reale predisposto per volontà del debitore o di un terzo e avente ad oggetto beni mobili, universalità di mobili e crediti. Il contratto si perfeziona con la traditio della res al creditore, il quale è il solo a poterne disporre fintantoché il debitore non abbia adempiuto la propria prestazione. Esso è un diritto reale di garanzia costituito su beni mobili del debitore o di un terzo a garanzia dell'obbligazione del debitore.

Occorre rilevare che, in caso di inadempimento del debitore, il bene oggetto del pegno non passerà in proprietà al creditore, ma quest'ultimo potrà soddisfarsi, con preferenza rispetto agli altri creditori, sul ricavato della vendita del bene all'incanto. L'art. 2744 c.c., rubricato "divieto del patto commissorio", vieta, infatti, le pattuizioni in cui, in caso di inadempimento del credito garantito, si conviene che la cosa data in pegno o in ipoteca passi in proprietà del creditore. Esso rappresenta un divieto di risultato. Sono nulle tutte i patti che abbiano come risultato quello vietato dalla norma citata.

Secondo la disciplina comune a tutti i contratti, l'oggetto deve essere determinato o determinabile (oltre a possibile e lecito). In tal caso, tuttavia, si è ventilata l'ipotesi di contrarre un pegno con



oggetto generico. Si parla di pegno c.d. omnibus in relazione al diritto della banca – esplicitamente previsto dalle norme uniformi bancarie – di far sottoscrivere al cliente la clausola con la quale abbia facoltà di ritenere tutti i titoli o valori di proprietà del correntista e già detenuti a qualsiasi titolo e/o ragione e addirittura pervenuti successivamente nel possesso della banca, ad estinzione di un credito di quest'ultima.

L'anomalia rispetto al contratto di pegno (2) ordinario consiste nel fatto che il diritto di espropriazione di cui beneficia l'istituto di credito non è limitato alla res materialmente ed in concreto gravata dalla causa di prelazione; al contrario, il perimetro operativo del pegno può abbracciare anche i beni di cui il debitore disporrà in futuro, ossia in un momento successivo rispetto alla stipulazione del contratto.

Per tali peculiarità, è presente in dottrina un annoso dibattito sulla configurabilità del pegno omnibus. I dubbi sorgono in ragione della genericità (e la indeterminatezza) del suo oggetto e, di riflesso, la validità dell'operazione negoziale tout court.

Un orientamento giurisprudenziale risalente ha negato la possibilità di pattuizione da parte e a favore della banca di una clausola omnibus, sanzionandola con la nullità per contrarietà al disposto di cui al terzo comma dell'art. 2787 c.c. Esso richiede, affinché il contratto di pegno sia valido, la sufficiente determinazione dell'oggetto. La nullità della clausola contenente un generico riferimento ad ogni altro eventuale credito presente e futuro, diretto o indiretto, vantato dal creditore, oltre alla puntuale indicazione di quello per il quale il pegno è stato convenuto, però, non travolge l'efficacia della prelazione pignorizia anche con riferimento al singolo credito ritualmente indicato nel contratto, qualora il giudice di merito pervenga alla conclusione che la singola convenzione rappresenti una mera clausola di stile, la cui nullità parziale non si comunica al contratto.

Un differente indirizzo, al contrario, ha considerato ammissibile la figura del pegno omnibus nei limiti in cui la clausola del contratto che lo prevede contenga una indicazione sì generica, ma comunque idonea ad individuare i beni che costituiranno oggetto del vincolo.

Alla luce di quanto dinanzi esposto, il pegno omnibus rappresenta un'ipotesi di pegno che si discosta dalla fattispecie ordinaria, assurgendo a garanzia reale atipica(3).

Le medesime considerazioni devono svolgersi anche rispetto al c.d. pegno rotativo ossia quel contratto costitutivo di garanzia reale con il quale un soggetto, per ottenere un'anticipazione bancaria o di costituire una garanzia per i propri debiti - presenti o futuri - offre come oggetto di



pegno una somma di denaro in modo che, una volta scaduto il titolo, la banca con il ricavato dello strumento finanziario possa acquistare altri e nuovi titoli o strumenti finanziari da sottoporre all'originario vincolo di garanzia reale.

Si parla di "rotatività" proprio per indicare la sostituibilità (o surrogabilità) nel tempo del bene oggetto della garanzia reale (4), senza comportare, ad ogni mutamento, la rinnovazione del vincolo per il sorgere della prelazione. La caratteristica del pegno rotativo consiste dunque nella c.d. clausola di rotatività. Con essa le parti si accordano sulla possibilità di sostituire il bene originariamente costituito in garanzia, senza che questa sostituzione comporti novazione del rapporto di garanzia e sempre che il bene offerto in sostituzione abbia identico valore del bene sostituito. La giurisprudenza è consolidata nel riconoscere validità ed efficacia al pegno rotativo. La tesi negativa, invece, prende le mosse dall'impossibilità di trasferire il vincolo originario impresso sulla res su un diverso oggetto, senza che occorra ripetere le formalità richieste in sede di costituzione. L'oggetto di tale contratto non è, dunque, la cosa materiale, ma il valore della stessa. Esso è un pegno di "valore"

Un diverso indirizzo giurisprudenziale, considerando che la cosa data in pegno abbia un suo valore determinato o determinabile, ha ritenuto valido ed efficace il patto di rotatività a condizione che il negozio costitutivo della garanzia reale presenti data certa. E' necessario, altresì, che contenga l'indicazione della cosa data in pegno e che il valore del bene sostituito nel pegno abbia identico valore di quello originario. A sostegno di tale orientamento si utilizza una interpretazione estensiva l'art. 2742 c.c. il quale consente la c.d. surrogazione, con un'indennità, della cosa oggetto di pegno perita o deteriorata durante la vigenza della garanzia. Una diversa ricostruzione giunge alla medesima conclusione, sulla base di una lettura evolutiva del disposto di cui all'art. 2803 c.c. che prevede il trasferimento della garanzia dal titolo scaduto al suo ricavato.

Il pegno rotativo si differenzia dal pegno irregolare, ossia il pegno avente ad oggetto denaro, beni o altre utilità fungibili. Da ciò deriva che oggetto dell'espropriazione non è la res materiale sulla quale è imposto materialmente il vincolo, ma il valore della medesima. In sostanza, quando il debitore costituisce un pegno su una data somma di denaro, il vincolo non graverà sulla somma in quanto entità tangibile e specificamente identificabile; graverà, invero, sul valore o quantum pattuito, essendo il solo tantumdem oggetto di vincolo. Rispetto al pegno ordinario le differenze sono rilevanti, poiché consistono nel diverso atteggiarsi del contenuto della realtà: nel pegno ordinario essa si esplica nell'opponibilità erga omnes della causa di prelazione sulla somma ricavata



dalla vendita del bene oggetto del contratto; al contrario, nel pegno irregolare si manifesta nell'attribuzione in proprietà delle cose consegnate al creditore.

Non ha validità la clausola che consente al creditore di appropriarsi dei beni oggetto del pegno irregolare indipendentemente dal valore della prestazione garantita.

Tale pattuizione concreterebbe un patto commissorio vietato.

Merita, inoltre, particolare attenzione anche il pegno non possessorio: fattispecie recentemente codificata dal legislatore con l'art 1 comma 1 dlgs 59/2016 con la finalità di incentivare il finanziamento delle imprese e l'attività d'impresa mediante l'agevolazione delle forme di recupero del credito, consentendo, attraverso una garanzia sui mezzi di produzione e sulle merci, la realizzazione del valore del bene oggetto di garanzia ad opera dello stesso creditore, attraverso la cd rotatività della garanzia dalla materia prima, al prodotto finito, fino al ricavato della vendita. Trattasi, quindi, di nuova forma di garanzia la cui natura giuridica è caratterizzata dalla specialità, dalla settorialità e dalla rotatività. Quanto alla specialità si fa riferimento alla mancanza spossessamento che connota tale figura di pegno. In sostanza, la garanzia si costituisce senza consegna del bene che resta nella disponibilità del debitore; pertanto, il creditore non entra nella disponibilità del bene oggetto di garanzia.

La settorialità, invece, riguarda un triplice aspetto. Sotto il profilo soggettivo, il debitore deve essere un imprenditore iscritto nel registro delle imprese. Sotto il profilo oggettivo, il pegno può avere ad oggetto solo beni mobili(anche immateriali), purchè destinati all'esercizio dell'impresa, ad esclusione dei beni mobili registrati, potendosi trattare comunque di beni mobili esistenti o futuri, determinati o determinabili. Infine, sotto il profilo funzionale, si tratta di una garanzia funzionalmente collegata ai soli crediti afferenti all'esercizio dell'impresa e non anche ai crediti personali dell'imprenditore. La rotatività caratterizza l'istituto nel senso che il bene oggetto di pegno, in mancanza di espressa previsione contrattuale in senso contrario, può essere trasformato o alienato, nel rispetto della sua destinazione economica. 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. La forma prevista per la costituzione della garanzia è quella scritta, ad substantiam e a pena nullità e il regime di pubblicità che consente di rendere opponibili ai terzi la garanzia non possessoria ha carattere costitutivo. La specialità di tale fattispecie emerge nella definizione di quattro modalità speciali di escussione della garanzia, predisposte al fine di evitare l'aggiramento del divieto del patto commissorio. La prima è la vendita dei beni oggetto del pegno,



trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del credito fino a concorrenza della somma garantita. Tale vendita è però assistita da una serie di garanzie poste a tutela non solo del debitore ma anche degli altri creditori che possano vantare diritti sul residuo valore del bene. In particolare, il creditore ha l'obbligo di informare immediatamente per iscritto il datore della garanzia dell'importo ricavato e di restituire contestualmente l'eccedenza; la vendita, poi, deve avvenire tramite procedure competitive (non tipizzate) anche avvalendosi di soggetti specializzati, sulla base di stime effettuate (salvo il caso di beni di non apprezzabile valore) da parte di operatori esperti nominati di comune accordo tra le parti o, in mancanza, è designato dal giudice. La norma sembra introdurre, in particolare, una cautela marciana.

La seconda modalità di escussione, prevista quando oggetto del pegno sia un credito, consiste nell'escussione dei crediti oggetto di pegno fino a concorrenza della somma garantita. Dunque, anche in questo caso il creditore non si può arricchire ingiustamente.

La terza modalità è rappresentata, al contrario, nella locazione del bene oggetto del pegno imputando i canoni a soddisfacimento del proprio credito fino a concorrenza della somma garantita. Infine l'ultima modalità di escussione consiste nell'appropriazione dei beni oggetto del pegno fino a concorrenza della somma garantita, a condizione che il contratto consenta tale possibilità e preveda anticipatamente i criteri e le modalità di valutazione del valore del bene oggetto di pegno e dell'obbligazione garantita. Tale modalità di escussione introdurrebbe, secondo un indirizzo, una forma di autotutela privatistica, in deroga al divieto del patto commissorio.

Sulla base di quanto esposto precedentemente, è possibile ritenere che a fronte di un sistema codicistico anelastico, si è assistito allo sviluppo, nella prassi, di figure atipiche in materia di garanzia del credito, destinate a costituire una valida e più efficiente alternativa alle vetuste garanzie codicistiche, non solo attraverso l'uso differenziato dei classici rimedi, ma anche attraverso l'utilizzazione delle fattispecie contrattuali tipiche.

Nell'ambito della prassi negoziale volta alla indiretta elusione del dettato dell'art. 2744 c.c., norma considerata unanimemente a carattere imperativo, vanno segnalate per importanza e diffusione le c.d. alienazioni a scopo di garanzia.

Si tratta, in particolare, di ipotesi realizzate utilizzando gli strumenti normativi predisposti dal codice civile come ad es. quelli della vendita con patto di riscatto o di retrovendendo (artt. 1500 ss. c.c.) e della vendita con riserva di proprietà (artt. 1523 ss. c.c.), negozi leciti sic et simpliciter e nei limiti della normativa per essi predisposta dal legislatore del 1942, ma usati per aggirare il divieto del patto

commissorio ogni qual volta la vendita del bene nasconda, in realtà, la volontà delle parti di attribuire il bene in maniera definitiva al creditore al solo verificarsi dell'inadempimento di un debito.

Un simile effetto potrà ad esempio essere ottenuto attraverso un contratto di compravendita di un bene in cui l'acquisto sia condizionato risolutivamente all'adempimento del venditore o ancora nel caso in cui il riscatto del bene venduto sia subordinato, non tanto alla restituzione del prezzo o dei rimborsi ex art. 1500 c.c., quanto piuttosto alla restituzione di una somma ricevuta a mutuo con palese violazione dell'art. 2744 c.c.

In quest'ultima ipotesi, relativamente frequente nella prassi, le parti, per evitare di incorrere nella sanzione della nullità dei patti che sanciscono la restituzione di un prezzo superiore a quello stipulato per la vendita ex art. 1500 c.c., statuiscono già al momento della conclusione del contratto un prezzo del bene che sarà equivalente o pari alla somma ricevuta a mutuo, maggiorato di spese ed interessi dovuti fino al termine per l'esercizio del riscatto.

In ordine poi alla ratio giustificatrice del divieto in esame, occorre rilevare che gli orientamenti tradizionali l'hanno individuata nell'esigenza di tutela del debitore, in stato bisogno in senso lato o bisognoso di liquidità, dall'approfittamento da parte dei creditori; si ritiene che tale divieto abbia la finalità di evitare che il debitore subisca pressioni e coartazioni della volontà, sanzionando quindi la privazione della libertà di disporre (c.d. autodeterminazione). Secondo un distinto indirizzo, invece, si è voluto in tal modo scongiurare il pericolo che il creditore acquisti, a titolo di garanzia, la proprietà di un bene del debitore di valore superiore all'importo del credito garantito; una distinta ricostruzione ermeneutica ha ritenuto che la giustificazione di tale divieto fosse da ricercare anche nel principio generale della *par condicio creditorum*.

Un rimedio idoneo a scongiurare questi pericoli ben potrebbe essere rappresentato dalla stipulazione del cd. "patto marciano" che consentiva al creditore insoddisfatto di appropriarsi del bene ricevuto in garanzia, sempre che questo fosse stimato al giusto prezzo. Si tratta, infatti, di una convenzione -collegata all'alienazione a scopo di garanzia - con la quale il creditore e debitore pattuiscono che, in caso di inadempimento di quest'ultimo, il bene trasferito in garanzia resti definitivamente di proprietà del creditore, previa stima del valore di esso da effettuarsi da un terzo all'epoca dell'inadempimento e con obbligo a carico del creditore medesimo di trasferire al debitore l'eventuale eccedenza tra il valore del bene trasferito e l'importo del credito garantito.

Altra questione di notevole rilevanza ha riguardato la individuazione in concreto delle figure di alienazione a scopo di garanzia. In un primo tempo si è ritenuta lecita la vendita con patto di riscatto



a scopo di garanzia, qualora fosse caratterizzata dal trasferimento immediato della proprietà del bene al creditore, sotto condizione risolutiva dell'adempimento da parte del debitore dell'obbligazione garantita. E' stata, invece, ritenuta nulla, ai sensi dell'art.2744 c.c., tale fattispecie traslativa, se sottoposta alla condizione sospensiva dell'inadempimento, nel termine pattuito, dell'obbligazione garantita. Tali dubbi ermeneutici hanno richiesto l'intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Censurando ogni formalistica distinzione fra trasferimento a scopo di garanzia sospensivamente e risolutivamente condizionato, i giudici di legittimità hanno statuito che il divieto di patto commissorio è stato in realtà sancito da una norma materiale, volta a perseguire il raggiungimento di un determinato risultato economico, indipendentemente dalla natura dello strumento contrattuale adottato dalle parti, precisando altresì che nella vendita a scopo di garanzia, l'esigenza di tutela del debitore e degli altri creditori non costituisce il solo motivo, ma assurge al rango di causa del contratto, in quanto il trasferimento della proprietà trova giustificazione obiettiva nel fine di garanzia, causa questa che risulta inconciliabile con quella di scambio propria della vendita (cd. Divieto di risultato). Pertanto, si è evidenziata la divergenza fra la causa tipica del negozio prescelto ed il risultato concretamente conseguito, diretto ad eludere il divieto stabilito dall'art.2744, c.c., con la realizzazione di un'ipotesi di contratto in frode alla legge.

Particolari figure di alienazioni a scopo di garanzia sono state rinvenute nel sale and lease back e nella cessione del credito a scopo di garanzia.

L'operazione di sale and lease back - o lease back - è una fattispecie complessa, ormai divenuta socialmente tipica e riconosciuta dagli usi commerciali, in cui l'utilizzatore concessionario, al fine di procurarsi risorse finanziarie, vende un bene di sua proprietà all'impresa di leasing concedente, che, contestualmente, glielo concede in locazione finanziaria, con la facoltà per l'utilizzatore di riacquistarne la proprietà alla scadenza del contratto, pagando un determinato prezzo prestabilito. Una parte minoritaria della dottrina, soffermandosi sui rapporti fra la ratio dell'art 2744 c.c. e la funzione economica di tale contratto, sostiene che tale operazione complessivamente costituirebbe un vero e proprio mutuo assistito da garanzia reale atipica sui beni del mutuatario sicchè il contratto in oggetto realizzerebbe, in ogni caso, lo scopo vietato dall'art 2744 c.c., con la conseguenza che il leasing di ritorno sarebbe nullo, perché in frode alla legge. I sostenitori di tale opinione hanno osservato che, di regola, chi concede un finanziamento non si accontenta di una garanzia di valore uguale al credito concesso e che, nella pratica, il lease back immobiliare prevede canoni nettamente superiori ai canoni locatizi, in quanto comprendenti una quota di capitale. Il che vuol dire che l'utilizzatore, essendo tenuto a pagare i canoni, è perciò stesso obbligato alla restituzione del



capitale e quindi ancora più pregiudicata risulta la sua posizione posto che la perdita definitiva del bene - per ritardato pagamento dei canoni - può intervenire anche dopo che una parte del capitale sia stata già restituita. La giurisprudenza di merito, in un primo tempo, ha assunto una posizione oscillante, caratterizzata da pronunzie che in alcuni casi hanno negato che il negozio di sale and lease back concretasse una violazione del divieto di patto commissorio ed in altri casi ha sancito la nullità della fattispecie stessa, ravvisando in essa, comunque, la strumentalità e la secondarietà della funzione di scambio rispetto a quella di garanzia. Si è avvertita, la necessità di un accertamento, caso per caso ed in concreto, della causa della fattispecie di sale and lease back.

In altri termini, il sale and lease back costituirebbe il risultato di un procedimento complesso di formazione della volontà delle parti, realizzato attraverso un percorso atipico che è lecito e rimane tale, sempre che non si dimostri l'esistenza di una causa concreta *contra legem*.

Altra figura negoziale, ormai diffusasi nella prassi bancaria è la cessione del credito a scopo di garanzia. Sempre più spesso gli istituti bancari, contestualmente alla concessione di un finanziamento, o successivamente, richiedono al soggetto finanziato, quale ulteriore garanzia, il trasferimento dei crediti vantati da quest'ultimo nei confronti di terzi. Sotto il profilo causale, secondo la tesi sostenuta dalla prevalente giurisprudenza, si ravvisa, nella cessione al vaglio, uno schema negoziale caratterizzato da una causa generica costante, il trasferimento del credito, e da una causa specifica variabile, che può essere di scambio, di permuta, di garanzia, solutoria e che nasce comunque dal concreto accordo delle parti. Con specifico riferimento alla tematica della pretesa violazione del divieto di patto commissorio, alcuni autori, ritenendo che una causa di garanzia non sarebbe mai in grado di sorreggere un trasferimento di credito, conseguentemente negano che tale figura sia compatibile con uno scopo di garanzia e che sia meritevole di tutela giuridica e ne affermano la illiceità per violazione dell'art.2744c.c..Secondo l'impostazione maggioritaria, invece, la causa di garanzia ben si adatta alla cessione del credito, sempre che sia superato, con esito positivo, il controllo di meritevolezza di cui all'art 1322 c.c..Per quanto concerne poi la natura giuridica di tale garanzia atipica, alcuni autori configurano una cessione di credito sottoposta alla condizione risolutiva dell'adempimento da parte del debitore, ritenendo applicabile, per analogia, il disposto dell'art.2803 c.c. dettato in tema di pegno di credito, o prevedendo la pattuizione di un patto cd. "marciano", in entrambi i casi al fine di paralizzare l'operatività dell'art. 2744 c.c.

Orbene, dalle fattispecie sopramenzionate è evidente come, nel corso degli anni, il divieto del patto commissorio sia stato sostanzialmente dequotato.

Anche in tema di garanzie personali, si può rilevare come la disciplina codicistica non abbia impedito alla prassi di apportare correzioni agli schemi tipici (si pensi alla fideiussione omnibus) ed al contempo di introdurre figure negoziali atipiche come il contratto autonomo di garanzia, ormai molto diffuso nel sistema bancario.

Secondo la elaborazione dottrina e giurisprudenziale, il contratto autonomo di garanzia costituisce un negozio atipico con cui un terzo garante (normalmente una banca, una società di Assicurazioni, ma anche un privato, estranei all'obbligazione principale) assume l'obbligo verso il creditore beneficiario di pagare a quest'ultimo, "a prima (o semplice) richiesta" e "senza eccezioni" una somma determinata di denaro, allo scopo non di garantire il puntuale adempimento della prestazione dovuta dal debitore originario, ma di riversare su se stesso il rischio di inadempimento o di inesatto adempimento della prestazione garantita.

Caratteristica peculiare di tale operazione è la previsione delle clausole "a prima (o semplice) richiesta" (5) e "senza eccezioni". Anche il contratto autonomo di garanzia non è normato positivamente, pur essendosi formato, in relazione a tale istituto, un indirizzo giurisprudenziale che può dirsi sostanzialmente consolidato e che ne ha plasmato nozione, natura giuridica e disciplina.

Il contratto autonomo di garanzia viene definito come contratto del tutto slegato - e quindi autonomo - dal rapporto base oggetto della garanzia, distinguendosi dal negozio tradizionale di garanzia, ossia dalla fideiussione, per gli specifici profili relativi:

-al regime delle eccezioni, essendo esclusa la proponibilità delle eccezioni attinenti al rapporto fondamentale, derogandosi in questo modo al contenuto dell'articolo 1945 cod. civ., secondo il quale il fideiussore può opporre contro il creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale, salva quella derivante dall'incapacità;

-al regime delle azioni di rivalsa dopo l'avvenuto pagamento, in quanto il garante autonomo, una volta pagato il creditore, non può agire in ripetizione verso quest'ultimo, ma potrà esperire azione di regresso ex articolo 1950 cod. civ., unicamente nei confronti del debitore garantito, senza possibilità per costui di opporsi al pagamento richiesto dal garante né di eccepire alcunché in sede di rivalsa in merito all'avvenuto pagamento;

-all'assenza di accessorietà dell'obbligazione del garante rispetto a quella dell'ordinante, essendo la prima qualitativamente diversa dalla seconda, oltre che rivolta non al pagamento del debito principale, bensì ad indennizzare il creditore insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore, con

conseguente generale inapplicabilità a tale contratto del disposto dell'articolo 1957 cod. civ., salvo patto contrario.

A differenza della fideiussione, avente la specifica funzione di garantire l'adempimento dell'obbligazione principale, nel contratto autonomo di garanzia la causa consiste nell'esigenza di addossare sul garante il rischio della mancata prestazione del debitore originario; pertanto, mentre il fideiussore assume l'obbligo di eseguire una prestazione di identico contenuto a quella dovuta dal debitore medesimo, la prestazione dovuta dal garante ha ad oggetto il pagamento al beneficiario di una determinata somma di denaro. Inoltre, altro elemento che distingue la fideiussione dal contratto autonomo di garanzia consiste nell'accessorietà dell'obbligazione del fideiussore rispetto all'obbligazione garantita; ed invero il fideiussore può, opporre al creditore le eccezioni relative al rapporto di base ex art.1945 c.c..(6)

Sulla base di quanto suesposto, è possibile rilevare come sia stata rimessa alla parti la facoltà di discostarsi gradualmente dalle garanzie tipiche, comportando la progressiva dequotazione dei principi cardine dell'ordinamento quali quello della tipicità dei diritti reali di garanzia e del divieto del patto commissorio (con il correttivo, con funzione riequilibratrice, del patto marciano) (7).

L'esame degli nuove forme di garanzia tipizzate dai recenti interventi normativi non può non destare nell'operatore significative perplessità, che solo il decorso del tempo potrà eventualmente smentire: da un lato, infatti, il legislatore ha, in particolare, adottato una serie di discipline differenziate di cui spesso non risulta facile comprendere le ragioni e che rendono assai arduo individuare una organicità sistematica che possa orientare l'interprete; dall'altro, ha introdotto e disciplinato un ventaglio di istituti di garanzia con un'ottica di assoluto riguardo per i rapporti di credito bancario attraverso disposizioni di chiaro favore per gli istituti di credito, nell'ottica di favorire il loro sostegno e di evitare che le difficoltà derivate dalla crisi economica potessero scaricarsi sul sistema bancario, già interessato per larghi settori da situazioni di sofferenza quando non anche di default.

NOTE BIBLIOGRAFICHE

- (1) TROIANO S., *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, Cedam, Padova, 2005.
BARCELLONA M., *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Giappichelli, Torino, 2006.
BARCELLONA M., *Trattato della responsabilità civile*, Utet, Torino, 2011
- (2) ABATANGELO C., *Una nuova figura di pegno nel c.d. «decreto banche»*, in “Osservatorio del diritto civile e commerciale”, 1, 2017.
AGABATINI C., *Debito sovrano ed accesso al credito. Recenti proposte di riforma del diritto italiano delle garanzie mobiliari alla luce dei precedenti in diritto interno e comparato*, in “Rivista critica del diritto privato”, 3, 2015.
ANELLI F., *L’alienazione in funzione di garanzia*, Milano, Giuffrè, 1996.
- (3) BARBIERA L., *Le garanzie atipiche e innominate nel sistema del codice del 1942*, in “Banca borsa e titoli di credito”, 1, 1992.
BARILLA’ G. B., *Pegno non possessorio e patto marciano: dalla tutela statica del credito alle nuove forme di garanzia*, “Giurisprudenza Commerciale”, 4, 2017.
BENVENUTO G., *Pegno non possessorio: la creazione di un nuovo privilegio alle banche*, *Diritto bancario*, 8 maggio, 2016.
- (4) LIUZZI A., *Dematerializzazione dei titoli e garanzia senza spossessamento nel sistema Monte Titoli*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2, 1992.
LOCKE N., *Security granted by a company over its movable property: the floating charge and the general notarial bond compared*, *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Vol. 41, No. 1, 2008.
LOCONTE S., *Le nuove garanzie sui finanziamenti all’impresa*, Rimini, Maggioli Editore, 2016.
LUCCI M., *Brevi note in tema di pegno rotativo e nuovo pegno senza spossessamento*, in *Il Foro Italiano*, Vol. 141, Fasc. 6, 2016.
- (5) OCCORSIO V., *La garanzia mobiliare non possessoria “fluttuante” nella prospettiva delle garanzie reali al finanziamento d’impresa*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2, 2018.



OLISTERNO V., *La consacrazione normativa dei pegni cd. Anomali: il pegno mobiliare non possessorio*, in “*Iurisprudenzia.it*”, 17 ottobre 2016.

OMODEI SALE’ R., *The Functions of Property Rights under Italian Law*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2, 2016.

ORLANDO M., *Prime riflessioni sul DL 59/2016 (c.d. “Decreto Banche”)*, in “*Il fallimentarista*”, 9 maggio 2016.

Cfr CAMILLETTI F., *Profili del problema dell’equilibrio contrattuale*, Milano 2004, In questo senso, il concetto di equilibrio contrattuale è inteso secondo l’antica concezione aristotelica, per cui con il contratto l’utilità marginale di ciò che si riceve è uguale all’utilità marginale di ciò che si perde, in modo che il soggetto realizzi il suo interesse attraverso un bene diverso ma di ugual valore rispetto a quello scambiato. Condizione essenziale per gli economisti è invece, realizzare attraverso lo scambio non un’uguaglianza fra le rispettive utilità marginali, ma un profitto, che tanto è maggiore quanto più ampio è il divario fra le due utilità. All’equilibrio contrattuale in senso oggettivo è estraneo pertanto il concetto di affare in senso economico.

(6) MAGNANO M., *L’autonomia privata e le garanzie reali: il tentativo di superamento del principio di tipicità*, in “*La Nuova giurisprudenza civile commentata*”, fasc. 5, 2002.

MESSINEO F., *Costituzione di pegno mediante compossesso tra creditore pignoratizio e datore, e suoi effetti*, in “*Banca Borsa Titoli di credito*”, 1, 1949.

MESSINETTI D., *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1991.

MESSUTI A., *La “floating charge”*, in *Notariato*, 2003.

MONTEL A., *Il pegno mediante custodia delle parti*, in *Economia e credito*, 1961.

(7) CIPRIANI N., *Appunti sul patto marciano nella L. 30 giugno 2016, N. 119, Le Nuove Leggi Civili Commentate n. 5/2017*

CIPRIANI N., *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, ESI-Edizioni Scientifiche Italiane, 2000

CROCI C., *Il nuovo finanziamento alle imprese garantito da trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato*, *Studium Iuris* n. 12/2016

D’AMICO G., PAGLIANTINI S., PIRAINO F., RUMI T., *I nuovi marciani*, G. Giappichelli Editore, 2017