

UNIVERSITÀ CA' FOSCARI VENEZIA

**Corso di Dottorato di ricerca
in Diritto, Mercato e Persona
Ciclo XXXIV**

TESI DI RICERCA

Titolo:

**NUOVI MODELLI DI GARANZIE PATRIMONIALI IN
PROSPETTIVA COMPARATA**

SSD: IUS/01

Coordinatrice del Dottorato:

Chiar.ma Prof.ssa Claudia Irti

Supervisore:

Chiar.mo Prof. Gianluca Sicchiero

Dottoranda:

Dott.ssa Chiara Scapinello

Matricola 956442

UNIVERSITÀ CA' FOSCARI VENEZIA

Corso di Dottorato di ricerca

in Diritto, Mercato e Persona

Ciclo XXXIV

TESI DI RICERCA

Titolo:

NUOVI MODELLI DI GARANZIE PATRIMONIALI IN PROSPETTIVA

COMPARATA

SSD: IUS/01

Coordinatrice del Dottorato:

Chiar.ma Prof.ssa Claudia Irti

Supervisore:

Chiar.mo Prof. Gianluca Sicchiero

Dottoranda:

Dott.ssa Chiara Scapinello

Matricola 956442

SOMMARIO

<i>INTRODUZIONE</i>	7
<i>CAPITOLO PRIMO</i>	14
<i>I FONDAMENTI DELLA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE</i>	14
1. Premessa	14
2. Il principio di responsabilità patrimoniale del debitore.....	15
3. La responsabilità patrimoniale rispetto alla struttura dell'obbligazione	25
4. Le funzioni della responsabilità patrimoniale	30
5. Le limitazioni alla garanzia patrimoniale generica	33
6. La <i>par condicio creditorum</i>	41
7. Le cause legittime di prelazione	44
8. Il divieto di patto commissorio e il patto marciano	51
<i>CAPITOLO SECONDO</i>	67
<i>I NUOVI PATTI SULLA GARANZIA PATRIMONIALE GENERICA</i>	67
1. L'ammissibilità di patti su parte del patrimonio	67
3. I contratti di credito immobiliare ai consumatori	85
4. Il pegno mobiliare non possessorio.....	89
5. I contratti di finanziamento alle imprese	103
6. Rilievi sistematici	112
<i>CAPITOLO TERZO</i>	117
<i>GLI ACCORDI NELLE PROCEDURE DI REGOLAZIONE DELLA CRISI O DELL'INSOLVENZA</i>	117
1. Il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza.....	117
2. I piani attestati di risanamento e i negozi di attuazione	130
3. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti	135
4. Le convenzioni di moratoria	144
5. La composizione negoziata per la soluzione della crisi di impresa...	148
6. I concordati	160
6. L'esdebitazione.....	174
7. Riflessioni.....	176

<i>CAPITOLO QUARTO</i>	180
<i>I PATTI SULLA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE NELLA PRASSI</i>	180
1. Linee evolutive delle garanzie reali	180
2. Nuove forme di separazione patrimoniale sorte nella prassi: il <i>trust</i>	182
2.1 il <i>trust</i> nella crisi di impresa.....	203
2.2 il <i>trust</i> puramente liquidatorio	211
3. Deroghe giurisprudenziali al divieto di patto commissorio	224
4. La prospettiva dell'analisi economica del diritto	234
<i>CAPITOLO QUINTO</i>	239
<i>MODELLI DI GARANZIE PATRIMONIALI OLTRE CONFINE</i>	239
1. La prospettiva comparata.....	239
2. Il <i>common law</i>	242
2.1 Le garanzie reali nel <i>common law: mortgage e charge</i>	248
2.2 Rimedi per il creditore nel <i>common law</i> inglese	260
2.3 Il <i>non recourse financing</i> statunitense.....	266
3. Il diritto islamico	268
3.1 La finanza islamica	274
3.2 Il contratto di <i>murabahah</i>	285
4. L'ordinamento cinese.....	295
4.1 Il nuovo Codice civile cinese.....	300
4.2 Le garanzie reali nel diritto cinese.....	305
5. L'Unione Europea	316
5.1 Le garanzie reali in Francia.....	317
5.2 Le garanzie reali in Spagna	320
5.3 Le garanzie reali in Germania.....	324
<i>CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE</i>	333
<i>INDICE BIBLIOGRAFICO</i>	339
INDICE DELLA DOTTRINA	339
INDICE DELLA GIURISPRUDENZA	379

INTRODUZIONE

Un sistema efficace di garanzie reali costituisce un fattore importante per lo sviluppo economico di un Paese e per la sua competitività¹, tuttavia, la disciplina in vigore non riflette più il giusto bilanciamento degli interessi coinvolti², né appare pienamente rispettosa dei principi costituzionali e comunitari³.

Da più parti la dottrina ha posto in luce come l'attuale assetto normativo non offra risposte efficienti agli operatori del mercato circa le esigenze di rapida garanzia e di effettiva tutela del credito⁴. Tale carenza genera un ostacolo giuridico all'accesso dei finanziamenti causando un freno allo sviluppo del mercato finanziario e ciò in quanto le garanzie reali ne costituiscono un "anello essenziale"⁵.

La problematica è nota altresì alla *governance* europea: nel progetto di realizzazione del mercato unico di capitali per favorire gli investimenti transnazionali, la commissione europea ha individuato diverse azioni per l'implementazione e tra, queste, la necessaria riforma della normativa sulle garanzie patrimoniali⁶.

Non solo, anche secondo gli studi internazionali condotti da UNCITRAL, le garanzie reali rappresentano un elemento portante nel sistema

¹ LUMINOSO A., *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017, p. 30.

² RUSSO D., *Oltre il patto marciano*, Napoli, 2017, p. 9.

³ PERLINGIERI G., *Garanzie atipiche e rapporti commerciali*, in *Riv. dir. impresa*, 2017, p. 21.

⁴ GABRIELLI E., *Studi sulle garanzie reali*, Torino, 2015, p. 29. Sull'inadeguatezza del sistema della responsabilità patrimoniale a rispondere alle moderne istanze dell'economia si veda anche MORACE PINELLI A., *Atti di destinazione, trust e responsabilità patrimoniale del debitore*, Milano, 2007, p. 74; RUSSO D., *Oltre il patto marciano*, cit., p. 9.

⁵ SICLARI D., *European Capital Markets Union e ordinamento nazionale*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2016, p. 481.

⁶ Libro verde, *Costruire un'Unione dei mercati dei capitali*, Bruxelles, 18 febbraio 2015, COM (2015), 63 final, p. 26 in *eur-lex.europa.eu*.

dei finanziamenti alle imprese e la mancanza di una disciplina armonizzata nell'Unione Europea comporta malfunzionamenti nel mercato. A causa della crisi finanziaria globale acuminata dalla pandemia, tra i finanziatori è aumentata la richiesta di garanzie reali, ma la frammentarietà della relativa disciplina giuridica rappresenta un ostacolo per lo sviluppo economico⁷.

Dunque, non solo la mancata armonizzazione, ma anche l'inadeguatezza delle disposizioni codicistiche nell'ordinamento italiano ha reso inefficiente il sistema delle garanzie al punto da sollecitare negli ultimi anni una serie di riforme⁸.

Il Legislatore è intervenuto introducendo nuovi istituti che “ribaltano le norme antiche del patto commissorio, rimpiazzano discipline esecutive, contribuendo al contempo al superamento dei vecchi dogmi”⁹. In particolare, le novità legislative seguono una duplice direzione: da una parte, alcuni istituti costituiscono una vera e propria positivizzazione della negoziazione della garanzia patrimoniale generica, ammettendo una separazione patrimoniale; dall'altra, invece, alcune norme derogano al divieto del patto commissorio e introducono nuove forme di autotutela esecutiva, pur

⁷ Lo studio *Doing business* 2016 della Banca Mondiale vede l'Italia posizionata al 101° posto (l'anno prima era al 97°) su 190 totali per quanto riguarda l'efficienza dell'accesso al credito, calcolato secondo indicatori che considerano, tra l'altro, la possibilità di fare ricorso a garanzie mobiliari non possessorie, l'esistenza di un registro che consenta la pubblicità delle garanzie mobiliari, il livello di tutela dei creditori nelle procedure concorsuali nonché la possibilità di escutere le garanzie al di fuori di un procedimento giurisdizionale. Su questi temi v. BRODI E., *Il sistema delle garanzie in Italia: una lettura economica delle disposizioni in materia di privilegio, pegno e ipoteca*, in *Questioni di economia e finanza*, 356, 2016, p. 9 ss. Il report della Banca Mondiale è disponibile sul sito doingbusiness.org. D'ATTORE G., *Le nuove garanzie reali, la fuga dal concorso e il “diritto diseguale”*, in *Il Fallimento*, 2021, p. 1242.

⁸ CIPRIANI N., *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 998: l'Autore precisa che la normativa è aggravata dall'interpretazione data dalla giurisprudenza successiva agli anni '90 che estende il divieto anche al patto commissorio autonomo.

⁹ RUSSO D., *Oltre il patto marciano*, cit., p. 10.

lasciando intatta l'universalità della garanzia patrimoniale¹⁰.

Tuttavia, trattasi di discipline settoriali coesistenti con le regole generali che non sono state modificate o abrogate, a differenza delle riforme intervenute negli altri Stati europei¹¹.

Non solo, le riforme in materia di garanzia patrimoniale non sono state integrate nel Codice civile, ma ne restano fuori come sistemi estranei e autonomi¹², cagionando una stratificazione normativa e un difficile coordinamento tra le disposizioni.

Pertanto, alla luce delle novità legislative e di un rinnovato interesse dottrinale per la tematica della responsabilità patrimoniale, l'obiettivo della ricerca è di indagare se le norme in materia siano per vero ancora attuali, se sia sufficiente un'interpretazione adeguatrice dei nuovi istituti alla luce delle nuove esigenze dell'evoluzione economica o se sia necessaria, invece, una riforma integrale¹³.

¹⁰ Il riferimento va agli istituti oggetto d'indagine nel Capitolo Secondo e Terzo: l'art. 11, legge delega 19 ottobre 2017 n. 155 "Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza" che consente al creditore di escutere stragiudizialmente la garanzia anche in deroga al divieto del patto commissorio, norma recepita all'art. 64 *bis* c.c.i.i.; l'art. 1, d.l. n. 59 del 2016 che ha introdotto il pegno non possessorio e forme particolari di escussione della garanzia che prevedono la cautela marciana; l'art. 48 *bis* T.U.B. che prevede un contratto di finanziamento con debito garantito attraverso una alienazione sospensivamente condizionata all'inadempimento del debitore; l'art. 120 *quinqüesdecies*, comma 3 T.U.B. che disciplina il mutuo immobiliare del consumatore ove le parti possono pattuire che il bene ipotecato passi in proprietà dell'intermediario in caso di inadempimento del debitore; l'art. 11 *quaterdecies* d.l. n. 203 del 2005 mod. l. n. 144 del 2015 che disciplina il prestito vitalizio ipotecario che introduce un nuovo modello di garanzia patrimoniale bilanciato con la cautela marciana.

¹¹ MURINO F., *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2017, p. 231.

¹² RUSSO D., *Oltre il patto marciano*, Napoli, 2017, p. 11.

¹³ Alcuni Autori, ad esempio, auspicano l'introduzione dell'art. 2744 *bis* c.c. così da ammettere la generale liceità del patto marciano: MARSEGLIA R., *L'evoluzione della disciplina dei pegni non possessori*, Torino, 2018, p. 176; D'AMICO G., *La resistibile ascesa del patto marciano*, in *Europa e Diritto Privato*, 2017, p. 1; BRIANDA G., *Le prospettive del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria lex mercatoria e tradizione*, in *Contr. e impr.*, 3, 2016, 799;

Il punto di partenza della ricerca è, in *primis*, la verifica della portata precettiva delle norme in materia di responsabilità patrimoniale e dei suoi fondamenti, l'analisi dei nuovi modelli di garanzie patrimoniali di recente introduzione e le applicazioni giurisprudenziali.

S'indaga nel prosieguo in quale misura l'autonomia privata possa introdurre limitazioni alla responsabilità patrimoniale e sulla base di quali presupposti siano ammissibili limitazioni negoziate della garanzia patrimoniale generica. La ricerca intende proporre un'interpretazione sistematica delle norme, alla luce delle novità legislative e delle più recenti teorie dottrinali, per confortare l'orientamento che ammette i patti sulla responsabilità patrimoniale, anche oltre i casi espressamente normati¹⁴.

Per asseverare la tesi si analizzano, altresì, le peculiarità della responsabilità patrimoniale in altri ordinamenti di tradizione giuridica differente, nonché negli ordinamenti di altri Stati Europei.

Per la comparazione si scelgono dei Paesi selezionati sulla base di un duplice criterio: il primo, di tipo economico, riguarda il peso nell'economia globale del Paese e le prospettive di crescita; il secondo criterio, di tipo giuridico, riguarda la previsione negli ordinamenti prescelti di strumenti che limitano la garanzia patrimoniale o derogano al patto commissorio.

Il primo sistema oggetto di analisi comparata è, dunque, quello delle garanzie patrimoniali in Inghilterra e negli stati Uniti. I due Paesi sono i principali esponenti dei sistemi di *common law* e si ritengono meritevoli di attenzione sia per la loro rilevanza economica e sia per le peculiarità giuridiche. Da quest'ultimo punto di vista, infatti, in materia di garanzie

PAGLIANTINI S., *Sull'art. 48 bis T.U.B.*, in *I nuovi marciatori*, Torino, 2017, p. 102.

¹⁴ La tesi è già sostenuta da RUBINO D., *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, in *Tratt. dir. civ. italiano*, diretto da Vassalli, Vol. XIV, Tomo I, Torino, 1956; SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da SACCO R., *Le obbligazioni 2*, Torino, 2011; MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Milano, 2017.

patrimoniali, in tali ordinamenti non vige il divieto di patto commissorio¹⁵.

Non solo, secondo gli indicatori adottati dalla Banca Mondiale, il sistema delle garanzie patrimoniali adottato nei Paesi di tradizione anglosassone si dimostra più efficiente rispetto al sistema dei Paesi di *civil law*¹⁶.

Si profilano poi interessanti dal punto di vista comparatistico la finanza islamica e il sistema cinese.

Si analizza, in particolare, il sistema della responsabilità patrimoniale nella finanza islamica, materia all'attenzione di un crescente numero di studiosi. È emerso che i principi della finanza islamica favoriscono un'economia etica che dagli anni Settanta ad oggi è cresciuta in modo esponenziale¹⁷.

I principi della finanza islamica sono applicati dagli Stati ove vige la *Sharī'a*, solo ad esempio: Marocco, Iran, Malesia, Arabia Saudita. La presente ricerca non si sofferma sul diritto positivo di ciascuno Stato, ma soltanto sui principi fondanti. A tal riguardo, la finanza islamica è regolata da quattro principi fondamentali della *sharī'a* i quali, senza esorbitare dal tema della ricerca, informano anche il sistema della responsabilità patrimoniale¹⁸.

In particolare, secondo tali principi è ammissibile il contratto di *murabahah*, lo strumento utilizzato nella compravendita di immobili che realizza sostanzialmente una vendita sospensivamente condizionata¹⁹. Il contratto di *murabahah* è stato utilizzato a livello di vendita al dettaglio come

¹⁵ LUMINOSO A., *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, cit., p. 30; MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 296 e ss.

¹⁶ SICLARI D., *European Capital Markets Union e ordinamento nazionale*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2016, p. 481.

¹⁷ BIANCONE P.P., *Il bilancio della banca islamica e la rappresentazione dei principali contratti finanziari*, Milano, 2012, p. 13.

¹⁸ KETTEL B., *Introduction to Islamic Banking and Finance*, Chichester, 2011, p. 33; ALVARO S., *La finanza islamica nel contesto giuridico ed economico italiano*, in *Quaderni giuridici* a cura della CONSOB, 2014, n° 6.

¹⁹ BIANCONE P.P., *Il bilancio della banca islamica e la rappresentazione dei principali contratti finanziari*, cit., p. 128.

tecnica per finanziare le vendite di immobili ai consumatori in conformità con i requisiti della *sharī'a*²⁰.

In seguito, l'ordinamento cinese si sceglie quale candidato per la comparazione per i seguenti motivi.

In primo luogo, la Cina è la seconda economia mondiale e si stima che entro il 2030 supererà anche l'economia degli Stati Uniti posizionandosi al primo posto²¹: interessa conoscere, quindi, le scelte giuridiche che negli scambi commerciali, economici e privati consentono una rapida realizzazione del credito e favoriscono la crescita economica.

In secondo luogo, dal punto di vista strettamente giuridico, secondo una prima analisi, l'ordinamento cinese ha introdotto nel Codice civile del 2020 una innovativa disciplina dettagliata delle garanzie reali e prevede altresì un istituto simile al patto marciano²².

Infine, la ricerca si sofferma brevemente sulle discipline di alcuni Stati Europei quali Francia, Spagna e Germania. I Paesi selezionati per la comparazione sono stati individuati in base al loro importante peso economico nell'Unione Europea e, dal punto di vista giuridico, si riscontra nel sistema delle garanzie patrimoniali un temperamento al divieto di patto commissorio e un ampio spazio all'autonomia negoziale.

In particolare, in Francia con la riforma del sistema delle garanzie

²⁰ KETTEL B., *Introduction to Islamic Banking and Finance*, cit., p. 43; ALVARO S., *La finanza islamica nel contesto giuridico ed economico italiano*, in *Quaderni giuridici* a cura della CONSOB, 2014, n° 6.

²¹ *Standard Chartered Report*, 2018 in *www.sc.com*.

²² Nuovo Codice civile della Repubblica Popolare cinese in vigore dal 1° gennaio 2021 che abroga la precedente Legge sui diritti reali della Repubblica Popolare Cinese, approvata e promulgata il 16 marzo 2007 durante la V sessione della X Assemblea Popolare Nazionale con Decreto n. 60 del Presidente della Repubblica Popolare Cinese, in vigore dal 1° ottobre 2007. Si veda: *Consiglio Nazionale Del Notariato, Studio 5-2007/A, La Legge cinese sul diritto di proprietà, Approvato dalla Commissione Affari Europei e Internazionali, 6 novembre 2007* e AA.VV., *Codice cinese, Xi e il governo della legge*, in *Mondo cinese*, vol. 167, n. 1.

adottata nel 2006²³, il Legislatore ha temperato il divieto del patto commissorio riconoscendo in caso di pegno, di ipoteca e di anticresi, l'ammissibilità di una convenzione con causa solutoria riconducibile al paradigma del patto marciano²⁴.

In Spagna, invece, l'art. 140 della *Ley Hipotecaria* consente spazi all'autonomia privata nel derogare al principio di universalità della garanzia patrimoniale e di stabilire per iscritto che la garanzia patrimoniale non si estende oltre i beni ipotecati²⁵.

In Germania il divieto di patto commissorio è interpretato restrittivamente dalla giurisprudenza che non ha esteso il divieto al patto commissorio autonomo e ammette la proprietà-garanzia in materia mobiliare²⁶.

Il dato comparatistico permette di comprendere il valore sistematico delle normative introdotte nell'ordinamento italiano che, direttamente o indirettamente, incidono sulla garanzia patrimoniale generica e sul divieto di patto commissorio, derogandolo o, addirittura, implicitamente disapplicandolo.

Non solo, la ricerca valuta come la disciplina sulle garanzie patrimoniali e la presenza o meno del divieto del patto commissorio negli altri Paesi possa essere uno spunto per l'ordinamento italiano al fine di superare le attuali criticità per la tutela del credito.

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

²⁴ LUMINOSO A. *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017, p. 31; FIORENTINI F., *La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica*, in *Europa e diritto privato*, 2006, p. 1196.

²⁵ MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Milano, 2017, p. 307.

²⁶ LUMINOSO A. *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017, p. 30; BUSSANI M., *Il problema del patto commissorio*, Torino, 2000, p. 154.

CAPITOLO PRIMO

I FONDAMENTI DELLA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE

SOMMARIO: 1. *Premessa*; 2. *Il principio di responsabilità patrimoniale del debitore*; 3. *La responsabilità patrimoniale rispetto alla struttura dell'obbligazione*; 4. *Le funzioni della responsabilità patrimoniale*; 5. *Le limitazioni alla garanzia patrimoniale generica*; 6. *La par condicio creditorum*; 7. *Le cause legittime di prelazione*; 8. *Il divieto di patto commissorio e il patto marciano*.

1. Premessa

Le norme generali sulla responsabilità patrimoniale sono collocate agli articoli 2740 – 2744 c.c. nel Libro VI dedicato alla tutela dei diritti²⁷, ossia nel Libro che disciplina “il modo di attuare i diritti in caso di violazione o con cui disporre preventivamente uno stato di cose idoneo ad assicurare la futura attuazione”²⁸.

Nel prosieguo del Primo Capitolo si analizzano tali norme e i principi ad esse sottesi. In particolare, si dà atto del crescente dibattito dottrinale sul loro ruolo e portata, dibattito alimentato dai recenti interventi normativi e dalla necessità di una tutela più efficace del credito.

In primo luogo, si esamina l'art. 2740 c.c. il cui primo comma enuncia il

²⁷ Al Libro VI è riconosciuta la funzione di “contenere i congegni più delicati dell'ordinamento giuridico” (F. VASSALLI) tra i quali quelli diretti a rendere possibile o ad agevolare l'esecuzione forzata: ROSELLI F., *Responsabilità patrimoniale. I mezzi di conservazione, I mezzi di conservazione*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di BESSONE M., Vol. IX, Tomo III, Torino, 2005, p. 3.

²⁸ RUBINO D., *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, cit., p. 5.

principio di responsabilità patrimoniale del debitore e il cui secondo comma individua le eccezioni a tale principio. Alla norma è altresì attribuita l'enunciazione dei principi di universalità e di unicità del patrimonio, la cui centralità e cogenza è però messa in crisi dalla più recente dottrina che, oltre a rilevare una fallacia storica nella rilevanza di tali principi, pone l'attenzione sulle numerose ipotesi di separazione patrimoniale.

Si esamina poi il principio della *par condicio creditorum*, espresso all'art. 2741 comma 1 c.c., il quale nello stesso binomio regola – eccezione, al secondo comma esso è derogato dalle cause legittime di prelazione. Tuttavia, anche relativamente a tale regola, la dottrina dibatte sulla reale portata della norma dal momento che nell'ordinamento sovengono altri principi e numerose altre discipline che, di fatto, rendono residuale l'applicazione di tale regola.

Significativo ai fini della ricerca è, altresì, l'art. 2744 c.c. il quale esprime il principio del divieto del patto commissorio, definito un corollario del principio di universalità della responsabilità patrimoniale. Tuttavia, anche la cogenza di tale principio è oggi assai discussa in dottrina. In tale ambito emergono, infatti, orientamenti giurisprudenziali e interventi legislativi volti a riconoscere in un caso, una vera e propria deroga a tale principio e in altri, l'operatività del correttivo del patto marciano.

La ricerca non si sofferma in modo approfondito sugli articoli 2742 e 2743 c.c. in quanto norme particolari che si riferiscono solo al pegno e all'ipoteca.

L'analisi dei fondamenti e dei relativi cambiamenti che interessano il sistema della responsabilità patrimoniale è funzionale a risolvere il quesito dell'ammissibilità dei patti diretti a limitare la responsabilità patrimoniale del debitore.

2. Il principio di responsabilità patrimoniale del debitore

Il principio di responsabilità patrimoniale è espresso all'art. 2740 comma 1 c.c. ai sensi del quale “il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri”²⁹.

La norma è volta a proteggere il diritto soggettivo del creditore di conseguire l'adempimento della prestazione anche in mancanza di cooperazione da parte del debitore, attraverso la predisposizione di strumenti idonei al soddisfacimento della sua pretesa³⁰.

Tali strumenti si sostanziano nelle azioni esecutive e in nuovi modelli di autotutela esecutiva di recente introduzione che incidono solo sui beni e non

²⁹ Sull'istituto della responsabilità patrimoniale, senza pretesa di completezza: NICOLO' R., *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di Scialoja – Branca, Libro Sesto, *Tutela dei diritti, art. 2740*, Bologna - Roma, 1945 e *Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, ibidem*, Bologna - Roma, 1953; RUBINO D., *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, in *Tratt. dir. civ. italiano*, diretto da Vassalli, Vol. XIV, Tomo I, Torino, 1956; LASERRA G., *La responsabilità patrimoniale*, Napoli, 1966; ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, vol. XIX, Torino, 1997, p. 485 e ss e voce *Responsabilità patrimoniale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Milano, 1988, p. 1041 e ss.; MIRAGLIA C., voce *Responsabilità patrimoniale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVII, Roma, 1991; ROSELLI F., *Responsabilità patrimoniale. I mezzi di conservazione*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Bessone M., Vol. IX, Tomo III, Torino, 2005; MACARIO F., *Responsabilità e garanzia patrimoniale: nozioni introduttive*, in *Diritto civile - Attuazione e tutela dei diritti - L'attuazione dei diritti*, diretto da Lipari - Rescigno - Zoppini, vol. IV, Tomo II, Milano, 2009, p. 164 e ss; BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, in *Il Codice civile - Commentario*, diretto da Schlesinger, artt. 2740 - 2744, Milano, 2010; BIANCA C.M., *Diritto civile. La responsabilità*, Vol. V, Milano, 2012; SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da SACCO R., *Le obbligazioni 2*, Torino, 2011; PORCELLI M., *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, Napoli, 2011; ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, Milano, 2012; GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, vol. III, Padova, 2015; MIGLIACCIO E., *La responsabilità patrimoniale. Profili di sistema*, Napoli, 2012; GALLO P., *Libro VI - Titolo III: Della responsabilità patrimoniale*, in *Libro VI Della tutela dei diritti*, a cura di Bonilini G. - Chizzini A., in *Commentario del Codice civile*, diretto da Gabrielli E., Milano, 2016.; MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Milano, 2017.

³⁰ AA. VV., *Responsabilità patrimoniale, Prescrizione*, in *Trattario di diritto civile*, a cura di CENDON P., vol. XII, Milano, 2014, p. 4.

sulla persona del debitore. Di conseguenza, ai sensi dell'art. 2740 c.c., la responsabilità derivante dall'inadempimento dell'obligato ha carattere esclusivamente patrimoniale e non più personale³¹.

A tal riguardo, manca una definizione legale che circoscriva il concetto di "patrimonio" del debitore³², ma attraverso un'interpretazione congiunta alle norme relative all'esecuzione per espropriazione (artt. 2910 – 2929 c.c. e 483 – 604 c.p.c.), si evince che i beni presenti e futuri ex art. 2740 comma 1 c.c. sono le cose materiali e immateriali, oggetto di diritti soggettivi del debitore, con esclusione dei diritti della personalità e di alcuni rapporti di diritto familiare³³.

Tuttavia, il principio di responsabilità patrimoniale è una conquista recente e affermata definitivamente soltanto nel Codice civile del 1942³⁴. Ancor più recente, come si vedrà, è l'eliminazione dalla terminologia giuridica del termine "fallito" in riferimento al debitore insolvente grazie alla nuova introduzione del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza³⁵.

L'idea opposta per cui la responsabilità per inadempimento ricadesse sulla persona fisica del debitore era, invece, radicata nella storia giuridica sin dal diritto romano arcaico³⁶.

³¹ MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 3.

³² SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 78 approfondisce la distinzione tra la nozione di "bene" e "patrimonio".

³³ ROSELLI F., *Responsabilità patrimoniale. I mezzi di conservazione*, cit., p. 3. L'Autore precisa a p. 20 che l'esistenza di un patrimonio non è comunque requisito di validità e di efficacia dell'obbligazione.

³⁴ SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 3 ove approfondisce la ricostruzione storica dell'istituto.

³⁵ D. lgs. 12 gennaio 2019 n. 14 in attuazione della legge delega 19 ottobre 2017 n. 155. Le innovazioni apportate dal testo normativo sono esaminate nel Capitolo Terzo.

³⁶ La periodizzazione più diffusa suddivide la storia di Roma in quattro periodi: la fase del diritto romano arcaico va dal 754 al 367 a.C. ove il diritto riposa sulle consuetudini degli antenati (*mores maiorum*) e la sola codificazione scritta nella Legge delle Dodici Tavole si limita a precisare alcuni aspetti del diritto privato, pubblico, processuale e criminale; fase preclassica dal 327 al 27 a.C.; fase classica

Infatti, una prima testimonianza del diritto del creditore di infliggere persino la morte del debitore per inadempimento risale alla Legge delle Dodici Tavole, la prima codificazione scritta del diritto romano.

In particolare, nel diritto romano antico si riteneva che il debitore fosse un bene economicamente utilizzabile³⁷ e il creditore per assicurarsi il soddisfacimento del credito aveva a disposizione due strumenti destinati ad incidere sulla persona fisica dell'obbligato³⁸.

Il primo era il *nexum*, un contratto verbale che nel diritto romano antico indicava una particolare forma di mutuo simbolico con effetti giuridici predeterminati. Ove il debitore fosse poi inadempiente questo tipo di accordo permetteva al creditore di trarre il debitore nella propria casa e sottoporlo ad uno stato analogo alla servitù sino all'estinzione del debito³⁹.

Il secondo strumento consisteva, invece, nella *manus iniectio*, un tipo di *legis actio* esecutiva che aveva la funzione di garantire la soddisfazione coattiva delle ragioni già certe dell'attore sulla persona o sui beni del debitore inadempiente⁴⁰. Ovvero, l'attore che aveva vinto la lite era autorizzato ad

dal 27 a.C. al 284 d.C.; fase postclassica dal 284 al 565 d.C. Si veda SANFILIPPO C., *Istituzioni di diritto romano*, Soveria Mannelli, 2002, p. 21.

³⁷ SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 4; GALLO P., *Libro VI - Titolo III: Della responsabilità patrimoniale*, cit., p. 818.

³⁸ MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 3. Ancora sul tema della responsabilità personale del debitore nel diritto romano: TALAMANCA M., voce *Obbligazioni (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, Milano, vol. XXIX, 1979, p. 2 e ss; BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, 1953, Milano, p. 114.

³⁹ Il *nexum* è il termine con cui nel diritto romano arcaico si identifica il concetto di obbligazione. Da *nectere* ossia legare, significava propriamente l'atto di stringere una obbligazione. Si vedano SERAFINI F., *Istituzioni di diritto romano*, vol. II, Firenze, 1873, p. 58; SANFILIPPO C., *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 257. In generale sul *nexum*: GROSSO G., voce *Nexum*, in *Enc. giuridica*, vol. XXIV, Roma, 1934, p. 742; GRASSETTI E., voce *Debiti (arresto personale per)*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1960, p. 180.

⁴⁰ Tra le *legis actiones* esecutive vi era anche la *legis actio per pignoris capionem* che consisteva nel pignoramento di un bene del debitore previa proclamazione di formule solenni. Tuttavia, tale azione era ammessa solo per debiti connessi ad una destinazione sacra, alla riscossione delle imposte, per debiti dei soldati o per

imprigionare il debitore per sessanta giorni e durante la prigionia doveva condurlo al mercato nel tentativo di trovare qualcuno che adempiesse al suo debito. Se nessuno si faceva avanti, il creditore poteva vendere l'obbligato come schiavo fuori Roma, *trans Tiberim*, o addirittura ucciderlo⁴¹.

Successivamente, è vero che nel diritto romano preclassico la *lex Poetelia Papiria* ha stabilito per la prima volta che soltanto i beni del debitore potessero essere vincolati a garanzia dell'obbligazione, tuttavia, nonostante l'abolizione del *nexum*, l'esecuzione forzata ha conservato il carattere di esecuzione personale sino a tempi recenti⁴².

Infatti, anche nel diritto romano classico la responsabilità per debiti non gravava sul patrimonio come tale, ma sul patrimonio come "proiezione esteriore del debitore"⁴³.

Tale idea è stata accolta prima nel diritto germanico e francese del XII secolo, ove il debitore diveniva ostaggio del creditore, e poi negli statuti comunali italiani del XIII secolo, ove si prevedevano l'arresto per debiti e altre pene per l'obbligato⁴⁴.

L'istituto dell'arresto per debiti è rimasto in vigore per tutto il Medioevo ed è confluito dal *Code Napoleon* al Codice civile del 1865⁴⁵ ed è stato

l'acquisto di un cavallo o del foraggio. Si veda SANFILIPPO C., *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 120.

⁴¹ Come specifica SANFILIPPO C., *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 120, di regola non era concessa alcuna opposizione da parte del debitore, solo nell'epoca repubblicana è stata introdotta tale possibilità.

⁴² MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 4.

⁴³ BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, 1953, Milano, p. 114; MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 5.

⁴⁴ SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 4 ove specifica che: "l'inadempimento poteva comportare che la casa del debitore fosse bollata e lui messo al bando oppure poteva portare alla pena dell'infamia ed essere oggetto di costrizione sulla persona del debitore".

⁴⁵ Nel *Code Napoleon* l'arresto per debiti era disciplinato agli articoli 2059 – 2070 ed è stato poi abrogato nel 1867. Diversamente il Codice civile del 1865 contemplava ancora la disciplina dell'arresto per debiti agli artt. 2093 – 2095 sebbene tale istituto fosse giudicato dagli studiosi come incivile. Si vedano SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 4; MARCHETTI G., *La responsabilità*

definitivamente abrogato solo dal Codice del 1942⁴⁶.

Il Codice odierno, dunque, innovando, ha positivizzato il principio di responsabilità patrimoniale all'art. 2740 c.c. secondo il quale le conseguenze derivanti dall'inadempimento delle obbligazioni gravano esclusivamente sul patrimonio del debitore e non più sulla sua persona.

A tale principio si affianca il concetto di “garanzia patrimoniale” o “generica” per cui tutti i beni compresi nel patrimonio del debitore costituiscono una “generica” garanzia del credito potenzialmente a disposizione del creditore⁴⁷. Solo in caso di pericolo attuale o futuro di inadempimento, i creditori potranno esperire i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, ossia l'azione revocatoria, l'azione surrogatoria e il sequestro conservativo. Alla garanzia “generica” ex art. 2740 c.c. può contrapporsi, come si vedrà, la garanzia “specificata” ex art. 2741 c.c., comma 2 c.c., ossia i privilegi, pegni o ipoteche di cui il singolo creditore può avvalersi per tutelare più intensamente il suo credito⁴⁸.

Nel definire la garanzia “generica”, la dottrina ritiene che il testo dell'art. 2740 c.c. sia più semplice e scientificamente più corretto rispetto al

patrimoniale negoziata, cit., p. 5; GRASSETTI E., voce *Debiti (arresto personale per)*, cit., p. 180 e ss.

⁴⁶ SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 5. L'Autore individua un'ipotesi eccezionale in cui ancora oggi, l'ordinamento prevede la pena della reclusione in caso d'inadempimento nell'art. 12 *sexies* l. 898 del 1970 per cui il mancato versamento dell'assegno divorzile è sanzionato con le pene dell'art. 570 c.p. Nonostante i sospetti di illegittimità costituzionale, la norma non è stata censurata dalla Consulta e le sanzioni penali sono state ad oggi altresì estese ai casi di cui all'art. 570 *bis* c.p. ai sensi del quale “Le pene previste dall'articolo 570 si applicano al coniuge che si sottrae all'obbligo di corresponsione di ogni tipologia di assegno dovuto in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio ovvero viola gli obblighi di natura economica in materia di separazione dei coniugi e di affidamento condiviso dei figli”.

⁴⁷ CHIANALE A. - TERLIZZI G. – CAMPOLATTARO S. – MARTINELLI M., *Le garanzie reali e personali*, cit., p. 5.

⁴⁸ CHIANALE A. - TERLIZZI G. – CAMPOLATTARO S. – MARTINELLI M., *Le garanzie reali e personali*, cit., p. 5.

contenuto dell'art. 1948 del Codice civile del 1865⁴⁹ la cui norma, invece, “rischiava di essere foriera di equivoci”⁵⁰. Quest'ultima disposizione, infatti, era formulata in modo tale da far ritenere che i beni presenti e futuri del debitore non rappresentassero tanto l'oggetto della responsabilità, quanto *mezzi di adempimento* dell'obbligo⁵¹.

La nuova formulazione, invece, è ritenuta più chiara e corretta nel definire che i beni del debitore non costituiscono mezzi di adempimento, bensì mezzi di garanzia⁵².

Non solo, la dottrina rileva che nella diversa formulazione dell'art. 2740, comma 1 c.c. emerge la centralità non dell'ipotesi fisiologia dell'adempimento, ma la previsione dell'inadempimento e “il patrimonio del debitore vi viene in considerazione non già quale strumento del primo, bensì quale mezzo per rimediare al verificarsi del secondo, garantendo comunque la realizzazione dell'interesse creditorio”⁵³.

⁴⁹ NICOLO' R., *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, cit., p. 1.

⁵⁰ MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 6.

⁵¹ NICOLO' R., *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, cit., p. 1. L'espressione del 1865 è criticata anche da BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, cit., p. 5. Di contrario avviso RUBINO D., *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, cit. p. 6 per il quale “Gli artt. 2740 e 2741 c.c. sono rimasti sostanzialmente immutati rispetto al vecchio codice”. Per SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 9, invece, le modifiche del Codice del 1942 non sono illustrate nella Relazione al codice “probabilmente perché in concreto costituivano piccole sfumature lessicali”. Così anche per MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 6. L'Autrice ritiene che l'innovazione dell'art. 2740 c.c. è meno significativa di quanto possa apparire poiché già la dottrina in vigore l'art. 1948 aveva rilevato che “la possibilità per il creditore di aggredire i beni del debitore era collegata non all'adempimento, ma al fenomeno opposto dell'inadempimento tanto più che l'art. 1949 enunciava espressamente che i beni del debitore sono la garanzia comune dei suoi creditori e che entrambe le norme erano collocate nel titolo dedicato alle cause legittime di prelazione”.

⁵² BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, cit., p. 5.

⁵³ ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., p. 487 per cui “emerge insomma – con una nettezza di contorni ed una autonomia di rilievo prima sconosciute – la figura della responsabilità patrimoniale del debitore”.

L'art. 2740 c.c. soccorre, inoltre, a un'ulteriore imprecisione dell'art. 1948 c.c. 1865:⁵⁴ la nuova norma al comma secondo richiama la legge per l'inserimento di limitazioni di responsabilità patrimoniale, innovandosi rispetto alla normativa previgente che ammetteva limitazioni contrattuali della responsabilità e che attribuiva ad esse efficacia obbligatoria o, limitatamente alle parti contrattuali, efficacia reale⁵⁵.

Dunque, l'art. 2740 c.c. nella sua nuova formulazione enuncia la regola della *universalità della responsabilità patrimoniale*, ossia il precetto per cui tutti i beni presenti e futuri del debitore sono vincolati all'adempimento delle obbligazioni assunte⁵⁶, salve le ormai numerose deroghe legislative che, come si vedrà, muovono in favore dell'opposto principio della *specializzazione della responsabilità patrimoniale*⁵⁷.

Il principio di responsabilità patrimoniale espresso dall'art. 2740 c.c. è

⁵⁴ BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, cit., p. 6: l'Autore vede una linea evolutiva nei perfezionamenti tecnici della norma riscontrabili già nell'art. 1948 rispetto all'art. 2092 del *Code Napoleon* che si riferiva alle sole obbligazioni contrattuali.

⁵⁵ BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, cit., p. 6.

⁵⁶ Sulla rilevanza fondamentale di tale principio: BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, cit., p. 5; ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., p. 504.

⁵⁷ CHIANALE A. - TERLIZZI G. - CAMPOLATTARO S. - MARTINELLI M., *Le garanzie reali e personali*, Torino, 2018, p. 6: a tal proposito, si anticipa che in ragione della crescente necessità di tutelare le ragioni del creditore rendendo più agevole il suo soddisfacimento, sono aumentate le ipotesi di scissione dell'unità del patrimonio in una pluralità di masse patrimoniali, ciascuna delle quali è funzionale a garantire i crediti coerenti con la finalità della destinazione di quei beni. A tale scopo sono emerse nuove forme di garanzie atipiche volte ad evitare gli ordinari meccanismi dell'esecuzione forzata accedendo a procedimenti più rapidi, riconoscendo al contempo nuovi spazi all'autonomia privata che permettono un modello convenzionale di attuazione del rapporto obbligatorio in caso di inadempimento. Tra le nuove deroghe gli Autori citano il prestito vitalizio ipotecario e il credito immobiliare ai consumatori. Gli istituti sono analizzati nel Capitolo Secondo. A favore della specializzazione della responsabilità patrimoniale in luogo del principio di universalità: MORACE PINELLI A., *Atti di destinazione, trust e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., p. 72 e ss; D'AMICO G., *La proprietà destinata*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2014, p. 533.

ritenuto, comunque, principio di ordine pubblico e di rilevanza costituzionale⁵⁸.

In particolare, la dottrina e la giurisprudenza ritengono che le norme contenute negli articoli 2740 e 2741 c.c. abbiano copertura costituzionale agli articoli 2, 3, 24, 41, 47 e 113 Cost.⁵⁹ e una breve disamina dei principi che vi trovano fondamento è funzionale al prosieguo della ricerca.

In primo luogo, secondo l'interpretazione data dalla Corte costituzionale, rileva l'art. 2 Cost. poiché la garanzia patrimoniale generica si pone al servizio della libertà della persona e gode, quindi, della copertura del principio personalistico⁶⁰ per cui la tutela del creditore non è assoluta, bensì trova i limiti imposti da tale principio a protezione del debitore⁶¹.

Parimenti, la Corte costituzionale ha individuato il fondamento delle norme sulla responsabilità patrimoniale nell'art. 3 Cost. dichiarando l'illegittimità di alcune norme che escludevano la pignorabilità di crediti a carattere previdenziale o alimentare per qualsiasi causa⁶².

Per una dottrina, le norme in materia di responsabilità patrimoniale trovano fondamento altresì negli artt. 41 e 47 Cost. Il primo esprime la rilevanza costituzionale del diritto di credito e della sua conservazione e attuazione quale fondamentale condizione di esplicazione di iniziativa

⁵⁸ BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, cit., p. 6.

⁵⁹ In dottrina, per SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 2 la protezione dei diritti è espressione del precetto costituzionale dell'art. 24 Cost.; BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, cit., p. 6. richiama gli articoli 2, 3 e 47 Cost.; ROSELLI F., *Responsabilità patrimoniale. I mezzi di conservazione*, cit., p. 9 richiama gli articoli 3, 24 e 113 Cost.

⁶⁰ C. Cost. 256 del 2006 richiamata da BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, cit., p. 6.

⁶¹ BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, cit., p. 9.

⁶² C. Cost., 30 maggio 1977, n. 105 richiamata da BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, cit., p. 6. Successivamente il fondamento nell'art. 3 Cost. è stato ribadito da: C. Cost., 23 maggio 1995, n. 187 in *Giur. cost.*, 1995, p. 1473; C. Cost. 4 dicembre 2002 n. 506 in *Foro amm.*, 2003, p. 24 con nota di NOVELLI P.

economica privata⁶³, mentre il secondo tutela il risparmio come interesse pubblico⁶⁴.

La Corte costituzionale, inoltre, ha individuato il fondamento delle norme in materia di responsabilità patrimoniale ed esecuzione forzata anche negli artt. 24 e 113 Cost.⁶⁵. La Corte ha affermato il nesso fra configurazione del diritto soggettivo sostanziale e la sua tutela in sede di esecuzione forzata come completamento necessario della tutela giurisdizionale ed espressione del principio di effettività⁶⁶.

La rilevanza costituzionale delle norme che regolano la responsabilità patrimoniale è un utile parametro per verificare la legittimità delle limitazioni all'universalità della responsabilità patrimoniale e delle deroghe alla *par condicio creditorum* presenti nell'ordinamento⁶⁷, con particolare riferimento agli istituti di nuova introduzione. Non solo, i parametri costituzionali fungono da guida per la verifica della compatibilità degli spazi lasciati all'autonomia privata nell'utilizzo nuovi modelli di garanzie patrimoniali a tutela del credito.

È necessario, ovvero, verificare quale “forza espansiva” assume la disciplina della responsabilità patrimoniale rispetto ai nuovi istituti,

⁶³ ROSELLI F., *Responsabilità patrimoniale. I mezzi di conservazione*, cit., p. 15.

⁶⁴ BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, cit., p. 63: l'Autore dubitava della legittimità costituzionale dell'art. 22 comma 3 TUF nella versione antecedente alle modifiche apportate dall'art. 3 del d. lgs. n. 44 del 4 marzo 2014 e infine di nuovo sostituito dall'art. 2 del d. lgs. n. 129 del 3 agosto 2017. La norma consentiva ad alcuni intermediari finanziari, previo consenso scritto, di disporre di strumenti finanziari detenuti a qualsiasi titolo, anche in situazione di conflitto di interessi, nonostante la separazione patrimoniale sancita al primo comma.

⁶⁵ C. Cost. 8 settembre 1995, n. 419 in *Rass. Cons. St.*, 1995, p. 1497.

⁶⁶ ROSELLI F., *Responsabilità patrimoniale. I mezzi di conservazione*, cit., p. 9; AA.VV., *Responsabilità patrimoniale, Prescrizione*, in *Trattario di diritto civile*, a cura di CENDON P., cit., p. 8.

⁶⁷ BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, cit., p. 9.

“nemmeno ipotizzati al tempo dell’emanazione del Codice”⁶⁸.

Occorre, dunque, ricostruire sistematicamente l’ambito di operatività del principio di responsabilità patrimoniale per verificare se l’emersione di valori nuovi e diversi siano compatibili con le norme attuali o se sia necessaria una riforma che imponga di “ridisegnare la regola”⁶⁹, al pari di quanto avvenuto negli altri ordinamenti europei.

Preliminarmente, si rende necessaria un’analisi della responsabilità patrimoniale nella struttura dell’obbligazione, della sua funzione e dei suoi meccanismi attuativi⁷⁰, ovvero il funzionamento operativo nella disciplina delle cause legittime di prelazione, nella *par condicio creditorum* e nel divieto del patto commissorio.

3. La responsabilità patrimoniale rispetto alla struttura dell’obbligazione

In passato era molto dibattuto il ruolo della responsabilità patrimoniale nella struttura dell’obbligazione.

L’incertezza derivava dalla stessa formulazione dell’art. 2740, comma 1 c.c. che, secondo autorevole dottrina, utilizza termini che si presentano “ben lontani da un suo apprezzabilmente rigoroso ed univoco del linguaggio giuridico”⁷¹.

⁶⁸ SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 12: l’Autore si riferisce, ad esempio, all’efficacia del *trust* nei confronti del creditore del *settlor* o ai conflitti tra i creditori del destinante e diritti del beneficiario negli atti di destinazione *ex art. 2645 ter c.c.*

⁶⁹ SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 12.

⁷⁰ SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 12 e NICOLÒ R., *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, cit., p. 4 per il quale alla norma di cui all’art. 2740 c.c. “vanno armonicamente coordinate le disposizioni legislative sulle cause di prelazione funzionalmente costruite come mezzi destinati a rafforzare la responsabilità patrimoniale”.

⁷¹ ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., p. 486.

Più precisamente, nell'art. 2740 c.c. il Legislatore è ricorso ai termini “responsabilità” e “garanzia”, ciascuno dei quali designa anche altri istituti e principi giuridici. Tuttavia, in questo caso le due locuzioni sono impiegate per designare lo stesso istituto o principio normativo e da qui l'origine degli “equivoci”⁷².

Non solo, all'incertezza terminologica si affiancano le incertezze concettuali di fondo intorno ad un istituto in cui si può dire ancora che “tutto è in discussione presso gli scrittori”⁷³.

Sino a qualche decennio fa, la dottrina aderiva alla tesi di matrice tedesca per cui debito (*Schuld*) e responsabilità (*Haftung*) costituirebbero elementi strutturali dell'obbligazione di pari dignità⁷⁴.

Le riflessioni sul ruolo della responsabilità patrimoniale nella struttura dell'obbligazione si sono intrecciate con quelle volte ad individuare l'oggetto dell'obbligazione e le teorie patrimonialistiche, sotto l'influenza della dottrina tedesca, hanno posto l'accento sul risultato economico atteso dal creditore, ossia sul bene dovuto⁷⁵. Il diritto del creditore coincideva con il potere di aggredire forzatamente il patrimonio del debitore al fine di conseguire il suo credito, dunque, l'oggetto del diritto di credito venne identificato con il patrimonio del debitore⁷⁶ e da qui è derivata la ricostruzione del rapporto obbligatorio come sintesi di *Schuld und Haftung*⁷⁷.

Nell'ambito di tale teoria maturò l'idea, accolta sino ai primi decenni del Novecento, che la responsabilità patrimoniale fosse un elemento costitutivo

⁷² ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, p. 486.

⁷³ LASERRA G., *La responsabilità patrimoniale*, Napoli, 1966, p.3.

⁷⁴ Per una ricostruzione storica: SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 12.

⁷⁵ In generale sulla distinzione tra teoria patrimoniali e personali sull'oggetto dell'obbligazione si veda MENGONI L., *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1952, p. 156 e ss. Per le teorie personali l'oggetto dell'obbligazione coincide con il comportamento dovuto dal debitore. Tra i principali esponenti di quest'ultima teoria: RESCIGNO P., voce *Obbligazioni*, in *Enc. giur.*, vol. XXIX, 1979, p. 143 e ss.

⁷⁶ MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 27.

⁷⁷ ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., p. 486.

dell'obbligazione. Il fondamento normativo fu ravvisato in Germania nei § 241 e 242 BGB e si riteneva che tale costruzione fosse compatibile anche con il concetto di obbligazione accolto nel nostro ordinamento⁷⁸.

In particolare, l'autonomia concettuale della responsabilità dal debito era enfatizzata attraverso l'identificazione di fattispecie nelle quali tali elementi sarebbero, invece, scissi: la cosiddetta ipotesi di “debito senza responsabilità”, come l'obbligazione naturale, e la “responsabilità senza debito” come le ipotesi del fideiussore, del terzo datore di ipoteca⁷⁹ o del debito prescritto⁸⁰.

Ancorché distinti, dunque, secondo la teoria germanistica, debito e responsabilità si intrecciano come elementi costitutivi dell'obbligazione e si riteneva che il vero diritto del creditore fosse il termine correlativo della responsabilità e non del puro debito⁸¹.

La *querelle Schuld – Haftung* è, però, ormai affievolita poiché sono venuti meno i presupposti storici sulla quale essa si fondava. La dottrina germanica basava la teoria sull'assunto della incoercibilità della prestazione del debitore⁸², per cui era necessaria una specifica concessione del debitore al creditore del potere di aggredire i suoi beni⁸³.

La teoria, inoltre, non è andata esente da critiche da parte della dottrina italiana che intese dimostrare l'erroneità delle costruzioni di “debito senza responsabilità” e responsabilità senza debito”, per le quali gli elementi del debito e della responsabilità potrebbero sussistere l'uno in assenza

⁷⁸ GANGI C., *Debito e responsabilità nel vigente diritto tedesco*, in *Riv. it. per le scienze giuridiche*, 1914, p. 249.

⁷⁹ ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., p. 487. Per una completa ricostruzione storica: SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, cit., 15.

⁸⁰ BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, cit., p. 25.

⁸¹ MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 27.

⁸² SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 12.

⁸³ BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, cit., p. 25.

dell'altro⁸⁴.

La dottrina prevalente ha osservato che per l'ipotesi di "debito senza responsabilità" non si possono richiamare le obbligazioni naturali poiché esse non costituiscono un rapporto giuridico come si evince dall'art. 2034 c.c.⁸⁵

Inconferenti anche le ipotesi di "responsabilità senza debito" poiché è stato dimostrato che nella prima ipotesi del fideiussore, se vi è responsabilità di un soggetto connessa al debito di un altro, nondimeno anche il fideiussore è comunque debitore⁸⁶. Così nel caso del terzo datore di ipoteca, la responsabilità del terzo segue comunque le sorti del debito altrui⁸⁷ e anche nel caso di debito prescritto, non è l'elemento della responsabilità l'elemento mancante bensì l'azionabilità del credito stesso⁸⁸.

Superata la teoria germanica⁸⁹, la dottrina distingue tuttora il concetto di *responsabilità* dal concetto di *debito*⁹⁰. In particolare, si differenzia il dovere gravante sul debitore di tenere un certo comportamento di dare, fare, non fare una determinata prestazione, dalla *responsabilità* che grava sul debitore nel

⁸⁴ CARNELUTTI F., *Diritto e Processo*, Napoli, 1958, p. 324 – 315; dello stesso Autore, *Appunti sulle obbligazioni*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1915, p. 525 e 617 considerava la responsabilità accanto al debito come una fase distinta dell'obbligazione. In seguito, in *Diritto e Processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi di diritto processuale in onore di Chiovenda*, Padova, 1927, p. 280 risolve la responsabilità nel processo esecutivo. Per una ricostruzione storica: SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 17 definisce simili costruzioni "barocche"; MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 34.

⁸⁵ ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., p. 486.

⁸⁶ ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., p. 489 cita anche chi risponde in via aquiliana per fatto altrui e l'obbligato cambiario.

⁸⁷ GIORGIANNI M., *L'obbligazione (la parte generale delle obbligazioni)*, Milano, rist., 1968, p. 183; ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., p. 489; BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, cit., p. 25.

⁸⁸ BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, cit., p. 25.

⁸⁹ Anche le teorie processualistiche che sostengono la natura processuale dell'istituto della responsabilità patrimoniale hanno criticato la teoria dello *Schuld und Haftung*. Per un approfondimento: MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 36 e ss.

⁹⁰ ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, p. 67.

caso in cui egli non adempia⁹¹.

Quando il debitore non adempie spontaneamente, la responsabilità patrimoniale si realizza attraverso l'esecuzione forzata e quando questa si svolge nelle forme dell'esecuzione per espropriazione⁹², aggredisce direttamente i beni del debitore⁹³. Di conseguenza, il patrimonio del debitore costituisce la garanzia generale per la soddisfazione del creditore e la responsabilità patrimoniale opera, dunque, all'esterno della struttura dell'obbligazione, quale condizione di giuridicità del rapporto obbligatorio⁹⁴.

La responsabilità patrimoniale si pone quindi come rimedio all'inadempimento e pertanto deve escludersi che essa sia una componente strutturale del rapporto obbligatorio, altrimenti dovrebbe affermarsi "la partecipazione alla struttura della obbligazione di tutti gli altri mezzi attraverso cui la legge fa raggiungere al creditore la realizzazione del suo interesse, malgrado o contro il comportamento del creditore"⁹⁵.

Inoltre, è stato osservato che se la responsabilità fosse elemento costitutivo dell'obbligazione sarebbe inerente soltanto ad essa e, invece, è un fenomeno che è comune ad ogni dovere giuridico⁹⁶.

⁹¹ ROSELLI F., *Responsabilità patrimoniale. I mezzi di conservazione*, cit., p. 3.

⁹² MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 42.

⁹³ ROSELLI F., *Responsabilità patrimoniale. I mezzi di conservazione*, cit., p. 3.

⁹⁴ La dottrina prevalente colloca l'esecuzione specifica fuori dall'ambito della responsabilità patrimoniale: ROSELLI F., *Responsabilità patrimoniale. I mezzi di conservazione*, cit., p. 3; RUBINO D., *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, cit. p. 7; MIRAGLIA C. voce *Responsabilità patrimoniale*, p.3; SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 20; ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, p. 19; MIGLIACCIO E, *La responsabilità patrimoniale. Profili di sistema*, cit. p. 70; MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 43 e s.s. che approfondisce il tema per cui soltanto l'esecuzione forzata per espropriazione realizza la responsabilità patrimoniale: "solo in questo caso può dirsi che il debitore risponda con tutti i suoi beni, mentre attraverso l'esecuzione in forma specifica il creditore, anziché aggredire la massa indifferenziata rappresentata dal patrimonio di costui, si dirige su uno specifico bene preventivamente individuato".

⁹⁵ GIORGIANNI M., *L'obbligazione*, cit. p. 186.

⁹⁶ GIORGIANNI M., *L'obbligazione*, cit., p. 187.

La conferma di tale impostazione è stata data altresì dal Legislatore del 1942 che ha collocato l'art. 2740 c.c. nel Libro VI e ha regolato la responsabilità patrimoniale “fra le situazioni giuridiche strumentali che stanno a cavallo tra il diritto sostanziale e il diritto processuale”⁹⁷.

La collocazione sistematica della norma non la rende, tuttavia, una norma di diritto processuale poiché contiene un precetto materiale in quanto “determina la sfera in cui può operare lo strumento processuale e stabilisce quali diritti sostanziali del debitore possono essere sacrificati per realizzare attraverso l'azione esecutiva, il diritto sostanziale del creditore”⁹⁸.

La norma può, dunque, considerarsi di diritto sostanziale “poiché non contiene alcuna indicazione del procedimento esecutivo che il creditore debba seguire per ottenere la soddisfazione, cui è riservato, infatti, il Libro III del codice di rito”⁹⁹.

4. Le funzioni della responsabilità patrimoniale

Per individuare la funzione dell'art. 2740 c.c., è previamente necessario coordinare la norma con l'art. 1218 c.c., l'altra disposizione che si riferisce alla responsabilità del debitore per inadempimento.

Il collegamento tra le due norme suggerisce che il debitore inadempiente soggiace a due forme di responsabilità, ovvero sia alla responsabilità personale *ex art. 1218 c.c.* e sia alla responsabilità patrimoniale *ex art. 2740 c.c.*, entrambe con una propria funzione¹⁰⁰.

⁹⁷ NICOLO' R., *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, cit., p. 3. Per un'analisi storica della norma: MORACE PINELLI A., *Atti di destinazione, trust e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., p. 3 e ss.

⁹⁸ NICOLO' R., *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, cit., p. 4.

⁹⁹ SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 23.

¹⁰⁰ La dottrina maggioritaria aderisce a tale impostazione: GIORGIANNI M., *L'obbligazione*, cit. p. 161 e ss; ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del*

Precisamente, l'art. 1218 c.c. stabilisce quando al debitore è imputabile l'inadempimento e quando sorge l'obbligazione risarcitoria in sostituzione alla principale, senza però estinguerla in caso di inadempimento totale o in affiancamento in caso di adempimento inesatto o semplice ritardo.

Solo quando anche l'obbligazione risarcitoria rimane inadempita sovviene allora in via sussidiaria la responsabilità patrimoniale, sotto forma di esecuzione forzata e, a tal fine, l'art. 2740 c.c. individua il patrimonio del debitore come l'oggetto su cui ricadono le conseguenze dell'inadempimento.

Si precisa che la responsabilità patrimoniale è un istituto che attiene non solo alla responsabilità *ex art. 1218 c.c.*, ma anche all'ambito della responsabilità extracontrattuale *ex art. 2043 c.c.* dal momento che l'obbligazione risarcitoria può avere ad oggetto anche un fatto illecito¹⁰¹.

Dunque, ogni obbligazione, indipendentemente dalla sua fonte, è rafforzata dalla responsabilità patrimoniale la quale, tuttavia, è funzionale, come anticipato, alla sola esecuzione forzata per espropriazione e si applica in via alternativa all'esecuzione in forma specifica¹⁰².

Per questo la dottrina suole distinguere due livelli di operatività dell'art. 2740 c.c. assumendo una funzione diretta e una sussidiaria¹⁰³. La funzione è diretta quando l'art. 2740 c.c. interviene come risposta immediata all'insoddisfazione del creditore in caso di obbligazione pecuniaria; la funzione è sussidiaria quando l'esecuzione in forma specifica non avvenga o il creditore non sia interessato¹⁰⁴.

debitore, cit., p. 490; MIRAGLIA C., voce *Responsabilità patrimoniale*, p.3; SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 18; ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, p. 3.

¹⁰¹ GIORGIANNI M., *L'obbligazione*, cit., p. 188; SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 19.

¹⁰² SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 25.

¹⁰³ SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 25; ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., p. 493; MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 54.

¹⁰⁴ SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 25 che approfondisce a pag. 28 il tema per cui nella seconda ipotesi il denaro ricavato dall'esecuzione forzata

La responsabilità patrimoniale, quindi, si risolve in un vincolo di garanzia¹⁰⁵ e diventa uno strumento di coercizione indiretta della volontà del debitore indotto così ad adempiere, consapevole delle conseguenze che deriverebbero sul patrimonio in caso di inadempimento¹⁰⁶.

Non solo, parte della dottrina attribuisce alla responsabilità patrimoniale una funzione deterrente e sanzionatoria, sebbene la sanzione rimanga in via subordinata poiché lo scopo principale è comunque quella di soddisfare il creditore¹⁰⁷.

Questa dottrina utilmente si avvale dell'elemento sanzionatorio presente nella responsabilità patrimoniale per qualificare la posizione giuridica soggettiva del creditore nei confronti del debitore.

La connotazione sanzionatoria è sufficiente ad escludere che “al debito faccia riscontro da parte del creditore solo una legittima aspettativa: la presenza di una sanzione trasforma questa aspettativa in un vero e proprio diritto soggettivo”¹⁰⁸.

Precisamente, la posizione giuridica soggettiva del creditore è qualificata come un diritto potestativo, non dipendendo da comportamenti collaborativi del debitore e comprensivo di tutti i poteri che la legge concede per la

non possa essere considerato valore sostitutivo della prestazione non resa. Trattasi invece di “valutazione pecuniaria del danno che è stato conseguenza dell'inadempimento”.

¹⁰⁵ ROSELLI F., *Responsabilità patrimoniale. I mezzi di conservazione*, cit., p. 3.

¹⁰⁶ SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 24; GIORGIANNI M., *L'obbligazione*, cit., p. 164; MIRAGLIA C., voce *Responsabilità* p. 5; ROJAS EELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, p. 6; MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 54.

¹⁰⁷ RUBINO D., *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, cit., p. 8; NICOLÒ R., *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, cit., p. 1. Escludono invece il carattere sanzionatorio: ROSELLI F., *Responsabilità patrimoniale. I mezzi di conservazione*, cit., p. 12; BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, cit., p. 20; MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 53.

¹⁰⁸ RUBINO D., *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, cit., p. 8.

conservazione e l'attuazione della garanzia medesima¹⁰⁹.

È discusso in dottrina se il creditore sia altresì titolare di un vero e proprio diritto a che il debitore non alteri la consistenza del suo patrimonio affinché sia concretamente idoneo a soddisfare il suo credito.

La tesi affermativa sostiene che pur in assenza di un espresso divieto per il debitore di ridurre la consistenza del proprio patrimonio, il potere attribuito dall'azione revocatoria dimostra la consistenza di tale pretesa¹¹⁰.

La tesi negativa obietta, invece, che per l'esperibilità dell'azione revocatoria occorrono specifici presupposti e in caso di esperimento vittorioso la conseguenza è solo l'inefficacia relativa dell'atto¹¹¹.

La critica non coglie però nel segno poiché sovengono altri principi sistematici che limitano le facoltà del debitore quale la tutela del legittimo affidamento del creditore che, in ipotesi di bilanciamento, prevale sul principio di libera circolazione dei beni¹¹².

5. Le limitazioni alla garanzia patrimoniale generica

Enunciata la regola al primo comma dell'art. 2740 c.c. per cui la responsabilità patrimoniale è illimitata, il Legislatore al secondo comma ha introdotto l'eccezione, secondo una tecnica normativa lineare¹¹³.

¹⁰⁹ SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 40; BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, cit., p. 20.

¹¹⁰ SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 40. Nello stesso senso: CHIANALE A. - TERLIZZI G. - CAMPOLATTARO S. - MARTINELLI M., *Le garanzie reali e personali*, cit., p. 4.

¹¹¹ NICOLÒ R., *Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, cit., p. 195; MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 70.

¹¹² SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 41 ove specifica che la libera circolazione dei beni non è un valore assoluto poiché si tempera con il principio che tutela le aspettative dei creditori e "che evidentemente importa all'ordinamento stesso di più di quello della pura circolazione dei beni, giacché altrimenti l'azione revocatoria non sarebbe nemmeno concepibile".

¹¹³ ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., p. 509.

Come anticipato, in modo innovativo rispetto all'art. 1948 del c.c. Pisanelli, l'art. 2740 comma 2 c.c. specifica che “le limitazioni di responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge”, ove per “limitazioni” si intendono le ipotesi in cui “una certa categoria di beni appartenenti al debitore è sottratta all'azione esecutiva di tutti o alcuni dei suoi creditori”¹¹⁴. La norma introduce il principio di tipicità delle limitazioni della responsabilità patrimoniale, una novità anche rispetto agli ordinamenti vicini ove non è dato un simile riscontro¹¹⁵.

L'introduzione di tale comma nel Codice civile del 1942 è giustificata nella Relazione del Guardasigilli ove spiega che il principio fondamentale della responsabilità patrimoniale è così rafforzato “nell'interesse del credito e dell'economia”¹¹⁶.

La *ratio* della norma è stata individuata così nella tutela del credito¹¹⁷ e, per la dottrina tradizionale, essa è assicurata attraverso il divieto alle pattuizioni di autonomia privata volte a derogare il principio di universalità della garanzia patrimoniale generica al di là delle ipotesi legislativamente previste¹¹⁸.

Tradizionalmente, il divieto sancito dall'art. 2740 comma 2 c.c. è stato collegato all'essenzialità della responsabilità patrimoniale per la giuridicità dell'obbligazione, specie sotto l'influenza della teoria *Schuld un Haftung*¹¹⁹.

La dottrina suole distinguere le limitazioni legali di responsabilità in tre

¹¹⁴ NICOLO' R., *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, cit., p. 11.

¹¹⁵ In Francia e in Germania tale principio non è stato codificato: GIORGIANNI M., *L'obbligazione (la parte generale delle obbligazioni)*, cit., p. 175; RUBINO D., *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, cit. p. 7.

¹¹⁶ Relazione al Codice civile n. 1124.

¹¹⁷ ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., p. 508. Così anche per: BIANCA C.M., *Diritto civile. La responsabilità*, cit., p. 412; MIRAGLIA C., voce *Responsabilità patrimoniale*, cit., p. 8; PORCELLI M., *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, cit., p. 69.

¹¹⁸ ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., p. 510.

¹¹⁹ MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 88.

classi: limitazioni per la qualità dei beni, limitazioni per la qualità dei crediti, infine, limitazioni che derivano dalla relazione esistente tra determinati beni e determinati crediti¹²⁰.

Precisamente, tra le limitazioni per la qualità dei beni, il Legislatore ha previsto la sottrazione di determinati beni dall'azione esecutiva del creditore in ragione del loro "valore" per l'ordinamento¹²¹, beni destinati a soddisfare interessi maggiormente meritevoli di tutela rispetto alle ragioni creditorie¹²².

Si trovano molte ipotesi nel Codice, tra le quali, solo ad esempio, gli articoli 324 c.c. e 326 c.c. per cui l'usufrutto legale che i genitori hanno in comune sui beni del figlio non può essere oggetto di pegno o di ipoteca né oggetto di esecuzione da parte dei creditori¹²³. Nella prima ipotesi, la dottrina ha altresì indicato l'art. 514 c.p.c. che elenca le cose assolutamente impignorabili, ossia beni sottratti all'azione esecutiva finché perdura la loro particolare destinazione¹²⁴.

Nella seconda categoria, le limitazioni per la qualità dei debiti, rientrano

¹²⁰ Così per ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., p. 514; MIRAGLIA C., voce *Responsabilità patrimoniale*, cit., p. 377; SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 85; MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 96. Mentre NICOLO' R., *Della responsabilità patrimoniale*, cit., p. 12 effettua una bipartizione e BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, cit., p. 35 che effettua una quadripartizione. V. anche BIANCA M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, 186 ss., che ha sottolineato la necessità di distinguere "l'impignorabilità giustificata dalla natura intrinseca di alcune categorie di beni, con l'insequestrabilità derivante da una particolare destinazione, senza per l'altro considerare che l'impignorabilità derivante dalla natura e dalla funzione dei beni (..) non configura tanto una limitazione della responsabilità, quanto una destinazione esterna a carattere permanente che viene impressa al bene (..) che non può essere oggetto di esecuzione da parte di qualsiasi categoria di creditori". DI MAJO A., *Responsabilità e patrimonio*, Torino, 2005, 53 ss.; PORCELLI M., *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 76 ss.

¹²¹ L'espressione è di ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., p. 514.

¹²² MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 96.

¹²³ ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., p. 515 include nella categoria altresì gli artt. 695, 2117, 1558, 1923, 2305, 2531, 2614 c.c.

¹²⁴ NICOLO' R., *Della responsabilità patrimoniale*, cit., p. 12; SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 87.

i debiti che per la loro peculiare natura sono destinati a gravare su una parte soltanto una parte del patrimonio del debitore. L'esempio tipico è l'art. 490, comma 2 c.c., il caso del chiamato all'eredità che accetta con beneficio di inventario¹²⁵.

Nella terza categoria alcuni beni sono sottratti alla garanzia patrimoniale generica soltanto per rispondere dei debiti collegati alla destinazione loro impressa¹²⁶. L'esempio, in questo caso, è l'art. 170 c.c. per cui i beni conferiti nel fondo patrimoniale non possono essere aggrediti per le obbligazioni contratte per scopi estranei ai bisogni della famiglia¹²⁷. A tal proposito, una parte della dottrina distingue le ipotesi di vera e propria limitazione della responsabilità da quelle che realizzano, invece, un particolare regime patrimoniale che dà origine ad una "responsabilità patrimoniale specializzata in quanto finalizzata ad un certo scopo", come appunto il fondo patrimoniale¹²⁸. Ad ogni modo, anche i particolari regimi patrimoniali sono disciplinati dall'art. 2740 c.c.¹²⁹.

In quest'ultima categoria rientrano indubbiamente anche le altre ipotesi legislative di destinazione patrimoniale impressa sui taluni beni come l'art. 2645 *ter* c.c., i patrimoni destinati ad uno specifico affare *ex art. 2447 bis* c.c.

¹²⁵ ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., p. 515 che precisa che tale norma non rientra nella categoria se l'erede non è pieno titolo debitore dei debiti già del *de cuius*.

¹²⁶ ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., p. 516; MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 97.

¹²⁷ Per SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 40 tale norma connota una deroga alla regola della responsabilità patrimoniale sulla base di categorie di creditori. Per un approfondimento sulla norma: FERRARI A., *Fondo patrimoniale e trust familiare*, Milano, 2017.

¹²⁸ DI MAJO A., *Responsabilità e patrimonio*, cit., p. 16 il quale intende il "regime patrimoniale" come "una serie di regole organizzative, fonti di diritti e obblighi con il quale si intende dare un certo assetto al patrimonio."

¹²⁹ DI MAJO A., *Responsabilità e patrimonio*, cit., p. 22 per cui ai privati è rimessa soltanto la scelta tra un regime patrimoniale e l'altro, pur sempre disciplinato dall'art. 2740 c.c.

e gli altri numerosi casi normati¹³⁰.

Trattasi di “patrimoni separati” ovvero di quel complesso di beni “che in forza di uno specifico vincolo di destinazione, sono sottratti alla funzione di garanzia svolta dal restante patrimonio generale, essendo riservati al soddisfacimento di dati creditori”¹³¹.

La concezione tradizionale sulla responsabilità patrimoniale alla luce del principio di universalità ha dunque portato a considerare i patrimoni separati quali eccezioni dal carattere residuale.

Tale deroga all’art. 2740 comma 1 c.c. precludendo ai creditori di aggredire i beni separati ha messo però in discussione altri principi fondanti la responsabilità patrimoniale.

Infatti, non solo si pone quale ipotesi eccezionale rispetto al principio di universalità della garanzia generica, ma sembra mettere in discussione altresì al principio di *par condicio creditorum*¹³² e un ulteriore principio di elaborazione dottrinale, il principio di unicità del patrimonio.

¹³⁰ Oltre ai casi già enumerati, solo ad esempio, la tecnica della separazione patrimoniale è stata utilizzata anche dalla l. 30 aprile 1999, n. 30 relativa alla cartolarizzazione dei crediti e dal Testo Unico della Finanza, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, con riferimento ai servizi di investimento (art. 22) e alla gestione collettiva del risparmio realizzata mediante i fondi comuni di investimento (art. 36).

¹³¹ Così definiti da BIANCA C.M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., p. 189. Sulla categoria generale del patrimonio separato e sui rapporti con il principio generale di universalità e concorsualità della responsabilità patrimoniale: BIANCA C.M., *Vincoli di destinazione del patrimonio*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2007; CEOLIN M., *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato. Dalla destinazione economica all’atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, Padova, 2010; IAMICELI P., *Unità e separazione dei patrimoni*, cit., p. 13 che ha messo in evidenza la differenza tra i patrimoni dei soggetti di diritto e i cd patrimoni separati: “gli uni configurati come unitari in virtù dell’appartenenza ad un solo soggetto di diritto quale unico titolare delle situazioni giuridiche interne al patrimonio, gli altri dominati dalla *destinazione* allo scopo quale precipuo elemento di unificazione”. V. anche ROSELLI F., *Responsabilità patrimoniale. I mezzi di conservazione*, cit., 32; DI MAJO A., *Responsabilità e patrimonio*, cit., p. 81; MANES P., *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo*, Padova, 2005, p. 161 e ss; BIGLIAZZI GERI, *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 280.

¹³² Il principio di *par condicio creditorum* è approfondito nel prossimo paragrafo.

Tale principio esprime la regola per cui ad ogni soggetto corrisponde un unico patrimonio e, pertanto, l'esistenza di un patrimonio separato da un soggetto non sarebbe ipotizzabile così come non sarebbe possibile essere titolari di distinti patrimoni in relazione alla regola della responsabilità patrimoniale illimitata¹³³.

Storicamente, il principio di unicità e indivisibilità del patrimonio ha avuto origine nel XIX secolo nell'ambito della teoria personalistica di derivazione francese per la quale vi è un nesso imprescindibile tra persona e patrimonio, tanto che le caratteristiche del soggetto avrebbero dovuto riflettersi sui suoi beni quali manifestazioni esteriori della personalità¹³⁴.

Precisamente, tale principio è stato formulato dalla dottrina tedesca in commento del *Code civil* francese¹³⁵ e poi rivisitato dai francesi Aubry e Rau che ne hanno tradotto l'opera e ne hanno tratto ispirazione per affermare il nesso tra persona e patrimonio¹³⁶.

In realtà, come ha dimostrato lo studio dei testi originali, l'autore tedesco ha sì formulato tale principio, ma precisava anche che la legge consente alla persona di possedere più patrimoni, sicché il principio di unicità del

¹³³ Si vedano SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 68; BIANCA C.M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., p. 97; MANES P., *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo*, cit., p. 158 e ss.

¹³⁴ La teoria personalistica è influenzata dal pensiero illuminista e dall'idealismo romantico tedesco. Approfondiscono l'argomento: IAMICELI P., *Unità e separazione dei patrimoni*, cit., p. 204 e ss; BIANCA C.M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., p. 148 nota 113; ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., p. 28; MANES P., *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo*, cit., 163; ZOPPINI A., *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni sperati della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 546 e ss; MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 114.

¹³⁵ ZACHARIÄ VON LIGHENTAL K.S., *Handbuch des Französischen Civil-rechts*, vol. III, Heidelberg, 1837, paragrafo 573.

¹³⁶ ZOPPINI A., *Autonomia e separazione del patrimonio*, cit., p. 552 ove precisa che il principio è frutto di uno studio del materiale normativo francese nell'ambiente culturale tedesco.

patrimonio non è assoluto, ma subisce delle eccezioni¹³⁷.

Quanto all'influenza di tale teoria nel panorama italiano, se inizialmente la dottrina ne era rimasta affascinata¹³⁸, successivamente si passò a preferire una concezione oggettivista¹³⁹ alla luce del fatto che la titolarità del patrimonio non impedisce alla legge di determinare casi in cui il soggetto non risponde dei debiti con taluni beni, fino alle disposizioni sui patrimoni separati¹⁴⁰. Non solo, la dottrina ha altresì rilevato che tale principio sia "un'astrazione equivoca priva di riscontri nel diritto positivo già nel Codice del 1865"¹⁴¹.

L'equivoco alla base di questa teoria "è il confondere il patrimonio con la capacità patrimoniale"¹⁴² e, dunque, unico e indivisibile è soltanto il diritto ad avere un patrimonio e non il patrimonio in quanto tale¹⁴³.

La dottrina, quindi, oggi conviene che il principio di unicità del patrimonio non sia una regola dell'ordinamento tale da vietare a priori eccezioni *ex art. 2740 comma 2 c.c.*, quanto più un mero effetto della disciplina stessa della responsabilità patrimoniale che si trae dalla norma citata.

¹³⁷ ZACHARIÄ VON LIGHENTAL K.S., *Handbuch des Französischen Civil-rechts*, vol. III, Heidelberg, 1837, p. 423.

¹³⁸ L'espressione è di MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 125.

¹³⁹ Il superamento della teoria soggettiva si deve in particolare a FERRARA F., *Trattato di diritto civile*, Vol. I, Roma, 1921 e *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1911, p. 638. MANES P., *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo*, cit., p. 166 rileva che il Codice del '42 ha adottato una impostazione oggettivista.

¹⁴⁰ SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 69; BIANCA C.M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., p. 112; MANES P., *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo*, cit., p. 166 e ss.

¹⁴¹ FERRARA F., *Trattato di diritto civile*, cit., p. 869. Altri autori negano di poter considerare il patrimonio come *universitas iuris*: IAMICELI P., *Unità e separazione dei patrimoni*, cit., p. 50; PUGLIATTI S., *Gli istituti del diritto civile*, Milano, 1943, p. 302; DURANTE V., voce *Patrimonio*, in *Enc. giur.*, vol. XXII, Roma, 1990, p. 2; TRIMARCHI V.M., voce *Patrimonio*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, p. 278.

¹⁴² FERRARA F., *Trattato di diritto civile*, cit., p. 870.

¹⁴³ FERRARA F., *La teoria della persona giuridica*, cit., p. 667.

Inoltre, la relatività del principio di unicità del patrimonio si desume anche dal dato comparatistico. Anticipando l'analisi della seconda parte della ricerca, gli ordinamenti di *common law* nel disciplinare l'istituto del *trust* permettono di rilevare come l'unicità del patrimonio non sia un principio indefettibile di qualsiasi sistema giuridico¹⁴⁴.

Rilevato che esistono ordinamenti di matrice diversa che ammettono limitazioni alla responsabilità attraverso le separazioni patrimoniali e senza pregiudizio per le ragioni del creditore, la dottrina ormai maggioritaria afferma che il principio di unicità del patrimonio sia più che altro una "assunzione teorica" che si tramanda in "virtù di tradizione"¹⁴⁵.

Pertanto, si ritiene che il principio di tipicità delle limitazioni alla responsabilità patrimoniale *ex art. 2740*, comma 2 c.c. non sia affatto il corollario del principio di indivisibilità del patrimonio, bensì il corollario della regola opposta, ossia della sua divisibilità¹⁴⁶.

Anzi, come sarà in seguito approfondito, ormai le numerose ipotesi limitazione patrimoniale *ex art. 2740*, comma 2 c.c. introdotte dall'evoluzione normativa sono così molteplici da mettere in discussione l'eccezionalità stessa della disposizione¹⁴⁷.

Appurato, dunque, che le limitazioni alla responsabilità patrimoniale non si pongono in contrasto con il principio di unicità del patrimonio, occorre ora analizzare il rapporto tra queste e il principio di *par condicio creditorum*.

¹⁴⁴ SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 70.

¹⁴⁵ SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 70; BIANCA C.M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., p. 44, ALCARO F., *Unicità del patrimonio e destinazione dei beni*, in BIANCA C.M., (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, Milano, 2007, 106; MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 139.

¹⁴⁶ MEUCCI S., *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, Milano, 2009, p. 361 e MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 149.

¹⁴⁷ L'osservazione è di ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., p. 509 già nel 1997.

6. La *par condicio creditorum*

La regola di cui all'art. 2740 c.c. deve essere necessariamente coordinata con il principio di *par condicio creditorum* di cui è espressione il seguente articolo 2741 c.c.¹⁴⁸.

La norma al primo comma sancisce che “i creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, salve le cause legittime di prelazione” e al secondo comma specifica che esse sono i privilegi, il pegno e le ipoteche.

Il testo dell'art. 2741 c.c., rispetto all'art. 1949 del c.c. Pisanelli, è stato notato un perfezionamento¹⁴⁹ e la formula attuale è stata definita senza dubbio “più corretta e sintetica” di quella previgente¹⁵⁰. L'art. 1949 c.c., infatti, definiva i beni del debitore “garanzia comune dei suoi creditori” e aggiungeva che “questi hanno tutti un uguale diritto quando fra essi non vi sono cause legittime di prelazione”. In tal modo, si riteneva che la norma consentisse di individuare in capo ai creditori un diritto assimilabile al pegno generico sul patrimonio del debitore¹⁵¹.

Nell'attuale formulazione, invece, la fattispecie di cui all'art. 2741 c.c. segue il medesimo schema logico dell'art. 2740 c.c. essendo anch'essa costruita sul binomio regola – eccezione. Il primo comma, infatti, esprime la regola della *par condicio creditorum* per poi specificare al secondo comma quali siano le sue deroghe.

Il primo corollario che deriva dalla norma, ad ogni modo, è l'irrelevanza

¹⁴⁸ NICOLO' R., *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, cit., p. 18.

¹⁴⁹ AA. VV., *Responsabilità patrimoniale, Prescrizione*, in *Trattario di diritto civile*, a cura di CENDON P., cit., p. 25.

¹⁵⁰ NICOLO' R., *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, cit., p. 17. Di contrario avviso SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 239 che ritiene che invece la formula “sia rimasta sostanzialmente invariata”.

¹⁵¹ ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., p. 529.

della priorità temporale del credito quale “possibile misura della posizione reciproca dei creditori rispetto alla comune aspettativa di soddisfarsi sul patrimonio del debitore”¹⁵², regola che potrebbe essere assunta come alternativa alla parità di trattamento dei creditori¹⁵³.

Tuttavia, nonostante il Codice abbia optato per la *par condicio*, la dottrina ha osservato concordemente che al pari del principio dell’universalità della responsabilità patrimoniale, anche il principio della *par condicio creditorum* “si rivela assai meno generale di quanto la sua enunciazione farebbe supporre”¹⁵⁴.

Nell’ordinamento giuridico soccorrono, infatti, altri principi e altre regole che in concreto minano la posizione paritaria dei creditori, tanto da essere definite “possibilità legali di discriminazione”¹⁵⁵.

In primo luogo, una deroga al principio può verificarsi attraverso le scelte del debitore stesso. Si osserva, infatti, che è il medesimo obbligato a poter scegliere discrezionalmente quale debito esigibile adempiere per primo e quale no. In linea generale, la scelta è legittima poiché l’art. 2901 comma 3 c.c. esclude l’azione revocatoria verso l’adempimento di un debito scaduto, anche se di fatto può precludere l’adempimento degli altri debiti.

In secondo luogo, il principio della *par condicio creditorum* può essere vanificato dai creditori stessi alla luce delle norme che regolano l’esecuzione forzata. In particolare, ogni creditore per conseguire quanto dovuto è libero di far espropriare i beni del debitore *ex art. 2910 comma 1 c.c.*

¹⁵² ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., p. 530 per il quale così il principio esaurisce la sua reale portata.

¹⁵³ SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 239 ove osserva che si trovava affermato il principio della preferibilità del credito anteriore già nel *Corpus iustiniano*, recepito poi nella coscienza medievale giungendo a proclamare *qui prior est tempore potior est iure*.

¹⁵⁴ ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., p. 530. Nello stesso senso anche SCHLESINGER, *Uguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Riv. dir. processuale*, 1995, 319.

¹⁵⁵ ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., p. 530.

Non solo, l'ordinamento prevede, altresì, forme di postergazione convenzionale del credito come le obbligazioni subordinate *ex art. 2411 c.c.*, i prestiti subordinati *ex art. 12 T.U.B.*, la postergazione del creditore parzialmente surrogato *ex art. 1205 c.c.*¹⁵⁶.

Il principio della *par condicio creditorum*, inoltre, rispetto al passato, trova ormai ampie deroghe anche nell'ambito della procedura concorsuale¹⁵⁷. Difatti, la crisi economica degli ultimi anni ha determinato diversi interventi del Legislatore con la finalità di sostenere i tentativi delle aziende in difficoltà di rimanere operative sul mercato, evitando la liquidazione giudiziale (*ex fallimento*)¹⁵⁸.

La più recente riforma delle procedure di insolvenza è contenuta nel d. lgs. n. 14 del 2019 recante il *Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza* (di seguito anche Codice o c.c.i.i.) il quale nel Titolo IV ripropone i seguenti strumenti di regolazione della crisi: i piani attestati di risanamento, gli accordi di ristrutturazione, le procedure di esdebitazione e il concordato preventivo¹⁵⁹. Innovando rispetto alla disciplina previgente, il nuovo c.c.i.i. regola la composizione negoziata per la crisi di impresa, il concordato liquidatorio semplificato nonché la possibilità per il debitore di convertire il tipo di procedura concorsuale in altra ove non si raggiunga l'accordo con i creditori.

A tal proposito, l'art. 64 *bis* c.c.i.i. prevede un nuovo strumento di regolazione della crisi riconoscendo all'imprenditore, in stato di crisi o di insolvenza, di poter chiedere l'omologazione di un piano diretto al soddisfacimento dei creditori, anche espressamente in deroga al principio

¹⁵⁶ MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 265.

¹⁵⁷ SPOLAORE P., *Garanzia patrimoniale e trust nella crisi d'impresa*, Milano, 2018, p. 87 e ss.

¹⁵⁸ Camera dei deputati servizio studi, *Riforma delle procedure di insolvenza*, 25 marzo 2019, in *camera.it*.

¹⁵⁹ Le deroghe alla *par condicio creditorum* determinate da questi istituti verranno esaminate nel Capitolo Terzo.

della *par condicio creditorum* e alle disposizioni che regolano la graduazione delle cause legittime di prelazione.

Oltre a questo, il Codice riprende la disciplina vigente modificandola e integrandola¹⁶⁰, dunque, oltre alle novità per agevolare l'utilizzo, valgono ancora le medesime considerazioni su tali istituti per come disciplinati nella Legge fallimentare del 1942. A tal proposito, come sarà approfondito, è pacifico che il debitore proponente il concordato o un accordo di ristrutturazione o un piano attestato può suddividere i creditori in classi ai fini di un trattamento differenziato che tenga ragionevolmente conto dei diversi interessi dei quali essi sono portatori. In tal modo, è tutt'altro che infrequente che ciò realizzi una lesione della *par condicio creditorum*, ma in tali ipotesi sembra preminente l'esigenza di salvaguardare la continuità aziendale¹⁶¹.

7. Le cause legittime di prelazione

Il principio della *par condicio creditorum* è ulteriormente circoscritto quando opera una causa legittima di prelazione che può essere di origine legale o convenzionale.

Nella prima categoria sono compresi i privilegi, generali o speciali, ossia fattispecie in cui è lo stesso Legislatore a stabilire che determinati crediti in ragione della loro natura, debbano ricevere una tutela più intensa¹⁶².

Di origine legale anche le ipotesi d'ipoteca legale e giudiziale, ossia casi

¹⁶⁰ Camera dei deputati servizio studi, *Riforma delle procedure di insolvenza*, 25 marzo 2019, in *camera.it*.

¹⁶¹ ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., p. 534: si è osservato, infine, che anche in questo caso il principio è applicabile solo in quanto si tratti di esecuzione per espropriazione e vi siano creditori aventi diritto ad una somma di denaro; negli altri casi, invece, il principio è inapplicabile.

¹⁶² Ad esempio: i privilegi *ex art. 2745 c.c.*; i crediti della comunione legale dei coniugi *ex art. 189 comma 2 c.c.*; i legati di eredità beneficiata *ex art. 490, comma 3 c.c.* Esse sono definite cause di prelazione "atipiche" essendo collocate fuori dalla loro sede propria, così: AA. VV., *Art. 2741 c.c.*, in *Commentario al Codice civile*, a cura di CENDON P., Milano, 2009, p. 36.

in cui può essere iscritta anche contro la volontà del debitore per previsione legislativa o tramite provvedimento giudiziale¹⁶³.

Alla seconda categoria di cause di prelazione, ossia quelle di natura pattizia, appartengono l'ipoteca volontaria e il pegno.

Essi sono diritti sostanziali connotati dal carattere della realtà che permette al loro titolare non solo di soddisfarsi sui beni che ne costituiscono oggetto in via preferenziale, ma anche la possibilità di esercitarli su beni trasferiti a terzi¹⁶⁴.

Nei suoi tratti essenziali¹⁶⁵, l'ipoteca è disciplinata agli artt. 2808 e ss c.c. e si sostanzia in un diritto reale di garanzia su beni immobili e beni mobili registrati. Essa si costituisce mediante pubblicità legale costitutiva con apposita iscrizione sul registro immobiliare nel luogo in cui si trova il bene¹⁶⁶.

¹⁶³ Nella prima ipotesi ne hanno diritto, ad esempio: l'alienante di un bene immobile o di un bene mobile registrato; ciascun coerede sugli immobili dell'eredità, a garanzia del pagamento del conguaglio in danaro; lo Stato sui beni dell'imputato o della persona civilmente responsabile del reato, a garanzia del pagamento delle pene pecuniarie, del rimborso delle spese processuali e delle spese di mantenimento del condannato alla pena della reclusione. L'ipoteca è giudiziale sulla base di: sentenza che rechi condanna al pagamento di una somma di denaro o all'adempimento di un'altra obbligazione o al risarcimento del danno da liquidarsi successivamente; decreto ingiuntivo reso esecutivo; altri provvedimenti giudiziali ai quali la legge abbia attribuito questo effetto (sentenza di separazione personale tra coniugi, decreto di omologazione della separazione consensuale); lodi arbitrali resi esecutivi; sentenze straniere deliberate dall'autorità giudiziaria italiana.

¹⁶⁴ AA. VV., *Art. 2741 c.c.*, in *Commentario al Codice civile*, a cura di CENDON P., cit., p. 34.

¹⁶⁵ Le problematiche specifiche relative all'ipoteca sono affrontate nel Capitolo Secondo per contrapposizione nell'analisi dell'istituto del rinnovato prestito vitalizio ipotecario.

¹⁶⁶ Sul punto: PUGLIESE G., voce *Diritti reali*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 773 s.; CICERO C., *L'ipoteca*, Milano, 2000, p. 31 ss.; ID., *Iscrizione e rinnovazione ipotecaria. Artt. 2826-2851*, in *Il Cod. Civ. Comm.*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2008, p. 5 s.; ID., voce *Ipoteca*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Agg., X, Torino, 2016, p. 473; GORLA G., ZANELLI P., *Del pegno e delle ipoteche (Art. 2784-2899)*, in *Comm. Cod. Civ.*, già diretto da SCIALOJA A. - BRANCA G., continuato da GALGANO F., Bologna-Roma, 1992, p. 181 ss.; GIORGIANNI M., voce *Diritti reali (dir. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1957, p. 749; BOERO P., *Le ipoteche*, in *Giur. sist. civ. comm.*, fondata da W. Bigiavi, Torino,

Essa vincola tale bene al soddisfacimento preferenziale di un dato credito ed è opponibile *erga omnes*.

Quale garanzia specifica concessa dal debitore o da un terzo datore è caratterizzata oltre che da realtà, anche da accessorietà e indivisibilità.

Ai fini della ricerca, è interessante osservare che sulla scia degli altri ordinamenti europei¹⁶⁷, anche il Legislatore italiano è intervenuto nel settore ipotecario. Come sarà approfondito nel prosieguo, recentemente sono state introdotte la normativa per la concessione dell'ipoteca automobilistica, il prestito vitalizio ipotecario, la c.d. perenzione delle ipoteche costituite a garanzia di mutui bancari o equiparati alla nuova disposizione per annotare il pagamento con surrogazione dei finanziamenti bancari o ad esso equipollenti.

Come è stato osservato, nonostante tali interventi riformatori, il mercato ipotecario italiano risulta ancora inefficiente per la presenza di regole che non

1984, p. 14 ss.; CHIANALE A., *L'ipoteca*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 2010, p. 49 s.; RAVAZZONI A., voce *Ipoteca. I) Ipoteca immobiliare*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1989, p. 1; ID., voce *Garanzia (diritti reali di)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 603 s.; PROTETTI E., *L'ipoteca nella giurisprudenza*, Padova, 1971, p. 1; BIANCO A.M., *La pubblicità immobiliare*, Torino, 1976, pp. 131 e 340 s.; BIANCA C.M., *Diritto civile, 7, Le garanzie reali*, Milano, 2012, pp. 321 e 325; STOLFIN., *I diritti reali di garanzia*, in *Diritto civile*, II, 3, Torino, 1932, p. 198 ss.; MOSCHELLA I., voce *Ipotecche*, in *Nuovo Dig. it.*, VII, Torino, 1938, p. 171 s.; MONTEL A., *Sulla natura giuridica del pegno e dell'ipoteca*, in *Foro it.*, 1937, IV, c. 235 ss.; COVIELLO L., *L'ipoteca è un diritto reale?*, in *Riv. dir. civ.*, 1936, p. 1 ss.; PACIFICI - MAZZONI, *Trattato delle ipoteche e dei privilegi*, in *Il Cod. civ. comm.*, XV, 2, Torino, 1930, p. 1; AA. VV., *art. 2808 c.c.*, in *Commentario al Codice civile*, a cura di CENDON P., cit., p. 678.

¹⁶⁷ MARSEGLIA C., *Tendenze di modernizzazione del diritto ipotecario in Europa: modelli a confronto*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2017, p. 670: con l'*ordonnance* n° 2006-346 del 23 marzo 2006 e successive modifiche, il Legislatore francese ha introdotto rilevanti mutamenti in tema di ipoteca convenzionale, adottate al fine di rendere tale istituto più competitivo rispetto ad altre forme di garanzia del credito che nel panorama giuridico d'oltralpe sembrano trovare maggiore consenso. La stessa tendenza si è registrata nel sistema spagnolo, dove il Legislatore, prima con la *Ley* n. 41 del 7 dicembre 2007 e più recentemente con la *Ley* n. 1 del 14 maggio 2013, ha adottato alcune novità, incidendo anche sulle tecniche di realizzazione della garanzia reale immobiliare. Gli aspetti di diritto comparato sono approfonditi nella seconda parte della ricerca.

garantiscono una snella ed autonoma circolazione della garanzia reale immobiliare e non assicurano un'efficace ed agevole realizzazione del credito ipotecario durante la fase del processo di esecuzione forzata¹⁶⁸.

L'efficienza del sistema ipotecario è determinata anche dalla rapidità con la quale il creditore riesce a realizzare la propria garanzia ipotecaria per soddisfare la sua pretesa creditoria e secondo la dottrina più moderna, tale obiettivo è conseguito mediante il ricorso ad alcune forme di garanzia reali come, ad esempio, il patto marciano e le cessioni in funzione di garanzia¹⁶⁹.

Simili criticità si sono verificate anche nell'applicazione della seconda causa di prelazione convenzionale, ossia il pegno "regolare" o "codicistico"¹⁷⁰. Si utilizza appositamente tale aggettivo poiché il Legislatore è intervenuto su tale istituto introducendo innovative forme di pegno "extracodicistico" o "anomalo" che presentano caratteri peculiari e si discostano in parte dalla disciplina tradizionale¹⁷¹.

Per quanto riguarda il pegno "regolare", disciplinato agli articoli 2784 c.c. e ss, nei suoi tratti essenziali¹⁷², è un diritto reale su beni mobili del debitore o di un terzo che il creditore acquista mediante un accordo con il

¹⁶⁸ MARSEGLIA C., *Tendenze di modernizzazione del diritto ipotecario in Europa: modelli a confronto*, cit., p. 670 secondo la quale "La garanzia ipotecaria assume una maggiore valenza se il creditore può agevolmente ricollocarla sul mercato attraverso la conclusione di contratti di subgaranzia oppure mediante la cedibilità dell'ipoteca separatamente dal credito garantito che sembra trovare la sua massima espressione nel sistema anglosassone con le norme sul *mortgage* oppure nel sistema tedesco attraverso la figura del *Grundschild*, non contraddistinta dal carattere dell'accessorietà tra garanzia e credito".

¹⁶⁹ L'argomento è approfondito nel paragrafo a seguire.

¹⁷⁰ Sul punto: CICCARELLO, voce *Pegno (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, p. 686, REALMONTE, *Il pegno*, in *Tratt. Rescigno*, XIX, Torino, 1997, p. 807; RUBINO D., *Il pegno*, in *Tratt. Vassalli*, XIV, Torino, 1952, p. 205 s.; GORLA G., ZANELLI P., *Del pegno, Delle ipoteche, (Art. 2784-2899)*5, in *Comm. Cod. Civ.*, già diretto da SCIALOJA A. - BRANCA G., continuato da GALGANO F., Bologna-Roma, 1992, p. 29.

¹⁷¹ La prima teorizzazione è di GABRIELLI E., *Il pegno "anomalo"*, Padova, 1990.

¹⁷² Le problematiche specifiche relative al pegno sono affrontate nel Capitolo Secondo per contrapposizione nell'analisi del nuovo pegno senza spossessamento.

proprietario allo scopo di garantire un'obbligazione¹⁷³. Il contratto deve risultare da atto scritto con data certa, ma tale forma è richiesta solo affinché il creditore possa far valere la prelazione e non ai fini della sua validità o per la prova del contratto¹⁷⁴.

A differenza dell'ipoteca, oggetto del pegno sono i beni mobili, le universalità di mobili, i crediti anche futuri e altri diritti aventi ad oggetto beni mobili. Ai fini pubblicitari, il pegno codicistico si costituisce mediante lo spossessamento del bene dato in pegno, ossia tramite la consegna della cosa al creditore.

Secondo la dottrina tradizionale, il pegno codicistico è un diritto reale di garanzia poiché connotato dei caratteri dell'assolutezza, dell'immediatezza e dell'accessorietà¹⁷⁵.

Come sarà in seguito approfondito, la prassi bancaria e la pratica commerciale hanno spinto verso forme anomale di pegno che presentano delle peculiarità rispetto al pegno codicistico in ragione delle esigenze di celerità e di necessità di meccanismi più agili¹⁷⁶.

Tuttavia, la necessità di un'interpretazione della disciplina codicistica adeguata rispetto alle esigenze economiche si avverte anche qualora le parti del contratto non siano soggetti che rivestono la qualifica di imprenditore¹⁷⁷.

¹⁷³ TORRENTE A. – SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano, 2015, p. 483.

¹⁷⁴ GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, vol. III, cit., p. 359 e ss.

¹⁷⁵ AA. VV., *Art. 2784 c.c.*, in *Commentario al Codice civile*, a cura di CENDON P., Milano, 2009, p. 495.

¹⁷⁶ ABATANGELO C., *Le nuove garanzie mobiliari tra realtà e obbligatorietà del vincolo*, Lavis, 2012, p. 3: già all'epoca della precedente codificazione si conosceva un sottotipo di pegno, il "pegno commerciale" che si differenziava per la disciplina prevista per l'opponibilità ai terzi. Mentre per il pegno civile si richiedeva l'atto pubblico (art. 1880 c.c. 1865), per il pegno commerciale bastava una prova scritta (art. 454 c. comm. 1882).

¹⁷⁷ ABATANGELO C., *Le nuove garanzie mobiliari tra realtà e obbligatorietà del vincolo*, Lavis, 2012, p. 2.

Le forme di pegno anomale e la relativa disciplina si sono sviluppate dapprima nella prassi giurisprudenziale e, successivamente, il Legislatore ha regolato talune di esse. Le figure di pegno extra codice sono il pegno rotativo, il pegno su cosa futura e il pegno senza spossessamento¹⁷⁸.

Il pegno rotativo è un contratto costitutivo di garanzia reale che consente il mutamento nel tempo della cosa spossessata, senza che tale sostituzione imponga, di volta in volta, una nuova costituzione del diritto¹⁷⁹. Lo stesso si differenzia dal pegno “irregolare” su beni fungibili poiché gli atti negoziali mediante i quali il creditore procede alla sostituzione del bene oggetto del pegno rotativo vengono realizzati in nome e per conto del debitore, non ricollegandosi ad un potere dispositivo del creditore garantito, potere che, invece, caratterizza il pegno irregolare¹⁸⁰.

La giurisprudenza ha precisato i requisiti necessari ai fini della validità e opponibilità del pegno rotativo. Ai fini dell’ammissibilità della figura, innanzitutto, è necessaria la presenza della clausola di rotatività la quale deve prevedere che le sostituzioni rispettino i limiti del valore del bene oggetto della garanzia originaria con precisazione dei tempi e delle modalità di sostituzione. Inoltre, la sostituzione deve essere reale, ovvero deve verificarsi lo spossessamento. In terzo luogo, la consegna deve essere accompagnata da una scrittura avente data certa che indichi il credito e la cosa¹⁸¹. Tale ultimo

¹⁷⁸ Sul punto MARSEGLIA R., *L’evoluzione della disciplina dei pegni non possessori*, cit., p. 5 e ss.

¹⁷⁹ Secondo GABRIELLI E., *Le garanzie rotative, I contratti del commercio, dell’industria e del mercato finanziario*, Torino, 1994, p. 853, il pegno rotativo è una “*forma di garanzia che consente la sostituibilità o mutabilità nel tempo dell’oggetto senza comportare, ad ogni mutamento, la rinnovazione del compimento delle modalità richieste per la costituzione delle garanzie o per il sorgere del diritto di prelazione, ovvero senza che dia luogo alle condizioni di revocabilità dell’operazione economica in tal modo posta in essere*”.

¹⁸⁰ ABATANGELO C., *Le nuove garanzie mobiliari tra realtà e obbligatorietà del vincolo*, Lavis, 2012, p. 146.

¹⁸¹ Cass. 28 maggio 1998, n. 5264 in *dejure.it*. Requisiti ribaditi in Cass. 22 dicembre 2015, n. 25796 in *dejure.it*.

requisito è stato però messo in discussione dalla più recente giurisprudenza secondo cui la forma scritta con data certa non può considerarsi requisito di validità dato che ai sensi dell'art. 2786 c.c. il contratto di pegno è reale, ma a forma libera¹⁸².

Forme di pegno rotativo sono state altresì disciplinate dal Legislatore prima nella L. 24 luglio 1985 n. 401¹⁸³, poi nel all'art. 34, comma 2 del d.lgs. n. 213 del 1998 (cd decreto euro), all'art. 83 *octies* comma 2 del d.lgs. n. 58 del 1998 (T.U.F.) e all'art. 5 d.lgs. 170 del 2004. Recente è l'introduzione in sede di conversione con modifiche del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. decreto "Cura Italia"), operata dalla l. 24 aprile 2020, dei commi da 2 *duodecies* a 2 *quaterdecies* dell'art. 78, i quali disciplinano una nuova figura di pegno rotativo sui prodotti agricoli e alimentari a denominazione d'origine protetta o a indicazione geografica protetta¹⁸⁴.

Diversamente, nel pegno su cosa futura l'oggetto consiste in una cosa non ancora esistente in natura o comunque non ancora giuridicamente dotata di autonoma esistenza che entra a fare parte del patrimonio del debitore soltanto se e quando viene ad esistenza. La giurisprudenza ha qualificato la figura come fattispecie a formazione progressiva, ove l'accordo originario ha effetti meramente obbligatori e si perfeziona quando la cosa viene ad esistenza e, quindi, consegnata¹⁸⁵.

Da ultimo, l'art. 1 d.l. n. 59 del 2016 convertito nella l. n. 119 del 2016 ha introdotto la forma del cd "pegno non possessorio" che per le sue

¹⁸² Cass. 26 gennaio 2010, n. 1526, in *dejure.it*.

¹⁸³ Legge recante "Norme per la costituzione di pegno su prosciutti, a denominazione di origine tutelata" la quale ha introdotto una specifica disciplina per la predisposizione di garanzie pignoratorie a tutela dei finanziatori delle imprese produttrici senza privare il debitore di tali prodotti. La l. n. 122 del 2001 ha esteso l'applicabilità della l. n. 401 del 1985 anche ai prodotti lattiero-caseari.

¹⁸⁴ BELLAVIA G., *Il pegno rotativo e non possessorio sui prodotti agroalimentari. Prime riflessioni sulle norme introdotte dal Decreto "Cura Italia"*, in *Studium Iuris*, 2021, p. 876.

¹⁸⁵ Cass. 26 marzo 2010, n. 7257, in *dejure.it*.

peculiarità merita un apposito approfondimento nel Capitolo a seguire. Autorevole dottrina ha osservato che “esso non è semplicemente un pegno senza trasferimento del possesso al creditore, ma anche un pegno rotativo, un pegno *omnibus*, un pegno su beni e crediti futuri, un pegno assistito da patto marciano ed altre modalità avanzate di autotutela esecutiva”¹⁸⁶.

Per apprezzarne la portata innovativa, le sue implicazioni sul sistema della responsabilità patrimoniale e gli spazi concessi all'autonomia privata, si rende necessario chiarire quale sia l'attuale portata del divieto del patto commissorio e il ruolo determinante che torna ad avere il patto marciano.

8. Il divieto di patto commissorio e il patto marciano

Per comprendere l'importanza che sul piano sistematico assume la scelta del Legislatore di introdurre il meccanismo caratteristico del patto marciano, occorre analizzare le cause dell'originaria diffidenza che trova espressione proprio nel divieto del patto commissorio.

Il Legislatore fissa i termini del patto commissorio all'art. 2744 c.c. comminando la nullità testuale del patto con cui si conviene che, in mancanza di pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore¹⁸⁷. Analoga previsione è dettata in materia

¹⁸⁶ CAMPOBASSO M., *Il pegno non possessorio. “Pegno”, ma non troppo*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2018, p. 704.

¹⁸⁷ La bibliografia sul patto commissorio è molto vasta: CARNELUTTI F., *Note sul patto commissorio*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1916, II, 887; BETTI E., *Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, p. 699; AMORTH G., *Divieto del patto commissorio apposto ad un mutuo ipotecario*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1949, p. 717 ss; ANDRIOLI V., *Divieto del patto commissorio*, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna – Roma, 1955, p. 49; DI PAOLO M., voce *Patto commissorio*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, vol. XIII, Torino, 1995, p. 309; CAPUTO E., *Vendite a scopo di garanzia e patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 1979, p. 886 ss.; CARNEVALI U., voce *Patto commissorio*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXII, Milano, 1982, p. 499; BIANCA M., voce *Patto commissorio*, in *Nov. dig. it.*, vol. XII, Torino, 1957, p. 711 e *Il divieto del patto commissorio* in *Diritto civile*, vol. VII, Milano, 2012, p. 275; IACUNIELLO

di anticresi all'art. 1963 c.c.¹⁸⁸

Il patto commissorio è un istituto conosciuto sin dal diritto romano e nell'epoca classica era considerato lecito: la *lex commissoria* consentiva al creditore di trattenere la cosa ricevuta in pegno in caso di inadempimento, oppure il *pactum vendendi* consentiva al creditore di vendere la cosa ricevuta in pegno e ritenere il ricavato¹⁸⁹. Esistevano delle deroghe a tale prassi, tra cui l'eccezione elaborata dal giurista Elio Marciano, vissuto intorno al II-III secolo d.C. il quale aveva escogitato il correttivo del patto marciano alla *lex commissoria*. Tale patto, come è giunto ai giorni nostri, prevedeva il diritto del debitore a ricevere dal creditore l'eventuale eccedenza tra l'entità del credito e il maggior valore del bene trasferito in garanzia¹⁹⁰.

Tuttavia, ogni deroga fu definitivamente abolita dall'imperatore

BRUGGI M., voce *Patto commissorio*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991; LOJACONO V., *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, 1952; LUMINOSO A., *Alla ricerca degli arcani confine del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, p. 23; ROPPO E., *Il divieto del patto commissorio*, in *Tratt. Rescigno*, XIX, Torino, 1985, p. 437; RUBINO D., *La compravendita*, in *Tratt. Cicu – Messineo*, XXIII, Milano, 1962; BUSSANI M., *Il problema del patto commissorio*, Padova, 2000; CIPRIANI N., *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000; MACARIO F., *Il divieto di patto commissorio*, in *Diritto civile - Attuazione e tutela dei diritti - L'attuazione dei diritti*, diretto da Lipari - Rescigno - Zoppini, vol. IV, Tomo II, Milano, 2009; BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, in *Il Codice civile - Commentario*, diretto da Schlesinger, artt. 2740 - 2744, Milano, 2010; BRIANDA G., *Le prospettive del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria lex mercatoria e tradizione*, in *Contr. e impr.*, 3, 2016, p. 799.

¹⁸⁸ L'immobile che costituisce oggetto di un diritto di anticresi non può passare in proprietà del creditore in caso di mancato pagamento del debito, nonostante apposita convenzione in tal senso poiché affetta da nullità: DI PAOLO M., voce *Patto commissorio*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, vol. XIII, Torino, 1995, p. 309.

¹⁸⁹ CIPRIANI N., *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, cit., p. 35 e ss.

¹⁹⁰ LUMINOSO A. *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, cit., p. 10. Diversamente per CIPRIANI N., *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, cit., p. 43 e ss per cui secondo la tesi più accreditata l'elaborazione del patto marciano risale ad un'interpolazione dei compilatori giustiniani.

Costantino nel 324 d.C. che vietò il patto commissorio per arginare il fenomeno crescente dell'usura¹⁹¹.

Il divieto fu *ius receptum* sia nel diritto canonico come testimonia una decretale di Papa Innocenzo Terzo dell'anno 1198, sia nel diritto comune¹⁹². Solo nel diritto intermedio vi fu una parentesi in cui il patto commissorio non era vietato sotto l'influenza di alcuni ordinamenti germanici¹⁹³.

In seguito, il divieto fu reintrodotta fino a confluire nel *Code Napoleon* agli artt. 2078 e 2088 che lo riconduceva unicamente al pegno e all'anticresi. Il Codice civile italiano del 1865, sulle orme del Codice francese, vietava il patto commissorio con riferimento al pegno e all'anticresi (artt. 1884 e 1894), senza disporre espressamente per il caso che fosse riferito all'ipoteca e così lasciando la questione dibattuta¹⁹⁴.

Il problema è stato superato poi dall'attuale formulazione dell'art. 2744 c.c. in cui il divieto del patto commissorio è stato esteso all'ipoteca e rispetto al testo precedente, si precisa altresì che la nullità travolge non solo il patto contestuale alla garanzia, ma anche quello posteriore.

La dottrina ha rilevato, tuttavia, numerose lacune nel nuovo testo normativo.

¹⁹¹ AA.VV., *Art. 2744*, in *Commentario al Codice civile*, vol. XXXIX, a cura di CENDON P., Milano, 2009, p. 74: come si vedrà la motivazione che ha spinto Costantino a vietare il patto commissorio è utile nell'individuare la *ratio* stessa del divieto.

¹⁹² ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., p. 557.

¹⁹³ È interessante l'evoluzione storica del patto commissorio negli ordinamenti germanici dal momento che l'assenza del divieto è perdurata nel *common law*. Per un approfondimento: BIANCA M., voce *Patto commissorio*, in *Nov. dig. it.*, vol. XII, Torino, 1957, p. 712; CIPRIANI N., *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, cit., p. 35 e ss.

¹⁹⁴ ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., p. 557 e BIANCA M., voce *Patto commissorio*, in *Nov. dig. it.*, vol. XII, Torino, 1957, p. 714: nel vigore del C.c. del 1865 la dottrina maggioritaria interpretava restrittivamente il divieto e consentiva il patto commissorio immobiliare. La giurisprudenza al riguardo era altalenante. In una pronuncia del 1923 la Suprema Corte ha ammesso la validità del patto commissorio ipotecario per poi nuovamente negarla nel 1945 su una fattispecie regolata dal codice previgente.

In primo luogo, si è evidenziato che la norma sembra circoscrivere il contenuto del patto ad una previsione di trasferimento al creditore della proprietà della cosa data in garanzia, così trascurando le ipotesi in cui siano gravati da ipoteca diritti reali minori¹⁹⁵.

Non solo, il Legislatore nulla dispone circa la validità o meno del patto commissorio autonomo od obbligatorio e del correttivo del patto marciano, lasciando persistere, tuttora, dubbi al riguardo.

Infatti, è stato osservato che sono residuali le ipotesi in cui il patto commissorio risulta stipulato con un pegno o un'ipoteca, mentre più diffusi sono i casi in cui esso si presenta come una convenzione autonoma diretta ad attribuire la proprietà al creditore di beni non previamente concessi in garanzia¹⁹⁶. In tal modo, si osserva che l'autonomia privata non altera il modello legale di siffatte garanzie, ma si sostituisce ad esse creando un modello diverso¹⁹⁷.

In particolare, le incertezze dottrinali e giurisprudenziali hanno riguardato la sorte della convenzione che preveda un'alienazione immediata della proprietà del bene risolutivamente condizionata all'adempimento del debitore o della vendita a scopo di garanzia con patto di riscatto o risolutivamente condizionata all'adempimento dell'obbligazione garantita¹⁹⁸.

In un primo momento tali figure erano ritenute valide dalla giurisprudenza, la quale interpretava la norma in senso restrittivo e individuava una violazione del patto commissorio solo ove il trasferimento della proprietà del bene al creditore avvenisse in un momento successivo

¹⁹⁵ ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., p. 558: l'Autore rileva altresì che la norma vada estesa ai privilegi sebbene non citati. Nello stesso senso ANDRIOLI V., *Divieto del patto commissorio*, cit., p. 52.

¹⁹⁶ ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., p. 558.

¹⁹⁷ BIANCA M., voce *Patto commissorio*, cit., p. 712; CARNEVALI U., voce *Patto commissorio*, cit., p. 502; IACUNIELLO BRUGGI M., voce *Patto commissorio*, p. 1.

¹⁹⁸ LUMINOSO A. *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017, p. 11.

all'inadempimento¹⁹⁹. Il divieto, tuttavia, era facilmente superabile dalle parti che attraverso la vendita con patto di riscatto anticipavano il trasferimento della proprietà al creditore condizionandolo risolutivamente all'inadempimento²⁰⁰.

Alla luce dei risultati applicativi, la dottrina maggioritaria era di segno contrario tanto da predicare la natura sostanziale della norma e il suo precetto come un "divieto di risultato"²⁰¹. Nel 1983, dunque, la Suprema Corte ha dato seguito a tale indirizzo affermando l'irrelevanza del momento in cui avviene il trasferimento di proprietà ai fini della violazione del divieto del patto commissorio²⁰².

¹⁹⁹ CIPRIANI N., *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 995 e ss, in nota 12: la Suprema Corte ha a lungo affermato la liceità della vendita fiduciaria a scopo di garanzia, nella quale il creditore assumeva tacitamente l'obbligo di restituire il bene al debitore in caso di adempimento, sottolineandone la differenza dalla fattispecie del patto commissorio. Il *discrimen* era individuato proprio nel momento nel quale avveniva il trasferimento: cfr. Cass. 14 dicembre 1978, n. 5967, in *Arch. civ.*, 1979, p. 462 ss.; Cass. 20 maggio 1976, n. 1800, in *Rep. Foro it.*, 1976, voce *Patto commissorio*, n. 2., c. 2266; Cass. 8 luglio 1971, n. 2153, *ivi*, 1971, voce *Patto commissorio*, n. 1, c. 2025 s.; Cass. 20 aprile 1968, n. 1221, *ivi*, 1968, voce *Patto commissorio*, n. 3, c. 1814; App. Genova 31 gennaio 1969, in *Foro pad.*, 1969, I, c. 1239 ss., con nota di BIANCA C.M., *Vendita con patto di riscatto e alienazione in garanzia; in Temi*, 1970, p. 34 ss., con nota di ONDEI E., *Vendite elusive del divieto di patto commissorio*.

²⁰⁰ CIPRIANI N., *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 999. Sulla differenza tra stipulazione commissoria e vendita con patto di riscatto od obbligatoria: ANDRIOLI V., *Divieto del patto commissorio*, *cit.*, p. 51.

²⁰¹ Fautore principale fu PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 931 per il quale la lettera dell'art. 2744 c.c. doveva indurre a comminare la nullità assoluta della vendita sospensivamente e risolutivamente condizionate all'inadempimento. Nello stesso senso: BIANCA C.M., *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, p. 145 e ss; ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, *cit.*, p. 558; PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 41 e ss.

²⁰² Cass. 3 giugno 1983, n. 3800, in *Foro it.*, 1984, I, c. 212 ss., con osservazioni di MACARIO F.; in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 1648 ss., con nota di DANUSSO G., *Patto commissorio e vendite a scopo di garanzia*; in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 2953, con osservazioni di AZZARITI G.; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, p. 97 ss., con nota di ROPPO V., *Patto di riscatto – Patto commissorio*.

Per qualche anno la giurisprudenza, anche di merito, si è espressa in termini contrastanti²⁰³, finché, dalla fine degli anni Ottanta, dopo l'intervento delle Sezioni Unite²⁰⁴, le pronunce della Corte di Cassazione sono concordi nell'interpretare estensivamente il divieto di cui all'art. 2744 c.c. e dichiarare affetto da nullità qualsiasi patto con causa di garanzia che attribuisca la proprietà del bene al creditore solamente in caso di inadempimento del debitore²⁰⁵.

Di conseguenza, attraverso un'interpretazione così estensiva della norma, l'ambito di operatività del divieto del patto commissorio si è notevolmente ampliato, con l'ulteriore effetto di un aumento della litigiosità e una crescente incertezza sulle negoziazioni che realizzano, direttamente o

²⁰³ In senso conforme: Cass. 6 dicembre 1983, n. 7271 in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 1698 ss., con nota di ROSNATI, *Alienazioni in garanzia e patto commissorio*; Cass. 3 novembre 1984, n. 5570 in *Rep. Foro it., online*, Cass. 18 maggio 1985, n. 3061 (*ibidem*), Cass. 9 giugno 1986, n. 3815 (*ibidem*) e Cass. 6 dicembre 1986, n. 7260 (*ibidem*). In senso contrario: App. Milano 29 gennaio 1985 in *Arch. civ.*, 1985, p. 613 ss; Cass. 12 dicembre 1986, n. 7385 in *Corr. giur.*, 1987, p. 287 ss., con nota di MARICONDA V., *Ancora sull'alienazione in garanzia*; in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, p. 117, con nota di BIANCA C.M., *Il divieto del patto commissorio: un passo indietro della cassazione*. Per un approfondimento: CIPRIANI N., *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119*, cit., nota 15.

²⁰⁴ Orientamento definitivamente confermato da: Cass., S.U., 3 aprile 1989, n. 1611 in *Corr. giur.*, 1989, p. 522 con nota di MARICONDA; in *Foro it.*, 1989, p. 1427 con nota di MARICONDA e REALMONTE. Prima della pronuncia a Sezioni Unite: Cass. 16 aprile 1987, n. 3784 in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, p. 139 ss., con nota di VIGLI, *Vendita – Patto di riscatto – Divieto del patto commissorio*; e in *Giur. it.*, 1988, I, 1, c. 1231 ss., con annotazione di IOFRIDA; Cass. civ., 11 gennaio 1988, n. 46 in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1766 ss., con nota di TRIOLA, *Vendita con patto di riscatto e divieto del patto commissorio*; Cass. 18 maggio 1988, n. 3462 in *Rep. Foro it., online*. Per un approfondimento: CIPRIANI N., *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119*, cit., nota 15.

²⁰⁵ Da ultimo Cass. 11 luglio 2019, n. 18680; Cass. 21 gennaio 2016, n. 1075; Cass. 21 maggio 2013, n. 12462 in *DeJure*; Cass. 20 febbraio 2013, n. 4262, in *Giur. it.*, 2013, p. 2023, con nota di RISPOLI G., *Ai confini del divieto di patto commissorio*; Cass. 10 marzo 2011, n. 5740, in *Giur. it.*, 2012, p. 568, con nota di ALBANESE M., *Brevi note in tema di patto commissorio, procura a vendere e autonomia privata ovvero la fattispecie e i suoi confini*.

indirettamente, funzioni di garanzia²⁰⁶.

Ad esempio, la giurisprudenza si è espressa nei termini della violazione del divieto del patto commissorio in fattispecie di mandato a vendere conferito dal debitore al creditore²⁰⁷; di opzione di acquisto di un bene concessa dal mutuatario al mutuante²⁰⁸; di contratto preliminare o definitivo di compravendita condizionati all'inadempimento²⁰⁹; di *leasing* finanziario²¹⁰; del contratto di *sale and lease back*²¹¹.

Inoltre, i dubbi persistono con riguardo alla *datio in solutum*, sia successiva all'inadempimento, sia inserita nel regolamento contrattuale quale obbligazione facoltativa in virtù della quale il debitore può scegliere se adempiere o trasferire il bene, ritenuta per ora lecita in giurisprudenza²¹², ma tuttora discussa in dottrina²¹³. Altre figure considerate lecite sono il pegno di crediti, la cessione dei beni ai creditori *ex artt.* 1977 e 1980 c.c., la cessione di crediti a scopo di garanzia, la clausola penale, la caparra confirmatoria, il

²⁰⁶ CIPRIANI N., *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119*, cit., p.1001.

²⁰⁷ Cass. 10 marzo 2011, n. 5740; Cass. civ., 23 novembre 2001, n. 14911 in *DeJure*.

²⁰⁸ Cass. 10 febbraio 1997, n. 1233, in *Contratti*, 1997, p. 455 ss.

²⁰⁹ Cass. 29 agosto 1998, n. 8624, in *Foro it.*, 1999, I, c. 175 ss.

²¹⁰ Cass. 21 gennaio 2005, n. 1273, in *Rep. Foro it. online*.

²¹¹ In tema di *lease back* di recente Cass. 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Foro it.*, 2016, I, c. 685, nel ribadire la liceità del marciano, ha tratteggiato i connotati che esso deve presentare per sottrarsi alla sanzione di nullità prevista per il patto commissorio, rilevando la necessità di “un procedimento volto alla stima del bene, entro tempi certi e con modalità definite, che assicurino la presenza di una valutazione imparziale, in quanto ancorata a parametri oggettivi automatici, oppure affidata a persone indipendente ed esperta, la quale a detti parametri farà riferimento (art. 1349 c.c.), al fine della corretta determinazione dell'*an* e del *quantum* della eventuale differenza da corrispondere all'utilizzatore”.

²¹² Cass. 6 ottobre 2004, n. 19950, in *Giust. civ.*, 2005, p. 1528.

²¹³ LUMINOSO A. *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, cit., p. 29 secondo il quale: “la soluzione adottata dal Legislatore del '42, riguardo alla incondizionata liceità della *datio in solutum*, meriterebbe di essere rivista, apparendo essa nella realtà presente scarsamente rispettosa della dialettica degli interessi in gioco”.

riporto²¹⁴.

O ancora, la dottrina richiama, altresì, l'art. 1179 c.c. quale fondamento per creare forme atipiche di garanzia, come la ritenzione atipica a tutela del creditore²¹⁵.

Nel vagliare l'ammissibilità di un negozio con funzione di garanzia rispetto al divieto del patto commissorio, appurata la laconicità dell'art. 2744 c.c., la dottrina ha tentato di enucleare la *ratio* della norma attraverso un'interpretazione sistematica.

Sin dall'entrata in vigore del Codice si sono susseguite numerose teorie circa la *ratio* del divieto del patto commissorio, senza che sia mai stata raggiunta una consonanza in dottrina.

Tuttavia, si ritiene che oggi l'individuazione della *ratio* del divieto del patto commissorio assuma una rinnovata rilevanza. Infatti, la comprensione della *ratio* del divieto del patto commissorio è funzionale per introdurre le nuove figure introdotte dal Legislatore²¹⁶ e per vagliare l'ammissibilità della figura atipica del patto marciano.

Sulla *ratio* del divieto del patto commissorio si possono individuare

²¹⁴ LUMINOSO A. *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, cit., p. 18.

²¹⁵ SICCHIERO G., *Osservazioni sintetiche sul patto di ritenzione da Emilio Betti all'Arbitro Bancario finanziario*, in *Rass. Dir. civ.*, 2016, p. 614.

²¹⁶ Come anticipato, il riferimento va agli istituti oggetto d'indagine nel Capitolo Secondo e Terzo: l'art. 11, l. n. 155 del 2017 "Legge delega per la gestione delle crisi di impresa e dell'insolvenza" che consente al creditore di escutere stragiudizialmente la garanzia anche in deroga al divieto del patto commissorio; l'art. 1 d.l. n. 59 del 2016 che ha introdotto il pegno non possessorio e forme particolari di escussione della garanzia che prevedono la cautela marciiana; l'art. 48 *bis* T.U.B. che prevede un contratto di finanziamento con debito garantito attraverso una alienazione sospensivamente condizionata all'inadempimento del debitore; l'art. 120 *quinquiesdecies* comma 3 T.U.B. che disciplina il mutuo immobiliare del consumatore ove le parti possono pattuire che il bene ipotecato passi in proprietà dell'intermediario in caso di inadempimento del debitore; l'art. 11 *quaterdecies* d.l. n. 203 del 2005 mod. l. n. 144 del 2015 che disciplina il prestito vitalizio ipotecario che introduce un nuovo modello di garanzia patrimoniale bilanciato con la cautela marciiana.

almeno tre diverse prospettive: una soggettivistica, una ordinamentale e una patrimonialistica.

Secondo la tesi soggettivistica, la *ratio* dell'art. 2744 c.c. si identifica nella necessità di difendere il debitore contro il possibile sfruttamento e le pressioni del creditore e specialmente contro la coazione morale che su di lui esercita il bisogno di denaro²¹⁷.

Diversamente, secondo una prospettiva ordinamentale, la stipulazione commissoria realizza una forma di autotutela esecutiva del creditore vietata in quanto tale per il principio della *par condicio creditorum* derogabile solo nei casi previsti dalla legge²¹⁸ e sia per il principio di esecuzione giurisdizionale, ritenuto di ordine pubblico, che riserva allo Stato ogni potere inerente alla realizzazione coattiva della pretesa creditoria²¹⁹. Inoltre, tale stipulazione è contraria alle regole sulla causa del contratto in quanto realizza una forma di contratto che produce un effetto traslativo sebbene basato su una causa di garanzia²²⁰. Il negozio di garanzia soddisfa l'interesse del creditore

²¹⁷ Così RUBINO D., *La compravendita*, nel *Tratt. Cicu - Messineo*, Milano, 1971, p. 1027; CAPUTO E., *Vendite a scopo di garanzia e patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 886 ss. Di contrario avviso: DI PAOLO M., voce *Patto commissorio*, cit., p. 310 secondo il quale tale teoria non giustifica la nullità del patto anche quando il valore del bene sia inferiore al credito.

²¹⁸ Così, ANDRIOLI V., *Divieto del patto commissorio*, nel *Comm. Scialoja-Branca, Art. 2740-2899*, Bologna-Roma 1945, p. 51; MANCINI T., *Vendita con patto di riscatto e nullità ex art. 2744 Codice civile*, in *Foro it.*, 1966, I, c. 1120; STOLFI G., *Promessa di vendita e patto commissorio*, in *Foro pad.*, 1957, I, c. 767 s.; CARNELUTTI F., *Mutuo pignoratizio e vendita con clausola di riscatto*, in *R. d. proc. civ.*, 1946, II, p. 156. Di contrario avviso: BIANCA M., voce *Patto commissorio*, in *Nov. dig. it.*, cit., p. 717 e DI PAOLO M., voce *Patto commissorio*, cit., p. 310 secondo il quale la teoria mal si colloca in un sistema ove al pregiudizio che un atto arreca alle ragioni dei creditori si reagisce con la sanzione dell'inefficacia relativa.

²¹⁹ BETTI E., *Sugli oneri ed i limiti dell'autonomia privata*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, p. 699; AMORTH G., *Divieto del patto commissorio*, cit., p. 717 ss.; CARNEVALI U., voce *Patto commissorio*, cit., p. 501. Di segno contrario: BIANCA M., voce *Patto commissorio*, in *Nov. dig. it.*, vol. XII, Torino, 1957, p. 717; CARNEVALI U., voce *Patto commissorio*, cit., p. 501. Oggi si dubita della cogenza di tale principio: DE BELVIS E., *L'esecuzione privatizzata*, Milano, 2018; FOLLIERI L., *Esecuzione forzata e autonomia privata*, Brescia, 2016.

²²⁰ PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, cit., p. 299

all'adempimento, mentre la stipulazione commissoria, pur essendo un negozio di garanzia soddisfa l'interesse del creditore all'inadempimento affinché possa diventare proprietario del bene. L'effetto traslativo, quindi, non può essere sorretto da una causa di garanzia, il contratto commissorio è nullo per inadeguatezza causale, la causa di garanzia non regge un effetto traslativo²²¹.

Nelle teorie esemplificate si può notare come manchi il riferimento a profili patrimonialistici, ossia la stipulazione commissoria è vietata per ragioni di autotutela, per il principio del numero chiuso dei diritti reali, per i profili di causa o per tutela della libertà negoziale del debitore.

In tale prospettiva, il patto commissorio è, dunque, vietato in sé e per sé, a prescindere dal rapporto di valore tra la cosa data in garanzia e il credito garantito e il conforto sarebbe dato dal dato normativo: gli artt. 2744 c.c. e 1963 c.c. sanzionano con la nullità la stipulazione commissoria a prescindere da un rapporto di proporzionalità tra il valore della cosa data in garanzia e il credito garantito²²².

Tuttavia, nell'ottica patrimonialistica, la *ratio* si individua nell'esigenza di impedire l'indebito vantaggio che il creditore conseguirebbe, a danno del debitore, facendo propria una cosa che, se venduta secondo le garanzie di

ss.; FERRARI M., *Vendita a scopo di garanzia e patto commissorio*, in *Giur. it.*, 1951, I, 1, c. 799; più di recente, nello stesso senso, SESTA M., *Le garanzie atipiche*, Padova, 1988, p. 104 ss.; MINNITI G., *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 47 ss.

²²¹ Una tesi minoritaria sostiene la liceità del patto marciano a fronte dell'illiceità del patto commissorio individuando nel patto commissorio una causa solutoria: ANELLI F., *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, p. 103 e ss; CIPRIANI N., *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119*, cit., p. 1002 e LUMINOSO A., *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, cit., p. 19 e ss e *Patto marciano e sottotipi*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1403. Per una critica costruttiva: MINNITI G., *Garanzia e alienazione*, Torino, 2007 e RUMI T., *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *I nuovi marcciani*, Torino, 2017, p. 113.

²²² CARNEVALI U., voce *Patto commissorio*, cit., p. 501 cita Cass. civ., 18 febbraio 1977, n. 736 e Cass. 21 aprile 1976, n. 1403 e per l'Autore la norma sottende una presunzione in cui il valore della cosa data in garanzia è superiore al credito.

legge, procurerebbe un ricavo superiore all'ammontare del credito. La norma mira ad evitare un arricchimento ingiustificato del creditore e uno svantaggio del debitore che, per effetto della clausola commissoria, rischia di perdere un bene di valore superiore all'ammontare del credito garantito²²³. Più precisamente, si pone un problema di tutela della posizione del debitore dal punto di vista patrimonialistico, ossia si vuole evitare che il debitore subisca una perdita in misura superiore al credito²²⁴.

Si potrebbe obiettare che se il problema della stipulazione commissoria fosse un problema di proporzione ed equilibrio tra il bene dato in garanzia e il credito garantito, la reazione dell'ordinamento alla stipulazione commissoria in quanto contratto sproporzionato, non dovrebbe essere la nullità²²⁵, bensì la rescissione²²⁶. Infatti, nel caso del contratto concluso in stato di bisogno o di pericolo ove la debolezza di una parte si riflette nella sproporzione tra le prestazioni il rimedio è quello della rescissione. Lo stesso si afferma in caso di sproporzione sopravvenuta, anche in questa ipotesi il rimedio non è la nullità bensì la riduzione della prestazione, come ad esempio accade quando la penale è manifestamente eccessiva²²⁷.

²²³ LUMINOSO A., *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 219 ss.; BUSSANI, *Patto commissorio, proprietà e mercato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p. 125; SASSI A., *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999, p. 258; CIPRIANI N., *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 137.

²²⁴ Per BIANCA C.M., voce *Patto commissorio*, cit., 1957, p. 717 rileva che in taluni casi il patto commissorio può non essere svantaggioso per il debitore, ma tale affermazione non è contestualizzata nello spiegare la sanzione della nullità.

²²⁵ Per BIANCA C.M., *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 218 per il quale la sanzione della nullità indica che la norma mira alla tutela di un interesse generale che sarebbe quello di evitare che il patto diventi nell'ordinamento una clausola di stile e prevalga "un sistema di garanzia inidoneo ad esprimere un assoggettamento del patrimonio del debitore esattamente adeguato alla funzione di garanzia".

²²⁶ BIANCA C.M., voce *Patto commissorio*, in *Nov. dig. it.*, cit., p. 717.

²²⁷ RUMI T., *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *I nuovi marciari*, Torino, 2017, p. 110: l'Autrice dà lo spunto per riflettere sull'accostamento tra clausola penale e patto commissorio, ma nel suo pensiero la clausola penale sdogana la validità del patto marciano per il meccanismo simile di predeterminazione del danno.

Si può però agevolmente ribattere che vi è almeno un altro caso in cui l'ordinamento non reagisce alla sproporzione tra prestazioni con il rimedio della nullità. Tale ipotesi ricorre all'art. 1815 comma 2 c.c. che sanziona con la nullità l'usura pecuniaria.

L'art. 2744 c.c. può, dunque, essere letto in relazione all'art. 1815, comma 2 c.c.: in quest'ultimo caso l'ordinamento reagisce con la nullità all'usura pecuniaria così come nell'art. 2744 c.c. reagisce con la nullità all'usura reale. In una prospettiva opposta alla precedente, quindi, il patto commissorio è vietato poiché può costituire una forma di usura reale ove il creditore riceve in garanzia un bene di valore superiore rispetto al credito garantito e l'effetto è quello di un eccesso di garanzia per il creditore e un eccesso di responsabilità per il debitore²²⁸.

Individuare la *ratio* del divieto di patto commissorio in un'ottica patrimonialistica è determinante per comprendere l'ammissibilità del patto marciano, ossia il patto per cui il debitore consegna al creditore un bene in garanzia che diventa di proprietà del creditore al verificarsi dell'inadempimento del debito, previa stima del valore di mercato del bene da parte di un terzo e su cui il creditore si soddisfa con obbligo di restituzione al debitore dell'eccedenza²²⁹. Il creditore così si soddisfa nei limiti del diritto di credito e anche il debitore ne risulta avvantaggiato dato che solitamente l'espropriazione e la vendita coattiva del bene realizzano un valore inferiore a quello effettivo del bene²³⁰.

Diversamente, sarebbe vietato anche il patto marciano come contratto atipico che nella sua essenza è una stipulazione commissoria e una forma di autotutela esecutiva del creditore. Se si ammettesse l'assunto per cui l'art. 2744 c.c. vieti ogni stipulazione commissoria a prescindere dalla proporzione

²²⁸ La *ratio* patrimonialistica è confermata anche dal dato storico: come spiegato, l'Imperatore Costantino ha vietato il patto commissorio proprio per arginare fenomeni usurari.

²²⁹ BIANCA C.M., *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 218.

²³⁰ CARNEVALI U., voce *Patto commissorio*, cit., p. 505.

tra il valore della cosa data in garanzia e il credito garantito, si dovrebbe concludere che il patto marciano è nullo in quanto stipulazione commissoria e in quanto forma di autotutela privata che altera la *par condicio creditorum*.

Viceversa, accogliendo la prospettiva patrimonialistica e assumendo che l'art. 2744 c.c. sia una norma da interpretare alla luce dell'art. 1815 comma 2 c.c., ossia interpretando il divieto di patto commissorio come una norma che vuole evitare l'arricchimento ingiustificato del creditore, il patto marciano in questa prospettiva è valido. Il patto marciano attraverso la stima del bene da parte di un terzo e la restituzione dell'eccedenza da parte del creditore riconduce ad equità l'operazione economica e consente il soddisfacimento del creditore senza il ricorso alle procedure esecutive. Dunque, l'autonomia negoziale può dare vita ad uno strumento di autosoddisfazione laddove l'autotutela esecutiva sia bilanciata dalla cautela marciana per tutelare la posizione delle parti²³¹.

Non solo, in tale prospettiva si giustificano anche le pronunce della giurisprudenza sulla sua validità²³². Al riguardo, una sentenza della Cassazione a Sezioni Unite²³³ ha già da tempo escluso la pertinenza di tale divieto all'ordine pubblico internazionale affermando che “la norma di legge straniera (nella specie, inglese), che ammetta l'acquisto di un bene in conseguenza di un patto commissorio, non è contraria all'ordine pubblico internazionale, ai sensi dell'art. 16 della l. 31 maggio 1995 n. 218, in quanto il relativo divieto non rientra fra i relativi principi fondanti l'ordine pubblico internazionale, come risulta dalla circostanza che il patto commissorio non è conosciuto, né vietato in una parte rilevante dell'Unione europea; né l'art.

²³¹ TRIMARCHI M., *Operazione negoziale e trasferimento a scopo di garanzia: la neutralizzazione del divieto del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 715 ss: per l'Autore oramai l'art. 2744 c.c. rappresenta addirittura una disposizione d'altri tempi, non più giustificata dal diritto contemporaneo.

²³² Cass. 29 gennaio 2015 n. 1625 cit. e App. Bologna, 7 dicembre 2015, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 737 con nota di Buset, *Ancora su procura a vendere e patto commissorio*.

²³³ Cass. S.U. 5 luglio 2011, n. 14650, in *Studium Iuris*, 2012, p. 68 ss.

2744 cod. civ. costituisce norma di applicazione necessaria, tali essendo quelle spazialmente condizionate e funzionalmente autolimitate - e, perciò solo, destinate ad applicarsi, nonostante il richiamo alla legge straniera - quali, tra le altre, le leggi fiscali, valutarie, giuslavoristiche, ambientali”.

La medesima logica caratterizza altresì le deroghe legislative al patto commissorio²³⁴, le nuove forme di autotutela privata e i nuovi marciani di recente previsione legislativa²³⁵.

Dunque, il patto marciano quale frutto dell'autonomia privata è valido pur non essendo previsto in via generale dalla legge, ma per fugare ogni dubbio si accoglie la proposta di introdurre un articolo 2744 *bis* c.c. che istituzionalizzi il patto marciano in presenza di tutte le condizioni che concilino la tutela del creditore, del debitore e un controllo giurisdizionale²³⁶.

Del resto, tale sembra essere anche la strada intrapresa dal Legislatore nella “Legge Rordorf” ove si auspica di “rivedere il tradizionale divieto del patto commissorio, la cui eccessiva rigidità rischia di essere incompatibile con la moderna dinamica del sistema delle garanzie del credito”²³⁷.

²³⁴ Il riferimento va ai contratti di garanzia finanziaria *ex art. 1 lett. d) e art. 6 d.lgs. n. 170 del 2004.*

²³⁵ PAGLIANTINI S., *Sull'art. 48 bis T.U.B.*, cit., p. 100 individua ben cinque nuovi marciani tipizzati contenuti nelle disposizioni esaminate nel Capitolo Secondo: l'art. 48 *bis* T.U.B.; l'art. 11 *quaterdecies*, comma 12 *quater* d.l. n. 203 del 2005; l'art. 1 l. n. 119 del 2016; l'art. 120 *quinquiesdecies* T.U.B. Così TRIMARCHI M., *Operazione negoziale e trasferimento a scopo di garanzia: la neutralizzazione del divieto del patto commissorio*, cit., p. 715 ss; CHIANALE A., *Le nuove frontiere delle garanzie reali: uno statuto personale del creditore?*, in *Contratto e impresa*, 2019, p. 1304.

²³⁶ L'auspicio è di: MARSEGLIA R., *L'evoluzione della disciplina dei pegni non possessori*, Torino, 2018, p. 176; D'AMICO G., *La resistibile ascesa del patto marciano*, in *Europa e Diritto Privato*, 2017, p. 1; BRIANDA G., *Le prospettive del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria *lex mercatoria* e tradizione*, in *Contr. e impr.*, 3, 2016, 799; PAGLIANTINI S., *Sull'art. 48 bis T.U.B.*, cit., p. 102 il quale precisa che sul destino da riservare agli altri creditori dell'obbligato sta facendo capolino l'idea di riservare loro, quando chirografari, un nuovo privilegio generale.

²³⁷ Il ridimensionamento del patto commissorio è proposto già nella “Relazione Rordorf” allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali del

Si aggiunge, in conclusione, che una norma simile si trova già nel progetto di Codice civile europeo, ossia nel *Draft of common frame of reference*²³⁸, al paragrafo IX, 7: 105.

Precisamente, in materia di patto commissorio, il testo para-normativo prevede proprio il meccanismo del patto marciano:

(1) Any agreement concluded before default providing for the transfer of ownership of the encumbered assets to the secured creditor after default, or having this effect, is void.

(2) Paragraph (1) does not apply:

(a) if the encumbered asset is a fungible asset that is traded on a recognised market with published prices; or

(b) if the parties agree in advance on some other method which allows a ready determination of a reasonable market price.

(3) Paragraph (2)(b) does not apply to a consumer security provider.

(4) Where appropriation is allowed, the secured creditor is entitled to appropriate encumbered assets only for the value of their recognised or agreed market price at the date of appropriation. The security provider is entitled to any surplus over the obligations covered by the security right. The debtor remains liable for any deficit.

(5) This Article does not apply to retention of ownership devices

La norma ribadisce l'invalidità della convenzione commissoria, ma ammette delle eccezioni salvando le ipotesi in cui la garanzia abbia ad oggetto beni fungibili a quotazione corrente o le parti abbiano concordato un metodo di stima.

29 dicembre 2015, p. 34 ove continua: “(..) cercando invece di favorire forme dirette e più semplici del soddisfacimento del creditore sui beni che hanno formato oggetto di garanzia, sia pure con l'ovvio corredo di regole volte ad impedire abusi, predeterminando in maniera oggettiva il valore dei beni in questione e ad assicurare comunque le indispensabili forme di controllo giudiziario”.

²³⁸ AA. VV., *Il Draft common frame of reference del diritto privato europeo*, a cura di G. ALPA, U. PERFETTI, P. ZATTI, G. IUDICA, Padova, 2009.

CAPITOLO SECONDO

I NUOVI PATTI SULLA GARANZIA PATRIMONIALE GENERICA

SOMMARIO: 1. *L'ammissibilità di patti su parte del patrimonio;* 2. *Il prestito vitalizio ipotecario;* 3. *Contratti di credito immobiliare ai consumatori;* 4. *Il nuovo pegno non possessorio;* 5. *Contratti di finanziamento alle imprese;* 6. *Rilievi sistematici.*

1. L'ammissibilità di patti su parte del patrimonio

Nel Capitolo precedente sono stati esaminati i principi fondanti il sistema della responsabilità patrimoniale e si è constatato l'avanzamento di un'interpretazione evolutiva, avvallata dai più recenti interventi normativi e motivata dalla necessità di una tutela più efficace del credito.

Riassumendo, in relazione all'art. 2740 c.c., si è osservato che i principi di universalità e specializzazione della responsabilità patrimoniale non stanno tra loro in un rapporto di “regola – eccezione”, ma sono tra loro alternativi²³⁹.

Ovvero, si predilige la lettura proposta in dottrina per cui il principio di tipicità delle limitazioni della responsabilità patrimoniale è il logico corollario non tanto dell'indivisibilità del patrimonio, quanto piuttosto della sua divisibilità²⁴⁰.

Con riguardo all'art. 2741 c.c. e al relativo principio della *par condicio creditorum*, nei paragrafi precedenti è stato, altresì, posto in luce come esso

²³⁹ MANES P., *Fondazione fiduciaria e patrimonio allo scopo*, Padova, 2005, p. 172; GAMBARO A., voce *Trust*, in *Digesto disc. priv.*, vol. XIX, Torino, 1999, p. 449; PORCELLI M., *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, Napoli, 2011, p. 204.

²⁴⁰ MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Milano, 2017, p. 172.

non possa essere considerato un principio generale della responsabilità patrimoniale.

L'assunto è asseverato da indici sistematici quali le norme presenti nello stesso Codice civile e le norme settoriali che altrettanto ne smentiscono la portata. Non solo, si è appurato che anche la prassi bancaria prima, e lo stesso Legislatore poi, hanno introdotto nuove forme di prelazione in ragione della necessità di meccanismi di soddisfazione del credito più agili e celeri.

Anche in relazione a tale principio, dunque, si avvalga la letteratura più innovativa che riconosce la disponibilità del principio della *par condicio creditorum* quando è il creditore che decida di rinunciare, sulla base del presupposto che “la legge non può pretendere di tutelare i creditori più di quanto vogliano essere tutelati”²⁴¹.

Infine, con riguardo all'art. 2744 c.c. è stato, altresì, posto in evidenza che la moderna dinamica del sistema delle garanzie del credito ha spinto dapprima la giurisprudenza a riconoscere la validità del patto marciano, e poi il Legislatore, ad introdurre nuovi marcziani quali deroghe al patto commissorio e quali nuove forme di autotutela privata.

Alla luce di tali considerazioni, appare, dunque, necessario rivalutare quel principio sostenuto dalla dottrina più tradizionale che vieta in linea generale e senza eccezioni, tutti i patti diretti a limitare la responsabilità patrimoniale del debitore²⁴².

Per tale linea di pensiero vige un “principio di *legalità* delle limitazioni della responsabilità patrimoniale”, evincibile dall'art. 2740 comma 2 c.c. ove sancisce che le limitazioni alla responsabilità patrimoniale sono ammesse nei soli casi previsti dalla legge. Un'interpretazione letterale, dunque, esclude i patti in esame, sia pure con effetti obbligatori limitati ai soli contraenti. Più

²⁴¹ FOLLIERI L., *Sugli accordi di postergazione del credito*, in *Riv. dir. priv.*, 2015, p. 597.

²⁴² Così SICCHIERO G., *I patti sulla responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)*, in *Contratto e impresa*, 2012, p. 91.

precisamente, tali patti sono stati qualificati come “negozi con causa illecita perché contrari al principio di ordine pubblico alla conservazione di un’adeguata garanzia generica, che si esprime in numerose norme: artt. 1186, 2900, 2901 c.c.”²⁴³.

Eppure, la tesi opposta, per molto tempo isolata, è stata avanzata proprio in uno dei primi commenti al Codice civile del 1942²⁴⁴ ove Rubino afferma che la *ratio* dell’art. 2740 comma 2 c.c. è di “evitare che un soggetto – nella specie il debitore - con proprio atto unilaterale di volontà, direttamente o indirettamente, determini effetti pregiudizievoli per altri soggetti, e precisamente limiti quella responsabilità che la legge dispone a favore dei creditori”²⁴⁵. L’Autore prosegue chiarendo che “essendo questa la ragione del divieto, la limitazione di responsabilità è consentita nei riguardi di quel creditore che eventualmente intervenga nel negozio con cui la limitazione viene disposta”²⁴⁶.

Dunque, aderendo a tale orientamento, alcuni studiosi, di recente, hanno messo in discussione il principio che vieta i patti sulla responsabilità patrimoniale per affermarne, invece, la piena ammissibilità²⁴⁷.

²⁴³ BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, in *Il Codice civile - Commentario*, diretto da Schlesinger, artt. 2740 - 2744, Milano, 2010, p. 132. L’Autore sviluppa la tesi sulla base delle indicazioni pregresse di NICOLO’ R., *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di SCIALOJA – BRANCA, Libro VI, *Tutela dei diritti*, Bologna - Roma, 1954; ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da RESCIGNO, vol. XIX, Torino, 1985, p. 485 e ss e voce *Responsabilità patrimoniale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Milano, 1988, p. 1041 e ss; MIRAGLIA C., voce *Responsabilità patrimoniale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVII, Roma, 1991, p. 8; BIANCA C.M., *Diritto civile. La responsabilità*, Vol. V, Milano, 2012, p. 412.

²⁴⁴ RUBINO D., *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, in *Tratt. dir. civ. italiano*, diretto da VASSALLI, Vol. XIV, Tomo I, Torino, 1956, p. 11 – 12.

²⁴⁵ RUBINO D., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 11 - 12.

²⁴⁶ RUBINO D., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 12. La questione dell’efficacia reale od obbligatoria del patto è trattata nel prosieguo del paragrafo.

²⁴⁷ SICCHIERO G., *I patti sulla responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)*, cit., p.

A sostegno della tesi depone, *in primis*, un argomento teleologico: l'interesse protetto dall'art. 2740, comma 2 c.c. è quello di proteggere il creditore dai comportamenti con cui il debitore si sottragga volontariamente alla propria responsabilità²⁴⁸. Più precisamente, si fa riferimento ai casi in cui il debitore realizzi atti cui il creditore sia estraneo e che possano diminuire la responsabilità patrimoniale verso di lui, ossia atti che realizzano forme di separazione patrimoniale oltre i casi tassativamente previsti dalla legge²⁴⁹.

Diversamente, non sono da escludere patti sulla responsabilità di cui sia parte o promotore il creditore stesso. Ad esempio, risponde alla *ratio* della norma il patto tra debitore e creditore con cui essi convengano che il creditore non agisca esecutivamente sui beni del debitore in cambio di una fideiussione o di una ipoteca di un terzo datore²⁵⁰.

Non solo, la Relazione al Codice civile al n. 1124 conferma un'interpretazione siffatta della norma poiché si legge che il principio di responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c. è posto "nell'interesse del credito e dell'economia" e il riferimento specifico all'interesse dell'economia assume significato se correlato alla tutela del creditore poiché anche

91 e ss; ID. v. anche *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 41 e ss e *Funzione di liquidazione, universalità della responsabilità e parità di trattamento*, in *Attività di liquidazione e tutela dei creditori*, a cura di RUGGERI – PARENTE, Napoli, 2014, p. 45 e ss; ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., p. 72 e 172 – 178; ID. *Il rapporto tra l'art. 2645 ter c.c. e l'art. 2740 c.c.: un'analisi economica della nuova disciplina*, in *Banca, Borsa, titoli di credito*, 2007, p. 185 e ss; PAGLIANTINI S., *Il debito da eccezione a regola*, in *Persona e Mercato*, 2014, p. 111; FOLLIERI L., *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., p. 81; MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 238; AZARA A., *Responsabilità patrimoniale e concordato preventivo liquidatorio*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2020, p. 239.

²⁴⁸ SICCHIERO G., *I patti sulla responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)*, cit., p. 94.

²⁴⁹ SICCHIERO G., *I patti sulla responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)*, cit., p. 94: l'Autore, ad esempio, esclude la possibilità di costituire un fondo patrimoniale tra conviventi non sposati, seppur sostenuta da autorevole dottrina.

²⁵⁰ SICCHIERO G., *I patti sulla responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)*, cit., p. 95.

l'economia ne risentirebbe ove l'adempimento fosse rimesso alla sola buona volontà del debitore²⁵¹.

In tale ottica si spiega il comma secondo dell'art. 2740 c.c. ove non consente limitazioni di responsabilità “fuori dei casi previsti dalla legge”: ossia, esso deve essere interpretato nel senso che, solo nei casi stabiliti dalla legge, il debitore può imporre limitazioni alla garanzia attraverso le forme di separazione patrimoniale e diversamente, tali limitazioni sono ammesse ove vi sia il consenso del creditore.

A tal proposito, la dottrina più recente ha coniato l'espressione di responsabilità patrimoniale “negoziata” per distinguerla dalle limitazioni della garanzia patrimoniale generica “imposte” ai creditori²⁵².

Con la prima definizione si fa riferimento ai patti limitativi della responsabilità patrimoniale che sono frutto di un accordo tra debitore e creditore, ove il debitore sottrae alcuni beni alla garanzia generica, ma il creditore non ne è svantaggiato poiché ottiene altre utilità.

La seconda, invece, indica i casi di separazione patrimoniale realizzati dal debitore ove tale potere gli è attribuito dalla legge e ove il creditore non è coinvolto nella scelta di separare determinati cespiti patrimoniali dalla garanzia generica.

Se nel primo caso il creditore acconsente alla disapplicazione della regola di universalità della responsabilità patrimoniale, nel secondo caso, invece, il creditore subisce, senza scelta, l'applicazione di un regime diverso da quello dell'art. 2740 primo comma c.c.²⁵³.

²⁵¹ SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 44: “non sussiste, invece, alcun problema di tutela generale dell'economia, non si prospetta cioè un problema di ordine pubblico economico (art. 1343 c.c.) qualora il creditore e il debitore convengano di concentrare le possibili azioni esecutive su alcuni beni anziché su altri”.

²⁵² L'Autrice MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., ha coniato la distinzione, si veda p. 238 e ss.

²⁵³ MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 238.

Appurato, dunque, che simili patti non vanno soggetti a nullità per violazione di norme imperative, occorre verificarne la tenuta sotto il profilo causale. Trattandosi, infatti, di un contratto atipico, occorre verificare in concreto la meritevolezza dell'interesse ai fini della tutela *ex art. 1322 c.c.*²⁵⁴

In particolare, per una tesi, il requisito della meritevolezza *ex art. 1322* comma secondo c.c. sarebbe soddisfatto ogniqualvolta l'accordo risponda all'interesse del creditore a ottenere in cambio la concessione di un beneficio per la realizzazione del proprio credito, quale potrebbe essere, ad esempio, la concessione di un diritto reale di garanzia o di una garanzia personale aggiuntiva prestata da un terzo.

L'interesse del debitore si sostanzia, invece, nel circoscrivere l'oggetto della garanzia patrimoniale²⁵⁵.

Per altra tesi più estensiva, invece, l'ambito dei patti causalmente ammissibili non deve essere circoscritto ai casi in cui il creditore riceva un vantaggio quale sorta di corrispettivo per la rinuncia all'universalità della responsabilità patrimoniale²⁵⁶. In tale prospettiva, si osserva che la "meritevolezza" quale sinonimo di liceità implica la non contrarietà degli interessi perseguiti dall'autonomia privata a norme imperative, all'ordine

²⁵⁴ Sempre SICCHIERO G., *I patti sulla responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)*, cit., p. 98; ID. v. anche *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 44 e *Funzione di liquidazione, universalità della responsabilità e parità di trattamento*, in *Attività di liquidazione e tutela dei creditori*, a cura di RUGGERI – PARENTE, Napoli, 2014, p. 45 e ss. Nello stesso senso anche FOLLIERI L., *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., p. 81.

²⁵⁵ SICCHIERO G., *I patti sulla responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)*, cit., p. 105: viene affermata la validità non di qualunque patto con cui il debitore e il creditore si accordano per restringere l'oggetto della garanzia patrimoniale, ma solamente di quelli da cui risulti "la razionalità della limitazione di responsabilità in quanto controbilanciata da altra risorsa che giunge al creditore e che altrimenti egli non riceverebbe".

²⁵⁶ MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 249.

pubblico e al buon costume, ossia impone soltanto un limite in negativo e non in positivo²⁵⁷.

Ad ogni modo, gli esempi pratici di patti sulla responsabilità patrimoniale meritevoli di tutela sono molteplici. Ad esempio, si pensi al caso in cui debitore e creditore pattuiscono la non aggressione di alcuni beni in cambio di una fideiussione; oppure all'accordo con cui il debitore conferisca in pegno alcuni beni con diritto di seguito e prelazione in cambio della rinuncia da parte del creditore di aggredire altri determinati beni, anche futuri²⁵⁸.

La letteratura ha affrontato, altresì, un diverso aspetto dei patti limitativi la responsabilità, ossia il problema relativo alla loro efficacia, se essa sia reale od obbligatoria.

Per una prima tesi più risalente, nella vigenza del Codice civile Zanardelli, si affermava la natura reale del patto limitativo della responsabilità patrimoniale, così ammettendo la possibilità di rendere l'accordo opponibile ai terzi²⁵⁹.

Per opposto orientamento, nell'interpretazione degli scritti di Rubino, invece, il patto ha efficacia obbligatoria e la violazione genera mera responsabilità risarcitoria del creditore quando egli agisca esecutivamente sui beni sottratti all'azione esecutiva stessa. Dunque, si nega al patto efficacia reale, come vero e proprio limite preclusivo all'azione espropriativa²⁶⁰.

²⁵⁷ MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 249; ATTANASIO G., *Il divieto del patto commissorio nell'attuale panorama normativo e giurisprudenziale: le novità in arrivo dal PNRR in tema di autotutela esecutiva*, in *Notariato*, 2022, p. 323; TRIMARCHI M., *Operazione negoziale e trasferimento a scopo di garanzia: la neutralizzazione del divieto del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 715 ss.

²⁵⁸ Gli esempi sono offerti da SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 44.

²⁵⁹ Si veda la ricostruzione storica operata da SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 53 ove richiama il pensiero di GRECO.

²⁶⁰ BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale*, cit., p. 131 ove ricostruisce il pensiero di RUBINO in *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 12.

Nella più recente dottrina, tuttavia, si fa strada un ulteriore orientamento che apporta delle importanti precisazioni circa la questione dell'efficacia reale od obbligatoria dei patti limitativi della responsabilità patrimoniale.

In particolare, si osserva che il pensiero di Rubino debba essere analizzato in modo più approfondito per “chiarire quale sia la portata effettiva della tutela attribuita al debitore, allorché il creditore proceda esecutivamente sui beni esclusi dalla garanzia patrimoniale”²⁶¹.

In particolare, si valorizza il fatto che la questione della efficacia reale od obbligatoria di un patto rileva solo al cospetto di contratti traslativi. Diversamente, la questione non assume valore ove il contratto abbia ad oggetto una obbligazione a contenuto negativo poiché “si tratta di istituti che assumono pregnanza quando riferiti agli effetti dei contratti rispetto agli estranei”²⁶².

Così, i rimedi esperibili dal debitore non sono limitati all'azione di risarcimento del danno, poiché trattandosi di contratto con forza di legge tra le parti, il debitore può opporre l'esistenza dell'accordo di non esecuzione sui beni ed essere legittimato all'opposizione all'esecuzione per ottenere la cessazione del comportamento inadempiente con declaratoria di invalidità dell'esecuzione iniziata dal creditore²⁶³.

Difatti, il debitore può sempre richiedere la manutenzione del contratto, anziché la sua risoluzione *ex art. 1453 c.c.* Dunque, la tutela risarcitoria non esclude la tutela in forma specifica “che resta ugualmente a presidio del debitore come difesa principale all'aggressione dei beni esclusi dall'azione esecutiva”²⁶⁴.

²⁶¹ SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 54.

²⁶² SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 54.

²⁶³ SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 54.

²⁶⁴ SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 54. Nello stesso senso anche FOLLIERI L., *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., p. 83 e ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., p. 185 e ss.

La tesi è confortata dalle norme in materia di tutela contro la violazione del patto di non concorrenza. Trattasi di un altro tipo di accordo che fa sorgere una obbligazione a contenuto negativo e in cui la giurisprudenza riconosce al contraente deluso la domanda di esecuzione coattiva del patto con obbligo di cessare la concorrenza o la risoluzione del contratto e in ogni caso il risarcimento²⁶⁵. Di conseguenza, la medesima disciplina può essere applicata al patto limitativo della responsabilità patrimoniale.

Da ultimo, l'ammissibilità di patti sulla responsabilità è confortata dal dato normativo stesso. Infatti, il Codice ammette agli artt. 1977 e 1980 c.c. l'accordo di cessione di beni ai creditori; così nella disciplina della società di persone, l'escussione del patrimonio dei soci illimitatamente responsabili è subordinata alla previa esecuzione sui beni della società *ex art. 2268 c.c.*²⁶⁶

Inoltre, sovengono, altresì, numerose discipline speciali introdotte di recente che, come anticipato, introducono un effetto limitativo della responsabilità patrimoniale.

In particolare, ad inaugurare il nuovo percorso normativo è stata fondamentale la Direttiva 2002/47/CE sui contratti di garanzia finanziaria che ha rappresentato il primo intervento normativo europeo in materia di garanzie reali²⁶⁷ e che ha messo in discussione i fondamenti della responsabilità patrimoniale²⁶⁸. Essa introduce espressamente una deroga al patto

²⁶⁵ Sempre SICCHIERO G., *I patti sulla responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)*, cit., p. 105; ID. v. anche *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 54. Tra i giudici di merito: Trib. Verbania, 8 febbraio 2018, n. 600 in *dejure*; Trib. Lecco, 12 agosto 2011 in *Giur. annotata dir. industriale*, 2011, p. 1280; Trib. Milano, 19 luglio 2011 in *Giur. annotata dir. industriale*, 2013 p. 22.

²⁶⁶ Esempi forniti da SICCHIERO G., *I patti sulla responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)*, cit., p. 100.

²⁶⁷ Direttiva commentata da MACARIO F., *I contratti di garanzia finanziaria nella direttiva 2002/47/CE*, in *I contratti*, 2003, p. 78.

²⁶⁸ GROSSI A., *La direttiva 2002/47/CE sui contratti di garanzia finanziaria*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, p. 249 ss., ove si evidenzia come “il quadro normativo in materia di garanzie finanziarie” mette in discussione “l’intera disciplina della responsabilità patrimoniale”.

commissorio, anche se come sarà in seguito approfondito, tale eccezione non realizza una limitazione della responsabilità patrimoniale.

Vere e proprie limitazioni tipizzate sono state introdotte da significative disposizioni legislative che hanno proseguito lo sviluppo del percorso normativo intrapreso²⁶⁹ e hanno attribuito cittadinanza nell'ordinamento giuridico italiano ai "meccanismi marziani"²⁷⁰.

Tra queste, meritano un apposito approfondimento le nuove norme sul prestito vitalizio ipotecario, sul pegno non possessorio, sui contratti di finanziamento alle imprese, sui contratti di credito immobiliare ai consumatori. Non solo, si aggiungano la nuova disciplina del concordato preventivo, degli accordi di ristrutturazione dei debiti, della composizione negoziata e dei piani di risanamento perfezionati nel recente Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza.

Come si evince dal breve *excursus* normativo, il Legislatore, tuttavia, è intervenuto in modo disorganico e frastagliato, apportando incertezza in un settore già in crisi ove l'economia globale spinge verso regole precise e quanto più uniformi sulla tutela e realizzazione del credito.

L'analisi delle novità legislative, svolta nel prosieguo, permette di cogliere un filo conduttore e di ipotizzare un intervento legislativo unificatore attraverso l'introduzione di una norma generale che ammetta patti limitativi della responsabilità patrimoniale generica.

2. Il prestito vitalizio ipotecario

La disciplina del prestito vitalizio ipotecario inaugura la "stagione" delle nuove soluzioni marziane a garanzia del credito immobiliare²⁷¹ e introduce

²⁶⁹ DE BELVIS E., *L'esecuzione privatizzata*, Napoli, 2018, p. 125.

²⁷⁰ PIRAINO F., *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marziano*, in *I nuovi marziani*, cit., p. 188.

²⁷¹ RUMI T., *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni "marziane" a garanzia del credito immobiliare*, in *I nuovi marziani*, Torino, 2017, p. 105.

uno strumento volto a soddisfare le esigenze provenienti dal crescente segmento di popolazione in età avanzata.

Difatti, il prestito vitalizio ipotecario è l'istituto funzionale a rendere più agevole l'accesso al credito a persone fisiche che abbiano superato il sessantesimo anno di età, ovvero lo strumento diretto a coprire le esigenze economiche di persone di una fascia di età mediamente anziana che dispongano di un *asset* immobiliare da tradurre in liquidità²⁷².

Lo scopo principale sotteso all'operazione è di smobilizzare la ricchezza impegnata in immobili nella maggior parte dei paesi europei²⁷³ e scopo ulteriore è di far fronte agli specifici bisogni delle persone mediamente

²⁷² Definizione di LOBUONO M. nella Prefazione al volume *Il prestito vitalizio ipotecario*, (a cura di), Torino, 2017, p. XIII. In generale, la letteratura sull'istituto è vasta: RUMI T., *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni "marciante" a garanzia del credito immobiliare*, cit., p. 105 e ss e *La nuova disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *Contratti*, 2015, p. 944 e ss; CHIANALE A., *L'inutilità dell'ipoteca nel prestito vecchietti*, in *Notariato*, 2016, p. 359; MANNELLA G.O. - PLATANIA G.C., *Il prestito vitalizio ipotecario*, Milano, 2015; CHESSA F., *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *Immobili e proprietà*, 2006, p. 305; IULIANI A., *Il prestito vitalizio ipotecario nel "nuovo" sistema delle garanzie reali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 717; BALDINI A. – CAUSI M., *Si svilupperà anche in Italia un mercato di strumenti finanziari per gli anziani?* in *Bancaria*, 2016, p. 68; CHERTI, *Prime note sulle modifiche alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 1099; GIGLIOTTI G., *Il prestito vitalizio ipotecario: un reverse mortgage all'italiana?*, in *Corr. mer.*, 2011, p. 677.

²⁷³ ARIANO E. – QUARTA A., *Il risparmio immobiliare privato. Bene comune e certezza*, a cura di MATTEI U. in *Banca e mercati*, 2013, p. 13 in cui secondo i dati della Banca di Italia del 2010, "da una scomposizione della ricchezza netta emerge che l'84% delle attività reali totali che la determinano è rappresentato dalle abitazioni, in una percentuale che ha subito un incremento di 4 punti percentuali a partire dal 1995. La ricchezza in abitazione è quindi pari a oltre 4.950 miliardi di euro, circa 200 mila euro per famiglia. Confrontando questi dati con le attività reali misurate in altri paesi, emerge chiaramente come in Italia ci sia una maggiore propensione all'investimento immobiliare, come del resto emerge dalla struttura del sistema produttivo italiano, composta da microimprese per le quali gli immobili costituiscono capitale d'impresa" e MANNELLA G.O. - PLATANIA G.C., *Il prestito vitalizio ipotecario*, cit., p. 6 e ss in cui si legge che le famiglie con capo famiglia con età superiore a 64 anni detengono la maggior parte della ricchezza immobiliare, sebbene faccia da contraltare un reddito basso che obbliga l'anziano a contrarre i consumi.

anziane la cui domanda di liquidità è in crescita, sia per il progressivo invecchiamento della popolazione e sia per la crisi dei sistemi pensionistici²⁷⁴.

Il prestito vitalizio ipotecario soccorre, inoltre, alla maggiore difficoltà di accesso al credito della persona in età avanzata rispetto alla giovane, sia per i limiti di età previsti dagli enti creditizi per la concessione di prestiti e sia per gli ostacoli che il mediamente anziano incontra per dimostrare la “sostenibilità nel tempo” del credito²⁷⁵.

L’operazione finanziaria è stata mutuata dalle varie esperienze di *common law* in materia di *equity release* i cui Paesi esponenti sono stati terreno di elezione per la nascita e la diffusione di tali forme di garanzia connesse ai finanziamenti, considerate una nuova modalità di investimento produttivo per gli istituti di credito e al contempo, vantaggiosi per i consumatori mediamente anziani²⁷⁶.

Nei Paesi mediterranei, invece, i sistemi di prestito ancorati ad una garanzia patrimoniale hanno tardato a consolidarsi, ma la crisi economica degli ultimi anni ha contribuito al loro sviluppo, confluendo in alcune

²⁷⁴ RUMI T., *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni “marciante” a garanzia del credito immobiliare*, cit., p. 118 e FIORENTINI F., *La riforma francese delle garanzie reali*, in *Notariato*, 2006, p. 501 e ID. *La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, p. 1191.

²⁷⁵ RUMI T., *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni “marciante” a garanzia del credito immobiliare*, cit., p. 118 e BUZZONETI P. – PACELLA C., *Il prestito vitalizio. Funzionamento e caratteristiche del “mutuo al contrario” per over 65*, cit., p. 21.

²⁷⁶ L’istituto in esame è stato inizialmente introdotto nei paesi anglosassoni in Inghilterra l’equivalente è il *lifetime mortgage* ovvero un finanziamento garantito da ipoteca su un immobile di proprietà del mutuatario che consente a quest’ultimo di convertire parte del valore in contanti senza dover rinunciare all’abitazione e senza dover rimborsare periodicamente il prestito; negli USA l’equivalente sono i *reverse mortgage*, ossia gli *home equity conversion mortgage* e i *jumbo reverse mortgage*. Si veda RUMI T., *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni “marciante” a garanzia del credito immobiliare*, cit., p. 115 nota 30 con richiami a BUZZONETI P. – PACELLA C., *Il prestito vitalizio. Funzionamento e caratteristiche del “mutuo al contrario” per over 65*, Milano, 2010, p. 27; MORGANA CASCIONE C., *L’ipoteca inversa tra discipline nazionali e prassi applicative: esperienze a confronto*, in *Il prestito vitalizio ipotecario*, a cura di LOBUONO M., cit., p. 4.

legislazioni di dettaglio. Ad esempio, in Francia è stata disciplinata la *prêt viager hypothécaire* e in Spagna è stata introdotta l'*hipoteca inversa*²⁷⁷.

Nell'ordinamento italiano, l'istituto è stato inizialmente introdotto dall'art. 11 *quaterdecies*, comma 12 del d.l. n. 203 del 2005, conv. in legge n. 248 del 2005 e successivamente modificato dalla legge n. 44 del 2015 che ha inserito i nuovi commi 12 *bis* – 12 *sexies* allo scopo di colmare le lacune della disciplina originaria.

Nel 2005, infatti, il Legislatore aveva introdotto l'istituto limitandosi a darne una mera definizione e non corredandolo di regole attuative²⁷⁸. Inoltre, era impossibile predeterminare al momento della conclusione del contratto l'entità del debito da rimborsare alla scadenza. Ciò ne ha ostacolato la diffusione poiché tale omissione si sostanziava in un implicito rinvio alle norme sull'esecuzione forzata per la realizzazione della garanzia²⁷⁹.

Solo nel 2015 l'istituto è stato modificato per favorire una maggiore applicazione e lo schema è stato dotato di una disciplina articolata comprendente, altresì, le regole incidenti sull'autotutela esecutiva e sul divieto del patto commissorio²⁸⁰.

Tra gli aspetti salienti, rileva l'ambito soggettivo di applicazione dell'istituto, sia dal lato creditorio che dal lato debitorio.

²⁷⁷ MORGANA CASCIONE C., *L'ipoteca inversa tra discipline nazionali e prassi applicative: esperienze a confronto*, cit., p. 7: in Francia l'istituto è stato inserito nel 2006 nel *Code de la Consommation* e in Spagna nel 2007 dalla *Ley* n. 41. Gli istituti saranno approfonditi nel Capitolo Quinto.

²⁷⁸ L'art. 11 *quaterdecies* comma 12 definiva questa particolare tipologia di credito immobiliare come prestito avente ad oggetto "la concessione da parte di aziende ed istituti di credito nonché da parte degli intermediari finanziari, di cui all'art. 106 d.lgs. n. 385 del 1993, di finanziamenti a medio e lungo termine, con capitalizzazione annuale di interessi e spese, e rimborso integrale in un'unica soluzione alla scadenza, assistiti da ipoteca di primo grado su immobili residenziali, riservati a persone fisiche con età superiore ai 65 anni".

²⁷⁹ CHESSA F., *Il prestito vitalizio ipotecario*, cit., p. 305.

²⁸⁰ RUSSO D., *Oltre il patto marciano*, Napoli, 2017, p. 32.

Dal lato dell'offerta, il potere di erogare il prestito è dato solamente ad enti appositamente autorizzati per scongiurare il rischio di liquidazione giudiziale, dal lato della domanda possono accedere gli *over* sessanta senza limiti massimi di età²⁸¹. La durata minima del finanziamento si stima in quindici anni, ma è comunque un dato aleatorio in quanto la morte del beneficiario potrebbe intervenire anche prima²⁸². Questo rende il contratto di finanziamento un contratto aleatorio per la difficoltà delle parti di predeterminare *ex ante* i reciproci vantaggi e sacrifici, in quanto il prestito dovrà essere rimborsato al verificarsi di un evento futuro e incerto sul quando²⁸³.

A differenza dell'istituto francese del *prêt viager hypothécaire*, il prestito non è riservato ai soli consumatori e, quindi, non si esclude che il finanziamento possa essere diretto all'attività di impresa. Restano, comunque, escluse le persone giuridiche e ciò si spiega per le modalità di rimborso legate alla morte del finanziato.

Quanto all'oggetto, il prestito vitalizio ipotecario consiste in un finanziamento non finalizzato e garantito dall'immobile ove il soggetto dimora abitualmente²⁸⁴. Non è necessario che il soggetto sia proprietario dell'immobile dato in garanzia in quanto la disciplina ammette che altri soggetti possano prestare garanzia ipotecaria, trattasi, tuttavia, del solo coniuge, dei figli o del convivente²⁸⁵.

²⁸¹ RUMI T., *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni "marciante" a garanzia del credito immobiliare*, cit., p. 121.

²⁸² Art. 1 comma 1 del Regolamento attuativo d.m. n. 226 del 2015.

²⁸³ MANNELLA G.O. - PLATANIA G.C., *Il prestito vitalizio ipotecario*, cit., p. 87 e ROBLES M., *Il prestito vitalizio ipotecario nel "prisma" dell'autonomia negoziale*, in *Il prestito vitalizio ipotecario*, a cura di LOBUONO M., cit., p. 45.

²⁸⁴ Art. 3 lett. g) d.m. n. 226 del 2015.

²⁸⁵ L'art. 3 lett. g) d.m. n. 226 del 2015 include altresì il soggetto regolarmente contrattualizzato che convive con il soggetto finanziato per prestare a lui o alla sua famiglia i suoi servizi.

Inoltre, l'istituto non priva il richiedente della propria abitazione, non prevede obblighi di rimborso rateale e si presenta particolarmente indicato quando è necessario procurarsi "un'importante somma di denaro, non vi sia la capacità di rimborso necessaria e al tempo stesso non si voglia rinunciare alla proprietà dell'immobile"²⁸⁶.

Il prestito vitalizio ipotecario si rivela, quindi, uno strumento duttile poiché l'accordo potrà sostanziarsi in diversi tipi contrattuali. Ad esempio, il contratto può essere un mutuo, anche fondiario, quando il prestito viene erogato in un'unica soluzione; o una rendita se l'erogazione di somme è periodica o, ancora, un'apertura di credito in caso di erogazione saltuaria²⁸⁷.

Trattasi, quindi, di uno strumento alternativo a quelli diffusi nella prassi, come ad esempio, la vendita della nuda proprietà con riserva di usufrutto vitalizio²⁸⁸.

Più nello specifico, la disciplina che in questa sede più interessa è proprio quella relativa al mancato rimborso del finanziamento²⁸⁹.

²⁸⁶ BUZZONETI P. – PACELLA C., *Il prestito vitalizio. Funzionamento e caratteristiche del "mutuo al contrario" per over 65*, cit., p. 21 e a pag. 40 gli Autori riportano le motivazioni più frequenti per il ricorso al prestito vitalizio ipotecario. Se nel mondo anglosassone il ricorso è funzionale specialmente a migliorare la qualità di vita, in Italia primeggia l'esigenza di aiutare economicamente i figli. Così anche DE BELVIS E., *L'esecuzione privatizzata*, cit., p. 144: i motivi del ricorso possono essere i più vari, dall'impresa in crisi di liquidità alle esigenze della famiglia.

²⁸⁷ DE BELVIS E., *L'esecuzione privatizzata*, cit., p. 142. Tra le prime pronunce della giurisprudenza di merito, il Tribunale di Roma esclude però che il prestito vitalizio ipotecario ai fini delle determinazioni del tasso soglia ex l. 106 del 1996, sia da escludere dalla categoria dei "Mutui", dovendo invece essere correttamente inserita in quella "Altri finanziamenti", non essendo previsto il pagamento di rate comprensive di capitali e interessi: Trib. Roma, 13 luglio 2017, ord. in *Corriere giuridico*, 2018, p. 1115 con nota di BEZZI E., *Prestito vitalizio ipotecario e divieto di patto commissorio: una novità nel solco della tradizione*.

²⁸⁸ CACCAVALE C., *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *Tratt. contr.*, diretto da ROPPO V., *Interferenze*, Milano, 2006, p. 526 e sulle figure affini: ADDANDE A., *Prestito vitalizio ipotecario e figure affini*, in *Banca Borsa Titoli di credito*, 2017, p. 497 e ss.

²⁸⁹ Per un approfondimento sugli altri aspetti del prestito vitalizio ipotecario, compresi i profili fiscali e assicurativi: Aa.Vv., *Il prestito vitalizio ipotecario*, (a cura di) LOBUONO M., Torino, 2017.

Il prestito viene rimborsato, di regola, in un'unica soluzione entro dodici mesi dalla morte del mutuatario o dal verificarsi di una causa di inadempimento. In particolare, ove “il finanziamento non sia integralmente rimborsato entro dodici mesi dal verificarsi degli eventi di cui al citato comma 12”²⁹⁰, si aprono due scenari.

In un primo caso il finanziatore potrà autonomamente vendere l'immobile previa stima eseguita da un perito indipendente dal medesimo incaricato²⁹¹, utilizzando le somme ricavate dalla vendita per estinguere il credito e con facoltà di ridurre il prezzo di vendita del quindici per cento “per ogni dodici mesi successivi fino al perfezionamento della vendita dell'immobile”²⁹².

Oppure, in un secondo scenario, gli eredi potranno provvedere alla vendita dell'immobile, in accordo con il finanziatore, purché la compravendita si perfezioni entro dodici mesi dal conferimento dello stesso.

Ad ogni modo, ed è questa la novità legislativa, ai sensi del comma 12 *quater*, l'eccedenza del ricavato della vendita rispetto al credito è restituita al debitore o agli aventi causa e l'importo del debito residuo non può superare il ricavato della vendita dell'immobile, al netto delle spese sostenute²⁹³. Ciò

²⁹⁰ Gli eventi sono: morte del soggetto finanziato; trasferimento in tutto o in parte della proprietà o di altri diritti reali o di godimento sull'immobile dato in garanzia; compimento di atti che ne riducano significativamente il valore.

²⁹¹ RUSSO D., *Oltre il patto marciano*, cit., p. 33: per l'Autore l'attribuzione del potere di nomina del perito alla parte del finanziatore e non ad un terzo realizza una disparità di trattamento in violazione dell'art. 3 Cost. e ciò rispetto alla disciplina degli artt. 48 *bis* e 120 *quinqüesdecies* T.U.B., nonché rispetto alla disciplina francese ove la nomina del perito è affidata al Presidente del Tribunale.

²⁹² DE BELVIS E., *L'esecuzione privatizzata*, cit., p. 142 nota che la significativa riduzione del valore del bene dato in garanzia pregiudica la certezza del finanziatore in ordine all'integrale soddisfacimento delle proprie ragioni.

²⁹³ LENZI R., *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali - Il prestito vitalizio ipotecario*, in *Giur. it.*, 2017, p. 1738 ritiene che ciò produca un effetto “esdebitatorio”; diversamente per FOLLIERI G. *Il patto marciano tra diritto “comune” e “speciale”*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 1866 si dovrebbe qualificare tale estinzione del debito come di “purgazione del debito”.

significa che, una volta venduto il bene oggetto della garanzia, il debitore è automaticamente liberato dal debito²⁹⁴. In tal modo si scongiura il rischio che il finanziato, o più probabilmente i suoi eredi, si vedano costretti a rimborsare un prestito più elevato del valore dell'immobile concesso in garanzia²⁹⁵.

Tale clausola è definita *no negative equity guarantee* e tutela, quindi, sia il finanziato da eventuali svalutazioni del mercato immobiliare o da improvvisi rialzi dai tassi di interesse²⁹⁶ e sia gli eredi del finanziato ove accettino l'eredità senza beneficio di inventario poiché ignari del prestito richiesto dal dante causa²⁹⁷.

Difatti, a differenza di quanto previsto in altri ordinamenti, il Legislatore non pone a carico del finanziato alcun obbligo di assunzione concertata della decisione di stipulare il prestito²⁹⁸. L'unica eccezione è prevista nel caso in cui il finanziato, al momento della stipula del contratto, risulti coniugato o convivente da almeno un quinquennio²⁹⁹.

Dunque, la disciplina del mancato pagamento del rimborso è degna di interesse poiché tipizza un'ipotesi di patto marciano. Difatti, la norma consente al creditore di procedere alla vendita del bene senza seguire le forme e le procedure dell'esecuzione forzata immobiliare di cui agli artt. 555 e ss. c.p.c. e con una rimodulazione della regola posta dall'art. 2744 c.c.³⁰⁰

In dottrina, una prima tesi qualifica tale meccanismo come un "mandato irrevocabile a vendere di fonte legale" concesso al finanziatore in *rem*

²⁹⁴ FOLLIERI G., *Il patto marciano tra diritto "comune" e "speciale"*, cit., p. 1864.

²⁹⁵ MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 321.

²⁹⁶ MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 321

²⁹⁷ RUSSO D., *Oltre il patto marciano*, cit., p. 34 in nota 59.

²⁹⁸ DE BELVIS E., *L'esecuzione privatizzata*, cit., p. 147.

²⁹⁹ Art. 2, comma 7, d.m. n. 226 del 2015. Per un approfondimento: DE MEO R., *Coniugalità e convivenze dei contraenti finanziati nella stipulazione del prestito vitalizio ipotecario*, in *Il prestito vitalizio ipotecario*, a cura di LOBUONO M., cit., p. 111.

³⁰⁰ CIPRIANI N., *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119 in Nuove leggi civili comm.*, 2017, p. 1011.

proprium, in quanto la legge attribuisce al creditore il potere di conseguire quanto necessario a soddisfare il credito maturato³⁰¹.

Tale potere viene configurato come un potere di “secondo grado” poiché la norma lascia intatto il potere di disposizione del debitore o dei suoi eredi³⁰².

Per altra tesi, invece, tale qualificazione non si addice al prestito vitalizio ipotecario. Si sostiene che la legge disciplini un potere e non un tipo di accordo. Difatti, il finanziatore procede alla vendita del bene senza esecuzione forzata e ciò non in base ad un accordo con la controparte, ma in virtù di un potere disciplinato dalla legge³⁰³.

Trattasi, dunque, di “un’autotutela privata conformata” dall’ordinamento attraverso elementi “marciani”, idonei a garantire un controllo esterno ed imparziale, proprio della procedura giurisdizionale³⁰⁴.

Basti osservare che il creditore evita la procedura esecutiva, ma non si crea una nuova causa di prelazione né si altera l’ordine delle prelazioni già esistenti poiché il finanziamento è, comunque, assistito di ipoteca di primo grado.

Inoltre, nell’istituto in esame è la stessa legge che deroga alla *par condicio creditorum* in nome della necessità sociale di smobilizzare la

³⁰¹ CHIANALE A., *L’inutilità dell’ipoteca nel prestito vecchietti*, cit., p. 360; MANNELLA G.O. - PLATANIA G.C., *Il prestito vitalizio ipotecario*, cit., p. 179; LENZI R., *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali - Il prestito vitalizio ipotecario*, in *Giur. it.*, 2017, p. 1738.

³⁰² RUSSO D., *Oltre il patto marciano*, cit., p. 38.

³⁰³ RUMI T., *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni “marciane” a garanzia del credito immobiliare*, cit., p. 131: per l’Autrice la distinzione rileva perché la questione della compatibilità del mandato ad alienare con il divieto di stipulazioni commissorie ha dato luogo a soluzioni divergenti. Esso è ammissibile ove si ravvisi la *ratio* del divieto del patto commissorio nella tutela della *par condicio creditorum* o nella tutela del debitore, mentre è inammissibile per chi ravvisi la *ratio* del divieto sull’inderogabilità delle procedure legali di espropriazione coattiva.

³⁰⁴ RUMI T., *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni “marciane” a garanzia del credito immobiliare*, cit., p. 133.

ricchezza immobiliare favorendo l'accesso al credito di fasce ormai escluse³⁰⁵.

La disposizione in esame, sebbene il Legislatore abbia configurato in modo esplicito solo una limitazione del debito e non della responsabilità patrimoniale, concentra la garanzia nel solo immobile ipotecato, dovendosi escludere che il finanziatore possa aggredire beni diversi per la soddisfazione coattiva del credito³⁰⁶.

Sul versante sistematico, pur in assenza di una riformulazione dell'art. 2744 c.c., la disciplina esaminata presenta un importante impatto sul divieto del patto commissorio ed evoca la soluzione ermeneutica di ampliare l'operatività del meccanismo marciano.

Così, le nuove regole sull'esecuzione privata risolvono in modo più efficiente il conflitto tra l'interesse del creditore a realizzare il suo credito e quello del debitore a che il bene non sia svenduto. Da ultimo, le nuove regole assicurano speditezza, minori costi e un'effettiva proporzionalità tra il valore di realizzo e l'ammontare del credito³⁰⁷.

3. I contratti di credito immobiliare ai consumatori

Un effetto sostanzialmente analogo all'art. 11 *quaterdecies* è previsto in una nuova norma del Testo Unico Bancario.

Il Titolo VI recante "Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti" è stato arricchito con il nuovo Capo I *bis*, contenente la nuova disciplina sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali³⁰⁸, dagli artt. 120 *quinquies* a 120 *noviesdecies* T.U.B.

³⁰⁵ RUMI T., *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni "marciane" a garanzia del credito immobiliare*, cit., p. 133.

³⁰⁶ MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 322.

³⁰⁷ RUSSO D., *Oltre il patto marciano*, cit., p. 43.

³⁰⁸ RUSSO D., *Oltre il patto marciano*, cit., p. 67. Sui primi commenti alla disciplina RUMI T., *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli*

Tra questi, l'art. 120 *quinquiesdecies*, comma 3 T.U.B. è rilevante poiché codifica un nuovo modello di patto marciano³⁰⁹.

Come tale, la norma è ascrivibile nell'ambito delle limitazioni "negoziata" tipiche della garanzia generica³¹⁰ e fornisce indicazioni importanti per una futura riforma della disciplina della responsabilità patrimoniale.

La normativa in esame è stata introdotta dal d.lgs. n. 72 del 2016 ("decreto mutui"), in recepimento della *Mortgage Credit Directive* 2014/17/UE³¹¹ i cui obiettivi si rinvergono nel prevenire fenomeni di sovraindebitamento delle famiglie e di rafforzamento della fiducia dei consumatori nel settore finanziario³¹².

I tratti identificativi del contratto di finanziamento ai consumatori si rinvergono all'art. 120 *quinquies*, comma uno, lett. c) T.U.B. che disciplina il "contratto di credito" e lo definisce come l'accordo col quale un finanziatore concede o si impegna a concedere a un consumatore un credito

immobili residenziali, in *Contratti*, 2015, p. 70; CALVO R., *Le regole generali di condotta dei creditori, intermediari e rappresentanti nella Direttiva 2014/17/UE*, in *Corr. Giur.*, 2015, p. 823; PELLECCIA E., *La direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, p. 206; SIRENA P. (a cura di), *I mutui ipotecari nel diritto comparato europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, Milano, 2016, *passim*; FERRETTI I., *Contratti di credito immobiliare ai consumatori relativi a beni immobili residenziali: prime osservazioni sulla direttiva 2014/17/UE*, in *Contr. e impr. /Europa*, 2014, p. 863; D. MAFFEIS, *Direttiva 2014/17/UE: rischi di cambio e di tasso e valore della componente aleatoria nei crediti immobiliari ai consumatori*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, p. 190; VANNEROM J., *Towards a european single market for mortgage credit. From scratch to...?* in *European journal of consumer law*, 2015, p. 291; CIVALE F., *La nuova disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, in *dirittobancario.it*, novembre 2016.

³⁰⁹ MATTARELLA G., *Clausola marciiana e tutela del consumatore: la dubbia compatibilità con il diritto europeo dell'art. 120 quinquiesdecies t.u.b.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 714.

³¹⁰ MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 323.

³¹¹ Si rimanda alla nota nel paragrafo precedente.

³¹² Così nei considerando 3, 4, 5, 6 della Direttiva 2014/17/UE.

quando l'erogazione è garantita da un'ipoteca di primo grado sul diritto di proprietà o altro diritto reale su immobile residenziale o è finalizzato all'acquisto o alla conservazione del diritto di proprietà su un terreno o su un immobile edificato o progettato.

La peculiarità dell'oggetto contrattuale e la qualità dei soggetti coinvolti, quali l'intermediario finanziario e il consumatore, hanno determinato l'introduzione di obblighi e regole di comportamento a carico di entrambe le parti per eliminare l'asimmetria contrattuale.

In particolare, per la realizzazione di un mercato creditizio libero e concorrente e per evitare che il ricorso al credito da parte di clienti sovraesposti andasse in pregiudizio degli istituti di credito, sono state introdotte regole anche a tutela di questi ultimi³¹³.

A tal fine, sono state elaborate delle disposizioni sulla valutazione del merito creditizio, sui servizi di consulenza e per quel che più interessa, sui rimedi di natura autoesecutiva.

Particolarmente rilevante, come anticipato, è il meccanismo marciano introdotto dall'art. 120 *quiquiesdecies*, comma terzo T.U.B.

La norma prevede che, fermo quanto previsto dall'articolo 2744 c.c., le parti possono convenire, con clausola espressa al momento della conclusione del contratto di credito, che in caso d'inadempimento la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del medesimo bene comporta *l'estinzione dell'intero debito* a carico del consumatore derivante dal contratto di credito, anche se il valore del bene immobile restituito o trasferito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è inferiore al debito residuo.

Se il valore dell'immobile come stimato dal perito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è superiore al debito residuo, il consumatore ha

³¹³ ASTONE M., *Inadempimento del consumatore e autotutela del finanziatore tra (divieto del) patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 733 e ss.

diritto all'eccedenza. In ogni caso, il finanziatore si adopera con diligenza per conseguire dalla vendita il miglior prezzo di realizzo³¹⁴.

Il comma quarto precisa poi che il finanziatore non può condizionare la conclusione del contratto di credito alla sottoscrizione della clausola e, specialmente, qualifica come inadempimento il mancato pagamento di un ammontare equivalente a diciotto rate mensili³¹⁵.

Anche in questo caso, dunque, la logica della normativa è quella di allocare il rischio della svalutazione immobiliare sul creditore attraverso un meccanismo di limitazione del debito e così della responsabilità patrimoniale, dovendo ritenersi esclusa implicitamente la possibilità per il creditore di aggredire altri beni del debitore qualora il ricavato realizzato non basti a rifondere capitale e interesse³¹⁶.

Nel modello suggerito dalla Direttiva e recepito nell'art. 120 *quinquiesdecies*, comma terzo T.U.B., dunque, si permette alle parti di stipulare un accordo corredato da clausola marciana e, al tempo stesso, di determinare l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore, anche se il valore del bene ipotecato è inferiore al credito residuo³¹⁷.

³¹⁴ L'art. 28, comma quarto della Direttiva, rubricato "Morosità e pagamenti" prevede infatti: "Gli Stati membri non impediscono alle parti di un contratto di credito di convenire espressamente che la restituzione o il trasferimento della garanzia reale o dei proventi della vendita della garanzia reale è sufficiente a rimborsare il credito".

³¹⁵ Per un confronto con l'art. 40 comma secondo T.U.B. si veda PIRAINO F., *Il patto marciano alla luce della disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, in *Giur. it.*, 2017, p. 1747.

³¹⁶ MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 326.

³¹⁷ MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 327. Di opinione contraria RUSSO D., *Oltre il patto marciano*, cit., p. 74 secondo il quale il dato positivo smentisce la configurabilità di un marciano.

Alla luce della disciplina normativa, la dottrina non ha mancato di evidenziare come la disposizione di fatto legittimi un trasferimento “commissorio”³¹⁸.

Da ultimo, occorre rilevare che in base al dettato del sesto comma, è però rimessa al creditore la scelta di ricorrere all’esecuzione forzata ordinaria, a seguito dell’escussione della garanzia, ove residui un debito a carico del consumatore³¹⁹.

Quest’ultima disposizione è stata oggetto di critica poiché si è rilevato che attribuisce un potere unilaterale del creditore di attivazione della procedura esecutiva e vanifica così l’utilità della clausola marciata³²⁰.

Nonostante ciò, la dottrina ha accolto con favore il nuovo istituto e ritiene che essa costituisca un importante passo in avanti verso un sistema sempre più orientato verso la “localizzazione” della garanzia patrimoniale, a discapito dell’universalità³²¹.

Quel che più rileva è che la scelta della specializzazione della garanzia è rimessa alla volontà delle parti attraverso l’esercizio dell’autonomia negoziale, dimostrando, quindi, un’apertura verso i patti atipici sulla responsabilità patrimoniale.

4. Il pegno mobiliare non possessorio

³¹⁸ Così per LUMINOSO A., *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 24 e per RUSSO D., *Oltre il patto marciano*, cit., p. 70.

³¹⁹ Dubita di tale possibilità PIRAINO F., *L’inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciano*, in *I nuovi marciati*, cit., p. 190; per DE BELVIS E., *L’esecuzione privatizzata*, cit., p. 154 altresì l’escussione della garanzia ha effetto esdebitativo.

³²⁰ MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 328.

³²¹ Così ancora MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 329.

Il nuovo pegno non possessorio si inserisce nel percorso evolutivo del sistema delle garanzie reali, ormai volto ad assegnare centralità all'autonomia privata, specie nella fase esecutiva³²².

Difatti, vista l'urgenza di introdurre misure a sostegno delle imprese e di accelerazione dei tempi di recupero dei crediti nelle procedure esecutive e concorsuali, il Legislatore ha delineato la disciplina del nuovo pegno non possessorio all'art. 1 del d.l. n. 59 del 2016 ("decreto banche") e convertito poi con modificazioni, dalla l. n. 119 del 2016 recante "disposizioni urgenti in materia di procedure esecutive e concorsuali, nonché a favore degli investitori in banche in liquidazione"³²³.

In base all'art. 1 del d.l. n. 59 del 2016, come modificato in sede di conversione, il pegno non possessorio garantisce i crediti concessi ad imprenditori iscritti nel registro delle imprese ed è costituito su beni mobili, anche immateriali, o su crediti inerenti all'esercizio dell'impresa.

L'istituto in esame si caratterizza per l'assenza di spossessamento e l'opponibilità ai terzi è garantita con l'"iscrizione" del pegno in un registro

³²² MARINO R., *Il pegno non possessorio quale strumento funzionale all'autotutela soddisfatta del creditore: profili evolutivi*, in *Banca Borsa Titoli di credito*, 2018, p. 762 e ne *ilcaso.it*, p. 2.

³²³ Sui contributi all'indomani del "decreto banche": GABRIELLI E., *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – una garanzia reale senza possesso*, in *Giur. it.*, 2017, p. 1715 e ss; ACHILLE D., *Il pegno non possessorio*, in *Libro dell'anno del diritto*, Milano, 2017, p. 40; AMBROSINI S., *Il pegno non possessorio ex lege n. 119/2016*, in *ilcaso.it*; BROGI R., *D.L. 59/2016: prime notazioni sul pegno mobiliare non possessorio*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 6 maggio 2016; DIANA A., *Il sistema delle garanzie del credito*, Padova, 2018 p. 397; FINOCCHIARO G., *D.L. Banche in G.U.: le modifiche al processo civile*, in *quotidianogiuridico.it*, 2016; LAMANNA F., *"Decreto banche": ipertutela del credito e ritocchi telematici alla legge fallimentare*, in *Il civilista*, Milano, 2016; LUCCI M., *Brevi note in tema di pegno rotativo e nuovo pegno senza spossessamento*, in *Foro.it*, 2016, p. 2151; ORLANDO M., *Prime riflessioni sul DL 59/2016 (c.d. "Decreto banche")*, in *Il Fallimentarista*, 9 maggio 2016.

informatizzato presso l’Agenzia delle Entrate, il *Registro dei pegni non possessori*³²⁴.

La peculiarità dell’istituto riguarda non tanto la costituzione del pegno prescindendo dallo spossessamento del debitore oppignorato o del terzo datore, quanto, come per gli istituti precedentemente analizzati, le speciali facoltà riconosciute al creditore garantito durante la fase di escussione del credito³²⁵.

Difatti, anche in questo caso, il Legislatore ha codificato un’altra ipotesi di cautela marciiana e ha disciplinato un meccanismo di autotutela esecutiva, proseguendo nella linea evolutiva già tracciata dal d.lgs. n. 170 del 2004 in materia di contratti di garanzia finanziaria³²⁶.

Prima di esaminare la nuova cautela marciiana si accenna all’origine dell’istituto e alla struttura contrattuale sottostante.

L’istituto è mutuato dalle esperienze di *common law* e dagli ordinamenti di Germania, Francia, Spagna, Olanda e Belgio che hanno di recente posto in essere una riforma organica delle garanzie reali mobiliari, superando il generale disfavore verso le garanzie non possessorie, tradizionalmente accusate di rimanere “occulte”³²⁷.

³²⁴ GABRIELLI E., *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – una garanzia reale senza possesso*, cit., p. 1715 ritiene che il testo normativo sia “deprimente” e sciatto, incomprensibile e approssimativo nell’uso delle nozioni giuridiche, sovente impiegate in modo atecnico: esempio ne è l’”iscrizione” del pegno o dove si legge al comma 4 che il pegno prende “grado”. Sul registro: CONFORTI S., *Il registro dei pegni non possessori*, in *Rivista dell’esecuzione forzata*, 2022, p. 209.

³²⁵ CATALANO R., *Il pegno mobiliare non possessorio ex lege n. 119/2016*, Napoli, 2018, p. 2.

³²⁶ RUSSO D., *Oltre il patto marciiano*, cit., p. 18.

³²⁷ MURINO F., *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, in *Banca Borsa Titoli di credito*, 2017, p. 231 offre importanti approfondimenti dal punto di vista comparatistico cui si rimanda la lettura. Nella presente ricerca gli aspetti comparativi sono esaminati nel Quinto Capitolo. Sull’influenza delle riforme europee in materia di garanzia mobiliare si veda anche la Relazione illustrativa del Capo I del d.l. n. 59 del 2016 in *giustizia.it*.

Nell'ordinamento italiano, il pegno non possessorio è una fattispecie sorta dalla prassi, le cui regole applicative sono state delineate dalla giurisprudenza sul pegno rotativo³²⁸.

L'introduzione legislativa dell'istituto era già stata, in realtà, sollecitata nel dibattito dottrinale da molto tempo, prima ancora dello sviluppo compiuto di analisi comparatistiche³²⁹.

Solo nel 2016, infine, il Legislatore ha positivizzato il pegno non possessorio, senza però alcun coordinamento con le discipline di settore in materia di pegno rotativo³³⁰.

Quanto al perimetro applicativo, l'art. 1 d.l. n. 59 del 2016 prevede limitazioni sia dal punto di vista soggettivo e che oggettivo.

Con riguardo all'ambito soggettivo di applicazione della disciplina, i soggetti abilitati a costituire il pegno non possessorio sono solo gli imprenditori iscritti nel registro delle imprese.

Sono, quindi, esclusi i piccoli imprenditori commerciali e gli imprenditori agricoli non iscritti al registro.

³²⁸ BARILLÀ G.B., *Pegno non possessorio e patto marciano: dalla tutela statica del credito alle nuove forme di garanzia*, in *Giur. comm.*, 2017, p. 583.

³²⁹ MURINO F., *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, cit., p. 231 e sull'ipoteca mobiliare: RUBINO, *L'ipoteca mobiliare e immobiliare*, Milano, 1956 e GENTILE, *La trascrizione mobiliare*, Napoli, 1961. Sui primi studi comparatistici sul pegno senza spossessamento: TRAPANI, *Il cd pegno mediante compossesso e il pegno senza spossessamento*, Milano, 1963; TUCCI G., *Garanzie sui crediti dell'impresa e spossessamento*, Milano, 1974; PIEPOLI G., *Garanzia sulle merci e spossessamento*, Napoli, 1980.

³³⁰ MURINO F., *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, cit., p. 231; BARILLÀ G.B., *Pegno non possessorio e patto marciano: dalla tutela statica del credito alle nuove forme di garanzia*, p. 583: si ricordano i precedenti normativi nel pegno su prodotti agroalimentari (l. n. 401 del 1985 e n. 122 del 2001); l'art. 46 T.U.B. e il d.lgs. 170 del 2004 per quanto riguarda i rimedi in autotutela e la stessa rotatività. Per la bibliografia sul pegno rotativo si rimanda al Capitolo precedente. Per MARINO R., *Il pegno non possessorio quale strumento funzionale all'autotutela soddisfattiva del creditore: profili evolutivi*, cit., p. 762 e ss la norma in commento è *lex specialis* rispetto alle altre discipline.

Tuttavia, si è sostenuto che tale forma di pegno può essere costituito anche a garanzia dell'adempimento di un imprenditore non iscritto nel registro delle imprese³³¹, poiché la disposizione consente che l'imprenditore iscritto sia terzo datore di pegno.

Precisamente, la norma fa riferimento sia ai crediti concessi all'imprenditore costituente, sia ai crediti concessi a terzi con garanzia rilasciata sui propri beni.

Dunque, dal tenore letterale della norma, i requisiti soggettivi sono prestabiliti con riferimento al solo debitore o terzo datore, e non anche al creditore³³².

Al riguardo, un profilo discusso è quello relativo alla definizione degli effetti in caso di perdita dei requisiti soggettivi legali da parte del debitore o del terzo datore, dell'escussione della garanzia o dell'adempimento del debito garantito.

In dottrina, si esclude qualsivoglia soluzione che pregiudichi il creditore poiché non responsabile delle vicende imprenditoriali del concedente. Altrimenti, si potrebbe contravvenire al principio di tutela dell'affidamento e, non solo, si potrebbero favorire comportamenti abusivi da parte del debitore³³³. Si ritiene, quindi, che le vicende successive dalle quali derivi la

³³¹ MARSEGLIA R., *L'evoluzione della disciplina dei pegni non possessori*, Torino, 2018, p. 155; MURINO F., *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, cit., p. 231 e ss. Contra: GABRIELLI E., *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – una garanzia reale senza possesso*, cit., p. 1715.

³³² CATALANO R., *Il pegno mobiliare non possessorio ex lege n. 119/2016*, cit., p. 9.

³³³ CATALANO R., *Il pegno mobiliare non possessorio ex lege n. 119/2016*, cit., p. 12: il debitore potrebbe dapprima convincere il creditore a concedere la sovvenzione nella convinzione di potersi avvalere dei più efficaci meccanismi di garanzia previsti dalla l. n. 119 del 2016 e poi, una volta ottenuto il finanziamento, dismettere l'attività esercitata ed agire giudizialmente ex art. 1 comma 6 per ottenere la cancellazione della garanzia dal registro a causa del venire meno dei requisiti legali soggettivi.

perdita dei requisiti legali soggettivi non sarebbero in grado di rendere la garanzia inefficace³³⁴.

Con riferimento all'ambito oggettivo di applicazione, la dottrina ipotizza che i beni dell'impresa possano costituire garanzia di operazioni di finanziamento non bancario, potendo la norma in commento trovare applicazione anche in operazioni di cartolarizzazione dei crediti o di emissione di cd *minibond* da parte dell'impresa³³⁵.

Quanto ai crediti garantiti, il Legislatore espressamente prescrive che il pegno possa costituirsi a garanzia di crediti presenti o futuri, se determinati o determinabili e con la previsione dell'importo massimo garantito, con una soluzione in linea alla disciplina che vieta la fideiussione *omnibus*³³⁶.

Per quel che concerne i beni costituiti in pegno, il comma secondo prevede che la garanzia possa essere costituita su tutti i beni mobili, a cui si sono aggiunti, con le modifiche in sede di conversione, anche i beni immateriali, nonché i crediti tutti inerenti o destinati all'esercizio dell'impresa³³⁷.

Sono, invece, espressamente esclusi i beni mobili registrati per i quali l'art. 2810 c.c. prevede come forma di garanzia solo l'ipoteca.

³³⁴ CATALANO R., *Il pegno mobiliare non possessorio ex lege n. 119/2016*, cit., p. 13.

³³⁵ Per un approfondimento: MURINO F., *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, cit., p. 231; BARILLÀ G.B., *Pegno non possessorio e patto marciano: dalla tutela statica del credito alle nuove forme di garanzia*, p. 583; MARINO R., *Il pegno non possessorio quale strumento funzionale all'autotutela satisfattiva del creditore: profili evolutivi*, cit., p. 762 e ss.

³³⁶ MARINO R., *Il pegno non possessorio quale strumento funzionale all'autotutela satisfattiva del creditore: profili evolutivi*, cit., p. 762 e ss; CAMPOBASSO M., *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2017, p. 711.

³³⁷ Sono salve le garanzie sulla proprietà industriale che restano disciplinate dagli artt. 138 e 140 c.p.i.: MURINO F., *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, cit., p. 231 e ss che approfondisce anche il pegno sul diritto di autore.

Inoltre, una delle caratteristiche principali del pegno non possessorio è la separazione tra attuazione del vincolo sul bene mediante iscrizione nel registro e gestione dello stesso bene da parte dell'imprenditore³³⁸.

Difatti, il debitore e il terzo concedente, ove non diversamente disposto, sono autorizzati a trasformare, alienare o comunque disporre dei beni gravati dal pegno.

Così, analogamente al modello del pegno rotativo, il vincolo di garanzia si trasferisce al prodotto risultante dalla trasformazione, o al corrispettivo della cessione o al bene sostitutivo acquistato con il corrispettivo, senza che ciò comporti costituzione di una nuova garanzia³³⁹.

Permangono dei dubbi nel caso in cui il nuovo bene risultante dal processo di trasformazione non rispetti la destinazione economica dell'impresa. In tale evenienza, la dottrina si interroga quali siano gli effetti di tale evento sulla garanzia costituita. Per la tesi prevalente, è sufficiente che la nuova garanzia sia capiente e il fatto che il bene non sia destinato economicamente all'esercizio dell'impresa non causi l'inefficacia della garanzia stessa³⁴⁰.

Quanto ai requisiti di validità, il pegno non possessorio è un contratto consensuale e non un accordo reale, per cui non è richiesta la consegna, bensì la forma scritta *ad substantiam* con l'indicazione del "creditore, del debitore, l'eventuale terzo concedente il pegno, la descrizione del bene dato in

³³⁸ GABRIELLI E., *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – una garanzia reale senza possesso*, cit., p. 1717.

³³⁹ GABRIELLI E., *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – una garanzia reale senza possesso*, cit., p. 1717: "il pegno possessorio (..) contiene elementi di rotatività della garanzia, ma rispetto alla fattispecie del pegno rotativo si differenzia in ragione del fatto che il pegno rotativo (..) rientra nello schema legale del pegno, seppure in forma "anomala", laddove il pegno non possessorio invece, si caratterizza rispetto al pegno come un suo sottotipo".

³⁴⁰ GABRIELLI E., *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – una garanzia reale senza possesso*, cit., p. 1717 e MARSEGLIA R., *L'evoluzione della disciplina dei pegni non possessori*, cit., p. 158 ritengono che la garanzia sia comunque valida.

garanzia, del credito garantito e l'indicazione dell'importo massimo garantito”³⁴¹.

Proseguendo nell'indagine della disciplina del pegno non possessorio, è molto interessante il meccanismo tramite il quale si realizza l'opponibilità del vincolo ai terzi.

L'effetto della garanzia verso i terzi e i creditori, in particolare, si realizza esclusivamente a seguito dell'“iscrizione” dell'atto costitutivo in un registro informatizzato presso l'Agenzia delle Entrate³⁴².

L'iscrizione instaura un regime di pubblicità dichiarativa che dura dieci anni, salvo rinnovo³⁴³. L'iscrizione, quindi, ha lo scopo di rendere opponibile ai terzi e ai creditori la costituzione della garanzia mobiliare, in assenza della quale il pegno resta efficace solo *inter-partes*, senza produrre l'opponibilità all'esterno, né l'esistenza della prelazione³⁴⁴.

³⁴¹ Art. 1, comma 3 d.l. n. 59 del 2016.

³⁴² Sulle problematiche che pone l'interpretazione del quarto comma sull'iscrizione del pegno si rimanda approfonditamente a MARSEGLIA R., *L'evoluzione della disciplina dei pegni non possessori*, cit., p. 161 e ss.; CONFORTI S., *Il registro dei pegni non possessori*, cit., p. 209.

³⁴³ La dottrina critica la tecnica redazionale utilizzata dal legislatore: l'accostamento dei termini “rinnovabile” e “nuova iscrizione” evoca al contempo sia l'art. 2848 c.c. rubricato “Nuova iscrizione dell'ipoteca” e sia l'art. 2850 c.c. rubricato “Formalità per la rinnovazione” e non è chiaro se la norma faccia riferimento ad una fattispecie di rinnovazione o di nuova iscrizione. La differenza non è di poco conto poiché la nuova iscrizione fa sì che la garanzia prenda grado dalla data della nuova formalità pubblicitaria, mentre la rinnovazione si limita a prorogare la durata senza modificare il grado. La lettura combinata del comma sesto fa propendere per una rinnovazione. Si veda CATALANO R., *Il pegno mobiliare non possessorio ex lege n. 119/2016*, cit., p. 42.

³⁴⁴ CATALANO R., *Il pegno mobiliare non possessorio ex lege n. 119/2016*, cit., p. 38: “tale iscrizione, quindi, non vale né come pubblicità costitutiva (come quella prevista per l'ipoteca) né come pubblicità notizia, essendo qualificabile come pubblicità dichiarativa, ossia come pubblicità funzionalmente volta a far sì che gli effetti del contratto costitutivo del pegno non possessorio si producano nei confronti dei terzi e dei creditori”.

L'art. 1 comma 4 del d.l. n. 59 del 2016 nella sua versione originaria prevedeva, invece, un regime di pubblicità costitutiva per il pegno non possessorio, modificato poi in sede di conversione dalla l. n. 119 del 2016³⁴⁵.

Inoltre, la legge di conversione ha aggiunto l'inciso per cui "dal momento dell'iscrizione il pegno prende grado": l'iscrizione, dunque, costituisce altresì il mezzo tramite il quale risolvere i conflitti tra creditori pignorati, dei quali sarà preferito chi ha iscritto nel momento anteriore³⁴⁶.

La soluzione adottata è quella dell'art. 2852 c.c. che similmente prevede che l'ipoteca "prende grado dal momento della sua iscrizione".

Così, il Legislatore, per risolvere l'ipotesi del conflitto tra più creditori, ha esteso al pegno il criterio vigente per le ipoteche, per cui l'ordine di preferenza dei creditori va definito in base all'antiorità dell'iscrizione del loro diritto con ciò aprendo ad una applicazione analogica dell'art. 2843 c.c. alle iscrizioni nel *Registro dei pegni non possessori*³⁴⁷.

Una deroga molto rilevante a tale regola è contenuta, però, nel comma successivo ove il Legislatore ha riconosciuto un privilegio speciale mobiliare che *ex art. 2748 c.c.*, prevalente sulla garanzia pignorizia, per i finanziamenti relativi all'acquisto di un bene destinato all'esercizio dell'impresa garantito da riserva di proprietà.³⁴⁸

Come anticipato, l'aspetto più interessante della disciplina del pegno possessorio riguarda la fase di realizzazione della garanzia. Le regole della fase esecutiva, infatti, dimostrano come una delle peculiarità dell'istituto sia la capacità di realizzare con immediatezza temporale e snellezza di regole

³⁴⁵ MARSEGLIA R., *L'evoluzione della disciplina dei pegni non possessori*, cit., p. 162.

³⁴⁶ CATALANO R., *Il pegno mobiliare non possessorio ex lege n. 119/2016*, cit., p. 39: "quindi, delle iscrizioni effettuate nello stesso giorno, prevarrà quella che ha il numero d'ordine più basso".

³⁴⁷ CATALANO R., *Il pegno mobiliare non possessorio ex lege n. 119/2016*, cit., p. 40.

³⁴⁸ CAPUTO L. – CAPUTO M., *I pegni*, Milano, 2017, p. 120.

processuali l'autotutela esecutiva del creditore pignoratorio e, quindi, la possibilità di agevolare la realizzazione forzata della funzione di garanzia³⁴⁹.

In particolare, di fronte ad un evento che determina l'escussione del pegno, l'art. 1 comma 7 d.l. n. 59 del 2016 prevede una serie di facoltà per il creditore, distinguibili in due categorie: due facoltà previste *ex lege* e due facoltà che richiedono un'espressa pattuizione delle parti³⁵⁰. Si distinguono ovvero quattro modalità di realizzo della garanzia che segnano il passaggio dall'autotutela esecutiva coattiva a quella consensuale modulata dall'autonomia privata³⁵¹.

Nel novero delle facoltà attribuite *ex lege* al creditore è, anzitutto, previsto che possa procedere alla vendita dei beni oggetto del pegno trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del credito, fino a concorrenza della somma garantita e con l'obbligo di informare immediatamente per iscritto il datore della garanzia dell'importo ricavato e di restituire contestualmente l'eccedenza³⁵².

In questa prima forma di autotutela esecutiva, la norma precisa che “la vendita è effettuata dal creditore tramite procedure competitive anche avvalendosi di soggetti specializzati, sulla base di stime effettuate, salvo il

³⁴⁹ GABRIELLI E., *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – una garanzia reale senza possesso*, cit., p. 1718.

³⁵⁰ Rispetto al d.lgs. n. 170 del 2004, ogni opzione è comunque assoggettata all'obbligo della “previa intimazione notificata, anche direttamente dal creditore a mezzo di posta elettronica certificata, al debitore e all'eventuale terzo concedente il pegno” e del “previo avviso scritto agli eventuali titolari di un pegno non possessorio trascritto nonché al debitore del credito oggetto del pegno”. Per BAGHI I., *L'esordio del pegno mobiliare non possessorio: riflessioni sui profili processuali*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 1380 l'intimazione è assimilabile ad un atto unilaterale di messa in mora avente natura di atto sostanziale e non processuale in quanto a differenza dell'art. 480, comma 1, c.p.c. che deve contenere l'avvertimento che in mancanza di adempimento si procederà a esecuzione forzata, qui il mancato adempimento consente al creditore di accedere ad una delle modalità di realizzazione di cui al comma 7 della legge.

³⁵¹ MARINO R., *Il pegno non possessorio quale strumento funzionale all'autotutela soddisfattiva del creditore: profili evolutivi*, cit., p. 762 e ss.

³⁵² Art. 1, comma 7, lettera a) d.l. n. 59 del 2016.

caso di beni di non apprezzabile valore, da parte di operatori esperti, assicurando, con adeguate forme di pubblicità, la massima informazione e partecipazione degli interessati; l'operatore esperto è nominato di comune accordo tra le parti o, in mancanza, è designato dal giudice; in ogni caso è effettuata, a cura del creditore, la pubblicità sul portale delle vendite pubbliche di cui all'art. 490 del codice di procedura civile”.

Oppure, quale seconda modalità di realizzo, il creditore ha la facoltà di procedere alla escussione o cessione dei crediti oggetto di pegno fino a concorrenza della somma garantita dandone comunicazione al datore della garanzia³⁵³.

Ancora, quale terza modalità, quando la tipologia di bene dato in pegno lo consenta e ove previsto nel contratto di pegno e iscritto nel registro, il creditore può altrimenti procedere alla locazione del bene oggetto del pegno imputando i canoni a soddisfacimento del proprio credito fino a concorrenza della somma garantita, a condizione che il contratto preveda i criteri e le modalità di determinazione del corrispettivo della locazione; il creditore pignoratizio comunica immediatamente per iscritto al datore della garanzia stessa il corrispettivo e le altre condizioni della locazione pattuite con il relativo conduttore³⁵⁴.

Infine, come quarta e ultima modalità di tipo pattizio, il creditore ha la facoltà di procedere all'appropriazione dei beni oggetto del pegno fino a concorrenza della somma garantita, a condizione che il contratto preveda anticipatamente i criteri e le modalità di valutazione del valore del bene oggetto di pegno e dell'obbligazione garantita; ove decida di agire in tal

³⁵³ Art. 1 comma 7 lett. b) d.l. n. 59 del 2016.

³⁵⁴ Art. 1 comma 7 lett. c) d.l. n. 59 del 2016. CAMPOBASSO M., *Il pegno non possessorio. “Pegno”, ma non troppo*, cit., p. 729 ritiene la disposizione coerente con l'art. 2972 c.c. secondo cui il creditore pignoratizio può, con il consenso del datore di garanzia, concedere ad altri il godimento della cosa, imputando l'utile ricavato prima alle spese e agli interessi e poi al capitale.

senso, comunica immediatamente per iscritto al datore della garanzia il valore attribuito al bene ai fini dell'appropriazione³⁵⁵.

Dunque, nell'ampio ventaglio delle facoltà del creditore, il Legislatore ha predisposto una tutela di natura sostanziale del debitore o del terzo costituente la garanzia utilizzando ancora una volta, il meccanismo del patto marciano. Dunque, a seguito della vendita, previa stima del bene da parte di un terzo, l'eccedenza viene restituita al debitore³⁵⁶.

Con riferimento alla procedura di escussione del pegno non possessorio, il Legislatore ha delineato un *iter* procedurale articolato che prevede l'intervento dell'ufficiale giudiziario e ove il contratto di pegno "iscritto" funge da titolo esecutivo³⁵⁷.

A differenza dell'assegnazione in pagamento prevista dalla disciplina di diritto comune (artt. 2798, 2804 c.c.), non è prevista una domanda giudiziale per procedere all'appropriazione, con conseguente minore controllo pubblico sull'esercizio del potere di autotutela esecutiva del creditore³⁵⁸.

La positivizzazione della disciplina del pegno non possessorio, in sintesi, è stata definita come un tentativo di legittimare varie forme di marciatori³⁵⁹ e, in considerazione di ciò, vi è chi ritiene che sia destinato a cambiare per sempre il sistema delle garanzie reali mobiliari poiché esso consentirebbe di

³⁵⁵ Art. 1 comma 7 lett. d) d.l. n. 59 del 2016.

³⁵⁶ GABRIELLI E., *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – una garanzia reale senza possesso*, cit., p. 1718.

³⁵⁷ Per un approfondimento: MURINO F., *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, cit., p. 231 e ss.

³⁵⁸ CAMPOBASSO M., *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, cit., p. 729: "pertanto, a tutela del datore di garanzia il contratto deve prevedere anticipatamente i criteri e le modalità di valutazione del bene oggetto di pegno e dell'obbligazione garantita".

³⁵⁹ MARSEGLIA R., *L'evoluzione della disciplina dei pegni non possessori*, cit., p. 176; per MARINO R., *Il pegno non possessorio quale strumento funzionale all'autotutela soddisfatta del creditore: profili evolutivi*, cit., p. 762 e ss il patto di cui pegno non possessorio rappresenta un'evoluzione di quello già introdotto con il d.lgs. n. 170 del 2004.

raggiungere il risultato dell'adeguamento del sistema alle mutate esigenze del mercato creditizio³⁶⁰.

La norma così contribuisce ad alimentare l'annoso dibattito dottrinale sul ruolo svolto da tali nuovi istituti. La questione riguarda la natura di tali norme, se siano esse norme eccezionali insuscettibili di applicazione analogica o se siano, invece, norme di sistema da cui è possibile dedurre principi generali applicabili ad altre fattispecie atipiche.

Per garantire, tuttavia, la sicurezza dei traffici giuridici, si auspica un intervento legislativo volto ad introdurre nel Codice civile un ipotetico articolo 2744 *bis* c.c., così da ammettere la generale liceità del patto marciano³⁶¹.

In assenza di tale intervento, nel frattempo, si ritiene la norma in esame sia un utile argomento sistematico per sostenere l'ammissibilità di patti sulla garanzia patrimoniale generica.

Non solo, dalla disciplina del pegno non possessorio si può trarre lo spunto per ideare un sistema pubblicitario simile al menzionato meccanismo dell'"iscrizione" in apposito registro informatizzato presso l'Agenzia delle Entrate³⁶².

Come sarà meglio approfondito nel prosieguo, altri Stati europei con la riforma delle garanzie mobiliari hanno già adottato una simile soluzione.

Solo ad esempio, in Francia, gli artt. 2333 e 2337 *Code civil* come modificati nel 2006, disciplinano una peculiare forma di pegno non

³⁶⁰ CAPUTO L. – CAPUTO M., *I pegni*, Milano, 2017, p. 120.

³⁶¹ MARSEGLIA R., *L'evoluzione della disciplina dei pegni non possessori*, cit., p. 176; D'AMICO G., *La resistibile ascesa del patto marciano*, in *Europa e Diritto Privato*, 2017, p. 1; BRIANDA G., *Le prospettive del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria lex mercatoria e tradizione*, in *Contr. e impr.*, 3, 2016, p. 799; PAGLIANTINI S., *Sull'art. 48 bis T.U.B.*, in *I nuovi marciiani*, Torino, 2017, p. 102.

³⁶² CONFORTI S., *Il registro dei pegni non possessori*, cit., p. 209.

possessorio, eventualmente rotativo ed opponibile ai terzi a mezzo della iscrizione in un pubblico registro *ex art. 2340 Code civil*³⁶³.

Così in Spagna, è vigente un pubblico registro ove iscrivere per renderle opponibili ai terzi particolari fattispecie di garanzie reali mobiliari rotative e senza spossamento disciplinate dalla *Ley sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión*³⁶⁴.

Come anticipato, nell'ordinamento italiano, anche l'iscrizione del pegno non possessorio ha efficacia dichiarativa ai fini dell'opponibilità del patto ai terzi e ai creditori e, per di più, si è affermata l'applicazione analogica dell'art. 2843 c.c. per quanto riguarda i criteri di preferenza dei creditori in base all'antiorità dell'iscrizione del loro diritto³⁶⁵.

Parimenti, per i patti limitativi della responsabilità atipici, l'istituzione di un pubblico registro sarebbe utile per far sì che gli effetti del contratto costitutivo della garanzia mobiliare si producano nei confronti dei terzi e creditori, prevenendo eventuali conflitti.

Giova evidenziare ai fini della presente trattazione che il registro informatizzato per la costituzione della prelazione del pegno non possessorio non rappresenta un *unicum* nel panorama legislativo. Il paradigma normativo tradizionale si rinviene in due garanzie speciali che costituiscono il nucleo dell'incompiuta elaborazione dell'ipoteca mobiliare, ossia l'ipoteca navale e aeronautica (cd *pegno navale*) e l'ipoteca automobilistica³⁶⁶. Non solo, anche altre svariate forme di garanzie reali sorgono già con il compimento di formalità pubblicitarie. Basti solo ricordare la trascrizione dei privilegi industriali per i quali viene prevista la trascrizione nei registri della

³⁶³ AYNÈS L. –CROCQ P., *Les Sûretes. La publicité foncière*, Parigi, 2008, n. 500, p. 214.

³⁶⁴ *Ley del 16 dicembre 1954*, BOE-A-1954-15448.

³⁶⁵ Per AVOLIO C., *Il pegno non possessorio nel fallimento*, in *Giur. Comm.*, 2019, p. 267 e ss il pegno non possessorio è un pegno a tutti gli effetti sia pure con taluni profili di diversità alla matrice del pegno codicistico.

³⁶⁶ CHIANALE A., *Evoluzione e prospettive nel sistema delle garanzie reali*, Torino, 2020, p. 9.

cancelleria del tribunale *ex art. 1524 c.c.*; le garanzie su privative industriali titolate con trascrizione nel Registro italiano marchi e brevetti *ex art. 138 c.p.i.*; le garanzie sui diritti economici di sfruttamento delle opere filmiche che si costituiscono mediante trascrizione nell'apposito Registro *ex art. 32, l. 14 dicembre 2016 n. 220*³⁶⁷.

Alla presenza di un sistema di pubblicità legale per la costituzione delle garanzie seguirebbe poi una revisione delle regole di soluzione dei conflitti con i terzi in buona fede. In linea con le soluzioni adottate in altri Paesi³⁶⁸, l'esistenza di una pubblicità legale consultabile dai terzi dovrebbe sterilizzare la regola di cui all'art. 1153 c.c. e rendere opponibile la garanzia resa pubblica anche nei confronti del terzo acquirente ignaro della garanzia che riceve il possesso del bene³⁶⁹.

5. I contratti di finanziamento alle imprese

Infine, si analizza volutamente per ultima la novità legislativa contenuta nell'art. 48 *bis* T.U.B. poiché è ancora molto discussa la sua reale natura.

La dottrina, infatti, è divisa nel riconoscere o meno l'effetto abdicativo dell'universalità della garanzia patrimoniale generica attraverso

³⁶⁷ Per una completa trattazione: CHIANALE A., *Le garanzie reali*, in *Tratt. Dir. priv.*, diretto da IUDICA – ZATTI, Milano, 2019, p. 505 e ss: talvolta la formalità pubblicitaria ha per oggetto beni futuri, come l'ipoteca su navi e aeromobili in costruzione (artt. 566 e 1028 cod. nav.). Nel panorama italiano non vi è la pubblicità di una semplice dichiarazione che preceda la concessione del finanziamento. Diversamente, secondo l'art. 9 UCC e secondo varie *personal property security laws* di *common law* (Canada, Australia, Nuova Zelanda) la pubblicità di un mero *financial statement* fa sorgere la prelazione di un creditore prima ancora che venga concesso il finanziamento.

³⁶⁸ In Francia, l'art. 2337 *Code civil* prevede che il terzo acquirente non può invocare l'acquisto in buona fede e subisce il gravame del pegno; in Germania, il paragrafo 932 BGB protegge l'acquisto del terzo se la buona fede non deriva da grave negligenza.

³⁶⁹ CHIANALE A., *Evoluzione e prospettive nel sistema delle garanzie reali*, cit., p. 10.

l'esdebitazione del residuo ove l'escussione della garanzia sia insufficiente rispetto al credito iniziale.

Per taluni, l'effetto abdicativo non è ammissibile poiché non espressamente previsto dalla legge secondo quanto richiesto ai sensi dell'art. 2740 comma 2 c.c.

Per altro e opposto orientamento, l'effetto esdebitatorio è ammesso implicitamente, così come avviene per gli istituti di cui all'art. 11 *quaterdecies* comma 12 *quater* d.l. n. 203 del 2005 e art. 120 *quinqüesdecies* comma 3 T.U.B. ove il Legislatore presuppone l'estinzione del debito anche se la garanzia è incapiente³⁷⁰.

Le incertezze derivano dalle ambiguità del testo normativo dell'art. 48 *bis* T.U.B., introdotto dall'art. 2 d.l. n. 59 del 2016, convertito con modificazioni dalla l. n. 119 del 2016, recante “Finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato”³⁷¹.

Anche quest'innesto normativo si inserisce all'interno di un più ampio progetto del Legislatore volto a semplificare e rendere più flessibile il sistema delle garanzie del credito, secondo le indicazioni europee e alla luce delle analisi comparative³⁷².

In base a tale norma, il contratto di finanziamento tra una banca e un imprenditore può essere corredato di una clausola marciana che preveda al verificarsi di un inadempimento qualificato del debitore, la facoltà per il creditore di attivare un procedimento che si conclude con il trasferimento

³⁷⁰ MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 329.

³⁷¹ PAGLIANTINI S., *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – Spigolando intorno all'art. 48 bis T.U.B.: specialità (di trattamento) e principio di proporzionalità delle garanzie?* in *Giur. it.*, 2017, p. 1719 ritiene la disposizione sia “confezionata secondo una foggia che la fa scopertamente somigliare (se non ad un mostriciattolo) al vestito di Arlecchino”.

³⁷² MARI D., *Il patto marciano: un'analisi critica del nuovo art. 40 bis T.U.B.*, in *Rivista del notariato*, 2016, p. 1111.

della proprietà di un immobile, attraverso il quale soddisfare il proprio credito.³⁷³

La previsione legittima, dunque, un tipo di “alienazione in garanzia”, ossia il trasferimento della proprietà di un immobile subordinato alla condizione sospensiva dell’inadempimento. La reale portata della norma, si coglie nell’ammissibilità di tale operazione, superando l’orientamento giurisprudenziale avverso ad ogni tipo di alienazione subordinata al fatto dell’inadempimento³⁷⁴.

In particolare, il patto concluso tra imprenditore e banca configura un contratto “*b2b*”, ma è altresì possibile che l’immobile oggetto della garanzia possa appartenere ad un terzo, coniuge o parente entro il terzo grado, esclusi però gli immobili adibiti ad abitazione principale³⁷⁵.

Nell’esegesi della disciplina legislativa, merita attenzione la predeterminazione da parte del Legislatore di un inadempimento qualificato perché possa avverarsi la condizione sospensiva cui è subordinato il trasferimento del bene³⁷⁶. Si richiede che ove sia previsto un obbligo di rimborso a rate mensili, si debba cumulare l’inadempimento di almeno tre rate per oltre nove mesi dalla scadenza; o per oltre nove mesi dalla scadenza, anche di una sola rata ove il rimborso rateale sia previsto in termini di scadenza superiori al periodo mensile; o per oltre nove mesi, quando non è prevista la restituzione mediante pagamenti da effettuarsi in via rateale³⁷⁷.

³⁷³ D’AMICO G., *La resistibile ascesa del patto marciano*, in *I nuovi marciani*, cit., p. 10. Di contrario avviso RUSSO D., *Oltre il patto marciano*, cit., p. 64 il quale non ritiene che la norma tipizzi una clausola marciana, bensì introduce una vera deroga al patto commissorio, ma con dei limiti.

³⁷⁴ RUSSO D., *Oltre il patto marciano*, cit., p. 56.

³⁷⁵ Art. 48 *bis*, comma terzo T.U.B.

³⁷⁶ LUMINOSO A., *Patto marciano e sottotipi*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1411.

³⁷⁷ Resta ferma, comunque, l’elevazione del periodo d’inadempienza da nove a dodici mesi nel caso in cui il finanziamento sia già stato rimborsato nella misura dell’85 %: v. art. 48 *bis*, comma cinque T.U.B.

Una parte della dottrina ha rilevato delle criticità al riguardo, ritenendo che la qualificazione dell'inadempimento in rate mensili anziché in percentuale rispetto al credito determina il rischio che la banca possa azionare la clausola marciana sia quando l'inadempimento non sia ancora così grave da giustificare l'escussione della garanzia, sia quando ormai, invece, sia troppo elevato³⁷⁸.

D'altra parte, è stato altresì osservato che attraverso termini dilatori la norma con finalità protettiva consente al debitore di rimediare all'inadempimento³⁷⁹.

Verificatosi l'inadempimento, subentrano altre condizioni per l'operatività del patto. In particolare, si individuano una serie di condizioni causali, potestative e miste che, insieme ad altri requisiti, determinano una "fattispecie a formazione progressiva"³⁸⁰.

Precisamente, l'effetto del patto si verifica solo dopo che il creditore abbia notificato formalmente al debitore di volersi avvalere dell'accordo, precisando l'ammontare del credito per cui si procede, e solo dopo che siano trascorsi sessanta giorni da tale dichiarazione³⁸¹.

Non solo, il creditore è tenuto a chiedere al Presidente del Tribunale del luogo in cui si trova l'immobile a nominare un perito per la stima e, una volta accertata, il creditore deve versare la differenza tra il valore dell'immobile e il minore ammontare del debito³⁸².

Nel caso sia in corso un procedimento esecutivo come disciplinato nel decimo comma, viene solo differentemente configurato il controllo sul potere di autosoddisfacimento³⁸³.

³⁷⁸ D'AMICO G., *La resistibile ascesa del patto marciano*, in *I nuovi marciali*, cit., p. 14.

³⁷⁹ RUSSO D., *Oltre il patto marciano*, cit., p. 60.

³⁸⁰ RUSSO D., *Oltre il patto marciano*, cit., p. 60.

³⁸¹ Art. 48 *bis*, comma quinto, T.U.B.

³⁸² Art. 48 *bis*, comma sesto, T.U.B.

³⁸³ LENZI R., *Recenti riforme in tema di garanzie del credito bancario*, Studio n. 1-2017/C, Consiglio nazionale del notariato, in *notariato.it*.

Infatti, l'efficacia del patto non è esclusa e prevale sulle iscrizioni e trascrizioni successive alla trascrizione del patto e all'iscrizione della correlata ipoteca³⁸⁴.

Il patto suddetto è stato poi definito come un “marciano autonomo”, ossia un sottotipo del patto marciano, poiché prevede l'alienazione sospensivamente condizionata di un bene che non è oggetto di garanzia reale tipica³⁸⁵. Diversamente, il comma quarto, prevede la possibilità di stipulare il patto in un momento successivo alla conclusione del contratto di finanziamento già garantito da ipoteca e in tal caso trattasi di “marciano collegato”, un diverso sottotipo che prevale sulle trascrizioni ed iscrizioni eseguite successivamente all'iscrizione ipotecaria³⁸⁶.

Analizzati i tratti principali del nuovo istituto, come anticipato, l'art. 48 *bis* T.U.B. non chiarisce quali siano le conseguenze giuridiche in caso d'incapienza della garanzia, ossia quando il valore del bene così come risultante dalla stima del perito sia inferiore all'ammontare del debito, limitandosi solo a regolare l'ipotesi inversa³⁸⁷.

Al riguardo, la dottrina si interroga se in tal caso il creditore insoddisfatto parzialmente possa agire aggredendo il patrimonio residuo del debitore in applicazione del principio dell'universalità della responsabilità patrimoniale *ex art. 2740, comma 1 c.c.* o se il trasferimento del bene oggetto del patto implichi l'estinzione del debito residuo³⁸⁸.

³⁸⁴ RUSSO D., *Oltre il patto marciano*, cit., p. 62. Sugli aspetti problematici di tale comma: PAGLIANTINI S., *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – Spigolando intorno all'art. 48 bis T.U.B.: specialità (di trattamento) e principio di proporzionalità delle garanzie?*, cit., p. 1719.

³⁸⁵ LUMINOSO A., *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1414 e *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, cit., p. 11

³⁸⁶ LUMINOSO A., *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1414. Sul rapporto tra ipoteca e marciano sopravvenuto: BRODI E., *Brevi note sull'utilizzabilità dell'art. 48 bis TUB per la gestione delle sofferenze bancarie*, in *ilcaso.it*, p. 11 e ss.

³⁸⁷ MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 332.

³⁸⁸ MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 332.

Per risolvere il dubbio occorre verificare se il patto marciano *ex art. 48 bis T.U.B.* sia strutturato come abdicativo del carattere universale della garanzia patrimoniale e con effetto di esdebitazione, come accade in materia di prestito vitalizio ipotecario e credito immobiliare ai consumatori³⁸⁹.

Sul punto si scontrano due posizioni, da un lato vi è chi ammette un'interpretazione analogica degli artt. 11 *quaterdecies*, comma 12 del d.l. n. 203 del 2005, conv. in legge n. 248 del 2005 e 120 *quinqüesdecies* T.U.B. e, dall'altro, chi ritiene che la responsabilità illimitata del debitore possa essere esclusa solo per espressa disposizione legislativa.

A favore della prima tesi depongono diversi argomenti.

In primo luogo, l'argomento teleologico della *ratio legis* stessa del "decreto banche" volta ad agevolare l'erogazione del credito e ad abbattere il contenzioso dell'esecuzione forzata³⁹⁰. Ove non si ammettesse l'effetto esdebitatorio, al contrario, il creditore sarebbe legittimato ad agire in via esecutiva così frustrando le finalità deflative del decreto.

In secondo luogo, l'argomento sistematico che richiama la l. n. 3 del 2012 ove prevede l'esdebitazione dell'imprenditore non fallibile³⁹¹. Si ritiene che per la coerenza del sistema giuridico, tale effetto debba essere allora riconosciuto anche in capo all'imprenditore di cui all'art. 48 *bis* T.U.B.

³⁸⁹ Il quesito è affrontato con differenti risposte da MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 332 e *Trasferimento di immobili ex art. 48 bis T.U.B.: un marciano abdicativo della garanzia generica?*, in *giustiziacivile.com*, 11 novembre 2017; MARI D., *Il patto marciano: un'analisi critica del nuovo art. 40 bis T.U.B.*, cit., p. 1111 e ss; D'AMICO G., *La resistibile ascesa del patto marciano*, in *I nuovi marciani*, cit., p. 15; DE BELVIS E., *L'esecuzione privatizzata*, cit., p. 153 e ss; RUSSO D., *Oltre il patto marciano*, cit., p. 62 e ss.; LUMINOSO A., *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1412.

³⁹⁰ MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 332.

³⁹¹ MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 332.

Inoltre, ricorrono ulteriori argomenti dogmatici: *in primis*, l'estinzione solo parziale del debito comporta una *datio in solutum* parziale, non ammissibile poiché l'art. 1197 c.c. non contempla tale effetto³⁹².

Per di più, l'estinzione per intero del debito, costituirebbe un importante incentivo per l'imprenditore per la stipulazione del patto in esame³⁹³. Diversamente, l'imprenditore non trarrebbe alcun vantaggio dalla stipulazione del patto se non potesse contare sulla circostanza che il trasferimento o i proventi della vendita non realizzano la sua esdebitazione.

Da ultimo, in dottrina si sostiene che l'effetto abdicativo è ammissibile poiché quando opera il meccanismo marciano non ricorre un'alienazione con causa di garanzia, bensì un'alienazione con causa solutoria. In tal senso, quando si verifica l'inadempimento e il creditore attiva il patto marciano l'effetto è quello dell'estinzione dell'obbligazione in alternativa al processo esecutivo³⁹⁴.

Secondo altra dottrina, invece, per argomenti contrapposti, l'effetto abdicativo non è ammissibile *ex art. 48 bis T.U.B.*

In *primis*, si richiama la natura inderogabile ed eccezionale dell'art. 2740, comma 2 c.c. e l'impossibilità, quindi, di un'interpretazione analogica³⁹⁵. Per di più, quand'anche fosse ammessa, nell'art. 48 *bis* T.U.B. diverge la qualifica soggettiva del debitore rispetto al finanziamento ai consumatori e

³⁹² PAGLIANTINI S., *Sull'art. 48 bis T.U.B.: il "pasticcio" di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, in *I nuovi marciari*, cit., p. 65.

³⁹³ PAGLIANTINI S., *Sull'art. 48 bis T.U.B.: il "pasticcio" di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, in *I nuovi marciari*, cit., p. 66.

³⁹⁴ CIPRIANI N., *Ancora sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016 n. 119*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 1015.

³⁹⁵ LUMINOSO A., *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1413; MARI D., *Il patto marciano: un'analisi critica del nuovo art. 40 bis T.U.B.*, cit., p. 1111 e ss.

manca altresì l'elemento di aleatorietà rispetto al prestito vitalizio ipotecario³⁹⁶.

Inoltre, quand'anche si propendesse per attribuire natura solutoria al patto marciano, si ritiene che ciò non basterebbe a fondare l'effetto estintivo del debito per intero in caso di garanzia incapiente poiché tale natura non è di ostacolo all'estinzione parziale dell'obbligazione³⁹⁷. Per di più, per l'opinione prevalente il patto marciano ha “natura di strumento di esecuzione privata del vincolo della responsabilità contrattuale”, ossia un patto con funzione di garanzia che mira ad estinguere la posizione debitoria e non già ad attuare l'obbligazione³⁹⁸.

Ancora, ammettere l'effetto estintivo del debito può determinare lo speculare fenomeno per cui una disciplina che attribuisca inderogabilmente un effetto liberatorio può disincentivare la banca dalla stipula del patto marciano od indurla a chiedere in garanzia un immobile di maggior valore³⁹⁹.

Per questa tesi, dunque, l'art. 48 *bis* T.U.B. non prevede la liberazione del debitore in caso di garanzia incapiente e, tale possibilità, può essere al più pattuita tra le parti⁴⁰⁰.

³⁹⁶ DE BELVIS E., *L'esecuzione privatizzata*, cit., p. 155; D'AMICO G., *La resistibile ascesa del patto marciano*, in *I nuovi marcioniani*, cit., p. 17.

³⁹⁷ D'AMICO G., *La resistibile ascesa del patto marciano*, in *I nuovi marcioniani*, cit., p. 18 per il quale non è anomala la possibilità di ammettere una *datio in solutum* parziale. Così anche SICCHIERO G., *La prestazione in luogo dell'adempimento*, in *Contratto e impresa*, 2002, p. 1390.

³⁹⁸ PIRAINO F., *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciano*, in *I nuovi marcioniani*, cit., p. 198 e ss; FOLLIERI L., *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., *passim*.

³⁹⁹ D'AMICO G., *La resistibile ascesa del patto marciano*, in *I nuovi marcioniani*, cit., p. 18.

⁴⁰⁰ Di questa opinione: DE BELVIS E., *L'esecuzione privatizzata*, cit., p. 155 e ss; MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 343; LUMINOSO A., *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1414; FOLLIERI G., *Il patto marciano tra diritto “comune” e “speciale”*, cit., p. 1867.

Nel dibattito dottrinale, avanza un terzo orientamento che ammette l'effetto abdicativo *ex art. 48 bis T.U.B.* attraverso la valorizzazione di ulteriori argomenti⁴⁰¹.

A tal riguardo, si ritiene possibile considerare la previsione del “trasferimento marciano” del bene immobile come idonea a realizzare l'effetto estintivo dell'intero debito di *default*, salva invece, la pattuizione contraria con la quale il creditore sia legittimato a chiedere il debito residuo⁴⁰².

In *primis*, si valorizza la *ratio* della novella legislativa considerando che il legislatore abbia voluto attribuire efficacia normalmente liberatoria al patto marciano per rendere attrattivo lo strumento⁴⁰³, specialmente in vista degli obiettivi europei per l'implementazione del sistema delle garanzie reali, delle esigenze di snellezza e velocizzazione per la realizzazione del credito, dei plurimi interventi in materia di autotutela esecutiva.

Inoltre, attraverso un'esegesi sistematica, si argomenta che la medesima soluzione è già prevista in materia di clausola penale nell'art. 1382 c.c., ove prevede che la clausola penale “ha l'effetto di limitare il risarcimento della prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore”⁴⁰⁴.

⁴⁰¹ A sostegno: PAGLIANTINI S., *Sull'art. 48 bis T.U.B.: il “pasticcio” di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, in *I nuovi marciani*, cit., p. 65 e ss; D'AMICO G., *La resistibile ascesa del patto marciano*, in *I nuovi marciani*, cit., p. 18 e ss; SCOTTI A., *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis T.U.B. è davvero un patto marciano?*, in *Corr. Giur.*, 2016, p. 1480 e ss; CHIANALE A., *Le nuove frontiere delle garanzie reali: uno statuto personale del creditore?*, in *Contratto e impresa*, 2019, p. 1304.

⁴⁰² D'AMICO G., *La resistibile ascesa del patto marciano*, in *I nuovi marciani*, cit., p. 19.

⁴⁰³ D'AMICO G., *La resistibile ascesa del patto marciano*, in *I nuovi marciani*, cit., p. 19.

⁴⁰⁴ D'AMICO G., *La resistibile ascesa del patto marciano*, in *I nuovi marciani*, cit., p. 19.

A ulteriore conferma della validità di tale prospettiva, sovviene la *ratio* dell'art. 2740 comma 2 c.c. che, come anticipato nel primo paragrafo, è quella di “evitare che il debitore con proprio atto unilaterale di volontà, direttamente o indirettamente, determini effetti pregiudizievoli per altri soggetti, e precisamente limiti quella responsabilità che la legge dispone a favore dei creditori”⁴⁰⁵.

L'interesse protetto dall'art. 2740, comma 2 c.c., dunque, si ribadisce, è quello di proteggere il creditore dai comportamenti con cui il debitore si sottragga volontariamente alla propria responsabilità⁴⁰⁶ e, dunque, non sono da escludere patti sulla responsabilità di cui sia parte o promotore il creditore stesso.

In tal senso, l'art. 48 *bis* T.U.B. può essere ascritto alla categoria delle limitazioni negoziate tipiche della garanzia generica.

6. Rilievi sistematici

I recenti interventi legislativi si inseriscono come discipline speciali in un panorama normativo frastagliato e si innestano in un *genus* negoziale non tipizzato⁴⁰⁷. Le norme esaminate si presentano disorganiche e disomogenee, ma l'indagine si sforza di cogliere indicazioni di rilievo sistematico per “distillare” soluzioni univoche di carattere generale⁴⁰⁸, almeno fino ad un ulteriore intervento legislativo⁴⁰⁹.

⁴⁰⁵ RUBINO D., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 11 -12.

⁴⁰⁶ SICCHIERO G., *I patti sulla responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)*, cit., p. 94.

⁴⁰⁷ DE BELVIS E., *L'esecuzione privatizzata*, cit., p. 160.

⁴⁰⁸ DOLMETTA A.A., *La ricerca del “marciano utile”*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 811.

⁴⁰⁹ Il d.d.l. S.1151 presentato al Senato il 19 marzo 2019 prevede una nuova delega al Governo anche per disciplinare nuove forme di garanzia del credito, anche alla luce delle prassi negoziali stabilizzatesi nell'uso bancario e finanziario.

In primo luogo, la tipizzazione del patto marciano, sebbene in sottotipi inerenti al settore bancario, rappresenta una importante novità nel sistema della garanzia reale creditizia e ha confermato definitivamente l'ammissibilità dell'istituto⁴¹⁰.

Al riguardo, autorevole dottrina rileva come le fattispecie legislative di patto marciano rivestano un ruolo significativo per l'interprete.

Difatti, non soltanto offrono una conferma circa l'ammissibilità espressa dalla giurisprudenza e dalla dottrina del patto marciano, ma soprattutto perché offrono spunti per l'individuazione degli elementi necessari per integrare una generale convenzione marciana e per la determinazione delle regole ad essa applicabili⁴¹¹.

In mancanza di un intervento legislativo volto a dettare una disciplina codicistica del patto marciano, è opportuno tener distinto il "patto marciano di diritto comune", contratto legalmente atipico e modello generale di patto marciano, dai "sottotipi marciani", contratti tipici previsti dal Legislatore⁴¹².

In particolare, con l'introduzione di questi ultimi, il Legislatore implicitamente vaglia positivamente il giudizio di meritevolezza di tutela in astratto *ex art.* 1322, comma 2 c.c. del patto marciano di diritto comune, in quanto idoneo ad assurgere a tipo normativo e a realizzare i concreti interessi delle parti in termini economico-sociale e di scambio di utilità⁴¹³.

⁴¹⁰ FAPPIANO G., *Il patto marciano: tra tipicità e autonomia contrattuale*, in *I Contratti*, 2019, p. 94.

⁴¹¹ LUMINOSO A., *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1414; D'AMICO G., *Il patto marciano "atipico"*, cit., p. 501.

⁴¹² LUMINOSO A., *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1414; FAPPIANO G., *Il patto marciano: tra tipicità e autonomia contrattuale*, in *I Contratti*, 2019, p. 94; CHIANALE A., *Le nuove frontiere delle garanzie reali: uno statuto personale del creditore?*, cit., p. 1304.

⁴¹³ FAPPIANO G., *Il patto marciano: tra tipicità e autonomia contrattuale*, in *I Contratti*, 2019, p. 94; MANELLI M., *Le norme materiali imperative a confronto con gli artt. 1322 comma 2 c.c. e 1344 c.c. nei casi del Patto leonino e del Patto Commissorio*, in *I Contratti*, 2021, p. 695.

Ferma la causa in funzione di garanzia, si ammette che il marciano di diritto comune dia origine ad una limitazione negoziata della responsabilità patrimoniale ove ciò sia espressamente pattuito fra le parti, ma non che l'effetto abdicativo sia un elemento strutturale⁴¹⁴.

Diversamente, con riferimento ai “sottotipi marciano” esaminati nella disciplina del prestito vitalizio ipotecario, del pegno non possessorio, del contratto di credito immobiliare ai consumatori e, altresì, si ritiene incluso anche il contratto di finanziamento alle imprese sospensivamente condizionato, essi realizzano una limitazione negoziata della responsabilità patrimoniale tipica poiché così configurati dal Legislatore.

La limitazione della responsabilità patrimoniale non è, dunque, un elemento strutturale del patto marciano anche perché non consegue automaticamente alla realizzazione della garanzia l'effetto estintivo dell'obbligazione. Infatti, si ribadisce, la responsabilità patrimoniale non fa parte della struttura dell'obbligazione, essendo, invece, a questa accessoria.

Quindi, ove non sia previsto dal Legislatore, deve comunque ritenersi ammissibile, nella libertà dell'autonomia contrattuale, la scelta di un marciano che sia anche abdicativo della responsabilità patrimoniale ed estintivo del debito per l'intero o di un marciano che lasci integra la garanzia generica ove il debito non sia soddisfatto, nonostante l'escussione della garanzia⁴¹⁵.

La conclusione si argomenta anche alla luce di un ulteriore elemento caratterizzante le novità legislative prima analizzate, ossia la conquista da parte dell'autonomia privata di nuovi spazi sul piano dell'attuazione della responsabilità⁴¹⁶.

⁴¹⁴ MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 340; D'AMICO G., *Il patto marciano “atipico”*, cit., p. 501.

⁴¹⁵ MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 341.

⁴¹⁶ RUSSO D., *Oltre il patto marciano*, cit., p. 150.

L'ampliamento dei poteri negoziali in tale ambito denota, innanzitutto, il ridimensionamento del presunto principio di ordine pubblico del monopolio statale nella tutela esecutiva. Venuto meno tale presupposto, si ricorda, viene meno altresì la tesi di tipo ordinamentale che fonda la *ratio* del divieto del patto commissorio⁴¹⁷.

In tal senso, gli interventi legislativi suggeriscono una rivalutazione del patto commissorio che così diventa anch'esso ammissibile e lecito ove temperato dagli elementi caratterizzanti il patto marciano: la vendita del bene in garanzia da parte del creditore, previa stima da parte di un perito terzo e indipendente e la restituzione dell'eventuale eccedenza dal realizzo al debitore⁴¹⁸.

Dunque, come già ritenuto da autorevole dottrina, all'espresso riconoscimento della possibilità per il creditore insoddisfatto di esercitare poteri di autotutela esecutiva nel perimetro della cautela marciana, consegue "l'ammissibilità di patti e soluzioni interpretative che consentano in caso di inadempimento il trasferimento in capo al creditore o a un terzo del diritto già in garanzia"⁴¹⁹.

Quindi, le nuove deroghe all'universalità della responsabilità finora esaminate, confermano l'interpretazione teleologica prospettata sull'art. 2740, comma 2 c.c. quale norma a favore della tutela dell'affidamento del creditore. In tal senso, sono da ritenersi ben ammissibili accordi abdicativi della responsabilità patrimoniale ove il creditore stesso sia parte della negoziazione con il debitore. Essi sono da ammettersi anche oltre i casi espressamente previsti dalla legge poiché come anticipato, le ipotesi legislative sono quelle che configurano una limitazione patrimoniale imposta dal debitore.

⁴¹⁷ CIPRIANI N., *Il patto marciano tra garanzia del credito ed esecuzione forzata*, in *Giur. It.*, 2017, p. 1728.

⁴¹⁸ LUMINOSO A., *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1418.

⁴¹⁹ RUSSO D., *Oltre il patto marciano*, cit., p. 152.

La nuova prospettiva consente di aprire nuovi spazi all'autonomia privata e di avvicinare l'ordinamento giuridico italiano a sistemi dove la tecnica della negoziazione sulla garanzia generica è utilizzata da tempo⁴²⁰.

Nei capitoli seguenti si analizzano ulteriori sentori presenti nell'ordinamento che portano nella direzione sostenuta in tesi: dapprima la disciplina speciale in materia di crisi di impresa e, successivamente, le nuove linee evolutive delle garanzie reali sorte nella prassi e gli orientamenti giurisprudenziali in merito ad istituti affini.

⁴²⁰ MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 294.

CAPITOLO TERZO

GLI ACCORDI NELLE PROCEDURE DI REGOLAZIONE DELLA CRISI O DELL'INSOLVENZA

SOMMARIO: 1. *Il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*; 2. *I piani attestati di risanamento e i negozi di attuazione*; 3. *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*; 4. *Le convenzioni di moratoria*; 5. *I concordati*; 6. *L'esdebitazione*; 7. *Riflessioni*.

1. Il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza

Il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza (Codice o c.c.i.i.) rappresenta il miglior esempio legislativo in cui si possa riscontrare l'attuale tendenza legislativa ad incentivare gli accordi sulla responsabilità patrimoniale tra debitore e creditore.

Difatti, tra le sue norme si può notare una tendenza alla progressiva privatizzazione e de-giurisdizionalizzazione delle soluzioni di regolazione della crisi⁴²¹, sulla scia delle più recenti riforme esaminate.

In particolare, nei Capitoli precedenti sono stati analizzati i principi fondanti la responsabilità patrimoniale, sono stati rilevati gli errori storici che hanno influenzato l'interpretazione del principio di universalità della

⁴²¹ BOGGIO L., *Gli strumenti di regolazione concordata della crisi o dell'insolvenza*, in *Giur. It.*, 2019, p. 1976; DI MARZIO F., *Il diritto negoziale della crisi di impresa*, Milano, 2011, p. 6; ONORATO M., *Gli accordi concorsuali. Profili civilistici*, Pisa, 2017, p. 15; MACARIO F., *Il contratto e gli "strumenti negoziali stragiudiziali" nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *I Contratti*, 2019, p. 370; AMATUCCI C., *Concordato preventivo e (dis)continuità del management tra Chapter 11, Administration e Disqualification*, in *Giur. Comm.*, 2019, p. 814; GALGANO F., *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*, Bologna, 2007, p. 206.

responsabilità patrimoniale ed è stata valorizzata la prospettiva della più recente dottrina che riconosce, invece, un principio di specializzazione della responsabilità patrimoniale.

In tale ottica, si accoglie l'orientamento che ammette i patti sulla responsabilità patrimoniale, la cui validità è pur sempre subordinata al giudizio di meritevolezza causale *ex art. 1322 c.c.*

Non solo, si esclude la rilevanza della questione della loro efficacia reale od obbligatoria in quanto trattasi di obbligazione negativa di non aggressione del patrimonio, similmente a quanto accade per il patto di non concorrenza.

Parimenti, si ritiene che attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata dei principi sulla responsabilità patrimoniale, è predicabile l'ammissibilità del patto marciano atipico con effetto esdebitatorio, quale correttivo al divieto del patto commissorio.

Le conclusioni raggiunte in tesi sono confortate non solo dall'interpretazione sistematica delle norme codicistiche e costituzionali, ma anche dai più innovativi e recenti interventi legislativi.

Nel Secondo Capitolo, infatti, sono stati esaminati i patti marciati tipici con effetto abdicativo della responsabilità patrimoniale di recente introduzione, nonché la valorizzazione delle procedure di esecuzione privatizzata.

Ad ulteriore conforto della validità della tesi sostenuta sovviene la nuova regolazione giuridica dell'impresa in crisi, la cui innovatività si misura nel ruolo primario attribuito agli accordi tra debitore e creditore per favorire la continuità aziendale, nella velocizzazione delle procedure e nella graduale "dis-intermediazione giudiziaria" della crisi stessa⁴²².

⁴²² JORIO A., *Introduzione a DE MATTEIS S., L'emersione anticipata della crisi di impresa. Modelli attuali e prospettive di sviluppo*, Milano, 2017, p. VII; D'ATTORE G., *Le nuove garanzie reali, la fuga dal concorso e il "diritto diseguale"*, in *Il Fallimento*, 2021, p. 1242; DE SANTIS F., *Garanzie dei finanziamenti alle imprese in crisi ed autotutele esecutive*, in *Il Fallimento*, 2021, p. 1262.

Nel microcosmo delle norme che disciplinano la crisi dell'impresa⁴²³, l'*iter* legislativo persegue le esortazioni dell'Unione Europea ad adottare procedure uniformi, con limitato intervento dell'autorità giudiziaria e caratterizzate dal tentativo di accordo tra debitore e creditori, dirette a facilitare il debitore in difficoltà nell'accesso di strumenti di ristrutturazione idonei ad evitare l'insolvenza⁴²⁴.

Il percorso verso l'uniformazione della gestione della crisi di impresa ha preso forma nella Raccomandazione n. 1335 del 2014 dell'Unione Europea, seguita dalla Proposta di Direttiva del parlamento europeo del 22 novembre 2016 e sfociato, infine, nella Direttiva 2019/1023⁴²⁵, recepita in Italia dal d. lgs. 17 giugno 2022 n. 83⁴²⁶.

Il Codice e la normativa europea trovano a loro volta ispirazione in una tendenza di riforma delle procedure concorsuali a livello mondiale, derivante dalla globalizzazione dei mercati e volto alla convergenza dei modelli tra i diversi Stati nella consapevolezza che l'insolvenza arreca un danno soprattutto allo sviluppo commerciale⁴²⁷.

⁴²³ Espressione di RODORF R., *Prefazione* ad AZZARO A., *Le procedure concordate dell'impresa in crisi*, Torino, 2017, p. XIV.

⁴²⁴ *Ibidem*.

⁴²⁵ Direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 (direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza) in *eur-lex.europa.eu*.

⁴²⁶ Salvo il diverso termine previsto per le disposizioni relative all'uso di mezzi di comunicazione elettronici per l'insinuazione al passivo, la presentazione di piani di ristrutturazione e le notifiche ai creditori (17 luglio 2024) e per la presentazione di contestazioni e impugnazioni (17 luglio 2026). Il termine di recepimento fissato era il 17 luglio 2021. Tuttavia, tale termine poteva essere prorogato per un massimo di un anno, previa notifica alla Commissione europea, qualora gli Stati membri incontrassero particolari difficoltà nell'attuazione. A tal proposito, l'Italia ha usufruito di tale facoltà chiedendo alla Commissione europea il rinvio al 17 luglio 2022 ai sensi dell'articolo 34, paragrafo 2, della medesima direttiva, come previsto dalla legge 22 aprile 2021, n. 53 (legge di delegazione europea 2019 – 2020).

⁴²⁷ MAZZONI A., *Procedure concorsuali e standard internazionali: norme e principi di fonte UNICITRAL e Banca Mondiale*, in *Giur. Comm.*, 2018, p. 43.

In particolare, la nuova normativa trae origine dai principi della *Model Law*, elaborati in materia di insolvenza dalla Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (Uncitral) nel 1997⁴²⁸. Il provvedimento è stato poi aggiornato e completato in collaborazione tra Uncitral e la Banca Mondiale con una serie di interventi poi denominati *Legislative Guide on Insolvency Law* e Principi della Banca Mondiale. Trattasi di raccomandazioni-guida rivolte agli Stati sulla riforma dei rispettivi diritti concorsuali e sono caratterizzate dalla netta preferenza per soluzioni che garantiscano la continuità aziendale con meccanismi di allerta e per soluzioni di risoluzione della crisi in via stragiudiziale.

In tale contesto, il debitore è guidato nel superamento crisi, permettendo allo stesso una seconda possibilità e, specialmente, concedendo un regime di esdebitazione (*discharge*), con apposite misure per contrastare le frodi⁴²⁹.

Sul piano interno, quindi, dopo un decennio di interventi parziali dalla legge n. 80 del 2005, la tendenza riformatrice è poi sfociata nel nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza di cui al d. lgs. 12 gennaio 2019 n. 14⁴³⁰, pubblicato sulla G.U. il 14 febbraio 2019⁴³¹ e, in un primo momento, solo parzialmente entrato in vigore.

⁴²⁸ BONFANTE G., *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, in *Giur. It.*, 2019, p. 1944; BOGGIO L., *Confini ed implicazioni dell'ambito di applicazione delle nuove regole UE*, in *Giur. It.*, 226; SPIOTTA M., *La continuità aziendale: la nuova "stella polare" per il legislatore*, in *Giur. It.*, 2018, p. 265.

⁴²⁹ BONFANTE G., *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., p. 1945; DE SANTIS F., *Garanzie dei finanziamenti alle imprese in crisi ed autotutele esecutive*, cit., p. 1262.

⁴³⁰ In attuazione della Legge delega 30 ottobre 2017 n. 155. Il d. lgs. 12 gennaio 2019 n. 14 non abroga il regio decreto n. 267 del 1942 e nemmeno la legge n. 3 del 2012 sul sovraindebitamento che continuano a regolare tutte le procedure aperte prima della data di entrate in vigore del suddetto decreto e le procedure pendenti: Camera dei deputati, Servizio Studi, XVIII Legislatura, *Il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Camera.it*, 25 marzo 2019.

⁴³¹ Nella G.U. 5 novembre 2020, n. 276, il d. lgs. 26 ottobre 2020, n. 147 contenente disposizioni integrative e correttive a norma dell'articolo 1, comma 1, della legge 8 marzo 2019, n. 20, al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, recante codice della

Infatti, ai sensi dell'art. 389 l. n. 14 del 2019, solo alcune disposizioni sono operative già dal 16 marzo 2019, ossia le norme riguardanti le modifiche al Codice civile e quelle di organizzazione amministrativa⁴³².

Per il resto, per quanto riguarda la disciplina della crisi e dell'insolvenza, questa ha subito una *vacatio legis* più lunga. L'operatività era inizialmente prevista a partire dal 15 agosto 2020, ma in seguito, l'entrata in vigore del Codice della crisi è stata differita dapprima al 1° settembre 2021 dal d.l. n. 23 del 2020 (c.d. Decreto "Liquidità")⁴³³, poi al 16 maggio 2022 dal d.l. n. 118 del 2021, convertito con modificazioni, dalla legge 21 ottobre 2021 n. 147⁴³⁴ e, infine, al 15 luglio 2022 dal d. lgs. 17 giugno 2022 n. 83.

Tale rinvio è riconducibile allo stato di emergenza che si è protratto a causa dell'epidemia da Covid-19 e alle connesse ripercussioni economico-

crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155 (c.d. Decreto correttivo del Codice della crisi e dell'insolvenza). Tra le principali novità si segnalano la competenza esclusiva in capo agli amministratori dell'istituzione degli assetti organizzativi dell'impresa, la nuova definizione di crisi d'impresa e dei suoi indicatori nonché l'innalzamento delle soglie rilevanti ai fini dell'attivazione della c.d. allerta esterna da parte dell'Agenzia delle Entrate.

⁴³² Le norme da subito entrate in vigore sono le seguenti: art. 27 comma primo, art. 350, art. 356, art. 357, art. 363, art. 364, art. 366, art. 375, art. 377, art. 378, art. 379, art. 385, art. 386, art. 387 e art. 388.

⁴³³ Legge pubblicata sulla G.U. n. 143 del 6 giugno 2020 recante "*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23, recante misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali*" ha confermato, nella conversione, la disposizione di cui all'articolo 5, rubricato "*Differimento dell'entrata in vigore del Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14*", il quale stabilisce: "*1. All'articolo 389 del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, il comma 1 è sostituito dal seguente: "1. Il presente decreto entra in vigore il 1° settembre 2021, salvo quanto previsto al comma 2"*".

⁴³⁴ Si prevede anche il differimento al 31 dicembre 2023 dell'applicazione delle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi (Titolo II, Parte Prima del d.lgs. n. 14 del 2019).

finanziarie⁴³⁵. Come chiarito nella relazione illustrativa del D.L. n. 23 del 2020, infatti, si ritiene che “*anche al cessare dell’epidemia le ripercussioni economiche e finanziarie di tale evento eccezionale non verranno meno a breve termine ma si protrarranno per un periodo temporale piuttosto ampio*”⁴³⁶.

Ad ogni modo, ancor prima di tale differimento, la dottrina riteneva già insolita una *vacatio legis* di diciotto mesi dalla data di pubblicazione del Codice in G.U.⁴³⁷.

Tale lungo periodo di “incubazione” è stato comunque giustificato dalle grandi novità che il Codice apporta al sistema delle procedure per la soluzione della crisi e dell’insolvenza e, quindi, dalla necessità, da un lato, che tutti gli operatori del diritto si “impadroniscano dei nuovi principi” e, dall’altro, che le nuove strutture previste dalla legge possano prendere forma⁴³⁸.

La riforma della disciplina dell’insolvenza, infatti, si pone due macro-obiettivi strategici ossia, l’efficienza e la celerità delle procedure concorsuali per favorire la competitività e la conservazione della continuità aziendale⁴³⁹.

A tale scopo, si ravvisano almeno tre direttrici fondamentali della riforma⁴⁴⁰.

⁴³⁵ CORNO G. – PANZANI L., *La disciplina dell’insolvenza durante la pandemia da Covid-19. Spunti di diritto comparato, con qualche riflessione sulla possibile evoluzione della normativa italiana*, in *IlCaso.it*, 27 aprile 2020.

⁴³⁶ Sul punto: DE SANTIS F., *Primi appunti per un’esecuzione concorsuale solidale (dopo la pandemia)*, in *Rivista dell’esecuzione forzata*, 2020, p. 273. Alcune proposte già in: RANALLI R., *Le carenze, in parte normative e in parte culturali, degli strumenti di composizione della crisi in tempi di Covid*, 10 agosto 2020, in *IlCaso.it*.

⁴³⁷ BONFANTE G., *Il nuovo diritto della crisi e dell’insolvenza*, cit., p. 1943.

⁴³⁸ BONFANTE G., *Il nuovo diritto della crisi e dell’insolvenza*, cit., p. 1943; RODORF R., *Prime osservazioni sul codice della crisi e dell’insolvenza*, in *I contratti*, 2019, p. 129; LAMANNA F., *Il nuovo codice della crisi e dell’insolvenza*, in *Il civilista*, 2019, p. 30.

⁴³⁹ CALVOSA L., *Le principali novità della riforma organica delle discipline della crisi di impresa e della insolvenza. Relazione introduttiva*, in CALVOSA L. (a cura di) *Crisi di impresa e insolvenza. Prospettive di riforma*, Pisa, 2017, p. 17.

⁴⁴⁰ DE MATTEIS S., *L’emersione anticipata della crisi di impresa. Modelli attuali*

La prima è la de-giurisdizionalizzazione della procedura concorsuale, ossia un ridimensionamento della competenza giurisdizionale a favore della “contrattualizzazione” della gestione della crisi di impresa⁴⁴¹. Tale processo si identifica contestualmente in una graduale “privatizzazione” dell’insolvenza e in un arretramento del ruolo del giudice, una “disintermediazione giudiziaria” della crisi, ove il giudice svolge un ruolo di controllo meramente formale⁴⁴². In tal senso, il Codice ha recepito quanto prescritto dalla Raccomandazione UE ove al considerando 17 sottolinea la necessità di limitare l’intervento del giudice “*ai casi in cui è necessario e proporzionato per tutelare gli interessi dei creditori e terzi eventuali*”⁴⁴³.

La seconda linea direttrice è la velocizzazione delle procedure per la funzionale riallocazione delle risorse⁴⁴⁴, nonché, da ultimo, la terza linea persegue la continuità dell’impresa attraverso forme di composizione concordata della crisi, sulla scorta dell’esperienza americana⁴⁴⁵.

e prospettive di sviluppo, Milano, 2017, p. 7 e dello stesso Autore, *I principi generali della legge delega di riforma delle procedure concorsuali*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2017, p. 1291.

⁴⁴¹ DE MATTEIS S., *L’emersione anticipata della crisi di impresa. Modelli attuali e prospettive di sviluppo*, cit., p. 7; SPOLAORE P., *Garanzia patrimoniale e trust nella crisi d’impresa*, Milano, 2018, p. 1.

⁴⁴² *Ibidem*.

⁴⁴³ In *eur-lex.europa.eu*. Nonostante il dettato della Raccomandazione, alcuni autori ritengono che il Codice persegua un interesse pubblicistico e una scarsa tutela creditoria: LO CASCIO, *Il codice della crisi di impresa e dell’insolvenza: considerazioni a prima lettura*, in *Il Fall.*, 2019, p. 266. In argomento: PANZANI L., *Conservazione dell’impresa, interesse pubblico e tutela dei creditori, considerazioni a margine della Proposta di Direttiva in tema di armonizzazione delle procedure di ristrutturazione*, in *IlCaso.it*, 2017.

⁴⁴⁴ DE MATTEIS S., *L’emersione anticipata della crisi di impresa. Modelli attuali e prospettive di sviluppo*, cit., p. 7.

⁴⁴⁵ *Ibidem*: il riferimento va al *Chapter 11, Bankruptcy Law*: AMATUCCI C., *Concordato preventivo e (dis)continuità del management tra Chapter 11, Administration e Disqualification*, cit., p. 814. CHIRICOSTA G., *Il nuovo concordato preventivo*, Rimini, 2017, p. 6; NUZZO G., *La rilevanza degli interessi dei creditori nel concordato preventivo, una analisi comparatistica*, in CALVOSA L. (a cura di), *Crisi di impresa e insolvenza. Prospettive di riforma*, cit., p. 315.

Ne emerge, quindi, non più una disciplina sanzionatoria e liquidatoria, bensì un insieme di regole orientate alla conservazione dei valori dell'impresa, attraverso norme che favoriscano l'emersione anticipata della crisi.

Il Codice, dunque, seguendo tali direttive, tra le sue novità, introduce una disciplina processuale unitaria⁴⁴⁶ e la definizione di "crisi" accanto a quella di "insolvenza"⁴⁴⁷; elimina i termini quali "fallito" e "fallimento" a favore della "liquidazione giudiziale"⁴⁴⁸; prevede per la prima volta gli indicatori e indici della crisi⁴⁴⁹; regola, altresì, per la prima volta l'insolvenza dei gruppi di imprese⁴⁵⁰; estende l'ambito soggettivo di applicazione del Codice ad ogni

⁴⁴⁶ DE SANTIS F., *Il processo cd unitario per la regolazione della crisi e dell'insolvenza: effetti virtuosi e aporie sistematiche*, in *Il Fall.*, 2020, p. 157 e ss: "Il CCII (cfr. artt. 7 e 37 e seguenti) istituisce, in effetti, un "contenitore" giudiziario unitario, nel quale devono confluire tutte le domande, anche contrapposte, presentate dai creditori, dal P.M., dallo stesso debitore e dagli altri legittimati (collegio sindacale, autorità di vigilanza). L'oggetto della domanda può essere l'apertura della liquidazione giudiziale, piuttosto che l'omologa del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione"; MONTANARI M., *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: profili generali e processuali*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 2020, p. 270 e ss.

⁴⁴⁷ Art. 2 comma 1 lett. a) c.c.i.i. Definisce la "crisi" come: "lo stato di squilibrio economico-finanziario che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate". Nozione modificata dal correttivo di cui al D. Lgs. 26 ottobre 2020, n. 147.

⁴⁴⁸ QUATTROCCHIO L. M., *Liquidazione giudiziale*, in *Giur. It.*, 2019, p. 1993; MONTEVERDE A., *Le fasi della liquidazione giudiziale*, in *Giur. It.*, 2019, p. 1999; PANZANI L., *Dal "fallimento" alla liquidazione giudiziale. Note minime sulla nuova disciplina del CCI*, in *Il Fall.*, 2019, p. 1141.

⁴⁴⁹ Art. 13 D. Lgs. n. 14 del 2019 come modificato dal D. Lgs. n. 147 del 2020. Si veda: SUPERTI FURGA F. – SOTTORIVA C., *Riflessioni sul Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Le Società*, 2020, p. 7; BONFANTE G., *Le misure di allerta*, in *Giur. It.*, 2019, p. 1970. Scettico sin dal progetto di riforma: TERRANOVA G., *L'autonomia del diritto concorsuale. Problemi e prospettive*, Torino, 2016, p. 232.

⁴⁵⁰ SPIOTTA M., *La disciplina dei gruppi*, in *Giur. It.*, 2019, p. 2014.

debitore sovraindebitato⁴⁵¹; e, soprattutto, innova la disciplina dei concordati, degli accordi di ristrutturazione e dei piani di risanamento⁴⁵².

Il Codice, così, si compone di quattro parti e 391 articoli, di cui la Prima parte (artt. 1 – 374) rappresenta il cuore del provvedimento con un incremento di quasi cento articoli rispetto alla legge fallimentare⁴⁵³. La Seconda parte riguarda le modifiche al Codice civile (artt. 375 – 384)⁴⁵⁴, la Terza le Garanzie in favore degli acquirenti di immobili da costruire (artt. 385 – 388) e la Quarta le Disposizioni finali e transitorie (artt. 389 – 391).

In particolare, la Prima parte si articola in dieci Titoli di cui il Titolo I (art. 1 -11), tra le Disposizioni generali, reca l'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione, le definizioni e i principi generali in materia di procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza, non più denominate procedure "concorsuali"⁴⁵⁵.

L'innovazione si coglie nell'estensione dell'ambito soggettivo di applicazione del Codice e dei suoi principi ad ogni tipo di impresa e di

⁴⁵¹ BENINCASA D., *Le procedure in caso di sovraindebitamento ai sensi dell'art. 2, 1° comma, lett. c)*, in *Giur. It.*, 2019, p. 2038; CRIVELLI A. – FONTANA R. – LEUZZI S. – NAPOLITANO A. – ROLFI F., *Il nuovo sovraindebitamento dopo il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Bologna, 2019.

⁴⁵² BONFANTE G., *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., p. 1944; SANZO – BURRONI (a cura di), *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, Bologna, 2019; FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza (D. Lgs. 12 gennaio 2019 n° 14)*, Torino, 2019; LO CASCIO, *Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: considerazioni a prima lettura*, cit., p. 263; ZORZI A., *Piani di risanamento e accordi di ristrutturazione nel Codice della crisi*, in *Il Fall.*, 2019, p. 993; AZZARO A., *Le procedure concordate dell'impresa in crisi*, Torino, 2017; RANALLI R., *I Piani negli accordi di ristrutturazione e nei concordati preventivi in continuità tra il regime attuale e la loro evoluzione*, in *Il Fall.*, 2018, p. 1477; NARDECCHIA G.B., *Il piano attestato di risanamento nel codice*, in *Il Fall.*, 2020, p. 5.

⁴⁵³ Camera dei deputati, Servizio Studi, XVIII Legislatura, *Il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Camera.it*, 25 marzo 2019; BONFANTE G., *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., p. 1946.

⁴⁵⁴ CAVALIERE T., *Le modificazioni del Codice civile*, in *Giur. It.*, 2019, p. 2046.

⁴⁵⁵ BOGGIO L., *L'accesso alle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza*, in *Giur. It.*, 2019, p. 1952.

debitore dal momento che la disciplina ingloba sia la legge fallimentare del 1942 e successive modifiche, sia la legge sul sovraindebitamento⁴⁵⁶.

Tuttavia, le procedure non si applicano indistintamente, bensì ciascuna è riservata a particolari categorie di debitori e schematicamente, si operano quattro raggruppamenti⁴⁵⁷.

In particolare, si applicano a tutti gli imprenditori, comprese le imprese agricole e le imprese minori⁴⁵⁸, le norme riguardanti le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi (art. 12 e ss), i piani attestati di risanamento (art. 56), e la convenzione di moratoria (art. 62). Dagli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 57), invece, sono esclusi gli imprenditori minori.

Diversamente, si applicano al solo imprenditore commerciale le disposizioni relative alla liquidazione giudiziale (art. 121 e ss) e ai concordati, ossia il concordato nell'ambito della liquidazione giudiziale (*ex concordato fallimentare*) e il concordato preventivo (art. 85)⁴⁵⁹.

⁴⁵⁶ Precisamente, l'art. 1, comma primo prevede che *“il presente codice disciplina le situazioni di crisi o di insolvenza del debitore, sia esso consumatore o professionista, ovvero imprenditore che eserciti, anche non a fini di lucro, una attività commerciale, artigiana o agricola, operando quale persona fisica, persona giuridica o altro ente collettivo, gruppo di imprese o società pubblica, con esclusione dello Stato e degli enti pubblici”*.

⁴⁵⁷ BASSI A., *I presupposti delle procedure concorsuali nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Giur. It.*, 2019, p. 1948.

⁴⁵⁸ Art. 2 comma primo lett. d) c.c.i.i. Definisce l'“impresa minore” come: l'impresa che presenta congiuntamente i seguenti requisiti: 1) un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di apertura della liquidazione giudiziale o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore; 2) ricavi, in qualunque modo essi risultino, per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di apertura della liquidazione giudiziale o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore; 3) un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila; i predetti valori possono essere aggiornati ogni tre anni con decreto del Ministro della giustizia adottato a norma dell'articolo 348.

⁴⁵⁹ FORTUNATO S., *Codice della crisi e Codice civile: assetti organizzativi e responsabilità*, in *Rivista delle Società*, 2019, 952: ne rimane escluso l'imprenditore agricolo.

Inoltre, si applicano ai debitori non imprenditori o agli imprenditori non sottoponibili a procedure liquidatorie le norme riguardanti la composizione della crisi da sovraindebitamento (art. 65 e ss), la ristrutturazione dei debiti del consumatore (art. 67) e la liquidazione controllata da sovraindebitamento (art. 268).

Infine, la procedura di concordato minore di cui all'art. 74 c.c.i.i. si applica soltanto al professionista, all'imprenditore minore, all'imprenditore agricolo, alle *start up* innovative ed ogni debitore non assoggettabile a liquidazione giudiziale e alla liquidazione coatta amministrativa, con esclusione, quindi, del consumatore e dell'imprenditore commerciale.

Alla luce di tale classificazione emerge, comunque, che per ogni tipologia di debitore vale il principio di *favor* per la risoluzione stragiudiziale della crisi in quanto il Codice predispone, per ogni categoria, l'accesso a diversi tipi di accordi da concludersi con i creditori.

L'assetto riflette il percorso iniziato dal Legislatore sin dal 2005, all'insegna dell'ampliamento delle opportunità per gestire con "strumenti negoziali stragiudiziali" la situazione di crisi e di insolvenza e proprio a tali strumenti, dunque, nel Titolo IV rubricato "Strumenti di regolazione della crisi", Capo I "Accordi", è dedicata l'intera Prima sezione del nuovo Codice⁴⁶⁰.

Il Legislatore ha attribuito priorità di trattazione agli accordi di regolazione della crisi così manifestando la preferenza per l'utilizzo di strumenti caratterizzati da un minor livello di coazione nei confronti del debitore e da più alternative di soddisfacimento dei creditori⁴⁶¹. Ciò emerge, difatti, dalla collocazione sistematica di tali strumenti anteposti alla

⁴⁶⁰ MACARIO F., *Il contratto e gli "strumenti negoziali stragiudiziali" nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., p. 369.

⁴⁶¹ BOGGIO L., *Gli strumenti di regolazione concordata della crisi o dell'insolvenza*, in *Giur. It.*, 2019, p. 1976.

liquidazione giudiziale la cui disciplina è collocata, invece, nel Titolo V e così discostandosi, dunque, rispetto all’assetto della legge fallimentare⁴⁶².

Si ritiene, quindi, ormai del tutto superata la distinzione tra “procedura maggiore” e “procedure minori”, dovendosi ora casomai distinguere gli strumenti in base al diverso grado di intervento giudiziale⁴⁶³.

Autorevole dottrina evidenzia, infatti, che la sistematica del Codice fa trasparire chiaramente una progressione nella regolazione degli accordi che manifesta un grado crescente di mediazione giudiziale. Questa, infatti, si fa più incisiva in modo “*direttamente proporzionale all’incremento della difficoltà del debitore nel trovare una soluzione concordata, ragion per cui l’intervento del giudice rappresenta un bilanciamento del potere di vincolare i creditori recalcitranti all’attuazione di un piano idoneo a soddisfare la generalità di essi nella misura più accettabile possibile, tenuto conto delle risorse disponibili*”⁴⁶⁴.

La sistematica del Codice, dunque, conferma l’inedita dimensione assunta dall’autonomia privata, consente la produzione dell’effetto premiale del ricorso agli “strumenti negoziali stragiudiziali” e assicura una tutela ai creditori rimasti estranei all’accordo⁴⁶⁵.

Facendo seguito alle tre linee direttrici della riforma, ossia la de-giurisdizionalizzazione dell’insolvenza, la velocizzazione delle procedure e il *favor* per le soluzioni concordate, il d. l. 24 agosto 2021 n. 118⁴⁶⁶, convertito

⁴⁶² *Ibidem*.

⁴⁶³ *Ibidem*.

⁴⁶⁴ *Ibidem*.

⁴⁶⁵ MACARIO F., *Il contratto e gli “strumenti negoziali stragiudiziali” nel Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, cit., p. 369.

⁴⁶⁶ Il d.l. si compone di tre Capi: il Capo I (articoli 1-23) reca misure urgenti in materia di crisi d’impresa e di risanamento aziendale; il Capo II (articoli 24-26) prevede ulteriori misure urgenti in materia di giustizia; il Capo III (articoli 27-29) reca disposizioni transitorie e finali. La relazione di accompagnamento chiarisce che il d.l. “interviene nell’attuale situazione di generalizzata crisi economica causata dalla pandemia per fornire alle imprese in difficoltà nuovi strumenti per prevenire l’insorgenza di situazioni di crisi o per affrontare e risolvere situazioni di squilibrio

con modifiche dalla l. 21 ottobre 2021 n. 147, introduce un nuovo strumento di ausilio alle imprese in difficoltà, di tipo volontario, negoziale e stragiudiziale, denominato “composizione negoziata per la soluzione della crisi d’impresa”, le cui disposizioni troveranno applicazione dal 15 novembre 2021 e introduce, altresì, il concordato liquidatorio (c.d. “semplificato”), uno strumento alternativo alle attuali procedure concorsuali, al quale l’imprenditore può far ricorso laddove non sia possibile accedere alla procedura di composizione negoziata della crisi e intenda procedere alla liquidazione dei beni attraverso la cessione dei beni⁴⁶⁷.

In questo scenario che valorizza lo strumento del contratto tra debitore e creditore per la gestione negoziale della crisi e dell’insolvenza, è ancora una volta determinante, ai fini della validità, il giudizio di meritevolezza causale *ex art. 1322 c.c.*⁴⁶⁸

Con riferimento proprio alla causa del contratto, si può ritenere che la stessa si realizzi nella gestione della crisi: “*sin quando è rimediabile, la crisi*

economico-patrimoniale che, pur rilevando l’esistenza di una crisi o di uno stato di insolvenza, appaiono reversibili”.

⁴⁶⁷ Con il d. lgs. 17 giugno 2022 n. 83 l’istituto è confluito nel c.c.i.i. agli artt. 12 e ss.

⁴⁶⁸ MACARIO F., *Il contratto e gli “strumenti negoziali stragiudiziali” nel Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, cit., p. 371 ove cita Cass. S.U., 23 gennaio 2013 n. 1521 sul giudizio di meritevolezza del concordato preventivo: “*Il giudice ha il dovere di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato, non restando tale giudizio escluso dall’attestazione del professionista, mentre resta riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito del detto giudizio, che ha ad oggetto la probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti. Il controllo di legittimità del giudice si realizza facendo applicazione di un unico e medesimo parametro nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca ed omologazione in cui si articola la procedura di concordato preventivo, verificando l’effettiva realizzabilità della causa concreta della procedura di concordato; quest’ultima, la quale deve essere intesa come obiettivo specifico perseguito dal procedimento, non ha contenuto fisso e predeterminabile, essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, ma deve comunque essere finalizzata, da un lato, al superamento della situazione di crisi dell’imprenditore e, dall’altro, all’assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori*” (Massima ufficiale).

*costituisce un concetto che non esprime una patologia, con la conseguente meritevolezza del contratto finalizzato al salvataggio dell'impresa in crisi, in funzione della tutela dei diversi valori connessi all'attività aziendale*⁴⁶⁹.

Giova, quindi, ripercorrere brevemente i tratti salienti della disciplina dei singoli accordi delineata dal Codice, traendo dalle novità legislative gli argomenti utili per affermare una generale ammissibilità dei patti sulla responsabilità patrimoniale.

In particolare, si analizzano di seguito le varie forme di accordi predisposti dal Codice in un ordine di crescente intervento giurisdizionale. In tal senso, si distinguono gli accordi stragiudiziali, ovvero, i piani attestati di risanamento e i relativi negozi di attuazione, gli accordi di ristrutturazione dei debiti, le convezioni di moratoria, la composizione negoziata e gli accordi giudiziali, quali i concordati, il piano per la crisi da sovraindebitamento e da, ultimo, l'esdebitazione.

2. I piani attestati di risanamento e i negozi di attuazione

Il piano attestato di risanamento è per la prima volta compiutamente disciplinato nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza nel Titolo IV, Capo I, Sez. I composta dal solo art. 56.

La rubrica della norma si riferisce agli “accordi in esecuzione di piani di risanamento attestati”, unitamente agli “atti unilaterali”⁴⁷⁰ e ai “contratti” che siano “posti in essere in esecuzione del piano”.

⁴⁶⁹ MACARIO F., *Il contratto e gli “strumenti negoziali stragiudiziali” nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., p. 371.

⁴⁷⁰ Sull'ammissibilità del piano di risanamento unilaterale NARDECCHIA G.B., *Il piano attestato di risanamento nel codice*, in *Il Fall.*, 2020, p. 9; FRUSCIONE L., *Il nuovo piano di risanamento attestato: tra la “twilight zone” e lo stato di crisi. Riflessioni sistematiche sul codice della crisi*, in *Crisi d'impresa e dell'insolvenza*, 2020, p. 23. In senso contrario, ZORZI A., *Piani di risanamento e accordi di ristrutturazione nel Codice della crisi*, in *Il Fall.*, 2019, p. 993.

L'intento del Legislatore di disciplinare compiutamente l'istituto si riconduce al fine di conferire al piano attestato rilevanza nei rapporti con i terzi⁴⁷¹.

La norma assegna, dunque, dignità autonoma all'istituto che non è più solamente accennato come accadeva nell'art. 67 comma 3 l. fall., dedicato alla revocatoria fallimentare, così dando atto del fatto che la rilevanza del piano è più ampia della mera esenzione da revocatoria⁴⁷².

Ora gli effetti del piano attestato sono disciplinati con riguardo alla revocatoria dall'art. 166, comma 3, lett. d) che, rispetto all'art. 67, comma 3 l.fall., prevede l'esclusione con riguardo anche all'azione revocatoria ordinaria e l'esenzione per gli atti, pagamenti e garanzie esecutivi del piano "in esso indicati"⁴⁷³.

Così, il piano attestato di risanamento rappresenta l'istituto più avanzato nel processo di privatizzazione della crisi di impresa poiché, per la prima volta, l'ordinamento attribuisce rilevanza ad un atto non soggetto ad un preventivo controllo giudiziale, né ad alcuna forma di pubblicità⁴⁷⁴.

⁴⁷¹ BOGGIO L., *Gli strumenti di regolazione concordata della crisi o dell'insolvenza*, cit., p. 1978.

⁴⁷² ZORZI A., *Piani di risanamento e accordi di ristrutturazione nel Codice della crisi*, cit., p. 993; STANGHELLINI L. – ZORZI A., *Il piano di risanamento*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da JORIO A. – SASSANI B., *Concordato fallimentare. Accordi di ristrutturazione. Piani di risanamento. Amministrazione straordinaria. Profili fiscali. Crisi bancarie*, Milano, 2017, p. 537.

⁴⁷³ Sul piano penalistico, si ripropone l'esenzione dai reati di bancarotta ed elemento di novità è la depenalizzazione operata con la nuova formulazione dell'art. 342 della condotta del professionista attestatore che esponga informazioni false, ma, soprattutto, ometta informazioni rilevanti in relazione alla fattibilità del piano attestato. BOGGIO L., *Gli strumenti di regolazione concordata della crisi o dell'insolvenza*, cit., p. 1982: "Chiaramente, un tal omissione può sempre costituire fonte di responsabilità civile, ma, rispetto alla previsione punitiva dell'art. 236 bis L. fall., rappresenta un arretramento di tutela".

⁴⁷⁴ NARDECCHIA G.B., *Il piano attestato di risanamento nel codice*, cit., p. 5. Infatti, l'art. 56 comma 5 c.c.i.i. prevede che "Il piano può essere pubblicato nel registro delle imprese su richiesta del debitore".

Più in generale, il piano di risanamento si può definire come il documento predisposto dal debitore, con l'assistenza dei propri consulenti, per proporre le soluzioni della crisi ed evitare l'insolvenza o per farla cessare⁴⁷⁵.

In particolare, il piano può essere presentato dall'“imprenditore”, senza altre specificazioni soggettive, il che estende astrattamente l'accesso all'istituto anche all'imprenditore agricolo, alle *start up* e persino al cd imprenditore minore⁴⁷⁶.

L'art. 56 c.c.i.i., però, prevede un presupposto oggettivo, ossia che l'imprenditore si trovi in uno stato di crisi o di insolvenza, sia pur reversibile, poiché l'obiettivo del piano attestato è il riequilibrio della situazione finanziaria⁴⁷⁷.

Inoltre, l'elemento che prima d'altri caratterizza al primo comma il piano attestato è che esso debba essere “rivolto ai creditori”, peraltro, senza specificazione se siano soltanto quelli attuali o, come pare preferibile, anche quelli futuri⁴⁷⁸.

La norma, poi, prescrive una serie di caratteristiche del piano che possono considerarsi emersione delle *best practices* in materia⁴⁷⁹. Si richiede

⁴⁷⁵ DANOVÌ A., *Il piano come strumento guida per uscire dalla crisi*, in CALVOSA L. (a cura di), *Crisi di impresa e insolvenza. Prospettive di riforma*, cit., p. 75; FRUSCIONE L., *Il nuovo piano di risanamento attestato: tra la “twilight zone” e lo stato di crisi. Riflessioni sistematiche sul codice della crisi*, in *Crisi d'impresa e dell'insolvenza*, 2020, p. 1 e ss. ritiene lo strumento più adatto a superare la “crisi” più che l'insolvenza.

⁴⁷⁶ BROGI G., *Esenzioni da revocatoria e piani di ristrutturazione: dalla legge fallimentare al Codice della Crisi*, in *Il Fall.*, 2019, p. 606; nello stesso senso LO CASCIO G., *Il codice della crisi e dell'insolvenza: considerazioni a prima lettura*, cit., p. 265.

⁴⁷⁷ FAUCEGLIA G., *Il piano di risanamento nel Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Il Fall.*, 2019, p. 1282 secondo il quale, il riferimento all'insolvenza implica un'evidente omogeneità con gli accordi che richiedono l'omologazione.

⁴⁷⁸ BOGGIO L., *Gli strumenti di regolazione concordata della crisi o dell'insolvenza*, cit., p. 1979.

⁴⁷⁹ RANALLI R., *I Piani negli accordi di ristrutturazione e nei concordati preventivi in continuità tra il regime attuale e la loro evoluzione*, in *Il Fall.*, 2018,

la forma scritta con data certa e con tipologia di contenuti minima predeterminata per legge; una parte descrittiva e una numerica, sia riepilogativa delle vicende trascorse e sia previsionale degli eventi futuri⁴⁸⁰, e nello specifico, con la previsione dei mezzi attuativi del piano⁴⁸¹.

Precisamente, occorre indicare la situazione economico-patrimoniale e finanziaria dell'impresa; le principali cause della crisi; le strategie d'intervento e dei tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria; i creditori, l'ammontare dei crediti dei quali si propone la rinegoziazione e lo stato delle eventuali trattative; gli apporti di finanza nuova; i tempi delle azioni da compiersi, che consentono di verificarne la realizzazione, nonché gli strumenti da adottare nel caso di scostamento tra gli obiettivi e la situazione in atto.

Al piano devono, inoltre, essere allegati i documenti di cui all'articolo 39 c.c.i.i., di natura contabile⁴⁸².

Da ultimo, un professionista indipendente deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità economica e giuridica del piano.

Con particolare riguardo all'attestazione della fattibilità del piano, un primo profilo di novità che emerge dalla lettera della norma è rappresentato dallo specifico riferimento alla fattibilità "giuridica" del piano, dato che il pur generico riferimento alla fattibilità del piano contenuto nell'art. 67, comma 3, lett. d), l. fall. era stato per lo più interpretato come obbligo di attestazione della sola fattibilità economica del piano.

p. 1477.

⁴⁸⁰ DANOVÌ A., *Il piano come strumento guida per uscire dalla crisi*, in CALVOSA L. (a cura di), *Crisi di impresa e insolvenza. Prospettive di riforma*, cit., p. 76.

⁴⁸¹ BOGGIO L., *Gli strumenti di regolazione concordata della crisi o dell'insolvenza*, cit., p. 1979: per l'Autore tale positivizzazione costituisce un elemento di eccessiva burocratizzazione.

⁴⁸² BOGGIO L., *Gli strumenti di regolazione concordata della crisi o dell'insolvenza*, cit., p. 1979 valuta negativamente la previsione di tali documenti poiché ostativi all'accettazione del piano stesso. ZORZI A., *Piani di risanamento e accordi di ristrutturazione nel Codice della crisi*, cit., p. 995 evidenzia che sono i medesimi documenti richiesti per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione.

La fattibilità giuridica del piano assume una particolare rilevanza con riferimento ai profili negoziali del piano stesso dal momento che l'art. 56, comma 2, lett. d) c.c.i.i. menziona anche l'indicazione dei crediti dei quali si propone la rinegoziazione e lo stato delle eventuali trattative.

Si attribuisce, così, ampio margine di sindacabilità all'attestatore poiché se da una parte è sufficiente che al momento dell'attestazione siano in corso delle trattative per la rinegoziazione dei crediti, dall'altra sarà necessario che il professionista indipendente, dovendo attestare la fattibilità giuridica ed economica del piano, dia atto dei presumibili e ragionevoli esiti di tali trattative, anche nella prospettiva degli strumenti da adottare in caso di scostamento tra gli obiettivi e il piano⁴⁸³.

Si ritiene che non potranno, infatti, considerarsi sufficienti, anche ai fini dell'esenzione da revocatoria prevista nell'art. 166, comma 3, lett. d), c.c.i.i., attestazioni condizionate all'esito positivo delle trattative con eventuali creditori che dovessero concedere forme di dilazione o, comunque, di ristrutturazione del debito, in assenza di ragionevoli e attendibili scenari alternativi⁴⁸⁴.

Da ultimo, una figura affine introdotta nel Codice è l'accordo con i creditori concluso in seno a una procedura di composizione assistita della crisi ex art. 19 c.c.i.i.⁴⁸⁵. La "soluzione concordata della crisi" può infatti condurre a un "accordo con i creditori" che "produce gli stessi effetti degli accordi che danno esecuzione al piano attestato di risanamento"⁴⁸⁶.

Al pari di quest'ultimo, l'accordo con i creditori ha natura riservata, ma può essere iscritto nel registro delle imprese su richiesta del debitore. La

⁴⁸³ NARDECCHIA G.B., *Il piano attestato di risanamento nel codice*, cit., p. 13; Art. 56, comma 2, lett. e), c.c.i.i.

⁴⁸⁴ BROGI G., *Esenzioni da revocatoria e piani di ristrutturazione: dalla legge fallimentare al Codice della Crisi*, cit., p. 606.

⁴⁸⁵ La norma disciplina il procedimento di composizione assistita della crisi con l'assistenza dell'Organismo di composizione della crisi d'impresa (OCRI).

⁴⁸⁶ MAZZOLETTI V., *Ruolo e responsabilità delle banche nelle fasi di allerta e composizione della crisi*, in *Il Fall.*, 2020, p. 310.

norma, però, si differenzia nel punto ove richiede il consenso dei creditori, non espressamente previsto, invece, per l'accordo di esecuzione del piano attestato⁴⁸⁷.

Ulteriore elemento di differenziazione del procedimento di composizione assistita della crisi si trova nella possibilità per l'imprenditore di chiedere misure protettive *ex art. 20 c.c.i.i.*⁴⁸⁸.

Dunque, alla luce delle caratteristiche della disciplina del piano di risanamento e vista la totale assenza dell'intervento del tribunale, la dottrina è concorde nel qualificare la fattispecie di natura negoziale, escludendone la natura di procedura concorsuale⁴⁸⁹.

Si nota quindi, una "sorta di progressione" negli strumenti di regolazione delle crisi in base al grado di autonomia privata⁴⁹⁰: l'accordo in esecuzione del piano attestato che non prevede alcuna protezione interinale, né vaglio preventivo; l'accordo con i creditori concluso con l'assistenza dell'OCRI che ha il medesimo effetto del piano, ma che offre la possibilità di chiedere misure di protezione; ed infine, esaminato di seguito, l'accordo di ristrutturazione dei debiti che introduce un controllo formale da parte del giudice.

3. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti

Nella nuova sistemica legislativa gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono disciplinati nel Titolo IV, Capo I, Sez. II, agli artt. 57 – 61 e 64, 64 *bis*, 64 *ter* e 64 *quater* c.c.i.i. Il riferimento all'istituto è al plurale poiché

⁴⁸⁷ Art. 19, comma 4 c.c.i.i.

⁴⁸⁸ *Ex art. 2 comma 1 lett. p) c.c.i.i.* le e misure protettive sono le misure temporanee disposte dal giudice competente per evitare che determinate azioni dei creditori possano pregiudicare, sin dalla fase delle trattative, il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza.

⁴⁸⁹ DE MATTEIS S., *L'emersione anticipata della crisi di impresa. Modelli attuali e prospettive di sviluppo*, Milano, 2017, p. 148.

⁴⁹⁰ ZORZI A., *Piani di risanamento e accordi di ristrutturazione nel Codice della crisi*, cit., p. 997.

l'accordo di ristrutturazione si può ora graduare al suo interno in un accordo agevolato *ex art. 60 c.c.i.i.*, in un accordo *standard ex art. 57 c.c.i.i.* e in un accordo ad efficacia estesa nelle due forme dell'estensione ai creditori non aderenti appartenenti alla medesima categoria e della estensione al fisco dissenziente⁴⁹¹.

Non solo, nell'ambito degli accordi di ristrutturazione, nel medesimo Titolo, al Capo II, Sez. I, agli artt. 67 – 73 c.c.i.i. sono parimenti disciplinati anche i piani di ristrutturazione dei debiti del consumatore.

Inoltre, alcune disposizioni speciali sono contenute, altresì, in sede di disciplina dei gruppi nel Titolo VI, artt. 284 – 292 c.c.i.i.

A differenza del piano attestato, l'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti era già stato tipizzato nel 2005, così beneficiando di una più ampia descrizione della fattispecie, sebbene negli anni, il Legislatore sia intervenuto ripetutamente⁴⁹², modificando anche profondamente le impostazioni adottate in precedenza⁴⁹³.

⁴⁹¹ ZORZI A., *Piani di risanamento e accordi di ristrutturazione nel Codice della crisi*, cit., p. 997.

⁴⁹² L'art. 182 *bis* l. fall., introdotto nel nostro ordinamento dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35 convertito in l. 14 maggio 2005, n. 80 e corretto dal d.lgs. n. 169 del 2007, ed ancora, più recentemente, integrato dall'art. 48, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificazioni in l. 30 luglio 2010 n. 122, che ha disciplinato l'"accordo di ristrutturazione dei debiti". In seguito, il d.l. n. 98 del 2011, convertito dalla legge 111 del 2011, ha concesso l'accesso all'istituto in commento anche alle imprese agricole. Poi, il primo comma è stato oggetto di modifiche ad opera del d.l. 22 giugno 2012 n. 83, convertito in legge 7 agosto 2012 n. 134. In particolare, la novella ha sottolineato che i creditori estranei all'accordo devono essere soddisfatti integralmente entro precisi termini e ha avvicinato la disciplina a quella del concordato sotto alcuni aspetti. Di seguito, saranno esaminate le più recenti novità normative introdotte dal Codice non ritenendosi necessario ripercorrere il dibattito teorico che ha seguito l'introduzione dell'istituto.

⁴⁹³ GESMUNDO V. D., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Metamorfosi di una procedura concorsuale*, in *Giur. Comm.*, 2019, p. 762.

Nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, gran parte della disciplina rimane sostanzialmente invariata⁴⁹⁴, salvo alcune novità di rilievo.

Tra le nuove disposizioni più rilevanti, si annoverano alcune modifiche procedurali, l'ampliamento dei legittimati attivi, una modifica della percentuale minima dei creditori aderenti, il profilo della verifica di convenienza e quello del *cram down* sull'amministrazione finanziaria⁴⁹⁵.

Soffermandosi per ordine solo sui profili più rilevanti ai fini della ricerca, dal punto di vista procedurale, una volta raggiunto l'accordo con i creditori che rappresentino almeno il sessanta per cento dei crediti è possibile chiederne l'omologazione ai sensi dell'art. 44 c.c.i.i.

Al riguardo, la previsione di un procedimento "unitario" non comporta apparenti cambiamenti poiché, comunque, la disciplina di accordo e concordato sono tenute distinte⁴⁹⁶.

Con riferimento ai legittimati attivi, se da una parte sono esclusi gli imprenditori minori, dall'altra si amplia il novero dei legittimati rispetto alla legge fallimentare. Precisamente, oltre agli imprenditori agricoli, vi hanno accesso sia le *start up* innovative le quali, come noto, sfuggono per quattro anni alla liquidazione giudiziale e sia gli imprenditori non commerciali⁴⁹⁷.

Con riguardo, invece, alla percentuale minima di creditori che devono aderire affinché l'accordo possa essere omologato, sebbene sia rimasta fissata nel sessanta per cento, detta soglia è dimezzata quando non siano previste né

⁴⁹⁴ BOGGIO L., *Gli strumenti di regolazione concordata della crisi o dell'insolvenza*, cit., p. 1981.

⁴⁹⁵ BENVENUTO G., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Riv. dei dottori comm.*, 2019, p. 537; ZORZI A., *Piani di risanamento e accordi di ristrutturazione nel Codice della crisi*, cit., p. 997.

⁴⁹⁶ DE SANTIS F., *Il processo cd unitario per la regolazione della crisi e dell'insolvenza: effetti virtuosi e aporie sistematiche*, in *Il Fall.*, 2020, p. 157; PAGNI I., *L'accesso alle procedure di regolazione nel Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Il Fall.*, 2019, p. 549.

⁴⁹⁷ Art. 57 comma 1 c.c.i.i.

la moratoria in pregiudizio dei creditori estranei all'accordo, né misure protettive temporanee⁴⁹⁸.

In tal senso, come anticipato, è innovativa l'introduzione degli accordi cd "agevolati" in quanto richiedono il consenso del solo trenta per cento dei creditori, in luogo dell'ordinario sessanta, qualora il debitore non ricorra alla moratoria prevista per l'accordo *standard*⁴⁹⁹ e rinunci a chiedere misure di protezione temporanea.

Inoltre, tra i primi commentatori, vi è chi ritiene che per tali accordi sia possibile l'estensione dell'efficacia anche ai creditori non aderenti applicando la disciplina degli accordi ad efficacia estesa *ex art. 61 c.c.i.i.*⁵⁰⁰.

A tal proposito, con gli accordi ad efficacia estesa, il Legislatore amplia l'offerta di strumenti di intervento in grado di vincolare i creditori non aderenti, prima consistenti solo nell'accordo "con banche e intermediari finanziari" di cui all'art. 182 *septies* l. fall. e nel concordato preventivo⁵⁰¹.

L'estensione dell'accordo anche a creditori non finanziari né professionali ha così condotto anche all'abolizione del requisito per cui

⁴⁹⁸ RANALLI R., *I Piani negli accordi di ristrutturazione e nei concordati preventivi in continuità tra il regime attuale e la loro evoluzione*, in *Il Fall.*, 2018, p. 1483: l'accordo di ristrutturazione vincola chi vi abbia aderito e nessuna novità sostanziale è stata introdotta neppure quanto alle tempistiche di pagamento dei creditori estranei.

⁴⁹⁹ La moratoria è nel termine di centoventi giorni decorrenti dalla scadenza per i debiti non scaduti e decorrenti dall'omologazione per quelli scaduti, come nella legge fallimentare.

⁵⁰⁰ ARATO M., *Brevi note sui nuovi accordi di ristrutturazione*, in *IlCaso.it*, 4 aprile 2019, p. 6.

⁵⁰¹ ZORZI A., *Piani di risanamento e accordi di ristrutturazione nel Codice della crisi*, cit., p. 1001: l'accordo ad efficacia estesa si affianca all'accordo con banche e intermediari finanziari previsto all'art. 61 comma 5 c.c.i.i., ovvero ove si tratti di un accordo solo con banche e intermediari finanziari, il Codice prevede un accordo ad efficacia estesa "speciale", accessibile quando almeno la metà dell'indebitamento sia verso banche e intermediari finanziari e i creditori dissenzienti a cui viene imposto appartengano solo a questo tipo di imprese. In questi casi, l'accordo deve rispettare tutti i requisiti dell'accordo ad efficacia estesa "comune", ad eccezione del carattere non liquidatorio.

almeno la metà dell'indebitamento debba essere verso intermediari finanziari e, di conseguenza, l'efficacia dell'accordo può essere estesa a qualunque categoria di creditori⁵⁰².

Per poter essere "ad efficacia estesa", l'accordo deve avere "carattere non liquidatorio", prevedendo la prosecuzione dell'attività d'impresa in via diretta o indiretta e che i creditori vengano soddisfatti in misura significativa o prevalente dal ricavato della continuità aziendale⁵⁰³.

L'estensione dell'efficacia dell'accordo ai creditori non aderenti richiede, oltre a un'adeguata informazione e allo svolgimento di trattative in buona fede, che si ottenga il consenso di almeno il settantacinque per cento dei creditori della "categoria"⁵⁰⁴.

Inoltre, tra le principali innovazioni vi è la previsione della verifica di convenienza dell'accordo ai fini dell'estensione degli effetti.

Precisamente, occorre, altresì, che i creditori della medesima categoria non aderenti, cui vengono estesi gli effetti dell'accordo, possano risultare soddisfatti in base all'accordo stesso in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale e che il debitore abbia notificato l'accordo, la domanda di omologazione e i documenti allegati ai creditori nei confronti dei quali chiede di estendere gli effetti dell'accordo⁵⁰⁵.

La previsione è innovativa poiché il testo attuale dell'art. 182 *septies* l. fall. si riferisce al solo confronto con le "alternative concretamente

⁵⁰² *Ibidem*, p. 1002: tale estensione "porterà alla ribalta il tema del se, e in quale misura, debba essere rispettata una qualche forma di *par condicio creditorum* e di graduazione dei crediti. La risposta negativa, data nel vigore dell'art. 182 *septies* l. fall., vale sicuramente nel rapporto tra creditori non finanziari e creditori finanziari: è nella natura stessa dell'accordo di ristrutturazione vigente che vi siano creditori, aderenti, con un certo trattamento convenuto su base consensuale; creditori non finanziari non aderenti, che devono essere pagati integralmente; e creditori finanziari non aderenti, che devono essere pagati nella misura prevista per la categoria cui appartengono".

⁵⁰³ Art. 61, comma 2, lett. b) c.c.i.i.

⁵⁰⁴ Art. 61, comma 2, lett. a) e lett. c) c.c.i.i.

⁵⁰⁵ Art. 61, comma 2, lett. d) e lett. e) c.c.i.i.

praticabili”, con ciò lasciando aperta la possibilità che il termine di confronto non sia necessariamente quello della liquidazione fallimentare, ma si possa pensare anche al confronto con altri strumenti di regolazione della crisi⁵⁰⁶.

Una novità di impatto si trova all’art. 48 comma quinto c.c.i.i. ove, in sede di disciplina del giudizio di omologazione degli accordi, si consente al tribunale di omologare gli accordi di ristrutturazione “anche in mancanza di adesione da parte dell’amministrazione finanziaria quando l’adesione è decisiva ai fini del raggiungimento delle percentuali di cui all’articolo 57, comma 1 e 60 comma 1 c.c.i.i. e quando, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista indipendente, la proposta di soddisfacimento della predetta amministrazione è conveniente rispetto all’alternativa liquidatoria”.

La norma, nel prevedere le due condizioni di applicabilità, ossia l’adesione del fisco decisiva e la convenienza della proposta, non chiarisce se esse siano tra loro cumulative od alternative, ma ad ogni modo, è accolta con favore dalla dottrina maggioritaria⁵⁰⁷.

Particolarmente rilevante ai fini della ricerca, da ultimo, è l’art. 64 *bis* c.c.i.i. ove prevede che con il piano di ristrutturazione soggetto a omologazione l’imprenditore commerciale che si trova in stato di crisi o di insolvenza può prevedere il soddisfacimento dei creditori, previa suddivisione degli stessi in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei, distribuendo il valore generato dal piano anche in

⁵⁰⁶ ZORZI A., *Piani di risanamento e accordi di ristrutturazione nel Codice della crisi*, cit., p. 1003.

⁵⁰⁷ ARATO M., *Brevi note sui nuovi accordi di ristrutturazione*, cit., p. 6: la definisce “una utile previsione che viene a colmare le vischiosità decisionali che spesso si manifestano nell’amministrazione finanziaria”; BOGGIO L., *Gli strumenti di regolazione concordata della crisi o dell’insolvenza*, cit., p. 1985 secondo il quale si tratta di una soluzione di *cram down* che consentirà di superare resistenze emerse nel tempo da parte di taluni uffici e che, probabilmente, permetterà di applicare anche trattamenti più equi alle diverse tipologie degli stessi crediti pubblici. In senso contrario: BENVENUTO G., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel Codice della crisi e dell’insolvenza*, cit., p. 537 e ss.

deroga agli articoli 2740 e 2741 c.c. e alle disposizioni che regolano la graduazione delle cause legittime di prelazione, purché la proposta sia approvata dall'unanimità delle classi.

E ancora, l'art. 64 *ter* c.c.i.i. prevede che se il piano non è approvato da tutte le classi, il debitore, se comunque ritiene di avere ottenuto l'approvazione di tutte le classi, può chiedere che il tribunale accerti l'esito della votazione e omologhi il piano di ristrutturazione.

Tali norme sono particolarmente importanti poiché dimostrano l'assunto del depotenziamento del principio della parità di trattamento dei creditori.

Infine, con riguardo la natura dell'accordo di ristrutturazione, il dibattito rimane ancora acceso, nonostante l'avvento del Codice.

Da una parte, la giurisprudenza di Cassazione ha di recente affermato e ribadito l'appartenenza dell'accordo di ristrutturazione, nel diritto vigente, al novero delle procedure concorsuali, con diverse sentenze⁵⁰⁸.

D'altra parte, per la dottrina prevalente e la giurisprudenza di merito, invece, anche alla luce delle nuove disposizioni normative, gli accordi di ristrutturazione rivestono natura negoziale⁵⁰⁹.

⁵⁰⁸ Cass. 18 gennaio 2018, n. 1182; Cass. 12 aprile 2018, n. 9087 in TRENTINI C., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono una "procedura concorsuale": la Cassazione completa il percorso*, in *Il Fall.*, 2018, p. 988; Cass. 21 giugno 2018, n. 16347; Cass. 24 maggio, n. 12965 con nota di GISMUNDO V. D., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Metamorfosi di una procedura concorsuale*, in *Giur. Comm.*, 2019, p. 762. In dottrina, a favore della natura concorsuale: TERRANOVA G., *L'autonomia del diritto concorsuale. Problemi e prospettive*, Torino, 2016, p. 110; ABATE F., *La spinta degli accordi di ristrutturazione verso la concorsualità*, in *Il Fall.*, 2013, p. 1183; JORIO A., *Le soluzioni alternative al fallimento e la conservazione dell'impresa*, in FORTUNATO F. – GIANNELLI G. – GUERRERA F. – PERRINO M. (a cura di), Milano, 2011, p. 14.

⁵⁰⁹ A favore della natura negoziale, *ex multis*: FOLLIERI L., *La natura degli accordi di ristrutturazione dei debiti nel "prisma" del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2015, p. 1099; DI MARZIO F., *Contratto e deliberazione nella gestione della crisi di impresa*, in DI MARZIO F. - MACARIO F. (a cura di), *Autonomia negoziale e crisi di impresa*, Milano, 2010; ABETE L., *La predisposizione del piano attestato e degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il fallimento e altre procedure concorsuali*, 2014, p. 1007; GUERRERA F., *La ristrutturazione*

Tale prospettiva è preferibile ed è a favore della tesi che sostiene l'ammissibilità dei patti sulla responsabilità patrimoniale.

Tra gli argomenti principali a favore della natura negoziale si richiama la mancanza di un provvedimento giurisdizionale di apertura; la relatività degli effetti *ex art.* 1372 c.c.; il coinvolgimento dei soli creditori aderenti e non aderenti, con l'esclusione degli estranei. Inoltre, si evidenzia come l'accordo non garantisca il rispetto della *par condicio* e, da ultimo, come possa essere efficace e rimuovere la crisi anche in assenza di omologazione⁵¹⁰.

Con riferimento al piano di ristrutturazione riservato al consumatore, la disciplina presenta significativi elementi di continuità rispetto a quella previamente contemplata agli artt. 7, comma 1° bis, 8, 9 e 12° bis, L. n. 3 del 2012 (piano del consumatore), tra cui, in primo luogo, la mancata previsione del voto dei creditori o del raggiungimento di particolari maggioranze⁵¹¹.

Tuttavia, ai fini della ricerca, sono parimenti significative alcune novità che la riguardano⁵¹².

“negoziata” dell’impresa in crisi: novità legislative e spunti comparatistici, 10 dicembre 2012, in *Il Fallimentarista*; GABRIELLI E., *Accordi di ristrutturazione del debito e tipicità dell’operazione economica*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, p. 1087; ROPPO V., *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio (o di ristrutturazione dei debiti dell’impresa)*, in *Dir. fallimentare e delle società commerciali*, 2008, p. 364.

⁵¹⁰ Sulla ricostruzione del dibattito: GISMUNDO V. D., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Metamorfosi di una procedura concorsuale*, cit., p. 762.

⁵¹¹ BENINCASA D., *Le procedure in caso di sovraindebitamento ai sensi dell’art. 2, 1° comma, lett. c)*, in *Giur. It.*, 2019, p. 2041. Sul tema la letteratura è vasta: D’ATTORRE – FIMMANÒ, *La composizione delle crisi da sovraindebitamento*, Roma – Napoli, 2017; BONFATTI S., *Gli incentivi alla composizione negoziale delle crisi d’impresa: uno sguardo di insieme*, in *Dir. della banca e del mercato finanziario*, 2013; DE MATTEIS – GRAZIANO, *Crisi da sovraindebitamento ovvero il fallimento del consumatore*, Rimini, 2015.

⁵¹² LEUZZI S. *La procedura da “sovraindebitamento”: profili generali*, in CRIVELLI A. – FONTANA R. – LEUZZI S. – NAPOLITANO A. – ROLFI F., *Il nuovo sovraindebitamento dopo il Codice della Crisi d’impresa e dell’insolvenza*, Bologna, 2019, p. 6: per l’Autore i più interessanti profili di originalità sono tesi a sciogliere ambiguità interpretative.

Con riferimento all'oggetto, la nuova disciplina in particolare non dispone più, a differenza del passato⁵¹³, che il piano preveda il pagamento integrale dei crediti impignorabili e la medesima sorte ha subito la norma che prevedeva l'intangibilità quantitativa dei crediti per i tributi ritenuti propri dell'Unione Europea.

L'art. 67, comma quarto c.c.i.i., inoltre, rende possibile la soddisfazione parziale per i crediti muniti di privilegio, pegno o ipoteca allorché ne sia assicurato il pagamento in misura pari a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore dei beni o ai diritti oggetto della causa di prelazione.

Ancora, rispetto alla disciplina del 2012⁵¹⁴, non è più contemplata, quale deroga, la possibilità di moratoria sino ad un anno dall'omologa⁵¹⁵.

Di particolare rilievo laddove consente di prevedere anche la falcidia o la ristrutturazione dei debiti derivanti da contratti di finanziamento con cessione del quinto dello stipendio, del TFR o della pensione, nonché di quelli derivanti da operazioni di prestito su pegno.

In tal modo, in contrasto con l'orientamento giurisprudenziale prevalente⁵¹⁶, viene sancita l'opponibilità dell'apertura della procedura di composizione della crisi al finanziatore-cessionario in modo che la disponibilità per il ricorrente di somme altrimenti considerate già alienate potrà essere a vantaggio di una più vasta platea di creditori⁵¹⁷.

⁵¹³ Ex art. 12 *bis*, 3° comma, l. n. 3 del 2012.

⁵¹⁴ Ex art. 8, 4° comma, L. n. 3 del 2012.

⁵¹⁵ PASQUARIELLO F. – RANIELI M., *L'omologazione del piano del consumatore sovraindebitato*, in *Giur. Comm.*, 2020, p. 243.

⁵¹⁶ Trib. Livorno, 15 dicembre 2017; Trib. Grosseto, 8 maggio 2018; Trib. Napoli, 18 maggio 2018; Trib. Torino, 8 giugno 2014; Trib. Ancona, 15 marzo 2018 in *Il caso.it*.

⁵¹⁷ BENINCASA D., *Le procedure in caso di sovraindebitamento ai sensi dell'art. 2, 1° comma, lett. c)*, cit., p. 2041; PORTINARO D., *Le procedure da sovraindebitamento nel Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *il Fallimentarista.it*.

Da ultimo, il giudice, verificata l'ammissibilità giuridica e la fattibilità economica del piano, risolta ogni contestazione, omologa il piano con sentenza e ne dispone, ove necessario, la trascrizione e con la stessa sentenza dichiara chiusa la procedura.

Al pari di quanto previsto in materia di concordato preventivo, anche l'art. 72, comma secondo c.c.i.i. prevede la revoca dell'accordo in caso di inadempimento degli obblighi previsti nel piano o qualora questo sia divenuto inattuabile e non sia possibile modificarlo. La norma, a differenza dell'art. 119 c.c.i.i., però, non richiede il limite della non scarsa importanza dell'adempimento e, dunque, sembra gravare in modo più incisivo sui creditori l'alea per l'inadempimento senza che, tuttavia, venga meno l'ammissibilità del patto⁵¹⁸.

Al riguardo, una parte della dottrina ritiene che tale presupposto sia comunque sotteso nella nozione di inadempienza *ex* art. 119 c.c.i.i. e art. 1455 c.c.⁵¹⁹

4. Le convenzioni di moratoria

Le convenzioni di moratoria sono ora disciplinate all'art. 62 c.c.i.i., collocate nel Titolo IV, Capo I, Sezione II dedicata agli "Strumenti negoziali stragiudiziali soggetti ad omologazione"⁵²⁰.

⁵¹⁸ SICCHIERO G., *I patti sulla responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)*, cit., p. 98.

⁵¹⁹ CRIVELLI A., *Ristrutturazione dei debiti del consumatore*, in CRIVELLI A. – FONTANA R. – LEUZZI S. – NAPOLITANO A. – ROLFI F., *Il nuovo sovraindebitamento dopo il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Bologna, 2019, p. 131.

⁵²⁰ Nella legge fallimentare l'istituto era disciplinato all'art. 182 *septies*, comma quinto: definiva e definisce, fin quando sarà in vigore, con tale nome quella convenzione destinata a disciplinare "in via provvisoria" gli effetti della crisi, attraverso una moratoria temporanea dei crediti nei confronti di una o più banche o intermediari finanziari.

Sebbene la disciplina sia collocata nella Sezione dedicata agli accordi di ristrutturazione dei debiti, l'istituto è autonomo rispetto ad essi e non costituisce né un necessario prodromo né una loro possibile fase procedimentale⁵²¹. Difatti, può accadere che una volta esauriti gli effetti della convenzione, l'impresa torni *in bonis*. Parimenti, la convenzione acquista efficacia indipendentemente dall'omologazione del Tribunale.

Rispetto alla disciplina precedente, la norma amplia l'ambito soggettivo di applicazione e tipizza i contenuti della convenzione.

In particolare, l'accesso all'istituto non è più limitato ai soli creditori bancari e finanziari, bensì la convenzione di moratoria può, in generale, essere conclusa tra un imprenditore, anche non commerciale⁵²², e i suoi creditori, senza ulteriori specificazioni.

Dunque, il contratto che nella disciplina fallimentare era soggettivamente proprio, caratterizzato dalla necessaria presenza di un imprenditore da una parte, e di una pluralità di creditori finanziari, dall'altra, diviene uno strumento di gestione temporanea della crisi utilizzabile nei confronti di qualunque categoria di creditori, indipendentemente dalla loro natura⁵²³.

Emerge, allora, che ogni tipo di credito possa essere incluso nella convenzione e suddiviso poi in base alla categoria di appartenenza⁵²⁴.

⁵²¹ BOGGIO L., *Gli strumenti di regolazione concordata della crisi o dell'insolvenza*, in *Giur. It.*, 2019, p. 1978.

⁵²² Dunque, anche tra un imprenditore agricolo e un imprenditore minore e i suoi creditori: FORTUNATO S., *Codice della crisi e Codice civile: assetti organizzativi e responsabilità*, cit., 952.

⁵²³ D'ANGELO F., *La convenzione di moratoria nel nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Banca, Borsa e Titoli di credito*, 2019, p. 833.

⁵²⁴ All'art. 62, comma secondo lett. a) c.c.i.i. si prevede che tutti i creditori appartenenti alla medesima categoria "siano stati informati dell'avvio delle trattative o siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede e abbiano ricevuto complete e aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché sulla convenzione e i suoi effetti. D'ANGELO F., *La convenzione di moratoria nel nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., p. 833 e ss: "La prova del fatto che i creditori siano stati messi nella condizione di parteciparvi è agevole, posto che sarà sufficiente l'evidenza documentale delle

La peculiarità della convenzione è che essa acquista efficacia anche nei confronti dei creditori non aderenti che appartengano alla medesima categoria purché i crediti degli aderenti rappresentino il settantacinque per cento di tutti i creditori appartenenti alla medesima categoria, fermo restando che un creditore può essere titolare di crediti inseriti in più di una categoria⁵²⁵.

La disciplina è innovativa poiché viene meno la vincolatività della convenzione per ordine del Tribunale, mentre rimane la possibilità di opposizione⁵²⁶.

L'opposizione deve essere proposta entro trenta giorni dalla comunicazione ai creditori non aderenti mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento o presso il domicilio digitale e avverso la sentenza del Tribunale può essere proposto un reclamo⁵²⁷.

Dal punto di vista oggettivo, l'art. 62 c.c.i.i. prevede che essa sia diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi tramite la dilazione delle scadenze dei crediti, la rinuncia agli atti o la sospensione delle azioni esecutive e conservative e ogni altra misura che non comporti rinuncia al credito, in deroga agli articoli 1372 e 1411 del Codice civile⁵²⁸.

Ad ogni modo, a tutela dei diritti dei creditori della medesima categoria non aderenti, non possono essere imposti l'esecuzione di nuove prestazioni,

comunicazioni di convocazione della riunione o delle diverse modalità volte a notificare i creditori circa l'apertura del tavolo e della successiva reportistica (normalmente le riunioni danno sempre luogo ad una comunicazione di riepilogo, quando non ad una vera verbalizzazione, volta a dar conto dei partecipanti e delle varie posizioni assunte), comunicata a tutti gli invitati”.

⁵²⁵ Art. 62, comma primo lett. b) c.c.i.i.

⁵²⁶ Art. 62, comma secondo, lett. c) e d) c.c.i.i.: il Tribunale valuta in base all'attestazione di un professionista indipendente che abbia attestato la veridicità dei dati aziendali, l'idoneità della convenzione a disciplinare provvisoriamente gli effetti della crisi, e che ci siano concrete prospettive che i creditori della medesima categoria non aderenti, cui vengono estesi gli effetti della convenzione, possano risultare soddisfatti all'esito della stessa in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale.

⁵²⁷ Art. 62, comma sette c.c.i.i.

⁵²⁸ Art. 62, comma primo c.c.i.i.

la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti.

Precisamente, non è considerata nuova prestazione la prosecuzione della concessione del godimento di beni oggetto di contratti di locazione finanziaria già stipulati⁵²⁹.

A contrario, dunque, dalla lettera della norma si evince che ai creditori della medesima categoria aderenti possano essere imposte, invece, nuove prestazioni o la concessione di affidamenti, così come emerge che ai creditori aderenti possa essere imposta la rinuncia agli atti o alle azioni esecutive.

La dottrina ha evidenziato che tali vincoli sono validi ed efficaci in quanto il Legislatore ha preventivamente ritenuto meritevole di tutela l'interesse dell'impresa a far sì che possa essere portato avanti un tentativo di risanamento, rispetto all'interesse dei creditori di minoranza a proseguire iniziative individuali, così evitando possibili comportamenti opportunistici da parte di questi ultimi⁵³⁰.

La nuova disciplina non regola, invece, la sorte degli atti compiuti in pendenza del periodo oggetto di moratoria e, pertanto, si ritiene che essi non godano di protezione automatica dalla revocatoria nel caso in cui, nonostante la moratoria concessa, non abbia successo la definitiva ristrutturazione del debito.

Si nota che la mancata esenzione dall'azione revocatoria può scoraggiare il ricorso all'istituto poiché, rispetto al passato, l'oggetto della convenzione di moratoria può non contemplare non solo mere dilazioni di pagamento (cd accordi di *stand still*)⁵³¹, bensì anche “la rinuncia agli atti” che, ove qualificati come atti a titolo gratuito, possono cadere per effetto della revocatoria⁵³².

⁵²⁹ Art. 62, comma terzo c.c.i.i.

⁵³⁰ D'ANGELO F., *La convenzione di moratoria nel nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., p. 833 e ss.

⁵³¹ TOMASI T., *Impresa in crisi e creditore bancario*, Milano, 2017, p. 227.

⁵³² In senso contrario: D'ANGELO F., *La convenzione di moratoria nel nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., p. 833 e ss per cui il Legislatore ha

Per snellire la procedura e favorire l'utilizzo dello strumento, specie di fronte alla crisi economica causata dall'emergenza sanitaria da Covid-19, in dottrina allora si propone una procedura semplificata.

In particolare, si propone la sospensione delle azioni esecutive e cautelari per un periodo prefissato in via automatica previa iscrizione nel Registro delle imprese di una dichiarazione del debitore, in una con la documentazione che fotografa la situazione dell'impresa, e con indicazione di un professionista con funzione di sorveglianza, sempre tra i soggetti che hanno i necessari requisiti di professionalità, onorabilità ed indipendenza⁵³³.

5. La composizione negoziata per la soluzione della crisi di impresa

Il nuovo istituto della composizione negoziata della crisi di impresa, introdotto dal d.l. n. 118 del 2021⁵³⁴, convertito dalla l. 21 ottobre 2021 n. 147 e disciplinato agli articoli 2 – 17, è operativo dal 15 novembre 2021 e realizza un vero e proprio accordo tra debitore e creditori limitativo della

appositamente oMESSO l'esenzione dall'azione revocatoria poiché l'oggetto della convenzione riguarda soltanto dilazioni di pagamento.

⁵³³ CORNO G. – PANZANI L., *La disciplina dell'insolvenza durante la pandemia da Covid-19. Spunti di diritto comparato, con qualche riflessione sulla possibile evoluzione della normativa italiana*, cit., p. 16: “salva la facoltà del Tribunale di designare altro soggetto su istanza dei creditori o del P.M. Ai creditori ed al P.M. dovrà essere riservata la possibilità di proporre opposizione, per ragioni predeterminate. Laddove la continuità aziendale non possa essere utilmente ripristinata, neanche temporaneamente, o nelle ipotesi di frode, su istanza del professionista, del P.M. o di terzi creditori, il Tribunale, sentito il debitore, potrà ordinare la cancellazione della iscrizione della autocertificazione con effetti di moratoria nel registro imprese”; CORNO G. – PANZANI L., *Proposta di legge per una moratoria straordinaria volta a gestire l'emergenza, tramite l'istituzione della procedura di “amministrazione vigilata”*, in *Crisi di impresa e insolvenza*, 6 maggio 2020, p. 1.

⁵³⁴ Recante “Misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale, nonché ulteriori misure urgenti in materia di giustizia”.

responsabilità patrimoniale ⁵³⁵. La relativa disciplina è poi confluita all'interno del Codice a seguito delle modifiche apportate dal d. lgs. 17 giugno 2022 n. 83 recante "Modifiche al codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, in attuazione della direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019", riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e

⁵³⁵ D'ATTORE G., *La concorsualità "liquida" nella composizione negoziata*, in *Il Fallimento*, 3/2023, p. 301; DE SANTIS F., *Le misure protettive e cautelari nella soluzione negoziata della crisi di impresa*, in *Il Fallimento*, 12/2021, p. 1536; FABIANI M. – PAGNI I., *Introduzione alla composizione negoziata*, in *Il Fallimento*, 12/2021, p. 1477; GUERRINI L., *Il d.l. n. 118/2021 sulla composizione negoziata della crisi d'impresa: l'alba di una buona fede "concorsuale"?*, in *NGCC*, 1/2022, p. 243; GUIOTTO A., *La figura dell'esperto e la conduzione delle trattative nella composizione negoziata della crisi*, in *Il Fallimento*, 12/2021, p. 1527; MACARIO F., *La composizione negoziata della crisi e dell'insolvenza del debitore*, in *I Contratti*, 1/2022, p. 5; PANZANI L., *Gli esiti possibili delle trattative e gli effetti in caso di insuccesso*, in *Il Fallimento*, 12/2021, p. 1591; RANA G., *Il non facile coordinamento tra composizione negoziata, regolazione concorsuale della crisi e iniziative cautelari*, in *Il Fallimento*, 2/2022, p. 153; RANALLI R., *Il comportamento dell'imprenditore ed il ruolo dell'esperto anche alla luce del decreto dirigenziale*, in *Il Fallimento*, 12/2021, p. 1513; RANDAZZO F., *Le misure premiali nella composizione negoziata della crisi di impresa*, in *Diritto e pratica tributaria*, 1/2022, p. 83; SPADARO M., *La composizione negoziata della crisi delle imprese sotto soglia*, in *Il Fallimento*, n. 3/2022, p. 312; VELLA P., *Le finalità della composizione negoziata e la struttura negoziata del percorso. Confronto col CII*, in *Il Fallimento*, 12/2021, p. 1489; PAGNI I., *Crisi d'impresa e crisi del contratto al tempo dell'emergenza sanitaria, tra autonomia negoziale e intervento del giudice*, in *Le crisi d'impresa e del consumatore*, a cura di S. AMBROSINI, Torino, 2021; AMBROSINI S., *La "miniriforma" del 2021: rinvio (parziale) del CCI, composizione negoziata e concordato semplificato*, in *Dir. fall.*, 2021, p. 919; BONFATTI S., *Profili della composizione negoziata della crisi d'impresa. Natura giuridica, presupposti e valutazioni comparative*, in *Dirittodellacrisi.it*, 3 febbraio 2022, p. 6 ss; BOTTAI L.A., *La composizione negoziata di cui al D.L. 118/2021: svolgimento e conclusione delle trattative*, in *Il Fallimentarista*, 4 ottobre 2021; FERRO M., *La composizione negoziata e il riposizionamento delle istituzioni della concorsualità giudiziale dopo il D. l. n. 118/2021*, in *Il Fallimento*, 12/2021, p. 1573.

che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 (direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza).

Esso rappresenta un ulteriore tassello innovativo ispirato dalla filosofia di fondo della riforma, attuativo delle linee direttrici individuate nella cosiddetta “privatizzazione” e “degiurisdizionalizzazione” delle procedure di gestione della crisi e dell'insolvenza⁵³⁶.

In particolare, si prevede che l'imprenditore commerciale e agricolo che si trovi in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza, possa chiedere al segretario generale della camera di commercio nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell'impresa la nomina di un esperto indipendente quando risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa⁵³⁷.

La novità è stata accolta con favore dagli operatori del settore che hanno da subito fornito suggerimenti applicativi al fine di superare i timori che la normativa in esame rappresenti una sorta di controriforma rispetto al Codice della crisi appena entrato in vigore, o che la Commissione istituita presso il Ministero della Giustizia abbia voluto sostituire il Codice stesso con una normativa d'urgenza⁵³⁸.

In primo luogo, per fugare ogni dubbio, si afferma la compatibilità dell'accordo di composizione della crisi con la disciplina delle procedure concorsuali di cui al Codice della crisi. Si nota, infatti, che l'applicazione di

⁵³⁶ MACARIO F., *La composizione negoziata della crisi e dell'insolvenza del debitore*, cit., p. 5.

⁵³⁷ Art. 2 d.l. n. 118 del 2021, ora art. 12 c.c.i.i. Le imprese sottosoglia possono parimenti accedere alla composizione negoziata della crisi *ex art.* 17 comma 1 d.l. n. 118 del 2021, ora art. 25 *quater* c.c.i.i.: “L'imprenditore commerciale e agricolo che possiede congiuntamente i requisiti di cui all'articolo 1, secondo comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e che si trova in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza”. Sul punto: SPADARO M., *La composizione negoziata della crisi delle imprese sottosoglia*, in *Il Fallimento*, 2022, p. 312.

⁵³⁸ FABIANI M. – PAGNI I., *Introduzione alla composizione negoziata*, cit., p. 1477.

principi, regole ed istituti concorsuali fuori dal perimetro tipico non presuppone più necessariamente la natura concorsuale della procedura⁵³⁹. La stessa giurisprudenza di legittimità a Sezioni Unite ha affermato che la manifestazione più netta dell'applicazione di alcune delle regole ritenute caratterizzanti la concorsualità delle procedure si ha proprio con la composizione negoziata della crisi⁵⁴⁰.

In secondo luogo, si enfatizza l'inedito rapporto tra i concetti di "contratto" e di "impresa": il primo, quale atto negoziale è utilizzato nell'istituto in esame per una finalità certamente estranea alla sua tradizione, ossia la gestione della crisi e dell'insolvenza del debitore; la seconda, quale attività economica produttiva, è da salvaguardare con gli strumenti giuridici più idonei, così favorendo la relazione tra insolvenza e autonomia privata⁵⁴¹.

La composizione negoziata può, quindi, essere definita più come un "percorso" di mediazione finalizzato alla composizione del debito⁵⁴² che come "procedura concorsuale" e questo per diversi motivi: non vi è un provvedimento di apertura, non vi sono organi, non vi è un ordine legale di distribuzione delle somme e non vi è spossessamento del debitore⁵⁴³. Ad ogni modo, la nuova composizione negoziata ammette il ricorso a strumenti tipicamente concorsuali, come le misure protettive o, comunque, determina

⁵³⁹ D'ATTORE G., *La concorsualità "liquida" nella composizione negoziata*, cit., p. 301.

⁵⁴⁰ Cass. S.U. 31 dicembre 2021, n. 42093 in *dejure*.

⁵⁴¹ MACARIO F., *La composizione negoziata della crisi e dell'insolvenza del debitore*, cit., p. 5.

⁵⁴² MACARIO F., *La composizione negoziata della crisi e dell'insolvenza del debitore*, cit., p. 5. In senso contrario: FERRO M., *La composizione negoziata e il riposizionamento delle istituzioni della concorsualità giudiziale dopo il D. l. n. 118/2021*, cit., p. 1573.

⁵⁴³ AMBROSINI S., *La "miniriforma" del 2021: rinvio (parziale) del CCI, composizione negoziata e concordato semplificato*, cit., p. 919; BONFATTI S., *Profili della composizione negoziata della crisi d'impresa. Natura giuridica, presupposti e valutazioni comparative*, cit., p. 6 ss.

effetti concorsuali, come la prededuzione e la possibile esenzione da revocatoria.

La scelta del d.l. n. 118/2021, dunque, è di fornire al debitore un percorso, guidato e protetto, sotto il controllo dell'autorità giudiziaria, sostitutivo non dell'allerta, ma della diversa composizione "assistita" del Codice della crisi, già esaminata, istituzionalizzando la fase delle trattative e creando un raccordo tra le forme di mediazione nelle procedure di regolazione della crisi, attraverso tavoli di facilitazione allargati contestualmente a tutti i creditori⁵⁴⁴.

La ragione principale dell'introduzione dell'istituto in esame risiede così nell'esigenza di far fronte alle difficoltà dovute, o aggravate, dalle chiusure e restrizioni per la pandemia e in una situazione di particolare crisi degli investimenti⁵⁴⁵. Inoltre, il nuovo strumento sopperisce ai ritardi nell'attuazione degli strumenti delle norme del Titolo II del c.c.i.i. per effetto della situazione di stallo creata dallo stato di emergenza⁵⁴⁶.

A tal fine, per l'accesso alla composizione negoziale la legge prevede l'istituzione di una piattaforma telematica nazionale accessibile agli imprenditori iscritti nel registro delle imprese attraverso il sito internet istituzionale di ciascuna camera di commercio. Sulla piattaforma sono disponibili una lista di controllo particolareggiata, adeguata anche alle esigenze delle micro, piccole e medie imprese, che contiene indicazioni operative per la redazione del piano di risanamento, un test pratico per la

⁵⁴⁴ PAGNI I., *Crisi d'impresa e crisi del contratto al tempo dell'emergenza sanitaria, tra autonomia negoziale e intervento del giudice*, cit.

⁵⁴⁵ FABIANI M. – PAGNI I., *Introduzione alla composizione negoziata*, cit., p. 1477; GUERRINI L., *Il d.l. n. 118/2021 sulla composizione negoziata della crisi d'impresa: l'alba di una buona fede "concorsuale"?*, cit., p. 243: secondo il rapporto PMI 2021 realizzato da Cerved e Confindustria, "la quota di PMI con un'alta probabilità di default a dodici mesi è aumentata dal 9,2% al 14,7%; nei settori più colpiti dai lockdown e dalle altre misure di contenimento le stime toccano numeri da capogiro: è a rischio di fallimento il 34% degli alberghi, il 40% dei ristoranti, e il 60% delle società che organizzano fiere e convegni".

⁵⁴⁶ *Ibidem*.

verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento, accessibile da parte dell'imprenditore e dei professionisti dallo stesso incaricati, e un protocollo di conduzione della composizione negoziata⁵⁴⁷.

Sulla scorta di tali premesse, gli operatori del settore concordano che per il successo della composizione negoziata della crisi assume un ruolo fondamentale l'esperto indipendente⁵⁴⁸. Precisamente, a tale figura è attribuito il delicato compito di agevolare le trattative tra l'imprenditore, i creditori ed eventuali altri soggetti interessati, al fine di individuare una soluzione per il superamento delle condizioni di difficoltà, anche mediante il trasferimento dell'azienda o di rami di essa⁵⁴⁹.

La normativa prevede che l'esperto, accettato l'incarico, convochi senza indugio l'imprenditore per valutare l'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento, anche alla luce delle informazioni assunte dall'organo di controllo e dal revisore legale, ove in carica. Se ritiene che le prospettive di risanamento siano concrete, l'esperto incontra le altre parti interessate al processo di risanamento e prospetta le possibili strategie di intervento fissando i successivi incontri con cadenza periodica ravvicinata. Diversamente, se il risanamento non è possibile, l'esperto ne dà notizia all'imprenditore e al segretario generale della camera di commercio,

⁵⁴⁷ Art. 3 d.l. n. 118 del 2021, ora art. 13 c.c.i.i.: la norma disciplina in modo dettagliato i requisiti professionali dell'esperto e le modalità di nomina.

⁵⁴⁸ RANALLI R., *Il comportamento dell'imprenditore ed il ruolo dell'esperto anche alla luce del decreto dirigenziale*, cit., p. 1513; GUIOTTO A., *La figura dell'esperto e la conduzione delle trattative nella composizione negoziata della crisi*, cit., p. 1527; MACARIO F., *La composizione negoziata della crisi e dell'insolvenza del debitore*, cit., p. 5; PANZANI L., *Gli esiti possibili delle trattative e gli effetti in caso di insuccesso*, cit., p. 1596; BOTTAI L.A., *La composizione negoziata di cui al D.L. 118/2021: svolgimento e conclusione delle trattative*, in *Il Fallimentarista*, 4 ottobre 2021; GUIOTTO A., *La figura dell'esperto e la conduzione delle trattative nella composizione negoziata della crisi*, cit., p. 1527.

⁵⁴⁹ Art. 12 c.c.i.i.

industria, artigianato e agricoltura che dispone l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata⁵⁵⁰.

Si è osservato, tuttavia, che le funzioni dell'esperto così descritte sono solo apparentemente nitide e la descrizione appare riduttiva a fronte dell'ampiezza dei compiti che la legge intende affidargli⁵⁵¹.

La figura dell'esperto, infatti, presenta elementi di novità che lo distinguono non solo dai componenti dell'OCRI come previsto dal c.c.i.i., ma anche dalle figure professionali che normalmente operano nell'ambito della crisi d'impresa, su incarico dell'imprenditore o nominati dal Tribunale⁵⁵² e di cui i primi commenti alla nuova normativa hanno, sin da subito, rimarcato le profonde differenze⁵⁵³.

Ad esempio, la figura dell'esperto differisce da quella del commissario giudiziale nel concordato preventivo e del curatore fallimentare: si osserva che in questi professionisti è assente la propensione negoziale, nonché l'equidistanza tra gli interessi dell'impresa e quelli dei creditori, avendo quale comune punto di riferimento la tutela di questi ultimi⁵⁵⁴.

Ancora, la figura dell'esperto diverge altresì da quella del professionista attestatore, anch'esso dotato di adeguata terzietà ma tra le cui funzioni non sono certamente comprese quelle di stimolare il raggiungimento di un accordo tra le parti⁵⁵⁵.

⁵⁵⁰ Art 5 d.l. n. 118 del 2021, ora art. 17 c.c.i.i.

⁵⁵¹ GUIOTTO A., *La figura dell'esperto e la conduzione delle trattative nella composizione negoziata della crisi*, cit., p. 1528.

⁵⁵² *Ibidem*.

⁵⁵³ RANALLI R., *Il comportamento dell'imprenditore ed il ruolo dell'esperto anche alla luce del decreto dirigenziale*, cit., p. 1513; PANZANI L., *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid*, in www.dirittodellacrisi.it, 25 agosto 2021.

⁵⁵⁴ PANZANI L., *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid*, cit.; GUIDOTTI R., *La crisi d'impresa nell'era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 8 settembre 2021.

⁵⁵⁵ RANALLI R., *Il comportamento dell'imprenditore ed il ruolo dell'esperto anche alla luce del decreto dirigenziale*, cit., p. 1513.

Così, la figura dell'esperto non coincide neppure con quella del consulente, il quale è nominato direttamente dall'imprenditore e svolge la sua attività nel precipuo interesse del cliente, mentre compito principale dell'esperto è quello di agevolare le trattative con i soggetti rilevanti per il risanamento dell'impresa, primi tra tutti i creditori aziendali⁵⁵⁶.

Dunque, la composizione negoziata cerca di fare un passo in avanti nel modo di operare dell'esperto quale facilitatore terzo e imparziale: anche il mutamento nell'aggettivo della composizione da "assistita" a "negoziata" mira a sottolineare che l'esperto ha il compito di facilitare le trattative e favorire gli accordi⁵⁵⁷.

A tal proposito, il testo normativo richiama, altresì, il disposto di cui all'art. 1337 c.c., precisando che "durante le trattative le parti si comportano secondo buona fede e correttezza"⁵⁵⁸. Tuttavia, si è subito osservato che tale disposizione sembra piuttosto introdurre un nuovo concetto di buona fede "concorsuale", non del tutto compatibile con i principi di autonomia negoziale e libertà contrattuale⁵⁵⁹. Questa, infatti, si oppone alla ricerca di soluzioni egoistiche e persegue il risanamento dell'impresa quale interesse superiore e sopraindividuale che permea la trattativa. Del resto, si osserva che

⁵⁵⁶ GUIOTTO A., *La figura dell'esperto e la conduzione delle trattative nella composizione negoziata della crisi*, cit., p. 1528; e MACARIO F., *La composizione negoziata della crisi e dell'insolvenza del debitore*, cit., p. 5 e ss.: "quella dell'esperto non si presenta come un'attività di vera e propria "mediazione", se non altro per il modo in cui siamo abituati a concepirla con riferimento alla mediazione propedeutica alla causa civile, in quanto l'esperto non deve aiutare a dirimere una controversia, ma piuttosto dovrà mettere in campo la sua esperienza professionale per agevolare la trattativa in vista della composizione negoziata della situazione debitoria".

⁵⁵⁷ FABIANI M. – PAGNI I., *Introduzione alla composizione negoziata*, cit., p. 1477; VELLA P., *Le finalità della composizione negoziata e la struttura negoziata del percorso. Confronto col CII*, cit., p. 1489.

⁵⁵⁸ Art. 4 comma 4 d.l. n. 118 del 2021. Tale dovere è stato trascritto in via generalizzata per tutte le procedure di composizione della crisi all'art. 4 c.c.i.i.

⁵⁵⁹ GUERRINI L., *Il d.l. n. 118/2021 sulla composizione negoziata della crisi d'impresa: l'alba di una buona fede "concorsuale"?*, cit., p. 244.

la buona fede dell'art. 4, comma 4° D. l. 118/2021 non si limita a vincolare le parti a salvaguardare gli affidamenti generati, bensì obbliga a sacrifici quantitativamente e qualitativamente anche assai apprezzabili⁵⁶⁰.

La precisazione è opportuna, in quanto nel corso delle trattative l'imprenditore conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria⁵⁶¹.

Proseguendo con l'analisi della normativa, dal lato del debitore, si precisa che l'imprenditore ha il dovere di rappresentare la propria situazione all'esperto, ai creditori e agli altri soggetti interessati in modo completo e trasparente e di gestire il patrimonio e l'impresa senza pregiudicare ingiustamente gli interessi dei creditori⁵⁶².

Dal lato dei creditori, invece, si prevede che le banche e gli intermediari finanziari, i loro mandatari e i cessionari dei loro crediti sono tenuti a partecipare alle trattative in modo attivo e informato. Non solo, l'accesso alla composizione negoziata della crisi non costituisce di per sé causa di revoca degli affidamenti bancari concessi all'imprenditore⁵⁶³.

Ai fini della ricerca, particolarmente interessante è l'art. 6 d.l. n. 118 del 2021, inserito all'art. 18 c.c.i.i. ai sensi dell'art. 6 d. lgs. n. 83 del 2022, ove disciplina le misure protettive del patrimonio. Queste rappresentano un elemento determinante per la prosecuzione e il buon esito delle trattative, assumendo un rilievo centrale pratico, ancor prima che giuridico⁵⁶⁴.

Precisamente, la norma prevede che l'imprenditore possa chiedere, con l'istanza di nomina dell'esperto, anche un'istanza di applicazione delle misure protettive. Questa è pubblicata nel registro delle imprese unitamente

⁵⁶⁰ *Ibidem*.

⁵⁶¹ Art. 9 d.l. n. 118 del 2021, ora art. 21 c.c.i.i.

⁵⁶² Art. 4 c.c.i.i.

⁵⁶³ Art. 4 c.c.i.i.

⁵⁶⁴ DE SANTIS F., *Le misure protettive e cautelari nella soluzione negoziata della crisi di impresa*, cit., p. 1536; Tra le prime applicazioni: Trib. Firenze, ordinanza 29 dicembre 2021, in *onelegale*.

all'accettazione dell'esperto e, dal giorno della pubblicazione, i creditori non possono acquisire diritti di prelazione se non concordati con l'imprenditore né possono iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul suo patrimonio o sui beni e sui diritti con i quali viene esercitata l'attività d'impresa. Non sono inibiti i pagamenti⁵⁶⁵ e, parimenti, dal giorno della pubblicazione dell'istanza e fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata, la sentenza dichiarativa di fallimento o di accertamento dello stato di insolvenza non può essere pronunciata⁵⁶⁶.

Come anticipato, tali misure incidono particolarmente sul regime di responsabilità patrimoniale poiché i creditori interessati dalle misure protettive non possono, unilateralmente, rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti o provocarne la risoluzione, né possono anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del mancato pagamento dei loro crediti anteriori⁵⁶⁷. Inoltre, l'art. 6 d.l. n. 118 del 2021, ora art. 18 c.c.i.i. ha confermato il divieto per i creditori di acquistare diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti.

Con le modifiche apportate dal d. lgs. n. 83 del 2022, l'art. 19 comma 8 c.c.i.i. prevede che in caso di revoca o cessazione delle misure protettive, il divieto di acquisire diritti di prelazione se non concordati con l'imprenditore viene meno a far data dalla revoca o dalla cessazione delle misure protettive.

Al riguardo, si è osservato che mentre nella normativa concorsuale comune il divieto non è disponibile dalle parti ed è il solo Tribunale a poter autorizzare simili acquisti, nell'ambito della composizione negoziata della crisi, invece,

⁵⁶⁵ Art. 18 comma 5 c.c.i.i.

⁵⁶⁶ Art. 18 comma 4 c.c.i.i. Sul coordinamento con le procedure concorsuali: RANA G., *Il non facile coordinamento tra composizione negoziata, regolazione concorsuale della crisi e iniziative cautelari*, cit., p. 153; FERRO M., *La composizione negoziata e il riposizionamento delle istituzioni della concorsualità giudiziale dopo il D. l. n. 118/2021*, cit., p. 1573.

⁵⁶⁷ Art. 6 c.c.i.i.

il divieto è “disponibile”. Difatti, il debitore ed il singolo creditore possono accordarsi per l’acquisto della prelazione, anche a dispetto degli altri creditori⁵⁶⁸.

Queste disposizioni confermano, dunque, ancora una volta, il ridimensionamento dei principi di universalità del patrimonio e di *par condicio creditorum*, a favore di quanto sostenuto in tesi, ossia della ammissibilità giuridica di patti sulla responsabilità patrimoniale con effetti abdicativi verso i terzi.

Il percorso di negoziazione della crisi conosce, altresì, un altro momento giurisdizionale ove si prevede l’intervento del giudice competente nel concedere particolari autorizzazioni su richiesta dell’imprenditore, come, ad esempio, a contrarre finanziamenti prededucibili⁵⁶⁹.

Tra i poteri attribuiti al giudice merita soffermarsi sulla previsione dell’intervento del tribunale in materia di rinegoziazione dei contratti, nei quali la prestazione sia divenuta “eccessivamente onerosa per effetto della pandemia da SARS-CoV-2”.

Nello specifico, si prevede che l’esperto possa invitare le parti a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia. Tuttavia, in mancanza di accordo, per superare l’*impasse*, su domanda dell’imprenditore, il Tribunale, acquisito il parere dell’esperto e tenuto conto delle ragioni dell’altro contraente, può rideterminare equamente le condizioni del contratto, per il periodo strettamente necessario e come misura indispensabile ad assicurare la continuità aziendale. Se accoglie la domanda il Tribunale

⁵⁶⁸ DE SANTIS F., *Le misure protettive e cautelari nella soluzione negoziata della crisi di impresa*, cit., p. 1538.

⁵⁶⁹ Art. 10 comma 1 d.l. n. 118 del 2021, ora art. 22 c.c.i.i.

assicura l'equilibrio tra le prestazioni anche stabilendo la corresponsione di un indennizzo⁵⁷⁰.

La previsione è stata accolta con favore in dottrina e si ritiene essa sia non soltanto opportuna, ma anche in linea con l'evoluzione del diritto contrattuale. Si auspica, altresì, che tale attività dell'esperto diventi prassi corrente, soprattutto in ragione della coercibilità della soluzione modificativa grazie all'intervento del giudice⁵⁷¹. Anzi, si rileva la timidezza di una soluzione all'apparenza così efficiente e funzionale, in vista dell'esito positivo del "percorso", sia stata prevista con una significativa limitazione, ossia con riferimento esclusivamente ai casi in cui l'eccessiva onerosità sia stata determinata dalla "situazione Covid"⁵⁷².

Comunque, al termine del percorso di composizione negoziata della crisi di impresa, la disciplina prevede due possibili sbocchi delle trattative condotte dall'imprenditore con l'ausilio dell'esperto⁵⁷³. Precisamente, l'esito può dar luogo a varie forme di accordi, temporanei o definitivi, con i creditori⁵⁷⁴, oppure, può tradursi nell'accesso, ad iniziativa dell'imprenditore, alle procedure concorsuali, ivi compresi la liquidazione giudiziale e l'amministrazione straordinaria⁵⁷⁵, ma anche al nuovo concordato liquidatorio semplificato⁵⁷⁶.

⁵⁷⁰ Art. 10 comma 1 d.l. n. 118 del 2021, ora art. 22 c.c.i.i.

⁵⁷¹ MACARIO F., *La composizione negoziata della crisi e dell'insolvenza del debitore*, cit., p. 10.

⁵⁷² MACARIO F., *La composizione negoziata della crisi e dell'insolvenza del debitore*, cit., p. 11.

⁵⁷³ Art. 11 d. l. n. 118 del 2021, ora art. 23 c.c.i.i.

⁵⁷⁴ Art. 23 c.c.i.i.

⁵⁷⁵ Art. 23 c.c.i.i.

⁵⁷⁶ PANZANI L., *Gli esiti possibili delle trattative e gli effetti in caso di insuccesso*, cit., p. 1591: l'Autore definisce tale schema una *road map* senza alternative in caso di insuccesso delle trattative.

Le soluzioni che portano ad una soluzione concordata godono di benefici fiscali attraverso misure premiali⁵⁷⁷.

In conclusione, i primi commenti osservano come il “percorso” della composizione negoziata della crisi appaia più attrattivo per l’imprenditore sia in quanto attivato su base volontaria e sia in quanto il suo eventuale insuccesso non comporta di *default* una soluzione giudiziale. Si aggiungano la possibilità di mantenere la piena gestione dell’impresa, di chiedere provvedimenti protettivi del patrimonio aziendale e di ottenere finanza prededucibile, nonché di accedere all’esito delle negoziazioni a un ventaglio di soluzioni agevolate rispetto alla disciplina ordinaria⁵⁷⁸.

Lo strumento si accoglie con favore e si auspica rappresenti il “punto di equilibrio tra autonomia negoziale ed eteronomia giudiziale già in una fase in cui l’imprenditore conserva la gestione della propria attività perché sta ancora valutando, coi propri professionisti, se e come accostarsi all’universo delle procedure di regolazione della crisi e dell’insolvenza”⁵⁷⁹.

In questo modo, l’idea dell’importanza di una tempestiva reazione ai segnali di crisi è stata enfatizzata abilitando all’accesso alla composizione negoziata anche l’imprenditore che veda la crisi come un evento soltanto probabile⁵⁸⁰.

6. I concordati

⁵⁷⁷ RANDAZZO F., *Le misure premiali nella composizione negoziale della crisi di impresa*, in *Diritto e pratica tributaria*, 1/2022, p. 83: “dette misure premiali, riducendo nel loro ammontare gli interessi e le sanzioni sui debiti tributari dell’impresa, costituiscono un incentivo non trascurabile al perfezionamento degli accordi di risanamento”.

⁵⁷⁸ GUIOTTO A., *La figura dell’esperto e la conduzione delle trattative nella composizione negoziata della crisi*, cit., p. 1527.

⁵⁷⁹ FABIANI M. – PAGNI I., *Introduzione alla composizione negoziata*, cit., p. 1477.

⁵⁸⁰ *Ibidem*.

Nella sistematica del Codice, la regolazione degli accordi manifesta un grado crescente di intervento del giudice con una contestuale riduzione dello spazio per l'autonomia privata. In tal senso, alla disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti seguono le norme in materia di concordati.

Anche in questo caso l'utilizzo del plurale è d'obbligo poiché il nuovo c.c.i.i. disciplina vari tipi di concordato, ossia il concordato preventivo, il concordato nella liquidazione giudiziale (*ex* concordato fallimentare), il nuovo concordato di gruppo, nonché il nuovo concordato "minore". A questi si deve aggiungere anche il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio, introdotto agli articoli 18 e 19 d.l. n. 118 del 2021, convertito dalla legge 21 ottobre 2021 n. 147 con modificazioni⁵⁸¹. Tale istituto è stato inserito poi nel c.c.i.i. all'art. 25 *sexies* ad opera dell'art. 6 d.lgs. n. 83 del 2022.

Di seguito si analizza brevemente per ordine ciascun tipo concordato, con la precisazione che, trattandosi di un accordo in cui si prevede un incisivo intervento giudiziale, per non deviare dal perimetro dell'indagine, ci si sofferma soltanto sulle disposizioni più rilevanti ai fini dell'oggetto della ricerca.

In *primis*, il concordato preventivo, al pari dell'*ex* concordato fallimentare⁵⁸², sulla scia della vocazione "privatistica" delle ultime riforme,

⁵⁸¹ Sull'argomento: CAMPOBASSO M., *Il concordato liquidatorio semplificato: ma perché il concordato preventivo non trova pace?*, in *NLCC*, 1/2022, p. 112; D'ATTORRE G., *Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio*, in *Il Fallimento*, 2021, p. 1603; LEUZZI S., *Analisi differenziale fra concordati: concordato semplificato vs. ordinario*, in *Dirittodellacrisi.it*, 9 novembre 2021, 3; FICHERA G., *Sul nuovo concordato semplificato: ovvero tutto il potere ai giudici*, in *Dirittodellacrisi.it*, 11 novembre 2021, cit., 14; AMBROSINI S., *Il concordato semplificato: primi appunti*, in *Ristrutturazioniaziedali.it*, 23 settembre 2021, 4.

⁵⁸² Nella dottrina tradizionale, FERRARA L., *Concordato fallimentare*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 471 ss.; DI CATALDO V., *Il concordato fallimentare con assunzione*, Milano, 1976, *passim*; DI SABATO F., voce *Concordato fallimentare*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1988, *passim*; DI LAURO M., *Concordato fallimentare*, in G. COSTA-G. RAGUSA MAGGIORE (diretto da), *Le procedure concorsuali. Il fallimento. Trattato*, Torino, 1993, p. 665; BIANCO C. - GIORGETTI M. – RIVA P., *Concordato*

è stato qualificato, da parte della dottrina e della giurisprudenza, come “accordo concorsuale”⁵⁸³.

Al riguardo, il concordato preventivo è disciplinato nel Titolo IV “Strumenti di regolazione della crisi”, Capo III “Concordato preventivo”, agli artt. 84 – 120 c.c.i.i.⁵⁸⁴.

La domanda di accesso di concordato *ex art.* 40 c.c.i.i. è presentata dal debitore a mezzo di ricorso e consente di realizzare il soddisfacimento dei creditori mediante la continuità aziendale o la liquidazione del patrimonio⁵⁸⁵.

Il Codice dimostra un particolare *favor* per il concordato con continuità aziendale, infatti, diversamente dal vigente art. 186 *bis* l. fall., richiede un *quid pluris* sotto il profilo finalistico rispetto alla mera continuazione dell’impresa nel concordato, caratterizzandosi per lo scopo qualificato di “assicurare il ripristino dell’equilibrio economico finanziario nell’interesse prioritario dei creditori, oltre che dell’imprenditore e dei soci”⁵⁸⁶.

Sotto il profilo degli effetti, una volta depositata la domanda, corredata di una serie di documenti, e fino al decreto di apertura, il debitore subisce lo spossessamento attenuato e può compiere soltanto gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del Tribunale, pena

fallimentare. Profili giuridici ed economico – aziendali. Casi., Milano, 2013, p. 4.

⁵⁸³ AZZARO A., *Causa illecita e accordi concorsuali*, in *Giust. Civ.*, 2019, p. 121; ONORATO M., *Gli accordi concorsuali. Profili civilistici*, cit., p. 97, secondo cui “si può adesso superare l’orientamento che pensa negozi giuridici e procedure concorsuali come termini alternativi”. In senso contrario: FRASCAROLI SANTI, *Il concordato preventivo*, in PANZANI (diretto da), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 2000, p. 117.

⁵⁸⁴ ARATO M., *Il concordato con continuità nel Codice della crisi di impresa e dell’insolvenza*, in *Il Fall.*, 2019, p. 855; AZZARO A., *Causa illecita e accordi concorsuali*, cit., p. 121.

⁵⁸⁵ Art. 84, comma 1 c.c.i.i. DE MATTEIS S., *L’emersione anticipata della crisi di impresa. Modelli attuali e prospettive di sviluppo*, cit., p. 303: con disappunto dell’Autore, il Legislatore italiano non ha seguito la scia del *Bankruptcy Code*, ove si prevede che anche i creditori possono presentare una proposta di concordato o di accordo di ristrutturazione.

⁵⁸⁶ PINTO V., *Le fattispecie di continuità aziendale nel concordato nel Codice della Crisi*, in *Giur. Comm.*, 2020, p. 372.

l'inefficacia degli atti compiuti e la revoca del termine eventualmente concesso a norma dell'art. 44 comma primo c.c.i.i.

Riepilogando brevemente la procedura, con la pubblicazione della domanda di concordato, trova piena applicazione la disciplina della tendenziale cristallizzazione delle situazioni giuridiche, ragion per cui il Codice estende al concordato preventivo, come già prevedeva la legge fallimentare, molte disposizioni in tema di opponibilità delle trascrizioni e scadenza dei crediti⁵⁸⁷.

Similmente alla disciplina di cui all'art. 168 l. fall., dunque, l'effetto prodotto dal deposito del ricorso è di sospendere le azioni esecutive in corso, impedendo che altre siano promosse dai creditori anteriori cui parimenti è impedito l'acquisto di nuove cause di prelazione.

Qualora poi il Tribunale, avendo accertato fattibilità economica del piano e l'ammissibilità giuridica della proposta⁵⁸⁸, accolga la domanda, apre con decreto la procedura di concordato, nominando gli organi, determinando l'ammontare delle somme da depositare da parte del debitore e stabilendo i termini a governo della fase di votazione dei creditori, posto che è stata soppressa la previsione dell'udienza per l'adunanza dei creditori, riorganizzando le modalità di voto a distanza.

Esplicitando una limitazione assente nella disciplina della legge fallimentare, il Codice fissa come criterio di valutazione da parte del giudice chiamato ad autorizzare il compimento di un atto la funzionalità al "miglior soddisfacimento dei creditori"⁵⁸⁹.

⁵⁸⁷ Le disposizioni sono ora contenute nell'art. 145 e agli artt. 153 e 162 c.c.i.i.

⁵⁸⁸ BROGI R., *La procedura di concordato preventivo: i nuovi poteri del tribunale sulla proposta e sulla fattibilità del piano*, in CALVOSA L. (a cura di), *Crisi di impresa e insolvenza. Prospettive di riforma*, cit., p. 311; BARTALENA A., *Il concordato in continuità*, in CALVOSA L. (a cura di), *Crisi di impresa e insolvenza. Prospettive di riforma*, cit., p. 85 e ss.

⁵⁸⁹ Art. 94, comma terzo c.c.i.i.

La dottrina evidenzia che la capacità di disporre del debitore incontra un'ulteriore limitazione in quanto gli è sottratta la possibilità di scegliere l'avente causa attraverso la "costruzione" della proposta concordataria⁵⁹⁰.

D'altra parte, in via innovativa, il Codice esplicita la rinunciabilità della domanda di concordato all'art. 43 c.c.i.i.⁵⁹¹, così ancora una volta, confermando la natura di "accordo concorsuale"⁵⁹².

Dopo aver fissato i tempi della votazione con il decreto di apertura, gran parte dell'attività successiva funzionale alla manifestazione di volontà da parte dei creditori è rimessa al commissario, a cura del quale è eseguita la comunicazione ai creditori in ordine alla procedura di voto⁵⁹³.

Restano ferme le discipline vigenti relative al voto per classi, a maggioranza e alla pluralità di proposte concorrenti⁵⁹⁴.

Concluse le operazioni di voto, il commissario deve redigere relazione e depositarla presso la cancelleria⁵⁹⁵.

Con l'omologazione, il Codice esplicita all'art. 117 che il concordato diviene vincolante per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione della domanda nel registro delle imprese, estendendo l'effetto remissorio ai soci illimitatamente responsabili, ma non a garanti ed altri coobbligati.

⁵⁹⁰ BOGGIO L., *Gli strumenti di regolazione concordata della crisi o dell'insolvenza*, cit., p. 1989.

⁵⁹¹ La norma precisa, ai commi successivi, che sull'estinzione il Tribunale provvede con decreto e che, nel dichiararla, può condannare alla rifusione delle spese la parte che vi ha dato causa. Il decreto è comunicato al pubblico ministero. Quando la domanda è stata iscritta nel registro delle imprese, il cancelliere comunica immediatamente il decreto di estinzione al medesimo registro per la relativa iscrizione, da effettuarsi entro il giorno successivo.

⁵⁹² AMBROSINI S., *La rinuncia al concordato preventivo dopo la legge (n. 40/2020) di conversione del "Decreto liquidità": nascita di un "ircocervo"?*, 10 giugno 2020, in *Il caso.it*.

⁵⁹³ Art. 107 c.c.i.i.

⁵⁹⁴ NUZZO G., *La rilevanza degli interessi dei creditori nel concordato preventivo, una analisi comparatistica*, in CALVOSA L. (a cura di), *Crisi di impresa e insolvenza. Prospettive di riforma*, cit., p. 311.

⁵⁹⁵ BOGGIO L., *Gli strumenti di regolazione concordata della crisi o dell'insolvenza*, cit., p. 1989.

La norma conferma la tesi che, nel silenzio della legge fallimentare, qualifica il concordato come una sorta di transazione il quale, una volta adempiuto, libera l'imprenditore da ogni ulteriore pretesa dei creditori, come se fosse in ogni caso implicito il patto contrario che l'art. 1984 c.c. richiede per la liberazione del debitore verso i creditori⁵⁹⁶.

Le stesse considerazioni che si svolgono in materia di concordato con cessione dei beni ex art. 160 l. fall., inoltre, valgono l'istituto sotto la nuova disciplina di cui all'art. 114 c.c.i.i. in quanto trattasi anch'esso di un accordo tra debitore e creditori, diretto a regolare la responsabilità patrimoniale del primo⁵⁹⁷.

Difatti, nel concordato preventivo con cessione dei beni vi è il rischio che i chirografari non ricevano integralmente la percentuale di pagamento offerta nella proposta di concordato, ma consente nondimeno gli stessi di accettarla⁵⁹⁸.

In tal modo, i creditori possono rinunciare alla illimitata responsabilità patrimoniale del debitore in cambio della rassicurazione che parte del loro credito verrà soddisfatta. Al pari dell'art. 186 l. fall., anche l'art. 119 c.c.i.i. prevede la risoluzione del concordato in caso di inadempimento di non scarsa importanza e da qui, dunque, l'alea per l'inadempimento non grave senza che venga meno l'ammissibilità del patto⁵⁹⁹.

⁵⁹⁶ SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da SACCO R., *Le obbligazioni 2*, Torino, 2011, p. 253.

⁵⁹⁷ AZARA A., *Responsabilità patrimoniale e concordato preventivo liquidatorio*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2020, p. 239: ammette i patti sulla responsabilità patrimoniale e ritiene ammissibile il concordato liquidatorio con cessione parziale dei beni.

⁵⁹⁸ SICCHIERO G., *I patti sulla responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)*, in *Contratto e impresa*, vol. 1, 2012, p. 98.

⁵⁹⁹ SICCHIERO G., *I patti sulla responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)*, cit., p. 98.

Sovviene, altresì, la disciplina del concordato nella liquidazione giudiziale⁶⁰⁰, collocata nel Titolo V, Capo VII, artt. 240 – 253, nella quale non si riscontrano particolari novità rispetto alla legge fallimentare⁶⁰¹.

Difatti, al pari dell'art. 124 l. fall., l'art. 240 rubricato "Proposta di concordato nella liquidazione giudiziale" dispone che questa può prevedere la suddivisione dei creditori in classi, secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei, nonché trattamenti differenziati fra creditori appartenenti a classi diverse, indicandone le ragioni.

Inoltre, la proposta può contenere la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, accollo o altre operazioni straordinarie⁶⁰².

L'aspetto più rilevante ai fini della ricerca si rinviene al comma quarto della norma, il quale dispone che la proposta può prevedere che i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, non vengano soddisfatti integralmente⁶⁰³.

Con riguardo alla votazione della proposta, al pari dell'art. 127 l. fall., il nuovo art. 243 c.c.i.i. prevede che il concordato è votato dai soli creditori chirografari o dai privilegiati ammessi al passivo proporzionalmente al valore del privilegio a tal fine rinunciato.

⁶⁰⁰ NARDECCHIA G.B., *Il concordato nella liquidazione giudiziale*, in *Il Fall.*, 2019, p. 1247.

⁶⁰¹ GHIOTTO T., *Concordato nella liquidazione giudiziale*, in *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di GIORGETTI, Pisa, 2019, p. 229 e ss; SPIOTTA M., *La disciplina dei gruppi*, in *Giur. It.*, 2019, p. 2014.

⁶⁰² Art. 240 comma 1 lett. c) c.c.i.i.

⁶⁰³ Art. 240 comma 4 c.c.i.i.: "L'effetto si produce purché il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, al netto del presumibile ammontare delle spese di procedura inerenti al bene o diritto e della quota parte delle spese generali, indicato nella relazione giurata di un professionista indipendente (...)".

Il concordato è approvato dai creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto e, ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato se tale maggioranza si verifica inoltre nel maggior numero di classi⁶⁰⁴.

Ancora, in deroga alla libertà del creditore, il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori alla sentenza che dichiara l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale, compresi quelli che non hanno presentato domanda di ammissione al passivo. A questi non si estendono le garanzie date nel concordato da terzi⁶⁰⁵.

Proseguendo con l'analisi delle novità legislative, si annovera quella sul "Concordato di gruppo", disciplinato nel Titolo VI, Capo I "Regolazione della crisi o insolvenza di gruppo", agli artt. 284 e ss c.c.i.i.

La mancanza di una disciplina della risoluzione della crisi e di insolvenza dei gruppi di imprese era una lacuna grave, invero, la legge fallimentare del 1942 ignorava del tutto il fenomeno dei gruppi di società⁶⁰⁶.

Tuttavia, i gruppi costituiscono la forma più evoluta di organizzazione dell'impresa, anche per iniziative economiche di dimensioni non rilevanti⁶⁰⁷ e in particolare, la loro struttura permette di conseguire vantaggi in termini di frazionamento dell'investimento e della responsabilità, e quindi del rischio, in termini di allocazione dei costi e dei benefici⁶⁰⁸.

⁶⁰⁴ Art. 244 comma 1 c.c.i.i.

⁶⁰⁵ Art. 248 comma 1 c.c.i.i.

⁶⁰⁶ D'ALESSANDRO C., *Gruppi di imprese e neonato codice dell'insolvenza: prime valutazioni*, in *Giur. comm.*, 2019, p. 1030.

⁶⁰⁷ NIGRO A., *I gruppi nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: notazioni generali*, in *Il Caso.it*, 23 gennaio 2020. In materia di procedure di gruppo: ABRIANI - PANZANI, *Crisi e insolvenza nei gruppi di società*, in *Crisi di impresa e procedure concorsuali*, diretto da CAGNASSO - PANZANI, Torino, 2016, p. 3048 ss.

⁶⁰⁸ NIGRO A., *I gruppi nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: notazioni generali*, in *Il Caso.it*, 23 gennaio 2020; PANZANI L., *La disciplina della crisi di gruppo tra proposte di riforma e modelli internazionali*, in *Il Fall.*, 2016, p. 1153.

Con specifico riferimento al concordato preventivo di gruppo, la prassi aveva tentato di colmare la lacuna cercando di forzare le norme generali⁶⁰⁹, ma se la giurisprudenza di merito ha, in qualche raro caso, accolto questi tentativi⁶¹⁰, la Cassazione non li ha condivisi, affermando la necessità di una disciplina positiva che preveda e regolamenti procedure concorsuali di gruppo⁶¹¹.

Il Legislatore ha colto la necessità di inserire una disciplina autonoma e ha dedicato una serie di regole connotate dalla comune finalità di assicurare

⁶⁰⁹ *Ibidem*: “Quanto a queste ultime, mi riferisco, per esempio, al meccanismo imperniato sulla presentazione di una proposta di concordato preventivo da parte di una società in nome collettivo, costituita allo scopo, nella quale siano stati conferiti i complessi aziendali delle società del gruppo, con estensione dell’effetto esdebitatorio alle medesime, le quali dichiarino di agire anche in proprio e chiedano di essere ammesse tutte alla procedura”.

⁶¹⁰ Solo, ad esempio, si ricordano: Trib. Benevento, 18 gennaio 2012, in *Dir. banc.*, 2012, p. 371, con nota di VATTERMOLI, che ha ritenuto ammissibile la proposta di concordato presentata da un gruppo di società che preveda la riunione in un’unica massa attiva e in un’unica massa passiva dei patrimoni delle singole società del gruppo; App. Genova, 23 dicembre 2011, in *Il Fall.*, 2012, p. 437, che ha ritenuto ammissibile la proposta di concordato strutturata sulla base del meccanismo di cui si è detto sopra; Trib. Terni 30 dicembre 2010, in *Il Caso.it*; Trib. Roma 7 marzo 2011, *ivi*, 2011; conf. Trib. Roma 5 marzo 2013, *ivi*, 2013; App. Roma 5 marzo 2013, *ivi*, 2013. In dottrina, per tutti, SANDULLI M., Art. 160, in NIGRO - SANDULLI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Torino, 2006, p. 984, a favore della ammissibilità di concordati preventivi di gruppo, trae argomento dalla formulazione dell’art. 160 l. fall. e precisamente dalla lett. b) di tale disposizione, dove si prevede “l’attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato ad un assuntore”.

⁶¹¹ Cass. 17 ottobre 2018, n. 26005, in *Il Fall.*, 2019, p. 489, con nota di BENEDETTI L., *Il concordato con cessione parziale dei beni nell’ambito del gruppo in crisi tra passato e futuro* e con nota di BOGGIO L., *Separazione di masse, contribuzioni, consolidazione e concordato di gruppo: quo vadis?*, in *Giur. It.*, 2019, p. 1367; Cass. civ., 31 luglio 2017, n. 19014 con nota di ABETE L., *Concordato preventivo di gruppo: presupposti e opzioni alternative*, in *Il Fall.*, 2018, p. 181 e con nota di FAUCEGLIA, *La Cassazione separa il “grano” dal “loglio”: i confini del concordato preventivo di gruppo*, in *Società*, 2017, p. 1386.; Cass. 13 ottobre 2015, n. 20559, in *Giur. It.*, 2016, p. 397, con nota di DI MAJO A., *Il fenomeno del concordato c.d. di gruppo e il diniego espresso dalla Corte di Cassazione* e con nota di POLI S., *Ammissibilità e tecniche di proposizione del “concordato di gruppo” dopo l’intervento della S.C.*, in *Il Fall.*, 2016, p. 144.

una gestione della crisi coordinata e unificata, nonostante la pluralità di soggetti coinvolti.

In particolare, dal punto di vista procedurale le novità normative prevedono sia l'unificazione degli organi⁶¹² e sia l'unicità del ricorso introduttivo, del piano, del fondo delle spese per il concordato, del provvedimento di omologazione e dei provvedimenti di risoluzione o annullamento di quest'ultimo⁶¹³.

Si chiarisce, tuttavia, in modo espresso che le masse attive e passive di ciascuno dei singoli soggetti coinvolti rimangono distinte e da qui, la spinta riformatrice spiega i propri effetti solamente sul piano procedimentale cd. *procedural consolidation*, mentre dal punto di vista sostanziale, la pluralità di soggetti, e corrispondentemente quella dei diversi e distinti patrimoni, rimane un dato immutato in quanto non ha luogo alcuna *substantive consolidation*⁶¹⁴.

D'altro canto, si nota comunque l'esigenza di rafforzare le difese dei creditori dato che la struttura di gruppo genera rischi aggiuntivi per gli stessi e a fronte dei quali si rende opportuno proteggere i loro interessi con misure specifiche, più efficaci di quelle di diritto comune. Sul punto, ad esempio, il Codice prevede misure intese ad inasprire il regime dell'azione revocatoria intragruppo, essenzialmente attraverso la maggiore estensione temporale del periodo sospetto.

Proseguendo nell'indagine, nell'ampliamento delle soluzioni concordate della crisi, la Sezione III, Capo II del Titolo IV del c.c.i.i. (artt. 74-83) contiene la disciplina specifica relativa al concordato minore, al quale si applicano, altresì, le disposizioni comuni alla ristrutturazione dei debiti del consumatore, di cui alla Sezione I del medesimo Capo, agli artt. 65 - 66⁶¹⁵.

⁶¹² Quali il Tribunale, anche attraverso speciali regole di competenza; il giudice delegato; il curatore; il commissario.

⁶¹³ D'ALESSANDRO C., *Gruppi di imprese e neonato codice dell'insolvenza: prime valutazioni*, in *Giur. comm.*, 2019, p. 1030 e ss.

⁶¹⁴ *Ibidem*.

⁶¹⁵ VATTERMOLI D., *Il concordato minore. Aspetti sostanziali*, in *Il Fall.*, 2020,

Il concordato minore sostituisce il precedente istituto dell'accordo con i creditori che operava nel sistema delle procedure per la soluzione della crisi da sovraindebitamento. La nuova nomenclatura è ritenuta in dottrina più aderente alla reale natura dell'istituto che presenta evidenti punti di contatto con il concordato preventivo⁶¹⁶. Difatti, l'art. 74 comma 4 c.c.i.i. rinvia, per quanto non previsto, alle relative disposizioni, in quanto compatibili.

Al pari del concordato preventivo, il concordato minore tende a prevenire l'apertura della procedura liquidatoria e si caratterizza per la presenza di due elementi. Da un lato, vi è l'accordo tra la maggioranza dei creditori ed il debitore, con il quale i primi accettano la proposta di sistemazione dell'esposizione debitoria avanzata dal secondo; dall'altro, l'intervento istituzionale degli organi della procedura, che anche in questo caso è volto a garantire la regolarità dell'iter concordatario e che giustifica l'estensione dell'efficacia dell'accordo nei confronti dei creditori non assenzienti⁶¹⁷.

Da punto di vista soggettivo, possono formulare ai creditori una proposta di concordato minore l'imprenditore minore, l'imprenditore agricolo, le *start-up* innovative e ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale ovvero a liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure liquidatorie previste dal Codice civile o da leggi speciali per il caso di crisi o insolvenza, in stato di sovraindebitamento, escluso il consumatore⁶¹⁸.

Dal punto di vista oggettivo, la proposta di concordato minore ha contenuto atipico, indica in modo specifico tempi e modalità per superare la crisi da sovraindebitamento e può prevedere il soddisfacimento, anche

p. 441; ROLFI F., *Il concordato minore*, in CRIVELLI A. – FONTANA R. – LEUZZI S. – NAPOLITANO A. – ROLFI F., *Il nuovo sovraindebitamento dopo il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Bologna, 2019, p. 135.

⁶¹⁶ VATTERMOLI D., *Il concordato minore. Aspetti sostanziali*, cit., p. 441.

⁶¹⁷ VATTERMOLI D., *Il concordato minore. Aspetti sostanziali*, cit., p. 441.

⁶¹⁸ Art. 74 comma 1 c.c.i.i.

parziale, dei crediti attraverso qualsiasi forma, nonché la eventuale suddivisione dei creditori in classi⁶¹⁹.

Ciò significa che anche nel concordato minore, così come in quello preventivo, è possibile proporre riduzioni dei debiti e/o dilazioni nei pagamenti, senza alcuna limitazione e senza che l'importo della decurtazione o la durata del termine della moratoria possano avere una qualche rilevanza ai fini dell'ammissione alla procedura.

In particolare, non è replicata la disposizione che impone, per il concordato preventivo liquidatorio, il soddisfacimento pari almeno al venti per cento dei crediti chirografari⁶²⁰.

Per quanto riguarda la disciplina della votazione del concordato minore, dell'omologazione e della vincolatività rispetto ai creditori anteriori valgono le medesime considerazioni svolte per il concordato preventivo.

Infine, merita un cenno l'istituto del concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio la cui disciplina è prevista agli articoli 25 *sexies* e 25 *septies* c.c.i.i. La procedura presenta significativi elementi di novità nell'ordinamento concorsuale, tanto che si è dubitato se esso possa effettivamente qualificarsi come una procedura concordataria⁶²¹.

La normativa regola i tre elementi costitutivi di ogni concordato: la domanda, il piano e la proposta⁶²² e, per quanto non diversamente previsto, si prospetta l'applicazione analogica delle norme in materia di concordato preventivo⁶²³.

⁶¹⁹ Art. 74 comma 3 c.c.i.i.

⁶²⁰ VATTERMOLI D., *Il concordato minore. Aspetti sostanziali*, cit., p. 444.

⁶²¹ D'ATTORRE G., *Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio*, cit., p. 1605. In senso contrario: BOZZA G., *Il concordato semplificato introdotto dal d.l. n. 118 del 2021, convertito, con modifiche dalla l. n. 147 del 2021*, in *Dirittodellacrisi.it*, 9 novembre 2021, p. 4.

⁶²² La classificazione è di FABIANI M., *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011, 608; ID., *Per la chiarezza di idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in *Il Fallimento*, 2011, p. 175 ss.

⁶²³ D'ATTORRE G., *Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio*, cit., p. 1603.

Per quanto riguarda la presentazione della domanda, questa può essere formulata non soltanto dall'imprenditore commerciale "fallibile", ma anche dall'imprenditore agricolo e dall'imprenditore che si trovi sotto la soglia di fallibilità ai sensi dell'art. 1, comma 2°, l. fall. Tuttavia, solo il debitore può presentare la domanda di accesso alla procedura in quanto non è consentita la presentazione dell'istanza da parte dei creditori o di terzi. A differenza che nel concordato preventivo, vi è, poi, una ulteriore condizione di legittimazione per il debitore che voglia far ricorso al concordato semplificato rappresentata dal preventivo esperimento del tentativo di composizione negoziata della crisi di impresa⁶²⁴.

A differenza del concordato ordinario, non sussiste una vera fase di ammissione, bensì il tribunale si limita a valutare la ritualità della proposta e ad acquisire la relazione finale dell'esperto sulla fase di composizione negoziata ed il suo parere sui presumibili risultati della liquidazione e le garanzie offerte.

Parimenti, non è richiesto che il debitore produca l'attestazione dell'esperto sulla veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano.

Ancora, non viene nominato un commissario giudiziale, ma solo un ausiliario ai sensi dell'art. 68 c.p.c.

In allegato alla domanda, l'imprenditore deve presentare anche il "piano di liquidazione" contenente la descrizione analitica delle modalità e tempi di adempimento della proposta. Il piano deve prevedere necessariamente la "cessione dei beni" che può avvenire anche mediante il trasferimento a favore

⁶²⁴ Art. 25 *sexies* comma 1 c.c.i.i.: "Quando l'esperto nella relazione finale dichiara che le trattative si sono svolte secondo correttezza e buona fede, che non hanno avuto esito positivo e che le soluzioni individuate ai sensi dell'articolo 11, commi 1 e 2, non sono praticabili, l'imprenditore può presentare, nei sessanta giorni successivi alla comunicazione di cui all'articolo 5, comma 8, una proposta di concordato per cessione dei beni unitamente al piano di liquidazione e ai documenti indicati nell'articolo 161, secondo comma, lettere a), b), c) e d), del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267. La proposta può prevedere la suddivisione dei creditori in classi".

di terzi dell'intera azienda o di suoi rami⁶²⁵. Non è consentita la continuità aziendale diretta da parte dell'imprenditore, diversamente da quanto accade nel concordato ordinario.

Il piano allegato alla domanda di concordato costituisce la base su cui il debitore formula la proposta di soddisfacimento dei crediti e, in relazione al possibile contenuto della proposta nel concordato semplificato, la disposizione normativa prevede solo che "la proposta può prevedere la suddivisione dei creditori in classi". Si osserva che la disciplina normativa è alquanto scarna e questo apre complessi interrogativi sia in ordine alla libertà concessa al debitore nel determinare il contenuto della proposta, sia in ordine ai vincoli inderogabili da rispettare⁶²⁶.

In tale contesto, una delle novità è l'assenza di voto da parte dei creditori sulla proposta concordataria, essi possono solo presentare opposizione alla sua omologazione. L'assenza della fase di votazione consente di conseguire vantaggi molto consistenti in termini di semplificazione, economicità e rapidità della procedura.

Tale previsione ha fatto dubitare della conformità rispetto al diritto europeo del concordato semplificato senza voto, ma i promotori dell'istituto ne sostengono la compatibilità in quanto il concordato semplificato liquidatorio è una procedura di liquidazione e non di risanamento; ad ogni modo, la direttiva richiede che gli Stati membri introducano almeno una procedura avente caratteristiche conformi ai suoi precetti, ma non impedisce l'esistenza di altre procedure con caratteristiche differenti⁶²⁷.

⁶²⁵ Art. 25 *septies* comma 2 c.c.i.i.

⁶²⁶ D'ATTORRE G., *Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio*, cit., p. 1609.

⁶²⁷ PANZANI L., *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid, 2021*, in www.dirittodellacrisi.it, p. 39. La violazione della direttiva *insolvency* è invece prospettata da LAMANNA, *Nuove misure sulla crisi d'impresa del D.L. 118/2021: Penelope disfa il Codice della crisi recitando il "de profundis" per il sistema dell'allerta*, in www.ilfallimentarista.it, 25 agosto 2021, p. 11.

In conclusione, si osserva che il concordato semplificato liquidatorio sia stato introdotto con l'obiettivo meritevole di promuovere la composizione negoziata della crisi⁶²⁸. Tuttavia, attenta dottrina rileva un possibile effetto distorsivo: in questo contesto, liquidare diventa più semplice che risanare l'impresa poiché per realizzare un piano concordatario di risanamento è necessario il consenso dei creditori, mentre questo non occorre per fare omologare un programma liquidatorio del complesso aziendale⁶²⁹.

6. L'esdebitazione

L'esdebitazione, quale ipotesi legale di rimessione del debito⁶³⁰, trova nuova collocazione nel Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza, senza particolari modifiche sostanziali⁶³¹.

⁶²⁸ CAMPOBASSO M., *Il concordato liquidatorio semplificato: ma perché il concordato preventivo non trova pace?*, cit., p. 128; PANZANI L., *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid*, 2021, cit., p. 39.

⁶²⁹ CAMPOBASSO M., *Il concordato liquidatorio semplificato: ma perché il concordato preventivo non trova pace?*, cit., p. 128: "la sola esistenza di un tipo di concordato talmente sbilanciato a favore del proponente non può che rendere obsoleta la procedura di concordato preventivo ordinaria e richiederà un totale ripensamento della relativa normativa".

⁶³⁰ SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da SACCO R., *Le obbligazioni 2*, Torino, 2011, p. 254 riconduce l'istituto alla remissione del debito ex art. 1236 c.c. Altri Autori in dottrina propendono per la riconducibilità dell'obbligazione colpita dall'esdebitazione tra quelle naturali ex art. 2034 c.c.: VATTERMOLI D., *L'esdebitazione tra presente e futuro*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2018, p. 485, il quale soggiunge che "si tratta, più in particolare, di un'ipotesi di obbligazione naturale atipica sopravvenuta, che presenta più di un punto di contatto con il pagamento del debito prescritto", NORELLI, *L'esdebitazione*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da CAGNASSO - PANZANI, Torino, 2016, p. 221; PIPICELLI F., *L'esdebitazione: prospettive della riforma e aspetti fiscali nel fallimento*, in *Riv. Dott. Comm.*, 2019, p. 293; NAPOLITANO A., *La liquidazione controllata del sovraindebitato e l'esdebitazione*, in CRIVELLI A. - FONTANA R. - LEUZZI S. - NAPOLITANO A. - ROLFI F., *Il nuovo sovraindebitamento dopo il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Bologna, 2019, p. 263.

⁶³¹ BENINCASA D., *L'esdebitazione*, in *Giur. It.*, 2019, p. 2033: le modifiche sono più che altro di ordine processuale.

L'istituto, introdotto con la precedente riforma di cui al d. lgs. n. 5 del 2006, è ora disciplinato nel Titolo V, nell'ambito della liquidazione giudiziale, nel Capo X agli artt. 278 – 283.

La *ratio* dell'istituto, anche a seguito della riforma, consiste nell'agevolare il reinserimento nel mercato di un soggetto produttivo di reddito e di lavoro, il cui reinserimento nel tessuto economico sarebbe frustrato dalla permanenza del vincolo impresso dalla garanzia patrimoniale generica *ex art.* 2740 c.c.⁶³².

Dal punto di vista soggettivo, quindi, l'art. 278 c.c.i.i. amplia l'ambito di applicazione consentendo l'accesso all'esdebitazione a tutti i tipi di debitore, sia esso consumatore o professionista, ovvero imprenditore che eserciti, anche non a fini di lucro, un'attività commerciale, artigiana o agricola, operando quale persona fisica, persona giuridica o altro ente collettivo, gruppo di imprese o società pubblica, con esclusione dello Stato e degli enti pubblici⁶³³.

Al riguardo, particolarmente interessante è l'introduzione, in sintonia con le direttive della legge delega, dell'esdebitazione anche per le società o altri enti⁶³⁴.

In conformità con le raccomandazioni europee di tempestività volte ad assicurare un regime efficiente dell'istituto e di effettivo *fresh new start*, vi è la condizione temporale di accesso contemplata dall'art. 279 c.c.i.i.

In base a tale disposizione, infatti, il debitore ha diritto a conseguire la misura premiale decorsi tre anni dall'apertura della procedura di liquidazione

⁶³² PIPICELLI F., *L'esdebitazione: prospettive della riforma e aspetti fiscali nel fallimento*, cit., p. 293. Per un approfondimento sul rapporto tra esdebitazione e art. 2740 c.c.: AA. VV., *Sovraindebitamento e rapporto obbligatorio*, D'AMICO G. (a cura di), Torino, 2018; GALLETTI M., *Analitica della responsabilità patrimoniale e principio di proporzionalità*, in *Giust. Civ.*, 2019, p. 161.

⁶³³ L'art. 278 rinvia all'art. 1, comma primo c.c.i.i.

⁶³⁴ Art. 278, comma quarto c.c.i.i.

ovvero al momento della chiusura della stessa, ove questa risulti precedente⁶³⁵.

Quanto agli effetti, al pari dell'art. 143 l. fall., l'esdebitazione comporta la inesigibilità dal debitore dei crediti rimasti insoddisfatti nell'ambito di una procedura concorsuale che prevede la liquidazione dei beni. Nei confronti dei creditori per fatto o causa anteriori che non hanno partecipato al concorso l'esdebitazione opera per la sola parte eccedente la percentuale attribuita nel concorso ai creditori di pari grado.

Infine, si menziona altresì l'esdebitazione del debitore "sovraindebitato" che opera di diritto in caso di liquidazione controllata. In particolare, l'art. 282 c.c.i.i. prevede che l'esdebitazione opera a seguito del provvedimento di chiusura o anteriormente, decorsi tre anni dalla sua apertura⁶³⁶.

La *ratio* sottesa alla norma di riferimento è quella di evitare l'elemento deterrente costituito dall'*adverse publicity* correlato ad una richiesta di liberazione dai debiti pregressi che possa apparire opportunistica⁶³⁷.

7. Riflessioni

⁶³⁵ In ordine alle condizioni soggettive riferibili all'esdebitazione, la riforma non innova rispetto al regime attualmente vigente, l'art. 280 c.c.i.i. riproducendo, in larga parte, le disposizioni dell'art. 142, primo comma, l. fall. La novità riguarda il limite temporale per cui il debitore non deve aver beneficiato di altra esdebitazione nei cinque anni precedenti la scadenza del termine per l'esdebitazione.

⁶³⁶ L'art. 282 c.c.i.i. non prevede alcuna opposizione dinanzi al Tribunale da parte dei creditori, ma solo il reclamo in Corte di appello. SCARSELLI G., *La esdebitazione nel nuovo codice della crisi dell'impresa. Possibili correttivi*, in *iudicium.it*, 12 dicembre 2019: "La disposizione potrebbe pertanto essere in contrasto con la legge delega nella misura in cui non prevede che i creditori possano opporsi alla esdebitazione dinanzi al Tribunale; ed inoltre appare paradossale che una parte che non partecipi al giudizio di prima istanza poi possa reclamare un provvedimento pronunciato tra altre parti in Corte di appello".

⁶³⁷ BENINCASA D., *L'esdebitazione*, cit., p. 2036.

La progressiva privatizzazione e de-giurisdizionalizzazione delle soluzioni di regolazione della crisi⁶³⁸ dimostrano un crescente *favor* legislativo verso l'incentivazione degli accordi tra debitore e creditore per favorire la continuità aziendale con graduale "dis-intermediazione giudiziaria" della crisi stessa⁶³⁹.

Come esaminato, la tendenza legislativa persegue le esortazioni dell'Unione Europea ad adottare procedure con limitato intervento dell'autorità giudiziaria e dirette a facilitare il debitore in difficoltà nell'accesso di strumenti di ristrutturazione idonei ad evitare l'insolvenza.

Nelle ipotesi esaminate prevale, ormai, la logica privatistica della autonomia contrattuale in quanto è rimessa al voto dei creditori la convenienza o meno di tali accordi ed essendo riservato al giudice un mero controllo formale.

È valida, allora, la tesi per cui è possibile consentire al creditore di far oggetto di contratto, della propria prerogativa ad agire esecutivamente su taluni beni del debitore anche al di fuori delle procedure concorsuali⁶⁴⁰.

Si ribadisce la tesi per cui anche questa facoltà è riferibile ad un valore economico e, pertanto, potendosi transigere una vicenda che riguardi diritti disponibili, allo stesso modo si può disporre del rischio di beni che rappresentino la garanzia contro l'inadempimento e che in concreto possano non essere idonei alla soddisfazione⁶⁴¹.

⁶³⁸ BOGGIO L., *Gli strumenti di regolazione concordata della crisi o dell'insolvenza*, cit., p. 1976; DI MARZIO F., *Il diritto negoziale della crisi di impresa*, cit., p. 6; ONORATO M., *Gli accordi concorsuali. Profili civilistici*, cit., p. 15; MACARIO F., *Il contratto e gli "strumenti negoziali stragiudiziali" nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., p. 370; AMATUCCI C., *Concordato preventivo e (dis)continuità del management tra Chapter 11, Administration e Disqualification*, cit., p. 814.

⁶³⁹ JORIO A., *Introduzione a DE MATTEIS S., L'emersione anticipata della crisi di impresa. Modelli attuali e prospettive di sviluppo*, cit., p. VII.

⁶⁴⁰ SICCHIERO G., *I patti sulla responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)*, in *Contratto e impresa*, cit., p. 99.

⁶⁴¹ *Ibidem*.

In conclusione, l'intero microcosmo della disciplina della risoluzione della crisi di impresa rappresenta un ulteriore tassello del mosaico interpretativo relativo all'art. 2740 c.c. Valorizzando ancora una volta un'interpretazione conforme alla *ratio legis*, il divieto di eccezioni alla responsabilità patrimoniale non previsto dalla legge va inteso nel senso di proteggere il creditore e non di vietargli qualsiasi accordo che possa giovargli anche in relazione alla soddisfazione dei propri crediti⁶⁴².

Pertanto, devono ritenersi pacificamente ammissibili i patti sulla responsabilità patrimoniale e, come esaminato nel Capitolo a seguire, la loro validità è ormai riconosciuta anche nella prassi.

⁶⁴² *Ibidem*.

CAPITOLO QUARTO

I PATTI SULLA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE NELLA PRASSI

SOMMARIO: *1. Linee evolutive delle garanzie reali; 2. Nuove forme di separazione patrimoniale sorte nella prassi: il trust; 2.1 (segue) il trust nella crisi d'impresa; 2.2 il trust puramente liquidatorio; 3. Deroghe giurisprudenziali al divieto di patto commissorio; 4. La prospettiva dell'analisi economica del diritto.*

1. Linee evolutive delle garanzie reali

L'analisi sinora condotta si è soffermata sul dato positivo regolante la responsabilità patrimoniale nelle sue varie declinazioni, esaminandone dapprima i principi generali in materia e poi i nuovi modelli di garanzie mobiliari e immobiliari operanti nei più svariati ambiti del diritto.

In particolar modo, la tesi ha analizzato i plurimi e recenti interventi legislativi che recepiscono istituti e meccanismi sorti nella prassi, volti a regolare in modo determinante il credito privato, bancario e di impresa. Si è appurato che le garanzie reali costituiscono un sistema in divenire, basti ricordare che il d.d.l. S.1151 presentato al Senato il 19 marzo 2019 delega al Governo, *inter alia*, la disciplina di nuove forme di garanzia del credito, proprio in considerazione delle recenti prassi negoziali stabilizzatesi nell'uso bancario e finanziario⁶⁴³.

Dall'analisi sinora svolta è emerso un quadro normativo frastagliato e, talvolta, poco meditato, ma la vivace produzione normativa apre senz'altro a

⁶⁴³ D.d.l. S. 1151, XVIII Legislatura in *senato.it*.

nuove sfide per l'interprete che si trova ad esplorare le nuove frontiere delle garanzie reali⁶⁴⁴.

Tali confini sono resi ancor più mobili non solo dalle innovative fattispecie esplorate dall'autonomia negoziale, ma anche dalle nuove chiavi di lettura fornite dall'elaborazione dottrinale.

Di particolare interesse per la tematica in esame è l'impiego della segregazione patrimoniale negoziata ove la disciplina legislativa non definisce chiaramente i suoi confini. Difatti, tali forme di separazione patrimoniale elaborate dall'autonomia negoziale e giunte all'esame della giurisprudenza, anche di legittimità, si espandono e prendono forma nelle zone grigie di disposizioni legislative laconiche.

Di tale logica costituisce l'innovativo e sempre più frequente utilizzo dell'istituto del *trust*, in particolare al fine precipuo di risolvere la crisi di impresa.

Non solo, a tal proposito, le più recenti pronunce giurisprudenziali di legittimità hanno ammesso l'effetto salvifico⁶⁴⁵ ed elaborato i tratti salienti di un patto marciano atipico così rendendolo di fruizione generale. Da qui, il delinarsi di un patto marciano atipico che convive al fianco dei sottotipi marcciani legali.

In tale quadro si inserisce la dottrina che approfondisce l'analisi economica del diritto proponendo lo studio delle garanzie reali attraverso la lente del criterio funzionale.

Tanto premesso in via generale, la presente analisi, pertanto, intende passare in rassegna i principali istituti che vengono in rilievo nella loro evoluzione legislativa e giurisprudenziale al fine di verificare l'ambito operativo in cui l'autonomia negoziale può liberamente operare nella formazione di patti sulla responsabilità patrimoniale.

⁶⁴⁴ CHIANALE A., *Evoluzione e prospettive nel sistema delle garanzie reali*, Torino, 2020, p. 2.

⁶⁴⁵ *Ibidem*.

Procedendo con ordine, si esaminano dapprima le nuove forme di separazione patrimoniale sorte nella prassi, poi il percorso giurisprudenziale con riferimento al divieto di patto commissorio e al riconoscimento del patto marciano atipico e, da ultimo, la prospettiva dell'analisi economica del diritto.

2. Nuove forme di separazione patrimoniale sorte nella prassi: il *trust*

Sotto il cono protettivo dell'art. 2740, comma secondo c.c. per cui le limitazioni della responsabilità patrimoniale sono ammesse nei casi stabiliti dalla legge, l'autonomia negoziale supera i lenti tempi parlamentari e, in mancanza di idonei strumenti legislativi a garanzia del credito, con l'ausilio degli operatori professionali del diritto, crea soluzioni originali ed effettivamente meritevoli di tutela attraverso la segregazione patrimoniale.

Giova solo ricordare che la separazione patrimoniale è quell'effetto che si verifica quando, dal patrimonio di un determinato soggetto vengono isolate determinate posizioni giuridiche al fine di formare con esse un insieme descrivibile come una massa autonoma e distinta dalle restanti posizioni giuridiche riferibili al soggetto disponente⁶⁴⁶.

Ne deriva che *a)* in capo a tale soggetto si genera la coesistenza di due o più distinte masse patrimoniali e ciascun patrimonio separato è insensibile alle vicende giuridico-economiche della rimanente massa dei beni appartenenti a tale soggetto⁶⁴⁷; *b)* dalla separazione patrimoniale consegue, quindi, una specializzazione della responsabilità patrimoniale del soggetto titolare del patrimonio separato e i diritti separati, non appartenendo al patrimonio generale del debitore, sono sottratti alla disponibilità di quei creditori del soggetto titolare del patrimonio separato, sia esso lo stesso

⁶⁴⁶ BUSANI A., *Revoca giudiziale del trustee di un trust liquidatorio di s.r.l.*, in *Le Società*, 2013, p. 642.

⁶⁴⁷ DE DONATO A., *Destinazione di beni e opponibilità ai terzi*, in AA. VV., *Destinazioni di beni allo scopo*, Milano, 2003, p. 190.

disponente o un terzo, le cui ragioni di credito siano sorte per scopi estranei a quelli per i quali il patrimonio separato è istituito⁶⁴⁸.

Come è già stato detto, ma per l'importanza del concetto ai fini della tesi si ribadisce, affinché un siffatto frazionamento della responsabilità patrimoniale sia ammissibile e legittimo nei confronti dei creditori "generalisti", occorre trovare una adeguata giustificazione sul piano causale. Ovvero, la separazione patrimoniale deve essere funzionale alla realizzazione di uno scopo in grado di giustificare il sacrificio imposto ai creditori e tale indagine è possibile attraverso il vaglio della causa concreta del programma negoziale e della meritevolezza degli interessi perseguiti⁶⁴⁹.

A tale riguardo, è altrettanto utile introdurre accanto al concetto di separazione patrimoniale, il connesso fenomeno della destinazione patrimoniale, da tenere però distinto⁶⁵⁰.

Con la nozione di separazione patrimoniale, infatti, "si esclude che i beni destinati siano sottoposti a quella responsabilità generica di cui all'art. 2740 c.c., rendendoli aggredibili soltanto per i debiti contratti per la realizzazione delle finalità per le quali sono stati destinati", mentre con "la destinazione patrimoniale vi è l'elemento aggiuntivo per cui si obbliga taluno a perseguire le finalità indicate dal disponente nell'atto negoziale, potendo quest'ultimo e i terzi interessati, agire contro il medesimo per vedere realizzate proprio quelle finalità"⁶⁵¹.

Il tema è in auge in dottrina e in giurisprudenza ed è oggetto di particolare attenzione poiché solo negli ultimi anni si è iniziata a superare la tradizionale

⁶⁴⁸ BUSANI A., *Revoca giudiziale del trustee di un trust liquidatorio di s.r.l.*, cit., p. 643.

⁶⁴⁹ *Ibidem*.

⁶⁵⁰ *Ibidem*.

⁶⁵¹ FRANCO R., *Il nuovo art. 2645 ter c.c.*, in *Notariato*, 2006, p. 2. Sul tema del rapporto tra separazione e destinazione dei beni cfr. BIANCA M., *Atto negoziale di destinazione e separazione*, in *Consiglio nazionale del notariato, Atti di destinazione. Guida alla redazione*, Studio n. 357-2012/c, approvato in data 9 maggio 2012.

diffidenza verso la “specializzazione” dei patrimoni. A lungo, infatti, la deroga dell’art. 2740, comma secondo c.c. è stata associata a fenomeni eccezionali i cui utilizzi sono pensati in termini fraudolenti.

Tuttavia, come evidenziato dalla più attenta dottrina, nell’approcciarsi al tema, occorre, invece, pensare che il fenomeno della separazione si giustifica in quanto ciò avvenga in funzione di uno scopo meritevole di tutela. Infatti, l’effetto segregativo è soltanto una conseguenza necessaria dell’attività destinataria e non costituisce il parametro per la formulazione di un giudizio sulla meritevolezza o validità della destinazione⁶⁵².

Ebbene, tanto premesso, il suddetto giudizio di meritevolezza è all’attenzione della giurisprudenza con riguardo ad un particolare fenomeno segregativo, frutto principalmente dell’autonomia privata, quale il *trust*.

Seguendo un *file rouge* nella trattazione, si prosegue ad esplorare lo spazio di manovra dell’autonomia negoziale nello stipulare patti sulla responsabilità patrimoniale e, in particolare, nell’ambito della crisi di impresa.

Al riguardo, da circa un decennio, si assiste ad un progressivo incremento delle pronunce giurisprudenziali, di merito e di legittimità⁶⁵³, riguardanti il possibile utilizzo del *trust* quale strumento di soluzione della crisi di impresa⁶⁵⁴.

L’utilizzo del *trust* a tali fini è stato attenzionato anche dalla dottrina e dagli operatori del settore, i quali complessivamente hanno espresso il loro favore, evidenziandone i plurimi vantaggi⁶⁵⁵.

⁶⁵² FRANCO R., *Il nuovo art. 2645 ter c.c.*, cit. p. 2.

⁶⁵³ Da ultimo: Cass. 10 febbraio 2020, n. 3128 con nota di VALAS I., *La Cassazione sul trust liquidatorio: la eterorimessione dell’attività di liquidazione non è contra legem*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2020, p. 352 e con nota di LOCONTE S., *Trust liquidatorio e continuità aziendale*, in *Le Società*, 2020, p. 1093.

⁶⁵⁴ DONZELLI R., *Trust e procedure concorsuali*, in *Riv. di diritto processuale*, 2014, p. 895.

⁶⁵⁵ *Ex multis*: RAGANELLI E. – REGNI M., *Il trust liquidatorio nella disciplina concorsuale*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2009, p. 598; BUSANI A., *Revoca*

Prima di esaminare le plurime funzioni del *trust* nella crisi di impresa e dei suoi effetti segregativi, è opportuno inquadrare per sommi capi il contesto normativo di riferimento e le sue ricadute sull'operatività della regola della garanzia patrimoniale generica del debitore.

Il rapporto tra il *trust* e l'ordinamento italiano è stato definito quale una “eccellente dimostrazione della correttezza della teoria dei flussi giuridici”⁶⁵⁶. Tale è la teoria per cui “*in un qualsiasi ordinamento non chiuso vengono percepiti dati giuridici stranieri, alcuni fra i quali divengono un “flusso giuridico”*: precisamente lo divengono quei dati che vengono percepiti come potenzialmente risolutivi di temi per i quali gli strumenti propri dell'ordinamento, ove la percezione avviene, non sono stati in grado di apprestare efficaci soluzioni”⁶⁵⁷.

Con ciò si spiega poiché il dibattito intorno a tale istituto a lungo è stato assorbito dalla questione preliminare della sua efficacia nell'ordinamento

giudiziale del trustee di un trust liquidatorio di s.r.l., in *Le Società*, 2013, p. 637; DONZELLI R., *Trust e procedure concorsuali*, in *Riv. di diritto processuale*, 2014, p. 895; NOCERA I., *Trust e composizione negoziata della crisi di impresa: causa in concreto, riconoscibilità e azione revocatoria*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2015, p. 640; PALAZZO M., *Il trust liquidatorio e il trust a supporto di procedure concorsuali*, 26 novembre 2015, in *fondazione-notariato.it*; GIURDANELLA G., *Crisi da sovraindebitamento. Accordo liquidatorio. Trust e contratto di affidamento fiduciario*, in *Il Fallimento*, 2015, p. 146; AA. VV., *Il trust: criticità, correzioni, sviluppi*, a cura di BASSETTI R., Torino, 2017; BARTOLI S. – MURITANO D., *Trust, negozi di destinazione e legge fallimentare*, Milano, 2017; AA. VV., *Studi sul trust*, a cura di LUPOI M., Milano, 2018; SPOLAORE P., *Garanzia patrimoniale e trust nella crisi d'impresa*, Milano, 2018; PETRELLI G., *Destinazioni patrimoniali e trust*, Milano, 2019; GRECO V., *La tutela dei creditori nel trust e nel mandato con cessione dei beni con scopo liquidatorio*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2020, p. 371; CINQUE A., *Il trust liquidatorio nella crisi di impresa*, in *I Contratti*, 2020, p. 79; MORELLO U., *La costituzione di un trust in frode ai creditori: azione revocatoria o nullità?*, in *Notariato*, 2020, p. 359.

⁶⁵⁶ LUPOI M., *La metabolizzazione del trust*, in AA. VV., *Studi sul trust*, a cura di LUPOI M., cit., p.3.

⁶⁵⁷ *Ibidem*. L'Autore puntualizza che la teoria dei flussi giuridici predica ulteriormente che non esiste alcuna fonte del diritto legittimata più di altre a determinare l'esito del flusso.

italiano e dall'esigenza primaria di tracciare i suoi tratti essenziali⁶⁵⁸. Infatti, gli interpreti si sono destreggiati in un quadro normativo variegato e stratificato nel tempo all'esito del quale le difficoltà permangono poiché manca ancora all'appello una legge disciplinante un *trust* "italiano" o "di diritto interno".

Ad ogni modo, il *trust* è un istituto giuridico di origine antica, elaborato negli ordinamenti di *common law* e le cui prime notizie di impiego risalgono al XIII secolo⁶⁵⁹.

L'attenzione della civilistica continentale nei confronti del *trust* risale, però, al XIX secolo e soltanto nei primi del Novecento la dottrina ricostruì concettualmente l'istituto in svariate pubblicazioni⁶⁶⁰.

Dapprima in Francia, lo studioso Lepaulle si dimostrò favorevole all'adozione del *trust* nell'ordinamento francese ed è noto per averlo concettualizzato come un *patrimoine d'affectation*, ossia un patrimonio destinato senza un proprietario⁶⁶¹.

In seguito, in Italia, il giurista Franceschelli dedicò al *trust* un volume di circa seicento pagine, diviso in tre parti, ove ne esamina la natura giuridica, l'istituzione, l'amministrazione e i modi di estinzione⁶⁶².

Iniziative simili si manifestarono in quel tempo anche in altri Stati come Germania, Svizzera, Olanda e Belgio⁶⁶³.

⁶⁵⁸ BASSETTI R., *Il trust (e il fronte) interno: struttura, validità, effetti e la prova di resistenza del trust autodichiarato*, in AA. VV., *Il trust: criticità, correzioni, sviluppi*, a cura di BASSETTI R., cit., p. 1.

⁶⁵⁹ PERRIELLO L. E., *Lo sham trust nell'ordinamento giuridico italiano: meritevolezza degli interessi e tecniche di tutela*, Napoli, 2017, p. 20 in nota.

⁶⁶⁰ PERRIELLO L. E., *Lo sham trust nell'ordinamento giuridico italiano: meritevolezza degli interessi e tecniche di tutela*, cit., p. 14.

⁶⁶¹ LEPAULLE P., *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Parigi, 1932: l'Autore esamina l'istituto anche sotto i profili fiscali.

⁶⁶² FRANCESCHELLI R., *Il trust nel diritto inglese*, Padova, 1935.

⁶⁶³ PERRIELLO L. E., *Lo sham trust nell'ordinamento giuridico italiano: meritevolezza degli interessi e tecniche di tutela*, cit., p. 15.

Tali contributi emersero in un periodo di diffidenza da parte dei giuristi di *civil law*, generata principalmente dallo scontro tra categorie concettuali: da un lato, gli istituti del *trust* ed *estates*; dall'altro lato, il contratto, la responsabilità patrimoniale e il principio del *numerus clausus* dei diritti reali⁶⁶⁴.

L'elaborazione successiva è culminata nella Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 relativa alla legge applicabile ai *trust* e al loro riconoscimento. Lo Stato italiano ha ratificato, senza riserve, tale Convenzione con la l. 16 ottobre 1989 n. 364, entrata in vigore il 1° gennaio 1992.

Autorevole dottrina ha denominato tale modello di *trust* come “*trust* amorfo” proprio perché si presenta come un modello dai connotati talmente vaghi da poter adattarsi ad un'infinita serie di Stati aderenti⁶⁶⁵.

La Convenzione si compone di una trentina di articoli e nel suo *incipit*, all'articolo 2, definisce cosa s'intende per *trust* e quali siano le sue caratteristiche⁶⁶⁶.

⁶⁶⁴ PERRIELLO L. E., *Lo sham trust nell'ordinamento giuridico italiano: meritevolezza degli interessi e tecniche di tutela*, cit., p. 17: l'Autore ricorda un curioso aneddoto, ossia di quanto Otto Von Gierke ebbe ad ammettere al grande storico del diritto inglese Frederic William Maitland: “*I can't understand your trust*”.

⁶⁶⁵ LUPOI M., “*The shapeless trust*” – *il trust amorfo*, in *Vita notarile*, 1995, p. 51.

⁶⁶⁶ Art. 2 Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, ratificata dall'Italia senza riserve con legge 16 ottobre 1989, n. 364: “Ai fini della presente Convenzione, per *trust* s'intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il costituente - con atto tra vivi o *mortis causa* - qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico. Il *trust* presenta le seguenti caratteristiche: a) i beni del *trust* costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del trustee; b) i beni del trustee sono intestati a nome del trustee o di un'altra persona per conto del trustee; c) il trustee è investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre beni secondo i termini del *trust* e le norme particolare impostegli dalla legge. Il fatto che il costituente conservi alcune prerogative o che il trustee stesso possieda alcuni diritti in qualità di beneficiario non è necessariamente incompatibile con l'esistenza di un *trust*”.

Precisamente, il *trust* si definisce come un rapporto giuridico, configurato mediante atto dispositivo *inter vivos* o *mortis causa* con cui il soggetto disponente (*settlor* nei termini del diritto anglosassone) trasferisce tutti o parte dei suoi beni (*assets*) ad un amministratore, detto *trustee*, il quale avrà il compito di amministrarli e gestirli secondo quanto previsto nell'atto istitutivo del *trust* e nell'interesse di un beneficiario (*beneficiary*)⁶⁶⁷ o al fine del raggiungimento di un determinato scopo (*purpose*)⁶⁶⁸.

Dunque, da quanto emerge tra le righe di queste prime considerazioni, l'effetto più notevole della costituzione di un *trust* è la segregazione patrimoniale dei beni che vi vengono conferiti, effetto che la giurisprudenza ha qualificato come la sua causa astratta⁶⁶⁹.

Questi beni non sono aggredibili dal creditore del *settlor*, né dai creditori del *trustee*, né da quelli del *beneficiary*. Ossia, la segregazione opera rispetto al *trustee*, mentre la separazione dal patrimonio del disponente e dal patrimonio dei beneficiari si spiega in applicazione delle regole codicistiche, trattandosi, in un caso, di un soggetto che ha perso la titolarità del bene e, nell'altro, di un soggetto che non ha ancora acquisito i diritti⁶⁷⁰.

Rispetto al *trustee* si riconosce una posizione fiduciaria di tipo germanico, poiché rispetto alla “fiducia romana” viene riconosciuto il carattere reale del trasferimento e, dunque, l'opponibilità ai terzi.

⁶⁶⁷ Il beneficio può riguardare il reddito oppure i beni amministrati, e in tal caso essi saranno trasferiti dal *trustee* al beneficiario alla scadenza del *trust*, da fissare nell'atto costitutivo.

⁶⁶⁸ PALAZZO M., *Il trust liquidatorio e il trust a supporto di procedure concorsuali*, 26 novembre 2015, in *fondazione-notariato.it*, p. 2: “figura egualmente tipica dell'istituto del *trust* è quella del guardiano (*protector* o *enforcer*), nominato dal disponente quale supervisore dell'operato del *trustee*, il quale avrà, in particolare, il potere di revocare e sostituire il *trustee* medesimo”.

⁶⁶⁹ Cass. 9 maggio 2014, n. 10105 con nota di BARTOLI S., in *Corr. Giur.*, 2015, p. 197; in *Trust e attività fiduciarie*, 2014, p. 416.

⁶⁷⁰ BASSETTI R., *Il trust (e il fronte) interno: struttura, validità, effetti e la prova di resistenza del trust autodichiarato*, in AA. VV., *Il trust: criticità, correzioni, sviluppi*, a cura di BASSETTI R., Torino, 2017, p. 7.

Dal punto di vista tecnico-giuridico occorre tenere distinto il negozio istitutivo di *trust* e l'atto di dotazione dei beni al *trustee*: difatti, sebbene genericamente si sia soliti riferirsi al *trust* come un atto di trasferimento, in realtà l'atto istitutivo del *trust* stesso ha contenuto programmatico e non traslativo⁶⁷¹.

Più correttamente, dunque, un *trust* è un negozio unilaterale di natura programmatica che costituisce un fondo dentro il quale potranno confluire gli *assets* che verranno conferiti mediante atti di dotazione.

La definizione *trust* come puro atto traslativo di natura fiduciaria si riferisce alla sua evoluzione e al raccordo tra l'atto istitutivo e il primo atto di dotazione, qualificabile come un collegamento negoziale, in assenza del quale il *trust* rimane un contenitore vuoto⁶⁷².

Spesso accade, infatti, che l'atto programmatico del *trust* e l'atto di dotazione iniziale dei beni siano contenuti in documenti separati così costituendo due unità distinte. Tra i due atti, però, il solo a pregiudicare effettivamente le ragioni dei creditori è l'atto traslativo dei beni. Per tale ragione, dunque, è accaduto che le azioni revocatorie fossero respinte per essere state indirizzate verso il solo atto istitutivo del *trust*, piuttosto che verso l'atto di dotazione, il solo a realizzare la segregazione patrimoniale⁶⁷³.

Si osserva, dunque, che non avviene affatto una lesione del principio della responsabilità patrimoniale *ex art. 2740 c.c.* poiché il *trustee*, sia pure con i vincoli fiduciari che lo gravano, è titolare di un diritto di proprietà,

⁶⁷¹ BASSETTI R., *Il trust (e il fronte) interno*, cit., p. 6.

⁶⁷² BASSETTI R., *Il trust (e il fronte) interno*, cit., p. 7.

⁶⁷³ BASSETTI R., *Il trust (e il fronte) interno: struttura, validità, effetti e la prova di resistenza del trust autodichiarato*, cit., p. 6; TONELLI A., *A trent'anni dalla legge n. 364 del 16 ottobre 1989 di ratifica della Convenzione sulla legge applicabile al trust ed al loro riconoscimento: il punto sul trust interno*, in *ilCaso*, 17 dicembre 2019. In giurisprudenza: Cass. 29 maggio 2018, n. 13388 in *ilCaso*; Cass. 3 agosto 2017, n. 19376 in *ilCaso*; Trib. Reggio Emilia, 11 agosto 2014 in *ilCaso*; Trib. Roma 5 giugno 2014, in *ilCaso*.

centro di imputazione soggettivo di interessi e risponde dei debiti per quella posizione⁶⁷⁴.

Non è esatto dire che il bene è sottratto genericamente all'azione dei creditori in quanto i creditori del *trustee*, limitatamente alla sua funzione, e i creditori con diritti di prelazione su tali beni conservano tutte le facoltà e le relative azioni.

È, dunque, solo in capo al *trustee* che si verifica, ancora una volta, la specializzazione dei patrimoni attraverso la loro separazione⁶⁷⁵, così confermando quanto sostenuto in tesi, ossia la fallacia e il superamento del travisato principio dell'unicità del patrimonio stesso⁶⁷⁶.

Occorre ribadire ancora, quindi, il concetto fondamentale per cui un conto è la limitazione di responsabilità e altro è la limitazione del patrimonio⁶⁷⁷. Infatti, gli effetti segregativi derivanti da un vincolo di indisponibilità incidono soltanto sulla limitazione del patrimonio e non sulla responsabilità patrimoniale che costituisce il vero limite *ex art. 2740 c.c.*

⁶⁷⁴ GENTILI A., *Gli atti di destinazione non derogano ai principi della responsabilità patrimoniale*, in *Giur. it.*, 2016, p. 224 ss., che dimostra come gli atti di destinazione non sottraggano il bene destinato alla garanzia patrimoniale generica e non pregiudichino i creditori se non quando determinino l'*eventus damni*: essi perciò non derogano al principio della responsabilità illimitata e non richiedono alcuna speciale meritevolezza di tutela oltre la liceità; AMORE G., *Criticità sistematiche e rilevanza normativa del trust nella "legge sul dopo di noi"*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, p. 1213. In senso contrario, tra i sostenitori del *trust* come violazione dell'art. 2740 c.c.: CASTRONOVO C., *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita Not.*, 1998, p. 1323 e *Il trust e "sostiene Lupoi"*, in *Eur. e dir. priv.*, 1998, p. 32.

⁶⁷⁵ MORACE PINELLI A., *Atti di destinazione, trust e responsabilità patrimoniale del debitore*, Milano, 2007, p. 72 e ss; D'AMICO G., *La proprietà destinata*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2014, p. 533.

⁶⁷⁶ SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 70; BIANCA C.M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., p. 44, ALCARO F., *Unicità del patrimonio e destinazione dei beni*, in BIANCA C.M., (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, Milano, 2007, 106; MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 139

⁶⁷⁷ FALAZEA A., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, vol. III, Milano, 1997, p. 381.

Pertanto, ciò conferma che il principio di tipicità delle limitazioni alla responsabilità patrimoniale *ex art. 2740*, comma secondo c.c. non sia affatto il corollario del principio di indivisibilità del patrimonio, bensì il corollario della regola opposta, ossia della sua divisibilità⁶⁷⁸.

A tal proposito, è utile riportare le riflessioni di autorevole dottrina sul rapporto fra il *trust* e il principio responsabilità patrimoniale: “*Raramente ho visto una sciocchezza così enorme ripetuta per inerzia senza la minima riflessione (...). L’art. 2740 c.c. riguarda i beni che appartengono al debitore (“i suoi beni”) non quelli che gli siano attribuiti senza corrispettivo da terzi precisamente affinché non si confondano con i suoi restanti, questi sì a disposizione dei suoi creditori*”⁶⁷⁹.

Ciò chiarito, si osserva che la definizione di *trust* elaborata dalla Convenzione diverge parzialmente da quella classica di matrice anglosassone, poiché, mentre il *trust* di *common law* presuppone necessariamente il trasferimento della proprietà in capo al *trustee*, la Convenzione ritiene sufficiente anche la sottoposizione del bene al controllo di quest’ultimo⁶⁸⁰. Inoltre, si aggiunge, la Convenzione, avendo introdotto la figura del c.d. *trust* di scopo, sancisce espressamente, all’art. 2, che i beni possano essere posti sotto il controllo del *trustee*, nell’interesse del beneficiario o per uno specifico scopo. Per contro, il diritto anglosassone ammette il *trust* di scopo nella sola ipotesi del c.d. *charitable trust*, finalizzato esclusivamente al perseguimento del progresso socioculturale⁶⁸¹.

Così come delineato, l’istituto si presta a soddisfare i più variegati interessi. Solo, ad esempio, la tradizionale funzione di conservazione del patrimonio del disponente si apprezza, in particolare, nell’impiego del *trust* a

⁶⁷⁸ MEUCCI S., *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, Milano, 2009, p. 361 e MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 149.

⁶⁷⁹ LUPOI M., *Lettera a un notaio curioso di trusts*, in *Riv. notarile*, 1996, p. 348.

⁶⁸⁰ CINQUE A., *Il trust liquidatorio nella crisi di impresa*, cit., p. 81.

⁶⁸¹ *Ibidem*.

beneficio dei bisogni familiari; ai fini successori⁶⁸²; ai fini della tutela dei soggetti deboli⁶⁸³; al fine di perseguire uno scopo caritatevole o di interesse artistico e culturale, in alternativa alla fondazione⁶⁸⁴.

Ancora, il *trust* può assumere generalmente funzione di garanzia reale atipica⁶⁸⁵ e nell'ambito del commercio e della finanza internazionale, il *trust* può collegarsi a emissioni obbligazionarie, al *project finance*, a operazioni di cartolarizzazione, alla raccolta del risparmio e alla gestione di patrimoni immobiliari⁶⁸⁶.

Il *trust* si presta ad un ampio utilizzo anche nel settore imprenditoriale: per la preservazione del valore economico di patrimoni aziendali o per la loro liquidazione⁶⁸⁷; per la protezione del patrimonio di chi intraprende attività dagli esiti incerti⁶⁸⁸; per l'assunzione di un ruolo politico da parte di un imprenditore e la necessità di arginare il conflitto di interessi emergente dalla

⁶⁸² GIULIANO M., *Diritto successorio, beni di impresa e passaggio generazionale*, in AA. VV., *Studi sul trust*, a cura di LUPOI M., Milano, 2018, p. 191; BASSETTI R., *Trust e successioni*, in AA. VV., *Il trust: criticità, correzioni, sviluppi*, a cura di BASSETTI R., Torino, 2017, p. 129.

⁶⁸³ Tale finalità emerge alla luce delle criticità manifestate dagli istituti civilistici tradizionali, come ad esempio l'inefficienza del controllo giurisdizionale sull'operato dell'amministratore di sostegno e parimenti per il trust previsto dalla l. n. 112 del 25 giugno 2016, cd "Legge sul Dopo di noi".

⁶⁸⁴ SANTO G., *La tutela e la trasmissione di beni d'arte: il trust*, in *Trusts*, 2002, p. 549 ss; ZUCHELLI E., *In art we trust: il trust come strumento di gestione e tutela delle opere d'arte*, in *I Contratti*, 2019, p. 346 e ss; TONELLI A., *Trust e istituzione "Bologna Musei": il progetto che avrei in mente* in AA. VV., *Studi sul trust*, a cura di LUPOI M., Milano, 2018, p. 181.

⁶⁸⁵ BUSANI A., *Revoca giudiziale del trustee di un trust liquidatorio di s.r.l.*, in *Le Società*, 2013, p. 644; SPOLAORE P., *Garanzia patrimoniale e trust nella crisi d'impresa*, Milano, 2018, p. 10.

⁶⁸⁶ A.B.I., *Il trust nell'operatività delle banche italiane*, Roma, 1996.

⁶⁸⁷ BUSANI A., *Revoca giudiziale del trustee di un trust liquidatorio di s.r.l.*, cit., 2013, p. 637 e ss; SPOLAORE P., *Garanzia patrimoniale e trust nella crisi d'impresa*, cit., p. 13; LOCONTE S., *Trust e crisi di impresa*, in AA. VV., *Il trust: criticità, correzioni, sviluppi*, cit., p. 100 e ss.

⁶⁸⁸ MONTI R., *Gli "Sham trust", o "trust ripugnanti". Presupposti per l'azione di nullità e casi di esperibilità nell'ordinamento italiano*, in *diritto.it*, 5 giugno 2019.

commistione dei ruoli di controllore e controllato⁶⁸⁹; per la prosecuzione di attività di famiglia per le quali è necessario il possesso di qualifiche professionali⁶⁹⁰.

Come emerge dai plurimi scopi che può perseguire, l'istituto dimostra una certa flessibilità e il fatto che il diritto del *trust* non sia ancora stato codificato dal Legislatore in fattispecie tipiche garantisce una maggiore duttilità dello strumento. Tuttavia, si deve dare atto che proprio la sua flessibilità nel realizzare forme di separazione patrimoniale si è rivelata un'arma a doppio taglio in quanto l'istituto è stato piegato a finalità abusive⁶⁹¹. Al riguardo, sintomo di tale tendenza patologica è la giurisprudenza italiana in materia di *trust* che in larga parte riguarda revocatorie di atti in pregiudizio ai creditori⁶⁹².

Al riguardo merita di essere riportata per la sua emblematicità la riflessione di autorevole dottrina: *“I trust sono stati attratti ai consueti meccanismi elusivi, dei quali la nostra (in)coltura giuridica sembra non potere fare a meno; le sentenze che accolgono le azioni revocatorie si contano a dozzine, ma ad un certo punto si arresteranno perché i professionisti, anche i più ignoranti, saranno costretti a prendere atto che non è per mezzo dei trust che si riesce a realizzare il sogno del debitore impenitente: tenersi i propri beni senza pagare i propri debiti”*⁶⁹³.

Un particolare tipo di *trust* che può prestarsi a simili abusi è il suddetto *trust* autodichiarato, ossia la tipologia di segregazione nella quale il soggetto

⁶⁸⁹ *Ibidem*.

⁶⁹⁰ CRUSI V., *Trust farmacia*, 21 luglio 2018, in *fiscoetasse.com*; MURITANO D., *Il trust istituito per la gestione di una farmacia*, in *Notariato*, 2014, p. 371 e ss; TERZUOLO A., *Pianificazione e passaggio generazionale a mezzo del trust*, in AA. VV., *Il trust: criticità, correzioni, sviluppi*, a cura di BASSETTI R., Torino, 2017, p. 186.

⁶⁹¹ PERRIELLO L. E., *Lo sham trust nell'ordinamento giuridico italiano: meritevolezza degli interessi e tecniche di tutela*, Napoli, 2017, p. 20.

⁶⁹² *Ibidem*.

⁶⁹³ LUPOI M., *Presentazione a Studi sul trust*, AA. VV., a cura di LUPOI M., Milano, 2018, p. VII.

disponente e il gestore coincidono nella stessa persona⁶⁹⁴. Tale tipologia rappresenta un'eccezione al peculiare carattere traslativo del *trust* poiché si concretizza nella sola apposizione di un vincolo di destinazione su taluni beni del patrimonio del disponente⁶⁹⁵.

Tanto premesso sulle funzioni e gli effetti del *trust*, occorre soffermarsi sulla disciplina normativa del *trust*. Al riguardo, si è già ribadito che l'ordinamento vigente non prevede una disciplina del *trust* di diritto interno e, pertanto, il fondamento normativo rimane la Convenzione dell'Aja che regola i tratti essenziali del *trust* "amorfo".

Pertanto, i Paesi-*trust* che vi aderiscono e che prevedono una disciplina normativa del *trust* non riscontrano difficoltà nel riconoscimento di tale istituto; diversamente, gli Stati *non-trust* che vi aderiscono senza disporre di una legge sul *trust* dovranno, dapprima, vagliarne l'ammissibilità e, in caso di esito positivo, disciplinarlo con una legge straniera a scelta delle parti.

Ove tale scelta non sia specificata nell'atto istitutivo, l'art. 7 della Convenzione prevede che il *trust* sarà regolato dalla legge con la quale ha più stretti legami, tenendo conto, in particolare: a) del luogo di amministrazione del *trust* designato dal costituente; b) della situazione dei beni del *trust*; c) della residenza o sede degli affari del *trustee*; d) degli obiettivi del *trust* e dei luoghi dove dovranno essere realizzati.

⁶⁹⁴ PETRELLI G., *Destinazioni patrimoniali e trust*, Milano, 2019, p. 90; BARTOLI S. –MURITANO D., *Trust, negozi di destinazione e legge fallimentare*, Milano, 2017, p. 4.

⁶⁹⁵ PALAZZO M., *Il trust liquidatorio e il trust a supporto di procedure concorsuali*, 26 novembre 2015, in *fondazione-notariato.it*.

Diversamente, l'atto di trasferimento dei beni in *trust* resta regolato dalla *lex fori*⁶⁹⁶, mentre l'art. 9 della Convenzione consente il cd *depeçage*, ovvero l'applicazione di leggi diverse ad aspetti differenti dello stesso istituto⁶⁹⁷.

Tuttavia, il problema sorge quando tutti gli elementi del *trust* siano italiani dal momento che l'ordinamento italiano non dispone di una legge regolatrice del *trust*.

Sin dal recepimento della Convenzione mediante la citata l. n. 364 del 1989, dato che l'Italia si qualifica come uno Stato *non-trust*, si è posto allora il problema della configurabilità di un *trust* interno.

Sul punto, la nozione di *trust* interno è stata coniata da autorevole dottrina in materia⁶⁹⁸ e viene desunta dall'art. 13 della Convenzione ove prevede che l'ordinamento giuridico non è tenuto a riconoscere un *trust* i cui elementi importanti siano più strettamente connessi a Stati che non prevedono l'istituto del *trust*⁶⁹⁹.

Gli elementi portanti del *trust* sono tradizionalmente individuati nel luogo in cui i beni sono ubicati, nel luogo in cui lo scopo del *trust* deve realizzarsi, nonché nella cittadinanza e residenza del disponente e dei beneficiari⁷⁰⁰.

⁶⁹⁶ Art. 4 Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, cit.: “La Convenzione non si applica a questioni preliminari relative alla validità dei testamenti o di altri atti giuridici, in virtù dei quali determinati beni sono trasferiti al trustee”.

⁶⁹⁷ Art. 9 Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, cit.: “Nell'applicazione del presente Capitolo aspetti del trust che possono essere trattati a parte, in particolare le questioni amministrative, potranno essere regolati da una legge diversa”.

⁶⁹⁸ LUPOI M., *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985*, in *Vita notarile*, 1992, p. 976.

⁶⁹⁹ Art. 13 Convenzione dell'Aja, 1° luglio 1985, cit.: “Nessuno Stato è tenuto a riconoscere un *trust* i cui elementi importanti, ad eccezione della scelta della legge da applicare, del luogo di amministrazione e della residenza abituale del *trustee*, sono più strettamente connessi a Stati che non prevedono l'istituto del *trust* o la categoria del *trust* in questione”.

⁷⁰⁰ CONTALDI G., *Il trust nel diritto internazionale italiano*, Milano, 2001, p. 156 e ss; BARTOLI S., *Il Trust*, Milano, 2001, p. 599 e ss.

Si configura, dunque, un *trust* interno qualora tali elementi siano localizzati in Italia, mentre gli unici elementi di internazionalità siano costituiti dalla legge regolatrice del *trust* scelta dal disponente ex art. 6 par. 1 della Convenzione o, eventualmente, anche dal luogo di amministrazione del *trust* e da quello di residenza abituale del *trustee*⁷⁰¹.

Chiarita così la nozione di *trust* interno, all'esito di un dibattito ormai ventennale, la tesi del tutto dominante in dottrina ritiene ammissibile siffatto istituto nell'ordinamento italiano⁷⁰².

A sostegno di tale tesi, sul versante giurisprudenziale, i Tribunali sono da tempo favorevoli al riconoscimento di tale istituto⁷⁰³ e, parimenti, di recente anche la giurisprudenza di legittimità, sia civile⁷⁰⁴ che penale⁷⁰⁵.

In seguito, l'apparato argomentativo di tale orientamento è stato arricchito da importanti indici normativi.

⁷⁰¹ BARTOLI S. –MURITANO D., *Trust, negozi di destinazione e legge fallimentare*, cit., in nota a p. XXI.

⁷⁰² *Ex multis*: LUPOI M., *Trusts*, Milano, 2001, p. 533 e ss; BARTOLI S., *Il Trust*, cit., p. 597; GAMBARO A., voce “*Trusts*”, in *Digesto civ.*, vol. XIX, Torino, 1999, p. 499 e ss; BARTOLI S. –MURITANO D., *Trust, negozi di destinazione e legge fallimentare*, cit., p. 3; SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da SACCO R., *Le obbligazioni 2*, Torino, 2011, p. 222. In senso contrario: CASTRONOVO C., *Il trust e “sostiene” Lupoi*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, p. 441; GAZZONI F., *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista “non vivente” su trust e trascrizione)*, in *Riv. notariato*, 2011, p. 11. Il dibattito è sostanzialmente concentrato sull'interpretazione dell'art. 13 della Convenzione e sulla natura meramente internazionalprivatistica o meno della stessa, per una rassegna degli argomenti a sostegno dell'una e dell'altra tesi: BARTOLI – MAURITANO – ROMANO, *Trust e atto di destinazione nelle successioni e donazioni*, Milano, 2014, p. 3 e ss.

⁷⁰³ Si rimanda a: LUPOI M., *La giurisprudenza italiana sui trust dal 1899 al 2009*, Milano, 2009.

⁷⁰⁴ Cass. 10 febbraio 2020, n. 3128, cit.; Cass. 9 maggio 2014, n. 10105, cit.

⁷⁰⁵ Cass. 8 ottobre 2013, n. 41670 e Cass. 20 febbraio 2017, n. 8041 in materia di *trust* istituiti da persone imputate di bancarotta; Cass. 26 gennaio 2015, n. 3416 e Cass. 17 febbraio 2017, n. 7682 in materia di *trust* per la sottrazione fraudolenta di imposte; Cass. 27 maggio 2014, n. 21621 e Cass. 2 dicembre 2014 n. 50313 in materia di *trust* antimafia, per salvare aziende colpite da provvedimenti amministrativi per interferenze mafiose.

In primis, il *trust* è stato normato ai fini della fiscalità diretta a seguito della legge finanziaria 2007 (art. 1, comma 74, Legge n. 296 del 27 dicembre 2006) che ha introdotto la soggettività fiscale del *trust* residente in Italia ai fini delle imposte dirette annoverandolo tra i soggetti passivi a fini I.R.E.S. di cui all'art. 73 TUIR⁷⁰⁶.

Precisamente, al comma secondo del medesimo art. 73, sono state poi individuate due principali tipologie di *trust*, cui corrispondono due differenti regimi impositivi; in particolare: a) i *trust* con beneficiari di reddito individuati (c.d. *trust* trasparenti), i cui redditi sono imputati per trasparenza ai beneficiari stessi quali redditi di capitale di cui all'art. 44, comma 1, lett-*g-sexies*) del TUIR ed assoggettati a tassazione in capo agli stessi secondo il regime ordinario IRPEF⁷⁰⁷; b) *trust* senza beneficiari di reddito individuati, i cui redditi vengono direttamente attribuiti al *trust* medesimo (c.d. *trust* opachi)⁷⁰⁸.

Con riguardo a quest'ultima categoria, l'art. 13 d.l. n. 124 del 26 ottobre 2019 ha introdotto nel TUIR nuove disposizioni volte a completare la disciplina dei *trust*, prevedendo la tassazione dei “redditi corrisposti” in capo a beneficiari residenti fiscalmente in Italia da taluni *trust* opachi esteri⁷⁰⁹.

⁷⁰⁶ TERZUOLO A., *Trust e imposte dirette*, in TERZUOLO A., *Pianificazione e passaggio generazionale a mezzo del trust*, in AA. VV., *Il trust: criticità, correzioni, sviluppi*, a cura di BASSETTI R., Torino, 2017, p. 281.

⁷⁰⁷ Circolari dell'Agenzia delle Entrate del 6 agosto 2007, n. 48/E e del 1 agosto 2011, n. 38/E ove l'Amministrazione finanziaria, ai fini delle imposte sui redditi, ha definito il *trust trasparente* come l'istituto “(...) i cui redditi vengono imputati per trasparenza ai beneficiari stessi (ossia ai beneficiari individuati, n.d.a.)” specificando ulteriormente che “(...) per “beneficiario individuato” deve intendersi il beneficiario “di reddito individuato”, ovvero il soggetto che sia puntualmente individuato e che “risulti titolare del diritto di pretendere dal trustee l'assegnazione di quella parte di reddito che gli viene imputata per trasparenza”, precisando, a tal proposito che il reddito di cui si discute “sia immediatamente e originariamente riferibile ai beneficiari”.

⁷⁰⁸ Circolare n. 48/E, *cit.*, par. 4.

⁷⁰⁹ MASSAROTTO S., *L'art. 13 del D.L. n. 124/2019 e il nuovo regime fiscale dei beneficiari di trust non residenti opachi*, 28 novembre 2019, in *dirittobancario.it*.

In estrema sintesi, gli articoli 44 e 45 TUIR, come modificati, riguardano la tassazione dei redditi prodotti dai *trust* stabiliti in “paradisi fiscali” e le modifiche normative sono funzionali ad evitare che attribuzioni di redditi da parte di *trust* esteri, indipendentemente da dove siano stabiliti, vengano “mascherate” da attribuzioni di patrimonio, sfuggendo così a imposizione nel nostro ordinamento⁷¹⁰.

Da ultimo, in materia fiscale, il *trust* rileva anche in materia di fiscalità indiretta, come, ad esempio, l'imposta di successioni e donazione, ipotecaria, catastale di registro e sul valore aggiunto⁷¹¹.

Nemmeno la disciplina fiscale, però, contiene una norma atta a fornire una specifica disciplina per il *trust*, con ciò generando diverse posizioni dottrinali e incertezza giurisprudenziale⁷¹².

Al riguardo, la giurisprudenza di legittimità negli ultimi anni si è interrogata sul tema delle imposte indirette applicabili agli atti compiuti nei diversi “momenti negoziali” che caratterizzano l'esistenza di un *trust* e aveva elaborato principi di diritto diversi in base alla specifica tipologia di *trust* di volta in volta sottoposta al suo vaglio⁷¹³. Solo di recente, la Suprema Corte, in plurime sentenze, ha condiviso un principio unitario, applicabile a tutte le

⁷¹⁰ L'art. 44, comma 1, lett. g-*sexies*) TUIR, introduce nel novero dei redditi di capitale “*i redditi corrisposti a residenti italiani da trust e istituti aventi analogo contenuto stabiliti in Stati e territori che con riferimento al trattamento dei redditi prodotti dal trust si considerano a fiscalità privilegiata ai sensi dell'articolo 47-bis, anche qualora i percipienti residenti non possono essere considerati beneficiari individuati ai sensi dell'articolo 73*”; l'art. 45 introducendo un nuovo comma 4 *quater* stabilisce che “*Qualora in relazione alle attribuzioni di trust esteri, nonché di istituti aventi analogo contenuto, a beneficiari residenti in Italia, non sia possibile distinguere tra redditi e patrimonio, l'intero ammontare percepito costituisce reddito*”.

⁷¹¹ LOCONTE S., *Trust e imposte indirette*, in AA. VV., *Il trust: criticità, correzioni, sviluppi*, a cura di BASSETTI R., Torino, 2017, p. 299; BARTOLI S. – MURITANO D., *Trust, negozi di destinazione e legge fallimentare*, cit., p. 389.

⁷¹² *Ibidem*.

⁷¹³ SUPINO S., *La tassazione indiretta dei trust nella giurisprudenza di legittimità: un ritorno al passato o uno sguardo al futuro?*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2020, p. 678.

tipologie di *trust*, in base al quale l'atto segregativo in *trust* non è rilevante ai fini della tassazione proporzionale indiretta, che se del caso trova applicazione al momento del trasferimento dei beni al beneficiario⁷¹⁴.

Sempre in tema fiscale, successivamente, nel 2016 è intervenuta un'altra fonte legislativa, la l. n. 112 del 22 giugno 2016 (cd Legge sul "Dopo di noi") che incentiva con importanti vantaggi fiscali i *trust* in favore di soggetti portatori di grave disabilità⁷¹⁵, con il dichiarato obiettivo di "*favorire il benessere, la piena inclusione sociale e l'autonomia delle persone con disabilità*"⁷¹⁶. La finalità dichiarata della norma è quindi limitata a tale ambito, specifico e peculiare, seppure rilevante e di interesse generale⁷¹⁷.

Precisamente, la normativa è volta ad agevolare, attraverso regimi fiscali di favore, la costituzione di *trust*, di vincoli di destinazione di cui all'art. 2645

⁷¹⁴ SUPINO S., *La tassazione indiretta dei trust nella giurisprudenza di legittimità: un ritorno al passato o uno sguardo al futuro?*, cit., p. 679 in nota: Cass. 7 giugno 2019, nn. 15453, 15455, 15456; Cass. 21 giugno 2019, nn. 16669, 16700, 16701, 16702, 16703, 16704 e 16705; Cass. 17 luglio 2019, n. 19167; Cass. 12 settembre 2019, nn. 22757, 22756, 22755.

⁷¹⁵ La l. n. 112 del 22 giugno 2016 reca "Disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare" e "disciplina misure di assistenza, cura e protezione nel superiore interesse delle persone con disabilità grave, non determinata dal naturale invecchiamento o da patologie connesse alla senilità, prive di sostegno familiare in quanto mancanti di entrambi i genitori o perché gli stessi non sono in grado di fornire l'adeguato sostegno genitoriale, nonché in vista del venir meno del sostegno familiare, attraverso la progressiva presa in carico della persona interessata già durante l'esistenza in vita dei genitori" (art. 2). Il d.d.l. n. 2232 contemplava il *trust* quale unico strumento giuridico di tutela delle persone con disabilità grave ma, in fase di approvazione definitiva, l'unicità del *trust* è stata ridimensionata e, nell'attuale testo di legge, vi sono altre forme di protezione a beneficio del disabile grave: l'articolo 2645 *ter* c.c. e il contratto di affidamento fiduciario.

⁷¹⁶ Art. 1, l. n. 112 del 22 giugno 2016.

⁷¹⁷ TERZUOLO A., *Pianificazione e passaggio generazionale a mezzo del trust*, cit., p. 188.

ter c.c. e di fondi speciali disciplinati con contratto di affidamento fiduciario⁷¹⁸ e ivi reca una specifica disciplina⁷¹⁹.

Giova al riguardo evidenziare che nel silenzio normativo, la dottrina si è interrogata sulla questione relativa all'individuazione del tipo di *trust* "straniero" o "interno" cui il Legislatore ha inteso fare riferimento nella L. n° 112 del 2016, a tal punto da mettere in discussione la stessa qualificazione dell'Italia come Paese *non trust*⁷²⁰.

Una parte della dottrina, valorizzando l'ottica comparatistica e le ragioni storiche sottese all'affermazione e diffusione del *trust* nel proprio contesto originario, configura la novella non come disciplina esclusivamente tributaria, ma come disciplina sostanziale, riconoscendo il merito di aver conferito rilevanza normativa al *trust* e consentito l'acquisizione di un modello applicabile oltre i confini meramente assistenziali della legge⁷²¹.

D'altra parte, si osserva che in mancanza di una disciplina sostanziale del *trust*, tale legge costituisca solamente un tassello per affermare definitivamente la riconoscibilità di un *trust* "interno" e che sia preferibile negare la funzione regolatrice del *trust* da parte di una legge settoriale in quanto priva di una disciplina compiuta.

Da ultimo, è sufficiente solo ricordare il dibattito sorto attorno all'introduzione nel 2006 dell'art. 2645 *ter c.c.*⁷²², norma che ha dettato per

⁷¹⁸ Art. 3, l. n. 112 del 22 giugno 2016.

⁷¹⁹ L'Art. 6 l. 112 del 22 giugno 2016 è rubricato "Istituzione di *trust*, vincoli di destinazione e fondi speciali composti di beni sottoposti a vincolo di destinazione" e contiene un'articolata disciplina cui si rimanda al testo legislativo.

⁷²⁰ PETRELLI G., *Trust interno, art. 2645 ter c.c. e "trust italiano"*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 171 ss.

⁷²¹ AMORE G., *Criticità sistematiche e rilevanza normativa del trust nella "legge sul dopo di noi"*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, p. 1201; DI LANDRO A.C., *La destinazione patrimoniale a tutela dei soggetti deboli. Riflessioni sulla L. 22 giugno 2016, n. 112, in favore delle persone con disabilità grave*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, p. 53.

⁷²² Norma aggiunta dall'art. 39 *novies* d.l. 30 dicembre 2005 n. 273, convertito in legge con modificazioni con l. 23 febbraio 2006 n. 51.

la prima volta una disciplina generale del vincolo reale di destinazione, dei suoi presupposti ed effetti e del suo regime pubblicitario⁷²³. Per una parte della dottrina, tale sarebbe la norma fondante il riconoscimento del *trust* interno nell'ordinamento italiano e come tale, è riconoscibile soltanto entro i limiti dettati dall'articolo suddetto. In particolare, è riconoscibile il *trust* solo in quanto persegue “un interesse meritevole di tutela”⁷²⁴.

Tuttavia, l'opinione ormai prevalente aderisce alla soluzione negativa e non fonda il *trust* interno sulla disciplina di cui all'art. 2645 *ter* c.c.⁷²⁵, come del resto è confermato proprio nella Legge sul “Dopo di noi” ove introduce il *trust* quale strumento autonomo e alternativo all'art. 2645 *ter* c.c.

Da ultimo, l'art. 2645 *ter* c.c. è stato, invece, ritenuto un utile tassello per risolvere la questione della pubblicità del *trust* interno, tema cui la Convenzione fa riferimento all'art. 12⁷²⁶. Superate le prime incertezze, sia la

⁷²³ LUPOI M., *Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645-ter c.c. quale frammento di trust*, in *Riv. not.*, 2006, p. 475; ANDRINI M. C., *Le situazioni affidanti e la c.d. legge “dopo di noi” (l. N. 112 /2016). Parte seconda: i vincoli di destinazione ed il contratto di affidamento fiduciario*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 1020 e ss; ANDREOLI A., *Atti di destinazione patrimoniale: stato dell'arte e prospettive di tutela*, in *ilCaso*, 23 marzo 2019; MEUCCI S., *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, 2009, Milano, p. 313.

⁷²⁴ PETRELLI G., *Destinazioni patrimoniali e trust*, cit., p. 93 e ss.

⁷²⁵ Sul dibattito sul punto si rimanda a: BARTOLI S., *Trust e atto di destinazione nel diritto di famiglia e di persone*, Milano, 2011, p. 368.

⁷²⁶ Art. 12 Convenzione dell'Aja, cit.: “Il trustee che desidera registrare i beni mobili e immobili, o i documenti attinenti, avrà facoltà di richiedere la iscrizione nella sua qualità di trustee o in qualsiasi altro modo che riveli l'esistenza del trust, a meno che ciò non sia vietato o di incompatibile a norma della legislazione dello Stato nel quale la registrazione deve aver luogo”.

dottrina⁷²⁷ sia la giurisprudenza⁷²⁸ hanno finito per dare soluzione positiva così rimuovendo un ulteriore ostacolo all'utilizzo dell'istituto⁷²⁹.

In estrema sintesi, la prassi adotta una duplice formalità pubblicitaria, ossia una prima trascrizione effettuata contro il disponente e a favore del *trustee*, volta ad evidenziare la qualità di nuovo proprietario *ex art. 2643 c.c.*, e una seconda trascrizione contro il *trustee*, volta ad evidenziare l'esistenza del vincolo di destinazione sui beni a costui appartenenti, analogamente a quanto previsto *ex art. 2647 c.c.* per il fondo patrimoniale⁷³⁰.

Per concludere, si ritiene che le citate norme fiscali siano un chiaro indice del riconoscimento del *trust* interno nell'ordinamento italiano, ma in mancanza di una legge sul *trust* non è ancora possibile affermare la vigenza di un “*trust* italiano” i cui elementi siano tutti localizzati in Italia, compresa la legge regolatrice.

Non è pensabile qualificare come legge regolatrice la disciplina sul “Dopo di noi” espressamente introdotta per l'ausilio di soggetti con disabilità, specie alla luce della multiforme funzione del *trust*. Proprio il fatto che il *trust* italiano non sia ancora stato codificato dal Legislatore permette ampio spazio

⁷²⁷ PELLEGRINI L., *Trust interno e pubblicità tavolare*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2005, p. 565; GAMBARO A., *Un argomento a due gobbe in tema di trascrizioni del trustee in base alla XV Convenzione dell'Aja*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 919 e id. *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aja*, 2002, p. 257; PICCOLI P., *Trascrizione dell'acquisto immobiliare del trustee*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2000, p. 227. In senso contrario: GAZZONI F., *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista “non vivente” su trust e trascrizione)*, in *Riv. notariato*, 2001, p. 11 e Id. *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato (lettera aperta sul trust e altre bagatelle)*, in *Riv. notariato*, 2001, p. 1247.

⁷²⁸ *Ex multis* in giurisprudenza: Trib. Bologna 18 aprile 2000, in *Trust e attività fiduciarie*, 2000, p. 372; Trib. Napoli 16 giugno 2005, in *Trust e attività fiduciarie*, 2006, p. 249. In senso contrario: App. Trieste 30 luglio 2014, in *altalex.com* in un caso di *trust* autodichiarato.

⁷²⁹ BARTOLI S. – MURITANO D., *Trust, negozi di destinazione e legge fallimentare*, cit., p. 9.

⁷³⁰ Per un approfondimento: BARTOLI S. – MURITANO D., *Trust, negozi di destinazione e legge fallimentare*, cit., p. 11.

all'autonomia negoziale nella conclusione di accordi incidenti sulla responsabilità patrimoniale, specialmente nell'ambito della crisi di impresa.

2.1 il *trust* nella crisi di impresa

Alla luce dell'analisi sinora svolta, è ora possibile constatare che le aperture della giurisprudenza a favore del *trust* interno, nonché la chiara tendenza legislativa a favorire soluzioni concordate della crisi d'impresa hanno costituito l'ambiente ideale per lo svilupparsi di diversi impieghi del *trust* in tale ambito⁷³¹.

A livello comparatistico, tale impiego è naturale nei Paesi di *common law* ove le regole funzionalmente corrispondenti alla liquidazione giudiziale sono strutturate sul paradigma dell'affidamento traslativo del patrimonio appartenente all'imprenditore in crisi a un *trustee* nell'interesse dei creditori⁷³². Precisamente il curatore è definito proprio *trustee in Bankruptcy*⁷³³. Siffatto utilizzo avviene non solo oltreoceano e oltremarica, ma anche nel vicino sistema tedesco ove il *Doppeltreuhand* è accostabile alle regole che caratterizzano il *trust* anglo americano⁷³⁴.

In un simile contesto, le caratteristiche patrimoniali e organizzative proprie del *trust* sono ritenute idonee a soddisfare varie esigenze in ambito di regolazione negoziata della crisi di impresa anche nell'ordinamento italiano. Invero, il *trust* si presta quale strumento utile, da un lato, ad assicurare che uno o più beni, anche sotto apporto di cd "nuova finanza", siano finalizzati allo svolgimento della soluzione negoziata della crisi in modo tale che dette

⁷³¹ DONZELLI R., *Trust e procedure concorsuali*, in *Riv. di diritto processuale*, 2014, p. 895.

⁷³² SWADLING W., *The Quistclose trust: critical essays*, Oxford and Portland, 2004.

⁷³³ U.S. *Bankruptcy Code*, Chapter 7, 11 e 13.

⁷³⁴ SPOLAORE P., *Garanzia patrimoniale e trust nella crisi d'impresa*, cit., p. 57.

attività siano stabilmente destinate ai relativi obiettivi; dall'altro lato, il *trust* è utile strumento di controllo della libertà di azione dell'imprenditore⁷³⁵.

L'impiego è sì diffuso che gli studiosi della materia hanno classificato il *trust* in un variegato inventario sulla base del suo declinarsi nelle diverse fasi della procedura, quale, ad esempio: il *trust* protettivo, il *trust* di salvataggio, il *trust* concordatario, il *trust* con funzione di garanzia in esecuzione della soluzione negoziata della crisi, il *trust* puramente liquidatorio, il *trust* post-fallimentare (o post-liquidazione giudiziale)⁷³⁶.

Sintetizzando, sono essenzialmente due le funzioni che possono essere assegnate al *trust* in questo ambito: una funzione strumentale di supporto della procedura di regolazione della crisi di impresa o dell'insolvenza, che si declina in chiave esecutiva o preparatoria, nonché una funzione propriamente sostitutiva della procedura stessa⁷³⁷.

Al riguardo, è possibile subito comprendere che il ricorso al *trust* in seno alle procedure di soluzione della crisi di impresa comporta delle conseguenze sull'operatività della regola di cui al 2740 c.c. Difatti, giova ricordare che i beni e le finanze affidati al *trustee* non possono essere sottoposti ad esecuzione forzata, salvo per i crediti derivanti dalla gestione del patrimonio in *trust*. Parimenti, tale patrimonio fuoriesce anche dal patrimonio del disponente così venendo sottratto alla responsabilità patrimoniale generica *ex art. 2740 e 2741 c.c.*⁷³⁸.

⁷³⁵ SPOLAORE P., *Garanzia patrimoniale e trust nella crisi d'impresa*, cit., p. 3.

⁷³⁶ SPOLAORE P., *Garanzia patrimoniale e trust nella crisi d'impresa*, cit., p. 6 e ss; DONZELLI R., *Trust e procedure concorsuali*, in *Riv. di diritto processuale*, 2014, p. 895; PALAZZO M., *Il trust liquidatorio e il trust a supporto di procedure concorsuali*, 26 novembre 2015, in *fondazione-notariato.it*; BASSETTI R., *Trust e crisi di impresa*, in AA. VV., *Il trust: criticità, correzioni, sviluppi*, a cura di BASSETTI R., Torino, 2017, p. 100; LOCONTE S., *Trust e crisi di impresa*, in AA. VV., *Il trust: criticità, correzioni, sviluppi*, cit., p. 100.

⁷³⁷ DONZELLI R., *Trust e procedure concorsuali*, in *Riv. di diritto processuale*, 2014, p. 895.

⁷³⁸ SPOLAORE P., *Garanzia patrimoniale e trust nella crisi d'impresa*, cit., p. 4 e ss.

Procedendo con ordine, dunque, l'utilizzo del *trust* nella procedura di regolazione della crisi di impresa trova riscontro, allo stato dell'arte, nella vigenza della legge fallimentare e non ancora nel nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza. Tuttavia, come si è appurato nel precedente Capitolo, i relativi principi di fondo non sono mutati e il *trust* è stato utilizzato finora specialmente per prevenire l'insolvenza o all'interno degli strumenti negoziali di risoluzione della crisi, regolati anche nel nuovo Codice senza significative modifiche. Occorre solo ricordare che l'art. 56 c.c.i.i. ha esteso la legittimazione all'adozione del piano attestato anche all'imprenditore agricolo, alle *start up* e all'imprenditore minore nella disciplina della liquidazione controllata del sovraindebitamento⁷³⁹.

Ciò premesso, la tipologia di *trust* utilizzato quando l'impresa attraversa una fase di crisi di liquidità è il cd *trust* "protettivo"⁷⁴⁰.

Lo scopo della costituzione del *trust* "protettivo" è la riduzione dell'esposizione debitoria nei confronti di alcuni creditori per scongiurare l'avvio da parte di questi di azioni esecutive e così, parimenti, rassicurandoli con la negoziazione in un "ambiente protetto"⁷⁴¹.

Il *trust* consente tramite una liquidazione controllata degli *assets* del debitore, di perseguire quell'obiettivo con utilità, vanificando le iniziative esecutive e disgregative dei singoli, non impegnati nello stesso tentativo e nello stesso modo⁷⁴².

A tal fine, l'imprenditore destina parte dei beni aziendali al soddisfacimento di alcuni creditori, individuandoli sia singolarmente che come categoria, in ragione della loro "pericolosità", così individuandoli come

⁷³⁹ BROGI G., *Esenzioni da revocatoria e piani di ristrutturazione: dalla legge fallimentare al Codice della Crisi*, in *Il Fall.*, 2019, p. 606.

⁷⁴⁰ LOCONTE S., *Trust e crisi di impresa*, in AA. VV., *Il trust: criticità, correzioni, sviluppi*, cit., p. 100; VICARI A., *Il trust di protezione patrimoniale*, in *Trust e attività fiduciarie (Quaderni)*, Milano, 2003.

⁷⁴¹ NOCERA I., *Trust e composizione negoziale della crisi di impresa: causa in concreto, riconoscibilità e azione revocatoria*, cit., p. 643.

⁷⁴² FIMMANÒ F., *Trust e diritto delle imprese in crisi*, in *Riv. not.*, 2010, p. 511.

beneficiari⁷⁴³. In tal modo, vi è la possibilità di anticipare il vincolo di destinazione istituendo il *trust* prima del deposito di una domanda di concordato preventivo, fermi gli effetti dell'art. 2929 *bis* c.c.⁷⁴⁴.

Ulteriori elementi che potrebbero assicurare i beneficiari è l'individuazione di un *trustee* terzo rispetto al disponente, scongiurando il *trust* autodichiarato per la credibilità dell'operazione, e la nomina di guardiano, investito del compito di supervisionare l'attività liquidatoria del *trustee* e con diritti di veto sul suo operato⁷⁴⁵.

La giurisprudenza ha vagliato la meritevolezza di tale *trust* con esito positivo e dichiarandone la liceità della causa in concreto senza particolari dubbi⁷⁴⁶. Difatti, l'operazione si colloca al di fuori delle procedure di regolazione della crisi e, quindi, il soddisfacimento prioritario di taluni creditori è, quindi, a discrezionalità del debitore, il quale ben può costituire una prelazione atipica⁷⁴⁷.

Diversa funzione assume il *trust* “di salvataggio” che si colloca in uno scenario ormai prossimo all'insolvenza dell'impresa, ma di cui si ritenga ancora possibile il risanamento⁷⁴⁸.

Esso appare uno strumento funzionale a “comprare tempo”⁷⁴⁹ nei confronti dei creditori assicurandoli del fatto che i beni destinati saranno

⁷⁴³ NOCERA I., *Trust e composizione negoziale della crisi di impresa: causa in concreto, riconoscibilità e azione revocatoria*, cit., p. 643.

⁷⁴⁴ PALAZZO M., *Il trust liquidatorio e il trust a supporto di procedure concorsuali*, 26 novembre 2015, in *fondazione-notariato.it*.

⁷⁴⁵ *Ibidem*.

⁷⁴⁶ Trib. Milano, ord. 22 ottobre 2009, in *Trust e attività fiduciarie*, 2010, p. 271.

⁷⁴⁷ PALAZZO M., *Il trust liquidatorio e il trust a supporto di procedure concorsuali*, 26 novembre 2015, in *fondazione-notariato.it*.

⁷⁴⁸ LOCONTE S., *Trust e crisi di impresa*, in AA. VV., *Il trust: criticità, correzioni, sviluppi*, cit., p. 100; GALLUZZO F., *Validità di un trust liquidatorio istituito da una società in stato di decozione*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 531; GRECO V., *Il trust ordinato per conservare l'impresa e/o i valori*, in *Dir. fall.*, 2010, p. 555; BUSANI A., *Revoca giudiziale del trustee di un trust liquidatorio di s.r.l.*, cit., p. 645.

⁷⁴⁹ LOCONTE S., *Trust e crisi di impresa*, in AA. VV., *Il trust: criticità, correzioni, sviluppi*, cit., p. 104.

sufficienti a soddisfare le proprie pretese e per scongiurare un'istanza di fallimento (*rectius* di liquidazione giudiziale)⁷⁵⁰.

Tale tipologia di *trust* può operare sia al di fuori della procedura di regolazione della crisi sia al suo interno. Nel primo caso l'utilità dello strumento è subordinata al corretto calcolo dei tempi pronosticati per la liquidazione rispetto al margine di tempo rimasto all'impresa prima che entri del tutto in uno stato di insolvenza. Nel secondo caso, il *trust* può operare come strumento per favorire la soluzione negoziata della crisi, ovvero per rendere papabile la proposta di concordato preventivo, o di accordo di ristrutturazione, o di piano attestato di risanamento⁷⁵¹. Non solo, il *trust* "di salvataggio" può essere utile anche nella procedura da sovraindebitamento del debitore civile⁷⁵².

In tale ambito, la dottrina distingue ancora due distinte funzioni del *trust*, quella preparatoria alla procedura e quella esecutiva del piano o dell'accordo⁷⁵³.

Sia in funzione preparativa che in quella esecutiva, si rinviene nella prassi l'impiego del *trust* quale strumento tecnico per destinare, a beneficio dei creditori concordatari o aderenti all'accordo di ristrutturazione, risorse aggiuntive rispetto al patrimonio del debitore. Tali beni aggiuntivi costituenti il *trust fund* appartengono alla titolarità formale di un soggetto terzo che solitamente coincide con la società controllante del gruppo o uno o più soci persona fisica dell'impresa debitrice⁷⁵⁴.

⁷⁵⁰ PALAZZO M., *Il trust liquidatorio e il trust a supporto di procedure concorsuali*, 26 novembre 2015, in *fondazione-notariato.it*.

⁷⁵¹ LOCONTE S., *Trust e crisi di impresa*, in AA. VV., *Il trust: criticità, correzioni, sviluppi*, cit., p. 113.

⁷⁵² GIURDANELLA G., *Crisi da sovraindebitamento. Accordo liquidatorio. Trust e contratto di affidamento fiduciario*, in *Il Fallimento*, 2015, p. 146: rinviene il fondamento del trust liquidatorio nell'art. 12 l. n. 3 del 2012; LOCONTE S., *Trust e crisi di impresa*, in AA. VV., *Il trust: criticità, correzioni, sviluppi*, cit., p. 126.

⁷⁵³ DONZELLI R., *Trust e procedure concorsuali*, cit., p. 896.

⁷⁵⁴ SPOLAORE P., *Garanzia patrimoniale e trust nella crisi d'impresa*, cit., p. 6 - 7: dal punto di vista degli spostamenti patrimoniali causati dall'operazione si

In taluni casi, il *trust* “di salvataggio” può assumere funzione liquidatoria, ossia i beni conferiti, anche da un terzo, nel *trust fund* possono essere destinati ad essere alienati sul mercato allo scopo di ottenere liquidità da utilizzare nell’esecuzione del concordato⁷⁵⁵. Tale operazione mostra la sua convenienza nelle situazioni in cui si debba procedere alla valorizzazione di un genere di beni difficilmente monetizzabili⁷⁵⁶ e lo svolgimento, nel frattempo di attività latamente gestorie⁷⁵⁷.

Un *trust* con siffatto scopo è utile sia nella fase preparativa, sia nella fase esecutiva di un concordato, di un accordo di ristrutturazione e anche di un piano attestato, ove la componente liquidatoria non prevalga sulla continuità aziendale⁷⁵⁸.

Il *trust* liquidatorio all’interno della procedura è ritenuto meritevole di tutela dalla giurisprudenza in quanto costituisce strumento residuale e misura necessaria per condurre a termine i negoziati e assicurare un risultato che non potrebbe raggiungersi con gli strumenti già a disposizione dell’autonomia privata⁷⁵⁹.

Si individua la sua causa astratta nella segregazione patrimoniale ai fini del superamento della crisi, mentre la causa in concreto dovrà essere vagliata caso per caso esaminando il piano di concordato o l’accordo di

distingue l’ipotesi della cd *declaration of trust*, da parte del terzo finanziatore, dal caso in cui i beni vengono trasferiti a un *trustee* professionale. Nella prima, il terzo viene a svolgere, oltre che il ruolo di affidante, anche quello di *trustee* e così non si verifica non si verifica un formale trasferimento di beni dal disponente a un terzo; nella seconda, il finanziatore si spoglia delle risorse le quali vengono trasferite al *trustee*.

⁷⁵⁵ SPOLAORE P., *Garanzia patrimoniale e trust nella crisi d’impresa*, cit., p. 8.

⁷⁵⁶ NOCERA I., *Trust e composizione negoziale della crisi di impresa: causa in concreto, riconoscibilità e azione revocatoria*, cit., p. 645.

⁷⁵⁷ SPOLAORE P., *Garanzia patrimoniale e trust nella crisi d’impresa*, cit., p. 9: come le partecipazioni in altre imprese.

⁷⁵⁸ SPOLAORE P., *Garanzia patrimoniale e trust nella crisi d’impresa*, cit., p. 11; DONZELLI R., *Trust e procedure concorsuali*, cit., p. 903.

⁷⁵⁹ Cass. 9 maggio 2014, n. 10105 con nota di BARTOLI S., in *Corr. Giur.*, 2015, p. 197.

ristrutturazione ove si inserisce⁷⁶⁰. Si osserva, tuttavia, la delicatezza di tale indagine ove la discrezionalità del giudice di merito appare assai ampia, specie nella valutazione della meritevolezza degli interessi perseguiti⁷⁶¹.

Nella prassi, la disciplina che appare più idonea a soddisfare le esigenze del *trust* in una delle forme di risoluzione negoziale della crisi è la *Jersey Trust Law* del 1984, come modificata nel 2012. Tale legge prevede la possibilità di istituire come beneficiario una massa indistinta, come la massa dei creditori, di distinguere all'interno di essa classi di beneficiari e di nominare *trustee* un soggetto tra i beneficiari stessi⁷⁶².

Ancora, il *trust* può essere utilizzato anche con funzione di garanzia, per cui la sua costituzione è associata all'assunzione, senza effetto liberatorio per il debitore, degli obblighi concordatari da parte del terzo-disponente, rappresentando una garanzia aggiuntiva a tutela dell'adempimento da parte di quest'ultimo⁷⁶³. In tal modo si realizza, a favore dei creditori beneficiari, un privilegio atipico gravante soltanto sui beni conferiti nel *trust* per effetto del quale i medesimi devono essere utilizzati in conformità con la natura fiduciaria dell'istituto⁷⁶⁴. Il medesimo schema può essere usato anche a beneficio dei creditori partecipanti ad un accordo di ristrutturazione o all'accordo sotteso a un piano attestato di risanamento, in modo da fornire adeguata garanzia reale, sulla circostanza che i creditori estranei vengano soddisfatti in maniera integrale⁷⁶⁵.

Oltre che in funzione liquidatoria o di garanzia, il *trust* può essere utilizzato per realizzare meccanismi che fungano da rimedio alla sfiducia dei

⁷⁶⁰ GRECO V., *La fattispecie del trust liquidatorio*, in AA. VV., *Studi sul trust*, cit., p. 249 e ss.; Cass. 9 maggio 2014, n. 10105, cit.

⁷⁶¹ PALAZZO M., *Il trust liquidatorio e il trust a supporto di procedure concorsuali*, 26 novembre 2015, in *fondazione-notariato.it*.

⁷⁶² GIURDANELLA G., *Crisi da sovraindebitamento. Accordo liquidatorio. Trust e contratto di affidamento fiduciario*, in *Il Fallimento*, 2015, p. 149.

⁷⁶³ SPOLAORE P., *Garanzia patrimoniale e trust nella crisi d'impresa*, cit., p. 9.

⁷⁶⁴ Fattispecie descritta in Trib. Savona 25 novembre 2015 in *ilCaso.it*.

⁷⁶⁵ SPOLAORE P., *Garanzia patrimoniale e trust nella crisi d'impresa*, cit., p. 10.

creditori anteriori verso l'imprenditore. Nello specifico, tale scopo viene perseguito per mezzo dello spossessamento di parte dell'attività imprenditoriale di cui si preveda la continuità con attribuzione di poteri di gestione al *trustee*. Precisamente, si può prevedere il trasferimento del ramo in continuità ad una *newco* assuntore e la titolarità delle relative partecipazioni al *trustee*, con l'incarico di amministrarle e di esercitare i diritti sociali nell'interesse dei creditori beneficiari⁷⁶⁶. In tale ipotesi si produce ugualmente una forma atipica di garanzia reale poiché l'oggetto della garanzia patrimoniale sul quale possono fare affidamento i creditori concordatari successivamente all'omologazione, o i creditori dell'accordo di ristrutturazione, si basa non più sul patrimonio aziendale dell'imprenditore, bensì sulle quote della *newco* assuntore⁷⁶⁷.

Si segnala, ancora, un caso in cui il debitore, in seguito all'omologazione di un concordato in continuità aziendale, ha richiesto l'autorizzazione per la costituzione di un *trust* a beneficio dei creditori concordatari chirografari non ancora soddisfatti, in cui destinare il credito per la cessione di un ramo di azienda. Così operando, tale porzione di attivo è sottratta alle pretese dei creditori sorti successivamente all'omologa⁷⁶⁸.

Il *trust* con funzione esecutiva è ricorrente anche nel caso ultimo di insolvenza conclamata, ove ha trovato impiego all'interno del fallimento per lo più in presenza di crediti fiscali non ancora sorti o esigibili, nonché di crediti controversi non ancora riscossi⁷⁶⁹. Al ricorrere di tali ipotesi, infatti, la giurisprudenza ha ammesso l'istituzione del *trust* al fine di poter procedere alla chiusura del fallimento⁷⁷⁰, rimettendo al *trustee* la riscossione dei suddetti

⁷⁶⁶ Trib. Bologna 14 ottobre 2014, in *ilCaso.it*.

⁷⁶⁷ SPOLAORE P., *Garanzia patrimoniale e trust nella crisi d'impresa*, cit., p. 12.

⁷⁶⁸ Cass. 9 maggio 2014, n. 10105, cit.

⁷⁶⁹ LOCONTE S., *Trust e crisi di impresa*, in AA. VV., *Il trust: criticità, correzioni, sviluppi*, cit., p. 123; MAGI L. – COSENZA F., *Un caso di trust utilizzato per la chiusura anticipata del fallimento*, in AA. VV., *Studi sul trust*, a cura di LUPOI M., cit., p. 297.

⁷⁷⁰ Trib. Reggio Emilia, 2 maggio 2012 in *ilCaso*.

crediti in alternativa alla poco redditizia cessione degli stessi o all'ulteriore protrarsi a tempo indefinito della procedura con pregiudizio delle ragioni creditorie⁷⁷¹.

2.2 il *trust* puramente liquidatorio

Infine, di maggiore interesse è la figura del *trust* sostitutivo della procedura di regolazione della crisi, il cd *trust* “puramente liquidatorio” che realizza una modalità alternativa alla liquidazione disciplinata dagli artt. 2487 c.c. e consente al *trustee* di liquidare gli *assets* dell'impresa e all'esito, di cancellarla dal registro delle imprese⁷⁷².

In tal modo si realizza una sorta di liquidazione “privata” dell'impresa insolvente (*settlor*), da parte di un soggetto *trustee*, incaricato di liquidare il patrimonio della stessa e di distribuirne il ricavato ai creditori beneficiari⁷⁷³.

In tale ipotesi, l'effetto segregativo del patrimonio è proprio ciò che motiva all'utilizzo di tale istituto per pianificare un superamento della crisi in sede separata e autonoma rispetto agli strumenti previsti dall'ordinamento. La segregazione dei beni dell'impresa in *trust* produce un duplice effetto giuridico: da un lato, paralizza le pretese esecutive dei creditori, dall'altro lato, pur non ostando ad una successiva liquidazione giudiziale (*ex* dichiarazione di fallimento), priva la procedura di attivo posto che ormai i beni sono transitati al *trust* in forza dell'atto di dotazione⁷⁷⁴.

⁷⁷¹ DONZELLI R., *Trust e procedure concorsuali*, cit., p. 897; MARTELLI M., *L'attestazione dei crediti tributari*, 2005, p. 435.

⁷⁷² PALAZZO M., *Il trust liquidatorio e il trust a supporto di procedure concorsuali*, 26 novembre 2015, in *fondazione-notariato.it*: da questa tipologia astrattamente ammissibile deve distinguersi il *trust* “falsamente liquidatorio” che ha lo scopo di ostacolare le pretese creditorie e di procrastinare il fallimento di un'impresa già insolvente. In senso contrario: LOCONTE S., *Trust e crisi di impresa*, in AA. VV., *Il trust: criticità, correzioni, sviluppi*, cit., p. 110.

⁷⁷³ SPOLAORE P., *Garanzia patrimoniale e trust nella crisi d'impresa*, cit., p. 13.

⁷⁷⁴ DONZELLI R., *Trust e procedure concorsuali*, cit., p. 905.

Siffatta operazione è giunta all'attenzione della giurisprudenza che, se, da un lato, ha accolto con favore l'impiego del *trust* in funzione strumentale alle procedure di regolazione della crisi di impresa o dell'insolvenza, dall'altro ha nutrito una significativa diffidenza nei confronti dei *trust* istituiti al di fuori della procedura, ossia quelli con funzione sostitutiva⁷⁷⁵.

Al riguardo, infatti, si è sviluppato un dibattito giurisprudenziale diretto a determinare i casi in cui l'impiego del *trust* fosse finalizzato a sottrarsi all'applicazione delle norme inderogabili a tutela dei creditori⁷⁷⁶.

Allo stato dell'arte, le pronunce di legittimità hanno statuito che il *trust* puramente liquidatorio, a prescindere dalla sua qualificazione sotto il profilo civilistico, è del tutto privo di efficacia, ovvero inesistente, qualora sia stato attuato in un momento in cui il disponente fosse insolvente o in stato di crisi⁷⁷⁷.

Da ultimo, la Cassazione si è occupata di un *trust* sostitutivo e ne ha vagliato positivamente il giudizio di liceità della causa in concreto rispetto al programma negoziale e alla meritevolezza degli interessi perseguiti. Nel caso di specie il disponente ha trasferito l'intero patrimonio sociale di una s.r.l. in un *trust* liquidatorio ai fini del soddisfacimento dei creditori quando non versava in stato di insolvenza⁷⁷⁸. Tale operazione garantiva, nel frattempo, la continuità aziendale ed è stata qualificata come una cessione di azienda, con applicazione della disciplina della successione dei contratti.

Dunque, l'operazione non è stata censurata solo in quanto l'imprenditore disponente non versava in uno stato di preesistente insolvenza. Sul punto,

⁷⁷⁵ DONZELLI R., *Trust e procedure concorsuali*, cit., p. 896.

⁷⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷⁷ Cass. 9 maggio 2014, n° 10105 con nota di BARTOLI S., in *Corr. Giur.*, 2015, p. 197; in *Trust e attività fiduciarie*, 2014, p. 416; Cass. 10 febbraio 2020, n. 3128 con nota di VALAS I., *La Cassazione sul trust liquidatorio: la eterorimessione dell'attività di liquidazione non è contra legem*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2020, p. 352 e con nota di LOCONTE S., *Trust liquidatorio e continuità aziendale*, in *Le Società*, 2020, p. 1093.

⁷⁷⁸ Cass. 10 febbraio 2020, n. 3128, cit.

quindi, anche la più recente giurisprudenza ribadisce la necessità di ricorrere alla procedura istituzionale di regolazione della crisi, a pena di inesistenza del *trust* in quanto l'istituto non è riconoscibile nell'ordinamento italiano.

In particolare, la pronuncia della Cassazione del 2020 riporta, in via tralatizia, alcuni limiti specifici alla utilizzazione del *trust* in materia concorsuale, già individuati nella prima sentenza di legittimità che ha esaminato il *trust* liquidatorio nel 2014.

Nello specifico, la premessa dell'argomentazione della prima Cassazione contiene un implicito riconoscimento della legittimità del *trust* interno⁷⁷⁹ e la precisazione che il *trust* liquidatorio, a determinate condizioni, sia legittimo, anche quando si atteggia a *trust* interno.

Si legge, infatti, che quando il *trust* venga concluso per sostituire la procedura liquidatoria al fine di realizzare con altri mezzi il fine di recuperare l'attivo, ripartire il residuo e cancellare la società, se ne riconosce la legittimità quale espressione dell'autonomia negoziale e in quanto l'ordinamento ammette la gestione concordata della crisi di impresa (*trust* "protettivo")⁷⁸⁰.

Parimenti, previa indagine della causa in concreto, ne ammette l'utilizzo quale alternativa alle misure concordate di risoluzione della crisi di impresa (*trust* endoconcorsuale). La Cassazione apre a tale possibilità in quanto riconosce che la soluzione negoziata della crisi come alternativa che riesca a scongiurare il fallimento (ora liquidazione giudiziale) è stata favorita dal Legislatore e, qui si aggiunge, il *trend* è confermato anche nel nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza⁷⁸¹.

Diversamente, non è ammesso il *trust* in funzione sostitutiva della procedura concorsuale, ossia quando esso si pone come strumento alternativo

⁷⁷⁹ FANTICINI G., *L'ingloriosa fine del trust liquidatorio istituito dall'imprenditore insolvente: tamquam non esset!*, in *Trusts att. fid.*, 2014, p. 598; BARTOLI S., in nota a Cass. 9 maggio 2014 n. 10105, in *Notariato*, 2015, p. 84.

⁷⁸⁰ Cass. 9 maggio 2014, n. 10105, cit., paragrafo 7.4.

⁷⁸¹ *Ibidem*. Si rimanda al precedente Capitolo.

alla procedura fallimentare (ora di liquidazione giudiziale) e impedisce lo spossessamento dell'imprenditore insolvente⁷⁸².

A tal proposito, si legge che questo non sarebbe possibile in quanto vengono a compararsi due istituti di diversa natura, ossia *“il trust, ancorato a regole ed interessi comunque privati del disponente, e l'altro di natura schiettamente pubblicistica, qual è la procedura concorsuale, destinata a sopravvivere nel caso di insolvenza a tutela della par condicio creditorum e che non è surrogabile da strumenti che (ove pure siano trasferiti al trustee anche i rapporti passivi) né garantiscono tale parità, né escludono procedure individuali, né prevedono trattative vigilate con i creditori al fine della soluzione concordata della crisi, né contemplano alcun potere di amministrazione o controllo da parte del ceto creditorio o di un organo pubblico neutrale”*⁷⁸³.

Dunque, la sentenza conclude che ove, la causa concreta del regolamento in *trust* sia quella di segregare tutti i beni dell'impresa, a scapito di forme pubblicistiche quale il fallimento, l'ordinamento non può accordarvi tutela poiché, sottraendo il patrimonio o l'azienda al suo titolare ed impedendo una liquidazione vigilata, determina l'effetto, non accettabile, di sottrarre il patrimonio del debitore ai procedimenti pubblicistici di gestione delle crisi d'impresa⁷⁸⁴.

Pertanto, nel raffronto con le norme inderogabili e di ordine pubblico in materia di procedure concorsuali, lo strumento, ponendosi in deroga alle medesime, sarà “non riconoscibile” ai sensi dell'art. 15 della Convenzione⁷⁸⁵.

La citata norma, invero, espressamente prevede che la Convenzione non possa costituire “ostacolo all'applicazione delle disposizioni della legge designata dalle norme del foro sul conflitto di leggi” in tema di “protezione

⁷⁸² Cass. 9 maggio 2014, n. 10105, cit., paragrafo 7.4.

⁷⁸³ *Ibidem*.

⁷⁸⁴ *Ibidem*.

⁷⁸⁵ Cass. 9 maggio 2014, n. 10105, cit., paragrafo 7.5.

dei creditori in caso di insolvenza” ed applicandosi a società italiana disponente le disposizioni della legge fallimentare interna⁷⁸⁶.

La conseguenza è che il giudice che pronuncia la sentenza dichiarativa del fallimento provvede *incidenter tantum* al disconoscimento del *trust* liquidatorio, il quale finisce per eludere artificiosamente le disposizioni concorsuali sottraendo al curatore la disponibilità dell’attivo societario; una volta accertata la non riconoscibilità.

Con riguardo al relativo rimedio, si afferma che “*lo strumento non produce alcun effetto giuridico nel nostro ordinamento, in particolare non quello di creare un patrimonio separato, restando tamquam non esset*” e la sanzione non può essere quella della nullità poiché presuppone che l’atto sia stato riconosciuto dal nostro ordinamento, invece, il conflitto con la disciplina inderogabile concorsuale determina la stessa inesistenza giuridica del *trust* nel diritto interno⁷⁸⁷.

Infine, per la Suprema Corte, il *trust* liquidatorio in presenza di uno stato preesistente di insolvenza non è riconoscibile nell’ordinamento italiano, onde il negozio non ha l’effetto di segregazione desiderato; l’inefficacia non è esclusa né dal fine dichiarato di provvedere alla liquidazione armonica della società nell’esclusivo interesse del ceto creditorio od equivalenti, né dalla clausola che, in caso di procedura concorsuale sopravvenuta, preveda la consegna dei beni al curatore⁷⁸⁸.

Alle medesime conclusioni, come anticipato, è giunta anche la sentenza della Cassazione del 2020, sebbene nel caso di specie il *trust* non si ponesse come alternativa alla procedura concorsuale, bensì quale *trust* “di protezione” in quanto il disponente, nel segregare tutto il patrimonio attivo dell’azienda, non versava in stato di insolvenza.

⁷⁸⁶ *Ibidem.*

⁷⁸⁷ *Ibidem.*

⁷⁸⁸ *Ibidem.*

Di fronte a tali conclusioni giurisprudenziali attenta dottrina ha criticato le argomentazioni in sentenza e ne ha rilevato almeno due contraddizioni⁷⁸⁹.

In primo luogo, si critica il punto il cui la Cassazione afferma che la causa astratta del *trust* sia la segregazione dei beni e che il giudice debba valutare la meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti e la causa in concreto sulla base del programma predisposto dal disponente. A tal proposito, si osserva che l'astratta meritevolezza di tale causa è già stata riconosciuta dal Legislatore con la legge di ratifica della Convenzione dell'Aja e di conseguenza, la circostanza che oggetto di conferimento in *trust* sia l'intero patrimonio aziendale non rileva rispetto alla meritevolezza della causa, la quale non può essere inficiata da un dato meramente quantitativo⁷⁹⁰.

In secondo luogo, si osserva che la sentenza dapprima valorizza le modifiche legislative a favore della soluzione negoziale della crisi di impresa e, in seguito, attribuisce disvalore al *trust* che determina l'effetto di sottrarre il patrimonio del debitore ai procedimenti pubblicistici di gestione delle crisi d'impresa. Al riguardo, si osserva, infatti, che l'introduzione già nella disciplina fallimentare degli accordi di ristrutturazione, del piano attestato di risanamento e della convenzione di moratoria consente effettivamente una gestione dell'insolvenza alternativa a quella pubblicistica concorsuale⁷⁹¹. Si ritiene, condivisibilmente, che il divieto di eludere le norme inderogabili ai sensi dell'art. 15 della Convenzione non osti a che il singolo *trust* possa evitare la liquidazione fallimentare istituendo un regime liquidatorio alternativo, anche qualora l'impresa versi già in stato di insolvenza⁷⁹².

⁷⁸⁹ NOCERA I., *Trust e composizione negoziale della crisi di impresa: causa in concreto, riconoscibilità e azione revocatoria*, cit., p. 648.

⁷⁹⁰ *Ibidem*.

⁷⁹¹ *Ibidem*.

⁷⁹² NOCERA I., *Trust e composizione negoziale della crisi di impresa: causa in concreto, riconoscibilità e azione revocatoria*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2015, p. 649.

Difatti, è oggetto di critica anche l'automatica non riconoscibilità del *trust* istituito in presenza di tale stato di insolvenza in quanto non si ritiene possa assurgere a idoneo criterio discriminatorio. Al riguardo, si osserva che subordinare il riconoscimento o meno del *trust* al mero riscontro della sussistenza dell'insolvenza del disponente al momento della sua costituzione incontra vari profili di criticità⁷⁹³.

In primis, sul piano privatistico, si osserva, come lo stato di insolvenza sia un elemento esterno al contenuto del contratto e, pertanto, come non possa identificarsi con la funzione economico individuale del negozio, non afferendo alla causa concreta, in quanto privo dell'elemento soggettivo-teleologico che la contraddistingue⁷⁹⁴.

Ancora, sovvien l'argomento sistematico per cui l'ordinamento già contempla la possibilità che un imprenditore insolvente possa evitare le procedure concorsuali attraverso lo strumento privatistico della *cessio bonorum ex art. 1977 c.c.*

In secondo luogo, l'art. 40 c.c.i.i., al pari dell'art. 160 e 182 *bis* l. fall., consente la proposta di domanda di ammissione alla procedura di concordato o di omologa dell'accordo anche da parte dell'imprenditore insolvente.

Si osserva, altresì, la difficoltà dell'accertamento postumo della sussistenza dello stato di insolvenza al momento della dotazione del *trust* dei beni data la "intrinseca relatività, la soggettivizzazione e l'indeterminatezza" del concetto⁷⁹⁵.

Difatti, la nozione di insolvenza di cui all'art. 2 comma 1 lett. b) c.c.i.i., in modo analogo al precedente art. 5 l. fall., ha natura essenzialmente finanziaria in quanto fa riferimento allo squilibrio tra flussi finanziari in entrata e in uscita, da cui deriva un'incapacità dell'impresa a far fronte in modo regolare ai pagamenti. Si osserva che lo stato di insolvenza dipende

⁷⁹³ *Ibidem.*

⁷⁹⁴ *Ibidem.*

⁷⁹⁵ *Ibidem.*

dalla fiducia del mercato, ossia da quando nella pratica gli operatori bancari valutano se ritirare o meno il fido, provocando il cd deficit di cassa⁷⁹⁶.

Infine, lo stato di insolvenza esige la non transitorietà degli adempimenti, ma non la loro irreversibilità⁷⁹⁷: può, infatti, accadere che il debitore possa recuperare la capacità di adempiere alle proprie obbligazioni in un arco di tempo ragionevole⁷⁹⁸.

Escludendo, quindi, lo stato di insolvenza quale elemento su cui parametrare l'automatica non riconoscibilità del *trust* in funzione sostitutiva della procedura di regolazione della crisi, può essere valorizzato un differente criterio.

L'elemento da valorizzare per la non riconoscibilità del *trust* è rappresentato dall'elusione "artificiosa" della procedura concorsuale e anch'esso è, in realtà, esplicitato nella sentenza *leading case* del 2014.

Difatti, di per sé il trasferimento in *trust* del patrimonio aziendale non può costituire un presupposto sufficiente per ritenere elusiva l'operazione e per questo la Cassazione precisa che il *trust* liquidatorio deve essere disconosciuto allorché finisca "*per eludere artificialmente le disposizioni concorsuali sottraendo al curatore la disponibilità dell'attivo societario*"⁷⁹⁹.

In tale espressione deve essere valorizzato l'avverbio "artificialmente" il quale fissa il confine tra *trust* lecito e illecito, e testimonia come la Cassazione sia ben consapevole della possibilità riconosciuta dalla legge di

⁷⁹⁶ *Ibidem*.

⁷⁹⁷ FERRI G., *Insolvenza e temporanea difficoltà*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, p. 448.

⁷⁹⁸ Sulla distinzione tra non transitorietà e irreversibilità dell'insolvenza si vedano le riflessioni di CAMPAGNA M.F., *Insolvenza e crisi nella vigente legge fallimentare*, in NUZZO M. (a cura di), *Principio di sussidiarietà nel diritto privato*, vol. I, Torino, 2014, p. 399; FABIANI M., *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011, pag. 80; STANGHELLINI L., *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007, p. 151-152, il quale definisce lo stato di insolvenza "una nozione orientata a breve termine che non sembra incorporare un giudizio circa la definitiva incapacità di adempiere del debitore".

⁷⁹⁹ Cass. 9 maggio 2014, n. 10105, cit., paragrafo 7.5.

“eludere” lecitamente la procedura di regolazione della crisi, tramite il ricorso agli strumenti di gestione negoziale⁸⁰⁰.

La non riconoscibilità del *trust* dipende, quindi, non dalla mera “elusione” della procedura concorsuale, bensì dall’elusione “artificiosa”, ove per la Suprema Corte l’artificio sarebbe costituito dal contemplare nel programma di segregazione clausole che non “*prevedono trattative vigilate con i creditori al fine della soluzione concordata della crisi, né contemplano alcun potere di amministrazione o controllo da parte del ceto creditorio o di un organo pubblico neutrale*”, realizzando un’operazione che “*non permetta loro la condivisione del governo del patrimonio insolvente, in una situazione per essi priva di utilità in ragione dell’insindacabile amministrazione del fondo in trust*”⁸⁰¹.

Perciò, in ultimo, il disconoscimento del *trust* è subordinato alla verifica delle concrete modalità con cui si intende perseguire il risultato astrattamente lecito di segregazione patrimoniale: se pregiudica i creditori del disponente, violando così l’art. 15 della Convenzione in tema di protezione dei creditori in caso di insolvenza non è riconoscibile⁸⁰²; il *trust* liquidatorio che, invece, preveda effettive garanzie per i creditori può essere riconosciuto.

A tal proposito, per favorire l’indagine concreta, la prassi ha individuato indici sintomatici della meritevolezza o meno del *trust*.

Ad esempio, tra gli indici positivi, un elemento a favore della liceità del *trust* è la presenza di un guardiano per garantire i creditori: esso svolge il ruolo di organo neutrale e tale ufficio può essere ricoperto direttamente da un soggetto designato dai creditori. Al riguardo si suggerisce anche la previsione della facoltà per il giudice di sostituire il *trustee* o il guardiano rispettivamente

⁸⁰⁰ NOCERA I., *Trust e composizione negoziale della crisi di impresa: causa in concreto, riconoscibilità e azione revocatoria*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2015, p. 646.

⁸⁰¹ Cass. 9 maggio 2014, n. 10105, cit., paragrafo 7.4.

⁸⁰² NOCERA I., *Trust e composizione negoziale della crisi di impresa: causa in concreto, riconoscibilità e azione revocatoria*, cit., p. 646.

con la persona del commissario giudiziale e con il comitato dei creditori⁸⁰³. Oppure, ancora, la presenza di una clausola che indichi che la durata del vincolo segregativo coincida con la durata della procedura; l'indicazione di un termine che entro il quale il *trustee* debba provvedere a liquidare i beni⁸⁰⁴.

Quanto agli elementi sintomatici di un *trust* che eluda artificiosamente la procedura, questi possono essere individuati sia dalle circostanze del caso concreto e sia nella conformazione dell'atto istitutivo del *trust*⁸⁰⁵.

Nel primo caso, indici sintomatici del pericolo che il *trust* sia utilizzato artificiosamente sono identificabili nell'entità del debito; nel ridotto attivo; negli infruttuosi tentativi di pignoramento; nell'immediata cancellazione della società dal registro delle imprese a seguito dell'istituzione del *trust*; nella mancata pubblicità dell'atto di costituzione del *trust*, effettuato per scrittura privata registrata e non per forma pubblica; nella circostanza che il *trustee* si limiti a mantenere occultato il patrimonio del disponente ai suoi creditori; nel mancato deposito del libro degli eventi del *trust* e del rendiconto; nella mancata informazione ai creditori sull'attuazione del programma negoziale; nel mancato riversamento di alcun beneficio a favore dei creditori; nel mancato compimento di qualsiasi attività di liquidazione da parte del *trustee*⁸⁰⁶.

Nel secondo caso, invece, ossia nell'atto istitutivo del *trust*, indici sintomatici sono identificabili nella clausola che consente la modificazione *ad nutum* dell'atto istitutivo di *trust* da parte del disponente (con variazione delle finalità originarie e rideterminazione dell'assetto dei beni in *trust*); nella mancata designazione di un c.d. *trustee* professionale indipendente; nella

⁸⁰³ PALAZZO M., *Il trust liquidatorio e il trust a supporto di procedure concorsuali*, 26 novembre 2015, in *fondazione-notariato.it*.

⁸⁰⁴ *Ibidem*.

⁸⁰⁵ Sugli indici di uno *sham trust*: MONTI R., *Gli "Sham trust", o "trust ripugnanti". Presupposti per l'azione di nullità e casi di esperibilità nell'ordinamento italiano*, in *diritto.it*, 5 giugno 2019.

⁸⁰⁶ NOCERA I., *Trust e composizione negoziale della crisi di impresa: causa in concreto, riconoscibilità e azione revocatoria*, cit., p. 655

designazione a beneficiario o a guardiano dello stesso disponente; nella previsione di guardiani del *trust* coincidenti con soggetti riconducibili alla compagine societaria della società disponente; nell'effettiva assenza in capo al guardiano di prerogative di esercizio concreto di controllo sull'operato del *trustee*; nella sussistenza di vincoli di parentela tra il *trustee* e il disponente; nella pretermissione degli interessi di alcuni beneficiari⁸⁰⁷.

Ciò chiarito, è utile una precisazione circa la forma dell'atto istitutivo del *trust* nell'ambito della crisi di impresa. Si osserva che la forma del *trust* è in via di principio libera in quanto legata alla natura fiduciaria dell'atto⁸⁰⁸, per cui, anche se il piano di risanamento allegato non è soggetto ad alcuna forma di pubblicità, lo diventa quando è oggetto di un *trust* liquidatorio poiché quest'ultimo, per essere opponibile ai terzi deve essere iscritto nel registro delle imprese quanto meno per scrittura privata autenticata⁸⁰⁹.

Non solo, essendo fatto divieto al notaio dall'art. 28 della Legge notarile di rogare e di autenticare atti nulli, egli sarà tenuto al pari del Tribunale di verificare la fattibilità del piano. Tuttavia, mentre il Tribunale può limitarsi a verificarne la fattibilità giuridica di quello concordato, perché quella economica e la veridicità dei dati sono attestati da un professionista abilitato che risponde anche penalmente del suo operato, il notaio non sembrerebbe

⁸⁰⁷ NOCERA I., *Trust e composizione negoziale della crisi di impresa: causa in concreto, riconoscibilità e azione revocatoria*, cit., p. 646. Sull'impiego fraudolento dei *trust* nei gruppi di imprese: DI MARIA S. – SCALIA R., *Trust e imposizione sui redditi*, Roma, 2010. In giurisprudenza: Trib. Treviso 3 gennaio 2019 in *ilCaso*; Trib. Reggio Emilia 21 ottobre 2014 in *ilCaso*.

⁸⁰⁸ Si veda con riguardo alla forma del patto fiduciario: Cass., S.U., 6 marzo 2020, n. 6459 con nota di GENTILI A., *Un dialogo con la giurisprudenza sulla forma del "mandato fiduciario" immobiliare*, in *Il corriere giuridico*, 2020, p. 596; CARNEVALI U., *Le Sezioni Unite sulla forma del pactum fiduciae con oggetto immobiliare*, in *I Contratti*, p. 265; PALAZZO M., *La forma del negozio fiduciario avente ad oggetto beni immobili*, in *Giur. It.*, 2020, p. 2622.

⁸⁰⁹ GRECO V., *La tutela dei creditori nel trust e nel mandato con cessione dei beni con scopo liquidatorio*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2020, p. 380.

avere il dovere di verificare anche la fattibilità economica ove il piano sia attestato da un professionista abilitato⁸¹⁰.

Tuttavia, la mancata attestazione non dovrebbe essere un requisito formale dell'atto, non essendo un elemento della fattispecie, ma la renderebbe più stabile l'atto perché esonererebbe in caso di esecuzione il *trustee* dall'onere di dare prova della fattibilità economica del *trust*, oltre a evitare al notaio il rischio di rogare un atto nullo e poter essere destinatario, oltre che di sanzioni disciplinari, di rispondere civilmente e penalmente quando usando l'ordinaria diligenza avrebbe potuto avvedersi della sua non fattibilità economica⁸¹¹.

Da ultimo, l'utilità del *trust* può dispiegarsi anche a seguito della crisi di impresa causata dalla pandemia da Covid-19. A tal proposito, attenta dottrina ha suggerito che la segregazione tempestiva e immediata è quanto mai opportuna nell'attuale momento per la *“resilienza dell'impresa di fronte alla crisi da coronavirus”*, per impedire che *“imprese sane, che all'improvviso hanno perduto le proprie certezze e la dinamica dei propri cicli produttivi (e finanziari) non solo possano trovarsi sul baratro dell'incapacità di adempiere alle proprie obbligazioni, ma divenire facili prede, a prezzi da saldo, di altre imprese concorrenti, specie straniere”*⁸¹².

A tal fine si suggerisce la segregazione immediata del complesso produttivo in modo che sia funzionante e funzionale ad altro soggetto giuridico che abbia il medesimo assetto proprietario mediante un affitto virtuoso dell'azienda o di suoi rami. In seguito, si suggerisce la richiesta di auto-fallimento da parte del soggetto giuridico locatore e così realizzare ad

⁸¹⁰ *Ibidem*.

⁸¹¹ *Ibidem*.

⁸¹² FIMMANÒ F., *La resilienza dell'impresa di fronte alla crisi da coronavirus mediante l'affitto d'azienda alla new-co start up, autofallimento e concordato programmati*, in *Il Caso*, 1° aprile 2020.

opera dell'affittuario un concordato fallimentare diretto all'acquisto dell'azienda o alla fusione semplificata con la società tornata *in bonis* ⁸¹³.

Oltre a tale opzione, si può aggiungere anche l'utilizzo della fattispecie del *trust* protettivo o di salvataggio sulla base di tutte le considerazioni precedentemente svolte.

Infine, come anticipato, l'opzione del *trust* è ora più appetibile anche dal punto di vista fiscale. La Suprema Corte, mutando orientamento, ha di recente affermato che in assenza di un'attribuzione patrimoniale, il *trust* liquidatorio debba essere assoggettato a imposta di registro in misura fissa e non l'imposta di successione e donazione⁸¹⁴. Infatti, la Cassazione precisa che *“non può negarsi che l'apposizione del vincolo, in quanto tale, determini per il disponente l'utilità rappresentata alla separatezza dei beni (limitativa della regola generale di cui all'art. 2740 c.c.) in vista del conseguimento di un determinato risultato di ordine patrimoniale; non concretizzando tale utilità, di per sé, alcun effettivo e definitivo incremento patrimoniale in capo al disponente e nemmeno al trustee, incremento che si verificherà (eventualmente e in futuro) in capo al beneficiario finale di talché la strumentalità dell'atto istitutivo e di dotazione nel trust ne giustifica, nei termini indicati, la fiscale neutralità”*⁸¹⁵.

Dunque, in sintesi, si ritiene pienamente lecito e meritevole l'utilizzo *trust* nella crisi di impresa, sia esso adoperato all'interno della procedura o in alternativa ad essa. L'istituto, infatti, grazie all'effetto segregativo, svolge plurime funzioni: da un lato, può agevolare le operazioni di liquidazione dei beni per estinguere i debiti pregressi e dall'altro, può anche rafforzare la garanzia dei creditori tramite una garanzia reale atipica sul valore di liquidazione dei beni conferiti, al pari che nelle procedure individuali e

⁸¹³ *Ibidem*.

⁸¹⁴ Cass. 4 febbraio 2020, nn. 10254, 10256 e 10259, in *italytrustlawyers.it*.

⁸¹⁵ Cass. 4 febbraio 2020, n. 10254, cit., paragrafo 2.

collettive, ove i creditori divengono destinatari delle somme ricavate dalla vendita forzata⁸¹⁶.

In conclusione, l'utilizzo dello strumento del *trust* nella crisi di impresa pone molte questioni ad oggi ancora aperte⁸¹⁷, ma l'analisi svolta ne sostiene la compatibilità con i principi dell'ordinamento e l'innegabile utilità come virtuoso regolatore della crisi d'impresa⁸¹⁸.

3. Deroche giurisprudenziali al divieto di patto commissorio

Sul versante del divieto del patto commissorio, la giurisprudenza ha mostrato orientamenti ondivaghi e da ultimo, può registrarsi un assestamento nel senso dell'ammissibilità del patto commissorio con la presenza della clausola marciiana⁸¹⁹.

A distanza di alcuni anni, infatti, la Suprema Corte è tornata a pronunciarsi sull'ammissibilità del patto marciiano quale correttivo al divieto di patto commissorio, conformandosi al suo precedente orientamento⁸²⁰. La sentenza, tuttavia, ammette solo implicitamente la validità del patto marciiano

⁸¹⁶ GRECO V., *La tutela dei creditori nel trust e nel mandato con cessione dei beni con scopo liquidatorio*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2020, p. 376.

⁸¹⁷ SPOLAORE P., *Garanzia patrimoniale e trust nella crisi d'impresa*, cit., p. 4 e ss.

⁸¹⁸ NOCERA I., *Trust e composizione negoziata della crisi di impresa: causa in concreto, riconoscibilità e azione revocatoria*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2015, p. 648.

⁸¹⁹ Cass. 17 gennaio 2020, n. 844 con nota di SCAPINELLO C., *Ammissibilità dei patti sulla garanzia patrimoniale con marciiano atipico*, in *Giur. It.*, 2021, p. 48; SUPPA M., *Patto commissorio e patto marciiano: la sottile linea tra negozi nulli e negozi leciti*, in *Il Corriere giuridico*, 2021, p. 928.

⁸²⁰ Cass. 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Foro it.*, 2016, p. 685; in *Fallimento*, 2015, p. 791 con nota di SPADARO M., *Sale and lease back, patto marciiano e fallimento del venditore utilizzatore*; e in *Giur. It.*, 2015, p. 2341 con nota di VITI V., *Lease back, patto commissorio e clausola marciiana*.

atipico, senza nulla aggiungere in argomentazione rispetto al passato, nonostante le novità legislative sopravvenute⁸²¹.

Ad ogni modo, la pronuncia ha il pregio di riportare all'attenzione degli studiosi il tema della liceità delle alienazioni a scopo di garanzia con clausola marciana atipica e, in senso più ampio, della compatibilità di tali operazioni con lo statuto normativo della responsabilità patrimoniale.

Una premessa illustrativa sull'operazione realizzata dalle parti è utile per inquadrare la fattispecie. Precisamente, un soggetto (creditore) acquistava la proprietà di un immobile con contestuale contratto di comodato a favore di parte venditrice al fine di consentirgli di abitare con la moglie nell'immobile appena alienato. La vendita era stata accompagnata da alcune previsioni specifiche: le parti avevano previsto che l'alienante si impegnava oltre che a pagare il residuo mutuo, il cui pagamento era garantito da fideiussione dell'acquirente, altresì a pagare un debito che aveva contratto con l'acquirente. Era previsto che in caso di avvenuto pagamento del debito, l'acquirente aveva l'obbligo di ritrasferire il bene; viceversa, in caso di debito non adempiuto l'acquirente aveva diritto a vendere il bene, e previa stima del valore, a corrispondere al venditore la differenza tra il valore dell'immobile ed il debito rimasto ancora da pagare⁸²².

Poiché l'alienante era rimasto inadempiente, l'acquirente aveva messo, come d'accordo, l'immobile in vendita, ne richiedeva la restituzione e, in mancanza, agiva in giudizio per ottenere il rilascio dell'immobile che, a titolo di comodato, l'alienante continuava a detenere.

La fattispecie così descritta è stata diversamente qualificata in ogni grado di giudizio. Il Tribunale, in primo grado, ha rigettato la domanda ritenendo simulata l'intera operazione negoziale, sia per difetto di prova del pagamento

⁸²¹ Si rimanda all'analisi svolta nel Capitolo Secondo.

⁸²² Cass. 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Foro it.*, 2016, I, 685; in *Fallimento*, 2015, p. 791 con nota di SPADARO M., *Sale and lease back, patto marciano e fallimento del venditore utilizzatore*.

del prezzo, sia perchè il godimento del bene era rimasto all'alienante. La Corte d'Appello ha smentito la tesi della simulazione ed ha rilevato la nullità del contratto di comodato, per difetto di trascrizione.

La Suprema Corte, da ultimo, invece, qualifica l'intera operazione come una vendita con funzione di garanzia, dunque, un contratto effettivo e non simulato, mentre concorda per la nullità del contratto di comodato per difetto di trascrizione *ex art. 1 comma 346, l. n. 311 del 2004*.

La Cassazione ricostruisce la vicenda contrattuale affermando che, in concreto, le parti abbiano concluso due distinti atti. Precisamente, afferma che in un primo momento queste abbiano stipulato un atto pubblico notarile, qualificato come vendita, ed ivi abbiano dato atto del pagamento da parte dell'acquirente del corrispettivo, mediante assegni e mediante accollo della restante parte del mutuo. Successivamente, con una scrittura privata, le parti hanno poi precisato che l'alienazione conclusa dal notaio è in realtà attuata a soli fini di garanzia, ossia quale assicurazione da parte dell'alienante di pagamento del suo debito verso l'acquirente⁸²³.

La Suprema Corte esclude, quindi, la simulazione dell'operazione condividendo la ricostruzione della Corte di Appello, ossia interpretando la controdedichiarazione al pari di ogni altro patto privato e così valorizzando le espressioni usate dalle parti, ossia la dichiarazione di voler attribuire alla precedente vendita uno scopo di garanzia e non di scambio.

Al riguardo, la Cassazione afferma che *“la controdedichiarazione è tale quando espressamente asserisce la natura simulata della dichiarazione principale, mentre qui tale natura non è affatto affermata dalle parti che non dichiarano di aver simulato la vendita davanti al notaio, bensì dichiarano di averla voluta effettivamente ma a scopo di garanzia e non di scambio. La*

⁸²³ Cass. 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Foro it.*, 2016, p. 685; in *Fallimento*, 2015, p. 791 con nota di SPADARO M., *Sale and lease back, patto marciano e fallimento del venditore utilizzatore*.

controdicchiarezza, dunque, non è di simulazione, ma di qualificazione dello scopo concreto dell'atto”⁸²⁴.

La sentenza è particolarmente interessante ove evidenzia, peraltro, come spesso si fraintenda il rapporto tra vendita simulata e vendita fatta a scopo di garanzia: la stessa prassi, infatti, a volte confonde gli indici presuntivi della simulazione come il possesso rimasto in capo all'alienante, la preesistenza di un debito dell'alienante a favore dell'acquirente, la mancata trascrizione, con gli indici dello scopo di garanzia.

La sentenza si sofferma sul punto e approfondisce il significato attribuito allo scopo di garanzia. Si precisa che esso mira ad una proprietà momentanea in capo al creditore, e questa, come ricorda la Cassazione, era in passato la ragione di autorevoli dubbi sulla circostanza che la causa di garanzia potesse essere sufficiente a sorreggere il trasferimento del diritto⁸²⁵.

Si ricorda a tal proposito l'orientamento opposto secondo il quale lo scopo di garanzia mira a creare una proprietà temporanea in capo all'acquirente che, in caso di adempimento del debito, è obbligato alla restituzione e questa proprietà temporanea nient'altro sarebbe che una proprietà fiduciaria, ossia una *fiducia cum creditore*, non ammessa nel nostro ordinamento.

La sentenza replica tale argomento ricordando che *“altro è la regola della tipicità dei diritti, altro quella degli atti traslativi, e che le parti possono ben trasferire un diritto tipico e nominato (la proprietà) anche con atti atipici, come, per l'appunto, una vendita fatta a scopo di garanzia. Inoltre, la causa atipica di alienazione in garanzia non influisce sul contenuto del diritto di proprietà, nel senso di renderlo diverso da quello tipico, e ciò in quanto l'acquirente in garanzia ha tutte le facoltà di dominio proprie del proprietario, potendo disporre e godere della cosa al pari di quello; inoltre, la proprietà che si realizza in capo all'acquirente non è temporanea in senso*

⁸²⁴ Cass. 17 gennaio 2020, n. 844, cit., paragrafo 2.1.

⁸²⁵ *Ibidem*.

tecnico, ma è una situazione assimilabile all'acquisto sotto condizione o sotto patto di riscatto, ossia destinata a risolversi, ma nata come definitiva"⁸²⁶.

Infine, la sentenza si sofferma anche sul secondo atto concluso tra le parti, il quale effettivamente qualifica quella vendita come fatta in garanzia. In tale atto, esse specificano gli obblighi gravanti sull'acquirente, ossia quello di retrocedere il bene in caso di adempimento e, per la Cassazione, il che opera ad ulteriore dimostrazione della effettività dello scopo di garanzia⁸²⁷.

Qualificata, dunque, l'operazione negoziale come vendita a scopo di garanzia, la Suprema Corte vaglia la sua compatibilità con il divieto del patto commissorio, alla luce del fatto che le parti avevano cercato di evitare il contrasto con l'art. 2744 c.c. inserendo nello schema negoziale un patto marciano. Al riguardo, la Suprema Corte soffermandosi su tale questione, chiarisce *"perché mai se ad un patto commissorio accede un patto marciano, la pattuizione non ricade nell'art. 2744 c.c."*

Al quesito la Cassazione risponde: *"siccome l'opinione prevalente ritiene che la ratio del divieto del patto commissorio stia nella tutela del debitore da approfittamenti del creditore, allora nel caso di patto marciano il rischio di tali approfittamenti è nullo"*. Si argomenta che *"in realtà la liceità del patto commissorio cui accede un patto marciano sta nell'analogia con il pegno irregolare (...)"*, ritenendo così che l'art. 1851 c.c. non sia norma eccezionale e che condivida la medesima *ratio* dell'art. 2744 c.c.⁸²⁸.

Infine, sulle caratteristiche della clausola marciana ai fini della sua validità, la sentenza ripropone la massima del precedente del 2015 che aveva tratteggiato i connotati che il patto marciano deve presentare per sottrarsi alla

⁸²⁶ *Ibidem*.

⁸²⁷ *Ibidem*.

⁸²⁸ Che l'art. 1851 c.c. costituisca una deroga al patto commissorio è pacifico: SERRA A., *Anticipazione bancaria*, in *Digesto comm.*, Torino, 1987, p. 134; che ne condivida la medesima *ratio* è, invece, discutibile: MOLLE G., *I contratti bancari*, in *Tratt. Cicu Messineo*, 1981, p. 300. In giurisprudenza: Cass. 24 maggio 2004, n.10000 in *Giur. it.*, 2005, p. 1418 con nota di BATTELLI E. per cui la costituzione di un pegno irregolare non configura patto commissorio.

sanzione di nullità prevista per il patto commissorio, rilevando la necessità di “un procedimento volto alla stima del bene, entro tempi certi e con modalità definite, che assicurino la presenza di una valutazione imparziale, in quanto ancorata a parametri oggettivi automatici, oppure affidata a persone indipendente ed esperta, la quale a detti parametri farà riferimento (art. 1349 c.c.), al fine della corretta determinazione dell’an e del quantum della eventuale differenza da corrispondere all’utilizzatore”⁸²⁹.

Il *leading case* del 2015 citato riguardava la liceità del contratto di “*sale and lease back*” le cui sorti, per l’innegabile somiglianza di tale figura contrattuale all’alienazione in garanzia collegata ad un contratto di mutuo, sono ancora alquanto controverse sempre in considerazione divieto di patto commissorio sancito dall’art. 2744 c.c.⁸³⁰.

Il caso riguardava una società di *leasing* che proponendo opposizione allo stato passivo del fallimento, lamentava il rifiuto della domanda di restituzione di un bene immobile oggetto di contratto di “*sale and lease back*” stipulato con l’imprenditore, poi fallito, nonché il rigetto della domanda di ammissione al passivo per i crediti maturati in virtù di detto contratto.

Il Tribunale respingeva l’opposizione, ritenendo, come il Giudice Delegato, il contratto di “*sale and lease back*” nullo per frode alla legge per violazione del divieto di patto commissorio.

In conformità all’orientamento giurisprudenziale formatosi in materia, il Tribunale desume l’intento fraudolento delle parti dalle circostanze che, all’epoca della conclusione del contratto, l’imprenditore versava già in stato di insolvenza sulla base degli indici finanziari risultanti dai bilanci, sia per l’ampia sproporzione tra il valore del bene e il prezzo e per l’utilizzazione del

⁸²⁹ Cass. 28 gennaio 2015, n. 1625, cit.

⁸³⁰ SPADARO M., *Sale and lease back, patto marciano e fallimento del venditore utilizzatore*, in *Fallimento*, 2015, p. 791.

corrispettivo al fine di estinguere i debiti d'impresa sussistenti in buona parte verso lo stesso gruppo bancario cui la concedente apparteneva⁸³¹.

La società di *leasing* ricorre, quindi, in Cassazione, lamentando *in primis* che il Tribunale ha ritenuto di “marginale rilievo” che il contratto di “*sale and lease back*” contenesse la cosiddetta clausola marciana che escludeva il carattere fraudolento e vietato dell'operazione negoziale realizzata dalle parti.

La Suprema Corte ha accolto il ricorso, censurando la decisione impugnata proprio nella parte in cui il Tribunale aveva ommesso di valutare l'esistenza del patto marciano nel contratto di “*sale and lease back*”.

Dapprima, la Corte premette una riflessione sul contratto di *sale and lease back*, affermandone “*l'autonomia strutturale e funzionale quale contratto di impresa e caratteri peculiari di natura oggettiva e soggettiva che non consentono di ritenere che esso integri, per sua natura e nel suo fisiologico operare, una fattispecie che, in quanto realizzi una alienazione a scopo di garanzia, si risolva in un negozio atipico nullo per illiceità della causa concreta*”⁸³².

Sul punto precisa anche che l'effetto di piegare un negozio lecito al raggiungimento di un risultato contrario alla norma imperativa dipende, pertanto, dalle circostanze del caso concreto e dalle clausole negoziali presenti nell'accordo, fondandosi su tali elementi di fatto la corretta qualificazione della fattispecie. Occorrerà, quindi, la ravvisabilità di un nesso funzionale che renda manifesto l'intento negoziale complessivo delle parti, indagine rimessa al giudice di merito.

Spetta, invece, al giudice di legittimità la corretta valutazione della clausola contenente il patto marciano e la Suprema Corte, nella pronuncia in esame, dopo averne dato la definizione, si sofferma sul suo fondamento.

⁸³¹ SPADARO M., *Sale and lease back, patto marciano e fallimento del venditore utilizzatore*, cit., p. 791.

⁸³² Cass. 28 gennaio 2015, n. 1625, cit., paragrafo 2.2.

Precisamente, si legge che il fondamento della clausola marciana è, da un lato, l' idoneità a ristabilire l' equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni del contratto di *lease back* e, dall' altro lato, la sua capacità di scongiurare che l' attuazione coattiva del credito avvenga senza alcun controllo dei valori patrimoniali in gioco.

Inoltre, la Corte ricorre all' argomento sistematico per sostenere il fondamento dell' effetto salvifico di tale clausola richiamando il funzionamento di una serie di istituti affini: ai sensi dell' art. 1851 c.c., in presenza di un pegno irregolare a garanzia, *“la banca deve restituire solo la somma o la parte delle merci o dei titoli che eccedono l' ammontare dei crediti garantiti”*; nella cessione dei beni ai creditori, l' art. 1982 c.c. attribuisce il residuo al debitore; quanto alle garanzie reali tipiche, ad esempio, l' art. 2798 c.c. ammette l' assegnazione al creditore della cosa oggetto del pegno solo previa *“stima da farsi con perizia o secondo il prezzo corrente, se la cosa ha un prezzo di mercato”*; l' art. 2803 c.c. prevede la riscossione del credito dato in pegno, ma, se il credito garantito è scaduto, *“il creditore può ritenere del denaro ricevuto quanto basta per il soddisfacimento delle sue ragioni e restituire il residuo al costituente o, se si tratta di cose diverse dal danaro, può farle vendere o chiederne l' assegnazione”* secondo la norma ora citata; l' art. 2804 c.c. ove sancisce che il creditore pignoratizio non soddisfatto può in ogni caso chiedere che gli sia assegnato in pagamento il credito ricevuto in pegno *“fino a concorrenza del suo credito”*.

Non solo, in via sistematica, tutto il sistema del processo esecutivo per espropriazione forzata e di quello fallimentare mira ad assicurare la tutela, sotto il profilo indicato, del debitore in quanto l' ordinamento permette la realizzazione coattiva dei diritti del creditore, purchè sia tutelato pure il diritto del debitore a pagare al creditore quanto in effetti gli spetti.

Per tale ragione, *“è necessario allora che, sin dalla conclusione del contratto di lease back, siano stati previsti meccanismi oggettivi e procedimentalizzati che, sulla falsariga delle disposizioni ora ricordate,*

permettano la verifica di congruenza tra valore del bene oggetto della garanzia, che viene definitivamente acquisito al creditore, ed entità del credito; per la stessa ragione, non avrebbe tale effetto la verifica del “giusto prezzo” al momento della conclusione del contratto”⁸³³.

Il principio di diritto della sentenza è stato riconfermato anche da più recenti pronunce della Suprema Corte⁸³⁴ e l'importanza ermeneutica di tale approdo può apprezzarsi specie alla luce del precedente percorso evolutivo giurisprudenziale.

Sul punto, si rimanda alla prospettiva storica tracciata nel Primo Capitolo e basti qui soltanto ricordare l'orientamento restrittivo della giurisprudenza a partire l'intervento delle Sezioni Unite del 1989⁸³⁵. Da allora, le pronunce della Corte di Cassazione sono concordi nell'interpretare estensivamente il divieto di cui all'art. 2744 c.c. e dichiarare affetto da nullità qualsiasi patto con causa di garanzia che attribuisca la proprietà del bene al creditore solamente in caso di inadempimento del debitore⁸³⁶.

⁸³³ Cass. 28 gennaio 2015, n. 1625, cit., paragrafo 2.5.

⁸³⁴ Cass. 22 febbraio 2021 n. 4664, con nota di AMBROSOLI M., *Il sale and lease back: un contratto tormentato*, in *Il Corriere giuridico*, 2021, p. 1527; Cass. 14 ottobre 2021 n. 28022 con nota di PREVITI S., *Autonomia privata e conseguenze dell'inadempimento nel contratto di sale and lease back*, in *I Contratti*, 2022, p. 21.

⁸³⁵ Orientamento definitivamente confermato da: Cass. S.U., 3 aprile 1989, n. 1611 in *Corr. giur.*, 1989, p. 522 con nota di MARICONDA V.; in *Foro it.*, 1989, p. 1427 con nota di MARICONDA V. – REALMONTE F. Prima della pronuncia a Sezioni Unite: Cass. 16 aprile 1987, n. 3784 in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, p. 139 ss., con nota di VIGLI, *Vendita – Patto di riscatto – Divieto del patto commissorio*; e in *Giur. it.*, 1988, I, 1, c. 1231 ss., con annotazione di IOFRIDA; Cass., 11 gennaio 1988, n. 46 in *Giust. civ.*, 1988, p. 1766 ss., con nota di TRIOLA, *Vendita con patto di riscatto e divieto del patto commissorio*; Cass. civ., 18 maggio 1988, n. 3462 in *Rep. Foro it., online*. Per un approfondimento: CIPRIANI N., *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119*, cit., nota 15.

⁸³⁶ Da ultimo Cass. 11 luglio 2019, n. 18680; Cass. 21 gennaio 2016, n. 1075; Cass. 21 maggio 2013, n. 12462 in *DeJure*; Cass. 20 febbraio 2013, n. 4262, in *Giur. it.*, 2013, p. 2023, con nota di RISPOLI G., *Ai confini del divieto di patto commissorio*; Cass. 10 marzo 2011, n. 5740, in *Giur. it.*, 2012, p. 568, con nota di ALBANESE M., *Brevi note in tema di patto commissorio, procura a vendere e autonomia privata ovvero la fattispecie e i suoi confini*.

La dottrina, si rimembra, ha mostrato maggiori aperture nel vagliare l'ammissibilità di un negozio con funzione di garanzia rispetto al divieto del patto commissorio e, appurata la laconicità dell'art. 2744 c.c., ha tentato di enucleare la *ratio* della norma attraverso un'interpretazione sistematica.

Precisamente, si è già detto che l'individuazione della *ratio* del divieto del patto commissorio assuma una rinnovata rilevanza poiché funzionale all'inquadramento delle nuove figure introdotte dal Legislatore⁸³⁷ e a vagliare l'ammissibilità della figura atipica del patto marciano.

Sulla *ratio* del divieto del patto commissorio si sono individuate almeno tre diverse prospettive (una soggettivistica, una ordinamentale e una patrimonialistica) e tra queste, anche la pronuncia in commento sposa l'ottica patrimonialistica.

In tal modo, accogliendo la prospettiva patrimonialistica, si comprende l'ammissibilità del patto marciano atipico e assumendo che l'art. 2744 c.c. sia una norma da interpretare alla luce dell'art. 1815, comma 2 c.c., ossia interpretando il divieto di patto commissorio come una norma che vuole evitare l'arricchimento ingiustificato del creditore, si ribadisce la validità del patto marciano atipico.

⁸³⁷ Come anticipato, il riferimento va agli istituti oggetto d'indagine nel Capitolo Secondo e Terzo: l'art. 11, l. n. 155 del 2017 (Legge delega per la gestione delle crisi di impresa e dell'insolvenza) che consente al creditore di escutere stragiudizialmente la garanzia anche in deroga al divieto del patto commissorio; l'art. 1, d.l. n. 59 del 2016 che ha introdotto il pegno non possessorio e forme particolari di escussione della garanzia che prevedono la cautela marciana; l'art. 48 *bis* T.U.B. che prevede un contratto di finanziamento con debito garantito attraverso una alienazione sospensivamente condizionata all'inadempimento del debitore; l'art. 120 *quinquiesdecies*, comma 3 T.U.B. che disciplina il mutuo immobiliare del consumatore ove le parti possono pattuire che il bene ipotecato passi in proprietà dell'intermediario in caso di inadempimento del debitore; l'art. 11 *quaterdecies* d.l. n. 203 del 2005 mod. l. n. 144 del 2015 che disciplina il prestito vitalizio ipotecario che introduce un nuovo modello di garanzia patrimoniale bilanciato con la cautela marciana.

Dunque, tale patto quale frutto dell'autonomia privata è stato riconosciuto anche dalla più recente giurisprudenza pur non essendo previsto in via generale dalla legge, superando i precedenti restrittivi orientamenti.

Tuttavia, per concludere e per fugare ogni dubbio si sposa con favore la proposta di introdurre un articolo 2744 *bis* c.c. che istituzionalizzi il patto marciano in presenza di tutte le condizioni che concilino la tutela del creditore, del debitore e un controllo giurisdizionale⁸³⁸.

4. La prospettiva dell'analisi economica del diritto

Nel presente Capitolo si è potuto solo accennare ad un universo di ricerca. Amplissimi sono, infatti, gli studi in materia di *trust* e, con particolare riferimento all'utilizzo del *trust* nella crisi di impresa, si apprezzano numerosi contributi dagli operatori del diritto, tra cui commercialisti, notai e avvocati.

Parimenti, gli studi sulle applicazioni del patto commissorio nella prassi, più o meno lecite, contano ormai decenni di riflessioni e pronunce giurisprudenziali.

Nonostante ciò, si confida di aver colto l'essenza: la prassi negoziale si fa spazio sino al limite concesso dalla legge, nelle sue zone grigie, nell'architettare forme di garanzie reali atipiche, sperimentando quelli che in

⁸³⁸ Si ricorda che l'auspicio è di: MARSEGLIA R., *L'evoluzione della disciplina dei pegni non possessori*, Torino, 2018, p. 176; D'AMICO G., *La resistibile ascesa del patto marciano*, in *Europa e Diritto Privato*, 2017, p. 1; BRIANDA G., *Le prospettive del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria lex mercatoria e tradizione*, in *Contr. e impr.*, 3, 2016, p. 799; PAGLIANTINI S., *Sull'art. 48 bis T.U.B.*, cit., p. 102 il quale precisa che sul destino da riservare agli altri creditori dell'obbligato sta facendo capolino l'idea di riservare loro, quando chirografari, un nuovo privilegio generale. Tale sembra essere anche la strada intrapresa dal Legislatore nella "Legge Rordorf" ove si auspica di "rivedere il tradizionale divieto del patto commissorio, la cui eccessiva rigidità rischia di essere incompatibile con la moderna dinamica del sistema delle garanzie del credito", sul punto si rimanda al Primo Capitolo.

estrema sintesi sono patti sulla responsabilità patrimoniale con effetto segregativo.

A tal proposito, nel tentativo di inquadrare i fenomeni finora descritti, l'analisi economica del diritto ha proposto un nuovo criterio di lettura delle fattispecie incentrato sulla funzione del diritto vantato dal creditore⁸³⁹.

Tale dottrina offre spunti interessanti e merita di essere condivisa. In particolare, dal punto di vista economico, siffatta corrente di pensiero dà rilievo al criterio funzionale e riconduce nell'ambito delle garanzie reali tutte le posizioni giuridiche che presentano le seguenti caratteristiche: la proprietà del bene vincolato passa al creditore o comunque spetta al creditore il ricavato del prezzo della vendita, salvo eccedenza da restituire al debitore; il creditore prevale sui terzi che vantino posizioni giuridiche incompatibili con tale diritto, come avviene per i terzi acquirenti e gli altri creditori del debitore⁸⁴⁰.

Si osserva che l'adozione di tale criterio "interseca in maniera trasversale 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 del diritto reale su cosa altrui"⁸⁴¹.

Il criterio funzionale, a fondamento di varie garanzie mobiliari rinvenibili nei sistemi di *civil law* e di *common law*, consente, quindi, di equiparare le garanzie tradizionali con le numerose figure fondate sulla proprietà di beni trasferiti con scopo di garanzia⁸⁴².

Tale approccio è un utile raccordo con il Capitolo a seguire che si occuperà dell'indagine sui sistemi di garanzie reali in altri Paesi. Difatti, la comparazione giuridica mostra che il prototipo di una simile disciplina

⁸³⁹ CHIANALE A., *Evoluzione e prospettive nel sistema delle garanzie reali*, Torino, 2020, p. 25: l'Autore in nota richiama ampiamente la relativa dottrina.

⁸⁴⁰ *Ibidem*.

⁸⁴¹ *Ibidem*.

⁸⁴² *Ibidem*; CANDIAN A., *Le garanzie mobiliari. Modelli e problemi nella prospettiva europea*, Milano, 2001, p. 54.

compare nell'art. 9 dell'*Uniform Commercial Code* statunitense, poi recepito in varie *property securities law* di Canada, Australia, Nuova Zelanda e poi transitate in altri sistemi giuridici⁸⁴³.

Difatti, l'equiparazione funzionale tra garanzie mobiliari con diverse strutture formali compare anche nel Codice civile del Québec, nella riforma francese del 2006 e nella riforma belga del 2013.

Anche l'ordinamento italiano ha accolto il criterio funzionale attraverso il d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170 in recepimento della Direttiva 2002/47/CE sui contratti di garanzia finanziaria. Sebbene tali contratti non realizzino una forma di segregazione patrimoniale, è utile ricordare che la loro definizione, contenuta all'art. 2 della Direttiva, è così ampia che porta ad equiparare, ad esempio, il contratto di pegno, la cessione del credito, il trasferimento della proprietà di attività finanziarie con funzione di garanzia, i contratti di pronti contro termine⁸⁴⁴.

In tal modo, la funzione assolta da una garanzia reale comporta l'applicazione di una disciplina unitaria, tralasciando la qualificazione dogmatica dell'istituto che tale funzione assicura. Si osserva, in particolare, che secondo un approccio funzionale, nel modello della proprietà in garanzia, il creditore è qualificato come proprietario, mentre il debitore è titolare di un credito al ritrasferimento del bene in suo favore, quando avrà adempiuto all'obbligazione garantita e può disporre di tale credito. Diversamente, nel modello dei tradizionali diritti di garanzia reale il debitore resta proprietario del bene di cui può disporre e il creditore vanta un diritto reale di garanzia opponibile *erga omnes*.

Tale dottrina si spinge sino a superare nel settore delle garanzie reali la differenziazione tra diritti reali e diritti di credito: ipotizza, ad esempio, un

⁸⁴³ CHIANALE A., *Evoluzione e prospettive nel sistema delle garanzie reali*, cit., p. 26. L'Autore richiama copiosa letteratura.

⁸⁴⁴ CHIANALE A., *Evoluzione e prospettive nel sistema delle garanzie reali*, cit., p. 27.

patto marciano immobiliare con effetti obbligatori. Tale patto si configura come il classico patto marciano in cui si ipotizza il debitore o terzo datore che si obbliga a trasferire al creditore un bene in caso di inadempimento; il creditore restituirà l'eccedenza tra il valore e il bene e il debito inadempito, previa stima imparziale da parte di terzi. In aggiunta, si sostiene che tale accordo può essere trascritto in quanto assimilabile al preliminare di vendita immobiliare⁸⁴⁵.

L'orientamento dottrinale esposto è senz'altro suggestivo e meritevole di ulteriori approfondimenti ed è un'utile chiave di lettura per i nuovi modelli di garanzie patrimoniali emergenti nella prassi. Come anticipato, il criterio funzionale è particolarmente utilizzato in altri ordinamenti giuridici che, a seguire, sono approfonditi in ottica comparatistica.

⁸⁴⁵ *Ibidem*.

CAPITOLO QUINTO

MODELLI DI GARANZIE PATRIMONIALI OLTRE CONFINE

SOMMARIO: *1. La prospettiva comparata; 2. Il Common Law; 2.1 Le garanzie reali nel common law inglese: mortgage e charge; 2.2. Rimedi per il creditore nel common law inglese; 2.3 Il non recourse financing statunitense; 3. Il diritto islamico; 3.1 La finanza islamica; 3.2 Il contratto di murabahah; 4. L'ordinamento cinese; 4.1 Le garanzie reali nel diritto cinese; 5. Nell'Unione Europea; 5.1 le garanzie reali in Francia; 5.2 Le garanzie reali in Spagna; 5.3 Le garanzie reali in Germania; 6. Considerazioni conclusive.*

1. La prospettiva comparata

Il Capitolo conclusivo della ricerca è dedicato alla comparazione giuridica. Per asseverare la tesi si analizzano le peculiarità della responsabilità patrimoniale in altri ordinamenti di tradizione giuridica differente, nonché negli ordinamenti di altri Stati Europei.

Il metodo comparatistico, che implica lo studio e il raffronto del diritto straniero, costituisce, infatti, un metodo obbligatorio e non eludibile di applicazione e concretizzazione del diritto, con la conseguenza che non sarebbe adeguatamente motivata e argomentata un'interpretazione puramente formalistica che volesse prescindere dal confronto con altri ordinamenti⁸⁴⁶.

⁸⁴⁶ ZOPPINI A., *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, p. 28; SULPASSO B., *Comparazione giuridica ed uniformazione delle legislazioni: le garanzie mobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 576 ss; AJANI G. - FRANCAVILLA D. - PASA B., *Diritto comparato, lezioni e materiali*, Torino, 2018.

Attraverso un uso dialettico della comparazione, l'analisi di ordinamenti oltreconfine ha lo scopo di suggerire all'interprete paradigmi di ragionamento giuridico che sfuggirebbero ad una lettura puramente interna del problema⁸⁴⁷.

A tal proposito, per la comparazione si scelgono dei Paesi selezionati sulla base di un duplice criterio: il primo, di tipo economico, riguarda il peso nell'economia globale del Paese e le prospettive di crescita; il secondo criterio, di tipo giuridico, riguarda la previsione negli ordinamenti prescelti di strumenti che limitano la garanzia patrimoniale o derogano al patto commissorio.

Il primo sistema oggetto di analisi comparata è, dunque, quello delle garanzie patrimoniali in Inghilterra e negli Stati Uniti. I due Paesi sono i principali esponenti dei sistemi di *common law* e si ritengono meritevoli di attenzione sia per la loro rilevanza economica e sia per le peculiarità giuridiche. Da quest'ultimo punto di vista, infatti, si ricorda che in materia di garanzie patrimoniali, in tali ordinamenti non vige il divieto di patto commissorio⁸⁴⁸.

Non solo, secondo gli indicatori adottati dalla Banca Mondiale, il sistema delle garanzie patrimoniali adottato nei Paesi di tradizione anglosassone si dimostra più efficiente rispetto al sistema dei Paesi di *civil law*⁸⁴⁹.

Inoltre, si profilano interessanti dal punto di vista comparatistico i contratti della finanza islamica e l'ordinamento cinese.

Dapprima si analizza il sistema della responsabilità patrimoniale nella finanza islamica poiché è emerso che i relativi principi favoriscono un'economia etica che dagli anni Settanta ad oggi è cresciuta in modo

⁸⁴⁷ SMORTO G., *L'uso giurisprudenziale della comparazione*, in *Europa e diritto privato*, 2010, p. 223.

⁸⁴⁸ LUMINOSO A., *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, cit., p. 30; MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., p. 296 e ss.

⁸⁴⁹ SICLARI D., *European Capital Markets Union e ordinamento nazionale*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2016, p. 481.

esponenziale⁸⁵⁰.

I principi della finanza islamica sono applicati dagli Stati ove vige la *sharī'a*, solo ad esempio: Marocco, Iran, Malesia, Arabia Saudita. Nella presente ricerca non si approfondirà il diritto positivo di ciascuno Stato, ma ci si sofferma in generale solo sui principi fondanti⁸⁵¹.

In seguito, l'ordinamento cinese si sceglie quale candidato per la comparazione per i seguenti motivi.

In primo luogo, la Cina è la seconda economia mondiale e si stima che entro il 2030 supererà anche l'economia degli Stati Uniti posizionandosi al primo posto⁸⁵²: interessa conoscere, quindi, le scelte giuridiche che negli scambi commerciali, economici e privati consentano una rapida realizzazione del credito e favoriscano la crescita economica.

In secondo luogo, dal punto di vista strettamente giuridico, l'ordinamento cinese condivide una matrice romanistica e il nuovo Codice civile del 2020 introduce una disciplina dettagliata delle garanzie reali prevedendo espressamente il patto marciano in via generalizzata⁸⁵³.

Infine, la ricerca si sofferma brevemente sulle discipline di alcuni Stati Europei quali Francia, Spagna e Germania. I Paesi selezionati per la comparazione sono stati individuati in base al loro importante peso economico nell'Unione e, dal punto di vista giuridico, si riscontra nel sistema

⁸⁵⁰ BIANCONE P.P., *Il bilancio della banca islamica e la rappresentazione dei principali contratti finanziari*, Milano, 2012, p. 13.

⁸⁵¹ KETTEL B., *Introduction to Islamic Banking and Finance*, Chichester, 2011, p. 33; ALVARO S., *La finanza islamica nel contesto giuridico ed economico italiano*, in *Quaderni giuridici* a cura della CONSOB, 2014, n° 6.

⁸⁵² *Standard Chartered Report*, 2018 in www.sc.com.

⁸⁵³ Dapprima contenuta nella Legge sui diritti reali della Repubblica Popolare Cinese, approvata e promulgata il 16 marzo 2007 durante la V sessione della X Assemblea Popolare Nazionale con Decreto n. 60 del Presidente della Repubblica Popolare Cinese, in vigore dal 1° ottobre 2007: Consiglio Nazionale Del Notariato, *Studio 5-2007/A, La Legge cinese sul diritto di proprietà, Approvato dalla Commissione Affari Europei e Internazionali*, 6 novembre 2007. Il nuovo Codice civile è entrato in vigore dal 1° gennaio 2021.

delle garanzie patrimoniali un temperamento al divieto di patto commissorio e ampio spazio all'autonomia negoziale.

Il dato comparatistico permette di comprendere il valore sistematico delle normative introdotte nell'ordinamento italiano che, direttamente o indirettamente, incidono sulla garanzia patrimoniale generica e sul divieto di patto commissorio, derogandolo o, addirittura, implicitamente disapplicandolo.

Non solo, la ricerca valuta come la disciplina sulle garanzie patrimoniali e la presenza o meno del divieto del patto commissorio negli altri Paesi possa essere uno spunto per l'ordinamento italiano al fine di superare le attuali criticità per la tutela del credito.

2. Il *common law*

Nello studio degli istituti elaborati nei Paesi anglo-americani sono ormai nozioni acquisite per il giurista continentale le origini del *common law* e le sue note essenziali: la giurisprudenza quale principale fonte del diritto, con un ridotto intervento del diritto legislativo (*statute law*); l'obbligatorietà del principio dello *stare decisis* a partire dalla metà del XIX secolo; la mancanza di codificazioni generali; l'assenza della recezione del diritto romano, salvo influenze su opere dottrinali; la formazione pratica del giurista di *common law* rispetto ad una formazione prettamente universitaria del giurista di *civil law*; la selezione dei giudici fra i migliori avvocati superiori, i *barrister*; il pubblico ministero eletto dal popolo; il ridotto ruolo della dottrina giuridica universitaria nella formazione del diritto⁸⁵⁴.

In generale, questi sono i tratti caratterizzanti i Paesi di *common law* e gli elementi fondanti del sistema inglese sono diventati la base giuridica di altri Paesi del *Commonwealth* di matrice anglosassone. In particolare, tra i più

⁸⁵⁴ Per un'analisi sulla storia della codificazione: TARELLO G., *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 2003.

importanti, l’Australia, la Nuova Zelanda, il Canada ad esclusione del Québec, e gli Stati Uniti ad eccezione della Louisiana⁸⁵⁵.

Nonostante la comunanza delle origini, comunque, permangono alcune differenze sostanziali all’interno degli ordinamenti giuridici degli Stati di *Commonwealth*. Ai fini della presente ricerca, ci si sofferma dapprima sul sistema giuridico inglese e, in seguito, sul sistema americano.

Con maggior precisione, il *common law* dell’Inghilterra e del Galles è il riferimento della ricerca, il sistema giuridico predominante nel Regno Unito. L’ordinamento giuridico scozzese e quello nordirlandese sono due sistemi giuridici indipendenti, con principi generali in comune, ma con regole e legislazione proprie⁸⁵⁶.

Prima di entrare nel merito dell’analisi, è importante delineare per sommi capi le caratteristiche generali del sistema giuridico del *common law* inglese, da cui l’ordinamento americano trae parimenti le sue radici.

A tal fine, è interessante è una breve premessa storica. L’ordinamento giuridico di matrice anglosassone si è sviluppato in Gran Bretagna dopo l’invasione dei Normanni, nel periodo iniziale del primo millennio⁸⁵⁷. In origine, prima dell’instaurazione del feudalesimo e del compiuto rapporto di vassallaggio tra il Re e i *lords*, il sistema era governato da primitive consuetudini locali, non scritte e sovente applicate in maniera arbitraria⁸⁵⁸.

⁸⁵⁵ Sul punto: EISENBERG M. A., *The nature of common law*, Harvard, 1991; VARANO V. – BARSOTTI V., *La tradizione giuridica occidentale*, Torino, 2014.

⁸⁵⁶ HELLER K. J. – DUBBER M.D., *The handbook of comparative criminal law*, Stanford, 2011, p. 532. Tra le giurisdizioni minori del Regno Unito si ricordano anche quella del Jersey e del Guernsey.

⁸⁵⁷ GAMBARO A. – SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2008, p. 48.

⁸⁵⁸ I processi si svolgevano generalmente davanti ad assemblee pubbliche (*moots*), che vagliavano le opposte ragioni dei contendenti. Per risolvere le controversie si faceva largo ricorso ad istituti, come il giuramento e l’ordalia. Sul punto: ROSHIER B. – TEFF H., *Law and society in England*, Londra, 1980; MILSOM S. F. C., *Historical foundations of the Common law*, Londra, 1981, p. 42; BAKER J. H., *Introduction to English legal history*, Londra, 1989, p. 67 e *The Common law tradition*, Londra, 2000.

In seguito, il termine *common law* veniva utilizzato per riferirsi alle decisioni giurisprudenziali e alle consuetudini giuridiche, applicate dalle *royal courts*, che si moltiplicavano dopo la conquista normanna⁸⁵⁹. Progressivamente, le decisioni delle corti regie si sostituivano alle precedenti consuetudini e iniziarono ad essere catalogate in *reports*, inserite in appositi registri e successivamente pubblicate⁸⁶⁰.

In questo modo si sviluppò il sistema del precedente giurisprudenziale: i *dicta* contenuti nelle sentenze sono tuttora utilizzati dai giudici per sostenere e legittimare la loro decisione; il sistema si è consolidato nel Diciannovesimo secolo con la diffusione di *law reports* affidabili, ossia una raccolta di casi giurisprudenziali che consentono una ricerca attendibile dei precedenti applicabili⁸⁶¹.

È questo uno degli elementi distintivi e più importanti del sistema giuridico inglese: il ragionamento e le motivazioni posti a fondamento di una sentenza, non sono semplicemente considerati con rispetto giuridico o come una guida al pari delle massime giurisprudenziali, possono, invece, essere vincolanti, assumendo valore legale, per i casi simili e futuri, davanti alle corti che vi si dovranno conformare⁸⁶². Questo meccanismo è retto dal principio

⁸⁵⁹ Ad opera di Guglielmo il Conquistatore nel 1066 con la battaglia di Hastings. GAMBARO A. – SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 97.

⁸⁶⁰ BAILEY S. H. – CHING J. – TAYLOR W., *Modern English legal system*, Londra, 2002, p. 2.

⁸⁶¹ SALTER D. – MOODIE P. – LYNCH B., *Exploring the law: the dynamics of the precedent and statutory interpretation*, Londra, 2004, p. 3; BAILEY S. H. – J. CHING – W. TAYLOR, *Modern English legal system*, cit., p. 477.

⁸⁶² Sul punto: CROSS R. – HARRIS J. W., *Precedent in English Law*, Londra, 1991; SALTER D. – P. MOODIE – B. LYNCH, *Exploring the law: the dynamics of the precedent and statutory interpretation*, Londra, 2004, p. 3; DERBYSHIRE P., *English legal system*, Londra, 2004, p. 24; GAMBARO A. – SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 112; INGMAN T., *The English legal process*, Oxford, 2005, p. 329; ALLEN K., *Law in making*, Oxford, 1958. La *ratio decidendi* è stata definita da Sir Rupert Cross nella sua opera *Precedent in English Law* come “any rule of law expressly or impliedly treated by the judge as a necessary step in reaching his conclusions, having regard to the line of reasoning adopted by him, or a necessary

dello *stare rationibus decidendis*, conosciuto come *stare decisis*: in pratica, quando una Corte emette una sentenza con un principio giuridico su un determinato caso, le corti di pari grado o inferiori devono conformarsi alla precedente decisione, se il caso di specie è simile a quello su cui verte la sentenza⁸⁶³.

Diversamente, la “legge” inglese nel suo complesso si è sviluppata gradualmente e ciò che rileva sottolineare in primo luogo, è la totale mancanza di una Costituzione britannica scritta⁸⁶⁴ e la mancanza dei codici nell’ordinamento giuridico⁸⁶⁵. Dunque, le principali fonti del *common law* inglese sono la legge non scritta (*unwritten law*) e la legislazione parlamentare (*legislation*): la prima è composta dal *common law* e dall’*equity*, la seconda dagli *Acts* e *Statutes* del parlamento inglese (termini tra loro sinonimi)⁸⁶⁶.

Si è detto dell’essenza del *common law*, il precedente giurisprudenziale è effettiva fonte di legge che vincola i giudici nelle loro decisioni sulla base dello *stare decisis et non quieta movere*⁸⁶⁷. Oggi questa fonte è conosciuta anche come *case law* ed è la fonte più diffusa dell’ordinamento britannico⁸⁶⁸. Tutte le decisioni giurisprudenziali sono contenute in *law reports*, pubblicati

part of his direction to the jury”. La *ratio decidendi* deve essere distinta dall’*obiter dicta* che sono le statuizioni non necessarie per la decisione del caso nella sentenza.

⁸⁶³ HOLLAND J.A. - J.S. WEBB, *Learning legal rules*, Oxford, 2008, p. 123.

⁸⁶⁴ La mancanza di una costituzione scritta è collegata alla mancanza di una concezione di “Stato”. Sul punto: CASSANESE, *Lo stato come problema storico*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2013, p. 183.

⁸⁶⁵ REIMANN M. – R. ZIMMERMANN, *The Oxford handbook of comparative law*, Oxford, 2007.

⁸⁶⁶ Sul punto: FRADDOSIO M., *English for lawyers*, Napoli, 2012; BAILEY S. H. – CHING J. – TAYLOR W., *Modern English legal system*, cit., p. 295; HOLLAND J.A. - WEBB J.S., *Learning legal rules*, cit., p. 182.

⁸⁶⁷ HUXLEY BINNS R., *English legal method*, Londra, 2001, p. 49.

⁸⁶⁸ Per un approfondimento: BAILEY S. H. – CHING J. – TAYLOR W., *Modern English legal system*, cit., p. 483; GOODRICH P., *Reading the law*, Oxford, 1986.

annualmente dall'*Incorporated Council of Law reporting*⁸⁶⁹.

La seconda fonte del diritto non scritta è costituita dall'*equity*⁸⁷⁰: si può definire come un sistema di principi dottrinali assunti al rango di fonte legale. È un sistema inaugurato nel XV sec. dal cancelliere della Corte per tutti i casi in cui non vi era un rimedio legale al caso di specie e successivamente sviluppatosi per supplire alla rigidità del *common law*. Storicamente, la giustizia era amministrata dai giudici, ma il cancelliere era considerato il detentore della coscienza del Re e, quindi, se riteneva che un caso non fosse stato deciso equamente, poteva disapplicare il precedente e definire la controversia attraverso l'*equity*. Lo scopo era quello di garantire l'imparzialità nel giudizio: oggi molte regole legislative nei paesi di *common law* derivano esattamente da questa tradizione giuridica⁸⁷¹.

Mentre i principi giuridici si trovano principalmente nel *common law* e nell'*equity*, la legislazione dettagliata è contenuta nella *Statute law* o *Acts of Parliament*⁸⁷², ovvero il complesso di norme promulgate dal parlamento inglese (composto dalla Regina, dalla *House of Lords* e dalla *House of Commons*)⁸⁷³. La legge parlamentare è la fonte primaria dell'ordinamento,

⁸⁶⁹ È la fonte più autorevole riconosciuta in Inghilterra ed è utilizzata da studenti, insegnanti, avvocati, giudici e giornalisti. Prima dei *law reports*, a partire dal 1300 studiosi privati compilavano i cosiddetti *Years Book*, opere che trattavano di diritto, non però nel senso di vere opere dottrinali, la dottrina del *common law* nel periodo iniziale era praticamente inesistente. Con l'evoluzione della stampa, vennero pubblicati e si diffusero i *book* nominativi, tra i più famosi si ricordano quelli di Plowden, Coke e Caryll. Sul punto: GAMBARO A. – SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 50. Si consulti il sito ufficiale: www.iclr.co.uk.

⁸⁷⁰ Il termine più che con "equità" si può tradurre con il sostantivo "giustizia". Sul punto: REIMANN M. – ZIMMERMANN R., *The Oxford handbook of comparative law*, cit.; ALLEN K., *Law in making*, Oxford, 1958.

⁸⁷¹ PETCH S., *Law, Equity, and Conscience in Victorian England*, in *Victorian Literature and Culture*, 1997, p. 123.

⁸⁷² Il termine si traduce con "atti del parlamento" che corrispondono alla legge ordinaria dei sistemi di *civil law*. DERBYSHIRE P., *English legal system*, cit., p. 13; MARTYN J. – MUSSON A., *From the judge's arbitrium to the legality principle*, Berlin, 2013, p. 33.

⁸⁷³ HUXLEY BINNS R., *English legal method*, cit., p. 33.

prevale sulle consuetudini, sui precedenti giurisprudenziali⁸⁷⁴ : nel procedimento di formazione della legge, la prima bozza è contenuta nel *Bills*, deve essere approvato dalle camere, ricevere l'approvazione del monarca⁸⁷⁵ e, come accade negli ordinamenti di *civil law*, anche per la legislazione anglosassone vi sono precise regole interpretative da seguire per applicare la legge⁸⁷⁶.

Ciò chiarito, si rimanda ad altre letture l'approfondimento del sistema giudiziario inglese⁸⁷⁷. Quel che preme ora evidenziare, prima di entrare in *medias res*, sono invece le peculiarità del sistema giuridico americano il quale, seppure derivante da quello inglese, viene ormai trattato in autonomia⁸⁷⁸.

In primo luogo, infatti, gli Stati Uniti dispongono di una Costituzione scritta sin dal 1787. Essa rappresenta sia la fonte di legittimazione dell'ordinamento giuridico che la "norma effettivamente superiore" alle altre norme del sistema⁸⁷⁹. Gli articoli originari sono sette, cui si sono aggiunti nel corso del tempo ventisette emendamenti, dei quali i primi dieci costituiscono il *Bill of Rights*, ossia la carta dei diritti fondamentali. Trattasi di una Costituzione rigida che assurge a paradigma interpretativo delle leggi statali e federali e funge da fattore unificante tra i diversi Stati.

Altri elementi unificanti e caratteristici del *common law* americano sono la presenza delle *law schools* e la conseguente importanza del formante dottrinale.

⁸⁷⁴ Sul punto: BENNION F.A.R., *Statute law*, Londra, 1999, p. 83; dello stesso autore, *Understanding common law legislation*, Londra, 2001.

⁸⁷⁵ HUXLEY BINNS R., *English legal method*, Londra, 2001, p. 33.

⁸⁷⁶ DERBYSHIRE P., *English legal system*, cit., p. 19: le regole generali per l'interpretazione degli *Statutes* sono la *Literal Rule*, la *Golden Rule* e la *Mischief Rule*. Sul punto anche: HUXLEY BINNS R., *English legal method*, cit., p. 79.

⁸⁷⁷ Per un sunto: VARANO V. – BARSOTTI V., *La tradizione giuridica occidentale*, Torino, 2014.

⁸⁷⁸ VARANO V. – BARSOTTI V., *La tradizione giuridica occidentale*, cit., p. 265.

⁸⁷⁹ ROMEO G., *La teoria delle fonti e il posto della costituzione nella cultura giuridica di common law*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2019, p. 1069.

Diversamente, infatti, in Inghilterra, le università svolgono un ruolo piuttosto modesto nella formazione del giurista così come la dottrina svolge un ruolo di secondo piano rispetto al giudice che continua a poter essere considerato la figura dominante di quell'ordinamento⁸⁸⁰.

Negli Stati Uniti, invece, l'università non ha avuto concorrenti nell'esperienza giuridica e l'importanza dell'accademia ha lasciato tracce notevoli anche sullo stile delle sentenze americane, che sono simili agli articoli pubblicati sulle riviste giuridiche, correlate di ampie note e riferimenti bibliografici. Inoltre, i giudici delle corti superiori sono spesso reclutati tra i docenti⁸⁸¹.

Parimenti, negli Stati Uniti, la regola dello *stare decisis* ha un'efficacia meno pregnante che nel Regno Unito. Difatti, negli Stati Uniti le decisioni vincolano senz'altro le corti inferiori appartenenti alla medesima giurisdizione, ma le differenze sussistono invece in considerazione della portata orizzontale del precedente⁸⁸².

La Corte suprema federale, diversamente dall'*House of Lords*, dovendo interpretare una costituzione scritta, rigida e composta da clausole piuttosto indeterminate, ha sviluppato un approccio ermeneutico di tipo teleologico, adeguando così la lettera della carta allo spirito dei tempi⁸⁸³.

Introdotta così brevemente l'essenza del diritto di *common law*, risulta più agevole comprendere gli istituti riguardanti la responsabilità patrimoniale in tali ordinamenti.

2.1 Le garanzie reali nel *common law*: *mortgage* e *charge*

Nell'ambito del *common law* l'espressione "diritti reali" non trova un

⁸⁸⁰ MATTEI U. – ARIANI E., *Il modello di "Common law"*, Torino, 2018, p. 119 e ss

⁸⁸¹ *Ibidem*.

⁸⁸² *Ibidem*.

⁸⁸³ *Ibidem*.

corrispondente preciso in lingua inglese e “i tentativi di traduzione letterale naufragano nell’incomprensione dei *common lawyers* per i quali la locuzione *real rights* non ha un significato”⁸⁸⁴.

Diversamente, l’espressione corrispondente alla categoria romanistica dei diritti reali è quella di *property law*⁸⁸⁵.

Per quanto concerne la disciplina delle garanzie reali nel *common law*, l’indagine si sofferma sugli istituti classici adoperati nell’ordinamento inglese quali il *mortgage* e il *charge*.

Per quanto riguarda l’ordinamento statunitense, invece, la ricerca analizza una peculiare tecnica di garanzia reale con separazione patrimoniale, il cd *non recourse financing*, adoperato solo oltreoceano e sconosciuto all’ordinamento inglese.

Ciò premesso, dunque, l’Inghilterra conosce diversi tipi di garanzie reali che sono suddivisibili in due macrocategorie: le garanzie reali di fonte contrattuale, *consensual*, tra cui il *mortgage*, il *charge*, il *pledge* e il *contractual lien*; le garanzie con fonte legale, “*by operation of law*”, come il *lien*⁸⁸⁶.

Le garanzie di fonte contrattuale, come avviene nell’ordinamento italiano, si distinguono tra *real* e *personal securities*; le seconde essenzialmente consistono nei *contracts of guarantee*, assimilabili alla fideiussione.

L’indagine si sofferma sui soli modelli di garanzie patrimoniali e tra queste si classificano:

1. il *pledge*, assimilabile all’istituto del pegno in quanto può essere costituito su beni mobili, merci e documenti rappresentativi delle stesse, ma non sugli ordinari contratti scritti e si costituisce mediante il trasferimento del

⁸⁸⁴ GAMBARO A. – SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2008, p. 112.

⁸⁸⁵ ALPA G. - FUSARO A., *Le metamorfosi del diritto di proprietà*, in *I nuovi confini del diritto privato*, Anteza, 2011, p. 45.

⁸⁸⁶ BRUNI G., *La garanzia “fluttuante” nell’esperienza giuridica inglese e italiana*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1986, I, p. 692.

possesso;

2. il *contractual lien*, che rappresenta una forma attenuata di *pledge*, in quanto il relativo contratto limita il diritto del *lienee* di trattenere il bene in possesso a garanzia del pagamento, non conferendogli il diritto di vendere il bene stesso per soddisfarsi sul ricavato;

3. il *mortgage*, che può essere costituito su ogni tipo di bene (mobile o immobile), non richiede la consegna del bene per la sua costituzione ed è equiparabile solo dal punto di vista funzionale all'ipoteca di diritto continentale, nonostante possa avere ad oggetto anche beni mobili;

4. il *charge*, quale garanzia reale non possessoria, è costituito mediante un accordo fra il debitore ed il creditore con il quale determinati beni, categorie di beni o l'intera azienda sociale vengono destinati alla soddisfazione del debito con priorità rispetto ai creditori chirografari, i cd *unsecured o general creditors*. Si tratta di una forma di garanzia propria delle *companies*, assimilabile al pegno non possessorio introdotto di recente nell'ordinamento italiano⁸⁸⁷.

Ai fini della ricerca, si analizzano in particolare il *mortgage* e il *charge*.

Il *mortgage* rappresenta la principale forma di garanzia inglese, è molto antica e le sue caratteristiche sono state progressivamente definite ad opera di un intreccio tra il formante giurisprudenziale di *common law* e quello di *equity*. Quest'ultima, in particolare, ha avuto il merito di modernizzarne la struttura e il campo operativo dell'istituto, stemperando le rigide regole applicative di *common law*⁸⁸⁸.

Un primo riassetto delle regole vigenti è avvenuto ad opera del *Law of Property Act* del 1925, tuttora in vigore⁸⁸⁹. Il *Land Registration Act* del 1925

⁸⁸⁷ GOODE R. - GULLIFER L., *Legal problems of credit and security*, Sweet & Maxwell, 2013, pp. 10 ss.

⁸⁸⁸ FIORENTINI F., *Il mortgage immobiliare nel diritto inglese, in I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, a cura della Fondazione italiana del Notariato, maggio 2016.

⁸⁸⁹ BURN E., CARTWRIGHT J., *Modern law of real property*, Oxford, 2011, p. 8.

ha, invece, introdotto le prime tecniche di pubblicità immobiliare in Inghilterra, attraverso la regola dell'obbligatorietà della pubblicità, ma limitatamente alle zone di "registered land" così generando una frammentazione della disciplina a livello territoriale⁸⁹⁰. Il regime pubblicitario previsto dal *Land Registration Act* del 1925, inoltre, aveva effetto meramente dichiarativo e non costitutivo, con il solo fine di garantire l'opponibilità ai terzi della garanzia e della prelazione⁸⁹¹.

In seguito, a partire dagli anni Novanta, in via graduale, l'intero territorio dell'Inghilterra e del Galles è stato assoggettato al regime di registrazione obbligatoria dei diritti immobiliari e solo dal 1998, tale previsione è stata estesa anche ai trasferimenti *mortis causa* ed alle donazioni⁸⁹².

Da ultimo, il *Land Registration Act* del 2002, in vigore dal 13 ottobre 2003, predispone un sistema di conclusione dei *mortgages* e delle conseguenti costituzioni di garanzia digitale, con effetti di pubblicità costitutiva⁸⁹³.

Dunque, la legislazione vigente prevede che la garanzia reale sorga mediante la costituzione da parte del debitore di un *term of years* a favore del creditore, ovvero di un diritto reale sul bene condizionato dal punto di vista temporale⁸⁹⁴. In tale fattispecie, la proprietà del bene (*legal estate*) concesso in garanzia (il *fee simple*) rimane in capo al debitore intesa come il potere previsto dalle norme di *common law*, di disporre di un bene in maniera transitoria o permanente⁸⁹⁵.

⁸⁹⁰ PICARDI N., *Pubblicità immobiliare*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXV, 1991, p. 5.

⁸⁹¹ FIORENTINI F., *Il mortgage immobiliare nel diritto inglese*, cit.

⁸⁹² *Land Registration Act* 1997, Section 1 in *legislation.gov.uk*.

⁸⁹³ MARKS S., *The Land Registration Act*, in *New Law Journal*, 5 April 2002, 152(492), p. 1.

⁸⁹⁴ FIORENTINI F., *Le garanzie immobiliari in Europa. Studio di diritto comparato*, Napoli, 2009, p. 184.

⁸⁹⁵ DE FRANCHIS F., *Dizionario Giuridico Inglese-Italiano*, Milano, 1984, p. 1025: in virtù di questa previsione, che rappresenta la più significativa innovazione introdotta ad opera del *Law Property Act* tanto da inaugurare la cosiddetta età moderna del *mortgage*, non si ha più il trasferimento del *legal estate* al creditore con la conseguente configurazione di una forma ibrida di proprietà-garanzia che

Prima della riforma, invece, si assisteva ad una sorta di fiducia germanistica: formalmente si attribuiva un diritto reale sul bene al creditore in virtù delle regole di *common law*, il *legal estate* era trasferito al creditore garantito (*mortgagee*), mentre al debitore concedente (*mortgagor*) restava solo un *estate qua possession*⁸⁹⁶. Sotto il profilo sostanziale, ossia in *equity*, il debitore era considerato quale il vero titolare dell'*estate* sul bene ossia della proprietà su di esso, attraverso il riconoscimento a suo favore di un diritto equitativo noto come *equity of redemption*⁸⁹⁷.

Ciò chiarito, all'interno della regolamentazione del *mortgage*, la tradizione distingue tra il *legal* ed *equitable mortgage*. A queste due forme di *mortgage*, la legislazione più recente ha disciplinato anche il *mortgage* consumeristico e il *lifetime mortgage*.

Con riguardo al *legal mortgage*, si fa riferimento all'istituto previsto e consolidato nella secolare tradizione di *common law*, lo schema disegnato dal *Land of Property Act* del 1925 lo suddivide in due fattispecie in base all'oggetto su cui il *mortgage* è costituito: a) *freehold*, inteso come il diritto di possedere ed utilizzare un bene immobiliare senza limiti di tempo⁸⁹⁸; b) oppure su un *leasehold*, con durata determinata.

Nel primo caso, la costituzione della garanzia avviene mediante la previsione di un *term of years absolute*, generalmente di 3000 anni, risolutivamente condizionato all'inadempimento del debitore e paragonabile alla creazione di un diritto reale di garanzia sul bene immobile propria dei

caratterizzava il sistema britannico prima del 1925, ma piuttosto la permanenza del diritto sul bene in capo al debitore concedente, con un avvicinamento del *mortgage* alla figura dell'ipoteca.

⁸⁹⁶ FIORENTINI F., *Il mortgage immobiliare nel diritto inglese, in I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, a cura della Fondazione italiana del Notariato, maggio 2016.

⁸⁹⁷ TURNER R. W., *The Equity of Redemption*, Cambridge, 2013, p. VII e ss.

⁸⁹⁸ www.dictionary.cambridge.org/it/dizionario/inglese/freehold.

sistemi di *civil law*⁸⁹⁹.

L'accordo volto alla creazione del *mortgage* ha natura contrattuale. Solitamente esso è inserito in un unico documento che contiene sia un accordo del creditore volto a concedere finanziamento al debitore (il contratto di garanzia), sia un atto formale (*deed*) che è il vero atto costitutivo del *mortgage*⁹⁰⁰. In quest'ultimo documento, si stabilisce un termine contrattuale entro il quale il debitore può saldare l'obbligazione garantita e ha il diritto *at law* di riscattare il bene vincolato (*contractual right to redeem*). Tuttavia, la prassi commerciale consolidata in materia ha fissato un termine di riscatto di soli sei mesi dalla costituzione del *mortgage* a fronte della costituzione di un diritto sul bene gravato per 3000 anni. Per questa ragione, dato che nella maggioranza dei casi l'adempimento dell'obbligazione garantita avverrà ben dopo il termine legale di sei mesi, si applica il suddetto "*equitable right to redeem*"⁹⁰¹.

Per quanto riguarda la seconda fattispecie, ossia il *legal mortgage* su un *leasehold*, in seguito all'entrata in vigore del *Land of Property Act* del 1925, la costituzione avviene non più tramite il trasferimento del diritto dal debitore al creditore garantito, ma mediante un *sublease* che conferisce un diritto reale temporaneo su cui graverà un *term of years*⁹⁰².

Da ultimo, tra le varie tipologie di *mortgage*, è utile riportare che il *Land of Property Act* del 1925 introduce una nuova figura di *legal mortgage*: il *charge expressed to be by way of legal mortgage* o "*legal mortgage by charge*". Anche questa fattispecie potrà avere ad oggetto sia un *freehold* sia

⁸⁹⁹ LPA 1925, s. 85 (1) «a demise for a term of years absolute, subject to a provision for cesser on redemption». Si veda: FIORENTINI F., *Il mortgage immobiliare nel diritto inglese*, cit.

⁹⁰⁰ *Ibidem*.

⁹⁰¹ TURNER R. W., *The Equity of Redemption*, cit., p. 24.

⁹⁰² COUSINS E., *Law of Mortgages*, Sweet & Maxwell, 2017; *Land of Property Act* 1925, section 86: in tal caso, tuttavia, la temporaneità propria del *leasehold* comporta che il *term of years* abbia durata inferiore almeno di un giorno rispetto al termine del *leasehold* stesso.

un *leasehold* e parimenti, la garanzia è costituita mediante atto scritto (*deed*).

Tale tipologia di *mortgage* è utilizzata nella prassi imprenditoriale dal momento che il suo atto costitutivo ha una struttura più snella, consentendo di apporre la garanzia su un *leasehold* e su un *freehold* in un unico documento⁹⁰³.

In seguito all'entrata in vigore del *Land Registration Act* del 2002, il *legal mortgage by charge* appare destinato a sostituire progressivamente il *legal mortgage*, avvicinando il sistema delle garanzie immobiliari inglese a quello continentale⁹⁰⁴.

Il *charge*, infatti, si costituisce mediante la registrazione del vincolo reale a garanzia di un'obbligazione creditoria. Così come avviene nei sistemi di *civil law*, anche in Inghilterra oggi l'ordine dei *registered charges* è dato da quello della loro registrazione e non da quello della loro costituzione⁹⁰⁵.

Prima del *Land Registration Act* del 2002, invece, l'iscrizione determinava l'opponibilità *erga omnes* della garanzia immobiliare, ma non la sua validità: prima dell'adempimento pubblicitario il *mortgage* aveva effetto solo in *equity*. Per questa ragione, a meno che la garanzia non fosse correlata da una particolare annotazione chiamata "*caution*", si veniva a costituire un *equitable charge* senza registrazione i cui effetti rischiavano di essere pregiudicati dalle registrazioni successive alla sua costituzione⁹⁰⁶.

Analizzando ora la seconda tipologia di *mortgage*, l'*equitable mortgage* nasce nel diritto inglese a seguito di interventi giurisprudenziali delle *Chancery Courts* volti a temperare la rigidità del *common law* in materia, così come è avvenuto in altri settori. In particolare, è il risultato dell'evoluzione di una forma di *mortgage* che comportava l'intervento del Cancelliere ogni volta

⁹⁰³ FIORENTINI F., *Il mortgage immobiliare nel diritto inglese*, cit.

⁹⁰⁴ FIORENTINI F., *Il mortgage immobiliare nel diritto inglese*, cit.

⁹⁰⁵ HARPUM C. – BIGNELL J., *Registered Land. Law and practice under the Land Registration Act 2002*, Jordans, 2004, p. 171.

⁹⁰⁶ PICARDI N., *Pubblicità immobiliare, sistemi di diritto comparato e straniero*, in *Encl. Giur. Treccani*, XXV, 1991, pp. 2 ss.

in cui il creditore soddisfatto si rifiutasse di ritrasferire il bene oggetto di garanzia al proprio debitore⁹⁰⁷.

All'interno di questa figura, occorre distinguere l'*equitable mortgage* avente ad oggetto un *legal estate*, in cui il diritto reale sul bene da parte del creditore è sancito dalle norme di *common law*, da quello avente ad oggetto un *equitable estate*, in cui tale diritto è stabilito in via equitativa⁹⁰⁸.

Come anticipato, anche l'Inghilterra conosce altre forme peculiari di garanzie reali di recente introduzione, quali il *mortgage* consumeristico e il *lifetime mortgage*.

Il *mortgage* consumeristico è disciplinato dal *Consumer Credit Act* del 1974 il quale prevede l'obbligo di fornire una serie di diritti di informazione a favore dei consumatori che stipulano contratti di credito con un professionista.

La Parte VIII di tale *Act* è dedicata alle *Securities* e prevede disposizioni generali⁹⁰⁹, applicabili alle garanzie in generale, personali e reali, mobiliari e immobiliari, ma anche disposizioni specifiche dedicate ai *mortgage* immobiliari⁹¹⁰.

La disposizione dedicata ai *mortgage* immobiliari stipulati dai mutuatari consumatori prevede che la realizzazione della garanzia dovrà avvenire

⁹⁰⁷ HOLDWORTH W., *An historical introduction to the land law*, Oxford, 1927, pp. 50 ss.

⁹⁰⁸ MEGARRY R. - WADE W., *The Law of real property*, Sweet & Maxwell, 2000, p. 124 e ss: si ha un *equitable mortgage* su un *legal estate* ogni volta in cui sia stato stipulato un valido contratto di garanzia immobiliare, ma le parti non abbiano osservato tutte le formalità necessarie per la conclusione di un *legal mortgage* oppure quando le parti dimostrino l'intenzione di creare un *mortgage*, ma deliberatamente o accidentalmente non adempiano alle suddette formalità. L'*equitable mortgage* su un *equitable estate*, invece, può essere creato accidentalmente, qualora il debitore supponga di costituire un *legal mortgage* su un *legal estate*, ma in realtà non sia titolare di alcun *legal estate*, oppure, volontariamente, nel caso in cui l'*equitable estate* sia ceduto al creditore garantito con patto di riscatto in seguito all'adempimento del debitore.

⁹⁰⁹ Sections 105 – 113 *Consumer Credit Act* 1974.

⁹¹⁰ Section 126 *Consumer Credit Act* 1974.

esclusivamente sulla base di un ordine giudiziale, in deroga pertanto rispetto a ciò che avviene regolarmente, di cui a breve, in cui la realizzazione della garanzia immobiliare avviene *out of court*⁹¹¹.

Da ultimo, l'ordinamento inglese conosce da tempo il *lifetime mortgage* (o *reverse mortgage* nel diritto statunitense) cui l'ordinamento italiano si è ispirato nel disciplinare il prestito vitalizio ipotecario già esaminato.

Tale prestito, come si è visto, permette al consumatore con età superiore ai 55 anni di ottenere un finanziamento, la cui entità sarà parametrata all'età del beneficiario e al tasso di interessi applicato, a fronte della costituzione di una garanzia reale immobiliare su un immobile di sua proprietà ove ha la residenza e su cui il creditore potrà direttamente soddisfarsi in caso di inadempimento⁹¹².

L'istituto è riconducibile alla più generale categoria degli *equity releases* e per questo è gestito nella prassi dall'*Equity Release Council*⁹¹³.

Alla stessa categoria appartiene anche la figura dell'*Home reversion plan*. Rispetto al *lifetime mortgage*, nell'*Home reversion* però il debitore trasferisce al mutuante la proprietà dell'abitazione o una sua quota e mantiene il diritto di godimento fino al suo decesso o al decorso di un certo periodo di tempo⁹¹⁴.

Terminata l'analisi dell'istituto del *mortgage*, tra le garanzie mobiliari si esamina il *charge*. Tale istituto consiste in una garanzia non possessoria e si distingue tra *floating* e *fixed charge*.⁹¹⁵

Il *floating charge* rappresenta una garanzia tipica, di natura non possessoria, riservata alle società di capitali ed avente ad oggetto la stessa

⁹¹¹ Section 126 Consumer Credit Act 1974.

⁹¹² FUSARO A., *Il prestito vitalizio ipotecario in prospettiva comparatistica*, in *Notariato*, 2017, 2, pp. 114-122.

⁹¹³ www.ageuk.org.uk

⁹¹⁴ FUSARO A., *Il prestito vitalizio ipotecario in prospettiva comparatistica*, cit., pp. 114-122.

⁹¹⁵ BRUNI G., *La garanzia "fluttuante" nell'esperienza giuridica inglese italiana*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1986, I, p. 692.

azienda sociale oppure un complesso di beni, quali, ad esempio, il magazzino e i macchinari⁹¹⁶. Chiaramente, anche questo istituto ha ispirato il legislatore italiano nel disciplinare il pegno non possessorio di cui all'art. 1 d.l. 59 del 2016 già esaminato.

Dal punto di vista storico, la genesi di tale garanzia mobiliare risale al 1870 e, fino a quel momento, esistevano solo il *mortgage* e il *pledge*: il primo, si ricorda, nella sua versione anteriore al *Land of Property Act* del 1925 aveva ad oggetto beni immobili ed altri beni determinati, la cui proprietà veniva trasferita al creditore; il secondo, invece, aveva ad oggetto beni mobili, di cui il debitore rimaneva proprietario, ma il creditore ne acquisiva il possesso finché il credito non fosse stato ripagato, acquisendo il diritto di venderli in caso di inadempienza⁹¹⁷.

Una definizione dell'istituto viene fornita dal formante giurisprudenziale nel caso *Evans v. Rival Granite Quarries Ltd* del 1910, laddove si afferma: “*A floating charge is not a future security; it is a present security which presently affects all the assets of the company expressed to be included in it. A floating security is not a specific mortgage of the assets, plus a license of the mortgagor to dispose of them in the course of business, but is a floating mortgage applying to every item comprised in the security, but not specifically affecting any item until some act or event occurs or some act on the part of the mortgagee is done which causes it to crystallise into a fixed security*”⁹¹⁸.

Rispetto alla disciplina recepita in Italia, la caratteristica fondamentale del *floating charge* consiste nella sua natura di garanzia presente e non futura: essa insiste su beni indeterminati e continuamente sostituibili dal costituente, senza alcun effetto novativo. Pertanto, trattandosi di una garanzia non

⁹¹⁶ GOODE R., *Commercial law*, Butterworths, 1982, p. 786.

⁹¹⁷ FERRARI E., *I floating charges e le garanzie del credito all'impresa*, in *Riv. not.*, 1996, p. 1358.

⁹¹⁸ *Evans v. Rival Granite Quarries Ltd.*, in (1910) 2 K.B. 979, p. 999.

possessoria “fluttuante”, da una parte, si consente al debitore di continuare ad utilizzare i beni gravati da *charge* nella propria attività produttiva fino all’estinzione del credito o fino alla *crystallisation* e, dall’altra, si permette al creditore di aggredire eventualmente, proprio in caso di *crystallisation*, anche gli ulteriori beni che eventualmente siano entrati nel patrimonio del debitore in seguito alla costituzione della garanzia⁹¹⁹.

Attualmente, la regolamentazione della registrazione di tutti i *charges*, incluso quindi il *floating charge*, è contenuta nella Part XII del *Companies Act* del 1985⁹²⁰ (*sections 395/424*).

Si osserva che la legislazione inglese in materia si è essenzialmente concentrata nel disciplinare l’aspetto pubblicitario del *floating charge*, lasciando la più completa definizione dell’istituto alla giurisprudenza⁹²¹.

L’annotazione negli appositi *Registry* avrà ad oggetto la descrizione dei beni gravati, l’ammontare del debito garantito e l’identità dei creditori. Ad ogni modo, tale regime pubblicitario non incide sul rapporto tra creditore e debitore, validamente costituito a prescindere dalla registrazione della garanzia, ma solo nei confronti dei terzi.

Nel *fixed charge*, invece, il bene oggetto di garanzia, di cui il debitore non può disporre, è specifico e determinato o determinabile oppure futuro. In quest’ultimo caso, il creditore risulterà titolare di un *inchoate security interest*, in virtù del quale, con l’ingresso del bene nel patrimonio del debitore, la garanzia retroagirà al momento della sua costituzione⁹²².

In particolare, il *fixed charge* è stato definito come “l’appropriazione di un bene da parte del creditore ai fini dell’adempimento di un debito” per cui il creditore garantito diventa titolare del diritto di richiedere un ordine di

⁹¹⁹ DAVIES P., GOWER L., *Principles of modern company law*, Sweet & Maxwell, 1997, pp. 363 ss.

⁹²⁰ *Sections 395 – 424 Companies Act 1985*.

⁹²¹ CANDIAN A., *Le garanzie mobiliari. Modelli e problemi nella prospettiva europea*, Milano, 2001.

⁹²² GABRIELLI E., *Sulle garanzie rotative*, Milano, 1998, p. 22 e ss.

vendita del bene in sede giudiziaria per soddisfare la propria pretesa⁹²³.

I vantaggi del *fixed charge* per il creditore consistono nella possibilità di acquisire direttamente il diritto reale sul bene oggetto di garanzia, nell'acquisizione di una prelazione superiore rispetto a quella prevista in caso di *floating charge* e nella mancanza di registrazione, al di là di casi tassativamente previsti⁹²⁴.

Dunque, la principale differenza tra i due tipi di *charge* consiste nel fatto che il *floating charge* avrà ad oggetto beni strumentali all'attività d'impresa della società debitrice, su cui quest'ultima continuerà ad esercitare un pieno controllo nonostante la costituzione della garanzia. Al contrario, nel caso in cui il creditore disponga di poteri di controllo di tipo sostanziale sul bene dato in garanzia, si tratterà di *fixed charge*⁹²⁵.

Al ricorrere di determinate condizioni, è possibile per il creditore trasformare il *floating* in *fixed charge* tramite la cd *crystallisation*, ovvero l'istituto in base al quale, al ricorrere di determinate circostanze, la garanzia da "fluttuante" si trasforma in fissa, gravando su tutti i beni oggetto del vincolo. Essa rende inefficace qualunque atto di disposizione di tali beni posto in essere in seguito alla "cristallizzazione" e comporta che il debitore non possa più amministrare e gestire la propria attività imprenditoriale⁹²⁶.

La *crystallisation* è possibile al ricorrere di tre ipotesi: in caso di dismissione dell'attività produttiva, quale la liquidazione dell'impresa o la cessazione di fatto dell'attività imprenditoriale; in caso di intromissioni del creditore al fine di effettuare un controllo attivo sui beni gravati da garanzia; in caso di clausole consensualmente introdotte dalle parti nel contratto costitutivo di garanzia.

⁹²³ FISCHER W. - LIGHTWOOD J., *Law of Mortgage*, Butterworths Law, 2010, p. 4.

⁹²⁴ *Company Act* 1985, Section 396.

⁹²⁵ PISCITELLO P., *Le garanzie bancarie flottanti*, Bologna, 1999, pp. 18 ss.

⁹²⁶ DEAN R., *Automatic crystallisation of a floating charge*, in *Law Institute Journal*, 1984, pp. 842 ss.

Infine, si conclude la rassegna delle garanzie reali nel *common law* inglese accennando brevemente alla cd *Romalpa clause*, qualificata dalla giurisprudenza come un *charge*.

In particolare, con il termine *Romalpa clause* si intende una clausola contrattuale inserita in una compravendita, il cui scopo è assicurare il venditore contro il rischio del mancato pagamento una volta che le merci siano state consegnate all'acquirente, a prescindere dal fatto che esse abbiano mantenuto la loro identità o siano state trasformate nel processo produttivo⁹²⁷.

La giurisprudenza in una celebre sentenza del 1976 ha adottato un approccio di tipo funzionale, facendo prevalere la sostanza sulla forma e affermando che il diritto conferito in funzione di garanzia dall'acquirente al venditore sulle merci, originali o trasformate, o sul corrispettivo derivante dalla loro vendita costituisca un vero e proprio *charge*, piuttosto che una mera riserva di proprietà⁹²⁸.

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

2.2 Rimedi per il creditore nel *common law* inglese

I rimedi conosciuti dal sistema inglese a favore del creditore munito di garanzia reale, *mortgagee* o *chargee*, si estrinsecano essenzialmente nei seguenti istituti: nella *foreclosure*, nel *power to sell out the court*, nel *power to take possession*, nel *power to appoint a receiver* e nella *consolidation*⁹²⁹.

⁹²⁷ COWAN S., CLARK A., GOLDBERG G., *Will English Romalpa clauses become registrable securities?*, in *The Cambridge Law Journal*, 1995, vol. 54, pp. 43 ss.

⁹²⁸ GALANTI E., *Garanzia non possessoria e controllo della crisi d'impresa: la floating charge e l'administrative receivership*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 51, gennaio 2000.

⁹²⁹ FIORENTINI F., *Il mortgage immobiliare nel diritto inglese*, cit.

Per ordine, la *foreclosure* costituisce la procedura giurisdizionale di escussione della garanzia reale. L'istituto è di origine antica, ma ha subito radicali modifiche per effetto del *Land of Property Act* del 1925. Infatti, come spiegato, tale provvedimento legislativo non prevede più come effetto del *mortgage* un vero e proprio trasferimento del diritto di proprietà in capo al creditore, ma soltanto la costituzione in suo capo di un diritto reale immobiliare di garanzia. Per questa ragione, oggi la *foreclosure* prevede la conclusione del processo con un atto del giudice che ordini il trasferimento del bene al *mortgagee* e non può più limitarsi ad eliminare l'*equity of redemption*⁹³⁰.

In realtà, oggi il ricorso alla *foreclosure* da parte dei creditori è scarsissimo e il deficit di operatività è principalmente dovuto alla c.d. *lack of finality* del procedimento, ossia alla carenza di definitività dell'atto di attribuzione al creditore della piena proprietà del bene⁹³¹.

Il secondo rimedio a disposizione del *mortgagee* o *chargee* è rappresentato dal *power to sell out to court* che consiste nella possibilità per il creditore di vendere stragiudizialmente il bene oggetto di garanzia, salva previsione contraria nell'atto costitutivo del *mortgage*⁹³².

Trattasi della tecnica di esecuzione individuale per la realizzazione della garanzia più utilizzata nell'esperienza inglese e, pertanto, è utile evidenziare le modalità operative.

Nel dettaglio, vi è un particolare riguardo agli obblighi di condotta diligente che sono imposti al *mortgagee* che intenda esercitare detto potere. Si prevede che solo qualora il creditore si comporti secondo buona fede, egli non sarà responsabile della perdita di valore del bene oggetto di garanzia che si può verificare nel corso delle trattative di vendita dello stesso. Ove egli ne

⁹³⁰ COUSINS E., *Law of Mortgages*, cit. p. 325.

⁹³¹ Per un approfondimento: FIORENTINI F., *Il mortgage immobiliare nel diritto inglese*, cit.

⁹³² *Land Property Act 1925, section 101*.

trarrà un corrispettivo insufficiente a coprire il debito, il *mortgagor* continuerà a rispondere per la differenza⁹³³.

Si è discusso circa l'inquadramento giuridico di tali obblighi di buona fede⁹³⁴. Il problema era se fosse necessario ricorrere allo schema del *trust* identificando nel creditore un *trustee* del debitore, affidando il controllo dell'operazione alle regole di *equity*; oppure, se riconoscere in capo al creditore un dovere di diligenza (*duty of care*) sanzionato dalle regole del settore della responsabilità civile. La dottrina ormai consolidata ritiene che il *mortgagee* sarebbe soggetto ad un *duty of care* sorretto dalle regole di *equity* che nasce automaticamente in seguito alla costituzione del rapporto *mortgagee-mortgagor*⁹³⁵.

Inoltre, la giurisprudenza inglese più risalente vieta che l'acquirente del bene possa essere la stessa parte creditrice⁹³⁶, né direttamente né indirettamente, a causa del rischio di approfittamento ai danni del debitore, in maniera non dissimile a quanto previsto dall'ordinamento italiano laddove si prevede la nullità della vendita con patto di riscatto con funzione di garanzia per violazione del divieto di patto commissorio⁹³⁷.

Il terzo rilevante rimedio di cui dispone il creditore si estrinseca nel *power to take possession* che consiste nel potere del creditore di entrare in possesso in qualunque momento del bene oggetto di garanzia, anche prima della scadenza del termine fissato per l'adempimento⁹³⁸.

Qualora il creditore decida di esercitare tale rimedio, le regole di *equity* dispongono, anche in questo caso, che egli si debba comportare secondo buona fede e non possa percepire più di quanto dovuto.

⁹³³ MEGARRY R. - WADE W., *The Law of real property*, cit., 1200.

⁹³⁴ FIORENTINI F., *Il mortgage immobiliare nel diritto inglese*, cit.

⁹³⁵ FIORENTINI F., *Il mortgage immobiliare nel diritto inglese*, cit.

⁹³⁶ *Farrar vs. Farrars Ltd*, in (1888), 40 Ch. D. 395, 409; *Hodson vs. Deans*, in 1903 2 Ch. 647.

⁹³⁷ FIORENTINI F., *Il mortgage immobiliare nel diritto inglese*, cit.

⁹³⁸ FIORENTINI F., *Il mortgage immobiliare nel diritto inglese*, cit.

Il *power to appoint a receiver*⁹³⁹, invece, è una variante del *power to take possession* e consiste nella possibilità in capo al *mortgagee* di nominare un amministratore con il compito di gestire il bene immobile oggetto di garanzia⁹⁴⁰.

Infine, il rimedio della *consolidation* rappresenta l'ultimo rilevante diritto esercitabile dal *mortgagee* nel corso del rapporto e consiste nella facoltà del titolare di due o più *mortgages* di rifiutare il riscatto di uno o più beni oggetto di garanzia, qualora gli altri non vengano liberati dal vincolo⁹⁴¹.

L'obiettivo cui tende la norma è dato dalla possibilità per il creditore di paralizzare il tentativo del debitore di riscattare il bene oggetto di garanzia, qualora il bene oggetto di un altro *mortgage* non sia sufficiente a coprire il debito nel caso del suo inadempimento.

Un simile "diritto reale" spettante al creditore nell'esercizio di questo potere fa sì che il *right to consolidate* debba necessariamente risultare dal registro elettronico per assicurare la sua opponibilità a terzi⁹⁴²: in questo modo, l'eventuale terzo acquirente di uno dei beni oggetto di *mortgage* non potrà addurre di non aver avuto conoscenza del vincolo di garanzia⁹⁴³.

Da ultimo, per concludere, si rilevano spunti interessanti per la presente ricerca con riferimento ai rimedi per il creditore garantito da *mortgage*, *charge* o *lien* nell'eventualità dell'insolvenza del debitore concedente la garanzia⁹⁴⁴.

In particolare, la regola tradizionale del *common law*, sconosciuta al

⁹³⁹ *Land Property Act 1925*, section 101.

⁹⁴⁰ *Medforth vs. Blake*, in (1999), All ER 97: nello svolgimento dei suoi compiti, che devono essere esplicitati nell'atto costitutivo del *mortgage*, per espressa indicazione della giurisprudenza, il *receiver* è soggetto non solo al generico dovere di buona fede, ma anche ad uno specifico obbligo di *due diligence* nella gestione del bene.

⁹⁴¹ COUSINS E., *Law of Mortgages*, cit. p. 501.

⁹⁴² FIORENTINI F., *Il mortgage immobiliare nel diritto inglese*, cit.

⁹⁴³ COUSINS E., *Law of Mortgages*, cit. p. 505.

⁹⁴⁴ *Insolvency Act 1986* sec. 383: si riferisce in generale a tutti i *secured creditors*.

diritto italiano, prevede che i diritti dei creditori muniti di garanzia reale non siano pregiudicati dall'apertura di una procedura concorsuale a carico del debitore: il *mortgagee* resta legittimato ad esercitare i poteri e le prerogative di realizzazione della garanzia⁹⁴⁵.

L'apertura della procedura concorsuale sul patrimonio del debitore dà luogo, quindi, ad un potenziale doppio binario delle tecniche di realizzazione: da un lato, per i creditori non garantiti si procede secondo la regola della *par condicio creditorum*⁹⁴⁶; dall'altro lato, vige la regola dell'esecuzione individuale a beneficio dei creditori titolari di garanzia reale, esecuzione che resta al di fuori della procedura e ciò non consente al contempo di insinuare il loro credito al passivo fallimentare. Potranno farlo solo per l'eventualità, e nei limiti, in cui dovessero restare insoddisfatti dall'esecuzione individuale sulla garanzia.

La regola del doppio binario opera sia nel settore del "fallimento" individuale (*bankruptcy*), sia nell'ambito del fallimento delle persone giuridiche (*corporate insolvency*)⁹⁴⁷.

Nel sovraindebitamento della persona fisica, secondo la *section 285* dell'*Insolvency Act 1986*, a partire dall'istanza di apertura di *bankruptcy* nei confronti del debitore, solo i creditori non garantiti sono impossibilitati ad esercitare, o proseguire, ogni azione esecutiva nei confronti dell'insolvente, diversamente, i *secured creditors* possono far valere la propria garanzia o comunque scegliere di rinunciare alla garanzia ed insinuare il credito al passivo⁹⁴⁸.

⁹⁴⁵ BRIDGE M., *Insolvency*, in *English Private Law*, Oxford, 2000, p. 680; COUSINS E., *Law of Mortgages*, cit. p. 485.

⁹⁴⁶ In inglese "*pari passu rule*", regola conosciuta sin dall'*English Bankruptcy Act* del 1542. Anche nel *common law*, tuttavia, vi è una parte della dottrina critica verso tale principio vista la forte perdita di operatività di questa regola nel funzionamento concreto dei rapporti di insolvenza del circuito commerciale: MOKAL R., *Priority as pathology: the pari passu myth*, Cambridge, 2001, p. 581 e ss.

⁹⁴⁷ FIORENTINI F., *Il mortgage immobiliare nel diritto inglese*, cit.

⁹⁴⁸ *Insolvency Act 1986*, sec. 6.109.

È altresì possibile che, prima della dichiarazione di *bankruptcy*, tra debitore in stato di insolvenza e creditori sia stipulato un *individual voluntary arrangements* (IVA) alternativo rispetto alla procedura concorsuale di *bankruptcy*. In tal caso, su richiesta del debitore, la corte può emettere un ordine provvisorio che sospenda ogni tipo di esecuzione del patrimonio del debitore.

Si precisa che la *section 258(4)* prevede che l'assemblea dei creditori non possa approvare un accordo che pregiudichi il diritto dei *secured creditors* di realizzare le proprie garanzie, se non con il consenso dei creditori garantiti medesimi.

Nel caso dell'insolvenza di persone giuridiche o società⁹⁴⁹, ossia di *winding-up procedure*, l'istanza di apertura della procedura o la dichiarazione di insolvenza comporta che i creditori che intendano iniziare o proseguire qualsiasi tipo di esecuzione contro il patrimonio del debitore debbano chiedere, ed ottenere, il *leave* della Corte⁹⁵⁰. Di fatto, però, le Corti sono assai restie ad interferire con la richiesta di un *mortgagee* di realizzare la propria garanzia e negheranno il *leave* solo quando sia provata l'esistenza di motivi speciali per rifiutare al *mortgagee* l'esercizio di quello che è un proprio diritto⁹⁵¹.

Come avviene nel diritto italiano, anche nel sistema inglese, è possibile addivenire ad accordi volontari tra creditori e società-debitrice, in via stragiudiziale rispetto all'apertura della procedura concorsuale. Tali accordi sono conosciuti come *company voluntary arrangements* (CVA) e per i quali non è previsto l'intervento giurisdizionale.

⁹⁴⁹ Rispettivamente: *Insolvency Act 1986* sec. 126(1), 130(2); sec. 8-27; sec. 10, 11; sec. 15(1-2).

⁹⁵⁰ *Insolvency Act 1986, Sections 126(1), 130(2)*.

⁹⁵¹ FIORENTINI F., *Il mortgage immobiliare nel diritto inglese*, cit.: i casi di rifiuto del *leave* della corte potranno essere casi in cui il *mortgagee* cerchi di esercitare la *foreclosure* sulla garanzia, anche se il curatore della procedura abbia già stipulato un vantaggioso contratto di alienazione della proprietà oggetto di garanzia.

Pertanto, anche in questo caso, i creditori muniti di garanzia reale possono in ogni tempo realizzare individualmente le proprie garanzie.

Da ultimo, il diritto inglese conosce sin dal 1986 l'istituto della *discharge*, ossia la possibilità che, date certe condizioni, la persona fisica, che sia per la prima volta dichiarata insolvente, sia automaticamente liberata da tutti i debiti una volta decorsi tre anni dall'inizio della procedura⁹⁵².

Come è stato esaminato in precedenza, l'esdebitazione del debitore persona fisica è stata introdotta per la prima volta nell'ordinamento italiano solo con la l. n. 3 del 2012.

La peculiarità del diritto inglese è che la procedura di *discharge* non pregiudica il diritto dei creditori garantiti, titolari di *mortgage*, di realizzare la propria garanzia, anche qualora il debito per il quale essa fosse costituita sia dichiarato estinto dalla procedura⁹⁵³.

In conclusione, si evidenzia il particolare riguardo del diritto inglese di regolazione della crisi di impresa e del debitore persona fisica per la tutela dei creditori muniti di garanzia reale, indice di una vera *ratio* del sistema sul punto della promozione e tutela del credito⁹⁵⁴.

2.3 Il *non recourse financing* statunitense

Per quanto riguarda l'ordinamento statunitense, nell'ambito della responsabilità patrimoniale merita un approfondimento la peculiare tecnica del cd *non-recourse financing*, istituto non applicato nel diritto inglese⁹⁵⁵.

Trattasi di una forma di negoziazione della garanzia patrimoniale generica basata sulla stipulazione di un accordo con cui il creditore si obbliga ad agire in via esecutiva solo su uno specifico bene convenzionalmente

⁹⁵² *Insolvency Act* 1986, sec. 8-27.

⁹⁵³ *Insolvency Act* 1986, sec. 282(2).

⁹⁵⁴ FIORENTINI F., *Il mortgage immobiliare nel diritto inglese*, cit.

⁹⁵⁵ MCGAGH M., *EU mortgage plan could push up cost of borrowing*, 15 Maggio 2014, in *citywire.co.uk*.

individuato⁹⁵⁶.

Negli anni Novanta è stato utilizzato, in particolare, per i contratti di mutuo immobiliare e consente al mutuatario di restituire semplicemente le chiavi di una proprietà al mutuante quando non può più permettersi l'adempimento del mutuo. Questo viene fatto senza ulteriori ricorsi, il che significa che anche se una successiva vendita della proprietà non copre il credito residuo, il mutuatario non è responsabile per le perdite⁹⁵⁷.

Dunque, in ragione di tale accordo, il debito diviene *non recourse*, ossia un debito “*that can be satisfied only out of the collateral securing of the obligation and not out of the debtors’s other assets*”, in contrasto con la situazione normale in cui a fronte dell'inadempimento il creditore può agire sull'intero patrimonio per soddisfarsi⁹⁵⁸.

Attraverso la delimitazione negoziale dell'estensione della responsabilità patrimoniale, il debitore è in grado di limitare i rischi relativi ad una determinata iniziativa economica, dal momento che egli risponderà dell'inadempimento solo con i beni individuati *ex pacto* come oggetto della garanzia⁹⁵⁹.

Oggi, tale accordo è molto utilizzato nell'ambito del *project finance* destinato alla costruzione di infrastrutture; nell'ambito delle transazioni relative a immobili venduti o acquistati per scopi commerciali o di

⁹⁵⁶ STEIN G.M., *The scope of the borrower’s liability in a nonrecourse real estate loan*, in *Washington & Lee Law review*, 1998, p. 1207; CLAIRE F.A., *Nonrecourse debt transaction: limitations on limitations of liability*, in *Real estate law journal*, 1990, p. 19.

⁹⁵⁷ MCGAGH M., *EU mortgage plan could push up cost of borrowing*, 15 Maggio 2014, in *citywire.co.uk*.

⁹⁵⁸ ROBINSON F.H., *Nonrecourse indebtedness*, in *Virginia Tax Review*, 1991, 3; *International Revenue Manual*, Chicago, 1989, voce “*nonrecourse financing*”; JAVARAS G., *Nonrecourse debt in real estate and other investments*, in *Taxes*, 1978, 801.

⁹⁵⁹ MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Milano, 2017, p. 296 e ss.

investimento; nell'ambito dei mutui ipotecari (*residential mortgage loans*)⁹⁶⁰.

Se da un lato il creditore rischia di non vedersi soddisfatto l'intero credito residuo in caso di inadempimento, dall'altro lato ha plurimi benefici in quanto gli sono riconosciuti sia benefici fiscali e sia un maggior tasso di interesse sul mutuo. Parimenti, l'operazione presenta un considerevole beneficio anche per il debitore, ossia la limitazione dei rischi connessi ad una iniziativa economica⁹⁶¹.

3. Il diritto islamico

Nell'analisi degli ordinamenti oltre i confini europei ed estranei alla tradizione giuridica continentale la ricerca si sofferma sul modello islamico. In particolare, si esaminano i fondamenti del diritto islamico e le peculiarità del sistema della responsabilità patrimoniale nella finanza islamica, materia all'attenzione di un crescente numero di studiosi.

È emerso, infatti, che i principi della finanza islamica favoriscono un'economia etica che sin dagli anni Settanta sta crescendo in modo esponenziale⁹⁶².

Attualmente un individuo su cinque appartiene alla fede islamica⁹⁶³ e i principi della finanza islamica sono applicati dagli Stati ove vige la *sharī'a*, solo ad esempio: Afghanistan, Bahrain, Bangladesh, Brunei Darussalam, Egitto, Indonesia, Iran, Giordania, Kuwait, Malesia, Nigeria, Oman, Pakistan, Arabia Saudita, Sudan, Turchia ed Emirati Arabi⁹⁶⁴.

⁹⁶⁰ *Ibidem*.

⁹⁶¹ *Ibidem*.

⁹⁶² ALVARO S., *La finanza islamica nel contesto giuridico ed economico italiano*, in *Quaderni giuridici* a cura della CONSOB, 2014, n° 6.

⁹⁶³ HALLAQ W. B., *Introduzione al diritto islamico*, Bologna, 2013, p. 6.

⁹⁶⁴ AJMI H. – KASSIM S. – AZIZ H. A. – MANSOUR W., *A literature review of financial contracting theory from the Islamic and Conventional overviews: contributions, gaps and perspectives*, in *Journal of King Abdulaziz University, Islamic Economics*, 2019, p. 29.

Nella presente ricerca non si approfondirà il diritto positivo di ciascuno Stato, ma ci si sofferma in generale sui principi fondanti e sulle tipologie contrattuali riguardanti le garanzie patrimoniali.

In via preliminare, è opportuno un inquadramento circa le origini del diritto musulmano classico, le sue fonti e le sue regole.

In primo luogo, l'espressione "diritto musulmano" o "diritto islamico" può essere adoperata in tre diverse accezioni:

a) come traduzione, in mancanza di un esatto corrispondente, dell'arabo *fiqh*, designante quella parte di legge religiosa, la *sharī'a*, che regola l'attività esterna del credente verso Dio, verso se stesso e verso gli altri. Il *fiqh*, tuttavia, non corrisponde all'esatta traduzione di "diritto": il *fiqh* comprende anche le regole del rituale religioso e i precetti morali, mentre esclude la parte di diritto pubblico;

b) come estratto di quelle parti del *fiqh* veramente "giuridiche", arricchite di quelle parti del diritto pubblico estranee al *fiqh* che i giuristi musulmani designano con il termine *siyāsa shar'iyya*;

c) come il diritto vigente presso i musulmani di una data regione e comprendente non solo quelle parti del *fiqh* classico, ma anche il diritto locale consuetudinario, non necessariamente legato con l'islamismo⁹⁶⁵.

Ciò chiarito, il diritto islamico origina con la nascita dell'*islām* che designa la religione monoteistica fondata da Muhammad (morto nel 632 d.C.) e con l'affermazione del sistema politico, sociale e culturale che ad essa intimamente si riconnette.

L'*islām* è, infatti, per i musulmani un *unicum* dogmatico, morale, rituale, giuridico in cui non si distingue la sfera giuridica da quella morale poiché entrambe trovano fonte nella *sharī'a*, ossia nella legge divina rivelata ai musulmani. L'*islām*, riconducibile letteralmente al concetto di "sottomissione ad *Allāh*", non è soltanto un concetto di rilevanza religiosa,

⁹⁶⁵ PICCINELLI G. M., *Il modello islamico*, Torino, 2007, p. 4.

ma indica lo stile di vita prescritto da Dio (*Allah*) per i suoi seguaci sì da coprire qualunque aspetto dell'esistenza umana, dal matrimonio ai contratti commerciali, dal culto, alle punizioni, dalla dieta, all'abbigliamento⁹⁶⁶.

La diffusione della *sharī'a* si spiega in quanto il potere politico nel mondo islamico premoderno era poco sviluppato, l'amministrazione dello *stato* era, infatti, limitata all'ambito urbano. Quanto più la popolazione abitava lontana dal centro del potere, tanto meno era sottoposta al signore, al suo esercito e alla sua tassazione. Dunque, in assenza di uno *stato* che regolasse la società e relativi problemi, prevaleva l'autogoverno, ossia le comunità nei quartieri urbani o nei villaggi regolavano da sé la propria vita quotidiana⁹⁶⁷. Le norme necessarie a questo scopo si sono formate nel corso dei secoli e tra le forme di autoregolamentazione, la legge consuetudinaria e la *sharī'a* erano di pari importanza.

Da qui, si individuano almeno quattro fonti del diritto islamico (*usūl al-fīqh*): tra le fonti scritte il Corano e la *sunna*, tra le fonti non scritte l'*igmā* e *qiyās*⁹⁶⁸.

In particolare, il Corano è il testo sacro della religione musulmana che contiene l'insieme delle rivelazioni che il Profeta Muhammad ritenne di aver ricevuto testualmente da Dio. La rilevanza del Corano è principalmente religiosa e spirituale più che giuridica, in quanto degli oltre seimila versi, solo un decimo può considerarsi di fonte giuridica⁹⁶⁹.

La *sunna* è la tradizione, la norma di condotta, ossia l'analisi della vita

⁹⁶⁶ Il Corano, quale fonte del diritto, contiene norme dogmatiche, morali, sul culto, regole alimentari e di vestiario nonché regole giuridiche in materia di schiavitù, matrimonio, successioni, reati, vendita, locazione, garanzie, proibizione degli interessi e usura, regole di buon governo. Si rimanda a PICCINELLI G. M., *Il modello islamico*, Torino, 2007, p. 14 e ss.

⁹⁶⁷ HALLAQ W. B., *Introduzione al diritto islamico*, Bologna, 2013, p. 14.

⁹⁶⁸ RUSSO T. V., *I contratti Sharī'a compliant, Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, in *Islamic Law and Finance*, 1, collana diretta da RUSSO T. V. – KHALEQ A.H.A., Napoli, 2014, p. 15.

⁹⁶⁹ ALDEEB ABU-SAHLIEH S.A., *Il diritto islamico*, Roma, 2008, p. 369 e ss; GOITEIN S., *The Birth-Hour of Muslim Law*, in *Muslim World*, 1960, p. 60 e ss..

del Profeta Maometto; trattasi di una fonte complementare al Corano con la funzione di chiarire i versetti coranici, stabilire regole non presenti nel Corano e abrogare norme coraniche⁹⁷⁰.

Precisamente, ad una corretta interpretazione delle norme coraniche dei comportamenti riconducibile ad una *sunna* si arriva attraverso la *fiqh*, assimilabile al concetto di giurisprudenza⁹⁷¹.

Tra le fonti non scritte, il termine *igmà* racchiude il consenso della Comunità islamica, manifestato dai dotti, in fatto di questioni religiose e giuridiche, dal quale al credente non è lecito discostarsi, trattasi di una fonte non riconducibile alla rivelazione divina e che può essere espressa anche per iscritto tramite una *fatwā*⁹⁷².

Infine, il *qiyàs* è assimilabile al procedimento analogico, indica la possibilità di creare una regola giuridica attraverso, appunto, il ricorso ad una regola che disciplina un caso simile⁹⁷³.

In passato, le comunità islamiche, pertanto, producevano i propri esperti legali e nel sistema legale islamico si individuavano quattro tipi di funzionari giuridici che svolgevano un ruolo fondamentale nella costruzione, elaborazione ed applicazione della *shari'a*: il *mufti*, l'autore-giurista, il giudice (*qadi*) e il professore di diritto⁹⁷⁴.

Oggi, nell'interpretazione del diritto islamico, un ruolo decisivo viene attribuito al *Mujtahid*, che assume un ruolo di guida nell'interpretazione autentica del Corano e della *sunna* e tale potere interpretativo è l'*Ijtihād*⁹⁷⁵.

⁹⁷⁰ ALDEEB ABU-SAHLIEH S.A., *Il diritto islamico*, Roma, 2008, p. 184 e ss.

⁹⁷¹ Con la precisazione che in quanto ordinamento confessionale non vige né la regola della territorialità né le norme sacre sono modificabili: PACIULLO G. – CEPPI F., *Il diritto altrove. La sponda sud del mediterraneo*, Perugia, 2005, p. 40 e ss.

⁹⁷² PACIULLO G. – CEPPI F., *Il diritto altrove. La sponda sud del mediterraneo*, cit., p. 59 e ss.

⁹⁷³ PICCINELLI G. M., *Il modello islamico*, Torino, 2007, p. 12 e ss; NALLINO C.A., *Quiyas*, in *Nuovo dig. It.*, X, Torino, 1933, p. 1015 e ss.

⁹⁷⁴ HALLAQ W. B., *Introduzione al diritto islamico*, Bologna, 2013, p. 15.

⁹⁷⁵ ALDEEB ABU-SAHLIEH S.A., *Il diritto islamico*, Roma, 2008, p. 219 e ss.

Trattasi di un ruolo di grande importanza per lo sviluppo del diritto coranico, che in quanto sacro è immutabile, e per il suo adeguamento all'evoluzione della società⁹⁷⁶.

È interessante riportare che la necessità di una continua interpretazione delle fonti compiuta ad opera degli esperti di diritto islamico, i cd *Ulamā*, in uno con le differenti tradizioni storico-culturali dei territori nei quali è diffusa la religione islamica, ha comportato la nascita di diverse scuole di pensiero giuridico (*Madhhab*), sia nel mondo sunnita che sciita⁹⁷⁷.

Tra le scuole sunnite, si individuano almeno quattro diverse correnti di pensiero⁹⁷⁸: la scuola *Hanafita* che si caratterizza per il ricorso all'interpretazione estensiva e all'analogia per temperare alcune rigidità insite nelle *sure* del Corano⁹⁷⁹; la scuola *Mālikita* che fonda il proprio approccio alla *sharī'a* dando un peso fondamentale alla *sunna* e all'*igmā* (il consenso dei dotti)⁹⁸⁰; la scuola più tradizionalista è quella *Hanbalita* che riconosce quali fonti del diritto esclusivamente il Corano e la *sunna*, negando valore alle fonti non scritte ed è diffusa in Arabia Saudita⁹⁸¹. Infine, la scuola *Shafīta* in quanto fondata sulla rilevanza della giurisprudenza nella prospettiva di una visione sistematica di tutte le fonti del diritto islamico⁹⁸².

⁹⁷⁶ RUSSO T. V., *I contratti Sharī'a compliant*, cit., p. 18: per il ruolo di *Mujtahid* occorre godere di alcuni requisiti quali la maggiore età, l'equità in senso religioso, la perfetta conoscenza dei versetti coranici, della vita di Maometto, delle scienze giuridiche, delle opinioni dei dotti, della lingua araba.

⁹⁷⁷ ALVARO S., *La finanza islamica nel contesto giuridico ed economico italiano*, in *Quaderni giuridici* a cura della CONSOB, 2014, n° 6; RUSSO T. V., *I contratti Sharī'a compliant*, cit., p. 19.

⁹⁷⁸ *Ibidem*.

⁹⁷⁹ È la scuola condivisa dal 40% dei musulmani, diffusa in Turchia, Siria, Pakistan, Iraq e fra i musulmani di Cina e India: RUSSO T. V., *I contratti Sharī'a compliant*, cit., p. 19.

⁹⁸⁰ RUSSO T. V., *I contratti Sharī'a compliant*, cit., p. 19.

⁹⁸¹ È diffusa in Palestina, nell'arcipelago Malese, in Egitto e nell'Arabia meridionale: RUSSO T. V., *I contratti Sharī'a compliant*, cit., p. 20.

⁹⁸² PACIULLO G. – CEPPI F., *Il diritto altrove. La sponda sud del mediterraneo*, cit., p. 47: anche in questo caso si attribuisce rilevanza particolare alla fonte dell'*igmā*.

Tra le scuole sciite, vi sono la scuola *Imamita*, *Zaydita* (diffusa nello Yemen), *Ismaelita* (diffusa in India) e *Drusa* (diffusa in Siria, Libano e Israele)⁹⁸³.

I contrasti interpretativi tra le differenti scuole ha portato il mondo musulmano ad approcciarsi al fenomeno della codificazione nella prospettiva di un superamento delle divisioni⁹⁸⁴. Difatti, le fonti del diritto islamico non possono essere identificate come fonti “statali”, essendo prive del carattere della giurisdizionalità e della territorialità che caratterizza i sistemi normativi⁹⁸⁵. Pertanto, il diritto islamico deve essere affiancato da un diritto positivo affinché sia correlato ad un ordinamento statale⁹⁸⁶.

In tal senso, l’impero ottomano è stato il primo nel mondo arabo ad introdurre una codificazione moderna, ispirandosi ai codici europei: difatti, a partire dal 1850 venne adottato il Codice di commercio sulla base del relativo Codice francese, il Codice penale sulla base di quello italiano e il Codice civile sulla base di quello svizzero⁹⁸⁷.

Il primo Codice civile moderno del mondo arabo, ispirato al Codice civile francese, è stato adottato in Egitto nel 1949 ed è stato utilizzato come modello in altri Paesi musulmani. Il più recente, invece, è il Codice civile degli Emirati Arabi Uniti del 1985, parimenti ispirato al Codice civile francese. La peculiarità risiede nel fatto che l’art. 1 di tale codice prevede che in caso di lacuna legislativa, il giudice delibererà in base al diritto musulmano⁹⁸⁸.

Dunque, molti Paesi islamici pur affermando che le fonti religiose del diritto islamico sono le fonti principali del loro diritto hanno costruito sistemi

⁹⁸³ RUSSO T. V., *I contratti Shari’a compliant*, cit., p. 20: vi è anche una scuola di obbedienza kharigita, nota come scuola *Ibadita*.

⁹⁸⁴ CASTRO F., *Il modello islamico*, Torino, 2007, p. 87 e ss.

⁹⁸⁵ RUSSO T. V., *I contratti Shari’a compliant*, cit., p. 20.

⁹⁸⁶ MENSKI W., *Law as a kite: managing legal pluralism in the context of Islamic finance*, in *Islamic Finance in Europe. Towards a plural financial system*, a cura di CATTELAN V., Cheltenham, 2013, p. 21.

⁹⁸⁷ RUSSO T. V., *I contratti Shari’a compliant*, cit., p. 21.

⁹⁸⁸ RUSSO T. V., *I contratti Shari’a compliant*, cit., p. 21.

giuridici ibridi che mescolano norme ispirate alla tradizione del diritto musulmano classico con norme tipiche di sistemi di *common law* e/o *civil law* (ad es. Malesia, Bahrein, Pakistan ed Emirati Arabi Uniti)⁹⁸⁹. Altri Paesi islamici, infine, sono ricorsi a sistemi giuridici di tipo occidentale e tale scelta è spesso dipesa da motivi storici e in particolare dal tipo di colonizzazione che hanno subito⁹⁹⁰.

Attualmente, nella medesima prospettiva del superamento delle divisioni interpretative tra le diverse scuole, hanno assunto un ruolo importante di coordinamento l'*Islamic Fiqu Academy* con sede a Jeddah, in Arabia Saudita, l'*European Council for Fatwa and Research* fondato a Londra nel 1997 e attualmente con sede a Dublino e l'*Assembly for Muslim Jurists in America* con sede a Sacramento⁹⁹¹.

3.1 La finanza islamica

Completata la breve premessa sui fondamenti del diritto islamico, di seguito è ora possibile avvicinarsi alla materia della finanza islamica, ambito nel quale sono diffuse delle tipologie contrattuali interessanti ai fini della ricerca.

Per comprendere appieno l'operatività di tali contratti cd *sharī'a compliant* è importante comprendere l'origine e lo sviluppo della finanza islamica.

Un sistema finanziario rispettoso dei principi e delle regole delle fonti del diritto islamico inizia a diffondersi solo dagli anni Sessanta a seguito del disagio nella popolazione musulmana per la violazione della *sharī'a* da parte

⁹⁸⁹ AA.VV., *Islamic Finance in Europe*, in *Occasional Paper Series no. 146*, European Central Bank, giugno 2013, p. 49.

⁹⁹⁰ ALVARO S., *La finanza islamica nel contesto giuridico ed economico italiano*, in *Quaderni giuridici* a cura della CONSOB, 2014, n° 6.

⁹⁹¹ RUSSO T. V., *I contratti Sharī'a compliant*, cit., p. 22; il sito dedicato è : www.amjaonline.com.

delle banche convenzionali⁹⁹². Da qui la nascita dei primi istituti bancari islamici ispirati ai metodi delle banche cooperative rurali europee, ove si pratica il metodo della condivisione dei rischi⁹⁹³.

Il sistema bancario islamico deve poi la sua linfa alla richiesta mondiale di petrolio degli anni Settanta, quando il conseguente abbondante afflusso di liquidità nei paesi del *Gulf Cooperation Council* (GCC) sostenne le iniziative di costituzione di istituzioni finanziarie islamiche, anche diverse dalle banche, che si moltiplicarono soprattutto nei Paesi del Medio Oriente e del Golfo Persico⁹⁹⁴. Nel 1975 si registra la fondazione della *Islamic Development Bank* in Arabia Saudita che ha avviato il percorso di attività bancaria e finanziaria fedele al Corano⁹⁹⁵.

Tuttavia, tra le nazioni con forte presenza musulmana lo sviluppo del sistema finanziario islamico non è uniforme. Infatti, da un lato vi sono Paesi in cui si assiste ad un'affermazione completa del sistema finanziario *sharī'a compliant* che si è affiancato a quello convenzionale sino a quasi superarlo quanto ai volumi⁹⁹⁶, dall'altro vi sono nazioni musulmane o con minoranze musulmane ove il sistema è ancora in via di sviluppo⁹⁹⁷.

Per quanto riguarda lo sviluppo della finanza islamica nei Paesi

⁹⁹² RUSSO T. V., *I contratti Sharī'a compliant*, cit., p. 23; v. anche SABATINO M., *La finanza islamica in Italia e in Europa*, in *Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna*, 2017.

⁹⁹³ HAMAUI R. – MAURI M., *Economia e finanza islamica. Quando i mercati incontrarono il mondo del profeta*, Bologna, 2009, p. 29; RUSSO T. V., *I contratti Sharī'a compliant*, cit., p. 22: la prima banca islamica viene fatta risalire al 1963 quando in Egitto venne fondata la *Mit Ghamr Savings Bank*.

⁹⁹⁴ SABATINO M., *La finanza islamica in Italia e in Europa*, in *Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna*, 2017.

⁹⁹⁵ GREWAL B. K., *Islamic finance in the global financial system*, in *Islamic Finance in Europe*, a cura di DI MAURO F., 2013, p. 18.

⁹⁹⁶ Malesia, Emirati Arabi Uniti, Kuwait, Arabia Saudita, Bahrain, Pakistan, Giordania, Sudan e Iran: *Islamic Finance Development Report 2017*, Thomson Reuters in *islamicbankers.me*.

⁹⁹⁷ In Brunei, Marocco, Palestina, Turchia, Qatar e Gran Bretagna lo sviluppo è repentino; in Algeria, Siria, USA, Cina, India la sperimentazione è in via di sviluppo: *Islamic Finance Development Report 2017*, Thomson Reuters in *islamicbankers.me*.

occidentali, la Gran Bretagna è il Paese apripista ove si assiste ad un crescente interesse e concreta applicazione⁹⁹⁸.

Già negli anni Ottanta, nel mercato finanziario inglese si assisteva a transazioni che utilizzavano il contratto di *murabahah*, che sarà di seguito analizzato, per dotare di liquidità alcune istituzioni mediorientali. Nel 2004, è stata fondata la *Islamic Bank of Britain*, quale prima banca *retail*, alla quale hanno fatto seguito altre banche di investimento i cui prodotti sono *sharī'a compliant*. Tra queste la *European Islamic Investment Bank*, la *Global Securities House*, la *European Finance House*, la *Gatehouse Bank*, la *Bank of London and the Middle East*⁹⁹⁹.

Le ragioni di questo insediamento possono rintracciarsi nella particolare importanza della piazza finanziaria di Londra, nonché nella presenza di una comunità di circa 1,8 milioni di musulmani residenti. L'approccio seguito dalla *Financial Service Authority* nell'autorizzare banche islamiche può sinteticamente descriversi come "pragmatico", nell'ottica però di una *policy* ispirata ad un principio di "*no obstacles, but no special favours*" rispetto agli intermediari convenzionali¹⁰⁰⁰.

Nel 2013 il governo inglese ha istituito una *Islamic task force* con l'obiettivo di rendere il mercato finanziario di Londra il punto di riferimento nel mondo occidentale per gli investimenti *sharī'a compliant*¹⁰⁰¹.

Per quanto riguarda gli altri Paesi europei, fatta eccezione, per la Gran Bretagna, il riconoscimento di un approccio agli investimenti secondo i

⁹⁹⁸ Sul punto: WILSON R., *Islamic Banking in the United Kingdom*, in *La banca islamica e la disciplina bancaria europea*, a cura di G. GIMIGLIANO E G. ROTONDO, Milano, 2006, p. 215 ss.; v., pure, AINLEY M. – MASHAYEKHY A. - HICKS R. - RAHMAN A. – RAVALIA A., *The Development of Islamic Finance in the UK. Regulations and Challenges*, *Financial services authority*, in *isfin.net*.

⁹⁹⁹ RUSSO T. V., *I contratti Sharī'a compliant*, cit., p. 26.

¹⁰⁰⁰ AA.VV., *Finanza islamica e sistemi finanziari convenzionali. Tendenze di mercato, profili di supervisione e implicazioni per le attività di banca centrale*, in *Questioni di Economia e Finanza (Occasional papers Banca d'Italia)*, Numero 73 – ottobre 2010.

¹⁰⁰¹ RUSSO T. V., *I contratti Sharī'a compliant*, cit., p. 27.

principi della finanza islamica è ancora molto lento¹⁰⁰². Nonostante ciò, all'interno dell'Unione Europea, lo sviluppo della finanza islamica negli ultimi anni è stato favorito dal fatto che la comunità musulmana conta in Europa oltre 17 milioni di persone, pari al 4,6% della popolazione complessiva¹⁰⁰³.

Volgendo lo sguardo alle azioni intraprese in alcuni Stati europei, la Francia, anche in considerazione del significativo numero di musulmani presenti sul territorio, appare essere la nazione continentale maggiormente sensibile¹⁰⁰⁴.

Infatti, di recente, l'*Autorité des marchés financiers* (AMF) ha iniziato ad occuparsi di fondi di investimento *sharī'a compliant* e della quotazione di *sukuk* ai quali la *Bourse de Paris* ha dedicato un apposito segmento¹⁰⁰⁵. Dal punto di vista normativo, l'Autorità ha emanato alcuni regolamenti finalizzati ad assicurare alle negoziazioni su base *murabahah* il medesimo trattamento fiscale riservato alla finanza convenzionale. Nel 2010, il governo francese è intervenuto sulla normativa al fine di agevolare l'emissione di *sukuk*, eliminando la *double stamp duty*, doppia imposta di bollo, nonché la tassa sul *capital gain* immobiliare.

Oltre la Francia, anche la Germania presenta aperture alla finanza

¹⁰⁰² WEILL L., *The economic impact of Islamic finance and the European Union*, in *Islamic Finance in Europe. Towards a plural financial system*, 2013, p. 96 ss.; v., pure, GIMIGLIANO G., *Islamic banking in the European Union legal framework*, in *Islamic Finance in Europe. Towards a plural financial system*, 2013, p. 143 ss.

¹⁰⁰³ ALVARO S., *La finanza islamica nel contesto giuridico ed economico italiano*, in *Quaderni giuridici* a cura della CONSOB, 2014, n° 6; *The Pew Forum of Religion and Public Life, Muslim Networks and Movements in Western Europe, Analysis*, settembre 2010.

¹⁰⁰⁴ RUSSO T. V., *I contratti Sharī'a compliant*, cit., p. 27.

¹⁰⁰⁵ I *sukuk* equivalgono ai titoli obbligazionari. Tali certificati possono essere classificati in due macrocategorie: gli *Asset-based sukuk*, vale a dire titoli che hanno un sottostante che genera un rendimento predeterminato e gli *Equity-based sukuk* nei quali invece il rendimento è basato sulla logica *Profit loss sharing*. V. MCMILLEN M., *Contractual enforceability issues: sukuk and capital market development*, in *Chicago Journal of International Law*, Vol. 17, n. 2, 2007.

islamica: è stato il primo Paese occidentale ad emettere *sukuk* governativi ed è molto attiva, attraverso le sussidiarie inglesi e mediorientali, nel mercato finanziario islamico. Nel 2009, l'Autorità di vigilanza bancaria ha accettato la richiesta di un istituto non tedesco di svolgere operazioni bancarie *sharī'a compliant* all'interno del territorio¹⁰⁰⁶.

Non solo, anche l'Irlanda è intervenuta sul trattamento fiscale delle operazioni correlate agli strumenti finanziari islamici.

Ancora, in Spagna si è di recente siglato un protocollo di intesa tra il *Dubai International Financial Center* (DIFC) e il *Madrid Centro Financiero* (MCF) finalizzata allo sviluppo di iniziative comuni nel settore della finanza islamica e degli investimenti nei territori MEASA (Medio Oriente, Africa, Spagna e Asia)¹⁰⁰⁷.

Per quanto riguarda il Lussemburgo, nel 2002 è stata la prima nazione europea a quotare *sukuk*, ora presenti in qualche decina nel listino e in Svizzera alcune banche offrono prodotti *sharī'a compliant*.

L'Italia conosce qualche iniziativa nel campo della finanza islamica, nonostante il fatto che ospiti circa un milione e mezzo di musulmani, che rappresentano il 32,9% popolazione straniera residente e quasi il 3% dell'intera popolazione nazionale¹⁰⁰⁸.

L'Italia appare interessata alla finanza islamica quantomeno dal punto di vista dei possibili investimenti che soggetti appartenenti al mondo islamico potrebbero effettuare in società industriali e finanziarie, nonché della raccolta di capitali che gli intermediari italiani potrebbero effettuare sia in paesi islamici, sia dagli oltre un milione e mezzo di musulmani che oggi risiedono

¹⁰⁰⁶ RUSSO T. V., *I contratti Sharī'a compliant*, cit., p. 27.

¹⁰⁰⁷ WEILL L., *The economic impact of Islamic finance and the European Union*, cit., p. 96 ss.

¹⁰⁰⁸ ALVARO S., *La finanza islamica nel contesto giuridico ed economico italiano*, in *Quaderni giuridici* a cura della CONSOB, 2014, n° 6.

in Italia¹⁰⁰⁹.

In particolare, per quanto attiene al tema degli investimenti effettuati in Italia da parte di Paesi islamici, occorre osservare come essi siano stati e siano, tutt'ora, significativi. Negli ultimi anni, infatti, si sono realizzati importanti investimenti da parte di operatori provenienti, soprattutto, dalla Libia e dagli Emirati Arabi Uniti¹⁰¹⁰.

Negli ultimi anni la comunità musulmana italiana sta crescendo, non solo in numero, ma anche in termini di disponibilità economiche e ciò sta inducendo gli istituti bancari italiani ad approfondire il tema della finanza islamica per cercare, in prospettiva, di offrire ai musulmani servizi bancari e prodotti finanziari conformi ai dettami della *sharī'a*¹⁰¹¹.

A lanciare l'esperienza dell'*Islamic Banking* in Italia è stata la Cassa di risparmio di Fabriano e Cupramontana che, nel 2004, ha inaugurato il primo deposito rivolto alla comunità islamica, senza interesse, ma fruttuoso di premi in natura e rapportati alla giacenza del conto, sull'esempio della *Bank of Islam* di Londra. In seguito, la Carifac ha elaborato il Mutuo extragentile che è strutturato come un *leasing* immobiliare con una durata di 20/35 anni al termine del quale il cliente decide se riscattare il bene. Sempre in questa direzione, nel 2006 è stata costituita l'*Associazione per lo sviluppo di strumenti alternativi e di innovazione finanziaria* (ASSAIF), con lo scopo di creare progetti alternativi di finanziamento che siano immediatamente utilizzabili all'interno del sistema legale italiano da investitori medio orientali e dalla comunità di immigrati proveniente dal Nord Africa e Medioriente e

¹⁰⁰⁹ ALVARO S., *La finanza islamica nel contesto giuridico ed economico italiano*, in *Quaderni giuridici* a cura della CONSOB, 2014, n° 6; AA.VV., *Finanza islamica e sistemi finanziari convenzionali. Tendenze di mercato, profili di supervisione e implicazioni per le attività di banca centrale*, in *Questioni di Economia e Finanza (Occasional papers Banca d'Italia)*, Numero 73 – ottobre 2010.

¹⁰¹⁰ ALVARO S., *La finanza islamica nel contesto giuridico ed economico italiano*, in *Quaderni giuridici* a cura della CONSOB, 2014, n° 6.

¹⁰¹¹ SABATINO M., *La finanza islamica in Italia e in Europa*, in *Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna*, 2017.

residente in Italia¹⁰¹².

Parallelamente a questa linea, nel settembre del 2007 è stato siglato un *memorandum* di intesa tra l'Associazione Bancaria Italiana (ABI) e l'Unione delle Banche Arabe (UAB) con lo scopo di rafforzare la cooperazione economica, politica e sociale tra l'Italia e i Paesi arabi. Nelle intenzioni dei promotori, il passo successivo sarebbe stato quello della creazione di una vera e propria federazione bancaria italo - araba che funga da modello anche per altri paesi dell'Unione Europea. Attualmente, comunque, per l'investitore italiano è disponibile un solo fondo *shari'a-compliant* (l'*Az multi-asset global sukuk*), che investe in titoli obbligazionari *sukuk*. L'Associazione italiana analisti finanziari (AIAF) ha, inoltre, elaborato un indice islamico della Borsa di Milano (la sigla proposta è FTSE *Islamic Italian Index*), che indica le società quotate che rispondono ai requisiti richiesti dalla finanza islamica¹⁰¹³.

Malgrado questi primi tentativi, in Italia è presente attualmente una sola banca islamica privata, l'iraniana *Bank Sepah*, con sede a Roma e nel 1972 è stata costituita l'*Arab Italian Bank SPA* con lo scopo di incrementare le relazioni finanziarie, commerciali, industriali tra l'Italia e i Paesi arabi. L'Unione delle Banche Arabe ed Europee (UBAE), che opera secondo il modello bancario convenzionale, svolge il suo ruolo di intermediario attraverso l'offerta di servizi in campo commerciale e finanziario e con attività di consulenza e collaborazione alle imprese italiane nei paesi arabi e soggetti arabi con interessi nel nostro Paese¹⁰¹⁴.

Analizzata così la diffusione della finanza islamica, è ora possibile analizzare i suoi fondamenti e, a seguire, i contratti utilizzati, soffermandosi sulle fattispecie utili ai fini della presente ricerca.

I principi fondanti la finanza islamica sono quattro: il principio di

¹⁰¹² *Ibidem*.

¹⁰¹³ *Ibidem*; FAHIM KHAN M. – PORZIO M., *Islamic Banking and Finance in the European Union*, Cheltenham, 2010, p. 196 e ss.

¹⁰¹⁴ SABATINO M., *La finanza islamica in Italia e in Europa*, in *Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna*, 2017.

investimenti leciti (*ḥalāl*) e il divieto di investimenti e commercio in attività proibite (*harām*); il divieto di interessi pecuniari (*ribā*) e la condivisione del rischio; la regola di investimenti non rischiosi (*gharār*); la proibizione delle scommesse e delle speculazioni (*maysīr*)¹⁰¹⁵. Si è così affermato che la finanza islamica, più che essere modellata dalle esperienze della prassi e dagli interventi tradizionali della giurisprudenza, sia guidata dalle proibizioni (*prohibition-driven industry*)¹⁰¹⁶.

In particolare, per quanto riguarda il primo divieto di investimenti illeciti, i contratti bancari e finanziari non sono sottratti all'obbligo del rispetto dei principi sciaratici e, correlativamente, a quello di non incorrere in comportamenti considerati *harām*, ossia proibiti dalle fonti del diritto. La portata dei divieti va ben al di là del semplice comportamento teso a violarli in via diretta: il divieto del consumo e del commercio di sostanze alcoliche, della pornografia, degli interessi sulle obbligazioni, del cibarsi di carne di maiale, per fare alcuni esempi, è esteso a tutte le attività commerciali connesse¹⁰¹⁷. Per rimanere nell'ambito contrattuale, ciò comporta la contrarietà alla *sharī'a* di un contratto con il quale si concede in locazione un immobile al cui interno si intende gestire un casinò o vendere la carne di maiale, ovvero si intendono vendere prodotti riconducibili alla pornografia; nel campo finanziario, un fondo di investimento *sharī'a compliant* non può investire in azioni di un istituto bancario occidentale, in quanto *interest based*, ossia fondato su strumenti finanziari che vedono negli interessi la loro fonte di reddito¹⁰¹⁸.

¹⁰¹⁵ ALVARO S., *La finanza islamica nel contesto giuridico ed economico italiano*, in *Quaderni giuridici* a cura della CONSOB, 2014, n° 6; HALLAQ W. B., *Introduzione al diritto islamico*, Bologna, 2013.

¹⁰¹⁶ EL-GAMAL M.A., *Islamic Finance. Law, Economics and Practice*, New York, 2009, p. 8.

¹⁰¹⁷ FOSTER N., *Islamic Finance Law as an Emergent Legal System*, in *Arab Law Quarterly*, 2007, p. 171.

¹⁰¹⁸ RUSSO T. V., *I contratti Sharī'a compliant*, cit., p.29.

Il sistema economico contemporaneo la definisce “finanza etica”¹⁰¹⁹ e si ritiene che la finanza islamica sia in grado di assicurare contemporaneamente la circolazione della ricchezza, una giustizia distributiva e una parità di opportunità¹⁰²⁰.

Con riferimento al secondo principio, ossia il divieto di interessi pecuniari e la regola della condivisione del rischio, ciò che distingue la prassi contrattuale islamica da quella c.d. convenzionale è senza dubbio una maggiore attenzione alla rilevanza dell’equilibrio nella condivisione dei rischi ai fini della stessa validità del contratto. Anche la proibizione degli interessi (*ribā*) realizza tale esigenza e questo segna, inoltre, la principale differenza tra il sistema della finanza c.d. convenzionale caratterizzata da un approccio *interest based* (e, pertanto, *ribā - based*), e la finanza islamica, caratterizzata, invece, da un approccio *asset based*.

La rilevanza di tale principio porta a classificare il sistema islamico nel modello riconducibile a quello c.d. mutualistico nell’esercizio sia dell’attività bancaria che dell’attività assicurativa. Precisamente, nei contratti di assicurazione islamica, noti come *takaful*, i soggetti che intendono “coprire” un rischio, anziché pagare un premio, versano una somma di denaro in una sorta di “cassa comune” che verrà poi utilizzata per “rimborsare” a ciascuno dei conferenti le spese eventualmente affrontare a seguito di danni subiti. Viceversa, nei contratti “occidentali” di assicurazione si realizza un definitivo e totale trasferimento del rischio, mentre nei *takaful* quest’ultimo è oggetto di condivisione da parte di tutti i conferenti.

Il sistema occidentale del trasferimento dei rischi, in uno con l’utilizzo di strumenti finanziari altamente speculativi, privi di un *asset* sottostante reale,

¹⁰¹⁹ AHMAD M., *Economics of Islam. A comparative study*, Lahore, 1972; KAYED R.N., MAHLKNECHT M.E, HASSAN M.K., *The Current Financial Market Crisis: Lessons Learned, Risks and Strengths of Islamic Capital Markets Compared to the Conventional System*, in HASSAN M.K. e MAHLKNECHT M. (a cura di), *Islamic capital markets. Products and Strategies*, Singapore, 2011, p. 613 ss

¹⁰²⁰ USMANI M., *An introduction to Islamic Finance*, Karachi, 1998, p. 11.

si presta ad essere considerato strutturalmente instabile e, quindi, se da un lato è aperto a fenomeni di incremento significativo, dall'altro è facilmente esposto a fenomeni di *default*¹⁰²¹.

Può pertanto affermarsi che, nel sistema finanziario islamico, non solo la moneta non costituisce un *asset* suscettibile di transazione commerciale, ma allo stesso tempo non viene riconosciuto valore finanziario¹⁰²².

Parimenti, si è ritenuto che per potersi parlare di *ribā* occorra che si realizzino quattro condizioni: 1) che il tasso di interesse sia positivo e determinato *ex ante*; 2) che sia strettamente legato alla durata del prestito e al suo ammontare; 3) che il suo pagamento sia garantito a prescindere dalla realizzazione dei propositi che il soggetto finanziato intende raggiungere con la somma concessa in prestito; 4) che l'apparato statale garantisca la sua riscossione, anche in via coattiva¹⁰²³.

Il divieto della previsione di interessi, sia moratori, sia corrispettivi, imposto dal diritto islamico concerne non solo i finanziamenti alle attività di impresa, ma anche i finanziamenti al consumo. La condanna di Maometto alle pratiche finanziarie *ribā-based* diffuse nei mercati mediorientali, nella stessa comunità della Mecca, concerneva non solo i piccoli prestiti, quanto e soprattutto i prestiti di natura commerciale, sì che venne raggiunto un patto con gli imprenditori locali per la sostituzione del metodo del finanziamento *ribā based* con accordi di *partnership* tra finanziatori e imprenditori.

Infine, per il diritto finanziario islamico, l'indicizzazione di

¹⁰²¹ IQBAL Z. – MIRAKHOR A., *An Introduction to Islamic finance: Theory and Practice*, Singapore, 2011, p. 156 e ss. Contra: BECK T. – KUNT A. – MERROUCHE O., *Islamic v. Conventional Banking. Business Model, Efficiency and Stability*, in *Journal of Banking and Finance*, 2013, p. 433.

¹⁰²² MIGLIETTA F., *I principi della finanza islamica*, in *Banca e finanza islamica. Contratti, peculiarità gestionali, prospettive di crescita in Italia*, a cura di PORZIO C., Roma, 2009, p. 23. Contra: IQBAL Z. – MIRAKHOR A., *An Introduction to Islamic finance: Theory and Practice*, Singapore, 2011, p. 156 e ss; KHAN M., *Time value of Money*, in *An introduction to Islamic Economics & Finance*, Kuala Lumpur, 2009, p. 161 ss.

¹⁰²³ RUSSO T. V., *I contratti Sharī'a compliant*, cit., p. 41.

un'obbligazione al tasso di inflazione è giustificabile per le retribuzioni, i salari, le pensioni e simili, ma non è consentita con riferimento ad un *asset* finanziario¹⁰²⁴.

Con riferimento al terzo principio, ossia la proibizione dei rapporti connotati da incertezza (*gharār*), l'incertezza insita nel *gharār* riguarda elementi del contratto quali il prezzo, ovvero la quantità o la qualità dei beni o servizi che ne costituiscono l'oggetto. Tuttavia, essa non è limitata ad una sorta di indeterminatezza degli elementi del contratto¹⁰²⁵.

L'incertezza proibita dal Corano deve essere intesa quale risultato dei processi di informazione o di reciproco controllo che legano le parti di un contratto. Si è ritenuta la ricorrenza di *gharār* anche laddove solo una delle parti sia a conoscenza di informazioni relative alla vicenda contrattuale, ignote pertanto all'altra, ovvero lo stesso oggetto del contratto o alcune delle sue vicende sfuggano al controllo di entrambe le parti¹⁰²⁶. Si tratta, pertanto, di transazioni dal contenuto altamente "aleatorio" nelle quali l'oggetto del contratto è connotato da assoluta incertezza, anche sulla sua stessa esistenza, ovvero non sia conosciuto da una delle parti del contratto, ovvero vi sia assoluta incertezza in merito alla sua consistenza futura.

Similmente a quanto accade nella teoria generale del contratto dell'ordinamento italiano, in fondo la *ratio* della proibizione è quella di scongiurare tutti quei fenomeni di "ingiustizia contrattuale" diffusi nel mondo pre-islamico nei quali le eccessive incertezze e le asimmetrie informative erano motivo di contrasti e ambiguità non conformi ai precetti morali di solidarietà.

Infine, vige come quarto principio della finanza islamica la proibizione delle scommesse e delle speculazioni (*maysīr*). Il concetto richiama

¹⁰²⁴ KHIR M.F.A., *The Concept of The Time Value of The Money: A Shari'ah Viewpoint*, in *Int. Journal of Islamic Banking & Finance*, 2013, sept., p. 1 ss.

¹⁰²⁵ RUSSO T. V., *I contratti Sharī'a compliant*, cit., p. 43.

¹⁰²⁶ IQBAL Z. – MIRAKHOR A., *An Introduction to Islamic finance: Theory and Practice*, Singapore, 2011, p. 156 e ss.

sostanzialmente il mondo delle scommesse e di tutte le forme di speculazione economica in grado di realizzare forti disomogeneità delle posizioni contrattuali tali da essere irrimediabilmente ingiuste¹⁰²⁷.

3.2 Il contratto di *murabahah*

Nel rispetto dei principi della finanza islamica, la tipologia contrattuale più largamente utilizzata dalle banche islamiche è il contratto di *murabahah*, con una percentuale pari al 68% rispetto ad altri strumenti finanziari¹⁰²⁸, nonché rappresenta il tipo più interessante ai fini della ricerca.

Prima di esaminare la struttura di tale contratto, è utile ripercorrere brevemente le regole della teoria generale del contratto nel diritto islamico.

Nel diritto musulmano la teoria generale delle obbligazioni e del contratto è opera di taluni studiosi contemporanei che hanno tratto dalla casistica delle fonti il materiale per l'elaborazione di una teoria generale. Precisamente, i giuristi della scuola Hanafita hanno elaborato una tripartizione delle fonti del diritto (*asbàb*): dichiarazione di volontà (unilaterale o bilaterale come il contratto – '*aqd*'), il fatto concludente e il fatto illecito¹⁰²⁹.

La maggior parte delle scuole ritiene, tuttavia, che la promessa unilaterale (*wa'd*), laddove non sia parte di una più complessa pattuizione,

¹⁰²⁷ RUSSO T. V., *I contratti Sharī'a compliant*, cit., p. 49.

¹⁰²⁸ AJMI H. – KASSIM S. – AZIZ H. A. – MANSOUR W., *A literature review of financial contracting theory from the Islamic and Conventional overviews: contributions, gaps and perspectives*, in *Journal of King Abdulaziz University, Islamic Economics*, 2019; DE DONNO G., *Islamic finance law as an autopoietic system. The relevance of formalism over principles*, in *Rivista di diritto bancario*, 2021, p. 28; NAGAOKA S., *Beyond the Theoretical Dichotomy in Islamic Finance: Analytical Reflections on Murābahah Contracts and Islamic Debt Securities*, in *Kyoto Bulletin of Islamic Area Studies*, 2007, p. 72-91; ALSAYYED N., *The Uses and Misuses of Commodity Murabaha: Islamic Economic Perspective*, MRP paper, in: <http://mprpa.ub.unimuenchen.de/id/eprint/20262>, 2010.

¹⁰²⁹ CASTRO F., *Il modello islamico*, cit., p. 68.

non sia vincolante, sia dal punto di vista religioso che da quello legale¹⁰³⁰.

Ai fini della ricerca, è utile soffermarsi sulla disciplina della mora nell'adempimento (*matl*), molto diversa dalle regole romanistiche.

Infatti, vale il principio per cui il debitore nulla deve se non l'oggetto della propria obbligazione, essendo proibita qualsiasi forma di interesse (*ribā*). Egli sarà piuttosto colpevole dinanzi a Dio e alla propria coscienza, essendo l'inadempimento senza giusta causa un grave peccato. Tuttavia, alcuni studiosi hanno di recente qualificato la mora come fatto illecito così ammettendo il risarcimento del danno sopportato del creditore, in aggiunta all'obbligazione originaria¹⁰³¹.

Ciò chiarito, anche nel diritto islamico il contratto è accordo di volontà e, mancando una teoria generale, si nota un approccio più casistico attraverso l'analisi dei singoli contratti. In particolare, il contratto di compravendita, *bay'*, era considerato il modello generale per tutti gli altri tipi di contratto, cui venivano applicate le medesime regole tramite il ricorso all'analogia, *qiya*¹⁰³².

Così, anche il diritto islamico conosce la distinzione tra contratti tipici (*'Aqdun musamma*), con riferimento a quegli schemi contrattuali nominati e disciplinati dalle fonti, e contratti atipici (*'Aqdun ghair musamma*). Similmente al diritto italiano, ai fini della meritevolezza dei contratti atipici occorre il necessario controllo in concreto del rispetto dei principi sciaratici¹⁰³³.

L'autonomia negoziale che si estrinseca nella possibilità di dar vita ai contratti atipici trova fondamento nella cd teoria della tolleranza (*ibāha*), ossia la naturale libertà concessa da Dio all'uomo con il limite della legge

¹⁰³⁰ RUSSO T. V., *I contratti Sharī'a compliant*, cit., p. 63; MUHAMMAD M. - YAACOB H. - HASAN S., *The bindingness and enforceability of a unilateral promise (wa'd): an analysis from Islamic law and legal perspectives*, Research paper n. 30/2011, International Shari'ah Research Academy for Islamic Finance.

¹⁰³¹ CASTRO F., *Il modello islamico*, cit., p. 69.

¹⁰³² *Ibidem*.

¹⁰³³ RUSSO T. V., *I contratti Sharī'a compliant*, cit., p. 62.

divina¹⁰³⁴.

Una prima classificazione dei contratti nominati distingue i contratti a titolo gratuito da quelli a titolo oneroso e i contratti che trasferiscono la proprietà (*raqaba*) dai contratti che costituiscono un diritto di godimento sulla cosa (*manfa'a*)¹⁰³⁵.

Tra questi, il contratto di compravendita, come anticipato, occupa una posizione preminente e anche nel diritto musulmano esso si perfeziona tramite il consenso, *niyya*. In questa categoria si inserisce anche il contratto di *murabahah*, caratterizzato da una clausola particolare circa il prezzo della vendita: esso prevede una rivendita della cosa a prezzo fisso e anticipatamente concordato con l'acquirente e, come a breve si vedrà, esso è molto utilizzato nel sistema bancario islamico¹⁰³⁶.

Dal punto di vista della forma, si distingue tra *'aqdun rida'i*, per i quali non si richiedono forme particolari per la manifestazione del consenso, e *'aqdun shakli*, per indicare quei contratti per i quali è richiesta la forma scritta. Il rigore formale è generalmente richiesto per i contratti che non esauriscono i loro effetti al momento della conclusione in quanto generano obbligazioni da adempiere successivamente¹⁰³⁷.

Sul piano delle patologie contrattuali, la Scuola Hanafita usa distinguere tra contratti nulli (*batil*) e contratti "irregolari" (*fasid*): i primi sono quei contratti che non rispettano i requisiti essenziali, o fanno uso di un linguaggio incomprensibile, ovvero hanno ad oggetto beni proibiti; i secondi, invece, sono quei contratti che, pur soddisfacendo i requisiti essenziali, contengono alcune violazioni alla legge, quali ad esempio pattuizioni in contrasto con la

¹⁰³⁴ CASTRO F., *Il modello islamico*, cit., p. 69.

¹⁰³⁵ CASTRO F., *Il modello islamico*, cit., p. 69. Sulla libertà negoziale nel diritto islamico si veda anche: DE DONNO G., *Islamic finance law as an autopoietic system. The relevance of formalism over principles*, in *Rivista di diritto bancario*, 2021, p. 10.

¹⁰³⁶ CASTRO F., *Il modello islamico*, cit., p. 70.

¹⁰³⁷ *Ibidem*.

proibizione del *gharār*. Il contratto nullo è inesistente, come se non fosse mai stato concluso. Il contratto irregolare può essere sanato attraverso l'eliminazione dei profili che contrastano con i principi fondamentali¹⁰³⁸.

Sebbene le regole e i principi esposti siano comuni alla maggior parte dei sistemi giuridici, nel diritto islamico questi trascendono la mera giuridicità per ricollegarsi alla dimensione morale e religiosa¹⁰³⁹.

Di tale dimensione tiene conto anche il contratto di *murabahah*, ossia lo strumento utilizzato nella compravendita di immobili che realizza sostanzialmente una vendita a rate con riserva di proprietà. Il contratto di *murabahah* è stato utilizzato a livello di vendita al dettaglio come tecnica per finanziare le vendite di immobili ai consumatori in conformità con i requisiti della *sharī'a*¹⁰⁴⁰.

Storicamente, tale contratto è molto antico, la *murabahah* classica prevede una semplice operazione di vendita basata sul credito, con la quale il venditore dichiara il proprio costo e profitto. La *murābaha* classica, quindi, è uno strumento per il commercio la cui logica economica utilizza l'elasticità della domanda rispetto al prezzo del bene venduto, tenendo conto del tasso di rendimento atteso del commerciante¹⁰⁴¹. Le vendite di *murabahah* sono

¹⁰³⁸ *Ibidem*.

¹⁰³⁹ CASTRO F., *Il modello islamico*, cit., p. 69.

¹⁰⁴⁰ RUSSO T. V., *I contratti Sharī'a compliant, Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, in *Islamic Law and Finance*, 1, collana diretta da RUSSO T. V. – KHALEQ A.H.A., Napoli, 2014; HART ANDREW - ALEX CHILDS, *Murabaha: A New Era*, in *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, 2011, vol. 26, no. 7, p. 425 – 427; YOUSEF TARIK M., *The Murabaha Syndrome in Islamic Finance: Laws, Institutions and Politics*, in *The Politics of Islamic Finance*, edited by Clement M. Henry - Rodney Wilson, Edinburgh, 2004; HAYAT U. – MALIK A., *Islamic Finance: ethics, concepts, practice*, 2014, in cfainstitute.org; JATMIKO W., *Towards A Sustainable Islamic Banking System: Re-embedding Murabaha Mode of Financing*, in *Indonesian Capital Market Review*, 2017, p. 101; FAHIM KHAN M. – PORZIO M., *Islamic Banking and Finance in the European Union*, Cheltenham, 2010; PICCINELLI G. M., *Il modello islamico*, Torino, 2007; NIELSEN J. – CHRISTOFFERSEN L., *Shari'a as discourse*, New York, 2010.

¹⁰⁴¹ RASHID M. - MITRA D., *Price Elasticity of Demand and an Optimal Cash Discount Rate in Credit Policy*, in *Financial Review*, 1999, 113-125.

descritte nel noto libro di giurisprudenza musulmana, *al-Muwatfa'*, di *Mālik ibn Anas*¹⁰⁴². I giuristi islamici (*juqahà*) generalmente consentono la vendita a credito di beni, che sono classificati come non usurari (*ghayr ribawl*)¹⁰⁴³.

Oggi, invece, nel sistema bancario l'operazione è così strutturata: il contratto di *murabahah* realizza una doppia compravendita nella quale un soggetto acquista un bene nell'interesse dell'acquirente per poi rivenderglielo maggiorato di un margine di profitto (*mark up*)¹⁰⁴⁴.

Solitamente, il rivenditore è una banca la quale è sia fornitore che finanziatore, mentre l'acquirente finale è il soggetto finanziato e l'operazione è equiparabile ad un contratto di mutuo consumeristico¹⁰⁴⁵, laddove però nel sistema bancario convenzionale si ricorre ad un contratto di mutuo con interessi, i quali, tuttavia, come si è avuto modo di spiegare, nel diritto islamico sono proibiti¹⁰⁴⁶.

Dunque, il soggetto finanziato individua il bene che gli interessa, la banca lo acquista ad un prezzo noto e successivamente lo rivende al primo ad un prezzo maggiorato, giustificato dall'attività di intermediazione. Il soggetto finanziato non restituisce capitale più interessi, ma capitale più commissione e il pagamento può avvenire in un'unica soluzione o a rate¹⁰⁴⁷.

Al fine della *compliance* con la *sharī'a*, in primo luogo, la banca deve

¹⁰⁴² MEDINA 795 d.C. DE DONNO G., *Islamic finance law as an autopoietic system. The relevance of formalism over principles*, in *Rivista di diritto bancario*, 2021, p. 28.

¹⁰⁴³ EBRAHIM M. – SHEIKH M., *Debt Instruments in Islamic Finance: A critique*, in *Arab Law Quarterly*, 2016, p. 185.

¹⁰⁴⁴ RUSSO T. V., *I contratti Sharī'a compliant*, cit., p. 74; NETHERCOTT C., EISENBERG D., *Islamic Finance: Law and Practice*, Oxford, 2012, 138: "it is a transaction whereby a seller buys goods at request of a customer. The seller takes title in such goods. In turn, the seller enters in a sale contract with the purchaser to buy such goods at an agreed and disclosed profit in addition to the purchase price. The seller and the purchaser agree deferred payment terms (...)".

¹⁰⁴⁵ DE DONNO G., *Islamic finance law as an autopoietic system. The relevance of formalism over principles*, in *Rivista di diritto bancario*, 2021, p. 29.

¹⁰⁴⁶ RUSSO T. V., *I contratti Sharī'a compliant*, cit., p. 74.

¹⁰⁴⁷ RUSSO T. V., *I contratti Sharī'a compliant*, cit., p. 74.

acquisire la proprietà del bene prima della vendita all'acquirente, il quale deve appartenere ad un terzo in quanto la *sharī'a* non consente il fenomeno del *buy back*, poiché costituirebbe un finanziamento con interessi¹⁰⁴⁸.

Per quel che interessa ai fini della ricerca, in caso di inadempimento del finanziato, la banca non perde la titolarità del bene, non può prevedere contrattualmente penali o interessi moratori e solitamente, il mancato pagamento di due rate è considerato inadempimento ed è salvo il risarcimento di maggior danno¹⁰⁴⁹. Al più, la banca può chiedere ulteriori garanzie, anche immobiliari¹⁰⁵⁰.

In sintesi, nell'operazione descritta, non vi è alcun prestito di denaro, ma un trasferimento di un bene il cui pagamento da parte del cliente è garantito dal bene stesso; inoltre, se nel mutuo la banca è esposta solo al rischio di credito, qui è esposta anche al rischio-prezzo in quanto il bene viene da essa acquistato per conto del cliente¹⁰⁵¹.

In ogni caso, la banca deve rispettare la regola secondo la quale il bene deve, anche per breve tempo, essere di sua proprietà, prima di diventare del cliente, attraverso il quale ne esercita il possesso¹⁰⁵².

Dunque, l'istituto bancario islamico sembra affrontare rischi diversi in una transazione *murabahah* rispetto a una convenzionale nell'ambito di un prestito di credito al consumo. La banca, infatti, è soggetta i) al rischio di perdita e danneggiamento rispetto al bene acquistato e ii) al rischio di eventuale ritardo nel pagamento della somma pattuita da parte del cliente per

¹⁰⁴⁸ *Ibidem*; USMANI M., *An introduction to Islamic Finance*, Karachi, 1998, p. 73 e ss.

¹⁰⁴⁹ IQBAL Z. – MIRAKHOR A., *An Introduction to Islamic finance*, cit., p. 133.

¹⁰⁵⁰ USMANI M., *An introduction to Islamic Finance*, Karachi, 1998, p. 75 e 90.

¹⁰⁵¹ RUSSO T. V., *I contratti Sharī'a compliant*, cit., p. 76; DE DONNO G., *Islamic finance law as an autopoietic system. The relevance of formalism over principles*, in *Rivista di diritto bancario*, 2021, p. 30.

¹⁰⁵² USMANI M., *An introduction to Islamic Finance* cit., p. 74: il quale paragona l'attività del cliente-agente, in queste ipotesi, a quella di un *trustee*, mentre la proprietà del bene e i relativi rischi rimangono in capo all'ente bancario.

il quale non possono essere richiesti interessi di mora. Tuttavia, tutte queste divergenze scompaiono a uno sguardo più attento alla pratica¹⁰⁵³.

Al fine di ridurre al minimo il rischio di perdite e danni, le banche islamiche hanno raffinato delle tecniche contrattuali per plasmare il contratto *murabahah* alle proprie esigenze: ad esempio, quella di ridurre i rischi derivanti dall'eventuale inadempimento del cliente alla promessa di acquistare il bene. Si è così diffusa nella contrattazione bancaria la prassi di responsabilizzare il cliente facendogli assumere il ruolo di agente nella contrattazione con il fornitore. Pertanto, il bene è consegnato direttamente nelle mani del cliente-agente a fronte del pagamento da parte della banca, che, comunque, mantiene la proprietà del bene sino al pagamento integrale della somma pattuita (prezzo più profitto). In tal modo, sarà più difficile per il cliente-acquirente formulare riserve o eccezioni in merito alla qualità del bene oggetto della transazione, ovvero rendersi inadempiente alle obbligazioni contrattuali¹⁰⁵⁴.

Precisamente, le banche i) richiedono al cliente di stipulare una promessa unilaterale mediante la quale il cliente si impegna a riacquistare il bene dalla banca e ii) stipulano un contratto di agenzia mediante il quale nominano il cliente quale mandatario per l'acquisto del bene. Il cliente acquista il bene per conto della banca e poi si offre subito di acquistarlo da quest'ultima. Di conseguenza, il tempo in cui il rischio di perdite e danni è sopportato dalla banca è drasticamente ridotto¹⁰⁵⁵.

Tuttavia, anche la struttura del contratto *murabahah* presenta delle criticità. In primo luogo, la duplicazione della documentazione contrattuale ai fini della stipula di un'unica operazione economica aumenta i costi di

¹⁰⁵³ DE DONNO G., *Islamic finance law as an autopoietic system. The relevance of formalism over principles*, in *Rivista di diritto bancario*, 2021, p. 30.

¹⁰⁵⁴ RUSSO T. V., *I contratti Sharī'a compliant*, cit., p. 127; USMANI M., *An introduction to Islamic Finance*, Karachi, 1998, p. 107.

¹⁰⁵⁵ DE DONNO G., *Islamic finance law as an autopoietic system. The relevance of formalism over principles*, in *Rivista di diritto bancario*, 2021, p. 30.

transazione, il rischio di una sua violazione e il rischio di potenziali contenziosi. Inoltre, nei Paesi in cui tali operazioni non sono riconosciute come un'unica operazione, ciò può anche portare ad una doppia imposizione fiscale¹⁰⁵⁶.

Da ultimo, un'ulteriore tipologia contrattuale interessante ai fini della ricerca è il *Diminishing Musharakah*¹⁰⁵⁷, utilizzato al fine della concretizzazione di operazioni per il finanziamento del credito immobiliare ai consumatori e non solo.

Tale contratto utilizza una struttura basata su una *partnership* della proprietà del bene tra finanziatore e finanziato: il cliente ha il possesso dell'immobile, corrisponde sia una rata al finanziatore per il godimento e sia una rata per l'acquisto scadenza delle quote sino a diventare l'unico titolare del capitale sociale e, pertanto, l'unico proprietario dell'immobile¹⁰⁵⁸.

Si tratta di una modalità di acquisto di quote della comproprietà del bene che varia in relazione al rimborso del finanziamento, così, le quote di comproprietà si modificano gradualmente in forza dell'ammortamento del prestito¹⁰⁵⁹.

In concreto, la parte finanziata si impegna ad acquistare con scadenze prefissate, le quote di comproprietà immobiliare del finanziatore e in caso di inadempimento, nella prassi contrattuale islamica, non si assiste a fenomeni riconducibili al patto commissorio. Diversamente, la banca ha il diritto potestativo di vendere il bene al fine di monetizzare la propria quota di proprietà, gravando sul soggetto inadempiente eventuali danni.

Da ultimo, prima di terminare l'indagine sul diritto islamico, si ritiene utile esaminare il profilo della coercibilità dei contratti *sharī'a compliant*. Il problema si pone anche nelle giurisdizioni occidentali alla luce del sempre

¹⁰⁵⁶ DE DONNO G., *Islamic finance law as an autopoietic system. The relevance of formalism over principles*, in *Rivista di diritto bancario*, 2021, p. 31.

¹⁰⁵⁷ RUSSO T. V., *I contratti Sharī'a compliant*, cit., p. 127.

¹⁰⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁵⁹ RUSSO T. V., *I contratti Sharī'a compliant*, cit., p. 127 e ss.

più diffuso ricorso a clausole contrattuali di scelta della legge del contratto, che è quasi sempre quella inglese, specialmente nelle transazioni con parti occidentali¹⁰⁶⁰.

A tal fine, è interessante approfondire l'esito decisionale delle Corti dei Paesi occidentali di fronte al contrasto tra la legge islamica e la legge prescelta, specie ove concerna i principi fondamentali e le proibizioni della prima¹⁰⁶¹.

Nelle Corti occidentali (cd *purely secular jurisdictions*), si è ritenuta prevalente la legislazione ordinaria, anche alla luce della considerazione secondo la quale l'art. 3 della Convenzione di Roma in materia di obbligazioni contrattuali non prevede la scelta tra una legge nazionale e un sistema normativo non appartenente ad alcuna giurisdizione, quale la *sharī'a*¹⁰⁶².

Sul punto, sono diventati noti due casi affrontati dalle Corti inglesi che concernono entrambi una controversia avente ad oggetto clausole del

¹⁰⁶⁰ MOHAMAD T.A.H. - TRAKIC A., *Enforceability of Islamic Financial contracts in secular jurisdictions: Malaysian Law as the Law of reference and Malaysian Courts as the forum for settlement of disputes*, Research Paper n. 33/2012, *Islamic Shari'ah Research Academy for Islamic Finance*, p. 3, i quali ritengono che la scelta della legge inglese, ma anche delle Corti inglesi, sia da ricondurre alla "London's unique financial reputation and the international community's respect for English judges and the integrity of their judicial decisions"; in tal senso, v., pure, ALDOHMI A.K., *The Challenge of Islamic Banking Disputes in The English Courts: The applicable Law*, in *Journal of International Banking and Financial Law*, 2009, 6, p. 350 ss.; COLON J.C., *Choice of Law and Islamic Finance*, in *Texas International Law Journal*, 2010, p. 411 ss.

¹⁰⁶¹ BALZ K., *Islamic Law as Governing Law under the Rome Convention. Universalist Lex Mercatoria v Regional Unification of Law*, in *Uniform Law Review*, 2001, p. 44 ss.; FOSTER N., *Encounters between legal systems: recent cases concerning Islamic commercial law in secular courts*, in *Amicus Curiae*, n. 68, nov/dec 2006, p. 1 ss.; MOHAMAD T.A.H. E TRAKIC A., *Enforceability of Islamic Financial contracts in secular jurisdictions: Malaysian Law as the Law of reference and Malaysian Courts as the forum for settlement of disputes*, Research Paper (n. 33/2012), *Islamic Shari'ah Research Academy for Islamic Finance*.

¹⁰⁶² Regolamento CE n. 593 del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I).

contratto di *murabahah* che applicavano la legge inglese: il cd caso *Gems Symphony*¹⁰⁶³ e il cd caso *Beximco*¹⁰⁶⁴.

Nel primo caso, un contratto *murabahah* era stato assoggettato al diritto inglese, ma in “*accordance with the Islamic Sharī‘a*”¹⁰⁶⁵ e di fronte alle argomentazioni dell’attore secondo le quali quell’accordo fosse da considerarsi nullo poiché privo dei requisiti obbligatori previsti dalla *sharī‘a*, la Corte lo ha ritenuto valido in quanto conforme al diritto inglese dei

¹⁰⁶³ *England and Wales High Court*, 13 febbraio 2002, *Islamic Investment Company of the Gulf (Bahamas) Ltd vs. Gems Symphony*, in LexisNexis con nota di BALZ K., *A Murabaha Transaction in an English Court: The London High Court of 13th February 2002*, in *Islamic Law and Society*, 2004, p. 117; MOGHUL U. E - AHMED A., *Contractual Forms in Islamic Finance Law and Islamic Inv Co of the Gulf (Bahamas) Ltd v Symphony Gems NV & Ors: A First Impression of Islamic Finance*, in *Fordham International Law Journal*, 2003, p. 150; FOSTER N., *Encounters between legal systems: recent cases concerning Islamic commercial law in secular courts*, in *Amicus Curiae*, n. 68, nov/dec 2006, p. 1 ss.

¹⁰⁶⁴ *London Court of Appeal*, 28 gennaio 2004, *Shamil Bank of Bahrain vs. Beximco Pharmaceuticals Ltd and others* con nota di BALZ K., *Islamic Financing Transactions in European Courts*, in *Ali Islamic Finance: Current Legal and Regulatory Issues*, 2005, p. 65-67; MCKNIGHT A., *A Review of Developments in English Case Law during 2004*, in *Journal of International Banking Law and Regulation*, 2005, p. 151.

¹⁰⁶⁵ Nel caso di specie, la società *Gems Symphony* aveva richiesto alla società *IICG* di acquistare una quantità di pietre preziose da un rivenditore di Hong Kong per il prezzo di 15 milioni di US\$, per poi rivenderle alla prima per il prezzo di 15.834.900 US\$ che sarebbe stato corrisposto ratealmente. Il contratto prevedeva l’obbligo del pagamento delle rate “*whether or not: a) any property in the Supplies has passed to the Purchaser under the relevant Purchase Agreement and/or to the Seller under the relevant Supply contract*”. Nonostante la mancata consegna dei preziosi da parte del fornitore asiatico, la *IICG* pretendeva l’esecuzione del contratto e pertanto il pagamento delle rate. Tuttavia, secondo i principi della *sharī‘a*, nel contratto di *murabahah* sino a quando i beni non vengono consegnati nelle mani dell’acquirente finale, i rischi associati sono a carico del finanziatore (la *IICG* in questo caso); con quella clausola la banca aveva inteso proteggersi dal rischio della mancata consegna dei beni da parte del fornitore, trasferendolo sul cliente (*Symphony*). La Corte si era peraltro rivolta a due esperti di diritto islamico, i quali avevano ritenuto che la pattuizione non fosse *sharī‘a compliant*. Ciononostante, la Corte accoglieva la domanda della *IICG* non ritenendo quella clausola in contrasto con la *English Law* consensualmente scelta dalle parti.

contratti¹⁰⁶⁶.

Nel caso *Beximco*, parimenti, il contratto di *murabahah* era disciplinato dalla legge inglese e rinviava espressamente al diritto sciaritico¹⁰⁶⁷. La controversia giunse all'attenzione delle Corti inglesi poiché, nel caso di specie, l'attore allegava la nullità del contratto in quanto non conforme alla *sharī'a* poiché prevedeva, in concreto, la corresponsione di interessi¹⁰⁶⁸.

I giudici, sia di primo che di secondo grado, hanno ritenuto che non fosse valido un contratto che richiamasse due differenti sistemi ordinamentali (*English Law e sharī'a Law*), tenuto peraltro conto che il diritto islamico non costituisce legge nazionale ai sensi della Convenzione di Roma e del *Contract Act* del 1990, non potendo le parti aver inteso affidare ad una Corte inglese la risoluzione di una controversia secondo i principi religiosi.

Le Corti inglesi, in conclusione, hanno ritenuto che il rinvio ai principi religiosi sciaritici non consenta la disapplicazione della legge inglese.

Per concludere, ai fini della ricerca, il sistema ordinamentale islamico, e in particolare della finanza islamica sulle garanzie reali, si dimostra interessante e offre degli spunti di riflessione in tema di autonomia negoziale e autotutela soddisfattiva del creditore.

4. L'ordinamento cinese

Sino ad una ventina di anni fa in Italia il diritto cinese non era insegnato

¹⁰⁶⁶ MOGHUL U.F. - AHMED A., *Contractual Forms in Islamic Finance Law and Islamic Inv. Co. Of the Gulf (Bahamas) ltd v. Symphony Gems N.V. & Ors: a first impression of Islamic Finance*, in *Fordham int. Law Journal*, dec 2003, p. 1 ss.

¹⁰⁶⁷ Nel caso di specie, a seguito del ripetuto inadempimento da parte dei beneficiari del finanziamento, la Shamil Bank si rivolgeva all'autorità giudiziaria; nella tesi difensiva dei convenuti si deduceva che, ai fini della coercibilità dell'accordo, questo dovesse essere valido sia per il diritto inglese che per la *Sharī'a* e si concludeva per la incoercibilità dovuta dalla *non compliance* del contratto con i precetti sciaratici, attesa la ricorrenza, in concreto, di un finanziamento *riba-based*.

¹⁰⁶⁸ FOSTER N., *Islamic Finance Law as an Emergent Legal System*, in *Arab Law Quarterly*, 2007, p. 173.

nelle Università, né vi erano riviste o associazioni che se ne occupassero. Anche sotto il profilo pratico, il commercio con la Cina si è sviluppato solo a partire dagli anni Ottanta attraverso *joint venture* italiane sul territorio della Repubblica Popolare Cinese (o RPC)¹⁰⁶⁹. In genere, però, si trattava di piccole operazioni, nelle quali le tecniche giuridiche e il ruolo dei legali era piuttosto marginale, mentre quasi tutti i maggiori affari venivano seguiti dai grandi studi americani o inglesi, che stavano già allora accumulando, con i loro uffici in Cina e a Hong Kong, una notevole esperienza dell'ordinamento giuridico cinese e del suo funzionamento pratico.

Gli studiosi italiani si sono avvicinati al diritto cinese soltanto negli anni Novanta con l'accelerazione delle liberalizzazioni e della politica di apertura al commercio internazionale e agli investimenti esteri. Tale interesse si è poi intensificato dopo dell'adesione cinese alla Organizzazione mondiale del commercio nel 2001¹⁰⁷⁰.

Nel frattempo, le imprese cinesi si sono gradualmente globalizzate e sempre più investono all'estero in risorse naturali, energia, tecnologia, marchi commerciali, attraverso una campagna di acquisizioni internazionali anche verso l'Europa¹⁰⁷¹.

Per il giurista italiano l'emergere della Cina significa, sia sul piano pratico sia su quello dottrinale, dover affrontare un contatto sempre più frequente e profondo con le norme del diritto civile, commerciale, tributario o internazionale privato della Repubblica Popolare Cinese e con la loro interpretazione e applicazione da parte dei giudici, degli avvocati, dei professori e dei funzionari cinesi¹⁰⁷².

¹⁰⁶⁹ CAVALIERI R., *Il diritto cinese in Italia*, in *Mondo Cinese*, 2010, vol. 144, pp. 28 - 40.

¹⁰⁷⁰ CAVALIERI R., *L'adesione della Cina alla WTO: implicazioni giuridiche*, Lecce, 2003.

¹⁰⁷¹ CAVALIERI R. - BARBATELLI C., *La Cina non è (ancora) per tutti*, Milano, Olivares, 2015, vol. 1, pp. 1-260.

¹⁰⁷² *Ibidem*.

Così, lo studio dell'ordinamento cinese ha conosciuto un significativo avanzamento e ne è emerso che l'ordinamento giuridico della Cina appartiene, quanto meno nel campo dei rapporti civili, alla grande famiglia dei sistemi fondati sul diritto romano e trova ancora oggi nel diritto romano un'importante fonte di ispirazione dottrinale. I giuristi cinesi e quelli italiani utilizzano categorie e istituti simili, si comprendono meglio di quanto non succeda con giuristi di *common law*¹⁰⁷³.

La principale peculiarità del diritto tradizionale cinese è che esso si è sviluppato nella tensione tra l'orientamento della scuola legista, che vedeva le norme giuridiche come elemento fondamentale dell'azione di governo e quello della scuola confuciana che propendeva, invece, per un governo della società basato prevalentemente su regole etiche, con il diritto chiamato a svolgere un ruolo suppletivo¹⁰⁷⁴.

Difatti, il diritto in Cina si è sviluppato in una posizione di costante subordinazione rispetto al pensiero filosofico, il quale si è prevalentemente orientato verso problemi di natura morale e sociale¹⁰⁷⁵. I principali testi antichi filosofici vengono associati alla tradizione confuciana, perciò, lo studio e la ricerca dei principi fondamentali del diritto cinese tradizionale si risolve essenzialmente nello studio del pensiero di Confucio¹⁰⁷⁶.

Ciò che ne emerge, specie con riferimento al passato, è una carenza di testi legislativi e dottrinali. Questo trova essenzialmente la propria spiegazione nell'atteggiamento culturale cinese di fronte alle liti tra

¹⁰⁷³ *Ibidem*.

¹⁰⁷⁴ PORCELLI S., *Diritto cinese e tradizione romanistica. Terminologia e sistema*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano Vittorio Scialoja: quarta serie*, 2016, p. 253.

¹⁰⁷⁵ DELL'AQUILA E., *Il diritto cinese: introduzione e principi generali*, Padova, 1981: nei più antichi testi filosofici si trovano numerose regole in materia di rapporti familiari e di successione.

¹⁰⁷⁶ CARDILLO I., *Orientamenti di diritto tradizionale cinese e confucianesimo*, in *Tigor: rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica*, 2021, p. 124 e ss.

consociati per cui ciò che è fondamentale non è tanto dirimere, quanto prevenire le controversie. Nel caso in cui la controversia non fosse risolvibile in via amichevole, infatti, grande importanza assumeva l'equità secondo l'etica confuciana, prima ancora della legge scritta¹⁰⁷⁷.

Di conseguenza, in Cina l'emanazione di leggi non è stata tradizionalmente ritenuta un mezzo idoneo per la risoluzione delle liti tra privati. L'opportunità di emanare leggi e codici è stata avvertita solo in relazione a comportamenti criminosi che rappresentassero un serio pericolo per la comunità. Al contrario, di fronte a vertenze insorte tra soggetti riguardanti materie comprese nell'ambito del diritto privato, il loro componimento è stato svolto tradizionalmente per via stragiudiziale, da parte di notabili od organizzazioni locali o di funzionari amministrativi in veste di arbitri più che di giudici, affinché venissero risolte in base alle norme di comportamento (*Li*) e tenendo conto delle esigenze del caso concreto¹⁰⁷⁸.

Dunque, la parola italiana "diritto" può essere tradotta in cinese in due modi: *Fa* (o *fali*) quando sia intesa nella sua accezione oggettiva (*law*, diritto come insieme di norme giuridiche che regolano una determinata comunità), oppure *Quanli* quando sia intesa nella sua accezione soggettiva (*right*, diritto come interesse individuale giuridicamente tutelato). *Fa* è una parola che ha una storia e un'evoluzione millenaria, mentre *Quanli* è un neologismo, importato dall'inglese nella seconda metà del XIX secolo: se dunque la Cina possiede sin dalla remota antichità una propria nozione oggettiva di diritto e ha storicamente sperimentato architetture legislative e strutture amministrative raffinate e complesse, essa non ha, invece, teorizzato quella

¹⁰⁷⁷ CARDILLO I.- RONGGEN Y., *La cultura giuridica cinese tra tradizione e modernità*, in *Quaderni fiorentini*, 2020, p. 97 e ss; CARDILLO I., *L'attualità delle riflessioni di Calamandrei e Bobbio sull'ordinamento giuridico cinese*, in *Il Ponte*, sett. – ott. 2020, p. 48 e ss.

¹⁰⁷⁸ DELL'AQUILA E., *Il diritto cinese: introduzione e principi generali*, cit., p. 22; CARDILLO I.- RONGGENY., *La cultura giuridica cinese tra tradizione e modernità*, cit., p. 97 e ss. CARDILLO I., *L'attualità delle riflessioni di Calamandrei e Bobbio sull'ordinamento giuridico cinese*, cit., p. 48.

di diritto soggettivo, almeno sino a quando non ne ha recepita la nozione dal diritto europeo¹⁰⁷⁹.

Ciò avvenne a partire dalla metà del XIX secolo su pressione delle potenze imperialistiche e in particolare a causa dei trattati ineguali, la cui *ratio* si fondava proprio sull'inadeguatezza del sistema giuridico cinese a garantire i diritti e le libertà di cui i cittadini e le imprese occidentali dovevano poter godere¹⁰⁸⁰.

Tralasciando la storia millenaria dell'Impero, nel 1912 fu proclamata la Repubblica Popolare cinese e, dopo molti tentennamenti¹⁰⁸¹, tra il 1929 e il 1936, il governo nazionalista operò una serie di grandi riforme legislative, introducendo nei più svariati settori del diritto atti normativi ispirati alle esperienze europee dell'epoca¹⁰⁸². Il modello maggiormente utilizzato fu quello allora dominante, ossia quello europeo continentale, di derivazione romano-germanica¹⁰⁸³. È in quest'epoca quindi, soltanto poco più di un secolo fa, che la Cina incontra il sistema romanistico ed è in questo periodo che iniziano i primi tentativi di codificazione. Nell'ordine, una prima bozza di Codice civile risale al 1911 e non è mai entrato in vigore per la caduta della

¹⁰⁷⁹ CAVALIERI R., *Modelli giuridici occidentali e diritto cinese*, in *Nuova Secondaria*, 2019, p. 39.

¹⁰⁸⁰ SVARVERUD R., *The notions of 'power' and 'rights' in Chinese political discourse*, in M. LACKNER - I. AMELUNG - J. KURTZ (ed.), *New Terms for New Ideas: Western Knowledge & Lexical change in Late Imperial China*, Leiden, 2001.

¹⁰⁸¹ CAVALIERI R. – BELLOMO V. - D'ATTOMA S., *Diritto, cittadini e potere in Cina in Sulla via del Catai*, Centro Studi Martino Martini, Trento, 2015, vol. VIII, pp. 1-175.

¹⁰⁸² Per un esame completo: PORCELLI S., *Diritto cinese e tradizione romanistica. Terminologia e sistema*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano Vittorio Scialoja: quarta serie*, 2016, p. 253.

¹⁰⁸³ TIMOTEO M., *Of Old and New Codes: Chinese Law in the Mirror of Western Laws*, in G. ABBATTISTA (ed.), *Law, Justice and Codification in Qing China. European and Chinese Perspectives*, Trieste, 2017, pp. 177-192; CARDILLI R., *Diritto cinese e tradizione romanistica alla luce del nuovo Codice della Rpc*, in *Mondo cinese*, 2020, n. 167, p. 25; ANLING F., *Elaborazione e caratteristiche del Codice civile cinese*, in *Codice civile cinese e sistema giuridico romanistico*, a cura di SACCOCCIO A. - PORCELLI S., Modena, 2021, p. 72.

dinastia Qing, è seguito un progetto di Codice civile del 1926 e poi il Codice civile del 1931 (ancora in vigore a Taiwan) che si ispirava perlopiù al diritto tedesco, già tradotto e adattato in Giappone¹⁰⁸⁴.

Dopo la fondazione della Repubblica Popolare Cinese nel 1949 il progetto di un Codice civile per la nuova Cina socialista è passato in secondo piano e l'idea viene ripresa soltanto negli anni Settanta¹⁰⁸⁵. Il primo passo viene compiuto con l'elaborazione dei Principi Generali del Diritto Civile, presto affiancati da molteplici leggi settoriali: la Legge sui Contratti Economici e quella sui Diritti Reali, la Legge sulla Responsabilità Civile, la Legge sulla Procedura civile, la Legge sulle Successioni, la Legge sulla Famiglia e la Legge sulle Adozioni¹⁰⁸⁶.

In concomitanza a questa attività normativa, il progetto di codificazione civile è sempre rimasto sullo sfondo ed è tornato oggetto di interesse politico con l'ascesa del Segretario Generale Xi Jinping e del Primo Ministro Li Keqiang¹⁰⁸⁷.

4.1 Il nuovo Codice civile cinese

Il nuovo Codice civile cinese è stato promulgato il 28 maggio 2020 ed è

¹⁰⁸⁴ PORCELLI S., *Diritto cinese e tradizione romanistica. Terminologia e sistema*, cit., p. 253 e ss.; LOSANO M., *Il contributo di Attilio Lavagna al Codice penale cinese del 1935*, in LANCIOTTI L. (a cura di), *Il diritto in Cina*, Firenze 1978, pp. 137 – 157: il Codice penale si ispirava invece al diritto italiano; CARDILLI R., *Diritto cinese e tradizione romanistica alla luce del nuovo Codice della Rpc*, in *Mondo cinese*, cit., p. 25.

¹⁰⁸⁵ TIMOTEO M., *Il Codice civile in Cina: oltre i legal transplants?*, in *Mondo cinese*, 2020, n. 167, p. 13.

¹⁰⁸⁶ Le leggi settoriali sono state approvate ed emendate nel corso di un trentennio, tra il 1980 e il 2012. Per una panoramica si veda YUANSI BU, *Chinese Civil Law*, Monaco, 2013. Sulla legislazione cinese: CARDILLO I., *La legislazione cinese e il ruolo della Suprema Corte del Popolo*, in *Mondo cinese*, 2020, p. 55.

¹⁰⁸⁷ TIMOTEO M., *Il Codice civile in Cina: oltre i legal transplants?*, in *Mondo cinese*, 2020, n. 167, p. 13 e ss.

entrato in vigore il 1° gennaio 2021¹⁰⁸⁸. È il primo Codice approvato ed entrato in vigore nella storia della Repubblica Popolare Cinese e così è definito anche in lingua, *dian*¹⁰⁸⁹. Tutti gli altri testi normativi, a prescindere dal fatto che riguardassero il diritto civile o altre materie, erano tutti denominati leggi, *fa*¹⁰⁹⁰.

Esso è composto da 1260 articoli, suddivisi in sette libri a cui si aggiungono delle disposizioni supplementari e, tenendo conto della vastità della materia trattata, può considerarsi un codice “breve”¹⁰⁹¹. Quale prodotto organico dell’aggregazione delle precedenti leggi civili e commerciali prima menzionate, ne dispone l’abrogazione.

Il Libro I contiene una Parte generale e a seguire vi sono il Libro II sui diritti reali, il Libro III sui contratti, il Libro IV sui diritti della personalità, il Libro V sul matrimonio e famiglia, il Libro VI sulle successioni e il Libro VII sui fatti illeciti¹⁰⁹².

Nel Codice civile cinese, similmente ai codici civili occidentali, tutti i Libri sono suddivisi in Parti, Titoli e Capi e ciò dimostra il dialogo tra tradizione giuridica cinese e diritto codificato a tradizione romanistica¹⁰⁹³.

Tale impostazione predilige il modello tassonomico tipicamente tedesco di tradizione romanistica e la conferma di tale scelta si ritrova nell’introduzione della disciplina della categoria generale del “negozio

¹⁰⁸⁸ Le prime notizie si possono reperire sui siti: *ilsole24ore.it*; *dirittocinese.com*; *geopolitica.info*.

¹⁰⁸⁹ PORCELLI S., *Il Codice civile della Repubblica Popolare Cinese frutto del dialogo tra Cina e diritto romano*, in *Codice civile cinese e sistema giuridico romanistico*, a cura di SACCOCCIO A. – PORCELLI S., Modena, 2021, p. 115.

¹⁰⁹⁰ ANLING F., *Elaborazione e caratteristiche del Codice civile cinese*, cit., p. 75.

¹⁰⁹¹ PORCELLI S., *Il Codice civile della Repubblica Popolare Cinese frutto del dialogo tra Cina e diritto romano*, cit., p. 121.

¹⁰⁹² CARDILLI R., *Diritto cinese e tradizione romanistica alla luce del nuovo Codice della Rpc*, in *Mondo cinese*, cit., p. 25: il numero dei libri è significativo e rimanda lo storico del diritto alle sette parti nelle quali era diviso il Digesto giustiniano e alle *Siete Partidas* della tradizione romanoiberica.

¹⁰⁹³ CARDILLI R., *Diritto cinese e tradizione romanistica alla luce del nuovo Codice della Rpc*, in *Mondo cinese*, cit., p. 25.

giuridico” a cui è dedicato il Titolo VI nel Libro I, artt. 133 e ss. Diversamente, però, si può notare l’assenza di una parte dedicata appositamente alla disciplina delle obbligazioni¹⁰⁹⁴. Difatti, rispetto al BGB, il Libro II è dedicato ai diritti reali, rievocando così piuttosto il modello sovietico¹⁰⁹⁵.

Dal modello romanistico e dal *civil law* moderno sono state riprese ed elaborate dalla codificazione cinese anche altre categorie del diritto civile: i concetti di persona fisica e di persona giuridica, di capacità giuridica e di agire, di atto giuridico, di dichiarazione di volontà, di adempimento, di bene e di proprietà¹⁰⁹⁶.

L’elaborazione di tali concetti è stata graduale, la marcata connotazione pubblicistica ha lasciato il passo progressivamente ad una privatizzazione: solo, ad esempio, nella Cina degli anni Ottanta le persone fisiche erano identificate come “cittadini”.

Come anticipato, la tradizione romanistica, ad ogni modo, non è l’unico riferimento del Codice civile cinese. Scorrendo gli articoli, infatti, si trova il riferimento a qualche istituto tipico del *common law* americano e inglese, come, ad esempio, i *punitive damages*, i *floating charges*, il *lien* nel sistema delle garanzie reali e la *dilution* nella tutela dei marchi¹⁰⁹⁷. Il modello del *common law* è, però, recessivo in quanto avrebbe implicato, di fatto, l’attingere per lo più a regole stabilite in decisioni prese dalle Corti di altri Paesi. Viceversa, la scelta di orientarsi verso la tradizione romanistica fondata su “regole per costruire un numero indefinito di oggetti” ha permesso alla

¹⁰⁹⁴ CARDILLI R., *Diritto cinese e tradizione romanistica alla luce del nuovo Codice della Rpc*, in *Mondo cinese*, cit., p. 25.

¹⁰⁹⁵ PORCELLI S., *Il Codice civile della Repubblica Popolare Cinese frutto del dialogo tra Cina e diritto romano*, cit., p. 122: si veda il Libro II del Codice della URSS del 1964.

¹⁰⁹⁶ TIMOTEO M., *Il Codice civile in Cina: oltre i legal transplants?*, cit., p. 13 e ss.

¹⁰⁹⁷ TIMOTEO M., *Il Codice civile in Cina: oltre i legal transplants?*, cit., p. 13 e ss.

Cina di attingere ad un sistema scientificamente strutturato, ma comunque adattabile alle proprie tradizioni¹⁰⁹⁸.

Infatti, gli operatori del diritto cinesi hanno studiato molto l'Occidente e i suoi fenomeni di codificazione, hanno seguito con attenzione la letteratura scientifica che si è sviluppata intorno al problema della codificazione e hanno indagato anche i fenomeni di ricodificazione¹⁰⁹⁹.

In seguito a questi studi, la Cina attraverso un progetto politico che vuole affrancarsi dall'idea di Paese debitore di modelli giuridici esterni, si connota per una autonomia dai modelli esterni, si propone come Paese che crea modelli giuridici e nel nuovo Codice civile ha voluto creare il proprio modello come parte integrante dell'identità nazionale¹¹⁰⁰.

Molti articoli del Codice presentano elementi della tradizione e si osserva che i valori della tradizione cinese e del confucianesimo sono molto vicini anche ai valori fondamentali occidentali¹¹⁰¹.

Ad esempio, l'articolo 9 del nuovo Codice civile introduce il principio verde, ricollegato al Libro dei Riti imperiali connessi alla coltivazione della terra e, quindi, all'armonia tra uomo, società e natura; l'articolo 1043, contenuto nel Libro che disciplina la famiglia, prevede che tutti i singoli devono impegnarsi a curare e mantenere un sano ambiente familiare, che sia bello, morale e civile; l'articolo 184 delle previsioni generali introduce la

¹⁰⁹⁸ PORCELLI S., *Il Codice civile della Repubblica Popolare Cinese frutto del dialogo tra Cina e diritto romano*, cit., p. 109. L'espressione virgolettata è di ECO U., nel *Trattato di semiotica generale*, Firenze, 1975, p. 230.

¹⁰⁹⁹ CARDILLO I., *Il primo Codice civile unitario in Cina: una tappa importante lungo il percorso di modernizzazione del sistema giuridico*, 28 maggio 2020, in *dirittocinese.com*.

¹¹⁰⁰ CARDILLO I. (a c. di), *La compilazione del Codice civile come espressione della contemporaneità e del carattere del popolo*, 18 aprile 2018, in *Istituto di Diritto Cinese, dirittocinese.com*; CHEN J., *Esprimere il "carattere del popolo" è una priorità della compilazione del Codice civile cinese*, trad. it. a cura di CARDILLO I., 1° dicembre 2019, in *Istituto di Diritto Cinese, dirittocinese.com*.

¹¹⁰¹ CARDILLO I., *Il primo Codice civile unitario in Cina: una tappa importante lungo il percorso di modernizzazione del sistema giuridico*, cit.

cosiddetta “legge del buon samaritano”, che recupera quel rapporto tipico della tradizione cinese tra legge e morale, per cui quando una persona soccorre un terzo in stato di bisogno, non è responsabile per le eventuali lesioni apportate nel tentativo di soccorrerlo¹¹⁰².

Del tutto nuovo, invece, è il Libro IV dedicato ai diritti della personalità, un Libro che non ha precedenti riferimenti normativi e che li disciplina sotto il profilo della loro tutela, disponibilità e, eventualmente, del loro sfruttamento da parte del titolare¹¹⁰³.

Il risultato, dunque, è un Codice civile cinese caratterizzato dall’ibridazione di modelli e da una sobria metabolizzazione dei modelli esteri¹¹⁰⁴. Attenta dottrina ha osservato che l’incrocio di apparati concettuali e terminologici derivanti da culture giuridiche diverse e confluiti nel nuovo Codice civile cinese, anche riadattati in base alle caratteristiche del popolo cinese, impediscono di pensare ad un mero processo di *legal transplant*¹¹⁰⁵.

I giuristi cinesi che hanno collaborato alla stesura del Codice concordano nel ritenere che esso debba esprimere il “carattere del popolo cinese”, ossia promuovere il sistema dei valori centrali del socialismo, aumentare la vincolatività della morale, invocare lo spirito del contratto, mantenere l’ordine pubblico e il buon costume¹¹⁰⁶. La dottrina cinese ritiene essere un testo normativo che risponde ai bisogni reali della società cinese, costruito con la consapevolezza dei problemi più avvertiti e, pertanto, con connotazioni

¹¹⁰² *Ibidem*.

¹¹⁰³ TIMOTEO M., *Il nuovo Codice civile cinese: prime riflessioni*, in *Codice civile cinese e sistema giuridico romanistico*, cit., p. 94.

¹¹⁰⁴ CARDILLI R., *Diritto cinese e tradizione romanistica alla luce del nuovo Codice della Rpc*, in *Mondo cinese*, cit., p. 25; TIMOTEO M., *Il nuovo Codice civile cinese: prime riflessioni*, in *Codice civile cinese e sistema giuridico romanistico*, a cura di SACCOCCIO A. – PORCELLI S., Modena, 2021, p. 96.

¹¹⁰⁵ TIMOTEO M., *Il nuovo Codice civile cinese: prime riflessioni*, in *Codice civile cinese e sistema giuridico romanistico*, cit., p. 98.

¹¹⁰⁶ CHEN J., *Esprimere il “carattere del popolo” è una priorità della compilazione del Codice civile cinese*, trad. it. a cura di CARDILLO I., 1° dicembre 2019, in *Istituto di Diritto Cinese, dirittocinese.com*.

locali anche pregnanti¹¹⁰⁷.

I giuristi occidentali osservano, tuttavia, che questa ibridazione fra regole e modelli pone problemi dal punto di vista linguistico e concettuale¹¹⁰⁸. Si auspica una prospettiva di seria comparazione, che rielabori il tema della circolazione dei modelli e che si spinga a studiare le regole nel contesto dinamico del *legal process* cinese¹¹⁰⁹.

4.2 Le garanzie reali nel diritto cinese

La disciplina dei diritti reali e delle garanzie patrimoniali in Cina è stata elaborata soltanto nel corso dell'ultimo ventennio.

In precedenza, infatti, la proprietà era soltanto pubblica e gli istituti sulle garanzie reali hanno conosciuto uno sviluppo piuttosto lento a causa di diversi fattori come, ad esempio, il sistema economico socialista e lo scarso dinamismo del mercato dei prodotti¹¹¹⁰. Inizialmente, quindi, le regole sui diritti reali di garanzia erano contenute in un unico articolo disciplinante l'ipoteca, il pegno e la ritenzione, norma contenuta nella Legge sui principi generali del diritto civile cinese¹¹¹¹.

Successivamente, a seguito dell'istituzione di una economia di mercato e del suo progressivo sviluppo, il ruolo delle garanzie patrimoniali ha assunto sempre più rilevanza e un primo passo in avanti è stato compiuto dalla Legge delle garanzie del 2000¹¹¹².

¹¹⁰⁷ ANLING F., *Elaborazione e caratteristiche del Codice civile cinese*, cit., p. 81.

¹¹⁰⁸ TIMOTEO M., *Il Codice civile in Cina: oltre i legal transplants?*, cit., p. 19 e ss.

¹¹⁰⁹ TIMOTEO M., *Il nuovo Codice civile cinese: prime riflessioni*, in *Codice civile cinese e sistema giuridico romanistico*, cit., p. 100.

¹¹¹⁰ TIMOTEO M., *Il nuovo Codice civile cinese: prime riflessioni*, in *Codice civile cinese e sistema giuridico romanistico*, cit., p. 100.

¹¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹¹² *Ibidem*.

In seguito, la disciplina dei diritti reali e delle garanzie patrimoniali cinese è confluita nella Legge sui diritti reali della Repubblica Popolare Cinese, in vigore dal 1° ottobre 2007 la quale ha dato per la prima volta una regolazione compiuta alla materia¹¹¹³.

La riforma del 2007 ha rappresentato per l'ordinamento cinese un primo passo verso la proprietà privata in quanto ha infranto la teoria della proprietà dello Stato quale unico e unitario soggetto titolare¹¹¹⁴. Per quanto riguarda le garanzie reali, la Legge del 2007 ha poi risolto alcune contraddizioni tra le norme dettate nella Legge sulle garanzie e quelle dettate nella Legge sui contratti, ampliando l'ambito di applicazione dell'ipoteca e aggiungendo altri istituti come l'ipoteca con limite massimo e le garanzie fluttuanti.

Attualmente, la disciplina dei diritti reali e delle garanzie reali cinesi è regolata nel nuovo Codice civile al Libro Secondo "Dei Diritti Reali" composto da cinque Parti, venti Titoli, 258 articoli¹¹¹⁵.

Nello specifico, la Quarta Parte è rubricata "*Dei Diritti reali di garanzia*", ove al Titolo XVI sono disciplinate le Disposizioni generali, al Titolo XVII agli artt. 394 – 424 si trovano le regole sull'ipoteca, al Titolo XVIII agli artt. 425 – 446 le regole sul pegno (tradotto in inglese con il termine *pledge*), e, infine, al Titolo XIX agli artt. 447 – 457 le regole sulla

¹¹¹³ Legge approvata e promulgata il 16 marzo 2007 durante la V sessione della X Assemblea Popolare Nazionale con Decreto n. 60 del Presidente della Repubblica Popolare Cinese. Sul punto: WEI J. - ROBINSON S. – ZOU M., *China's property law: impact on the real estate sector*, in *Journal of Property Investment & Finance*, 2009, vol. 27, n. 2; LEI XU - RON P. MCIVER - YUAN GEORGE SHAN - XIAOCHEN WANG, *Governance and performance in China's real estate sector*, in *Managerial Finance*, 2016, p. 585; PISACANE G., *Manuale pratico di diritto privato e commerciale cinese. Con i principali contratti commentati*, Matelica, 2011.

¹¹¹⁴ CARDILLO I., *Il primo Codice civile unitario in Cina: una tappa importante lungo il percorso di modernizzazione del sistema giuridico*, 28 maggio 2020, in *dirittocinese.com*; XIANZHONG S., *Nuovi sviluppi in materia di diritti reali nel Codice civile cinese*, in *Codice civile cinese e sistema giuridico romanistico*, cit., p. 158 e ss.

¹¹¹⁵ AA.VV., *Codice civile della Repubblica Popolare Cinese*, traduzione a cura di MEILING HUANG, Pisa, 2021.

ritenzione (tradotto in inglese con il termine *lien*)¹¹¹⁶.

Si osserva che la collocazione sistematica dei diritti reali nel Libro II sia una scelta significativa e segnala che per la Repubblica Popolare Cinese questo sia un ambito di fondamentale importanza, posto in primo piano subito dopo le Disposizioni generali¹¹¹⁷.

Si ritiene che per comprendere appieno il sistema delle garanzie reali, sia necessario introdurre il concetto di proprietà nel diritto cinese, la quale si articola in tre diverse forme, quali la proprietà dello Stato, la proprietà collettiva e la proprietà privata¹¹¹⁸.

La proprietà è disciplinata nel Titolo II, subito dopo le norme generali sulla costituzione, modifica e trasferimento dei diritti reali. La proprietà è divisa tra pubblica e privata e nella proprietà pubblica rientrano quella statale, che appartiene all'intero popolo, e quella collettiva, che appartiene alla collettività organizzata¹¹¹⁹.

Autorevole dottrina in materia suggerisce di leggere gli istituti sui diritti reali codificati in Cina senza la lente ideologica con la quale si leggono i codici liberali europeisti, in quanto il discorso sulle forme di appartenenza in Cina attribuisce minor rilevanza alla proprietà privata rispetto ai codici civili occidentali¹¹²⁰. Difatti, la proprietà privata in Cina, a differenza di quella pubblica e collettiva, è una forma di appartenenza diversa, non superiore ai

¹¹¹⁶ La traduzione ufficiale in inglese del Codice civile cinese si trova nel sito: <https://english.www.gov.cn/archive/lawsregulation>.

¹¹¹⁷ CARDILLI R., *Diritto cinese e tradizione romanistica alla luce del nuovo Codice della Rpc*, in *Mondo cinese*, cit., p. 32; XIANZHONG S., *Nuovi sviluppi in materia di diritti reali nel Codice civile cinese*, cit., p. 156.

¹¹¹⁸ Per un approfondimento sulla proprietà collettiva: PING J., *Il regime della proprietà collettiva nel Codice civile cinese*, in *Codice civile cinese e sistema giuridico romanistico*, a cura di SACCOCCIO A. – PORCELLI S., Modena, 2021, p. 142 e ss.

¹¹¹⁹ PORCELLI S., *Il Codice civile della RPC frutto del dialogo tra Cina e diritto romano*, cit., p. 127.

¹¹²⁰ CARDILLI R., *Diritto cinese e tradizione romanistica alla luce del nuovo Codice della Rpc*, in *Mondo cinese*, cit., p. 32.

diritti reali di godimento su cosa altrui, ai quali è stato dato il compito di formalizzare alcuni bisogni di vita della comunità¹¹²¹.

Per quanto riguarda i diritti reali di godimento, il Codice civile cinese non prevede l'usufrutto, ma disciplina le servitù e particolari tipologie di diritti reali su cosa altrui, come il diritto dei fondi in concessione, il diritto d'uso su fondo destinato a costruzione, il diritto d'uso su fondo a destinazione abitativa (artt. 362 – 365 cod. civ. cin.).

Trattasi, tuttavia, di istituti e declinazioni che non sono sconosciuti del tutto alla tradizione romanistica, infatti, la dottrina evidenzia che il diritto ora codificato in Cina si situa in un dialogo che arricchisce la tradizione romanistica e non ne sta al di fuori¹¹²². In particolare, gli studiosi di diritto romano e di storia del diritto hanno da tempo svelato la “ripulitura concettuale” che ha investito la presunta natura individualistica ed unitaria dello schema giuridico della proprietà romana nel corso dell'Ottocento ad opera della pandettistica tedesca. Diversamente, nei modelli sociali dell'antichità, del medioevo e dell'età moderna emerge che le forme giuridiche dell'appartenenza non sarebbero riconducibili ad un *unum*, bensì sarebbero caratterizzate da differenze e particolarità, sia sul piano dei *nomina iuris* che sul piano dei regimi giuridici¹¹²³.

Il diritto romano, infatti, conosceva plurimi schemi proprietari: la *possessio* dell'*ager publicus*, il *meum esse ex iure Quiritium*, l'*in boni esse*, la *possessio vel usufructus* sui fondi provinciali, il *duplex dominium*, oltre alla *proprietas*, la *possessiones* e ai noti diritti reali di godimento.

Il diritto dell'età medievale vi aggiunge poi nuove forme di appartenenza come il *feudum*, il *dominium directum* e il *dominium utile* e allargando il novero degli *iura in re aliena*¹¹²⁴.

¹¹²¹ *Ibidem*.

¹¹²² *Ibidem*.

¹¹²³ *Ibidem*.

¹¹²⁴ DILIBERTO O., *L'eredità fraintesa. Il diritto di proprietà dall'esperienza romana al Code Napoléon (e viceversa)*, in AA.VV., *Pensiero giuridico occidentale*

Rispetto a questo ricco quadro di soluzioni giuridiche, la codificazione Ottocentesca in Francia e in Germania ha operato una semplificazione consegnando un modello di proprietà assoluta e individuale¹¹²⁵. Questa cernita non ha determinato l'estinzione di questi schemi giuridici dell'appartenenza che non sono stati inclusi nei Codici civili, in quanto proprio la resistenza di filoni consuetudinari del diritto civile post-codificato ha conservato la loro vigenza nel diritto attuale, come corpi estranei al paradigma proprietario¹¹²⁶.

Non solo, tali schemi giuridici dell'appartenenza entrano comunque nella storia giuridica di altri Paesi e ivi si arricchiscono, come in Brasile, in Russia e, appunto, in Cina.

Nella tradizione giuridica cinese gli schemi giuridici romanistici vengono assunti come chiave interpretativa della realtà delle nuove forme di destinazione e di sfruttamento della terra e dei beni. Questo processo ha coinvolto non soltanto lo schema giuridico della proprietà nella sua tripartizione di pubblica, collettiva e privata, ma anche gli *iura in re aliena* e, per quel che più interessa, le garanzie reali¹¹²⁷.

Queste ultime sono ora regolate nel Codice civile cinese del 2020 anche alla luce dell'interpretazione giurisprudenziale della Corte Suprema¹¹²⁸ e in base ai suggerimenti di modifica provenienti dalla prassi¹¹²⁹.

In particolare, la dottrina cinese individua due filoni innovativi nell'ambito delle garanzie reali: da un lato, l'ampliamento dell'ambito del

e giuristi romani. Eredità e genealogie, Torino, 2019, p. 89; GROSSI P., *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli, 2006, p. 248 e ss.

¹¹²⁵ *Ibidem*.

¹¹²⁶ CERULLI IRELLI V., *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983 in tema di proprietà pubblica e collettiva.

¹¹²⁷ PUGLIESE G., *Diritti soggettivi b) diritti reali*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1964, p. 755 e ss.; GROSSI P., *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, cit., p. 248 e ss.

¹¹²⁸ Le pronunce sono reperibili al sito: <https://wenshu.court.gov.cn>.

¹¹²⁹ XIANZHONG S., *Nuovi sviluppi in materia di diritti reali nel Codice civile cinese*, in *Codice civile cinese e sistema giuridico romanistico*, cit., p. 167.

patrimonio che può essere oggetto di garanzia; dall'altro lato, l'ampliamento dell'autonomia negoziale nell'ambito dei diritti reali di garanzia¹¹³⁰.

Con riguardo alla prima linea direttrice, il Codice civile cinese contiene una lista di beni che possono formare oggetto di ipoteca¹¹³¹ e una lista di beni esclusi¹¹³². La prima è stata ampliata specialmente per far fronte alle necessità che emergono da un rapido sviluppo dell'economia di mercato e per potenziare le capacità di finanziamento degli operatori economici¹¹³³. È interessante notare, al riguardo, che tuttora è ammessa l'ipoteca su un immobile, ma non sulla proprietà del suolo.

Parimenti, anche per quanto riguarda il pegno, il Codice civile cinese ha

¹¹³⁰ *Ibidem*.

¹¹³¹ Art. 395 Cod. civ. cinese, versione inglese: "The following property, which the debtor or a third person is entitled to dispose of, may be mortgaged:

- (1) buildings and other things attached to the land;
- (2) the right to use a lot of land for construction purposes;
- (3) the right to use the sea areas;
- (4) production equipment, raw materials, work in process, and finished products;
- (5) buildings, vessels, and aircraft under construction;
- (6) vehicles for transport; and
- (7) other property not prohibited by laws or administrative regulations from being mortgaged.

A mortgagor may mortgage the property listed in the preceding paragraph concurrently".

¹¹³² Art. 399 cod. civ. cin. versione inglese: "The following property may not be mortgaged:

- (1) land ownership;
- (2) the right to use the land owned by a collective, such as house sites, land and hills retained for household use, unless it may be mortgaged as provided by law;
- (3) educational facilities, medical and health facilities, and other public welfare facilities of non-profit legal persons established for public welfare purposes, such as schools, kindergartens, and medical institutions;
- (4) property of which the ownership or right to the use is unclear or disputed;
- (5) property that has been seized, detained, or placed under custody in accordance with law; and
- (6) other property that may not be mortgaged as provided by laws or administrative regulations".

¹¹³³ XIANZHONG S., *Nuovi sviluppi in materia di diritti reali nel Codice civile cinese*, in *Codice civile cinese e sistema giuridico romanistico*, cit., p. 167.

esteso l'ambito applicativo ispirandosi al Codice civile tedesco e introducendo la distinzione tra il pegno di beni mobili e pegno di diritti¹¹³⁴.

Con riguardo alla seconda linea direttrice, molto importante ai fini della presente indagine, si rileva che l'ampliamento dell'autonomia negoziale nell'ambito delle garanzie reali investe diversi ambiti, tra cui il riconoscimento di contratti atipici con funzione di garanzia e il temperamento del divieto di patto commissorio¹¹³⁵.

Con riguardo ai contratti atipici di garanzia, la dottrina cinese evidenzia l'inserimento di alcune fattispecie nel Libro dedicato ai Contratti che assumono vera e propria funzione di garanzia, tra cui, ad esempio, la locazione finanziaria, il *factoring*, la vendita con riserva di proprietà. Si osserva che il Codice civile cinese permette la costituzione di diritti reali di garanzia attraverso i contratti richiamati favorendo l'autonomia negoziale e la libertà della scelta delle parti¹¹³⁶.

Per quanto riguarda il temperamento del divieto di patto commissorio in caso di ipoteca e pegno (artt. 401 e 428 cod. civ. cin.), il nuovo Codice ha apportato innovazioni rispetto alla precedente Legge sui diritti reali del 2007 la quale, invece, prevedeva un divieto assoluto di patto commissorio¹¹³⁷.

Nel nuovo Codice, per quanto riguarda il patto commissorio sul bene ipotecato, l'art. 401 prevede che: "Se, prima del termine per l'adempimento di una obbligazione, il creditore ipotecario raggiunga un accordo con il debitore ipotecario in base al quale il bene ipotecato appartiene al creditore nel caso in cui il debitore non adempia all'obbligazione scaduta, il creditore ipotecario potrà conseguire soltanto la priorità ad essere soddisfatto sul bene

¹¹³⁴ Articoli 425 e ss. cod. civ. cinese per il pegno sui beni mobili e articoli 440 e ss. per il pegno sui diritti.

¹¹³⁵ XIANZHONG S., *Nuovi sviluppi in materia di diritti reali nel Codice civile cinese*, in *Codice civile cinese e sistema giuridico romanistico*, cit., p. 167.

¹¹³⁶ *Ibidem*.

¹¹³⁷ Art. 186 per l'ipoteca e art. 211 per il pegno nella Legge sui diritti reali del 2007.

ipotecato a norma di legge”¹¹³⁸. Analoga disposizione si prevede all’art. 428 per quanto riguarda il pegno.

Si evince un atteggiamento meno rigido, il Codice non vieta alle parti di porre in essere una pattuizione commissoria e attribuisce un diritto di prelazione, così riconoscendo una più ampia autonomia negoziale in termini di limitazione della responsabilità patrimoniale. L’utilizzo del termine “accordo” sembra poter essere interpretato estensivamente, le parti potranno concludere vendite sospensivamente o risolutivamente condizionate all’adempimento senza incorrere nella scure del divieto del patto commissorio.

Il rischio di eventuali abusi è scongiurato dall’introduzione del correttivo del patto marciano nei patti commissori che accedano all’ipoteca, al pegno o alla ritenzione.

Precisamente, nell’ambito della disciplina dell’ipoteca l’art. 410 cod. civ. cin. prevede che ove il debitore non adempia l’obbligazione esigibile o si verifichi una circostanza per la quale si debba far valere un’ipoteca come stabilito dalle parti, il creditore ipotecario può essere soddisfatto con priorità, previo accordo con il debitore ipotecario, con il prezzo stimato oppure con i proventi ottenuti dall’incanto del bene ipotecato o nella vendita libera di esso. Se l’accordo lede i diritti o gli interessi di altri creditori, questi possono chiedere al Tribunale del popolo “l’annullamento” dell’accordo¹¹³⁹. Se il creditore e il debitore ipotecari non si accordino sulle modalità per far valere l’ipoteca, il creditore ipotecario può chiedere al Tribunale del Popolo di procedere alla vendita all’incanto o alla vendita libera del bene ipotecato. Per la stima o la vendita libera si fa riferimento al prezzo di mercato dello

¹¹³⁸ AA.VV., *Codice civile della Repubblica Popolare Cinese*, traduzione a cura di MEILING HUANG, cit., p. 88.

¹¹³⁹ Il termine “annullamento” è utilizzato nella versione italiana del Codice civile cinese (AA.VV., *Codice civile della Repubblica Popolare Cinese*, cit.), diversamente la versione inglese utilizza il termine “rescind”. Si ipotizza che più correttamente, secondo il diritto italiano, si debba sanzionare l’accordo in termini di inefficacia.

stesso¹¹⁴⁰.

Completa la disciplina l'art. 413 cod. civ. cin.: “Quando il valore stimato di un bene ipotecato o il ricavato ottenuto all'incanto o dalla vendita libera di esso è superiore all'importo del debito, la parte eccedente spetterà al debitore ipotecario, mentre l'eventuale differenza negativa sarà soddisfatta dal debitore”¹¹⁴¹.

Sempre con riguardo all'ipoteca si prevede, altresì, la possibilità di cedere la proprietà del bene ipotecato in pendenza della garanzia senza il consenso del creditore, salvo diverso accordo tra le parti¹¹⁴². Il debitore non è tenuto a trasferire il ricavato al creditore, adempiendo così prima del termine all'obbligazione. Tuttavia, ove il creditore dimostri che tale operazione possa pregiudicare il suo diritto di ipoteca, questi può chiedere al debitore l'adempimento dell'obbligazione o un deposito cauzionale. Anche in questo caso, si prevede che se il ricavato ottenuto dalla vendita è superiore all'importo del debito, la parte eccedente spetterà al debitore ipotecario, mentre l'eventuale differenza negativa sarà soddisfatta dal debitore stesso.

Analoghe disposizioni si prevedono in materia di pegno ove all'art. 436 cod. civ. cin. si prevede che “il creditore pignoratizio deve restituire il bene dato in pegno dopo che il debitore ha adempiuto la sua obbligazione o il debitore pignoratizio ha adempiuto il credito garantito prima che sia dovuto. Se il debitore non adempie un'obbligazione esigibile o si verifica un evento per il quale il pegno deve essere fatto valere come stabilito dalle parti, il creditore pignoratizio può, previo accordo con il debitore, far stimare il bene dato in pegno e avere la priorità a soddisfarsi sul prezzo ottenuto all'incanto o dalla vendita libera del bene dato in pegno. Per la stima o la vendita libera del bene dato in pegno si fa riferimento al prezzo di mercato”.

Parimenti, si precisa all'art. 438 cod. civ. cin. che: “Se il bene dato in

¹¹⁴⁰ AA.VV., *Codice civile della Repubblica Popolare Cinese*, cit., p. 89.

¹¹⁴¹ AA.VV., *Codice civile della Repubblica Popolare Cinese*, cit., p. 90.

¹¹⁴² Art. 406 Cod. civile cinese.

pegno sia stimato o venduto all'incanto o in una vendita libera e il ricavato in tal modo ottenuto sia superiore all'ammontare del debito, la parte eccedente spetterà al debitore pignoratizio, mentre l'eventuale differenza negativa sarà integrata dal debitore”¹¹⁴³.

Inoltre, il Codice civile cinese disciplina una particolare forma di pegno, il *lien* in lingua inglese e tradotta in italiano con il termine “ritenzione” la quale è parimenti temperata dal correttivo marciano¹¹⁴⁴.

Il *lien* è un diritto reale di garanzia avente ad oggetto beni mobili di proprietà del debitore, ma di cui il creditore abbia già il possesso e attribuisce a quest'ultimo la facoltà, in caso di inadempimento, di trattenerli e di soddisfarsi sul ricavato con preferenza rispetto ad altri creditori¹¹⁴⁵.

La principale differenza tra il diritto di ritenzione nel Codice civile cinese e il pegno cinese è che il bene oggetto di *lien* si trova già nella disponibilità del creditore prima della costituzione del diritto di garanzia reale, mentre il bene oggetto di pegno deve essere consegnato al creditore con spossessamento del debitore.

Precisamente, l'art. 455 cod. civ. cin. prevede che “Dopo che il bene ritenuto sia stato stimato e così accettato dal creditore a soddisfazione totale o parziale del credito, o venduto all'incanto o in una libera vendita e il valore del bene ritenuto o i proventi ottenuti all'incanto o alla vendita del bene ritenuto eccedano l'ammontare dell'obbligazione, la parte eccedente apparterrà al debitore, mentre l'eventuale differenza negativa sarà da questi integrata”.

La previsione di un generale diritto di ritenzione è molto forte in quanto

¹¹⁴³ AA.VV., *Codice civile della Repubblica Popolare Cinese*, cit., p. 95.

¹¹⁴⁴ AA.VV., *Codice civile della Repubblica Popolare Cinese*, cit., p. 98, Titolo XIX “Della ritenzione”, art. 447.

¹¹⁴⁵ AA.VV., *Codice civile della Repubblica Popolare Cinese*, cit., Titolo XIX “Della ritenzione”, p. 98. La medesima previsione era contenuta anche nella Legge sui diritti reali del 2007, si veda D'ANDREA D., *I contratti commerciali in Cina*, Milano, 2019.

l'art. 456 cod. civ. cin. statuisce che ove venga costituito un diritto di ritenzione su un bene mobile sul quale sia già costituito un diritto di pegno o di ipoteca, il titolare del diritto di ritenzione ha la priorità nel soddisfarsi.

Si osserva che gli articoli esaminati in punto di correttivo marciano non prevedono espressamente che la stima del bene sia affidata ad un terzo imparziale, diversamente da quanto previsto nelle ipotesi dei marciani tipizzati di recente nella legislazione italiana.

Infine, agli articoli 420 – 424 cod. civ. cin. è disciplinata l'ipoteca con limite massimo per le *floating claims*¹¹⁴⁶, similmente, come si vedrà, all'istituto presente nel diritto spagnolo.

La norma prevede che la possibilità per il debitore, o un terzo, di garantire con ipoteca anche crediti futuri determinabili entro un certo periodo di tempo e se il debitore non adempie all'obbligazione dovuta, il creditore ipotecario ha la priorità di essere soddisfatto sul bene ipotecato fino all'importo massimo del suo credito. Un credito esistente prima della creazione dell'ipoteca massima per crediti variabili può, previo consenso delle parti, essere incluso nei crediti garantiti da tale ipoteca.

Le norme a seguire disciplinano l'istituto compiutamente e prevedono i casi tassativi in cui il creditore può fare valere la garanzia ipotecaria¹¹⁴⁷.

¹¹⁴⁶ Nella traduzione inglese il Titolo è rubricato “Maximum mortgage for floating claims”, mentre nella traduzione italiana è rubricato soltanto “ipoteca con limite massimo”.

¹¹⁴⁷ Art. 423 cod. civ. cinese, versione inglese: The claims of the mortgagee are ascertained under one of the following circumstances:

- (1) where the agreed period of time for the claims to be ascertained expires;
- (2) where there is no agreement on the period of time for the claims to be ascertained or the agreement is unclear, and the mortgagee or the mortgagor requests for ascertainment of the claims after the lapse of two years from the date of the creation of the mortgage;
- (3) where it is impossible for a new claim to arise;
- (4) where the mortgagee knows or should have known that the mortgaged property has been seized or detained;
- (5) where the debtor or the mortgagor is declared bankrupt or dissolved; or
- (6) any other circumstance under which the claims are to be ascertained as

Parimenti, all'art. 439 cod. civ. cin. si ammette il pegno con limite massimo e al quale si rinvia alla corrispondente disciplina dell'ipoteca.

In conclusione, il Codice civile cinese del 2020 risulta innovativo nella materia dei diritti e delle garanzie reali, specie tenendo a mente che sino al 2000 la Cina non disponeva di una disciplina compiuta al riguardo.

Come osservato dalla dottrina cinese, d'ora in poi l'applicazione delle nuove norme sarà resa accompagnata dal lavoro di interpretazione scientifica dei giuristi e dall'interpretazione giurisprudenziale dei giudici¹¹⁴⁸.

In prospettiva comparatistica, certamente il Legislatore italiano può trarre ispirazione dalla codificazione cinese per tipizzare parimenti con una norma generale e astratta il correttivo del patto marciano per ampliare gli spazi dell'autonomia negoziale in materia di patti sulla garanzia patrimoniale.

5. L'Unione Europea

Da ultimo, si torna nel terreno conosciuto della *Civil law* e si rassegnano le peculiarità del sistema delle garanzie reali soltanto in alcuni Paesi europei, prescelti sulla base del loro peso economico nell'Unione europea: Francia, Spagna e Germania. Nei tre menzionati Paesi è presente una disciplina innovativa con riguardo al pegno¹¹⁴⁹, l'ipoteca e la portata del patto commissorio¹¹⁵⁰.

provided by law.

¹¹⁴⁸ ANLING F., *Elaborazione e caratteristiche del Codice civile cinese*, in *Codice civile cinese e sistema giuridico romanistico*, cit., p. 88.

¹¹⁴⁹ SIRENA P. (a cura di), *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, Milano, 2016; VANNEROM J., *Towards a european single market for mortgage credit. From scratch to..?*, in *European journal of consumer law*, 2015, p. 291; VENEZIANO A., *Le garanzie mobiliari non possessorie. Profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale*, Milano, 2000; MURINO F., *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2017, p. 231.

¹¹⁵⁰ CALZOLAIO E., *La tipicità dei diritti reali: spunti per una comparazione*, in *Riv. dir. civ.* 2016. p. 1080; LUMINOSO A. *Patto commissorio, patto marciano e*

5.1 Le garanzie reali in Francia

Procedendo per ordine, nell'ordinamento francese, il Legislatore ha attuato una riorganizzazione sistematica delle norme sulle garanzie reali, sia mobiliari che immobiliari, e limitando il divieto di patto commissorio.

Precisamente, il Codice civile francese è stato dotato di un nuovo libro, intitolato “*Des sûretés*” e l'*ordonnance* n° 2006-346 del 23 marzo 2006 ha introdotto rilevanti mutamenti in tema di ipoteca convenzionale.

Con riferimento alle garanzie immobiliari, il Legislatore francese, in primo luogo, dal 2006 ha riconosciuto la possibilità di costituire l'ipoteca su crediti futuri, prima già ammessa per via giurisprudenziale¹¹⁵¹. Nello specifico, si ammette espressamente che un'ipoteca possa garantire crediti attuali o futuri determinabili, la causa dei quali sia indicata nell'atto costitutivo¹¹⁵² e che l'ipoteca sia costituita per una somma determinata, da indicarsi nell'atto costitutivo a pena di nullità¹¹⁵³.

In secondo luogo, la citata *ordonnance* n° 2006-346 ha innovato la materia con la moderna figura dell'*hypothèque rechargeable*.

Con tale istituto il Legislatore francese ha previsto in capo al costituente la possibilità di utilizzare più volte l'ipoteca a garanzia di diversi crediti in favore dello stesso creditore oppure per garantire successivi creditori differenti dal primo che deve, tuttavia, essere costituita per un importo massimo indicato nell'atto costitutivo¹¹⁵⁴.

nuovi strumenti di autotutela esecutiva, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017; MAK V., *What is a responsible lending? The EU Consumer Mortgage Credit Directive in the UK and the Netherlands*, in *Journal of consumer policy*, 2015, p. 411.

¹¹⁵¹ FIORENTINI F., *La riforma francese delle garanzie reali XXXI. Incontro del Comitato Italo-Austriaco del Notariato Heiligenblut*, 23 settembre 2006, in *notarcomitato.com*.

¹¹⁵² Art. 2421 Cod. civ. francese.

¹¹⁵³ Art. 2423 Cod. civ. francese.

¹¹⁵⁴ MARSEGLIA C., *Tendenze di modernizzazione del diritto ipotecario in*

Il creditore garantito dall'ipoteca ricaricabile beneficia del grado ipotecario originario, potendo così prevalere su tutti i creditori che avessero iscritto garanzia sul medesimo bene dopo la costituzione della garanzia, ma prima della ricarica ovvero del suo riutilizzo¹¹⁵⁵. Infatti, si prevede che l'ipoteca possa essere ulteriormente utilizzata a garanzia di altri crediti rispetto a quelli individuati nell'atto costitutivo, qualora lo preveda espressamente¹¹⁵⁶. Questa regola dimostra che nel diritto francese riformato non tutte le ipoteche sono *rechargeables*, ma solo quelle che prevedano espressamente nell'atto costitutivo tale particolare natura.

Inoltre, l'*ordonnance* di riforma del 2006 introduce, nel Titolo I (*Crédit*) del Libro III (*Endettement*) del *Code de la consommation*, un Capitolo IV, intitolato "*Prêt viager hypothécaire*" che disciplina il già noto prestito vitalizio ipotecario. Tale istituto, come si è esaminato, era già da tempo conosciuto nel diritto inglese ed è stato introdotto parimenti nell'ordinamento italiano nel 2005.

Per quanto riguarda le garanzie mobiliari, la riforma del 2006 introduce con una norma generale la validità del pegno non possessorio, senza abrogare il classico pegno mediante consegna.

Il pegno non possessorio è disciplinato all'art. 2333 c.c. fr. e diviene un contratto consensuale la cui validità richiede la redazione di "uno scritto contenente l'indicazione del o dei crediti garantiti, oltre che della specie, natura e quantità dei beni costituiti in pegno" *ex art.* 2336 c.c. fr.

A differenza di quanto prescritto dal pegno non possessorio italiano introdotto nel 2016 e solo per il settore imprenditoriale, ai fini validità della costituzione del pegno non possessorio francese è sufficiente tale atto scritto, mentre la registrazione del pegno è mera condizione di opponibilità. Si

Europa: modelli a confronto, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2017, p. 670.

¹¹⁵⁵ FIORENTINI F., *La riforma francese delle garanzie reali XXXI. Incontro del Comitato Italo-Austriaco del Notariato Heiligenblut*, 23 settembre 2006, in *notarcomitato.com*.

¹¹⁵⁶ Art. 2422 Cod. civ. fr.

stabilisce, inoltre, che qualora vi sia l'accordo tra le parti, il detentore può alienare il bene oggetto di pegno. In questo caso, egli è tenuto a sostituirlo con un bene equivalente e i diritti del creditore pignoratorio si eserciteranno sui beni sostituiti¹¹⁵⁷.

Infine, la riforma codifica l'istituto del *gage-espèces* ossia il pegno su beni fungibili. In particolare, qualora il pegno abbia ad oggetto beni fungibili, il creditore deve tenerli separati dai beni della medesima natura a lui appartenenti, ma se il patto dispensa il creditore da quest'obbligo, costui acquista la proprietà dei beni costituiti in pegno ed è gravato dell'obbligo di restituirne la medesima quantità e qualità¹¹⁵⁸.

Infine, sempre con riguardo alle garanzie mobiliari, l'art. 44 dell'*ordonnance* n. 2006-346 ha introdotto all'interno del Titolo II (*Des garanties*) del Libro V (*Des effets de commerce et des garanties*) del *Code de commerce* francese, un Capitolo VII dedicato al pegno sulle azioni rinnovabile, il cd *gage de stock*¹¹⁵⁹.

Quanto all'ambito soggettivo di operatività della nuova garanzia, i finanziamenti concessi da istituti di credito a persone giuridiche o a persone fisiche nell'esercizio della propria attività professionale possono essere garantiti da un pegno non possessorio sulle scorte di magazzino detenute da tale soggetto¹¹⁶⁰. La nuova disciplina appresta una serie di cautele quanto ai modi di costituzione e di realizzazione della garanzia e con riferimento agli obblighi delle parti, cautele che mirano ad evitare i pericoli insiti in un istituto potenzialmente tanto incisivo sul patrimonio del debitore e sull'equilibrio dei rapporti tra i creditori del debitore¹¹⁶¹.

¹¹⁵⁷ Art. 2342 Cod. civ. fr.

¹¹⁵⁸ Art. 2341 Cod. Civ. fr.

¹¹⁵⁹ Artt. L527-1 – L527-11 Cod. comm. fr.

¹¹⁶⁰ Art. L527-1 c. 1 Cod. comm. Fr.

¹¹⁶¹ FIORENTINI F., *La riforma francese delle garanzie reali XXXI. Incontro del Comitato Italo-Austriaco del Notariato Heiligenblut*, 23 settembre 2006, in *notarcomitato.com*.

Da ultimo, la citata riforma ha introdotto all'art. 2355 c.c. fr. il pegno sui beni immateriali, il cd *nantissement*. Può essere definito come un vincolo di garanzia su un bene mobile incorporale, o un insieme di beni mobili incorporali, attuali o futuri la cui opponibilità non dipende dall'iscrizione in un apposito registro come è previsto invece per il *gage* non possessorio¹¹⁶².

Infine, in Francia, con la riforma del sistema delle garanzie adottata nel 2006, il Legislatore ha temperato il divieto del patto commissorio riconoscendo in caso di pegno, di ipoteca e di anticresi, l'ammissibilità di una convenzione con causa solutoria riconducibile al paradigma del patto marciano.

Precisamente, si è riconosciuta la validità della convenzione commissoria accedente al pegno e all'ipoteca¹¹⁶³. Secondo la nuova disciplina può convenirsi che il creditore trattenga il bene conferito in garanzia, previa stima del giusto prezzo e restituendo l'eccedenza al debitore. Dunque, si assiste ad una vera e propria istituzionalizzazione del patto marciano.

Si precisa, tuttavia, che il divieto continua ad essere ribadito nel Codice del consumo per effetto dell'art. 37 della citata ordinanza¹¹⁶⁴.

5.2 Le garanzie reali in Spagna

Per quanto riguarda l'ordinamento spagnolo, si rilevano alcune peculiarità sia con riferimento alle garanzie reali immobiliari, sia per quanto concerne le garanzie reali mobiliari.

Per quanto riguarda le garanzie reali immobiliari, il Legislatore spagnolo, prima con la *Ley* n. 41 del 7 dicembre 2007 e più recentemente con la *Ley* n°

¹¹⁶² FIORENTINI F., *La riforma francese delle garanzie reali XXXI. Incontro del Comitato Italo-Austriaco del Notariato Heiligenblut*, 23 settembre 2006, in *notarcomitato.com*.

¹¹⁶³ Art. 2348 Cod. civ. fr., art. 2459 Cod. civ. fr.

¹¹⁶⁴ BIANCA C.M., *Diritto civile*, VII, Milano, 2012, p. 275 ss.

1 del 14 maggio 2013, ha adottato alcune novità riformando nuovamente il sistema delle garanzie introducendo la cosiddetta “*hipoteca de máximo*” o “*hipoteca flotante*”.

Si tratta di un istituto che permette di estendere la garanzia a tutti i crediti presenti e futuri che dovessero sorgere tra le stesse parti, secondo lo schema delle garanzie *omnibus* il cui importo non è determinato, ma viene rilasciato entro un tetto massimo di copertura ipotecaria¹¹⁶⁵.

La disciplina dell’*hipoteca de máximo* è contenuta nell’art. 153 *bis* della *Ley Hipotecaria* e può essere concessa a garanzia di una o diverse obbligazioni, di qualsiasi natura, presenti e/o future, senza l’obbligo di stipulare un accordo novativo, costitutivo di nuove garanzie ed estintivo delle precedenti. Vi è una limitazione soggettiva: è ammissibile solo a favore degli istituti di credito o delle pubbliche amministrazioni titolari di diritti di credito di natura tributaria.

L’articolo 153 *bis* della *Ley Hipotecaria*, pertanto, vieta che l’*hipoteca de máximo* possa costituirsi a favore di qualsiasi creditore, anche in virtù della soggezione dei titolari delle qualifiche sopra citate a specifiche disposizioni di legge e a controlli da parte delle Pubbliche Autorità.

Nell’esaminare le varie modalità di escussione della garanzia immobiliare previste dal diritto spagnolo in caso di inadempimento del debitore, si rileva come il creditore ipotecario possa esercitarne di due tipi. Il primo è rappresentato da un’azione personale, sottoposta ad un termine di prescrizione di 15 anni, diretta contro il debitore o altro soggetto obbligato all’adempimento; il secondo, invece, consiste un’azione reale di natura ipotecaria, con termine di prescrizione di venti anni, che riguarda i beni soggetti al vincolo e consiste in una procedura di vendita del bene stesso per soddisfare la pretesa creditoria.

Inoltre, l’art. 140 *Ley Hipotecaria* consente spazi all’autonomia privata

¹¹⁶⁵ MARSEGLIA C., *Tendenze di modernizzazione del diritto ipotecario in Europa: modelli a confronto*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2017, p. 670.

nel derogare al principio di universalità della garanzia patrimoniale e di stabilire per iscritto che la garanzia patrimoniale non si estende oltre i beni ipotecati. Con la stipulazione del patto vi è l'impossibilità per il creditore di aggredire qualunque altro bene facente parte del patrimonio del debitore quale sia l'ammontare della somma ricavata dall'espropriazione.

Tale norma è molto importante ai fini della presente ricerca, l'ordinamento spagnolo concede ampi spazi all'autonomia privata in materia di patti con effetto abdicativo, addirittura codificando la possibilità di un'autotutela convenzionale non soddisfattiva per il creditore.

Con riguardo alle garanzie mobiliari, si segnala che un istituto paragonabile al pegno senza spossessamento italiano di cui all'art. 1 d.l. n. 59 del 2016, conosciuto in Spagna sin dal 1954¹¹⁶⁶.

Il riconoscimento di garanzie mobiliari senza la necessità della *traditio* del bene vincolato dal debitore al creditore è stato il primo passo compiuto dall'ordinamento spagnolo verso una restrizione del campo di applicazione del divieto di patto commissorio, disciplinato all'articolo 1859 del *código civil* e verso forme di garanzia alternative a quelle tradizionali, così come tanto auspicato dalla prassi commerciale¹¹⁶⁷.

Per quanto riguarda i requisiti formali di cui la *Ley* del 1954 richiede l'osservanza, si prevede che la costituzione sia dell'*hipoteca mobiliaria* sia del pegno senza spossessamento avvenga mediante atto pubblico. Quest'ultimo dovrà poi essere iscritto nell'apposito *Registro de Bienes Muebles*, istituito nel 1999 al fine di assicurare l'opponibilità ai terzi e tenuto dal Ministero della Giustizia spagnolo e dalla Direzione Generale dei Registri

¹¹⁶⁶ *Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión*, en BOE n. 352; CARRASCO PERERA F., CORDERO LOBATO E., MARÍN LÓPEZ M. J., *Tratado de los derechos de garantía*, Aranzadi Editorial, 2002, pp. 750 ss.

¹¹⁶⁷ CARRETERO GARCIA T., *Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión*, in *Revista de los Tribunales*, 1955, pp. 2 ss.

e del Notariato¹¹⁶⁸. La mancata registrazione priva il creditore ipotecario del diritto di prelazione e del diritto di seguito, quindi, rende di fatto inefficace il contratto di garanzia¹¹⁶⁹.

Una seconda tappa verso una regolamentazione sempre più moderna del settore è avvenuta con il riconoscimento, dapprima solo da parte della dottrina maggioritaria, poi anche mediante l'applicazione analogica della disciplina introdotta nel 2007 per l'*hipoteca flotante*, della sostituibilità del bene vincolato senza il prodursi di un effetto novativo, proprio come accade nella *floating charge*.

Nasce così la figura della *prenda flotante*, una garanzia “anomala”, ad oggetto variabile, con le caratteristiche proprie delle figure del pegno rotativo e del pegno *omnibus*. La compatibilità di questo istituto con la tradizionale disciplina codicistica spagnola si ritiene assicurata dalla presenza di un limite di valore minimo e massimo entro il quale il bene vincolato possa oscillare nel tempo, così da tutelare i terzi creditori chirografari che chiaramente nutriranno un vivo interesse a monitorare l'entità del patrimonio del proprio debitore¹¹⁷⁰.

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

¹¹⁶⁸ VEIGA COPO A., *Prenda omnibus, prenda rotativa de acciones y garantía flotante*, in *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2001, n. 82, pp. 33 ss.

¹¹⁶⁹ URÍA R., *Derecho mercantil*, Marcial Pons, 1960, p. 569.

¹¹⁷⁰ FARRÉS J., S. AGÜERA, *Estrategias para la ejecución de prendas sobre derechos de crédito en financiaciones de proyectos*, in *La Ley*, 2014, n. 8378, pp. 1 ss.

gli elementi dell'eventuale polizza assicurativa sugli stessi¹¹⁷¹.

5.3 Le garanzie reali in Germania

Infine, si analizzano le peculiarità nella disciplina delle garanzie reali nell'ordinamento tedesco e al riguardo, merita soffermarsi sull'istituto della *Grundschild* e sulla disciplina del divieto del patto commissorio.

La *Grundschild*, ovvero il “debito fondiario”, è disciplinata al § 1191 BGB, appartiene alla famiglia dei diritti pignorati su beni immobili (*Grundpfandrecht*) e rappresenta la garanzia standard del credito¹¹⁷².

A differenza della *Hypothek*, la *Grundschild* è un tipo di garanzia astratta che può esistere anche senza l'esistenza di un debito principale¹¹⁷³. Si distingue, dunque, tra *Grundschild* autonoma (*isolierte Grundschild*) e *Grundschild* accessoria ad un credito da garantire (*Sicherunggrundschild*); solo in quest'ultimo caso essa è accompagnata da un accordo tra le parti che, tuttavia, non incide né sull'esistenza né sull'efficacia del diritto reale di garanzia¹¹⁷⁴.

Per costituire la *Grundschild*, se l'ipoteca è già iscritta nel libro fondiario, occorre iscrivere l'importo della stessa, il nominativo del creditore, gli interessi prodotti in relazione all'importo per cui è stata iscritta¹¹⁷⁵. Tale forma di garanzia costituita per una somma determinata consente di mutare i crediti garantiti nel corso del rapporto entro i limiti dell'importo massimo per

¹¹⁷¹ ARMADA DE TOMÁS A., *Pignoración y prenda de créditos*, 3 giugno 2014 in *El derecho.com*.

¹¹⁷² CHIANALE A. - TERLIZZI, G. - CAMPOLATTARO, S. - MARTELLI, M., *Le garanzie reali e personali*, Torino, 2018, p. 303 e ss.

¹¹⁷³ CASTRONOVO C. – MAZZAMUTO S., *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, p. 64.

¹¹⁷⁴ LOVATO A., *Grundschild e ipoteca su se stesso*, in *Riv. Not.*, 1971, p. 29; CEOLIN M., *Sul concetto di accessorietà nel diritto privato*, Torino, 2017, p. 161.

¹¹⁷⁵ § 1192 BGB in combinato disposto con il § 1115 BGB.

cui la *Grundschild* è iscritta¹¹⁷⁶.

L'iscrizione dell'atto di costituzione dell'*Hypothek* e della *Grundschild* nel libro fondiario ha funzione costitutiva di tali forme di garanzia, similmente a quanto accade nell'ordinamento italiano.

Un tipo di *Grundschild* è l'*Eigentümergrundschild*, regolata dal BGB tedesco al § 1196 ed è definita come un predecessore dell'ipoteca ricaricabile francese¹¹⁷⁷.

È una figura ipotecaria che, essendo strutturalmente non accessoria rispetto ad un credito da garantire, può essere usata più volte, a garanzia di creditori diversi nel corso della sua esistenza, la quale verrà meno solo con la cancellazione della stessa e non con l'estinzione del credito originariamente garantito¹¹⁷⁸.

Essa, inoltre, non si estingue se il titolare dell'ipoteca viene a coincidere con il proprietario dell'immobile, ammettendosi la cd "ipoteca del proprietario"¹¹⁷⁹.

L'*Eigentümergrundschild* è costituita in questi termini direttamente dal proprietario con una dichiarazione che quest'ultimo rende dinanzi all'ufficio del libro fondiario e con la sua iscrizione successiva.

In questo caso ricorre un'ipotesi di "*ursprünglich offene Eigentümergrundschild*", ovvero di garanzia del proprietario "originariamente palese"¹¹⁸⁰, diversa dall'"*ursprünglich verdeckte*

¹¹⁷⁶ FIORENTINI F., *Le garanzie immobiliari in Europa. Studio di diritto comparato*, cit., p. 107.

¹¹⁷⁷ MARSEGLIA C., *La disciplina dell'ipoteca nel diritto privato comparato*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo*, cit.

¹¹⁷⁸ FIORENTINI F., *Le garanzie immobiliari in Europa. Studio di diritto comparato*, Napoli, 2009, p. 129; MARSEGLIA C., *La disciplina dell'ipoteca nel diritto privato comparato*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo, Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, a cura della Fondazione italiana del Notariato, maggio 2016.

¹¹⁷⁹ CEOLIN M., *Sul concetto di accessorietà nel diritto privato*, cit., p. 161.

¹¹⁸⁰ FIORENTINI F., *Le garanzie immobiliari in Europa. Studio di diritto comparato*, cit., p. 131.

Eigentümergrundschuld” ovvero la garanzia del proprietario “originariamente nascosta”, nel senso che la titolarità del diritto reale in capo al proprietario dell’immobile non è riconoscibile dalla consultazione del libro, ove, al contrario, è un terzo a risultare titolare del diritto reale¹¹⁸¹. Quest’ultima variante è specialmente utilizzata per garantire un credito futuro e la sussistenza del diritto reale di garanzia non è pregiudicata dall’eventuale futura inesistenza di tale credito¹¹⁸².

Così costituita, tale forma di garanzia attribuisce al costituente-proprietario la titolarità di un diritto avente un grado determinato che non può essere compromesso dalla costituzione di diritti iscritti in un momento successivo. Parimenti, attribuisce la possibilità di realizzare il diritto anche mediante un soggetto terzo, per esempio un finanziatore, effettuata con una dichiarazione redatta in forma scritta e con la consegna della lettera ipotecaria, in virtù delle norme indicate nel § 1154 BGB¹¹⁸³. Difatti, dal momento che la *Grundschuld* rappresenta un tipo di “diritto parziario” distinto dalla proprietà e può essere realizzata in maniera autonoma rispetto ad essa, il titolare di tale garanzia può cederla ad altro creditore per garantire un’obbligazione.

Se, invece, il costituente-proprietario di una *Grundschuld* non dispone più della titolarità del bene, può in ogni caso agire per esercitare il proprio diritto di “realizzazione sull’immobile”¹¹⁸⁴.

Ciò comporta che se il proprietario dell’immobile ha costituito in suo favore un’*Eigentümergrundschuld* di primo grado sul proprio bene e il creditore munito di ipoteca di secondo grado promuove un’azione esecutiva, l’aggiudicatario della vendita del bene con pubblico incanto acquista la titolarità del bene, ma il proprietario precedente, in quanto titolare di un diritto

¹¹⁸¹ *Ibidem*.

¹¹⁸² § 1163 I BGB.

¹¹⁸³ FIORENTINI F., *Le garanzie immobiliari in Europa. Studio di diritto comparato*, cit., p. 139.

¹¹⁸⁴ MARSEGLIA C., *La disciplina dell’ipoteca nel diritto privato comparato*, cit.

reale limitato di primo grado, avrà una prelazione nella distribuzione del ricavato derivante dalla vendita¹¹⁸⁵.

La disposizione contenuta nel § 1197 BGB prevede, inoltre, il divieto per il proprietario che è anche creditore di promuovere l'azione di esecuzione forzata per la soddisfazione del proprio credito. Ciò deriva dall'esigenza di evitare che il proprietario possa avviare un'azione esecutiva soltanto per estinguere le garanzie di grado successivo che possono gravare sul medesimo bene¹¹⁸⁶.

Il diritto tedesco precisa che quando l'*Eigentümergrundschuld* garantisce un credito, essa è *Fremdgrundschuld*, ossia una garanzia di cui è titolare un soggetto diverso dal creditore che l'ha costituita; quando, invece, l'*Eigentümergrundschuld* non sia attivamente utilizzata a garanzia di un credito, essa continua a vivere in capo al costituente/proprietario del bene e proprio da questa particolarità esso deriva il suo nome, dall'essere cioè un diritto reale che non si estingue per consolidazione con la proprietà in caso di coincidenza soggettiva tra costituente dell'istituto e beneficiario dello stesso¹¹⁸⁷.

Per quanto riguarda il divieto di patto commissorio nel diritto tedesco, esso è interpretato restrittivamente dalla giurisprudenza che non ha esteso il divieto al patto commissorio autonomo e ammette la proprietà-garanzia in materia mobiliare¹¹⁸⁸.

Più precisamente, a differenza del Codice civile italiano, nell'ambito del BGB tedesco il patto commissorio viene regolamentato nel Libro Terzo,

¹¹⁸⁵ MARSEGLIA C., *La disciplina dell'ipoteca nel diritto privato comparato*, cit.

¹¹⁸⁶ BAUR - STÜRNER, *Sachenrecht*, München, 1999, p. 540

¹¹⁸⁷ § 889 BGB. MARSEGLIA C., *La disciplina dell'ipoteca nel diritto privato comparato*, cit.

¹¹⁸⁸ LUMINOSO A. *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017, p. 30; BUSSANI M., *Il problema del patto commissorio*, Torino, 2000, p. 154.

relativo ai diritti reali (*Sachenrecht*) da due diverse norme¹¹⁸⁹.

Segnatamente, la prima disposizione di cui al § 1149 BGB concerne il divieto del patto sui beni ipotecati e deve essere letta alla luce del § 134 BGB che dispone la nullità di qualsiasi negozio giuridico che violi un divieto imposto dalla legge, salvo non disponga diversamente¹¹⁹⁰.

La *ratio* del divieto nel diritto tedesco si rinviene nel carattere usurario della pattuizione, stante la sua incompatibilità con l'ipoteca¹¹⁹¹.

Inoltre, vige l'inammissibilità dell'assunzione di un'obbligazione riguardante un trasferimento immobiliare condizionato secondo il dettato del § 925, comma 2 BGB.

Tale regola è validata in primo luogo, dalla impossibilità, secondo il diritto tedesco, di apporre condizioni o termini ai trasferimenti di immobili; in secondo luogo, un simile trasferimento risulterebbe contrario al § 1147 BGB, a tenore del quale “*il soddisfacimento del creditore sul fondo e sugli oggetti a cui l'ipoteca si estende, ha luogo in via di esecuzione forzata*”. Sicché, sono nulli tutti gli accordi che attribuiscono al creditore il diritto ad una vendita stragiudiziale, valendo il principio per cui solo il procedimento predisposto dalla legge può garantire un equilibrio dei diritti di creditore e debitore. Da qui si evince l'inammissibilità del patto marciano avente ad oggetto una garanzia su beni immobili.

¹¹⁸⁹ In particolare, il § 1149 BGB, relativo al patto commissorio collegato all'ipoteca: “Il proprietario non può, fintanto che il credito non è in suo confronto scaduto, accordare al creditore il diritto di pretendere, per essere soddisfatto, il trasferimento della proprietà del fondo o di promuovere l'alienazione del fondo per altra via che per quella dell'esecuzione forzata.”; e il § 1229 BGB, relativo al patto commissorio collegato al pegno: “Un patto stipulato prima che si verifichi il diritto di vendita, per cui al creditore pignoratorio, qualora non venga soddisfatto, o non lo sia a tempo debito, debba devolversi o essere trasferita la proprietà della cosa, è nullo”

¹¹⁹⁰ Il § 134 BGB prevede che: “Una transazione legale che viola un divieto legale è nulla a meno che la legge non disponga diversamente”. SACCO R., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* a cura di SACCO R., Torino, 1993, 546 ss.

¹¹⁹¹ EICKMANN, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3, Aufl., Monaco, 1997, sub § 1149, RdNr. 1

Con riferimento al patto commissorio collegato al pegno, invece, la disposizione di riferimento è il § 1229 BGB, rubricata “*Verbot der Verfallvereinbarung*” (Divieto del patto commissorio o testualmente, divieto di accordo decadenziale). La norma prevede testualmente la nullità di un accordo con cui si stabilisca che, al creditore pignoratizio (*Pfandgläubiger*), per il caso in cui questi non venga soddisfatto o non puntualmente soddisfatto, spetti la proprietà sul bene (*Sache*) oggetto del pegno o che questa gli debba essere trasferita, sempre che siffatto accordo venga stipulato prima che il creditore sia legittimato alla vendita del bene¹¹⁹².

Fuori dai casi di patto commissorio, il creditore dispone del diritto alla vendita del bene oggetto del pegno per soddisfarsi sulla somma così ricavata entro il limite dell’ammontare del credito garantito, per come risulta testualmente dal § 1228 BGB, comma primo, in tal modo realizzando la liquidazione (*Verwertung*) dell’oggetto del pegno in favore del medesimo creditore.

Il diritto del creditore pignoratizio alla vendita, come viene ancora specificato dal § 1228 BGB, comma secondo, sorge nel momento in cui vai sia l’inadempimento dell’obbligazione garantita, ossia allorché quest’ultima sia divenuta esigibile¹¹⁹³.

In tale contesto, rileva poi il § 1233 BGB, rubricato “*Ausführung des Verkaufs*” (Forme della vendita), dove si indica, al primo comma, che la vendita della cosa oggetto del pegno potrebbe realizzarsi anche tramite una forma di vendita non forzata da effettuarsi al pubblico incanto (*Öffentliche Versteigerung*)¹¹⁹⁴; mentre, al secondo comma, si indica come il creditore

¹¹⁹² DAMRAU V., in *Münchener Kommentar zum BGB*, 5, Aufl., Monaco, 2009, sub § 1229, RdNr. 3.

¹¹⁹³ Nel caso in cui si verifichi un inadempimento parziale, la stessa norma di cui al § 1228 BGB, comma secondo, prevede che la situazione giuridica de qua sorga in capo al creditore pignoratizio anche solo quando il credito garantito non risulti completamente scaduto (*im vollen Umfang fällig*).

¹¹⁹⁴ § 1234 – 1240 BGB.

pignoratizio potrebbe anche procedere secondo le disposizioni sulla vendita forzata di cose mobili, quando abbia però ottenuto, in tal caso, un titolo esecutivo verso il debitore datore del pegno.

Il § 1229 BGB vieta, invece, al creditore pignoratizio il diritto di acquistare automaticamente la proprietà in ordine al bene oggetto del pegno, oppure il diritto di pretendere che il debitore gli trasferisca la proprietà del bene stesso. Entrambe sorgono al tempo della scadenza dell'obbligazione garantita e verificatosi l'inadempimento di quest'ultima¹¹⁹⁵.

Ancora, il § 1229 BGB prevede la circostanza che l'accordo commissorio sia realizzato necessariamente prima della scadenza del debito garantito, o prima che il creditore sia autorizzato alla vendita *ex* § 1228 BGB.

Tuttavia, come anticipato, la dottrina tedesca interpreta restrittivamente tale divieto. In primo luogo, si ritiene che il patto in esame possa dirsi sussistente solo quando creditore e debitore abbiano convenuto che, in caso di mancato pagamento, passi in proprietà del creditore la cosa data in pegno, non un'altra¹¹⁹⁶.

Inoltre, si osserva che il divieto operi soltanto ove il patto venga stipulato durante il periodo in cui è ancora possibile l'adempimento. Con riferimento al periodo posteriore alla scadenza del credito garantito dal pegno, invece, un eventuale accordo stipulato in tale lasso di tempo tra il creditore pignoratizio ed il suo debitore in stato di ritardo nell'adempimento relativo al trasferimento automatico della proprietà dell'oggetto del pegno o dell'obbligo di trasferirla, già non potrebbe essere più sussunto nell'ambito del patto commissorio tipico previsto dal § 1229 BGB, e così disciplinato da questa norma, in quanto sarebbe privo di un elemento fondamentale ivi

¹¹⁹⁵ GIGLIO D., *Il divieto del patto commissorio ed il problema delle alienazioni in funzione della garanzia, alla luce delle novità introdotte dal d.l. 3 maggio 2016 n. 59*, in *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, 2016, p. 198.

¹¹⁹⁶ VALENTE G., *Patto commissorio e pegno nel diritto tedesco: Verfallvereinbarung und Pfandrecht*, 2014, in *juscivile.it*.

stabilito per il completamento della relativa fattispecie descritta: la scadenza del credito garantito, giacché ormai verificatasi¹¹⁹⁷.

Non solo, il § 1149 per l'ipoteca enuncia un analogo principio rispetto a quello del § 1229, ossia che il proprietario non può, fintanto che il credito non è nei suoi confronti scaduto, accordare al creditore il diritto di pretendere, per essere soddisfatto, il trasferimento della proprietà del fondo o di promuovere l'alienazione del fondo per altra via che per quella dell'esecuzione forzata.

Parimenti, superato tale termine, non vi sono ostacoli a ritenere lecito il patto commissorio concluso tra creditore e debitore successivo alla scadenza del debito¹¹⁹⁸.

La dottrina tedesca qualifica, piuttosto, tale patto successivo come “*Leistung an Erfüllungsstatt*” (Prestazione in luogo dell'adempimento) di cui ai §§ 364 e 1252 BGB: il primo riguardante la “*Annahme an Erfüllungs statt*” (Accettazione in luogo dell'adempimento), il secondo la “*Erlöschen mit der Forderung*” (Estinzione con il credito)¹¹⁹⁹.

Per concludere, si precisa che l'esclusione dei trasferimenti mobiliari in garanzia dal campo di applicazione del § 1229 e del § 1149 BGB non esime loro la valutazione della compatibilità con il § 138 BGB. Tale norma commina la nullità di un negozio giuridico con cui taluno, “abusando del bisogno, della leggerezza o dell'inesperienza di altri, fa promettere o dare a sé o ad un terzo per una prestazione vantaggi patrimoniali che superano talmente il valore della prestazione che, fatta ragione delle circostanze patrimoniali, i vantaggi si trovano in evidente sproporzione con la prestazione”.

¹¹⁹⁷ VALENTE G., *Patto commissorio e pegno nel diritto tedesco: Verfallvereinbarung und Pfandrecht*, cit.

¹¹⁹⁸ GIGLIO D., *Il divieto del patto commissorio ed il problema delle alienazioni in funzione della garanzia, alla luce delle novità introdotte dal d.l. 3 maggio 2016 n. 59*, in *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, 2016, p. 197.

¹¹⁹⁹ VALENTE G., *Patto commissorio e pegno nel diritto tedesco: Verfallvereinbarung und Pfandrecht*, cit.

Al fine di evitare di incorrere nella violazione del § 138 BGB, allora si ritiene sussista in capo al creditore l'obbligo di procedere in modo tale da realizzare diligentemente il valore della cosa; il controllo verrà effettuato sotto il profilo della proporzionalità tra il valore della cosa trasferita in garanzia e quello del credito garantito. Dunque, secondo lo schema del patto marciano, il creditore sarà obbligato a restituire al debitore l'eventuale eccedenza sia che lo preveda espressamente il contratto, sia che manchi una specifica clausola in tal senso, in quanto ritenuto immanente nella struttura propria e nella funzione perseguita da ogni trasferimento a scopo di garanzia¹²⁰⁰.

Per concludere, sebbene siano stati appena accennati istituti di tradizione antica, anche l'ordinamento tedesco offre importanti spunti comparatistici, nella vigenza del divieto commissorio si può trarre spunto dalla prassi tedesca, la quale ha ritagliato, comunque, degli spazi all'autotutela soddisfattoria del creditore.

¹²⁰⁰ *Ibidem.*

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Il lungo percorso di ricerca volge alla sua fine e l'indagine svolta ha condotto ad un viaggio variegato nel mondo del diritto per verificare l'adeguatezza della normativa vigente delle garanzie reali italiane rispetto alle impellenti esigenze di mercato.

L'assunto della tesi è la validità dei patti sulla responsabilità patrimoniale riconoscendo ampia autonomia negoziale alle parti e l'ammissibilità di un temperamento al divieto del patto commissorio attraverso l'utilizzo del correttivo marciano in via generalizzata.

Il punto di partenza è stata la rilettura approfondita dei principi in materia di responsabilità patrimoniale attraverso la lente degli studi più avveniristici della dottrina; in seguito, la ricerca ha analizzato la recente normativa sui marciatori tipici, a seguire, l'esame della disciplina speciale in materia di crisi di impresa e, successivamente, delle nuove linee evolutive delle garanzie reali sorte nella prassi e nella giurisprudenza in merito ad istituti affini.

Il percorso nel diritto italiano consente già di poter affermare che le nuove deroghe all'universalità della responsabilità patrimoniale confermano la validità di un'interpretazione teleologica prospettata sull'art. 2740, comma 2 c.c. quale norma a favore della tutela dell'affidamento del creditore.

In particolare, sono stati rilevati gli errori storici che hanno influenzato l'interpretazione del principio di universalità della responsabilità patrimoniale ed è stata valorizzata la prospettiva della più recente dottrina che riconosce, invece, un principio di specializzazione della responsabilità patrimoniale.

In tale ottica, si accoglie l'orientamento che ammette i patti sulla responsabilità patrimoniale, la cui validità è pur sempre subordinata al giudizio di meritevolezza causale *ex art. 1322 c.c.*

Non solo, si esclude la rilevanza della questione della loro efficacia reale od obbligatoria in quanto trattasi di obbligazione negativa di non aggressione del patrimonio, similmente a quanto accade per il patto di non concorrenza.

Parimenti, si ritiene che attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata dei principi sulla responsabilità patrimoniale, è predicabile l'ammissibilità del patto marciano atipico con effetto esdebitatorio, quale correttivo al divieto del patto commissorio.

Non solo, rispetto al divieto di patto commissorio, la giurisprudenza di legittimità ha mostrato rilevanti aperture rispetto all'ammissibilità del correttivo di un marciano atipico, tuttavia, sarebbe auspicabile *de iure condendo*, l'introduzione dell'articolo 2744 *bis* c.c. che istituzionalizzi *tout court* il patto marciano in presenza di tutte le condizioni che concilino la tutela del creditore e del debitore per scongiurare incertezze applicative.

Del resto, una simile previsione si trova già nel progetto di Codice civile europeo, ossia nel *Draft of common frame of reference*¹²⁰¹, al paragrafo IX, 7: 105 il quale riconosce il correttivo marciano al divieto di patto commissorio.

Le conclusioni raggiunte in tesi sono confortate non solo dall'interpretazione sistematica delle norme codicistiche e costituzionali, ma anche dai più innovativi e recenti interventi legislativi.

Nel Secondo Capitolo, infatti, sono stati esaminati i patti marciano tipici con effetto abdicativo della responsabilità patrimoniale di recente introduzione, nonché la valorizzazione delle procedure di esecuzione privatizzata: il prestito vitalizio ipotecario, i contratti di credito immobiliare ai consumatori, il pegno non possessorio e i contratti di finanziamenti alle imprese.

Ad ulteriore conforto della validità della tesi sostenuta sovviene la nuova regolazione giuridica dell'impresa in crisi, la cui innovatività si misura nel

¹²⁰¹ AA. VV., *Il Draft common frame of reference del diritto privato europeo*, a cura di ALPA G., PERFETTI U., ZATTI P., IUDICA G., Padova, 2009.

ruolo primario attribuito agli accordi tra debitore e creditore per favorire la continuità aziendale, nella velocizzazione delle procedure e nella graduale “dis-intermediazione giudiziaria” della crisi stessa¹²⁰².

Il nuovo Codice della crisi di impresa e dell’insolvenza esaminato nel Capitolo Terzo rappresenta il miglior esempio legislativo in cui si possa riscontrare l’attuale tendenza legislativa ad incentivare gli accordi sulla responsabilità patrimoniale tra debitore e creditore.

La riforma della disciplina dell’insolvenza, infatti, si pone due macro-obiettivi strategici ossia, l’efficienza e la celerità delle procedure concorsuali per favorire la competitività e la conservazione della continuità aziendale¹²⁰³.

A tale scopo, si registra una de-giurisdizionalizzazione della procedura concorsuale, ossia un ridimensionamento della competenza giurisdizionale a favore della “contrattualizzazione” della gestione della crisi di impresa¹²⁰⁴. Tale processo si identifica contestualmente in una graduale “privatizzazione” dell’insolvenza e in un arretramento del ruolo del giudice, una “disintermediazione giudiziaria” della crisi, ove il giudice svolge un ruolo di controllo meramente formale¹²⁰⁵.

La nuova sistematica del Codice, dunque, conferma l’inedita dimensione assunta dall’autonomia privata, consente la produzione dell’effetto premiale

¹²⁰² JORIO A., *Introduzione* a DE MATTEIS S., *L’emersione anticipata della crisi di impresa. Modelli attuali e prospettive di sviluppo*, Milano, 2017, p. VII; D’ATTORE G., *Le nuove garanzie reali, la fuga dal concorso e il “diritto diseguale”*, in *Il Fallimento*, 2021, p. 1242; DE SANTIS F., *Garanzie dei finanziamenti alle imprese in crisi ed autotutele esecutive*, in *Il Fallimento*, 2021, p. 1262.

¹²⁰³ CALVOSA L., *Le principali novità della riforma organica delle discipline della crisi di impresa e della insolvenza. Relazione introduttiva*, in CALVOSA L. (a cura di) *Crisi di impresa e insolvenza. Prospettive di riforma*, Pisa, 2017, p. 17.

¹²⁰⁴ DE MATTEIS S., *L’emersione anticipata della crisi di impresa. Modelli attuali e prospettive di sviluppo*, cit., p. 7; SPOLAORE P., *Garanzia patrimoniale e trust nella crisi d’impresa*, Milano, 2018, p. 1.

¹²⁰⁵ *Ibidem*.

del ricorso agli “strumenti negoziali stragiudiziali” e assicura una tutela ai creditori rimasti estranei all’accordo¹²⁰⁶.

In questo scenario che valorizza lo strumento del contratto tra debitore e creditore per la gestione negoziale della crisi e dell’insolvenza, è ancora una volta determinante, ai fini della validità, il giudizio di meritevolezza causale *ex art. 1322 c.c.*

In particolare, si sono analizzate le varie forme di accordi predisposti dal Codice in un ordine di crescente intervento giurisdizionale: gli accordi stragiudiziali, ovvero, i piani attestati di risanamento e i relativi negozi di attuazione, gli accordi di ristrutturazione dei debiti, le convezioni di moratoria, la composizione negoziata e gli accordi giudiziali, quali i concordati, il piano per la crisi da sovraindebitamento e da, ultimo, l’esdebitazione.

A seguire, nel Quarto Capitolo, sono stati analizzati i vari impieghi della segregazione patrimoniale negoziata ove la disciplina legislativa negli spazi in cui non definisce chiaramente i suoi confini. Si è visto come tali forme di separazione patrimoniale elaborate dall’autonomia negoziale siano giunte all’esame della giurisprudenza, anche di legittimità, che ne ha tratteggiato i contorni.

Di tale logica costituisce l’innovativo e sempre più frequente utilizzo dell’istituto del *trust*, in particolare al fine precipuo di risolvere la crisi di impresa.

Non solo, a tal proposito, le più recenti pronunce giurisprudenziali di legittimità hanno elaborato i tratti salienti di un patto marciano atipico così rendendolo di fruizione generale. Da qui, il delinearsi di un patto marciano atipico che convive al fianco dei sottotipi marciari legali.

¹²⁰⁶ MACARIO F., *Il contratto e gli “strumenti negoziali stragiudiziali” nel Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, cit., p. 369.

In tale quadro si è analizzata la dottrina che approfondisce l'analisi economica del diritto proponendo lo studio delle garanzie reali attraverso la lente del criterio funzionale.

Probabilmente, poteva già essere sufficiente il perimetrare l'indagine giuridica della tesi al diritto interno per poter affermare la compatibilità con l'ordinamento dei patti sulla responsabilità patrimoniale, delle nuove forme di garanzie reali e dei nuovi strumenti di autotutela convenzionale soddisfattoria per il creditore.

Tali affermazioni sono state suffragate anche dal dato comparatistico, ampliando così il perimetro della ricerca: gli ordinamenti giuridici oltreconfine analizzati nel Quinto Capitolo, ordinamenti di Stati con rilevante potere economico, ammettono ampia flessibilità nella negoziazione della garanzia patrimoniale generica¹²⁰⁷.

In particolare, negli ordinamenti anglosassoni la ricerca si è soffermata sui sistemi giuridici di Inghilterra e Stati Uniti ove è emerso un articolato apparato di garanzie reali, anche con effetto abdicativo della responsabilità patrimoniale.

In seguito, esaminati i principi della finanza islamica, si è appurato come il contratto di *murabaha*, ampiamente utilizzato, si sostanzia in una sorta di doppia alienazione immobiliare sospensivamente condizionata all'adempimento.

Non solo, la ricerca ha ritenuto molto interessante esaminare le disposizioni del nuovo Codice civile cinese, entrato in vigore da circa un biennio. Si è appurato come esso risenta fortemente della tradizione giuridica

¹²⁰⁷ GOODE R., *Transcending the Boundaries of Earth and Space: The Unidroit Convention in International Interest in Mobile Equipment*, in *Uniform Law Review*, 1998, 373; MAZZONI A., *Procedure concorsuali e standards internazionali: norme e principi di fonte UNICITRAL e Banca Mondiale*, in *Giur. Comm.*, 2018, p. 43; SALOMONS A.F., *Should we ratify the Convention on International Interest in Mobile Equipment and the air Equipment Protocol? Some Remarks from a Dutch Point of View*, in *Eur. Rev. of Private Law*, 2004.

occidentale, pertanto, si accolgono con entusiasmo per la comparazione le norme che contengono esattamente la previsione generalizzata del patto marciano.

La ricerca è tornata poi tra i confini europei ed ha esaminato le peculiarità più importanti del sistema delle garanzie reali in Francia, Spagna e Germania. Da tale indagine è emerso che anche in tali Paesi si espandono gli spazi concessi all'autonomia negoziale e all'autotutela convenzionale soddisfattiva e non soddisfattiva del creditore.

In conclusione, appurato che un sistema efficace di garanzie reali costituisce un fattore determinante per lo sviluppo economico di un Paese e per la sua competitività, la nuova prospettiva consente di aprire nuovi spazi all'autonomia privata e di avvicinare l'ordinamento giuridico italiano sia a sistemi dove la tecnica della negoziazione sulla garanzia generica è utilizzata da tempo, sia dove è stata di recente generalizzata.

INDICE BIBLIOGRAFICO

INDICE DELLA DOTTRINA

A.B.F., *coll. coord.*, 20 settembre 2013, n. 4808, con nota di SOLDAN M., *Diritto di ritenzione e realizzo nel contratto di deposito titoli in amministrazione. Le garanzie atipiche e il pegno bancario*, in *NGCV*, 2014, p. 467.

AA.VV., *Codice cinese, Xi e il governo della legge*, in *Mondo cinese*, vol. 167, n. 1.

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

AA. VV., *Il trust: criticità, correzioni, sviluppi*, a cura di BASSETTI R., Torino, 2017.

AA. VV., *Responsabilità patrimoniale, Prescrizione*, in *Trattario di diritto civile*, a cura di CENDON P., vol. XII, Milano, 2014.

AA. VV., *Sovraindebitamento e rapporto obbligatorio*, D'AMICO G. (a cura di), Torino, 2018.

AA. VV., *Studi sul trust*, a cura di LUPOI M., Milano, 2018.

AA.VV., *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie*, Torino, 2019.

AA.VV., *Finanza islamica e sistemi finanziari convenzionali. Tendenze di mercato, profili di supervisione e implicazioni per le attività di banca centrale*, in *Questioni di Economia e Finanza (Occasional papers Banca d'Italia)*, Numero 73 – ottobre 2010.

AA.VV., *Islamic Finance in Europe*, in *Occasional Paper Series no. 146*, *European Central Bank*, giugno 2013.

AA.VV., *Codice civile della Repubblica Popolare Cinese*, traduzione a cura di MEILING HUANG, Pisa, 2021.

ABATE F., *La spinta degli accordi di ristrutturazione verso la concorsualità*, in *Il Fall.*, 2013, p. 1183.

ABETE L., *La predisposizione del piano attestato e degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il fallimento e altre procedure concorsuali*, 2014, p. 1007.

ABRIANI - PANZANI, *Crisi e insolvenza nei gruppi di società*, in *Crisi di impresa e procedure concorsuali*, diretto da CAGNASSO - PANZANI, Torino, 2016, p. 3048.

ADDANTE A., *Prestito vitalizio ipotecario e schemi negoziali affini*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2017, p. 407.

AHMAD M., *Economics of Islam. A comparative study*, Lahore, 1972.

AINLEY M. – MASHAYEKHY A. - HICKS R. - RAHMAN A. – RAVALIA A., *The Development of Islamic Finance in the UK. Regulations and Challenges*, Financial services authority, in *isfin.net*.

AJANI G. - FRANCAVILLA D. - PASA B., *Diritto comparato, lezioni e materiali*, Torino, 2018.

AJMI H. – KASSIM S. – AZIZ H. A. – MANSOUR W., *A literature review of financial contracting theory from the Islamic and Conventional overviews: contributions, gaps, and perspectives*, in *Journal of King Abdulaziz University, Islamic Economics*, 2019.

ALDEEB ABU-SAHLIEH S.A., *Il diritto islamico*, Roma, 2008.

ALDOHMI A.K., *The Challenge of Islamic Banking Disputes in The English Courts: The applicable Law*, in *Journal of International Banking and Financial Law*, 2009

ALLEN K., *Law in making*, Oxford, 1958.

ALPA G. - FUSARO A., *Le metamorfosi del diritto di proprietà*, in *I nuovi confini del diritto privato*, Antezza, 2011, p. 45.

ALPA G., *Il linguaggio omissivo del legislatore*, in *Riv. trim. di diritto e proc. civile*, 2017, p. 445.

ALSAYYED N., *The Uses and Misuses of Commodity Murabaha: Islamic Economic Perspective*, MRP A paper, in: <http://mpa.ub.unimuenchen.de/id/eprint/20262>, 2010.

ALVARO S., *La finanza islamica nel contesto giuridico ed economico italiano*, in *Quaderni giuridici* a cura della CONSOB, 2014, n° 6.

AMATORE R. – DI MARZIO F., *Codice della crisi di impresa*, Milano, 2017.

AMATUCCI C., *Concordato preventivo e (dis)continuità del management tra Chapter 11, Administration e Disqualification*, in *Giur. Comm.*, 2019, p. 814.

AMBROSINI S., *Il concordato semplificato: primi appunti*, in *Ristrutturazionaziendali.it*, 23 settembre 2021.

AMBROSINI S., *Il pegno non possessorio ex lege n. 119/2016*, in *IlCaso*, 2016.

AMBROSINI S., *La “miniriforma” del 2021: rinvio (parziale) del CCI, composizione negoziata e concordato semplificato*, in *Dir. fall.*, 2021, p. 919.

AMBROSINI S., *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella l. n. 119/2016: il c.d. patto marciano*, in *IlCaso.it*, 2016, e in *Dir. fall.*, 2016, p. 1075.

AMBROSINI S., *La rinuncia al concordato preventivo dopo la legge (n. 40/2020) di conversione del “Decreto liquidità”: nascita di un “ircocervo”?*, 10 giugno 2020, in *IlCaso*.

AMBROSOLI M., *Il sale and lease back: un contratto tormentato*, in *Il Corriere giuridico*, 2021, p. 1527.

AMORE G., *Criticità sistematiche e rilevanza normativa del trust nella “legge sul dopo di noi”*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, p. 1201.

AMORTH G., *Divieto del patto commissorio apposto ad un mutuo ipotecario*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1949, p. 717.

ANDREOLI A., *Atti di destinazione patrimoniale: stato dell’arte e prospettive di tutela*, in *ilCaso*, 23 marzo 2019.

ANDRINI M. C., *Le situazioni affidanti e la c.d. legge “dopo di noi”* (l. N. 112 /2016). *Parte seconda: i vincoli di destinazione ed il contratto di affidamento fiduciario*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 1020.

ANDRIOLI V., *Divieto del patto commissorio*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Art. 2740-2899, Bologna-Roma, 1945.

ANELLI F., *L’alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, p. 103.

ANLING F., *Elaborazione e caratteristiche del Codice civile cinese*, in *Codice civile cinese e sistema giuridico romanistico*, a cura di SACCOCCIO A. - PORCELLI S., Modena, 2021.

ARATO M., *Brevi note sui nuovi accordi di ristrutturazione*, in *Il Caso*, 4 aprile 2019, p. 6.

ARATO M., *Il concordato con continuità nel Codice della crisi di impresa e dell’insolvenza*, in *Il Fall.*, 2019, p. 855.

ARATO M., *La riforma organica delle procedure concorsuali nel disegno di legge delega elaborato dalla Commissione Rordorf*, in CAGNASSO-PANZANI, *Crisi d’impresa e procedure concorsuali*, 2016, p. 4544.

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

ASTONE M., *Inadempimento del consumatore e autotutela del finanziatore tra (divieto del) patto commissorio e patto marciano*, in *Europa e Diritto Privato*, 2017, p. 733.

ATTANASIO G., *Il divieto del patto commissorio nell’attuale panorama normativo e giurisprudenziale: le novità in arrivo dal PNRR in tema di autotutela esecutiva*, in *Notariato*, 2022, p. 323.

AVOLIO C., *Il pegno non possessorio nel fallimento*, in *Giur. Comm.*, 2019, p. 267.

AYNÈS L. – CROCQ P., *Les Sûretes. La publicité foncière*, Parigi, 2008, n. 500, p. 214.

AZARA A., *Responsabilità patrimoniale e concordato preventivo liquidatorio*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2020, p. 239.

AZZARO A., *Causa illecita e accordi concorsuali*, in *Giust. Civ.*, 2019, p. 121.

AZZARO A., *Le procedure concordate dell'impresa in crisi*, Torino, 2017.

BAILEY S. H. – CHING J. – TAYLOR W., *Modern English legal system*, Londra, 2002.

BAKER J. H., *Introduction to English legal history*, Londra, 1989.

BAKER J. H., *The Common law tradition*, Londra, 2000.

BALZ K., *Islamic Law as Governing Law under the Rome Convention. Universalist Lex Mercatoria v Regional Unification of Law*, in *Uniform Law Review*, 2001, p. 44 ss

BARBA A., *Voce "Ritenzione"*, in *Enciclopedia del Diritto*, XL, Milano, 1989, p. 1363.

BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, in *Il Codice civile - Commentario*, diretto da Schlesinger, artt. 2740 - 2744, Milano, 2010.

BARBIERA L., *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971.

BARTALENA A., *Il concordato in continuità*, in CALVOSA L. (a cura di), *Crisi di impresa e insolvenza. Prospettive di riforma*, cit., p. 85.

BARTOLI S. – MAURITANO D. – ROMANO C., *Trust e atto di destinazione nelle successioni e donazioni*, Milano, 2014.

BARTOLI S. – MURITANO D., *Trust, negozi di destinazione e legge fallimentare*, Milano, 2017.

BARTOLI S., *Il Trust*, Milano, 2001.

BARTOLI S., *Trust e atto di destinazione nel diritto di famiglia e di persone*, Milano, 2011.

BASSI A., *I presupposti delle procedure concorsuali nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Giur. It.*, 2019, p. 1948.

BATTISTA BARILLÀ G., *Pegno non possessorio e patto marciano: dalla tutela statica del credito alle nuove forme di garanzia*, in *Giurisprudenza*

commerciale, 2017, p. 583.

BAUR - STÜRNER, *Sachenrecht*, München, 1999.

BECK T. – KUNT A. – MERROUCHE O., *Islamic v. Conventional Banking. Business Model, Efficiency and Stability*, in *Journal of Banking and Finance*, 2013, p. 433.

BELLAVIA G., *Il pegno rotativo e non possessorio sui prodotti agroalimentari. Prime riflessioni sulle norme introdotte dal Decreto “Cura Italia”*, in *Studium Iuris*, 2021, p. 876.

BENINCASA D., *L'esdebitazione*, in *Giur. It.*, 2019, p. 2033.

BENINCASA D., *Le procedure in caso di sovraindebitamento ai sensi dell'art. 2, 1° comma, lett. c)*, in *Giur. It.*, 2019, p. 2038.

BENNION F.A.R., *Statute law*, Londra, 1999.

BENNION F.A.R., *Understanding common law legislation*, Londra, 2001.

BENVENUTO G., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Riv. dei dottori comm.*, 2019, p. 537.

BERTOLINI A., *La tutela del debitore inadempiente nella disciplina europea dei mutui ipotecari. Eterogenesi dei fini, errori prospettici ed aporie alla luce dell'analisi economica del diritto*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 327.

BERTOLINI A., *La tutela del debitore inadempiente nella disciplina europea dei mutui ipotecari. Eterogenesi dei fini, errori prospettici ed aporie alla luce dell'analisi economica del diritto*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2016, p. 327.

BETTI E., *Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, p. 699.

BIANCA C.M., *Diritto civile*, VII, Milano, 2012.

BIANCA M., *Atto negoziale di destinazione e separazione*, in *Consiglio nazionale del notariato, Atti di destinazione. Guida alla redazione*, Studio n. 357-2012/c, approvato in data 9 maggio 2012.

- BIANCA M., *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957.
- BIANCA M., voce *Autotutela*, in *Enc. dir.*, Agg., IV, Milano, 2000, p. 136.
- BIANCA M., voce *Patto commissorio*, in *Nov. dig. it.*, vol. XII, Torino, 1957, p. 711.
- BIANCO C. - GIORGETTI M. – RIVA P., *Concordato fallimentare. Profili giuridici ed economico – aziendali. Casi.*, Milano, 2013, p. 4.
- Black's law dictionary*, Minnesota, 2009, 1153 voce “nonrecourse”.
- BOGGIO L., *Confini ed implicazioni dell'ambito di applicazione delle nuove regole UE*, in *Giur. It.*, 226.
- BOGGIO L., *Gli strumenti di regolazione concordata della crisi o dell'insolvenza*, in *Giur. It.*, 2019, p. 1976.
- BOGGIO L., *L'accesso alle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza*, in *Giur. It.*, 2019, p. 1952.
- BONFANTE G., *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, in *Giur. It.*, 2019, p. 1943.
- BONFANTE G., *Le misure di allerta*, in *Giur. It.*, 2019, p. 1970.
- BONFATTI S., *Gli incentivi alla composizione negoziale delle crisi d'impresa: uno sguardo di insieme*, in *Dir. della banca e del mercato finanziario*, 2013.
- BONFATTI S., *Profili della composizione negoziata della crisi d'impresa. Natura giuridica, presupposti e valutazioni comparative*, in *Dirittodellacrisi.it*, 3 febbraio 2022, p. 6 ss.
- BONGIORNO G. - NOTARANGELO E., *L'art. 48 bis TUB. Prime note a margine del patto marciano nel nostro ordinamento*, in *Diritto bancario.it*, 2016.
- BONGIORNO G., *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984.
- BOTTAI L.A., *La composizione negoziata di cui al D.L. 118/2021: svolgimento e conclusione delle trattative*, in *Il Fallimentarista*, 4 ottobre 2021.

BOZZA G., *Il concordato semplificato introdotto dal d.l. n. 118 del 2021, convertito, con modifiche dalla l. n. 147 del 2021*, in *Dirittodellacrisi.it*, 9 novembre 2021.

BRIANDA G., *Le prospettive del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria lex mercatoria e tradizione*, in *Contr. e impr.*, 3, 2016, 799.

BRIDGE M., *Insolvency*, in *English Private Law*, P. BIRKS (ed.), II, Oxford, 2000, p. 680.

BRODI E., *Brevi note sull'utilizzabilità dell'art. 48-bis t.u.b. per la gestione delle sofferenze bancarie*, in *IlCaso*, 2017.

BROGI G., *Esenzioni da revocatoria e piani di ristrutturazione: dalla legge fallimentare al Codice della Crisi*, in *Il Fall.*, 2019, p. 606.

BROGI R., *La procedura di concordato preventivo: i nuovi poteri del tribunale sulla proposta e sulla fattibilità del piano*, in CALVOSA L. (a cura di), *Crisi di impresa e insolvenza. Prospettive di riforma*, cit., p. 311.

BRUNI G., *La garanzia "fluttuante" nell'esperienza giuridica inglese e italiana*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1986, p. 692.

BULGARELLI A., *La fase patologica dei contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali, trasferimento dell'immobile ed esdebitazione. Note a margine del D.lgs. 72/2016 di attuazione della Direttiva 17/2014/EU*, in *dirittobancario.it*, giugno 2016.

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

BUSANI A., *Revoca giudiziale del trustee di un trust liquidatorio di s.r.l.*, in *Le Società*, 2013, p. 642.

BUSET G., *Anche una procura a vendere può violare il divieto di patto commissorio?*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2015, p. 65.

BUSSANI M., *Il problema del patto commissorio*, Torino, 2000.

CALVOSA L., *Crisi di impresa e insolvenza. Prospettive di riforma*, Pisa, 2017.

CALZOLAIO E., *La tipicità dei diritti reali: spunti per una comparazione*, in *Riv. dir. civ.* 2016. p. 1080.

CAMARDI C., *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017.

Camera dei deputati, Servizio Studi, XVIII Legislatura, *Il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Camera.it*, 25 marzo 2019.

CAMPAGNA M.F., *Insolvenza e crisi nella vigente legge fallimentare*, in NUZZO M. (a cura di), *Principio di sussidiarietà nel diritto privato*, vol. I, Torino, 2014, p. 399;

CAMPOBASSO M., *Il concordato liquidatorio semplificato: ma perché il concordato preventivo non trova pace?*, in *NLCC*, 1/2022, p. 112.

CAMPOLATTARO S., *Fenomenologia del patto marciano tra tipicità e atipicità*, in *Rivista del Notariato*, 2017, p. 591.

CANDIAN A., *Le garanzie mobiliari. Modelli e problemi nella prospettiva europea*, Milano, 2001.

CAPUTO E., *Vendite a scopo di garanzia e patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 1979, p. 886 ss.

CAPUTO L. – CAPUTO M., *I pegni*, Milano, 2017, p. 120.

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

CARDILLI R., *Diritto cinese e tradizione romanistica alla luce del nuovo Codice della Rpc*, in *Mondo cinese*, 2020, n. 167, p. 25.

CARDILLO I. (a c. di), *La compilazione del Codice civile come espressione della contemporaneità e del carattere del popolo*, 18 aprile 2018, in *Istituto di Diritto Cinese, dirittocinese.com*.

CARDILLO I. - RONGGENY., *La cultura giuridica cinese tra tradizione e modernità*, in *Quaderni fiorentini*, 2020, p. 97.

CARDILLO I., *L'attualità delle riflessioni di Calamandrei e Bobbio sull'ordinamento giuridico cinese*, in *Il Ponte*, sett. – ott. 2020, p. 48.

CARDILLO I., *La legislazione cinese e il ruolo della Suprema Corte del*

Popolo, in *Mondo cinese*, 2020, p. 55.

CARDILLO I., *Il primo Codice civile unitario in Cina: una tappa importante lungo il percorso di modernizzazione del sistema giuridico*, 28 maggio 2020, in *Istituto di Diritto Cinese*, *dirittocinese.com*.

CARDILLO I., *Orientamenti di diritto tradizionale cinese e confucianesimo*, in *Tigor: rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica*, 2021, p. 124 e ss.

CARNELUTTI F., *Appunti sulle obbligazioni*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1915, p. 525.

CARNELUTTI F., *Diritto e Processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi di diritto processuale in onore di Chiovenda*, Padova, 1927

CARNELUTTI F., *Diritto e Processo*, Napoli, 1958

CARNELUTTI F., *Mutuo pignoratizio e vendita con clausola di riscatto*, in *R. d. proc. civ.*, 1946, II, p. 156.

CARNEVALI U., *Le Sezioni Unite sulla forma del pactum fiduciae con oggetto immobiliare*, in *I Contratti*, p. 265.

CARNEVALI U., voce *Patto commissorio*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXII, Milano, 1982, p. 499.

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

CASSANESE, *Lo stato come problema storico*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2013.

CASTRO F., *Il modello islamico*, Torino, 2007.

CASTRONOVO C. – MAZZAMUTO S., *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007.

CASTRONOVO C., *Il trust e “sostiene” Lupoi*, in *Europa e dir. priv.*, 1998

CASTRONOVO C., *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita Not.*, 1998, p. 1323.

CAVALIERE T., *Le modificazioni del Codice civile*, in *Giur. It.*, 2019, p.

2046.

CAVALIERI R. - BARBATELLI C., *La Cina non è (ancora) per tutti*, Milano, Olivares, 2015, vol. 1, pp. 1-260.

CAVALIERI R. – BELLOMO V. - D’ATTOMA S., *Diritto, cittadini e potere in Cina in Sulla via del Catai*, Centro Studi Martino Martini, Trento, 2015, vol. VIII, pp. 1-175.

CAVALIERI R., *Il diritto cinese in Italia*, in *Mondo Cinese*, 2010, vol. 144, pp. 28-40.

CAVALIERI R., *L'adesione della Cina alla WTO: implicazioni giuridiche*, Lecce, 2003.

CAVALIERI R., *Modelli giuridici occidentali e diritto cinese*, in *Nuova Secondaria*, 2019, p. 39.

CERULLI IRELLI V., *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983.

CEOLIN M., *Sul concetto di accessorietà nel diritto privato*, Torino, 2017.

CHEN J., *Esprimere il “carattere del popolo” è una priorità della compilazione del Codice civile cinese*, trad. it. a cura di CARDILLO I., 1° dicembre 2019, in *Istituto di Diritto Cinese, dirittocinese.com*.

CHIANALE A. - TERLIZZI G. - CAMPOLATTARO S. - MARTELLI M., *Le garanzie reali e personali*, Torino, 2018.

CHIANALE A., *Evoluzione e prospettive nel sistema delle garanzie reali*, Torino, 2020.

CHIANALE A., *L'inutilità dell'ipoteca nel prestito vecchietti*, in *Notariato*, 2016, p. 358.

CHIANALE A., *Le garanzie reali*, in *Tratt. Dir. priv.*, diretto da IUDICA – ZATTI, Milano, 2019, p. 505.

CHIANALE A., *Le nuove frontiere delle garanzie reali: uno statuto personale del creditore?*, in *Contratto e impresa*, 2019, p. 1304.

CHIANALE A., *Qualche pensiero sulle recenti vicende del patto marciano*, in *Riv. not.*, 2014, p. 751.

- CHINE' G. - FRATINI M. - ZOPPINI A., *Manuale di diritto civile*, Roma, 2016.
- CHIRICOSTA G., *Il nuovo concordato preventivo*, Rimini, 2017.
- CIPRIANI N., *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 995 ss.
- CIPRIANI N., *Il patto commissorio autonomo: come salvare la validità del finanziamento e della garanzia*, 27 maggio 2014, in *giustiziacivile.com*.
- CIPRIANI N., *Il patto marciano garanzia del credito ed esecuzione forzata*, in *Annali Sisdic*, 2017, p. 191.
- CIPRIANI N., *Il patto marciano tra discipline di settore e di sistema*, in *Giur. It.*, 2017, p. 1727.
- CIPRIANI N., *La cessione di crediti a scopo di garanzia tra patto commissorio e patto marciano*, in *Riv. dir. impr.*, 2010, p. 129.
- CIPRIANI N., *La nuova disciplina delle garanzie finanziarie e il sistema italiano delle garanzie reali*, in *Il diritto privato oggi*, Atti del 1° Convegno nazionale S.I.S.Di.C., Napoli, 2006, p. 797 ss.
- CIPRIANI N., *Patto commissorio e patto marciano, Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000.
- CIVALE F., *La nuova disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, 2016, in *dirittobancario.it*.
- CLAIRE F.A., *Nonrecourse debt transaction: limitations on limitations of liability*, in *Real estate law journal*, 1990, 19.
- COLON J.C., *Choice of Law and Islamic Finance*, in *Texas International Law Journal*, 2010, p. 411 ss.
- CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Studio 5-2007/A, La Legge cinese sul diritto di proprietà, Approvato dalla Commissione Affari Europei e Internazionali*, 6 novembre 2007.
- CONFORTI S., *Il registro dei pegni non possessori*, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2022, p. 209.
- CONTALDI G., *Il trust nel diritto internazionale italiano*, Milano, 2001.

CORNO G. – PANZANI L., *La disciplina dell'insolvenza durante la pandemia da Covid-19. Spunti di diritto comparato, con qualche riflessione sulla possibile evoluzione della normativa italiana*, 27 aprile 2020. In *ilcaso.it*,

CORNO G. – PANZANI L., *Proposta di legge per una moratoria straordinaria volta a gestire l'emergenza, tramite l'istituzione della procedura di "amministrazione vigilata"*, in *Crisi di impresa e insolvenza*, 6 maggio 2020, p. 1.

COUSINS E., *Law of Mortgages*, Sweet & Maxwell, 2017.

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

CRIVELLI A. – FONTANA R. – LEUZZI S. – NAPOLITANO A. – ROLFI F., *Il nuovo sovraindebitamento dopo il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Bologna, 2019.

CROCI C., *Il nuovo finanziamento alle imprese garantito da trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato*, in *Studium iuris*, 2016, p. 1451.

CROSS R. - HARRIS J. W., *Precedent in English Law*, Londra, 1991.

CRUSI V., *Trust farmacia*, 21 luglio 2018, in *fiscoetasse.com*.

D'ALESSANDRO C., *Gruppi di imprese e neonato codice dell'insolvenza: prime valutazioni*, in *Giur. comm.*, 2019, p. 1030.

D'AMICO G. – PAGLIANTINI S. – PIRAINO F. – RUMI T., *I nuovi marciari*, Torino, 2017.

D'AMICO G., *La proprietà destinata*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2014, p. 533.

D'AMICO G., *La resistibile ascesa del patto marciano*, in *Europa e Diritto Privato*, 2017, p. 1.

D'AMICO G., *Il patto marciano "atipico"*, in *I Contratti*, 2022, p. 501.

D'ANDREA D., *I contratti commerciali in Cina*, Milano, 2019.

D'ANGELO F., *La convenzione di moratoria nel nuovo codice della crisi*

e dell'insolvenza, in *Banca, Borsa e Titoli di credito*, 2019, p. 833.

D'ATTORE G., *Le nuove garanzie reali, la fuga dal concorso e il "diritto diseguale"*, in *Il Fallimento*, 2021, p. 1242.

D'ATTORE G., *La concorsualità "liquida" nella composizione negoziata*, in *Il Fallimento*, 2022, p. 301.

D'ATTORRE – FIMMANÒ, *La composizione delle crisi da sovraindebitamento*, Roma – Napoli, 2017.

D'ATTORRE G., *Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio*, in *Il Fallimento*, 2021, p. 1603.

D'ORAZIO L., *Le garanzie; pegno non possessorio e patto marciano*, in *Il nuovo dir. soc.*, 2017, p. 375.

DAMRAU V., in *Münchener Kommentar zum BGB*, 5, Aufl., Monaco, 2009, sub § 1229, RdNr. p. 3.

DAVIES P. - GOWER L., *Principles of modern company law*, Sweet & Maxwell, 1997.

DE BELVIS E., *L'esecuzione privatizzata*, Milano, 2018.

DE CESARI P. - MONTELLA G., *Il nuovo diritto europeo della crisi d'impresa: il regolamento (UE) 2015/848 relativo alle procedure di insolvenza*, Torino, 2017.

DE DONATO A., *Destinazione di beni e opponibilità ai terzi*, in Aa. Vv., *Destinazioni di beni allo scopo*, Milano, 2003, p. 190.

DE DONNO G., *Islamic finance law as an autopoietic system. The relevance of formalism over principles*, in *Rivista di diritto bancario*, 2021, p. 1.

DE FRANCHIS F., *Dizionario Giuridico Inglese-Italiano*, Milano, 1984.

DE GIOIA - CARABELLESE - CHESSA, *La direttiva 2014/17/UE in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, in *Resp. civ.*, 2016, p. 1422 ss.

DE MATTEIS – GRAZIANO, *Crisi da sovraindebitamento ovvero il fallimento del consumatore*, Rimini, 2015.

DE MATTEIS S., *I principi generali della legge delega di riforma delle procedure concorsuali*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2017, p. 1291.

DE MATTEIS S., *L'emersione anticipata della crisi di impresa. Modelli attuali e prospettive di sviluppo*, Milano, 2017.

DE MENECH C., *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, in *Contratti*, 2015, p. 823.

DE NICTOLIS R., *Divieto del patto commissorio, alienazioni in garanzia e sale lease back*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, 539.

DE NICTOLIS R., *Nuove garanzie personali e reali*, Padova, 1998.

DE SANTIS F., *Garanzie dei finanziamenti alle imprese in crisi ed autotutele esecutive*, in *Il Fallimento*, 2021, p. 1262.

DE SANTIS F., *Il processo cd unitario per la regolazione della crisi e dell'insolvenza: effetti virtuosi e aporie sistematiche*, in *Il Fallimento*, 2020, p. 157.

DE SANTIS F., *Le misure protettive e cautelari nella soluzione negoziata della crisi di impresa*, in *Il Fallimento*, 2021, p. 1536.

DE SANTIS F., *Primi appunti per un'esecuzione concorsuale solidale (dopo la pandemia)*, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2020, p. 273.

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

DELL'AQUILA E., *Il diritto cinese: introduzione e principi generali*, Padova, 1981.

DERBYSHIRE P., *English legal system*, Londra, 2004.

DI CATALDO V., *Il concordato fallimentare con assunzione*, Milano, 1976.

DI LANDRO A.C., *La destinazione patrimoniale a tutela dei soggetti deboli. Riflessioni sulla L. 22 giugno 2016, n. 112, in favore delle persone con disabilità grave*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, p. 53.

DI LAURO M., *Concordato fallimentare*, in G. COSTA-G. RAGUSA MAGGIORE (diretto da), *Le procedure concorsuali. Il fallimento. Trattato*, Torino, 1993, p. 665 ss.

DI MAJO A., *Dell'adempimento in generale (1777 - 1200)*, in *Comm. cod. civ. Scialoja - Branca*, Bologna - Roma, 1994, p. 343.

DI MAJO A., *Responsabilità e patrimonio*, Torino, 2005.

DI MARIA S. – SCALIA R., *Trust e imposizione sui redditi*, Roma, 2010.

DI MARZIO F., *Contratto e deliberazione nella gestione della crisi di impresa*, in DI MARZIO F. - MACARIO F. (a cura di), *Autonomia negoziale e crisi di impresa*, Milano, 2010.

DI MARZIO F., *Il diritto negoziale della crisi di impresa*, Milano, 2011, p. 6.

DI PAOLO M., voce *Patto commissorio*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, vol. XIII, Torino, 1995, p. 309.

DI SABATO F., voce *Concordato fallimentare*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1988.

DOLMETTA A., *Clausola c.d. di pegno "omnibus"*, in *Riv. dir. banc.*, 2, 2014, p. 2.

DOLMETTA A., *La ricerca del «marciano utile»*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 811.

DONZELLI R., *Trust e procedure concorsuali*, in *Riv. di diritto processuale*, 2014, p. 895.

EBRAHIM M. – SHEIKH M., *Debt Instruments in Islamic Finance: A critique*, in *Arab Law Quaterly*, 2016, p. 185.

ECO U., *Trattato di semiotica generale*, Firenze, 1975.

EICKMANN, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3, Aufl., Monaco, 1997, sub § 1149, RdNr. 1

EISENBERG M. A., *The nature of common law*, Harvard, 1991.

EL-GAMAL M.A., *Islamic Finance. Law, Economics and Practice*, New York, 2009, p. 8.

FABIANI M. – PAGNI I., *Introduzione alla composizione negoziata*, in *Il Fallimento*, 12/2021, p. 1477.

FABIANI M., *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011.

FABIANI M., *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011, p. 80.

FABIANI M., *Il diritto della crisi e dell'insolvenza*, Bologna, 2017.

FABIANI M., *Per la chiarezza di idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in *Il Fallimento*, 2011.

FAHIM KHAN M. – PORZIO M., *Islamic Banking and Finance in the European Union*, Cheltenham, 2010.

FALAZEA A., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, vol. III, Milano, 1997, p. 381.

FANTICINI G., *L'ingloriosa fine del trust liquidatorio istituito dall'imprenditore insolvente: tamquam non esset!*, in *Trusts att. fid.*, 2014, p. 598;

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

FAUCEGLIA G., *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza (D. Lgs. 12 gennaio 2019 n° 14)*, Torino, 2019.

FAUCEGLIA G., *Il piano di risanamento nel Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Il Fall.*, 2019, p. 1282.

FERRARA L., *Concordato fallimentare*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 471.

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

FERRARI M., *Vendita a scopo di garanzia e patto commissorio*, in *Giur. it.*, 1951, I, 1, p. 799.

FERRETTI R. - SANTORO A., *Prime osservazioni sul decreto legislativo di recepimento della direttiva mutui*, in *dirittobancario.it*, 2016.

FERRI G., *Insolvenza e temporanea difficoltà*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, p. 448.

FERRO M., *La composizione negoziata e il riposizionamento delle istituzioni della concorsualità giudiziale dopo il D. l. n. 118/2021*, in *Il Fallimento*, 12/2021, p. 1573.

FICHERA G., *Sul nuovo concordato semplificato: ovvero tutto il potere ai giudici*, in *Dirittodellacrisi.it*, 11 novembre 2021.

FIMMANÒ F., *La relisienza dell'impresa di fronte alla crisi da coronavirus mediante l'affitto d'azienda alla new-co start up, autofallimento e concordato programmati*, in *IlCaso*, 1° aprile 2020.

FIMMANÒ F., *Trust e diritto delle imprese in crisi*, in *Riv. not.*, 2010, p. 511.

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

FIorentini F., *La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, p. 1196.

FIorentini F., *La riforma francese delle garanzie reali XXXI. Incontro del Comitato Italo-Austriaco del Notariato Heiligenblut*, 23 settembre 2006, in *notarcomitato.com*.

FIorentini F., *Le garanzie immobiliari in Europa. Studio di diritto comparato*, Napoli, 2009.

FOLLIERI L., *Esecuzione forzata e autonomia privata*, Brescia, 2016.

FOLLIERI L., *Il patto marciano tra diritto "comune" e "speciale"*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, p.1857.

FOLLIERI L., *La natura degli accordi di ristrutturazione dei debiti nel "prisma" del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2015, p. 1099.

FORTUNATO S., *Codice della crisi e Codice civile: assetti organizzativi e responsabilità*, in *Rivista delle Società*, 2019, 952.

FOSTER N., *Encounters between legal systems: recent cases concerning Islamic commercial law in secular courts*, in *Amicus Curiae*, n. 68, nov/dec 2006, p. 1 ss

FOSTER N., *Islamic Finance Law as an Emergent Legal System*, in *Arab Law Quarterly*, 2007, p. 171.

FRADDOSIO M., *English for lawyers*, Napoli, 2012.

FRAGALI M., *Del mutuo*, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1996, p. 231.

FRANCO R., *Il nuovo art. 2645 ter c.c.*, in *Notariato*, 2006, p. 2.

FRASCAROLI SANTI, *Il concordato preventivo*, in PANZANI (diretto da), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 2000, p. 117.

FRUSCIONE L., *Il nuovo piano di risanamento attestato: tra la "twilight zone" e lo stato di crisi. Riflessioni sistematiche sul codice della crisi*, in *Crisi d'impresa e dell'insolvenza*, 2020, p. 1.

FUSARO A., *Il prestito vitalizio ipotecario in prospettiva comparatistica*, in *Notariato*, 2017, p. 114.

GABRIELLI E., *I contratti di garanzia finanziaria nella prospettiva europea*, in *Digesto disc. priv.*, 2007, p. 300.

GABRIELLI E. - PAGLIANTINI S., *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2017, p. 1715.

GABRIELLI E., *Accordi di ristrutturazione del debito e tipicità dell'operazione economica*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, p. 1087.

GABRIELLI E., *Il pegno anomalo*, Padova, 1990.

GABRIELLI E., *Pegno "non possessorio" e teoria delle garanzie mobiliari*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2017, p. 257.

GABRIELLI E., *Sulle garanzie rotative*, Milano, 1998, p. 22 e ss.

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

GALGANO F., *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*, Bologna, 2007, p. 206.

GALLETTI M., *Analitica della responsabilità patrimoniale e principio di proporzionalità*, in *Giust. Civ.*, 2019, p. 161.

GALLO P., *Libro VI - Titolo III: Della responsabilità patrimoniale*, in *Libro VI Della tutela dei diritti*, a cura di BONILINI G. - CHIZZINI A., in *Commentario del Codice civile*, diretto da GABRIELLI E., Milano, 2016.

GALLUZZO F., *Validità di un trust liquidatorio istituito da una società in stato di decozione*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 531.

GAMBARO A. – SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2008.

GAMBARO A., *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell’Aja*, 2002, p. 257

GAMBARO A., *Un argomento a due gobbe in tema di trascrizioni del trustee in base alla XV Convenzione dell’Aja*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 919.

GAMBARO A., voce “Trusts”, in *Digesto civ.*, vol. XIX, Torino, 1999.

GARDANI D.L., Voce “Ritenzione (diritto di)”, in *Digesto delle discipline privatistiche Sez. Civ.*, Torino, 1998, p. 65.

GAZZONI F., *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato (lettera aperta sul trust e altre bagatelle)*, in *Riv. notariato*, 2001, p. 1247.

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2017, p. 661.

GAZZONI F., *Tentativo dell’impossibile (osservazioni di un giurista “non vivente” su trust e trascrizione)*, in *Riv. notariato*, 2001, p. 11.

GAZZONI F., *Tentativo dell’impossibile (osservazioni di un giurista “non vivente” su trust e trascrizione)*, in *Riv. notariato*, 2011.

GENTILI A., *Gli atti di destinazione non derogano ai principi della responsabilità patrimoniale*, in *Giur. it.*, 2016, p. 224.

GENTILI A., *Un dialogo con la giurisprudenza sulla forma del “mandato fiduciario” immobiliare*, in *Il corriere giuridico*, 2020, p. 596.

GESMUNDO V. D., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Metamorfosi di una procedura concorsuale*, in *Giur. Comm.*, 2019, p. 762.

GHIOTTO T., *Concordato nella liquidazione giudiziale*, in *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di GIORGETTI, Pisa, 2019, p. 229 e ss.

GIGLIO D., *Il divieto del patto commissorio ed il problema delle alienazioni in funzione della garanzia, alla luce delle novità introdotte dal d.l. 3 maggio 2016 n. 59*, in *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, 2016.

GIGLIOTTI F., *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Napoli, 1997.

GIGLIOTTI F., *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Napoli, 1998.

GIMIGLIANO G., *Islamic banking in the European Union legal framework*, in *Islamic Finance in Europe. Towards a plural financial system*, 2013, p. 143 ss.

GIOVA S., *La proporzionalità nell'ipoteca e nel pegno*, Napoli, 2012.

GITTI G., *Divieto del patto commissorio, frode alla legge, «sale and lease back»*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1993.

GIURDANELLA G., *Crisi da sovraindebitamento. Accordo liquidatorio. Trust e contratto di affidamento fiduciario*, in *Il Fallimento*, 2015, p. 146.

GOITEIN S., *The Birth-Hour of Muslim Law*, in *Muslim World*, 1960, p. 60.

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

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

GOODE R., *Transcending the Boundaries of Earth and Space: The Unidroit Convention in International Interest in Mobile Equipment*, in *Uniform Law Review*, 1998, p. 373.

GOODRICH P., *Reading the law*, Oxford, 1986

GRECO V., *Il trust ordinato per conservare l'impresa e/o i valori*, in *Dir. fall.*, 2010, p. 555.

GRECO V., *La tutela dei creditori nel trust e nel mandato con cessione dei beni con scopo liquidatorio*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2020, p. 371.

GREWAL B. K., *Islamic finance in the global financial system*, in *Islamic Finance in Europe*, a cura di DI MAURO F., 2013.

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

GROSSI P., *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli, 2006.

GUERRERA F., *La ristrutturazione "negoziata" dell'impresa in crisi: novità legislative e spunti comparatistici*, 10 dicembre 2012, in *Il Fallimentarista*.

GUERRINI L., *Il d.l. n. 118/2021 sulla composizione negoziata della crisi d'impresa: l'alba di una buona fede "concorsuale"?*, in *NGCC*, 1/2022, p. 243.

GUIOTTO A., *La figura dell'esperto e la conduzione delle trattative nella composizione negoziata della crisi*, in *Il Fallimento*, 12/2021, p. 1527.

HALLAQ W. B., *Introduzione al diritto islamico*, Bologna, 2013.

HAMAUI R. – MAURI M., *Economia e finanza islamica. Quando i mercati incontrarono il mondo del profeta*, Bologna, 2009.

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

HAYAT U. – MALIK A., *Islamic Finance: ethics, concepts, practice*, 2014, in cfainstitute.org.

HELLER K. J. – DUBBER M.D., *The handbook of comparative criminal law*, Stanford, 2011.

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

HOLLAND J.A. - J.S. WEBB, *Learning legal rules*, Oxford, 2008.

HUXLEY BINNS R., *English legal method*, Londra, 2001.

INGMAN T., *The English legal process*, Oxford, 2005.

International Revenue Manual, Chicago, 1989, voce “nonrecourse financing”.

IQBAL Z. – MIRAKHOR A., *An Introduction to Islamic finance: Theory and Practice*, Singapore, 2011, p. 156 e ss.

Islamic Finance Development Report 2017, Thomson Reuters in *islamicbankers.me*.

IULIANI A., *Il prestito vitalizio ipotecario nel nuovo “sistema” delle garanzie reali*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2016, p. 717.

JATMIKO W., *Towards A Sustainable Islamic Banking System: Re-embedding Murabaha Mode of Financing*, in *Indonesian Capital Market Review*, 2017, p. 101.

JAVARAS G., *Nonrecourse debt in real estate and other investments*, in *Taxes*, 1978, 801.

KAYED R.N. - MAHLKNECHT M. - HASSAN M.K., *The Current Financial Market Crisis: Lessons Learned, Risks ad Strenghts of Islamic Capital Markets Compared to the Conventional System*, in HASSAN M.K. e MAHLKNECHT M. (a cura di), *Islamic capital markets. Products and Strategies*, Singapore, 2011, p. 613 ss

KHAN M., *Time value of Money*, in *An introduction to Islamic Economics & Finance*, Kuala Lumpur, 2009, p. 161 ss.

KHIR M.F.A., *The Concept of The Time Value of The Money: A Shari’ah Viewpoint*, in *Int. Journal of Islamic Banking & Finance*, 2013, sept., p. 1 ss.

LA PORTA U., *Il problema della causa del contratto. La causa e il trasferimento dei diritti*, Torino 2000.

LAMANNA F., *Il nuovo codice della crisi e dell’insolvenza*, in *Il civilista*, 2019, p. 30

LAMANNA, *Nuove misure sulla crisi d’impresa del D.L. 118/2021: Penelope disfa il Codice della crisi recitando il “de profundis” per il sistema dell’allerta*, in *www.ilfallimentarista.it*, 25 agosto 2021, p. 11.

LASERRA G., *La responsabilità patrimoniale*, Napoli, 1966.

LAZZARELLI F., *Conservazione della garanzia patrimoniale e abusi del creditore*, Napoli, 2013.

LEI XU - RON P. MCIVER - YUAN GEORGE SHAN - XIAOCHEN WANG, *Governance and performance in China's real estate sector*, in *Managerial Finance*, 2016, p. 585.

LEUZZI S., *Analisi differenziale fra concordati: concordato semplificato vs. ordinario*, in *Dirittodellacrisi.it*, 9 novembre 2021.

LO CASCIO G., *Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: considerazioni a prima lettura*, in *Il Fall.*, 2019, p. 263.

LOBUONO M., (a cura di), *Il prestito vitalizio ipotecario*, Torino, 2017.

LOJACONO V., *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, 1952.

LOSANO M., *Il contributo di Attilio Lavagna al Codice penale cinese del 1935*, in L. LANCIOTTI (a cura di), *Il diritto in Cina*, Firenze 1978, pp. 137-157.

LOVATO A., *Grundschild e ipoteca su se stesso*, in *Riv. Not.*, 1971, p. 29.

LUMINOSO A., *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017.

LUMINOSO A., *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, p. 240.

LUMINOSO A., *Appunti sui negozi traslativi atipici*, Milano 2007, p. 59.

LUMINOSO A., *La vendita con riscatto*, in *Il Codice civile, commentario*, diretto da SCHLESINGER, Artt. 1500-1509, Milano, 1987, p. 221.

LUMINOSO A., *Patto marciano e sottotipi*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1410.

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

LUPOI M., *Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645-ter c.c. quale frammento di trust*, in *Riv. not.*, 2006, p. 475.

LUPOI M., *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985*, in *Vita notarile*, 1992, p. 976.

LUPOI M., *La giurisprudenza italiana sui trust dal 1899 al 2009*, Milano, 2009.

LUPOI M., *Lettera a un notaio curioso di trusts*, in *Riv. notarile*, 1996, p. 348.

LUPOI M., *Trusts*, Milano, 2001, p. 533

MACARIO F., *Il contratto e gli "strumenti negoziali stragiudiziali" nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *I Contratti*, 2019, p. 369.

MACARIO F., *La composizione negoziata della crisi e dell'insolvenza del debitore*, in *I Contratti*, 1/2022, p. 5.

MACARIO F., *Responsabilità e garanzia patrimoniale: nozioni introduttive*, in *Diritto civile - Attuazione e tutela dei diritti - L'attuazione dei diritti*, diretto da LIPARI - RESCIGNO - ZOPPINI, Milano, 2009, p. 164.

MAK V., *What is a responsible lending? The EU Consumer Mortgage Credit Directive in the UK and the Netherlands*, in *Journal of consumer policy*, 2015, p. 411.

MANCINI T., *Vendita con patto di riscatto e nullità ex art. 2744 Codice civile*, in *Foro it.*, 1966, I, p. 1120.

MANELLI M., *Le norme materiali imperative a confronto con gli artt. 1322 comma 2 c.c. e 1344 c.c. nei casi del Patto leonino e del Patto Commissorio*, in *I Contratti*, 2021, p. 695.

MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Milano, 2017.

MARCHETTI G., *Sul preteso divieto delle limitazioni ex pacto della responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 511.

MARI D., *Il patto marciano: un'analisi critica del nuovo art. 48 bis TUB*, in *Rivista del notariato*, 2016, p. 1111.

MARICONDA V., *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, in *Foro it.*, 1989, p. 1428.

MARINO R., *Il pegno non possessorio quale strumento funzionale all'autotutela soddisfattiva del creditore: profili evolutivi*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, in fasc. 6/2018.

MARINO R., *La disciplina delle garanzie finanziarie. Profili innovativi*, Napoli, 2006, p. 207.

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

MARSEGLIA C., *La disciplina dell'ipoteca nel diritto privato comparato*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo, Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, a cura della Fondazione italiana del Notariato, maggio 2016.

MARSEGLIA C., *Tendenze di modernizzazione del diritto ipotecario in Europa: modelli a confronto*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2017, p. 670.

MARTELLI M., *L'attestazione dei crediti tributari*, 2005, p. 435.

MARTINO M., *Le Sezioni Unite sui rapporti tra divieto di patto commissorio e ordine pubblico internazionale*, in *Giur. comm.*, 2012, p. 681.

MARTORANO F., *Cauzione e pegno irregolare*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, I, p. 117.

MARTYN J. – A. MUSSON, *From the judge's arbitrium to the legality principle*, Berlino, 2013.

MASSAROTTO S., *L'art. 13 del D.L. n. 124/2019 e il nuovo regime fiscale dei beneficiari di trust non residenti opachi*, 28 novembre 2019, in *dirittobancario.it*

MATTEI U. – ARIANI E., *Il modello di "Common law"*, Torino, 2018.

MATTARELLA G., *Clausola marciiana e tutela del consumatore: la dubbia compatibilità con il diritto europeo dell'art. 120 quinquiesdecies t.u.b.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 714.

MAZZARINI G., *Credito immobiliare ai consumatori: prime problematiche applicative*, in *dirittobancario.it*, settembre 2016.

MAZZOLETTI V., *Ruolo e responsabilità delle banche nelle fasi di*

allerta e composizione della crisi, in *Il Fall.*, 2020, p. 301.

MAZZONI A., *Procedure concorsuali e standards internazionali: norme e principi di fonte UNICITRAL e Banca Mondiale*, in *Giur. Comm.*, 2018, p. 43.

MCGAGH M., *EU mortgage plan could push up cost of borrowing*, 15 Maggio 2014, in *citywire.co.uk*.

MCMILLEN M., *Contractual enforceability issues: sukuk and capital market development*, in *Chicago Journal of International Law*, Vol. 17, n. 2, 2007.

MEGARRY R. - WADE W., *The Law of real property*, Sweet & Maxwell, 2000.

MENSKI W., *Law as a kite: managing legal pluralism in the context of Islamic finance*, in *Islamic Finance in Europe. Towards a plural financial system*, a cura di CATTELAN V., Cheltenham, 2013.

MEUCCI S., *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, 2009, Milano, p. 313

MIELE U., *Sul patto commissorio immobiliare*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, p. 65.

MIGLIACCIO E., *La responsabilità patrimoniale. Profili di sistema*, Napoli, 2012.

MIGLIETTA F., *I principi della finanza islamica*, in *Banca e finanza islamica. Contratti, peculiarità gestionali, prospettive di crescita in Italia*, a cura di C. PORZIO, Roma, 2009, p. 23.

MILSOM S. F. C., *Historical foundations of the Common law*, Londra, 1981.

MINNITI G., *Garanzia e alienazione*, Torino, 2007.

MINNITI G., *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 47.

MIRAGLIA C., voce *Responsabilità patrimoniale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVII, Roma, 1991.

MOGHUL U.F. - AHMED A., *Contractual Forms in Islamic Finance Law and Islamic Inv. Co. Of the Gulf (Bahamas) ltd v. Symphony Gems N.V. & Ors: a first impression of Islamic Finance*, in *Fordham int.l Law Journal*, dec 2003, p. 1 ss.

MOHAMAD T.A.H. - TRAKIC A., *Enforceability of Islamic Financial contracts in secular jurisdictions: Malaysian Law as the Law of reference and Malaysian Courts as the forum for settlement of disputes*, *Research Paper (n. 33/2012)*, Islamic Shari'ah Research Academy for Islamic Finance.

MOKAL R., *Priority as pathology: the pari passu myth*, in 60(3) *Cambridge L.J.* (2001), p. 581 e ss.

MONTANARI M., *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: profili generali e processuali*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 2020, p. 270.

MONTELEONE G., *Per un chiarimento sul concetto di responsabilità o garanzia patrimoniale del debitore*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, p. 315 e ss.

MONTEVERDE A., *Le fasi della liquidazione giudiziale*, in *Giur. It.*, 2019, p. 1999.

MONTI R., *Gli "Sham trust", o "trust ripugnanti". Presupposti per l'azione di nullità e casi di esperibilità nell'ordinamento italiano*, in *diritto.it*, 5 giugno 2019.

MORACE PINELLI A., *Atti di destinazione, trust e responsabilità patrimoniale del debitore*, Milano, 2007, p. 72.

MUHAMMAD M. - YAACOB H. - HASAN S., *The bindingness and enforceability of a unilateral promise (wa'd): an analysis from Islamic law and legal perspectives*, *Research paper n. 30/2011*, International Shari'ah Research Academy for Islamic Finance.

MURINO F., *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2017, p. 231.

MURITANO D., *Il trust istituito per la gestione di una farmacia*, in *Notariato*, 2014, p. 371.

NAGAOKA S., *Beyond the Theoretical Dichotomy in Islamic Finance: Analytical Reflections on Murābahah Contracts and Islamic Debt Securities*, in *Kyoto Bulletin of Islamic Area Studies*, 2007, p. 72-91.

NALLINO C.A., *Quiyas*, in *Nuovo dig. It.*, X, Torino, 1933, p. 1015 e ss.

NAPOLITANO A., *La liquidazione controllata del sovraindebitato e l'esdebitazione*, in CRIVELLI A. – FONTANA R. – LEUZZI S. – NAPOLITANO A. – ROLFIF., *Il nuovo sovraindebitamento dopo il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Bologna, 2019, p. 263.

NARDECCHIA G.B., *Il concordato nella liquidazione giudiziale*, in *Il Fall.*, 2019, p. 1247.

NARDECCHIA G.B., *Il piano attestato di risanamento nel codice*, in *Il Fall.*, 2020, p. 5.

NICOLO' R., *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di SCIALOJA – BRANCA, Libro Sesto, *Tutela dei diritti*, Bologna - Roma, 1954.

NIELSEN J. – CHRISTOFFERSEN L., *Shari'a as discourse*, New York, 2010.

NIGRO A. - VATTERMOLI D., *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2017.

NIGRO A., *I gruppi nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: notazioni generali*, in *IlCaso.it*, 23 gennaio 2020.

NIGRO A., *Note minime su pegno mobiliare non possessorio e patto marciano nel quadro delle procedure concorsuali*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 1, 2017,15.

NOCERA I., *Trust e composizione negoziale della crisi di impresa: causa in concreto, riconoscibilità e azione revocatoria*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2015, p. 640.

NORELLI, *L'esdebitazione*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da CAGNASSO - PANZANI, Torino, 2016, p. 221.

NUZZO G., *La rilevanza degli interessi dei creditori nel concordato preventivo, una analisi comparatistica*, in CALVOSA L. (a cura di), *Crisi di impresa e insolvenza. Prospettive di riforma*, cit., p. 311.

OLISTERNO V., *La consacrazione normativa dei pegni cd. ano-mali: Il pegno mobiliare non possessorio del D.L. 59/2016 convertito con modifiche in L. 119/2016*, in *Iurisprudenzia.it*.

ONORATO M., *Gli accordi concorsuali. Profili civilistici*, Pisa, 2017.

PACIULLO G. – CEPPI F., *Il diritto altrove. La sponda sud del mediterraneo*, Perugia, 2005.

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

PAGLIANTINI S., *L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura (ragionata) dell'art. 48 bis T.U.B.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 931.

PAGNI I., *Crisi d'impresa e crisi del contratto al tempo dell'emergenza sanitaria, tra autonomia negoziale e intervento del giudice*, in *Le crisi d'impresa e del consumatore*, a cura di S. AMBROSINI, Torino, 2021.

PAGNI I., *L'accesso alle procedure di regolazione nel Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Il Fall.*, 2019, p. 549.

PALAZZO M., *Il trust liquidatorio e il trust a supporto di procedure concorsuali*, 26 novembre 2015, in *fondazione-notariato.it*.

PALAZZO M., *La forma del negozio fiduciario avente ad oggetto beni immobili*, in *Giur. It.*, 2020, p. 2622.

PANZANI L., *Conservazione dell'impresa, interesse pubblico e tutela dei creditori, considerazioni a margine della Proposta di Direttiva in tema di armonizzazione delle procedure di ristrutturazione*, in *Il Caso*, 2017.

PANZANI L., *Dal "fallimento" alla liquidazione giudiziale. Note minime sulla nuova disciplina del CCI*, in *Il Fall.*, 2019, p. 1141.

PANZANI L., *Gli esiti possibili delle trattative e gli effetti in caso di insuccesso*, in *Il Fallimento*, 12/2021, p. 1591.

PANZANI L., *Il D.L. “Pagni” ovvero la lezione (positiva) del covid*, 25 agosto 2021, in *www.dirittodellacrisi.it*, p. 39.

PANZANI L., *La disciplina della crisi di gruppo tra proposte di riforma e modelli internazionali*, in *Il Fall.*, 2016, p. 1153.

PANZANI L., *Pegno rotativo e opponibilità della prelazione*, in *Il fallimento*, 2002, p. 943.

PASQUARIELLO F. – RANIELI M., *L’omologazione del piano del consumatore sovraindebitato*, in *Giur. Comm.*, 2020, p. 243.

PATRONE M., *Lo sham trust e il diritto italiano*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2020, p. 656.

PATRONE M., *Lo trust sham e il diritto civile*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2019, p. 34.

PELLEGRINI L., *Trust interno e pubblicità tavolare*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2005, p. 565.

PERLINGERI G., *Garanzie “atipiche” e rapporti commerciali*, in *Riv. dir. impr.*, 2017, p. 21.

PERRIELLO L. E., *Lo sham trust nell’ordinamento giuridico italiano: meritevolezza degli interessi e tecniche di tutela*, Napoli, 2017.

PETCH S., *Law, Equity, and Conscience in Victorian England*, in *Victorian Literature and Culture*, 1997

PETRELLI G., *Destinazioni patrimoniali e trust*, Milano, 2019.

PETRELLI G., *Pegno non possessorio nei finanziamenti alle imprese*, in *Rassegna delle recenti novità normative di interesse notarile, Primo semestre*, 2018, p. 99.

PETRELLI G., *Trust interno, art. 2645 ter c.c. e “trust italiano”*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 171 ss.

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

- PICCINELLI G. M., *Il modello islamico*, Torino, 2007.
- PICCOLI P., *Trascrizione dell'acquisto immobiliare del trustee*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2000, p. 227.
- PING J., *Il regime della proprietà collettiva nel Codice civile cinese*, in *Codice civile cinese e sistema giuridico romanistico*, a cura di SACCOCCIO A. – PORCELLI S., Modena, 2021.
- PINTO V., *Le fattispecie di continuità aziendale nel concordato nel Codice della Crisi*, in *Giur. Comm.*, 2020, p. 372.
- PIPICELLI F., *L'esdebitazione: prospettive della riforma e aspetti fiscali nel fallimento*, in *Riv. Dott. Comm.*, 2019, p. 293.
- PISACANE G., *Manuale pratico di diritto privato e commerciale cinese. Con i principali contratti commentati*, Matelica, 2011.
- PISCITELLO P., *Le garanzie bancarie flottanti*, Bologna, 1999, pp. 18 ss.
- PORCELLI M., *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, Napoli, 2011.
- PORCELLI S., *Diritto cinese e tradizione romanistica. Terminologia e sistema*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano Vittorio Scialoja: quarta serie*, 2016, p. 253.
- PORCELLI S., *Il Codice civile della Repubblica Popolare Cinese frutto del dialogo tra Cina e diritto romano*, in *Codice civile cinese e sistema giuridico romanistico*, a cura di SACCOCCIO A. – PORCELLI S., Modena, 2021.
- PORTINARO D., *Le procedure da sovraindebitamento nel Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *ilFallimentarista.it*.
- PREVITI S., *Autonomia privata e conseguenze dell'inadempimento nel contratto di sale and lease back*, in *I Contratti*, 2022, p. 21.
- PUGLIATTI S., *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, p. 299.
- PUGLIESE G., *Intorno alla validità della vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, p. 1066.
- PUGLIESE G., *Diritti soggettivi b) diritti reali*, in *Enciclopedia del*

Diritto, Milano, 1964, p. 755.

QUATTROCCHIO L. M., *Liquidazione giudiziale*, in *Giur. It.*, 2019, p. 1993.

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

RAGANELLI E. – REGNI M., *Il trust liquidatorio nella disciplina concorsuale*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2009, p. 598.

RANA G., *Il non facile coordinamento tra composizione negoziata, regolazione concorsuale della crisi e iniziative cautelari*, in *Il Fallimento*, 2/2022, p. 153.

RANALLI R., *I Piani negli accordi di ristrutturazione e nei concordati preventivi in continuità tra il regime attuale e la loro evoluzione*, in *Il Fall.*, 2018, p. 1477.

RANALLI R., *Il comportamento dell'imprenditore ed il ruolo dell'esperto anche alla luce del decreto dirigenziale*, in *Il Fallimento*, 12/2021, p. 1513.

RANALLI R., *Le carenze, in parte normative e in parte culturali, degli strumenti di composizione della crisi in tempi di Covid*, 10 agosto 2020, in *IlCaso*.

RANAZZO F., *Le misure premiali nella composizione negoziata della crisi di impresa*, in *Diritto e pratica tributaria*, 1/2022, p. 83.

RAPISARDA I., *La cassazione torna a occuparsi del c.d. pegno rotativo su titoli di credito*, in *questa Banca, Borsa, titoli di credito*, 4, 2016, 421.

RASHID M. - MITRA D., *Price Elasticity of Demand and an Optimal Cash Discount Rate in Credit Policy*, in *Financial Review*, 1999, p. 113-125.

REALMONTE F., *Le garanzie immobiliari*, in *Jus*, 1986, p. 21.

REALMONTE F., *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, in *Foro it.*, 1990, I, p. 1440.

REIMANN M. – R. ZIMMERMANN, *The Oxford handbook of comparative law*, Oxford

riscatto e divieto del patto commissorio

RISPOLI G., *I nebulosi confini del divieto di patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 2013, p. 689.

ROBINSON F.H., *Nonrecourse indebttness*, in *Virginia Tax Review*, 1991, p. 3.

RODORF R., *Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza*, in *I contratti*, 2019, p. 129;

ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, Milano, 2012.

ROMEO G., *La teoria delle fonti e il posto della costituzione nella cultura giuridica di common law*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2019, p. 1069.

ROPPO V., *Il divieto di patto commissorio*, in *Tratt. dir. priv.*, Rescigno, XIX, Torino, 1997, p. 557.

ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da RESCIGNO, vol. XIX, Torino, 1985, p. 485 e ss e voce *Responsabilità patrimoniale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Milano, 1988, p. 1041.

ROPPO V., *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio (o di ristrutturazione dei debiti dell'impresa)*, in *Dir. fallimentare e delle società commerciali*, 2008, p. 364.

ROSELLI F., *Responsabilità patrimoniale. I mezzi di conservazione*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Bessone M., Vol. IX, Tomo III, Torino, 2005.

ROSHIER B. –TEFF H., *Law and society in England*, Londra, 1980.

RUBINO D., *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, in *Tratt. dir. civ. italiano*, diretto da Vassalli, Vol. XIV, Tomo I, Torino, 1956.

RUMI T., *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*, in *Contratti*, 2015, p. 70.

RUSSO D., *Oltre il patto marciano*, Napoli, 2017.

RUSSO T. V., *I contratti Shari'a compliant, Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, in *Islamic Law and Finance*, 1, collana diretta da RUSSO T. V. – KHALEQ A.H.A., Napoli, 2014.

SABATINO M., *La finanza islamica in Italia e in Europa*, in *Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna*, 2017.

SACCO R., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* a cura di SACCO R., Torino, 1993, 546 ss.

SACCOCCIO A. – PORCELLI S., *Codice civile cinese e sistema giuridico romanistico*, Modena, 2021.

SALOMONS A.F., *Should we ratify the Convention on International Interest in Mobile Equipment and the air Equipment Protocol? Some Remarks from a Dutch Point of View*, in *Eur. Rev. of Private Law*, 2004.

SALTER D. – P. MOODIE – B. LYNCH, *Exploring the law: the dynamics of the precedent and statutory interpretation*, Londra, 2004.

SALTER D. – P. MOODIE – B. LYNCH, *Exploring the law: the dynamics of the precedent and statutory interpretation*, Londra, 2004.

SANDULLI M., Art. 160, in NIGRO - SANDULLI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Torino, 2006, p. 984.

SANTO G., *La tutela e la trasmissione di beni d'arte: il trust*, in *Trusts*, 2002, p. 549 ss

SANZO – BURRONI (a cura di), *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, Bologna, 2019.

SASSI A., *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli 1999.

SCARSELLI G., *La esdebitazione nel nuovo codice della crisi dell'impresa. Possibili correttivi*, in *iudicium.it*, 12 dicembre 2019.

SCOTTI A., *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis T.U.B. è davvero il patto marciano?*, in *Corr. Giur.*, 2016, p. 1477.

SCOZZAFAVA T., *Note in tema di alienazione a scopo di garanzia*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 30.

SESTA M., *Le garanzie atipiche*, Padova, 1988.

SICCHIERO G., *Funzione di liquidazione, universalità della responsabilità e parità di trattamento*, in *Attività di liquidazione e tutela dei creditori*, a cura di F. PARENTE – L. RUGGERI, Napoli, 2014.

SICCHIERO G., *I patti sulla responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)*, in *Contratto e impresa*, vol. 1, 2012, p. 91.

SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da SACCO R., *Le obbligazioni 2*, Torino, 2011.

SICCHIERO G., *Osservazioni sintetiche sul patto di ritenzione da Emilio Betti all'Arbitro bancario finanziario*, in *Rassegna di diritto civile*, 2016, pp. 614-623

SICLARI D., *European Capital Markets Union e ordinamento nazionale*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2016, p. 481.

SIRENA P. (a cura di), *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, Milano, 2016.

SMORTO G., *L'uso giurisprudenziale della comparazione*, in *Europa e diritto privato*, 2010, p. 223.

SPADARO M., *La composizione negoziata della crisi delle imprese sottosoglia*, in *Il Fallimento*, n. 3/2022, p. 312.

SPIOTTA M., *Chiusura (anche "finta" e per concordato) della liquidazione giudiziale*, in *Giur. It.*, 2019, p. 2004.

SPIOTTA M., *La continuità aziendale: la nuova "stella polare" per il legislatore*, in *Giur. It.*, 2018, p. 265.

SPIOTTA M., *La disciplina dei gruppi*, in *Giur. It.*, 2019, p. 2014.

SPOLAORE P., *Garanzia patrimoniale e trust nella crisi d'impresa*, Milano, 2018.

STANGHELLINI L. – ZORZI A., *Il piano di risanamento*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da JORIO A. – SASSANI B., *Concordato fallimentare. Accordi di ristrutturazione. Piani di risanamento. Amministrazione straordinaria. Profili fiscali. Crisi bancarie*, Milano, 2017,

p. 537.

STANGHELLINI L., *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007, p. 151-152.

STEIN G.M., *The scope of the borrower's liability in a nonrecourse real estate loan*, in *Washington & Lee Law review*, 1998, p. 1207.

SULPASSO B., *Comparazione giuridica ed uniformazione delle legislazioni: le garanzie mobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 576.

SUPERTI FURGA F. – SOTTORIVA C., *Riflessioni sul Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Le Società*, 2020, p. 7.

SUPINO S., *La tassazione indiretta dei trust nella giurisprudenza di legittimità: un ritorno al passato o uno sguardo al futuro?*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2020, p. 678.

SVARVERUD R., *The notions of 'power' and 'rights' in Chinese political discourse*, in M. LACKNER - I. AMELUNG - J. KURTZ (ed.), *New Terms for New Ideas: Western Knowledge & Lexical change in Late Imperial China*, Leiden, 2001.

SWADLING W., *The Quistclose trust: critical essays*, Oxford and Portland, 2004.

TARELLO G., *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 2003.

TATARANO M., *Recenti riforme in tema di garanzie bancarie del credito*, *Studio del C.N.N.* (2017), in LENZI - TATARANO, in *notariato.it*.

TERRANOVA G., *L'autonomia del diritto concorsuale. Problemi e prospettive*, Torino, 2016.

TIMOTEO M., *Of Old and New Codes: Chinese Law in the Mirror of Western Laws*, in G. ABBATTISTA (ed.), *Law, Justice and Codification in Qing China. European and Chinese Perspectives*, Trieste, 2017, pp. 177-192.

TIMOTEO M., *Il nuovo Codice civile cinese: prime riflessioni*, in *Codice civile cinese e sistema giuridico romanistico*, a cura di SACOCCIO A. – PORCELLI S., Modena, 2021.

TIMOTEO M., *Il Codice civile in Cina: oltre i legal transplants?*, in

Mondo cinese, 2020, n. 167, p. 13.

TIMOTEO M., *Il nuovo Codice civile cinese: prime riflessioni*, in *Codice civile cinese e sistema giuridico romanistico*, a cura di SACOCCIO A. – PORCELLI S., Modena, 2021.

TOMASI T., *Impresa in crisi e creditore bancario*, Milano, 2017.

TONELLI A., *A trent'anni dalla legge n. 364 del 16 ottobre 1989 di ratifica della Convenzione sulla legge applicabile al trust ed al loro riconoscimento: il punto sul trust interno*, in *ilCaso*, 17 dicembre 2019.

TRENTINI C., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono una "procedura concorsuale": la Cassazione completa il percorso*, in *Il Fall.*, 2018, p. 988.

TRIMARCHI V.M., voce *Patrimonio*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, p. 278.

TRIMARCHI M., *Operazione negoziale e trasferimento a scopo di garanzia: la neutralizzazione del divieto del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 715 ss.

TURNER R. W., *The Equity of Redemption*, Cambridge, 2013

URIA R., *Derecho mercantil*, Marcial Pons, 1960, p. 569.

USMANI M., *An introduction to Islamic Finance*, Karachi, 1998.

VALENTE G., *Patto commissorio e pegno nel diritto tedesco: Verfallvereinbarung und Pfandrecht*, 2014, in *juscivile.it*.

VANNEROM J., *Towards a european single market for mortgage credit. From scratch to..?*, in *European journal of consumer law*, 2015, p. 291.

VARANO V. – BARSOTTI V., *La tradizione giuridica occidentale*, Torino, 2014.

VATTERMOLI D., *L'esdebitazione tra presente e futuro*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2018, p. 485.

VATTERMOLI D., *Il concordato minore. Aspetti sostanziali*, in *Il Fall.*, 2020, p. 441.

VECCHIO N. A., *Il divieto di patto commissorio e la causa delle*

alienazioni, in *Contratti*, 2016, 431.

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

VELLA P., *L'impatto della Direttiva UE 2019/1023 sull'ordinamento concorsuale interno*, in *Il Fall.*, 2020, p. 747.

VELLA P., *Le finalità della composizione negoziata e la struttura negoziata del percorso. Confronto col CII*, in *Il Fallimento*, 12/2021, p. 1489.

VENEZIANO A., *Le garanzie mobiliari non possessorie. Profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale*, Milano, 2000.

VICARI A., *Il trust di protezione patrimoniale*, in *Trust e attività fiduciarie (Quaderni)*, Milano, 2003.

WEI J. - ROBINSON S. – ZOU M., *China's property law: impact on the real estate sector*, in *Journal of Property Investment & Finance*, 2009, vol. 27, n. 2.

WEILL L., *The economic impact of Islamic finance and the European Union*, in *Islamic Finance in Europe. Towards a plural financial system*, 2013, p. 96 ss.

WILSON R., *Islamic Banking in the United Kingdom*, in *La banca islamica e la disciplina bancaria europea*, a cura di G. GIMIGLIANO E G. ROTONDO, Milano, 2006.

XIANZHONG S., *Nuovi sviluppi in materia di diritti reali nel Codice civile cinese*, in *Codice civile cinese e sistema giuridico romanistico*, a cura di SACCOCCIO A. – PORCELLI S., Modena, 2021.

YOUSEF TARIK M., *The Murabaha Syndrome in Islamic Finance: Laws, Institutions and Politics*, in *The Politics of Islamic Finance*, edited by CLEMENT M. HENRY - RODNEY WILSON, Edinburgh, 2004.

YUANSI BU, *Chinese Civil Law*, Monaco, 2013.

ZOPPINI A., *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020.

ZORZI A., *Piani di risanamento e accordi di ristrutturazione nel Codice*

della crisi, in *Il Fall.*, 2019, p. 993.

ZUCHELLI E., *In art we trust: il trust come strumento di gestione e tutela delle opere d'arte*, in *I Contratti*, 2019, p. 346.

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA

ITALIA

CORTE COSTITUZIONALE

C. Cost., 30 maggio 1977, n. 105 richiamata da BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, cit., p. 6.

C. Cost. 256 del 2006 richiamata da BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, cit., p. 6.

C. Cost., 23 maggio 1995, n. 187 in *Giur. cost.*, 1995, p. 1473.

C. Cost. 4 dicembre 2002 n. 506 in *Foro amm.*, 2003, p. 24 con nota di NOVELLI P.

C. Cost. 8 settembre 1995, n. 419 in *Rass. Cons. St.*, 1995, p. 1497.

CORTE DI CASSAZIONE

Cass. 1° febbraio 1974, n. 282, in *Foro it.*, 1974, I, c. 1388

Cass. 1° giugno 1993, n. 6112, in *Riv. dir. comm.*, 1994, II, p. 135

Cass. 1° luglio 2015, n. 13508 in *dejure.it*

Cass. 10 febbraio 1997, n. 1233, in *Contratti*, 1997, p. 455

Cass. 10 febbraio 2020, n. 3128 in *dejure.it*

Cass. 10 febbraio 2020, n. 3128 con nota di VALAS I., *La Cassazione sul trust liquidatorio: la eterorimessione dell'attività di liquidazione non è contra legem*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2020, p. 352 e con nota di LOCONTE S., *Trust liquidatorio e continuità aziendale*, in *Le Società*, 2020, p. 1093

Cass. 10 marzo 2011, n. 5740 in *dejure.it*

Cass. 10 marzo 2011, n. 5740, in *Giur. it.*, 2012, p. 568, con nota di ALBANESE M., *Brevi note in tema di patto commissorio, procura a vendere e autonomia privata ovvero la fattispecie e i suoi confini*

- Cass. 11 gennaio 1988, n. 46 in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1766 ss.
- Cass. 12 dicembre 1986, n. 7385 in *Corr. giur.*, 1987, p. 287 ss., con nota di MARICONDA V., *Ancora sull'alienazione in garanzia*; in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, p. 117, con nota di BIANCA C. M., *Il divieto del patto commissorio: un passo indietro della cassazione*
- Cass. 12 gennaio 2009, n. 437 in *dejure.it*
- Cass. 12 gennaio 2009, n. 437, in *Contratti*, 2009, p. 803, con nota di GALATI, *Divieto di patto commissorio e contratto di anticresi*
- Cass. 12 settembre 2019, nn. 22757, 22756, 22755 in *dejure.it*
- Cass. 13 ottobre 2015, n. 20559, in *Giur. It.*, 2016, p. 397, con nota di DI MAJO A., *Il fenomeno del concordato c.d. di gruppo e il diniego espresso dalla Corte di Cassazione* e con nota di POLI S., *Ammissibilità e tecniche di proposizione del "concordato di gruppo" dopo l'intervento della S.C.*, in *Il Fall.*, 2016, p. 144
- Cass. 14 aprile 1981, n. 2245, in *Rep. Foro it. online*
- Cass. 14 dicembre 1978, n. 5967, in *Arch. civ.*, 1979, p. 462 ss.
- Cass. 14 giugno 1966, n. 1544, in *Foro pad.*, 1967, I, c. 790 ss.
- Cass. 14 marzo 2006, n. 5438, in *Rep. Foro it. online*
- Cass. 15 settembre 1970, n. 1426, in *Rep. Foro it.*, 1970, voce *Patto commissorio*, n. 4, p. 1598
- Cass. 16 agosto 1990, n. 8325, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, c. 1208
- Cass. 16 aprile 1987, n. 3784 in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, p. 139 ss., con nota di VIGLI, *Vendita – Patto di riscatto – Divieto del patto commissorio*; e in *Giur. it.*, 1988, I, 1, c. 1231 ss., con annotazione di IOFRIDA
- Cass. 16 ottobre 1995, n. 10805, in *Contratti*, 1996, p. 28
- Cass. 16 settembre 2004, n. 18655, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 1251
- Cass. 17 febbraio 2017, n. 7682 in *dejure.it*
- Cass. 17 gennaio 2020, n. 844 con nota di SCAPINELLO C., *Ammissibilità dei patti sulla garanzia patrimoniale con marciano atipico*, in *Giur. It.*, 2021, p. 48; SUPPA M., *Patto commissorio e patto marciano: la sottile linea tra negozi nulli e negozi leciti*, in *Il Corriere giuridico*, 2021, p. 928

- Cass. 17 luglio 2019, n. 19167 in *dejure.it*
- Cass. 17 ottobre 2018, n. 26005, in *Il Fall.*, 2019, p. 489, con nota di BENEDETTI L., *Il concordato con cessione parziale dei beni nell'ambito del gruppo in crisi tra passato e futuro* e con nota di BOGGIO L., *Separazione di masse, contribuzioni, consolidazione e concordato di gruppo: quo vadis?*, in *Giur. It.*, 2019, p. 1367
- Cass. 18 maggio 1985, n. 3061 in *Rep. Foro it. online*
- Cass. 18 maggio 1988, n. 3462 in *Rep. Foro it. online*
- Cass. 18 maggio 1988, n. 3462, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, p. 283
- Cass. 18 settembre 1974, n. 2498, in *Rep. Foro it.*, voce *Patto commissorio*, n. 2, p. 1626
- Cass. 18 settembre 1974, n. 2498, voce *Patto commissorio*, n. 2, c. 1626
- Cass. 19 giugno 1974, n. 1810, in *Rep. Foro it.*, n. 3, c. 1626
- Cass. 2 dicembre 2014 n. 50313 in *dejure.it*
- Cass. 2 febbraio 2006, n. 2285, in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 700
- Cass. 20 aprile 1968, n. 1221, in *Rep. Foro it.*, 1968, voce *Patto commissorio*, n. 3, p. 1814
- Cass. 20 febbraio 2013, n. 4262, in *Giur. it.*, 2013, p. 2023, con nota di RISPOLI G., *Ai confini del divieto di patto commissorio*
- Cass. 20 febbraio 2017, n. 8041 in *dejure.it*
- Cass. 20 maggio 1976, n. 1800, in *Rep. Foro it.*, 1976, voce *Patto commissorio*, n. 2., p. 2266
- Cass. 21 aprile 1989, n. 1907, in *Foro it.*, 1990, I, c. 205 ss., con nota di VALCAVI, *Intorno al divieto di patto commissorio, alla vendita simulata a scopo di garanzia e al negozio fiduciario.*
- Cass. 21 gennaio 1980, n. 462, in *Rep. Foro it.*, 1980, voce *Patto commissorio*, n. 1, p. 1972
- Cass. 21 gennaio 2005, n. 1273, in *Rep. Foro it. online*
- Cass. 21 gennaio 2016, n. 1075, con commento di BOTTA C., *Gli incerti*

confini applicativi del divieto del patto commissorio e il sempre più diffuso favore per la pattuizione marciانا, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 908

Cass. 21 giugno 2019, nn. 16669, 16700, 16701, 16702, 16703, 16704 e 16705

Cass. 21 maggio 2013 n. 12462 in *dejure.it*

Cass. 22 dicembre 2015, n.25796 in *dejure.it*

Cass. 22 marzo 2007, n. 6965, in *Rep. Foro it. online*

Cass. 23 novembre 2001, n. 14911, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 471, con nota di BELLAFFIORE, *Fondamento ed operatività del divieto di patto commissorio*.

Cass. 23 ottobre 1965, n. 2219, in *Rep. Foro it.*, 1965, voce *Vendita*, n. 72, c. 3131

Cass. 24 giugno 1957, n. 2402 in *dejure.it*

Cass. 26 gennaio 2015, n. 3416 in *dejure.it*

Cass. 27 maggio 2014, n. 21621 in *dejure.it*

Cass. 28 gennaio 2015 n. 1625 in *Fallimento*, 2015, p. 791 con nota di SPADARO, *Sale and lease back, patto marciانو e fallimento del venditore utilizzatore*; con nota di VITI, *Lease back, patto commissorio e clausola marciانا*, in *Giur. It.*, 2015, 2341

Cass. 28 maggio 1998, n. 5264, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1998, p. 485 con nota di AZZARO, *Il pegno rotativo arriva in cassazione: ovvero come la dottrina diventa giurisprudenza*, in *Il Fallimento*, 1999, p. 265

Cass. 29 agosto 1998, n. 8624, in *Foro it.*, 1999, I, c. 175 ss.

Cass. 29 aprile 1980, n. 2854, in *Rep. Foro it.*, 1980, voce *Patto commissorio*, n. 2, c. 1972

Cass. 29 maggio 2018, n. 13388 in *ilCaso*

Cass. 29 marzo 2006, n. 7296, in *Rep. Foro it. online*

Cass. 3 agosto 2017, n. 19376 in *ilCaso*

Cass. 3 aprile 1989, n. 1611, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1428 ss., con note di MARICONDA V., *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, e di

REALMONTE F., *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi.*

Cass. 3 giugno 1983, n. 3800, in *Foro it.*, 1984, I, c. 212 ss., con osservazioni di MACARIO; in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 1648 ss., con nota di DANUSSO G.M., *Patto commissorio e vendite a scopo di garanzia*; in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 2953, con osservazioni di AZZARITI G.; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, p. 97 ss., con nota di ROPPO, *Patto di riscatto – Patto commissorio.*

Cass. 3 novembre 1984, n. 5570 in *Rep. Foro it. online*

Cass. 30 marzo 1967, n. 689, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, c. 52 ss.

Cass. 31 luglio 2017, n. 19014, con nota di ABETE L., *Concordato preventivo di gruppo: presupposti e opzioni alternative*, in *Il Fall.*, 2018, p. 181 e con nota di FAUCEGLIA, *La Cassazione separa il “grano” dal “loglio”*: *i confini del concordato preventivo di gruppo*, in *Società*, 2017, p. 1386

Cass. 5 marzo 2010, n. 5426 in *dejure.it*

Cass. 6 dicembre 1983, n. 7271 in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 1698 ss., con nota di ROSNATI, *Alienazioni in garanzia e patto commissorio.*

Cass. 6 dicembre 1986, n. 7260 in *Rep. Foro it. online*

Cass. 6 ottobre 2004, n. 19950, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 1528

Cass. 7 giugno 2019, nn. 15453, 15455, 15456 in *dejure.it*

Cass. 8 gennaio 1972, n. 40, in *Rep. Foro it.*, 1972, voce *Patto commissorio*, n. 1, p. 1964

Cass. 8 luglio 1971, n. 2153, in *Rep. Foro it.*, 1971, voce *Patto commissorio*, n. 1, p. 2025

Cass. 8 ottobre 2013, n. 41670 in *dejure.it*

Cass. 9 giugno 1986, n. 3815 in *Rep. Foro it. online*

Cass. 9 maggio 2013 n. 10986 in *dejure.it*

Cass. 9 maggio 2014, n. 10105 in *dejure.it*

Cass. S.U. 5 luglio 2011, n. 14650, in *Studium Iuris*, 2012 con nota di OLIVIERO, *Patto commissorio*; nonché in *Giur. comm.*, 2012, 672 DI

MARTINO, *Le Sezioni Unite sui rapporti tra divieto del patto commissorio e ordine pubblico internazionale.*

Cass. 22 febbraio 2021 n. 4664, con nota di AMBROSOLI M., *Il sale and lease back: un contratto tormentato*, in *Il Corriere giuridico*, 2021, p. 1527;

Cass. 14 ottobre 2021 n. 28022 con nota di PREVITI S., *Autonomia privata e conseguenze dell'inadempimento nel contratto di sale and lease back*, in *I Contratti*, 2022, p. 21.

CORTI DI APPELLO

App. Genova 31 gennaio 1969, in *Foro pad.*, 1969, p.1239 ss., con nota di BIANCA C.M., *Vendita con patto di riscatto e alienazione in garanzia*; in *Temi*, 1970, p. 34 ss., con nota di ONDEI E., *Vendite elusive del divieto di patto commissorio.*

App. Genova 23 dicembre 2011, in *Il Fall.*, 2012, p. 437

App. Milano 29 gennaio 1985 in *Arch. civ.*, 1985, p. 613 ss.

TRIBUNALI

Trib. Reggio Emilia, 2 maggio 2012 in *ilCaso*

Trib. Reggio Emilia, 21 ottobre 2014 in *ilCaso*

Trib. Treviso, 3 gennaio 2019 in *ilCaso*

Trib. Reggio Emilia, 11 agosto 2014 in *ilCaso*

Trib. Roma, 5 giugno 2014, in *ilCaso*

Trib. Bologna, 14 ottobre 2014 in *ilCaso*

Trib. Savona, 25 novembre 2015 in *ilCaso*

Trib. Benevento, 18 gennaio 2012, in *Dir. banc.*, 2012, p. 371, con nota di VATTERMOLI

Trib. Milano, Sez. spec. impr., ord., 23 gennaio 2013 con nota di BUSANI A., *Revoca giudiziale del trustee di un trust liquidatorio di s.r.l.*, in *Le Società*, 2013, p. 637

Trib. Roma, 20 giugno 2017, con nota di D'AIUTO D., *Dalla società di capitali al trust liquidatorio*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2018, p. 1013

Trib. Treviso, 3 gennaio 2019, con nota di CINQUE A., *Il trust liquidatorio nella crisi di impresa*, in *I Contratti*, 2020, p. 79

Trib. Livorno, 15 dicembre 2017 in *IlCaso*

Trib. Grosseto, 8 maggio 2018 in *IlCaso*

Trib. Napoli, 18 maggio 2018 in *IlCaso*

Trib. Torino, 8 giugno 2014 in *IlCaso*

Trib. Ancona, 15 marzo 2018 in *IlCaso*

Trib. Lucca, 10 aprile 2020, n. 325, con nota di MORELLO U., *La costituzione di un trust in frode ai creditori: azione revocatoria o nullità?*, in *Notariato*, 2020, p. 359

Trib. Bologna, 18 aprile 2000, in *Trust e att. Fiduciarie*, 2000, p. 372

Trib. Firenze, ord. 29 dicembre 2021, in *One Legale*.

ALTRI STATI

INGHILTERRA

England and Wales High Court, 13 febbraio 2002, *Islamic Investment Company of the Gulf (Bahamas) ltd vs. Gems Symphony* in *LexisNexis* con nota di BALZ K., *A Murabaha Transaction in an English Court: The London High Court of 13th February 2002*, in *Islamic Law and Society*, 2004, p. 117; MOGHUL U. E - AHMED A., *Contractual Forms in Islamic Finance Law and Islamic Inv Co of the Gulf (Bahamas) Ltd v Symphony Gems NV & Ors: A First Impression of Islamic Finance*, in *Fordham International Law Journal*, 2003, p. 150; FOSTER N., *Encounters between legal systems: recent cases concerning Islamic commercial law in secular courts*, in *Amicus Curiae*, n. 68, nov/dec 2006, p. 1 ss.

London Court of Appeal, 28 gennaio 2004, *Shamil Bank of Bahrain vs. Beximco Pharmaceuticals Ltd and others* con nota di BALZ K., *Islamic Financing Transactions in European Courts*, in *Ali Islamic Finance: Current Legal and Regulatory Issues*, 2005, p. 65-67; MCKNIGHT A., *A Review of Developments in English Case Law during 2004*, in *Journal of International Banking Law and Regulation*, 2005, p. 151.

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

Farrar vs. Farrars Ltd, in (1888), 40 Ch. D. 395, 409

Hodson vs. Deans, in (1903) 2 Ch. 647

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